

# Risico-aansprakelijkheid, bijna Terugblik op het proefschrift “Risico-aanspr alsmede art. 31 Wegenverkeerswet”

Carla J.M. Klaassen \*

142



Beste lezer,

Deze bijdrage is de tiende in de serie waarvoor onze in 2013 overleden hoofdredacteur prof. mr. Niels Frenk begin 2013 het initiatief nam. De bedoeling van deze dissertatiereeks is om auteurs de gelegenheid te geven hun proefschrift nog eens onder de loop te nemen en te reflecteren op de veranderingen in de rechtsontwikkeling en (mogelijk) in de eigen gedachten. Vanzelfsprekend gaan alle dissertaties over een onderwerp op het gebied van verkeersrecht, aansprakelijkheid, schade of verzekering.

In deze tiende aflevering blikt Carla Klaassen terug op haar proefschrift *Risico-aansprakelijkheid. De afdelingen 6.3.2 en 6.3.3 NBW, alsmede art. 31 Wegenverkeerswet* (Zwolle: Tjeenk Willink 1991) dat zij op 8 februari 1991 aan de Katholieke Universiteit Nijmegen verdedigde. Haar promotor was prof. mr. S.C.J.J. Kortmann.

De redactie wenst u veel leesplezier.

# een kwart eeuw later

## ansprakelijkheid. De afdelingen 6.3.2 en 6.3.3 NBW,

### 1. Inleiding

**Op vrijdagmiddag 8 februari 1991 ben ik aan de Katholieke Universiteit Nijmegen, inmiddels genaamd Radboud Universiteit Nijmegen, (cum laude) gepromoveerd op het proefschrift “Risicoansprakelijkheid. De afdelingen 6.3.2 en 6.3.3. NBW, alsmede art. 31 Wegenverkeerswet”. Met genoegen geef ik gehoor aan de uitnodiging van de redactie van Verkeersrecht, terug te blikken op mijn bevindingen van destijds en te bezien wat er inmiddels (mee) is gebeurd.**

Mijn proefschrift is geschreven in het zicht en het licht van wat destijds werd aangeduid als het “Nieuwe Burgerlijk Wetboek” ofwel het “NBW”: de herziening van het vermogensrecht zoals dat per 1 januari 1992 is gaan gelden. Na een lang voortraject zijn toen immers de boeken 3, 5 en 6 en het eerste deel van boek 7 NBW in werking getreden. Deels betrof dit de codificatie van ongeschreven recht, zoals dit zich in de rechtspraak had ontwikkeld, deels echter ook nieuwigheden. Wat betreft het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht werd in de wet vastgelegd dat een onrechtmatige daad niet alleen aan de dader kon worden toegerekend indien deze aan diens schuld – in de zin van verwijtbaarheid – was te wijten, maar evenzeer indien er sprake was van een oorzaak die krachtens de wet of de verkeersopvatting voor diens risico kwam (art. 6:162 lid 3 (N)BW). Voordien kenden we, althans formeel, alleen een op “schuld” gebaseerde aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, daarom ook wel aangeduid als een “schuldaansprakelijkheid” (art. 1401 oud-BW). Echter: regelmatig werd in de rechtspraak aansprakelijkheid op grond van art. 1401 oud-BW aangenomen en (derhalve) het etiket “schuld” geplakt op omstandigheden die de vraag opriepen of er in wezen wel sprake was van verwijtbaarheid en of er eigenlijk onder de noemer van schuld geen risicotoedeling plaatsvond. Mijn

onderzoek werd geïnspireerd door enerzijds deze omstandigheid en anderzijds de codificatie maar bovenal ook de toename van het aantal kwalitatieve aansprakelijkheden in afd. 6.3.2 en 6.3.3 (N)BW; eveneens merendeels<sup>1)</sup> “aansprakelijkheden zonder schuld”. Evenals de op risicotoedeling gebaseerde aansprakelijkheid van art. 6:162 lid 3, werden deze kwalitatieve aansprakelijkheden bestempeld als “risicoansprakelijkheden”. Een en ander riep bij mij verschillende vragen op: als “schuld” niet (langer) de grondslag voor buitencontractuele aansprakelijkheid is, waardoor en wanneer wordt deze dan wel gerechtvaardigd? En: of en in hoeverre gelden de voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad ontwikkelde eisen en maatstaven eveneens voor de verschillende kwalitatieve risicoansprakelijkheden? Met andere woorden: in hoeverre verschillen de diverse kwalitatieve risicoansprakelijkheden nu daadwerkelijk van de (persoonlijke) aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad? En wat betekent het stempel risicoansprakelijkheid op het gebied van onder andere het causaal verband, de eigen schuld en figuren als het matigingsrecht en exonatiebedingen? Ik heb getracht op deze vragen een antwoord te formuleren. Mijn onderzoek betrof (derhalve) een dogmatisch onderzoek betreffende het fenomeen risicoansprakelijkheid, waarbij tevens is geprobeerd handvatten aan te reiken aan de rechtspraak wat betreft de toepassing van de diverse risicoansprakelijkheden. Evenals in mijn proefschrift reserveer ik hierna de term risicoansprakelijkheid voor de buitencontractuele aansprakelijkheid voor personen of zaken waarvoor noch onrechtmatigheid, noch schuld (in de zin van verwijtbaarheid) aan de zijde van de aansprakelijke persoon is vereist. Verder concentreer ik mij op de in afd. 6.3.2 en afd. 6.3.3 geregelde risicoansprakelijkheden.

### 2. Enkele algemene observaties alsmede afbakening van deze bijdrage

Destijds werd, met name door aansprakelijkheidsverzekeraars, met enige vrees aangekeken tegen de uitbreiding van het aantal risicoansprakelijkhe-

“” . . . . .

**Aansprakelijkheden  
zonder schuld.**

. . . . . “”

1. Een uitzondering geldt voor de aansprakelijkheid van ouders voor kinderen tussen de 14 en 16 jaar, waar voor wat betreft de verwijtbaarheid immers een omkering van de bewijslast geldt (art. 6:169 lid 2 BW).

“ . . . . . ”

## Geen algemene grondslag voor buitencontractuele aansprakelijkheid.

. . . . . ”

den. Men was beducht voor een toename van het aantal claims en het onder druk komen staan van de verzekeraar. Wat van de grondslag van de vrees voor een onverzekerbaar aansprakelijkheidsstelsel meer in het algemeen ook zij: een zorgelijke toename van het aantal aansprakelijkheidszaken of althans claims vanwege de uitbreiding van het aantal risicoaansprakelijkheden is uitgebleven, evenals (dus) het deswege onder druk komen te staan van de verzekeraar van het aansprakelijkheidsrisico tegen een acceptabele premie. Sommige van de destijds nieuwe risicoaansprakelijkheden spelen zelfs amper een rol van betekenis; bijvoorbeeld art. 6:172 BW vormt zelden de grondslag voor een aansprakelijkstelling (zoals ik destijds in mijn proefschrift, in aansluiting bij Van der Grinten, reeds veronderstelde). Hetzelfde geldt voor de aansprakelijkheid voor stortplaatsen (art. 6:176 BW) en gold in elk geval tot voor kort voor de aansprakelijkheid voor mijnbouwwerken (art. 6:177 BW), met dien verstande dat laatstgenoemde bepaling in de context van de perikelen rond de Groningse bevingsschade meer in de belangstelling is komen te staan.<sup>2)</sup> Op het destijds nieuwe art. 6:171 BW wordt weliswaar menigmaal een beroep gedaan, maar dit leidt slechts in beperkte mate daadwerkelijk tot schadeplichtigheid omdat deze bepaling, conform de intentie van de wetgever, terughoudend wordt uitgelegd. Hoewel van een stortvloed aan zaken gebaseerd op de door mij destijds besproken risicoaansprakelijkheden dus geen sprake is, voert het toch te ver om in het kader van deze beschouwing al deze risicoaansprakelijkheden en hieraan gerelateerde thema's onder de loep te nemen en de ontwikkelingen ter zake te bezien. Ik beperk mij tot een korte opmerking over de grondslag van de (risico)aansprakelijkheid en een bespreking van de rol van de onrechtmatigheid in geval van risicoaansprakelijkheid, alsmede de betekenis van risicoaansprakelijkheid in het kader van het causaal verband.

### 3. Eén grondslag voor (risico) aansprakelijkheid

Een van de constatering in het kader van mijn onderzoek was dat er géén algemene grondslag is aan te voeren voor alle vormen van buitencontractuele aansprakelijkheid en er evenmin één gemeenschappelijke grondslag bestaat voor de diverse risicoaansprakelijkheden. De in dit verband wel genoemde “billijkheid” voldoet hiervoor niet, zo heb ik verdedigd, omdat hierop (weliswaar) uiteindelijk al het recht is terug te voeren, maar hiermee geen antwoord wordt gegeven op de vraag naar het “waarom” van een bepaalde aansprakelijkheid(svorm).<sup>3)</sup> In dezelfde zin recentelijk Van der Kwaak.<sup>4)</sup> Anders Hartkamp en Sieburgh.<sup>5)</sup>

Wat betreft de risicoaansprakelijkheden geldt dat deze weliswaar worden ingegeven door een behoefte aan “slachtofferbescherming”, maar als grondslag, in de zin van een antwoord op de vraag waarom het gerechtvaardigd is voor een bepaald

schadegebeuren extra bescherming in de vorm van een risicoaansprakelijkheid te bieden, kan dit niet dienen. Aan iedere risicoaansprakelijkheid liggen eigen en veelal meerdere argumenten ten grondslag.<sup>6)</sup>

### 4. Risicoaansprakelijkheid en onrechtmatigheid

#### 4.1. Wat is het verband?

De door mij besproken risicoaansprakelijkheden zijn opgenomen in titel 6.3 BW, met als opschrift “Onrechtmatige daad”. Hiernaast heeft de wetgever bij diverse risicoaansprakelijkheden voor zaken een koppeling met het leerstuk onrechtmatige daad aangebracht door middel van de zogenoemde “tenzij-formules” (zie de art. 6:173, 174 en 179 lid 1 BW). Zo bepaalt art. 6:173 lid 1 BW bijvoorbeeld – in de kern weergegeven – dat de bezitter van een gebrekkige roerende zaak (onder de daar gestelde voorwaarden) aansprakelijk is, tenzij aansprakelijkheid uit hoofde van art. 6:162 BW zou hebben ontbroken indien de bezitter ten tijde van het schadegebeuren zou hebben geweten dat de zaak gebrekkig was. Met andere woorden: indien de bezitter in het hypothetische geval dat hij bekend zou zijn geweest met de gebrekkigheid van de zaak geen toerekenbare onrechtmatige daad zou hebben gepleegd door deze zaak desondanks te gebruiken of aanwezig te hebben, draagt hij ook niet het risico van onbekendheid met de gebrekkigheid hiervan en is hij voor de door het gebrek in deze zaak veroorzaakte schade niet risicoaansprakelijk. Met anderen, waaronder Nieuwenhuis, heb ik kritiek geuit op de aldus aangebrachte koppeling tussen de diverse risicoaansprakelijkheden voor zaken en de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.<sup>7)</sup> Niettemin heb ik betoogd dat mijn kritiek op de tenzij-formule niet betekent dat er wat mij betreft in het geheel geen verband bestaat tussen de risicoaansprakelijkheden, en de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en de risicoaansprakelijkheden radicaal losgemaakt zouden dienen te worden van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, zoals prof. A.V.M. Struycken<sup>8)</sup> opperde in zijn oppositie ter gelegenheid van de verdediging van mijn proefschrift. Integendeel, ik heb juist betoogd dat er tussen beide figuren terdege een verband bestaat en ook dient te bestaan ter begrenzing van de risicoaansprakelijkheden. Met de diverse in de wet neergelegde risicoaansprakelijkheden wordt immers niet beoogd een grondslag voor aansprakelijkheid te bieden voor iedere schade die door de persoon of zaak waarvoor risicoaansprakelijkheid bestaat wordt toegebracht. Wat mij betreft is een benadering waarin dit wel het geval zou zijn, ook niet wenselijk.

De risicoaansprakelijkheden voor personen zijn vrijwel alle beperkt tot onrechtmatig toegebrachte schade doordat deze zijn gekoppeld aan de eigen aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de persoon waarvoor risicoaansprakelijkheid bestaat. Immers, de risicoaansprakelijkheid van de werkgever voor diens ondergeschikte (art. 6:170 BW), van

2. Zie bijvoorbeeld P. Bluemink, *Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor bevingsschade in Groningen, AV&S 2015/7*, afl. 2, april 2015.  
3. P. 23-24.  
4. D.J. van der Kwaak, *Een theorie van het privaatrecht*, Mon. Privaatrecht nr. 17, Deventer 2015, p. 68-69.  
5. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV\*, Deventer 2011, nr. 27 e.v.  
6. P. 7 e.v. en de tussenbalans op p. 195-198.  
7. Zie voor een uitwerking en literatuurverwijzingen met name p. 229-233 van mijn dissertatie.  
8. Degene die mij heeft aangespoord te solliciteren naar een plaats als junior wetenschappelijk medewerker en promotieonderzoek te verrichten.

de opdrachtgever voor diens niet-ondergeschikte (art. 6:171 BW) en van de vertegenwoordigde voor diens vertegenwoordiger (art. 6:172 BW) vereisen alle een “fout” ofwel een toerekenbare onrechtmatige daad van de persoon voor wie risicoaansprakelijkheid bestaat. Beiden zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de door laatstgenoemde persoon onrechtmatig toegebrachte schade. Over deze constructie bestaat weinig discussie, hoewel bij de eigen aansprakelijkheid van werknemers de laatste jaren wel kritische kanttekeningen zijn geplaatst.<sup>9)</sup> De risicoaansprakelijkheid van degene die de ouderlijke macht of de voogdij uitoefent over een aan zijn gezag toevertrouwd kind beneden de veertien jaar, ziet weliswaar niet op een daadwerkelijke fout van dit kind, maar is beperkt tot schade door diens hypothetische fout (art. 6:169 BW). Een kind beneden de veertien jaar kan immers zelf geen fout begaan (art. 6:164 BW). Maar ook de risicoaansprakelijkheden voor zaken, waarbij een expliciete begrenzing tot onrechtmatig veroorzaakte schade ontbreekt, zien mijns inziens slechts op schade die is ontstaan door een omstandigheid of op een wijze die maatschappelijk ontoelaatbaar wordt geoordeeld. Het enkele bestaan van causaal verband tussen een door een derde geleden schade en een object waarvoor risicoaansprakelijkheid bestaat, is niet voldoende voor het intreden van risicoaansprakelijkheid hiervoor. Voor de nadere uitwerking van deze gedachte ten aanzien van de diverse risicoaansprakelijkheden verwijs ik naar mijn dissertatie.<sup>10)</sup> In de context van deze beschouwing beperk ik me tot een blik op de rechtspraak en literatuur waaruit mijns inziens blijkt dat deze benadering is gevolgd of althans deze gedachte opgeld doet.<sup>11)</sup> Ik richt mij in dit verband op de risicoaansprakelijkheid voor opstallen en die voor dieren.

#### 4.2. De risicoaansprakelijkheid voor dieren

De grondslag van de risicoaansprakelijkheid voor dieren is het gevaar dat schuilt in de eigen energie van een dier.<sup>12)</sup> Dit betekent echter niet dat risicoaansprakelijkheid bestaat voor alle door een dier vanuit zijn eigen energie veroorzaakte schade. Dit lijkt (zoals reeds uiteengezet in mijn dissertatie<sup>13)</sup>) in wezen ook de reden te zijn waarom de Hoge Raad in het arrest Zeug geel-113<sup>14)</sup> tot het oordeel kwam dat besmettingsschade in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komt. Het overbrengen van ziektekiemen is op zichzelf in het algemeen niet als maatschappelijk onbetamelijk te bestemmen en leidt daarom niet tot aansprakelijkheid voor de schade die een ander hierdoor lijdt; daarvoor zijn bijkomende omstandigheden vereist. Wat betreft de risicoaansprakelijkheid voor dieren geldt dat het dier iets moet hebben gedaan dat wel als ontoelaatbaar wordt beschouwd, zoals bijvoorbeeld bijten. Als ten gevolge daarvan door een dier een ziekte wordt overgebracht, is voor risicoaansprakelijkheid wel plaats. Vergelijk ook HR 28 april 1995, NJ 1995/513 (Sweep/MLTS ofwel Bijenspat), betreffende de aansprakelijkheid voor het “ontlastingsgedrag” van door een land- en tuinbouwschool gehouden bijen, waardoor een nabijgelegen glastuinbouwbedrijf schade leidt. Deze tuinder moet door de zogenoemde bijenspat op zijn kassen

deze extra vaak en met een speciaal middel schoonmaken. Voor zover in deze context relevant, overweegt de Hoge Raad dat het hof de vraag, of de school voor de door haar bijen veroorzaakte schade aansprakelijk moet worden geacht, terecht heeft beoordeeld aan de hand van de in zijn eerdere rechtspraak neergelegde maatstaf “aan de hand waarvan kan worden vastgesteld waar hinder onrechtmatig wordt onderscheidenlijk wat men in het maatschappelijk verkeer van een ander aan hinder heeft te dulden”. Om hieraan vervolgens toe te voegen: “Daarbij maakt het geen verschil of die aansprakelijkheid wordt gegrond op de art. 1401 (oud) of 6:162 BW dan wel op de art. 1404 (oud) of 6:179, nu ook in het laatste geval de schade door hinder die men heeft te dulden, niet voor vergoeding in aanmerking komt.” Deze lijn doortrekkend, betekent dit bijvoorbeeld dat naar verwachting geen aansprakelijkheid zal bestaan van Dierenpark Emmen jegens de nabestaanden van de bezoeker die recentelijk ten val kwam toen hij, staande op een trap in de tropische kas, schrok toen hij ineens een aap zag en aan het hierdoor opgelopen hoofdletsel is overleden.<sup>15)</sup> Daarentegen wekt het geen verbazing dat de aansprakelijkheidsverzekeraar van Diergaarde Blijdorp destijds aansprakelijkheid heeft erkend jegens de bezoekerster die was aangevallen door de ontsnapte gorilla Bokito en daardoor letsel had opgelopen.<sup>16)</sup>

#### 4.3. De risicoaansprakelijkheid voor opstallen

Wat betreft de risicoaansprakelijkheid voor opstallen, verdient met name het Wilnis-arrest vermelding.<sup>17)</sup> In deze ‘landmark case’ maakt de Hoge Raad duidelijk dat degene die is belast met de risicoaansprakelijkheid voor een opstal niet reeds aansprakelijk is vanwege de enkele omstandigheid dat deze opstal schade veroorzaakt. Tevens blijkt hieruit dat de maatschappelijke betamelijksnorm terdege een rol speelt bij het antwoord op de vraag of deze risicoaansprakelijkheid intreedt. Ter herinnering: het betrof hier de schadeclaim van de gemeente de Ronde Venen tegenover Hoogheemraadschap Amstel, Gooi en Vecht vanwege de veendijk die in de hete zomer van 2003 over een lengte van 60 meter was verschoven, waardoor ongeveer 230.000 m<sup>3</sup> water de achterliggende woonwijk was ingestroomd. Met dit schadevoorstel is de aansprakelijkheid van het Hoogheemraadschap als bezitter van de dijk nog niet gegeven. Hiervan kan slechts sprake zijn als geoordeeld wordt dat de veendijk gebrekkig was, en hiervan is geen sprake enkel en alleen omdat de dijk water heeft doorgelaten. Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, overweegt de Hoge Raad dat het bij de beoordeling van de vraag of een opstal voldoet aan de daaraan te stellen eisen, gaat om eisen die men uit het oogpunt van veiligheid mag stellen, en gedragsnormen als veiligheidsvoorschriften en in het algemeen aan een bezitter of gebruiker van die zaak te stellen zorgvuldigheidsnormen waarbij een belangrijke rol spelen. De Hoge Raad werkt deze overweging nader uit, om vervolgens min of meer samenvattend op te merken:

“Maatschappelijke betamelijksnorm speelt ook een rol.”

9. (Onder andere) in mijn oratie, *Aansprakelijkheid voor handelen in functie*, Deventer 2000 (Deel 1), heb ik mij kritisch getoond over de persoonlijke aansprakelijkheid van ondergeschikten. Zie inmiddels tevens T. Hartlief, ‘Waar ligt de toekomst van art. 6:170 BW: in Wenen of Brussel?’, AA 2011, p. 53-58 alsook F.T. Oldenhuis en A. Kolder, Kroniek kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen en zaken, AV&S 2012, p. 14-34 (onder 2.4).
10. P. 223-234. Zie ook mijn beschouwing ‘Risiko- en foutaansprakelijkheid, twee woorden, één gedachte?’, in: *Op recht* (‘Struyckenbundel’), Zwolle 1996, p. 137-143.
11. Zie evenwel voor een andere visie C.H.W.M. Sterk, *Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer 1994, p. 273. Vergelijk tevens J.H. Nieuwenhuis, *Onrechtmatige daden. Buitencontractuele aansprakelijkheid in Europees perspectief*, Deventer 2008, p. 25-39.
12. HR 24 februari 1984, NJ 1984/415 en dissertatie p. 141-146.
13. P. 232-233.
14. HR 24 februari 1984, NJ 1984/415; ook wel aangeduid als Bardeol/Swinkels.
15. Algemeen Dagblad 6 augustus 2015.
16. Zie onder andere [www.nu.nl/wetenschap/1081623-ontsnapte-gorilla-gevangen-video-en-wws-letselschade-advocaat.nu/nieuws](http://www.nu.nl/wetenschap/1081623-ontsnapte-gorilla-gevangen-video-en-wws-letselschade-advocaat.nu/nieuws), bericht van 23 mei 2007.
17. HR 17 december 2010, NJ 2012/155, m.nt. T. Hartlief.

“Bij het antwoord op de vraag of de opstal vol-  
doet aan de eisen die men daaraan in de ge-  
geven omstandigheden mag stellen, komt het  
derhalve aan op de – naar objectieve maatsta-  
ven te beantwoorden – vraag of de opstal, gelet  
op het te verwachten gebruik of de bestemming  
daarvan, met het oog op voorkoming van  
gevaar voor personen en zaken deugdelijk is,  
waarbij ook van belang is hoe groot de kans op  
verwezenlijking van het gevaar is en welke  
onderhouds- en veiligheidsmaatregelen moge-  
lijk en redelijkerwijs te vergen zijn.”

In dit licht oordeelt de Hoge Raad dat het hof (der-  
halve) blijk heeft gegeven van een onjuiste rechts-  
opvatting door te oordelen dat het bij het antwoord  
op de vraag of de veendijk gebrekkig was niet aan-  
komt op de toenmalige kennis over faalmechani-  
smen en de toenmalige maatstaven voor belasting-  
situaties alsmede dat de toenmalige stand van  
wetenschap en techniek en de financiële kaders  
waarbinnen het Hoogheemraadschap zijn beleids-  
doelstellingen tracht te realiseren in dit verband  
niet relevant zijn. Evenzeer getuigt van een  
onjuiste rechtsopvatting het oordeel van het hof  
dat voor het gebrekkigheidsoordeel niet van belang  
is of de kadeverschuiving zich heeft voorgedaan  
ten gevolge van specifieke en uitzonderlijke  
omstandigheden (zoals door het Hoogheemraad-  
schap gesteld). Tevens merkt de Hoge Raad op dat  
het oordeel van het hof, dat onbekendheid met het  
gevaar op grond van de wet voor risico van het  
Hoogheemraadschap komt, in het algemeen niet  
juist is voor het geval waarin het specifieke gevaar  
dat zich heeft verwezenlijkt naar de toenmalige  
stand van de wetenschap en de techniek niet  
bekend en dus naar objectieve maatstaven niet  
kenbaar was (zoals eveneens door het Hoogheem-  
raadschap gesteld). Een en ander betekent, met  
andere woorden, dat voor het intreden van de risi-  
co aansprakelijkheid voor opstallen niet is vereist  
dat door de eisende partij wordt gesteld en bewe-  
zen dat de bezitter toerekenbaar tekortgeschoten is  
in de met het oog op de veiligheid van deze opstal  
te betrachten zorg, noch dat moet worden gesteld  
en bewezen dat hij op de hoogte was of had behou-  
ren te zijn van de gebrekkigheid hiervan. Wél bete-  
kent dit dat voor het intreden van deze risicoaan-  
sprakelijkheid moet komen vast te staan – ofwel  
door de eisende partij moet worden gesteld en bij  
betwisting moet worden bewezen – dat de desbe-  
treffende opstal niet voldeed aan de daaraan in de  
gegeven omstandigheden te stellen veiligheidsei-  
sen en dat zich daardoor een gevaar voor personen  
of zaken heeft verwezenlijkt.<sup>18)</sup> Dit niet voldoen aan  
de daaraan te stellen veiligheidseisen zal in de  
regel zijn oorzaak vinden in het tekortschieten van  
de bezitter of enig ander in de ten opzichte van de  
opstal te betrachten zorg<sup>19)</sup>, maar dit laatste hoeft  
de eisende partij in geval van een risicoaansprake-  
lijkheid dan dus weer niet te bewijzen. Hierin is  
een belangrijk en wellicht het belangrijkste onder-  
scheid gelegen tussen risicoaansprakelijkheid en  
foutaansprakelijkheid. In het verlengde hiervan is  
bekendheid met het concrete gebrek van de desbe-  
treffende opstal aan de zijde van de bezitter niet  
vereist om risicoaansprakelijkheid aan te nemen

en hoeft ook dit door de eiser derhalve niet te wor-  
den gesteld en bewezen; wel moet meer in het  
algemeen bekend zijn dat bij een zeker handelen of  
nalaten het risico bestaat op intreden van het  
gevaar dat zich heeft verwezenlijkt. Voor de bewijs-  
positie van de eiser is tot slot van belang dat de  
Hoge Raad wat betreft de veendijk overweegt dat  
het enkele feit van de kadeverschuiving in het  
algemeen voldoende zal zijn voor het aannemen  
van het vermoeden dat deze gebrekkig is. Meer in  
het algemeen geldt dat op de omstandigheid dat  
een bepaalde zaak schade aan personen of zaken  
veroorzaakt, veelal het (rechterlijk) vermoeden kan  
worden gebaseerd dat er met deze zaak iets mis  
was en deze niet voldeed aan de daaraan in de  
gegeven omstandigheden te stellen eisen. Ook in  
dit opzicht wordt de bewijspositie van degene die  
schade lijdt door een zaak voor de gebrekkigheid  
waarvan risicoaansprakelijkheid bestaat (in de  
praktijk) verlicht. Van een garantienorm is in geval  
van risicoaansprakelijkheid evenwel geen sprake,  
zo illustreert het Wilnis-arrest. Dit sluit, zoals ver-  
meld, aan bij hetgeen ik destijds in mijn dissertatie  
heb verdedigd.<sup>20)</sup> Zie inmiddels, in de lijn van het  
Wilnis-arrest, het Paalrot-arrest.<sup>21)</sup>

## 5. Risicoaansprakelijkheid en causaal verband

### 5.1. Onderscheid tussen de vestigings- en de omvangsfase?

Wat betreft het causaal verband dienen twee stap-  
pen te worden onderscheiden. Immers, de *condicio*  
*sine que non*-toets (“csqn-toets”) en de toerekening  
naar redelijkheid (“tnr”). De csqn-toets ziet op het  
feitelijke verband tussen de schade waarvan ver-  
goeding wordt gevorderd en de gebeurtenis  
waarop de aansprakelijkheid is gebaseerd. Uit-  
gangspunt is dat aansprakelijkheid voor de schade  
waarvan vergoeding wordt gevorderd niet aan de  
orde is als de csqn-toets negatief uitpakt. Echter:  
een positieve uitkomst van de csqn-toets betekent  
niet dat alle schadeposten die deze toets doorstaan  
(volledig) voor vergoeding in aanmerking komen.  
Onder andere de aard van de aansprakelijkheid en  
de aard van de schade kunnen zich hiertegen ver-  
zetten (zie art. 6:98 BW). Veelal pleegt men in dit  
verband onderscheid te maken tussen de vesti-  
gingsfase en de omvangsfase van de aansprakelijk-  
heid. Aangenomen wordt dan dat het in de vesti-  
gingsfase gaat om het causaal verband tussen de  
gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid is geba-  
seerd en het eerste schadelijke gevolg dat hieraan  
(door de eiser) wordt toegeschreven. In de  
omvangsfase, zo is de redenering, gaat het om het  
causaal verband tussen dit eerste schadelijke  
gevolg en de verdere gevolgen.<sup>22)</sup> Ik heb in mijn  
proefschrift uiteen gezet dat (althans) in de litera-  
tuur door diverse schrijvers wordt aangenomen dat  
in de vestigingsfase slechts het csqn-criterium bepa-  
lend is.<sup>23)</sup> Ik heb destijds het standpunt ingenomen  
dat het maken van onderscheid tussen de vesti-  
gingsfase- en de omvangsfase van de aansprake-  
lijkheid mij weinig zinvol voorkwam, althans dat  
hieraan uiteindelijk geen betekenis toekomt wat

## ④ Twee stappen bij bepalen causaal verband.

18. De bezitter is dan aansprakelijk, tenzij hij erin slaagt te bewijzen dat aan de in de “tenzij-formule” vermelde voorwaarden is voldaan.
19. Zie ook HR 19 december 2008, *NJ* 2009/28 (Smeets/Gemeente Heerlen).
20. Zie ook A-G Spier, onder andere in diens conclusie voor HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1091 (ECLI:NL:HR:2014:242) en T. Hartlief, ‘Schuld en risico: wereld van verschil of een pot nat?’, *NJB* 2011, p. 285 en de NJ-noot van Hartlief onder het Wilnis-arrest, voormeld.
21. HR 30 november 2012, *NJ* 2012/689, m.nt. T. Hartlief.
22. Zie o.a. A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, dissertatie, Deventer 1965, nr. 106 en Groene Serie *Schadevergoeding*, aantekening 1.4 bij artikel 98 Boek 6 BW, R.J.B. Boonekamp, met verdere verwijzingen.
23. Dissertatie p. 261 e.v. Zie ook Mon. BW B35 (Klaassen), nr. 19.

betreft het te hanteren causaliteitscriterium. Immers, uiteindelijk is, zowel voor het antwoord op de vraag of aansprakelijkheid voor een bepaalde schadepost bestaat als voor het antwoord op de vraag in welke omvang, bepalend of en in welke mate deze schadepost in redelijkheid kan worden toegerekend aan de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid wordt gebaseerd.<sup>24</sup> Nog steeds wordt door veel schrijvers evenwel onderscheid gemaakt tussen de vestigings- en de omvangsfase en wordt hieraan de hiervoor beschreven consequentie verbonden.<sup>25</sup> Mij heeft dit echter niet tot een ander inzicht gebracht.

Een en ander betekent niet dat ik het csqn-vereiste terzijde zou willen stellen dan wel zou willen bagatelliseren; integendeel.<sup>26</sup> Dit vereiste vormt naar mijn mening nog steeds het uitgangspunt en dient in beginsel te zijn vervuld om aansprakelijkheid te kunnen aannemen. Echter met dien verstande dat er uitzonderingen zijn, die uiteindelijk steeds zijn terug te voeren op het oordeel dat het redelijk is om degene die een norm heeft overtreden dan wel risicoaansprakelijk is voor een bepaalde, maatschappelijk ontoelaatbaar geoordeelde situatie, gehouden te achten een bepaalde schadepost te vergoeden.

### 5.2. Bewijs van causaal verband

Destijds heb ik geen aandacht besteed aan de eventuele betekenis van de aard van de aansprakelijkheid, waaronder in het bijzonder risicoaansprakelijkheid, in het kader van het (rechterlijk) oordeel of csqn-verband is komen vast te staan. Een mogelijke invloed van de aard van de aansprakelijkheid leek destijds ook niet aan de orde, althans deze sprong niet of minder in het oog. Heden ten dage lijkt dat anders te zijn. Een stapje terug: voor het oordeel dat het csqn-verband is komen vast te staan ofwel door de eisende partij (conform de hoofdregel van art. 150 Rv) is bewezen, is niet vereist dat er sprake is van volledige zekerheid. Voldoende is dat dit verband naar het oordeel van de rechter met een "redelijke mate van waarschijnlijkheid" is komen vast te staan. Een maatstaf die overigens meer in het algemeen geldt voor het leveren van bewijs. Bij het oordeel of hiervan sprake is, (b)lijkt, althans tegenwoordig, de aard van de aansprakelijkheid een zekere rol te spelen. Zo (b)lijkt immers (wat mij betreft) de bijzondere zorgplicht die (door de Hoge Raad) wordt aangenomen ten aanzien van banken jegens (in elk geval) particuliere beleggers, effect te hebben op het aannemen van het csqn-verband tussen de schending van deze zorgplicht en de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd. Dit verband lijkt relatief vlot aanwezig te worden geoordeeld (waarna via het leerstuk van de eigen schuld soms weer een evenwicht wordt bereikt tussen de belangen van de gedupeerde belegger en die van de bank).<sup>27</sup>

Hoewel ik, met Spier, meen dat de omstandigheid dat er sprake is van ernstige verwijtbaarheid een factor zou kunnen vormen waaraan gewicht wordt toegekend indien de vaststaande feiten en omstandigheden weliswaar wijzen in de richting van oorzakelijk verband, maar hiervoor naar het oordeel

van de rechter niet voldoende zijn<sup>28</sup>, meen ik dat (daarentegen) de enkele omstandigheid dat er sprake is van een risicoaansprakelijkheid geen gewicht in de schaal dient te leggen en niet tot strengere eisen dient te leiden. Ik heb ook geen aanwijzingen dat dit in de rechtspraak geschiedt.

Indien het bewijs van csqn-verband niet geleverd kan worden, kan de omkeringsregel de eiser in bepaalde gevallen soelaas bieden. Als aan de daaraan gestelde voorwaarden is voldaan<sup>29</sup>, levert dit de eiser immers een vermoeden van causaal verband op. De omkeringsregel was ten tijde van het schrijven van mijn proefschrift nog niet in beeld en ook aan dit bewijsaspect heb ik (derhalve) destijds geen aandacht besteed. Het oordeel van de Hoge Raad, in het arrest Smeets/Gemeente Heerlen<sup>30</sup>, dat deze regel niet slechts van toepassing kan zijn indien vast staat dat de aansprakelijk gestelde partij een gedragsnorm heeft overtreden, maar ook in geval van risicoaansprakelijkheid, sluit echter wel aan bij de in mijn proefschrift gevolgde lijn, dat de enkele omstandigheid dat de gedupeerde zich kan beroepen op een risicoaansprakelijkheid niet rechtvaardigt hem hiervoor anderszins een prijs te laten betalen. Dit laatste punt heb ik in mijn dissertatie niet besproken vanuit processuele ofwel bewijsrechtelijke optiek in relatie tot het causaal verband, maar wel in relatie tot het materieelrechtelijke aspect van de tnr.

### 5.3. Toerekening naar redelijkheid (tnr)

Wat betreft de toerekening naar redelijkheid heb ik in mijn proefschrift het standpunt ingenomen dat de enkele omstandigheid dat er sprake is van risicoaansprakelijkheid niet rechtvaardigt schade beperkt(er) toe te rekenen.<sup>31</sup> Daar werd destijds in het algemeen anders over gedacht. Met een beroep op het Amercentrale-arrest<sup>32</sup> pleegde te worden aangenomen dat risicoaansprakelijkheid een 'enge toerekening' impliceerde of althans rechtvaardigde, enger dan in geval van schuld aansprakelijkheid.<sup>33</sup> Ik heb betoogd dat de door de Hoge Raad in het Amercentrale-arrest aangebrachte beperking van de aansprakelijkheid tot de typische gevolgen van de instorting van een opstal geen hout snijdt, althans geen navolging verdient en (ook) niet dient te worden doorgetrokken naar andere risicoaansprakelijkheden. Hiervoor heb ik diverse argumenten aangevoerd. Een belangrijk argument hiervoor was dat de aan het Duitse recht ontleende beperking tot de typische gevolgen berust op een misvatting van hetgeen hiermee daar wordt bedoeld. Immers, niet zo zeer een beperking tot de in hoge mate voorzienbare gevolgen, maar tot de schadelijke gevolgen waartegen de desbetreffende norm, gelet op de strekking ofwel het doel hiervan, bescherming beoogde te bieden. Wat betreft de toerekening van deze vergoedbare schadeposten werd niet per definitie terughoudendheid beoogd, integendeel.

Een ander argument betrof (onder andere) het 'uitzonderlijke karakter' van een 'aansprakelijkheid zonder schuld', dat vaak werd gehanteerd ter motivering van een enge toerekening. Ik heb betoogd dat 'aansprakelijkheid zonder schuld' in het NBW



## Onderscheid tussen de vestigings- en de omvangsfase.



24. Dissertatie p. 280-281.
25. Zie bijvoorbeeld *Verbindingen uit de wet en Schadevergoeding* (Hartlief), Deventer 2015, nr. 214.
26. Zie ook dissertatie p. 281.
27. Zie bijvoorbeeld HR 3 februari 2012, *NJ 2012/95* (Rabobank Vaart en Vecht). Uitgebreider hierover mijn beschouwing 'Bewijs van causaal verband tussen beweerdelijke geleden beleggingsschade en schending van een informatie- of waarschuwingplicht', in: *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, D. Busch e.a. (red.), Serie Onderneming en Recht nr. 78, Deventer, 2013, p. 129-136, met verdere verwijzingen.
28. Zie C.J.M. Klaassen, *Causaliteitsperikelen, preadvies voor de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht*, Deventer 2012, p. 7.
29. Waarover uitgebreider (onder vele anderen) bijvoorbeeld Mon. BW B35 (Klaassen) en A.J. Akkermans en Chr. van Dijk, *Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken*, *AV&S 2012/17*.
30. HR 19 december 2008, *NJ 2009/28*.
31. P. 282-284.
32. HR 13 juni 1975, *NJ 1975/509*.
33. Zie mijn dissertatie, p. 266 e.v., met verdere verwijzingen. Zie ook Rb Rotterdam 3 juli 1990, *NJ 1991/210* (Drop/De Jong).

“ . . . . .  
**Nog niet alle vragen  
over risicoaanspra-  
kelijkheden zijn  
beantwoord sinds  
het NBW.**  
. . . . .”

aanmerkelijk minder uitzonderlijk was dan daarvoor en althans niet (meer) zo uitzonderlijk dat dit op zichzelf een rechtvaardiging zou vormen voor een enge toerekening in het kader van het causaal verband. In dezelfde zin nadien Boonekamp<sup>34)</sup>, Hartlief<sup>35)</sup> en Spier<sup>36)</sup>. Vergelijk daarentegen Sterk.<sup>37)</sup> Echter, HR 25 april 2008, NJ 2008/262 (Boekema/ouders) sluit aan bij de benadering dat risicoaansprakelijkheid niet per definitie tot een enge toerekening behoeft te leiden; althans werd in de omstandigheid dat het aan de kant van de ouders ging om een risicoaansprakelijkheid, geen reden voor inperking gezien.

## 6. Afronding

Wat levert een terugblik op de betekenis van mijn proefschrift op? Ik vermeld zowel een persoonlijke als een zakelijke observatie. Om met de eerste te beginnen (hoewel ik twijfel of dit voor de lezers van Verkeersrecht vermeldenswaard is, maar mede gelet op de kennelijke populariteit van bladen als “Mr”, met hun min of meer persoonlijke beschouwingen, toch maar): ik kijk met veel genoegen terug op mijn ‘proefschrifttijd’. Ik verkeerde in de relatief luxe positie dat ik na mijn aanstelling mijn eigen onderzoeksvra(a)g(en) mocht bedenken en niet gebonden was aan een reeds min of meer voorgekookt onderzoeksplan. Hetgeen ik bedacht is volgens de huidige criteria daarvoor met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid te breed<sup>38)</sup> (welke criteria overigens in niet onbelangrijke mate ingegeven lijken te zijn door de kans op succes binnen de vrij strak gehanteerde termijn van in principe vier jaren). Ik heb aan dit in den brede grasduinen echter veel plezier beleefd en hiervan veel geleerd, waaronder ook het terugvinden van de juiste weg na het volgen van een dood spoor. Mijn promotor, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, en nauw betrokken meeleezer, wijlen prof. mr. W.C.L. van der Grinten, gaven mij ruimte tot eigenwijsheid en het komen tot eigen wijsheid. Eveneens veel geleerd heb ik van de combinatie van mijn promotieonderzoek met het geven van (best veel) onderwijs, ook op geheel andere terreinen dan dat van mijn onderzoek. Eerlijk is eerlijk, ik heb daar destijds zeker wel eens op en over gemopperd en de meerwaarde van dit alles achteraf wellicht meer ingezien dan destijds. Hoe dan ook, zou ik de tegenwoordige onderzoekers deze ruimte en meerwaarde van harte gunnen... Net binnen de vijf jaren na mijn aanstelling heb ik mijn proefschrift afgerond.

Vanuit zakelijk perspectief bezien heeft mijn boek in die zin zijn weg gevonden dat het – ondanks een behoorlijke oplage – vrij vlot was uitverkocht en hiernaar in de loop der tijd regelmatig is en nog steeds wordt verwezen. Ondanks het plezier dat ik aan het werken aan mijn proefschrift heb beleefd, heb ik het verzoek van de uitgever tot het uitbrengen van een geactualiseerde versie aan mij voorbij laten gaan: het was tijd voor andere dingen. Het was en is echter plezierig je werk tenminste gelezen te weten. Inhoudelijk meen ik dat, zoals hiervoor geschetst, sommige van mijn gedachten in de

loop der tijd door anderen zijn onderschreven (al dan niet onder verwijzing hiernaar). Levert een terugblik op mijn proefschrift dan uitsluitend Hosanna-gejuich op? Nee, dat zou te mooi zijn om waar te zijn. Allereerst komt bij herlezing hiervan de les van Van der Grinten bij mij boven: “Geen boek is volmaakt! Men kan altijd blijven schaven aan eigen werk.”<sup>39)</sup> Verder zijn sommige van mijn (toenmalige) gedachten niet daadwerkelijk van betekenis gebleken dan wel niet gevolgd. Wat dit eerste betreft, denk ik bijvoorbeeld aan mijn beschouwingen over het matigingsrecht en de limitering van aansprakelijkheid. Deze figuren zijn in de praktijk immers nauwelijks respectievelijk niet aan de orde (gekomen) ofwel van betekenis gebleken. Wat het tweede betreft, refereer ik aan mijn gedachten over de afbakening van de risicoaansprakelijkheid voor niet-ondergeschikten op grond van art. 6:171 BW. In aansluiting bij de parlementaire geschiedenis, heb ik in dit verband veel betekenis toegekend aan de zogenoemde eenheid van onderneming ofwel de kwestie of opdrachtgever en niet-ondergeschikte naar buiten toe als eenheid opereerden.<sup>40)</sup> De Hoge Raad zat aanvankelijk ook op dit spoor<sup>41)</sup>, maar is daarop vervolgens teruggekomen.<sup>42)</sup>

Aan de reflexwerking van risicoaansprakelijkheid heb ik destijds weliswaar aandacht besteed, maar de vraag of in geval van medebezit de ene bezitter tegenover de andere bezitter een beroep zou kunnen doen op een risicoaansprakelijkheid, zoals aan de orde in het Hangmat-arrest<sup>43)</sup>, heb ik niet onder ogen gezien. Maar wie had deze voordien wel bedacht?

Hoe dan ook: risicoaansprakelijkheid was en is een boeiend onderwerp. De folder ten behoeve van het Nationaal Aansprakelijkheidsrecht Diner 2013<sup>44)</sup> vermeldt: “Risicoaansprakelijkheid staat volop in de belangstelling” en “Nieuwe tendensen in risicoaansprakelijkheid”. Of hetgeen onder die noemer werd gepresenteerd daadwerkelijk nieuwe tendensen zijn, laat ik hier buiten beschouwing. Afrondend kan in elk geval worden geconstateerd dat, hoewel het huidige Burgerlijk Wetboek bijna zijn zilveren jubileum viert, zeker niet alle vragen zijn beantwoord die de hierin neergelegde risicoaansprakelijkheden oproepen.

34. R.J. Boonekamp, ‘Door de hond en de kat gebeten’, in: *Als een goed huisvader* (‘Nieuwenhuisbundel’), Deventer 1992, p. 99-103 alsook Schadevergoeding, art. 98, aantek. 29.2.
35. Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding, nr. 220.
36. Conclusie voor HR 25 april 2008, NJ 2008/262 (Boekema/ouders).
37. C.H.W.M. Sterk, *Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer 1994, p. 269-276.
38. Zie J.B.M. Vranken, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*. Algemeen deel \*\*\*\*. Een synthese, Deventer 2014, met name nr. 41.
39. W.C.L. van der Grinten, De promotor, *Ars Aequi* 1985, p. XVII, tevens opgenomen in: *Verspreide Geschriften van W.C.L. van der Grinten*, verzameld en ingeleid door C.J.H. Jansen, S.C.J.J. Kortmann en G. van Solinge, Deventer 2004, p. 682.
40. Expliciet nog dan in mijn proefschrift C.J.M. Klaassen, ‘Buiten-contractuele risico-aansprakelijkheid voor niet-ondergeschikte opdrachtnemers: een NBW nouveauté’, in: *Onderneming en nieuw burgerlijk recht*, Zwolle 1991, p. 373-387.
41. HR 21 december 2001, NJ 2002/75 (Delfland/De Stoeterij).
42. HR 18 juni 2010, NJ 2010/389 (Koeman/Sijm Agro).
43. HR 8 oktober 2010, NJ 2011/465, m.nt. T. Hartlief.
44. Georganiseerd door Kluwer: [www.kluwer.nl/aansprakelijkheidsrecht diner](http://www.kluwer.nl/aansprakelijkheidsrecht diner).