

Begrenzing van kwalitatieve aansprakelijkheid; functioneel verband binnen artikel 6:181 BW

36

Pas nu, achttien jaar na de invoering in 1992 van afdeling 6.3.2 BW, lijkt het principiële debat over de grenzen van kwalitatieve aansprakelijkheid echt op gang te komen. In deze bijdrage staat centraal de kwalitatieve aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker van art. 6:181 BW, in het bijzonder de begrenzing daarvan langs de band van het functioneel verband. Middels een systematische plaatsbepaling van art. 6:181 BW wordt in het voetspoor van art. 6:170 en art. 171 BW óók voor het functioneel verband binnen art. 6:181 BW een uitgangspunt aangewezen, in die zin of de grenzen in beginsel ruim of eng worden getrokken.

1. Inleiding

Afdeling 6.3.2 BW kent een reeks van kwalitatieve aansprakelijkheden, voor zowel personen (art. 6:169-172 BW) als zaken (art. 6:173-182, 183 lid 2 BW).² 'Kwalitatief', omdat steeds de hoedanigheid – kwaliteit – van de aangesprokene als aanknopingspunt voor aansprakelijkheid heeft te gelden, zónder dat 'foutief' gedrag is vereist van degene op wie de aansprakelijkheid rust.³ Omdat het te ver voert iedere door een persoon of zaak veroorzaakte schade af te wentelen op een door afdeling 6.3.2 BW aangewezen persoon, is begrenzing van deze 'bijzondere' vorm van aansprakelijkheid vereist. Hoewel afdeling 6.3.2 BW reeds in 1992 werd ingevoerd, lijkt evenwel op bepaalde fronten pas nu het principiële debat over de grenzen van kwalitatieve aansprakelijkheid op gang te komen. Te wijzen valt op Rb. 's- Hertogenbosch 21 januari 2009, *JA* 2009, 52 (*Hangmat*), over de relativiteit van de kwalitatieve aansprakelijkheid van art. 6:174 BW.⁴ Mede gelet op het principiële karakter van de zaak en het belang daarvan voor het aansprakelijkheids- en verzekerings-

recht in bredere zin,⁵ werd door partijen sprongcassatie ingesteld.⁶ Principieel is ook het debat over de kwalitatieve aansprakelijkheid voor de gevolgen van de dijkdoorbraak in Wilnis.⁷ Inmiddels is naar aanleiding van Hof Amsterdam 9 juni 2009, *JA* 2009, 126 (m.nt. Oldenhuis), ook in die zaak de gang naar de Hoge Raad gemaakt.⁸ Ook na uitspraak van ons hoogste rechtscollege in beide voornoemde zaken zal de begrenzing van kwalitatieve aansprakelijkheid ons ongetwijfeld nog de nodige hoofdbreken opleveren. De verschillende in afdeling 6.3.2 BW geregelde aansprakelijkheden kennen ter afbakening namelijk ieder zo hun eigen methoden, waarvan nog niet alle, althans niet in dezelfde mate, onderwerp zijn geweest van richtinggevend(e) rechtspraak en/of wetenschappelijk debat.

Een illustratief voorbeeld wat dat betreft, is de afbakening van de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker als bedoeld in art. 6:181 BW. Hoewel in onze moderne en vergaand geïndustrialiseerde samenleving sprake is van allerhande bedrijfsmatig gebruik op velerlei wijzen, heeft deze bepaling van potentieel grote betekenis sinds haar invoering tot nog toe niettemin voornamelijk een bestaan in de schaduw geleid.⁹ Om die reden staat in deze

1. Arvin Kolder is advocaat bij Houkes c.s. Advocaten te Emmen en als docent privaatrecht en duaal promovendus verbonden aan de RuG.
2. Art. 6:183 lid 1 BW heeft op de gehele afdeling 6.3.2 BW betrekking.
3. Art. 6:169 lid 2 BW past strikt genomen niet goed in afdeling 6.3.2 BW, omdat de daarin geregelde aansprakelijkheid (wel) rust op – een vermoeden van – eigen foutief gedrag van de aansprakelijke.
4. De te beantwoorden rechtsvraag is, of art. 6:174 BW ook strekt tot bescherming van benadeelden die tevens (mede)bezitter van een gebrekkige opstal zijn.

5. Zie voor een bespreking van het vonnis van de rechtbank, F. Leopold, *TVP* 2009-2, p. 49-62. De vraag naar de relativiteit van kwalitatieve aansprakelijkheid is overigens niet beperkt tot art. 6:174 BW. Niet enkel moet dan worden gedacht aan de op de qua aansprakelijke persoon eenzelfde leest geschoeide artikelen 6:173 en 179 BW. Denk bijvoorbeeld ook aan art. 6:169 BW; daar rijst de vraag of ingeval van door het kind aan een ouder/voogd berokkende schade, de gelaedeerde ouder/voogd de andere ouder/voogd daarvoor met succes ex art. 6:169 BW kan aanspreken. Denk voorts aan art. 6:170 BW; kan in een inleensituatie met als gevolg twee 'meesters' in de zin van deze bepaling, de meester aan wie door de ondergeschikte schade wordt toegebracht jegens de andere meester de bescherming van art. 6:170 BW inroepen? In Hof 's-Gravenhage 17 maart 2009, *LJN* BH6274 werd deze laatste principiële vraag bevestigend beantwoord, in Rb. Amsterdam 6 mei 2009, *LJN* BI3809 ontkennd.
6. Zorgvuldigheidshalve zij vermeld dat ondergetekende als raadsman van het slachtoffer bij deze zaak is betrokken. Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage wordt het arrest van de Hoge Raad in het najaar 2010 verwacht.
7. De voorliggende rechtsvraag is of een dijk die water doorlaat 'gebrekkig' is in de zin van art. 6:174 BW. De bredere betekenis van deze zaak ziet op beantwoording van de vraag of, en zo ja in hoeverre, bij de bepaling van aan 'publieke werken' te stellen eisen ex art. 6:174 BW een rol is weggelegd voor factoren als prioritering, financiële kaders en de stand van wetenschap en techniek. Zie voor de uitspraak in eerste aanleg Rb. Amsterdam 29 november 2006, *JA* 2007, 10, alsmede voor een bespreking daarvan Oldenhuis en Kolder, *AV&S* 2009-1, p. 33-34. Zie voorts voor een kritische bespreking van 's hofs arrest Oldenhuis, *Het Verzekerings-archief* 2010-1, p. 2-10.
8. Net als de 'hangmat-zaak', is ook deze zaak als het gaat om begrenzing van kwalitatieve aansprakelijkheid in een breder perspectief te plaatsen. Denk niet alleen aan de aansprakelijkheid van de in art. 6:174 lid 2 BW genoemde weg-, kabel-, en leidingbeheerder, maar bijvoorbeeld ook aan art. 6:173 BW, dat een met art. 6:174 BW vergelijkbaar criterium van 'gebrekkigheid' kent.
9. Ondergetekende werkt thans aan een proefschrift over art. 6:181 BW.

bijdrage de reikwijdte van art. 6:181 BW centraal, in het bijzonder de begrenzing daarvan langs de band van het *functioneel verband*. Daartoe wordt allereerst ingegaan op de achtergrond en inhoud van art. 6:181 BW, alsmede de betekenis daarvan voor het kwalitatieve aansprakelijkheidsrecht (paragraaf 2). Vervolgens wordt ingezoomd op het 'afbakeningsmechanisme' functioneel verband binnen art. 6:181 BW. Aangezien art. 6:181 BW in wetenschap en praktijk als gezegd bepaald nog niet in de schijnwerpers heeft gestaan en ook de parlementaire geschiedenis van het artikel vrij summier is, bestaan ter beoordeling daarvan thans geen richtinggevend, laat staan 'traditionele' gezichtspunten. Daarom wordt in deze bijdrage, ter verkrijging van (meer) grip op het functioneel verband binnen art. 6:181 BW, de plaats van dit artikel bepaald ten opzichte van de art. 6:170 BW en 171 BW. Bij deze 'soortgelijke' aansprakelijkheden is ter markering van de grenzen namelijk ook een voorname rol voor het functioneel verband weggelegd, terwijl de art. 6:170 en art. 171 BW een uitgebreide(re) wetsgeschiedenis kennen en omtrent 'hun' functioneel verband reeds wél de nodig lijnen zijn uitgezet. Door middel van een systematische plaatsbepaling van art. 6:181 BW wordt onderzocht of in het voetspoor van art. 6:170 en art. 171 BW óók voor de uitleg van het functioneel verband binnen art. 6:181 BW een bepaald *uitgangspunt* kan worden aangewezen, in die zin of de grenzen in beginsel ruim of eng dienen te worden getrokken (paragraaf 3-4). Aansluitend wordt nog aandacht besteed aan de op opstellen betrekking hebbende tournure aan het slot van art. 6:181 lid 1 BW, die nog een 'extra', geheel eigen vereiste van functioneel verband meebrengt (paragraaf 5). Ik rond af met een conclusie (paragraaf 6).

2. Art. 6:181 BW; algemeen

De hoofdregel van art. 6:181 BW is dat, zodra de in art. 6:173, 174 en 179 BW bedoelde zaken, opstallen of dieren in de uitoefening van een bedrijf worden gebruikt, de kwalitatieve aansprakelijkheid uit dat trio artikelen rust op degene die dit bedrijf uitoefent. Dit is een regel van betekenis, omdat art. 6:181 BW *exclusieve werking* toekomt, in die zin dat ingeval van bedrijfsmatig gebruik de bedrijfsmatige gebruiker de exclusief aansprakelijke is. Daarnaast rust niet óók nog op de bezitter ex art. 6:173, 174 of 179 BW de aansprakelijkheid. Cumulatieve aansprakelijkheid van bezitter en bedrijfsmatige gebruiker is dus uitgesloten. Het is telkens van tweeën één.¹⁰ Aldus is art. 6:181 BW, ter vaststelling van de aan te spreken persoon, op een breed gebied van de in afdeling 6.3.2 BW

geregelde aansprakelijkheid voor zaken een bepaling om rekening mee te houden.¹¹

De exclusieve werking van art. 6:181 BW ten opzichte van art. 6:173, 174 en 179 BW vindt zijn oorsprong in het tweeledige doel dat de wetgever met art. 6:181 BW voorstaat. Enerzijds is het artikel bedoeld om ingeval van schade door bedrijfsmatige activiteiten het slachtoffer een handreiking te bieden, in die zin dat deze zich op grond van art. 6:181 BW steeds tot één aansprakelijke persoon kan wenden. Het slachtoffer moet zich volgens de wetgever aan de betrokken onderneming kunnen houden, om te voorkomen dat hij in de 'onbevredigende positie' geraakt waarin hij zich dient te bekreunen om de betrokkenheid van soms een veelheid van personen en zaken bij bepaald bedrijfsgebeuren en niet altijd in details op te helderen oorzaken van daarbij veroorzaakte schade.¹² Anderzijds strekt art. 6:181 BW volgens de wetgever ertoe de risico's aan de zijde van bedrijven overzichtelijk te maken. Doordat het artikel de aansprakelijkheid concentreert, aldus de wetgever, kan het als één (bedrijfs)risico worden (door)berekend en verzekerd.¹³ Art. 6:181 BW beoogt dus in het belang van zowel benadeelden als (potentieel) aansprakelijken versplintering van aansprakelijkheid te voorkomen.¹⁴

Nu duidelijk is dat ingeval van bedrijfsmatig gebruik van de in art. 6:173, 174 en 179 BW bedoelde zaken, opstallen en dieren de bedrijfsmatige gebruiker ingevolge art. 6:181 BW dé kwalitatief aansprakelijke is, moge ook duidelijk zijn dat de vraag naar het toepassingsbereik van laatstgenoemde bepaling van belang is. Immers, vindt art. 6:181 BW toepassing dan blijft de bezitter uit art. 6:173, 174 en 179 BW buiten schot. Miskenning van het bepaalde in art. 6:181 BW kan dan ook verstrekken gevolgen hebben. Bijvoorbeeld in het – niet ondenkbare – geval waarin na schade door een zaak binnen het stelsel van art. 6:173, 174, 179 en 181 BW de pijlen op de verkeerde persoon worden gericht¹⁵ en stuitingshandelingen richting de juiste persoon achterwege blijven. Is zulks te wijten aan een (achteraf gebleken) onjuiste juridische beoordeling, dan is de op de claim toepasselijke korte verjaringstermijn

10. Parl. Gesch. Boek 6, p 745-746. Illustratief omtrent (miskenning van) de verhouding tussen art. 6:181 BW enerzijds en anderzijds art. 6:173, 174 en 179 BW is Rb. Amsterdam 16 mei 2007, JA 2007, 107, m.nt. Kolder).

11. Let wel, het gaat dan om gevallen waarin het bezit en bedrijfsmatig gebruik van een zaak zich *niet* in dezelfde hand bevinden. Zijn de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker een en dezelfde persoon, dan is diegene binnen het stelsel van art. 6:173, art. 6:174, 179 en 181 BW immers hoe dan ook met de kwalitatieve aansprakelijkheid daarvoor belast.

12. Vgl. het door de wetgever gegeven voorbeeld op p. 745-746, Parl. Gesch. Boek 6.

13. Parl. Gesch. Boek 6, p. 745-746.

14. De concentratie van aansprakelijkheid op grond van art. 6:181 BW kent echter niet enkel voordelen. Denk aan het voor het slachtoffer wrange geval van bedrijfsmatig gebruik, waarin de bedrijfsmatige gebruiker geen of onvoldoende verhaal biedt en/of niet tegen aansprakelijkheid is verzekerd en de bezitter als bedoeld in art. 6:173, 174 en 179 BW wel.

15. Zoals bijvoorbeeld in Rb. Maastricht 22 januari en 12 november 2003, resp. L/JN AF3869 en L/JN AN8406.

uit art. 3:310 BW van meet af aan gaan lopen en wellicht reeds voltooid.¹⁶

2.1 Art. 6:181 BW; 'in de uitoefening van'

Een belangrijke afbakening van art. 6:181 BW geschiedt langs de band van het *functioneel verband*; voor aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker moet tussen het gebruik van de schadeveroorzakende zaak en zijn bedrijfsactiviteiten een zekere band bestaan.¹⁷ Ter begrenzing van de risicosfeer van de bedrijfsmatige gebruiker verwoordt art. 6:181 BW dit aldus, dat sprake moet zijn van gebruik van de zaak 'in de uitoefening van' het bedrijf. De hamvraag is uiteraard: wanneer bestaat (nog) wel en wanneer niet (meer) een voldoende nauwe band tussen bepaald gebruik van een zaak en de uitoefening van het op voet van art. 6:181 BW aangesproken bedrijf? Vooropgesteld kan worden dat deze functioneel verband-vraag niet in abstracto valt te beantwoorden. De beoordeling van het functioneel verband komt namelijk steeds neer op de uitleg van een feitelijke situatie, en is daardoor telkens nauw verweven met de specifieke omstandigheden van het voorliggende geval. Zulks neemt echter niet weg, en dat is waar het mij in deze bijdrage zoals gezegd om gaat, dat mogelijk wél een bepaald *uitgangspunt* aangewezen kan worden bij de uitleg van het criterium 'in de uitoefening van' binnen art. 6:181 BW, in die zin of in beginsel nu een ruime of juist enge benadering heeft te gelden. Tot op heden ontbreekt voor wat betreft de uitleg van het functioneel verband binnen art. 6:181 BW namelijk een principiële richting. Is het vertrekpunt eenmaal bepaald, dan valt in voorkomende gevallen vervolgens van daaruit, telkens met inachtneming van de specifieke omstandigheden van het geval, over de exacte afgrenzing van de risicosfeer van de bedrijfsmatige gebruiker te delibereren.¹⁸

De principiële vraag naar het uitgangspunt bij de uitleg van het functioneel verband binnen art. 6:181 BW zal overigens niet scherp naar voren komen in een ter illustratie van de werking van art. 6:181 BW als klassiek voorbeeld te bestempelen casus, waarin een manegebedrijf bij het geven van paardrijlessen paarden van een derde inzet die daartoe door deze aan de manege ter beschikking zijn gesteld. De band tussen de bedrijfsvoering van de manege en het gebruik van de paarden is dan immers zeer sprekend, zodat de manege wegens onmiskenbaar gebruik van de dieren 'in de uitoefening van' haar bedrijf op voet van art. 6:181 BW (exclusief) met de kwalitatieve aansprakelijkheid daarvoor uit art. 6:179 BW is belast.

Dit is evenwel anders in de casus waarin een manege in het kader van een eenmalige open dag een luchtkussen huurt ter vermaak van de kinderen van potentiële nieuwe leden, terwijl laatstgenoemden ter kennismaking een paardrijles kunnen volgen. Bestaat ook dan een zodanig nauwe band tussen het gebruik van het luchtkussen en de activiteiten van het manegebedrijf, om ervan te kunnen spreken dat het manegebedrijf het luchtkussen ex art. 6:181 BW 'in de uitoefening van' haar bedrijf gebruikt, met als gevolg dat zij (exclusief) is belast met de daarvoor geldende kwalitatieve aansprakelijkheid uit art. 6:173 BW? Hoewel weliswaar kan worden gezegd dat het luchtkussen ten behoeve van het manegebedrijf wordt gebruikt, zijn het aanbieden van 'luchtkussenvermaak' en het geven van paardrijlessen evenwel duidelijk te onderscheiden bedrijfsactiviteiten.¹⁹ In een dergelijke casus is het voor de beoordeling van het functioneel verband – en daarmee de toepasselijkheid van art. 6:181 BW en daarmee de bepaling van degene op wie de kwalitatieve aansprakelijkheid rust – zeer wel van belang welk vertrekpunt (ruime of enge uitleg) daarbij heeft te gelden.

16. HR 26 november 2004, *NJ* 2006, 115; HR 14 juli 2006, *RvdW* 2006, 740; HR 5 januari 2007, *RvdW* 2007, 68 en HR 9 oktober 2009, *RvdW* 2009, 1153, waaruit volgt dat voor het gaan lopen van de korte verjarings-termijn van art. 3:310 BW niet is vereist dat de benadeelde niet slechts daadwerkelijk bekend is met de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon maar ook met de *juridische beoordeling* van die feiten en omstandigheden. Een illustratief voorbeeld van de gevolgen hiervan bij een (achteraf gebleken) onjuiste juridische beoordeling biedt Rb. Zwolle 31 maart 2010, *LJN* BM3485.

17. Art. 6:181 BW wordt overigens ook nog op andere wijze afgebakend, namelijk aan de hand van de andere daarin voorkomende kernbegrippen 'gebruik' en 'bedrijf'. Bij het eerste moet dan worden gedacht aan de vraag of 'gebruik' enkel ziet op draaiende machines en zwoegende paarden op een akker, dan wel ook betrekking kan hebben op uitgeschakelde machines en paarden in ruste. Denk bij het tweede aan de precieze uitleg van de term 'bedrijf'; kan daaronder ook vallen degene die een vrij beroep uitoefent? En hoe zit het met de overheid? Deze vragen, hoewel eveneens belangwekkend voor de hantering van art. 6:181 BW, laat ik in deze bijdrage rusten.

18. Vgl. bijvoorbeeld de vraag naar het functioneel verband binnen art. 7:658 BW, tot uitdrukking gebracht door de eis dat de schade van de werknemer dient te zijn geleden 'in de uitoefening van' zijn werkzaamheden. Ondanks dat het functioneel verband steeds met inachtneming van alle omstandigheden van het geval zal moeten worden beoordeeld, is vaste rechtspraak dat bedoeld criterium *ruim* wordt uitgelegd. Vgl. bijvoorbeeld HR 15 december 2000, *NJ* 2001, 198 (*Van Uitert/Lasschuijt*).

Voorts valt in dit verband een illustratieve casus te ontleenen aan HR 8 februari 2008, *NJ* 2008, 93 (*Lagraauw/Van Schie*). Van Schie exploiteert een tuinbouwbedrijf. Voor het vervoer van zaken als containers en pallets maakt hij regelmatig gebruik van een bepaalde transportonderneming. Zo arriveerde op een zekere dag bij Van Schie een chauffeur met vrachtwagen van voornoemde transportonderneming om containers te laden. Een werknemer van Van Schie, Lagraauw, schoot de chauffeur bij het laden te hulp. Hierbij sloeg op enig moment onverwachts een laaddeur van de vrachtwagen dicht door de wind, waarbij

19. Zie hier overigens ook nog art. 6:181 lid 2 BW, dat een regeling geeft ingeval van meerdere bedrijfsmatige gebruikers. Op grond daarvan is de laatste in de keten de (exclusief) kwalitatief aansprakelijke, vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 746. Art. 6:181 lid 2 BW zou in de geschetste casus mogelijk van toepassing kunnen zijn. Echter, (ook) daarvoor is vereist dat de zaak aan de manege als 'tweede' gebruiker ter beschikking is gesteld voor gebruik 'in de uitoefening van' haar bedrijf.

het hoofd van Lagraauw werd geraakt.²⁰ Stel nu dat het plotseling dichtslaan van de laaddeur was te wijten aan gebrekkigheid van de vrachtwagen. Wie had Lagraauw daarvoor op kwalitatieve grondslag dan moeten aanspreken; de transportonderneming ex art. 6:173 BW in de hoedanigheid van bezitter van de vrachtwagen dan wel Van Schie als bedrijfsmatige gebruiker daarvan ex art. 6:181 BW?²¹ Gelet op de exclusieve werking van art. 6:181 BW ten opzichte van art. 6:173 BW, was het daarbij aangekomen op de afbakening van de risicosfeer van Van Schie. De beslissende vraag was geweest of al dan niet voldoende verband bestond tussen de bedrijfsactiviteiten van Van Schie en het inzetten van de vrachtwagen, om te kunnen aannemen dat Van Schie de gebrekkige vrachtwagen ten tijde van het ongeval ex art. 6:181 BW 'in de uitoefening van' zijn bedrijf gebruikte. Daarbij geldt enerzijds dat de vrachtwagen op verzoek, ten behoeve en in het belang van Van Schie werd ingezet, maar anderzijds dat het uitoefenen van een tuinbouwbedrijf en het verzorgen van transport naar de kern genomen (uiterlijk) geheel verschillende bedrijfsactiviteiten zijn. Ook om een casus als deze op zijn merites te kunnen beoordelen, is het van belang te weten of de grenzen van de risicosfeer van de bedrijfsmatige gebruiker ex art. 6:181 BW in beginsel nu ruim of juist eng worden getrokken.

2.2 Art. 6:181 BW; link met art. 6:170 en 171 BW

Art. 6:181 BW is een 'jeugdige' bepaling. Niet alleen omdat zij als onderdeel van afdeling 6.3.2 BW 'pas' in 1992 werd ingevoerd, maar ook omdat het oude recht een dergelijke bepaling onbekend was.²² Daar komt bij dat art. 6:181 BW als compleet 'nieuwe' bepaling relatief laat in het wetgevingsproces van het huidige BW werd geïntroduceerd, met als gevolg dat een 'volwaardige'

wetsgeschiedenis ontbreekt.²³ Een 'voorganger' in het oude recht heeft art. 6:181 BW dus niet en de wetsgeschiedenis van de bepaling is maar summier. Ook de tot nog toe verschenen rechtspraak en literatuur heeft ten aanzien van een (principiële) afgrenzing van de risicosfeer van de bedrijfsmatige gebruiker niet of nauwelijks iets te bieden; sinds haar invoering in 1992 heeft art. 6:181 BW nou niet bepaald in het brandpunt van de aandacht gestaan. Omdat we aldus van (kringen rondom) art. 6:181 BW zélf niet veel wijzer worden voor wat betreft de uitleg van het functioneel verband, dient de blik te worden verlegd.

Van belang is dan de constatering dat ter begrenzing van de eveneens in afdeling 6.3.2 BW neergelegde artikelen 6:170 lid 1 en 171 BW functioneel verband óók een prominente rol speelt, terwijl dienaangaande reeds wél de nodige lijnen zijn uitgezet. Tevens is van belang de constatering dat art. 6:170 lid 1 en 6:171 BW, hoewel ieder der bepalingen uiteraard zijn eigen 'eigenaardigheden' kent, als met art. 6:181 BW 'vergelijkbare' aansprakelijkheden zijn aan te merken. Ten eerste omdat daar waar art. 6:170 lid 1 en 171 BW zien op bedrijfsmatig 'gebruik' van *personen*, art. 6:181 BW ziet op bedrijfsmatig gebruik van *zaken*. Omdat uit de tekst van art. 6:170 lid 1 BW zelf de *bedrijfsmatige* context evenwel niet direct blijkt, is het goed te vermelden dat zij daarvoor met name wel is bedoeld. Dit omdat het qua functioneel verband wat restrictievere art. 6:170 lid 2 BW een afzonderlijke regeling geeft voor ondergeschikten in dienst van een natuurlijk persoon *niet* werkzaam voor diens beroep of bedrijf.^{24, 25} Voorts is het zo dat ook de specifieke gedachten achter de afzonderlijke artikelen 6:170, 171 en 181 BW soortgelijk zijn. Wordt ingezoomd op de artikelen 6:171 en 181 BW, dan blijkt dat beide bepalingen eenzelfde ratio kennen, te weten de idee om ingeval van schade door bedrijfsmatige activiteiten het slachtoffer een handreiking te bieden, in die zin dat deze zich ter vergoeding van zijn schade (in ieder geval) steeds kan wenden tot één aansprakelijke persoon, namelijk degene die het bedrijf uit-

20. Het arrest staat met name in de sleutel van art. 7:658 BW, waarbij het aankwam op de vraag of Van Schie jegens Lagraauw zijn zorgplicht uit lid 1 van dat artikel had geschonden. Evenals het hof beantwoordde de Hoge Raad die vraag ontkennend.

21. Sinds 1 oktober 2005 vallen door de invoering van Wetsvoorstel 29 955 (wet van 16 juni 2005, *Stb.* 2005, 357) ook motorrijtuigen onder het bereik van art. 6:173 BW – en daarmee eveneens onder art. 6:181 BW. Overigens werd vanuit een oogpunt van slachtofferbescherming ook al daarvóór wel aangenomen dat een gebrekkig motorrijtuig, ondanks de toen nog uitsluiting in art. 6:173 lid 3 BW, onder de reikwijdte van die bepaling kon vallen. Zie Hof Amsterdam 22 juni 2000, *VR* 2001, 44; Rb. Breda 10 november 2004, *NJF* 2004,160; Hof Amsterdam (vzr.) 27 januari 2005, *NJF* 2005, 406.

22. Het oude BW (OBW), ingevoerd in 1838 en van kracht tot 1992, kende maar een beperkt aantal gevallen van buitencontractuele kwalitatieve aansprakelijkheid. Zo kende art. 1403 OBW een aantal aansprakelijkheden voor personen. Een algemene aansprakelijkheid voor zaken ontbrak. Weliswaar sprak art. 1403 OBW van personen én zaken, maar wat betreft zaken was het artikel niet meer dan een dode letter. Vgl. HR 19 februari 1993, *NJ* 1996, 318 (*Kube & Kubenz/Freriks*). Art. 1404 OBW regelde de aansprakelijkheid voor dieren. Art. 1405 OBW zag op de aansprakelijkheid voor gebouwen.

23. Het Ontwerp-Meijers voor Boek 6, waarin een aantal huidige kwalitatieve aansprakelijkheden reeds was opgenomen, stamt uit 1961. Art. 6:181 BW, toen nog ontwerp-artikel 6.3.2.10, werd pas op het laatste moment geïntroduceerd bij gelegenheid van het uit 1976 stammende Gewijzigd-Ontwerp, van de hand van regeringscommissaris Snijders.

24. Art. 6:170 lid 1 BW ziet aldus op ondergeschikten in dienst van een rechtspersoon en op ondergeschikten in dienst van een natuurlijk persoon, mits werkzaam in diens beroep of bedrijf. Zie ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 726. Art. 6:170 lid 2 BW kent een bijzondere regeling voor de aansprakelijkheid van de opdrachtgever in de particuliere sfeer, waarbij een nauwer verband wordt geëist tussen de fout van de ondergeschikte en de hem opgedragen taak dan in lid 1; de opdrachtgever is slechts aansprakelijkheid voor fouten van de ondergeschikte *binnen* de taakstelling begaan. Vgl. hieromtrent nader Oldenhuis (*Onrechtmatige daad*), art. 170, aant. 61 e.v.

25. De vraag waarom overigens de tekst van art. 6:171 en 6:181 BW enkel spreekt van 'bedrijf' en niet ook van 'beroep' en of onder 'bedrijf' in art. 6:171 en 181 BW wellicht ook 'beroep' als bedoeld in art. 6:170 BW kan worden verstaan, laat ik in deze bijdrage rusten. Zie ook noot 17.

oefent.²⁶ En ook aan art. 6:170 BW ligt een overeenkomstige (eenheids)gedachte ten grondslag, namelijk het beginsel dat derden de 'meester' en diens ondergeschikten als een zekere eenheid kunnen beschouwen.²⁷ Tevens geldt dat de aansprakelijkheid uit de artikelen 6:170, 171 en 181 BW wel wordt verdedigd met een beroep op het profijtbeginnsel – niet alleen (in economische zin) de lusten van de te gebruiken personen en zaken maar ook, indien er daarbij iets misgaat, de daaraan verbonden lasten.²⁸ Ook kan worden gewezen op het gemeenschappelijke gezichtspunt van 'gevaarverhoging', als rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid van de artikelen 6:170, 171 en art. 6:181 BW: hij die ervoor kiest zijn 'actieradius' te vergroten door andere personen handelingen voor zich te laten verrichten of gebruik te maken van zaken en zodoende voor derden eenzijdig de kans op schade door verwezenlijking van de daarmee in het leven geroepen gevaren verhoogt, dient ook voor die risico's in te staan.²⁹ Tot slot ligt de zogenoemde 'risk-spreading capacity' van de ex art. 6:170, art. 6:171 en art. 6:181 BW aansprakelijke als gemeenschappelijk argument ten grondslag aan deze bepalingen, in die zin dat de aansprakelijkheid als bedrijfsrisico kan worden gezien waarvan de kosten, al dan niet via een verzekering, op de afnemers kunnen worden afgewenteld.³⁰

3. Art. 6:170 en 171 BW

Als gezegd, ter (princiële) begrenzing van de risicosfeer van de bedrijfsmatige gebruiker tasten we vooralsnog overwegend in het duister. Ten aanzien van de met art. 6:181 BW 'vergelijkbare' aansprakelijkheden uit art. 6:170 lid 1 en art. 6:171 BW heeft een bepaalde uitleg terzake zich daarentegen reeds wél uitgekristalliseerd. Daarom is het mijns inziens waardevol de plaats van art. 6:181 BW ten opzichte van de art. 6:170 en 171 BW te bepalen. Wellicht is op die wijze langs de band van deze 'soortgelijke' artikelen (meer) grip te verkrijgen op de uitleg van het functioneel verband binnen art. 6:181 BW. Hiertoe wordt in het navolgende allereerst nader ingegaan op art. 6:170 lid 1 BW, daarna op art. 6:171 BW.

3.1 Aansprakelijkheid voor ondergeschikten

Art. 6:170 lid 1 BW stelt de opdrachtgever ('meester') aansprakelijk voor schade die de ondergeschikte aan derden toebrengt ten gevolge van foutief gedrag bij de uitoefening van de opgedragen werkzaamheden. Voor aansprakelijkheid van de opdrachtgever is vereist, dat een voldoende nauw verband bestaat tussen de fout van de ondergeschikte en de hem opgedragen taak; tussen de opgedragen werkzaamheden en de gemaakte fout dient *functioneel verband* te bestaan.³¹ Hoewel telkens alle omstandigheden van het geval van belang zijn, is het traditie om bij de beoordeling van het verband tussen fout en werk in ieder geval te toetsen aan een viertal gezichtspunten, te weten de aard, plaats en tijd van de fout, alsmede het middel waarmee deze werd begaan.³² Vaste rechtspraak is dat het functioneel verband van art. 6:170 lid 1 BW (zeer) ruim wordt uitgelegd.³³ Zo wordt algemeen aangenomen dat ook handelingen tijdens schaft- of rusttijd binnen het bereik van art. 6:170 lid 1 BW kunnen vallen³⁴ en zelfs ook handelingen verricht buiten diensttijd.³⁵ Eenzelfde geldt voor handelingen die niet op instructie of aanwijzing van de opdrachtgever plaatsvinden, of die zelfs in strijd met zijn aanwijzingen of instructies worden verricht.³⁶ Zelfs het door de ondergeschikte opzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel³⁷ dan wel het plegen van andere ernstige misdrijven³⁸ behoeft het aannemen van functioneel verband ex art. 6:170 lid 1 BW niet in de weg te staan.

Een zeer treffende illustratie van de ruime uitleg van het functioneel verband van art. 6:170 lid 1 BW biedt HR 9 november 2007, JA 2008, 25. In deze zaak gooiden enkele werknemers tijdens een bedrijfsuitje lampolie op de aanwezige barbecue, met als gevolg dat het rietgekapte restaurant tot de grond toe afbrandde. De restauranthouder trachtte op grond van art. 6:170 lid 1 BW zijn schade op de werkgever van de betrokken werknemers te verhalen. In rechte draaide het om de vraag of tussen de 'fout' van de werknemers en hun dienstbetrekking een zodanige functionele samenhang bestond, dat de werkgever voor de daardoor veroorzaakte schade ex art. 6:170 lid 1 BW aansprakelijk kon worden geacht. De Hoge Raad beant-

26. Parl. Gesch. Boek 6, p. 719-720, 729-731, 745-746; Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. Boek 3, 5 en 6), p. 1003.

27. Parl. Gesch. Boek 6, p. 714, alsook p. 746, waaruit vanuit de 'eenheids-gedachte' het verband blijkt tussen (de wenselijkheid van) de regelingen van art. 6:170, 171 en 181 BW.

28. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. Boek 3, 5 en 6), p. 1003.

29. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 746-747. Zie ook Sieburgh (diss.) 2000, p. 181-187. Opmerking hierbij verdient dat het gezichtspunt 'gevaarverhoging' overigens niet enkel relevant is voor art. 6:170, 171 en 181 BW, maar ook opgeld doet ter zake van andere kwalitatieve aansprakelijkheden binnen afdeling 6.3.2 BW, waaronder bijvoorbeeld art. 6:169 en 179 BW met respectievelijk kind en dier als 'bron van verhoogd gevaar'. Buiten afdeling 6.3.2 BW biedt een illustratief voorbeeld de kwalitatieve aansprakelijkheid van de eigenaar/houder ex art. 185 WVV, met als 'bron van verhoogd gevaar' het motorrijtuig.

30. Parl. Gesch. Boek 6, p. 714, 718-719, 746; Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. Boek 3, 5 en 6), p. 1003.

31. De tekst van art. 6:170 lid 1 BW verwoordt dit op omslachtige en weinig heldere wijze aldus, dat is vereist dat 'de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en degene in wiens dienst hij stond, uit hoofde van hun desbetreffende rechtsbetrekking zeggenschap had over de gedraging waarin de fout was gelegen'. Kritisch over deze formulering is onder meer Hoekzema (diss.) 2000, p. 63-67, 81-82.

32. Zie reeds Schut (diss.) 1963, p. 287 e.v.

33. Oldenhuis (*Onrechtmatige daad*), art. 170, aant. 38 e.v.

34. Rb. Utrecht 7 december 2005, JA 2006, 31 (*Stoeien tijdens pauze*).

35. HR 1 februari 1957, NJ 1957, 175; Hof 's-Gravenhage 19 april 1963, NJ 1964, 107.

36. HR 12 april 2002, NJ 2003, 138 (*Heijboer/De Branding*).

37. Hof Amsterdam 15 januari 1998, NJkort 1999, 26 (*Karatetrap collega*); Rb. Arnhem 6 april 2005, NJF 2005, 389 (*Vechtpartij discotheek*); Rb. Groningen 29 oktober 2003, VR 2004, 165 (*Mishandelende taxichauffeur*).

38. Rb. Utrecht 25 september 2002, NJ 2002, 592 (*Frauderende tussenpersoon*); Hof 's-Hertogenbosch 30 november 2004, LJN AS2117 (*Skimmende ober*); Hof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2005, JA 2006, 15 (*Verduisterende buitendienstmedewerker*).

woordde deze vraag bevestigend. Hieraan deed zijns inziens niet af dat de fout buiten werktijd en buiten de eigenlijke werkplek werd gemaakt, geen verband hield met de bedrijfsuitoefening van de werkgever en niet werd gemaakt met aan de werknemers ter beschikking gestelde zaken of middelen.

Recenter is HR 30 oktober 2009, *RvdW* 2009, 1272. Hierin ging het om een medewerker van de Reinigings- en Havendienst van de gemeente Utrecht, die tijdens een werkpaauze zittend op een stoel zodanig door een collega van achteren in de greep werd genomen dat hij enige tijd met zijn volle gewicht aan zijn nek in diens armen bleef hangen. Voor de gevolgen hiervan sprak hij de gemeente ex art. 6:170 lid 1 BW aan. Het kwam in rechte aan op de vraag naar het functioneel verband tussen de fout van de 'judoënde' collega en de hem door de gemeente opgedragen werkzaamheden. De rechtbank achtte dit verband aanwezig. Onder meer werd daarbij van belang geacht dat de greep plaatsvond op de werkplek en tijdens werktijd ('binnen de werksfeer' van de gemeente) alsmede dat sprake was van collegiaal stoeien, hetgeen binnen de werkkring als normaal werd beschouwd. Het hof echter wees de claim van de hand, omdat zijns inziens geen sprake was van een aan de dader gegeven opdracht 'tot het verrichten van een bepaalde taak die de kans op de fout objectief (volgens statistische ervaringsregels) heeft vergroot'. Volgens de Hoge Raad geeft dit oordeel van het hof blijk van een te beperkte opvatting omtrent het functioneel verband van art. 6:170 lid 1 BW. Geoordeeld wordt dat het hof, door zich slechts te beperken tot beantwoording van de vraag of de kans op de fout is vergroot door een opdracht aan de werknemer tot het verrichten van een 'bepaalde taak', heeft nagelaten aan de hand van alle terzake dienende omstandigheden te onderzoeken of tussen de fout van de betrokken werknemer en diens werk in dienstbetrekking een zodanig verband bestaat dat zijn werkgever voor de daardoor veroorzaakte schade aansprakelijk is.³⁹ Aldus heeft het hof volgens de Hoge Raad de grenzen van art. 6:170 lid 1 BW te nauw getrokken.⁴⁰ Het arrest lijkt voort te bouwen op het hiervoor genoemde arrest over het uit de hand gelopen

bedrijfsuitje. Met beide arresten is de van oudsher geldende (zeer) ruime uitleg van het functioneel verband van art. 6:170 lid 1 BW nog eens bevestigd.

3.2 Aansprakelijkheid voor niet-ondergeschikten

Art. 6:171 BW regelt de aansprakelijkheid van de opdrachtgever voor aan derden toegebrachte schade door fouten van *niet-ondergeschikten* (ook wel: zelfstandige hulpverleners). Het artikel kent een tweetal *functioneel verband*-vereisten. De eerste ziet erop dat de fout van de niet-ondergeschikte moet zijn begaan bij werkzaamheden verricht 'ter uitoefening van' het bedrijf van zijn opdrachtgever; er dient functioneel verband te bestaan tussen de werkzaamheden van de niet-ondergeschikte en de bedrijfsactiviteiten van de opdrachtgever. Vallen de werkzaamheden van de niet-ondergeschikte op die wijze eenmaal binnen de risicosfeer van de opdrachtgever, dan stuiten we op de tweede, meer 'klassieke' eis van functioneel verband binnen art. 6:171 BW: volgens de wettekst moet de fout van de niet-ondergeschikte zijn begaan 'bij' de opgedragen werkzaamheden. Aldus dient een voldoende nauwe band te bestaan tussen de fout van de niet-ondergeschikte en de hem opgedragen werkzaamheden. Bij dit 'tweede' functioneel verband binnen art. 6:171 BW speelt dezelfde vraag zoals we die tegenkomen bij het zojuist besproken functioneel verband-vereiste van art. 6:170 lid 1 BW. Aangenomen wordt wel dat terzake ook dezelfde (ruime) maatstaf moet worden aangelegd zoals voor art. 6:170 lid 1 BW heeft te gelden.⁴¹ Ter afbakening van de risicosfeer van de art. 6:171 BW-opdrachtgever is het belangrijkste het 'eerste' functioneel verband, te weten het verband tussen de werkzaamheden van de niet-ondergeschikte en de bedrijfsactiviteiten van de opdrachtgever.⁴² Relevant is nog altijd HR 21 december 2001, *NJ* 2002, 75 (*Delfland/Stoeterij*), waarin aannemingsbedrijf Baas door energiebedrijf Delfland werd ingeschakeld om door haar geëxploiteerde elektriciteitskabels te vernieuwen. Ten gevolge van een daarbij door Baas gemaakte fout tijdens graafwerkzaamheden ontstond schade aan de kabels, met als gevolg een stroomstoring waardoor Stoeterij schade leed. Ter vergoeding hiervan sprak zij Delfland op grond van art. 6:171 BW aan voor het foutieve gedrag van Baas. Beslissende vraag in rechte was of de door Baas verrichte graafwerkzaamheden konden worden beschouwd als werkzaamheden 'ter uitoefening van' het bedrijf van Delfland. In eerste aanleg beantwoorde de kantonrechter die vraag ontkennend, de rechtbank in hoger beroep bevestigend. In cassatie stelde de Hoge Raad onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis voorop, dat art. 6:171 BW *restrictief* moet worden opgevat.⁴³ Zijns inziens kan aansprakelijkheid niet worden aangenomen, indien de benadeelde de

39. Hiermee wordt A-G Spier gevolgd, die meent dat het hof zijn oordeel ten onrechte louter heeft gebaseerd op een 'abstracte toetsing', zonder in te gaan op de omstandigheden waarop de benadeelde zich had beroepen en waarop de rechtbank haar andersluidende oordeel had gebaseerd.

40. Een juist oordeel in mijn ogen, omdat – zoals in cassatie ook wel werd aangevoerd – niet zozeer beslissend is of de opgedragen werkzaamheden de kans op juist de gemaakte specifieke 'fout' hebben vergroot, maar of de werkzaamheden, althans de werksfeer waarbinnen deze verricht moeten worden, de kans op fouten zoals begaan heeft vergroot. Wanneer dan in de conclusie van A-G Spier valt te lezen dat de gemeente heeft erkend dat zij ervan op de hoogte was dat in de werksituatie handgemeen, gevaarlijke spelletjes en wat dies meer zij geen uitzondering waren, lijkt de vraag naar het functioneel verband bevestigend te moeten worden beantwoord. In zekere mate dringt zich hier overigens een vergelijking op met HR 9 november 2007, *JA* 2008, 25 (*Personeelsuitje*), waarin de Hoge Raad bij de beoordeling van het functioneel verband onder meer waarde hechtte aan de omstandigheid dat de werkgever een verwijt trof ten aanzien van het gebeurde.

41. Asser/Hartkamp, *Onrechtmatige daad 4-III* (Oldenhuis), 2006, p. 176; art. 171, aant. 7, met verwijzingen.

42. Lubach (diss.), 2005, p. 319; Hartlief, *AA* 2002-12, p. 888.

43. Zie uitvoerig over de wetsgeschiedenis van art. 6:171 BW A-G Spier in zijn conclusie voor het arrest.

dader en het bedrijf van diens opdrachtgever niet als 'een zekere eenheid' kan beschouwen. Alleen het geval van degene die aan de bedrijfsuitoefening zelf van de opdrachtgever deelneemt, valt volgens de Hoge Raad onder de werking van art. 6:171 BW. Ook wijst hij nog op de eenheidsgedachte waarop art. 6:171 BW berust, te weten dat de eenheid die een onderneming naar buiten vormt, behoort mee te brengen dat een buitenstaander die schade lijdt en voor wie niet is te onderkennen of de schade is te wijten aan een fout van een ondergeschikte of van een ander die ter uitoefening van het desbetreffende bedrijf werkzaamheden verricht, zich aan deze onderneming kan houden. Tegen de achtergrond van deze door hem aangenomen beperkte strekking van art. 6:171 BW, meende de Hoge Raad dat de graafwerkzaamheden van Baas *niet* als werkzaamheden 'ter uitoefening van' het bedrijf van Delfland kunnen worden aangemerkt.⁴⁴

Deze zeer restrictieve koers van de Hoge Raad is in de literatuur⁴⁵ en (lagere) rechtspraak⁴⁶ wel in die zin opgevat, dat het al dan niet bestaan van *uiterlijke* eenheid tussen het bedrijf van de opdrachtgever en opdrachtnemer van beslissende betekenis is voor de toepassing van art. 6:171 BW. Met name Lubach heeft het arrest zodoende kritisch ontvangen, omdat hij meent dat uiterlijke eenheid slechts één van de relevante factoren kan zijn en niet, zoals de Hoge Raad lijkt aan te nemen, steeds een (absolute) voorwaarde voor het kunnen aannemen van functioneel verband tussen de werkzaamheden van de niet-ondergeschikte en de bedrijfsactiviteiten van de opdrachtgever.⁴⁷ Hoewel *Delfland/Stoeterij* weldegelijk ruimte laat voor een interpretatie als die van Lubach, doet een tweetal nadien verschenen relevante arresten de vraag rijzen of *Delfland/Stoeterij* wel werkelijk zó strikt moet worden opgevat.

Gewezen kan worden op het al aangestipte arrest *Lagraauw/Van Schie*, waarin het draait om werknemer Lagraauw die letsel oploopt te wijten aan het dichtwaaien van een vrachtwagendeur.⁴⁸ Alhoewel het arrest primair

in de sleutel van art. 7:658 BW staat, sprak Lagraauw zijn werkgever Van Schie ook aan op grond van art. 6:171 BW, omdat, zo stelde Lagraauw, Van Schie aansprakelijk is voor de fout (niet goed vastzetten deur) van de door hem ingeschakelde vrachtwagenchauffeur. Het hof ging hierin niet mee, overwegende dat het onderhavige transport *niet* als een werkzaamheid 'ter uitoefening van' het (tuinbouw)bedrijf van Van Schie kan worden aangemerkt, hetgeen volgens het hof ook duidelijk voor Lagraauw was te onderkennen. Het tegen dit oordeel gerichte cassatiemiddel, waarin werd betoogd dat de werkzaamheden van de door Van Schie ingeschakelde transportonderneming zodanig samenhangen met zijn bedrijfsactiviteiten dat daarbij gemaakte fouten ex art. 6:171 BW binnen zijn risicosfeer vallen, werd met toepassing van art. 81 RO door de Hoge Raad verworpen. Uit deze uitkomst zou opgemaakt kunnen worden dat de Hoge Raad nog altijd achter zijn terughoudende benadering uit *Delfland/Stoeterij* staat. A-G Spier meent in zijn conclusie namelijk dat 's hofs oordeel, dat het transport ex art. 6:171 BW niet valt aan te merken als werkzaamheden ter uitoefening van het (tuinbouw)bedrijf van Van Schie, 'volkomen juist' is. Daar komt hij toe door te wijzen op de (zeer) terughoudende benadering van de Hoge Raad in *Delfland/Stoeterij*, zijn dáárin voorkomende kernoverwegingen integraal te citeren en de voorliggende zaak daaraan te toetsen. Nu de Hoge Raad niet tot vernietiging van het afwijzende oordeel van het hof inzake art. 6:171 BW overgaat, lijkt hij Spier te volgen en zou het arrest aldus kunnen worden gezien als een bevestiging van de in *Delfland/Stoeterij* uitgezette restrictieve lijn.

Vers twee is uiteraard wat die restrictieve lijn dan exact inhoudt. Blijkens de uitkomst van deze zaak behoeft zulks in mijn optiek niet per se te zijn dat *uiterlijke* eenheid steeds een absolute voorwaarde voor aansprakelijkheid ex art. 6:171 BW is. Immers, het hof oordeelde bij de afwijzing van de claim ex art. 6:171 BW precies gezegd als volgt:

'Ook het beroep op artikel 6:171 BW faalt, omdat het onderhavige transport niet als een werkzaamheid ter uitoefening van het (tuinbouw-)bedrijf van Van Schie kan worden aangemerkt. Dit was voor Lagraauw ook duidelijk te onderkennen (...).'

Het komt mij niet onlogisch voor deze passage, vanwege het woordje 'ook' in de tweede zin, zo op te vatten dat het hof, geheel los van uiterlijkheden, reeds meende dat de voor toepassing van art. 6:171 BW vereiste 'eenheid van onderneming' tussen het tuinbouw- en transportbedrijf ontbrak, alsmede daarnaást van opvatting was dat zulks voor Lagraauw 'ook' duidelijk was te onderkennen. Wordt het – door de Hoge Raad in stand gelaten – arrest van het hof in die zin opgevat, dan lijkt (het ontbreken of bestaan van) *uiterlijke* eenheid alléén niet van beslissende betekenis ter beoordeling van de aansprakelijkheid ex art. 6:171 BW.

44. Aantekening hierbij verdient dat, hoewel de Hoge Raad zelf daar overigens met geen woord over rept, bij deze terughoudende toepassing van art. 6:171 BW nog meegespeeld zou kunnen hebben dat de bepaling – zie de conclusie van A-G Spier voor het arrest – in vergelijking met andere Europese rechtsstelsels als vreemde eend in de bijt kan worden gezien. Vgl. ook de annotatie van Jansen, *JOR* 2002, 46.

45. O.a. Hartlief, *AA* 2002-12, p. 886-896; Lubach (diss.) 2005, p. 255-282; Meijer, *NbBW* 2002-4, p. 53-55.

46. Zeer illustratief is Rb. Arnhem 28 maart 2007, *JA* 2007, 96. Zie voorts Hof 's-Hertogenbosch 20 januari 2009, *LJN* BH4224; Rb. Rotterdam 24 december 2008, *LJN* BH1976; Gem. Hof Ned. Antillen en Aruba 20 juni 2008, *LJN* BD9812; Hof 's-Hertogenbosch 25 maart 2008, *JA* 2008, 88; Rb. Arnhem 9 april 2008, *LJN* BC9923; Hof Leeuwarden 1 december 2009, *LJN* BK5326.

47. Lubach komt met een drietal gezichtspunten/factoren, aan de hand waarvan zijns inziens telkens moet worden bepaald of sprake is van bedoeld functioneel verband binnen art. 6:171 BW, te weten I. uiterlijke kenmerken en omstandigheden in de sfeer van de hulppersoon, II. locatie en tijdstip van de werkzaamheden en III. de aard van de werkzaamheden.

48. HR 8 februari 2008, *NJ* 2008, 93.

Dit laatste is recent in HR 18 juni 2010, *Nj* 2010, 389 (*Koeman/Sijm Agro*) expliciet bevestigd. De zaak betreft kwekerij Koeman die een ander bedrijf, firma De Wit, inschakelt om haar perceel grond, bestemd voor bloembollenteelt, te bespuiten met bestrijdingsmiddelen. Als gevolg van een daarbij door De Wit gemaakte 'fout' ontstaat aan gewassen die Sijm Agro op een aangrenzend perceel teelde schade, waarvoor laatstgenoemde Koeman ex art. 6:171 BW aanspreekt. In rechte draait het om de vraag of de bespuitingswerkzaamheden van De Wit kunnen worden aangemerkt als werkzaamheden 'ter uitoefening van' het bedrijf van Koeman. Rechtbank en hof menen van wel, omdat vanwege de 'verwevenheid' van de activiteiten van Koeman als kweker met die van De Wit als bespuiters beide bedrijven als 'een zekere eenheid' kunnen worden beschouwd. Dat het voor Sijm Agro van meet af aan duidelijk was dat Koeman de bespuiting had uitbesteed aan De Wit als niet-ondergeschikte, doet daaraan volgens hen niets af. In cassatie houdt dit stand. De Hoge Raad oordeelt dat het hof, vanwege de mate waarin een van de vennoten van Koeman bij het verzorgen van de bespuiting was betrokken⁴⁹ en uit de omstandigheid dat deze vennoot ook zelf beschikt over een licentie om te spuiten, op goede grond heeft aangenomen dat het (doen) bespuiten van het betrokken perceel met een bestrijdingsmiddel door De Wit behoort tot werkzaamheden 'ter uitoefening van' het bedrijf van Koeman in de zin van art. 6:171 BW. Het verweer van Koeman dat van aansprakelijkheid ex art. 6:171 BW geen sprake kan zijn, indien voor de benadeelde ten tijde van de 'fout' kenbaar was dat de werkzaamheden door een zelfstandige derde werden uitgevoerd, wijst de Hoge Raad van de hand:

'Weliswaar berust art. 6:171 onder meer op de gedachte dat een buitenstaander veelal niet kan onderkennen of de schade te wijten is aan een fout van een ondergeschikte of van een ander die ter uitoefening van het desbetreffende bedrijf werkzaamheden verricht, maar dat brengt niet mee dat de bepaling toepassing zou missen in een geval waarin het de benadeelde duidelijk is dat de schade is veroorzaakt door een fout van een niet-ondergeschikte.'

(ook) Uit deze passage volgt dat de Hoge Raad uiterlijke eenheid niet als een absolute voorwaarde voor de toepassing van art. 6:171 BW ziet. Uiterlijke eenheid – in die zin dat voor een buitenstaander niet is te onderkennen of de schade is te wijten aan een fout van een ondergeschikte of van een ander die ter uitoefening van het desbetreffende bedrijf werkzaamheden verricht – lijkt in dit verband veeleer één van de relevante gezichtspunten, en derhalve niet (steeds) van beslissende betekenis. Aangezien de diverse commentatoren dit – overigens begrijpe-

lijkerwijs – niet reeds uit *Delfland/Stoeterij* opmaakten, zou *Koeman/Sijm Agro* als een verduidelijking van de in dat arrest uitgezette restrictieve lijn kunnen worden gezien. Vanwege de uiterst strikte redactie van *Delfland/Stoeterij* versus het nu voorliggende meer gematigde arrest, is naar mijn idee evenwel ook verdedigbaar dat met *Koeman/Sijm Agro* niet zozeer sprake is van een verduidelijking van maar veeleer het door de Hoge Raad terugkomen op *Delfland/Stoeterij*. Thans spreekt hij, in tegenstelling tot in *Delfland/Stoeterij*, ervan dat art. 6:171 BW 'onder meer' op de gedachte berust dat een buitenstaander 'veelal' niet kan onderkennen dat⁵⁰ Door de woorden 'onder meer' is nu duidelijk(er) dat art. 6:171 BW volgens de Hoge Raad niet enkel – zoals uit *Delfland/Stoeterij* wel opgemaakt leek te moeten worden –, maar mede berust op bedoelde uiterlijke eenheidsgedachte. En ook het huidige gebruik van het woord 'veelal' kan ten opzichte van *Delfland/Stoeterij* als een verduidelijking (ofwel: bijstelling) worden gezien, omdat daarmee duidelijk(er) is dat van de toepassing van art. 6:171 BW niet automatisch zijn uitgesloten gevallen waarin de gescheidenheid van bedrijfsactiviteiten wél voor buitenstaanders kenbaar is.⁵¹ Voorts acht ik het door de Hoge Raad thans in *Koeman/Sijm Agro* spreken van 'een' buitenstaander, in tegenstelling tot in *Delfland/Stoeterij* van 'een buitenstaander die schade lijdt', van waarde. Namelijk in die zin dat hij daarmee duidelijk(er) lijkt te maken dat waar wordt gesproken van het niet kunnen onderkennen of de schade is te wijten aan een fout van een ondergeschikte of van een ander die ter uitoefening van het desbetreffende bedrijf werkzaamheden verricht, niet zozeer wordt bedoeld op hetgeen de betreffende benadeelde gezien zijn specifieke kennis, ervaring en/of achtergrond in een concreet geval subjectief heeft onderkend, maar veeleer op hetgeen in meer objectieve zin in het algemeen in een dergelijke situatie valt te onderkennen.⁵² Hoewel *Koeman/Sijm Agro* er niets aan afdoet dat een restrictieve uitleg van art. 6:171 BW nog altijd voorop staat, meen ik dat daarmee wel de scherpe kantjes van de hoogst restrictieve interpretatie die in de literatuur en lagere rechtspraak op basis van *Delfland/Stoeterij* aan

49. Het hof had vastgesteld dat Koeman had bepaald met welk bestrijdingsmiddel moest worden gespoten, dit middel zelf had ingekocht en tevens had beslist over het aantal liters dat daarvan nodig was.

50. In *Delfland/Stoeterij* werd dienaangaande – enigszins korter door de bocht – (nog) overwogen: 'Het artikel berust op de gedachte dat de eenheid die een onderneming naar buiten vormt, behoort mee te brengen dat een buitenstaander die schade lijdt en voor wie niet is te onderkennen of deze schade is te wijten aan een fout van een ondergeschikte of van een ander die ter uitoefening van het desbetreffende bedrijf werkzaamheden verricht, zich aan deze onderneming kan houden.'

51. Zulks zou met enige welwillendheid overigens ook wel uit *Delfland/Stoeterij* opgemaakt kunnen worden, aangezien de Hoge Raad daarin oordeelde dat de situatie, dat voor een buitenstaander 'niet is te onderkennen of (...)' zich met name kan voordoen omdat de ondernemer werkzaamheden ter uitoefening van zijn bedrijf, zonder dat dit naar buiten kenbaar is, aan niet-ondergeschikte opdrachtnemers kan overlaten. De woorden 'met name' in dit verband lijken enige ruimte te laten om ook bij wél bestaande kenbaarheid als bedoeld naar buiten art. 6:171 BW toe te passen. Vgl. ook nog Spier in zijn conclusie voor *Delfland/Stoeterij*, sub 4.7 en sub 4.8.

52. Vgl. ook Spier in zijn conclusie voor *Koeman/Sijm Agro* sub 4.9.4.

deze bepaling wel is gegeven, afgehaald kunnen worden. Of met *Koeman/Sijm Agro* nu sprake is van een verduidelijking van dan wel terugkomen op *Delfland/Stoeterij*, thans lijkt de Hoge Raad het niet mis te verstane signaal af te geven dat 'het uiterlijke' ter beoordeling van het functioneel verband tussen de werkzaamheden van de niet-ondergeschikte en de bedrijfsactiviteiten van de opdrachtgever weliswaar een relevante zij het niet (steeds) doorslaggevend factor is, alsmede dat aan dit gezichtspunt niet subjectief maar in meer objectieve zin invulling moet worden gegeven.⁵³ En daarmee kom ik terug op de 'meer-factorenbenadering' van Lubach,⁵⁴ die meent dat náást uiterlijke kenmerken ook de locatie en het tijdstip van de werkzaamheden alsmede de aard (samenhang) van de werkzaamheden een rol kunnen spelen. Daarbij kan evenwel worden aangetekend dat ook die factoren niet limitatief zijn en er in concrete gevallen ongetwijfeld nog andere omstandigheden kunnen spelen die al dan niet wijzen in de richting van de voor art. 6:171 BW vereiste 'eenheid van onderneming'.⁵⁵ Factoren, zoals Lubach ook meent, waarvan afhankelijk van de omstandigheden van het geval de ene meer gewicht toekomt dan de andere. In *Koeman/Sijm Agro* bijvoorbeeld lijkt de Hoge Raad bij de beoordeling van het functioneel verband sterk te hebben ingezet op *de aard* (samenhang) van de werkzaamheden van kweker en bespuitter, waarbij de rol van 'het uiterlijke' ondersneeuwd. Al met al is het bij de huidige stand van zaken dan ook niet uitgesloten – anders dan hetgeen de Hoge Raad op basis van *Delfland/Stoeterij* wel werd verweten te hebben miskend – dat ook bij uiterlijk kenbare zelfstandigheid van de hulppersoon tóch sprake is van werkzaamheden 'ter uitoefening van' het bedrijf van de opdrachtgever ex art. 6:171 BW.

3.3 Tussenconclusie

Uit het vorenstaande komt naar voren dat hoe ruim het functioneel verband ter afbakening van de risicosfeer van de besproken art. 6:170 BW-opdrachtgever wordt uitgelegd, zo eng wordt dat begrip ter afbakening van de risicosfeer van de art. 6:171 BW-opdrachtgever geïnterpre-

teerd.⁵⁶ Een verklaring daarvoor kan wellicht worden gevonden in het feit dat met de van oudsher bestaande en alom in Europa aanvaarde aansprakelijkheid voor ondergeschikten ex art. 6:170 BW traditiegetrouw een ruim beschermingsbereik wordt voorgestaan.⁵⁷ Daartoe is ter afbakening van de risicosfeer van de 'meester' een ruim functioneel verband onmisbaar. Voorts geldt dat zonder meer ook met het voor niet-ondergeschikten geschreven art. 6:171 BW wordt beoogd de verhaalsmogelijkheden van benadeelden uit te breiden, zij het echter op terughoudende(r) wijze. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat deze regeling zeer sterk lijkt te zijn geënt op de (uiterlijke) 'eenheid van onderneming'. Mede gelet op de in de parlementaire geschiedenis gegeven voorbeelden, is daarvan niet snel sprake.⁵⁸ Ook zou voor een restrictieve toepassing van art. 6:171 BW nog kunnen meewegen dat de bepaling in Europees perspectief een *status aparte* heeft. Voor een terughoudende toepassing van art. 6:171 BW is een eng functioneel verband noodzakelijk, om zodoende bepaalde fouten van niet-ondergeschikten buiten de risicosfeer van de opdrachtgever te (kunnen) houden. Kortom, ten aanzien van het toepassingsbereik van art. 6:170 lid 1 BW worden de grenzen op het gebied van het functioneel verband ruim getrokken, ter afbakening van art. 6:171 BW daarentegen nauw. Dit maakt interessant de vraag hoe het functioneel verband moet worden uitgelegd binnen art. 6:181 BW, dat in plaats van *personen* ziet op *bedrijfsmatige inzet van zaken*.

Zou bijvoorbeeld blijken dat art. 6:181 BW dicht aanligt tegen art. 6:171 BW en aldus bij de uitleg van het functioneel verband binnen art. 6:181 BW aansluiting gezocht moet worden bij de enge interpretatie daarvan in art. 6:171 BW, dan zou zulks een beperkte risicosfeer van de bedrijfsmatige gebruiker meebrengen. In het in paragraaf 2 gegeven voorbeeld van de manege die ter aankleding van de open dag een luchtkussen huurt zou zodoende, bij gebreke van (uiterlijke) eenheid tussen de bedrijfsvoering van de manege en het betreffende luchtkussenverhuurbedrijf, het luchtkussen *niet* kunnen worden aangemerkt als roerende zaak die ex art. 6:181 BW door de manege 'in de uitoefening van' haar bedrijf wordt gebruikt. Zij zou, de restrictieve lijn terzake art. 6:171 BW volgend, in beginsel enkel ex art. 6:181 BW aan zijn

53. Zodoende zijn 'toevalligheden' als reclame-uitingen, welk t-shirt of overall de schadeveroorzaker draagt of welk bedrijfsbusje voor de deur staat, dan wel hetgeen de specifieke benadeelde (subjectief) weet, waarneemt of wordt verteld, niet alles overheersend ter beantwoording van de vraag of art. 6:171 BW al dan niet toepasselijk is, hetgeen mij overigens wenselijk voorkomt. Vgl. ook nog Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. Boek 3, 5 en 6), p. 1003, waar voor zover hier relevant wordt vermeld dat art. 6:171 BW berust op een samenstel van vier overwegingen, te weten a. de eenheid van onderneming, b. het feit dat het voor de benadeelde moeilijk kan zijn om te bepalen of degene die de schade veroorzaakte een ondergeschikte of niet-ondergeschikte opdrachtnemer is, c. het feit dat bedrijfsmatig verrichte activiteiten in beginsel gericht zijn op het verkrijgen van profijt en d. het feit dat van een ondernemer kan worden gevergd dat hij zijn bedrijfsrisico's als één risico verzekert. Waar het mij hier om gaat is dat de eenheid van onderneming (sub a) en de uiterlijke eenheid (sub b) als *afzonderlijke* gezichtspunten zijn aangemerkt. Daaruit volgt reeds dat de voor art. 6:171 BW vereiste eenheid van onderneming ook denkbaar is zónder uiterlijke eenheid.

54. Zie noot 47.

55. Evenzo Spier, conclusie voor *Koeman/Sijm Agro* sub 4.7.3.

56. Interessant is de vraag hoe een en ander zich verhoudt tot HR 14 juni 2002, NJ 2002, 495 (*Geldnet/Kwantum*) en HR 10 oktober 2003, NJ 2005, 89 (*Nationale Nederlanden/t Witte Paerdje*), waarin een terughoudende benadering bij de *contractuele* aansprakelijkheid voor hulppersonen ex art. 6:76 BW werd aangenomen. Indien het gaat om de inschakeling als hulppersoon van niet-ondergeschikten (vgl. art. 6:171 BW), sluit een restrictieve uitleg van art. 6:76 BW aan bij haar buitencontractuele equivalent. Is de persoon van wie bij de uitvoering van de overeenkomst de hulp wordt gebruikt een ondergeschikte (vgl. art. 6:170 BW), dan lijkt zulks anders te liggen. Zie voor aandacht voor de verhouding tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen G.T. de Jong, *WPNR* 2008 (6742), p. 137-145.

57. Vgl. in dit verband het rechtsvergelijkende werk van de wetgever, Parl. Gesch. Boek 6, p. 710-714. Zie ook Oldenhuis (diss.), 1985, p. 37-40, alsmede Hoekzema (diss.) 2000, p. 46.

58. Parl. Gesch. Boek 6, p. 719-720, p. 728-729.

te spreken voor schade door gebruik van zaken die de manege (uiterlijk) 'eigen' zijn – 'kom maar terug zodra je een trap van een paard hebt gehad'.⁵⁹

Indien echter moet worden aangenomen dat art. 6:181 BW niet zozeer aanleunt tegen art. 6:171 BW maar dichterbij de buurt komt van art. 6:170 BW, dan zal terzake art. 6:181 BW een ruimer functioneel verband en daarmee een ruimer toepassingsbereik het uitgangspunt zijn. Het bestaan van 'uiterlijke eenheid' uit de context van art. 6:171 BW is dan in elk geval niet vereist voor het kunnen aannemen van functioneel verband tussen het gebruik van een zaak en de uitoefening van het ex art. 6:181 BW aangesproken bedrijf. Voor wat betreft het 'uiterlijke' geldt inzake art. 6:170 BW immers dat aansprakelijkheid van de 'meester' heel wel kan intreden, *ongeacht* of ten tijde van de 'fout' van de ondergeschikte (uiterlijk) kenbaar was dát en voor wie deze handelde ter vervulling van een hem opgedragen taak. En voorts komt het, in tegenstelling tot art. 6:171 BW, ter beoordeling van het functioneel verband van art. 6:170 BW niet zo nadrukkelijk aan op de samenhang tussen de gedragingen van de ondergeschikte waarin de 'fout' is gelegen en de hem door de 'meester' opgedragen werkzaamheden – of zulks 'een zekere eenheid' vormt -, maar is bijvoorbeeld (de mogelijkheid tot het uitoefenen van) zeggenschap/involed van laatstgenoemde in dat verband veeleer een factor van gewicht. Wordt bij de uitleg van het functioneel verband van art. 6:181 BW aansluiting gezocht bij art. 6:170 BW, dan bestaat dus meer ruimte om het door de manege op de open dag gebruikte luchtkussens aan te merken als een zaak die – ondanks de uiterlijk kenbaar en naar hun aard niet bepaald samenhangende bedrijfsactiviteiten – door haar ex art. 6:181 BW 'in de uitoefening van' het manegebedrijf wordt gebruikt.

Voor de eveneens in paragraaf 2 ter illustratie aangehaalde casus ontleend aan het arrest *Lagrauw/Van Schie*, geldt ingeval van aansluiten bij art. 6:171 BW dat Van Schie ex art. 6:181 BW moeilijk als bedrijfsmatige gebruiker van de gebrekkige vrachtwagen aangemerkt kan worden, aangezien, zoals het hof vaststelde, het exploiteren van een tuinbouwbedrijf en het verzorgen van transport duidelijk te onderscheiden bedrijfsactiviteiten zijn. Wordt bij de beoordeling van het functioneel verband ex art. 6:181 BW echter gespiegeld aan art. 6:170 BW dan ligt dit mogelijk anders, omdat afgrenzing van de risicosfeer van de bedrijfsmatige gebruiker dan niet vanzelfsprekend kan plaatsvinden aan de hand van een dergelijke, restrictieve 'eenheidsoverweging' uit de context van art. 6:171 BW.

Duidelijk moge zijn dat het ergens over gaat. Met het antwoord op de principiële vraag, of art. 6:181 BW nu dichterbij art. 6:170 BW dan wel art. 6:171

BW, zal de discussie over het functioneel verband binnen art. 6:181 BW wellicht niet finaal zijn bepaald. Wel kunnen daaraan argumenten worden ontleend om het functioneel verband van art. 6:181 BW in beginsel ruim of eng te nemen. Mijns inziens is reeds dát voor het (kwantitatieve) aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht van wezenlijk belang. Het gaat immers om de wie-vraag; wie – gebruiker óf bezitter – is op kwalitatieve grondslag aan te spreken en dient zich daarvoor aldus (desgewenst) te verzekeren?

4. Systematische plaatsbepaling van art. 6:181 BW

Afgaande op de tekst van de wet lijkt art. 6:181 BW aan te schuren tegen art. 6:171 BW. Immers, art. 6:181 BW spreekt inzake het functioneel verband van gebruik van een zaak 'in de uitoefening van' het bedrijf van de gebruiker, terwijl art. 6:171 BW spreekt van werkzaamheden van de niet-ondergeschikte 'ter uitoefening van' het bedrijf van de opdrachtgever. Hier komt bij dat in de parlementaire geschiedenis het op zaken betrekking hebbende art. 6:181 BW wel de 'tegenhanger' van het voor personen geldende art. 6:171 BW wordt genoemd.⁶⁰ A prima vista lijkt het dan ook voor de hand te liggen bij de bepaling van het functioneel verband van art. 6:181 BW aansluiting te zoeken bij de (enge) interpretatie hiervan in art. 6:171 BW. Zulks zou dan een beperkte reikwijdte van art. 6:181 BW meebrengen.

Bij nadere beschouwing echter, meen ik dat de parlementaire geschiedenis van art. 6:171 en art. 6:181 BW alsmede de in beide bepalingen voorkomende vergelijkbare wettelijke termen, ons op het verkeerde been zetten voor wat betreft de relatie tussen art. 6:171 en 181 BW. Belangrijk om te constateren is namelijk dat we binnen art. 6:171 BW een duidelijke paradox aantreffen. Het onderscheidende kenmerk van de niet-ondergeschikte hulppersoon is, dat hij zich als juridisch zelfstandige en economisch onafhankelijke entiteit in het maatschappelijk verkeer beweegt. De niet-ondergeschikte hulppersoon heeft in de regel een eigen bedrijf en werkt zodoende in beginsel juist *niet* in het bedrijf van een opdrachtgever. De vraag bij art. 6:171 BW is of desondanks voor fouten bij deze zelfstandige bedrijfsuitoefening *een ander* aansprakelijk kan zijn, omdat de fouten zijn begaan ter uitoefening van het bedrijf van die ander.⁶¹ Aldus is aan de regel van art. 6:171 BW een zekere spanning inherent; aan de ene kant het dienen van het eigen bedrijfsbelang van de zelfstandige en aan de andere kant het verrichten van werkzaamheden 'ter uitoefening van' het bedrijf van

59. Hoewel een dergelijk standpunt juridisch-inhoudelijk zou zijn te verdedigen indien aansluiting bij art. 6:171 BW wordt gezocht, lijkt het mij overigens niet dat zo'n opstelling – op een open dag – het in het licht van de ledenwerving goed zal doen.

60. Parl. Gesch. Boek 6, p. 727, 745.

61. De zelfstandigheid van de niet-ondergeschikte in art. 6:171 BW lijkt nog eens te worden benadrukt, door het in de verhouding met de opdrachtgever ontbreken van een 'beschermende' interne draagplicht-regeling zoals art. 6:170 BW met lid 3 in de verhouding 'meester' en ondergeschikte wel kent.

de opdrachtgever.⁶² Bezien we art. 6:181 BW, dan wordt binnen die bepaling een dergelijk spanningsveld niet aangetroffen; bij het 'binnenhalen' door de bedrijfsmatige gebruiker van roerende zaken, opstallen en dieren in zijn risicosfeer is van een 'tegenkracht' – vergelijkbaar met de *zelfstandigheid* van de ingeschakelde hulppersoon – geen sprake.⁶³ Van belang is dan om ook te constateren dat we een spanningsveld zoals binnen art. 6:171 BW evenmin aantreffen binnen de op personen betrekking hebbende regeling voor ondergeschikten (ofwel: *niet*-zelfstandige hulppersonen) van art. 6:170 lid 1 BW. Hier komt bij dat het zeer de vraag is of ook art. 6:181 BW, zoals art. 6:171 BW, in vergelijking met andere Europese rechtsletsels als 'buitenbeentje' kan worden aangemerkt. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 6:181 BW blijkt namelijk dat de wetgever voor deze regeling juist inspiratie heeft opgedaan in het buitenland.⁶⁴ Bezien we art. 6:170 lid 1 BW op dit punt, dan is het zo dat, anders dan art. 6:171 BW, de van oudsher bestaande aansprakelijkheid voor ondergeschikten in Europa onomstreden is.

De conclusie is mijns inziens dan ook dat art. 6:181 BW, hoewel de parlementaire geschiedenis van art. 6:181 en 171 BW alsmede de daarin voorkomende vergelijkbare wettelijke termen anders zouden kunnen doen vermoeden, niet zozeer aanligt tegen art. 6:171 BW maar veeleer in de buurt komt van art. 6:170 lid 1 BW. Hierbij verdient aantekening dat een autonome uitleg van de (soortgelijke) criteria in art. 6:171 en 181 BW in elk geval niet botst met de bedoeling van de wetgever, die liet weten dat de termen van beide bepalingen moeten worden uitgelegd 'in het licht van de strekking van die bepalingen zelf'.⁶⁵ Waar art. 6:171 BW als complement van art. 6:170 BW kan worden beschouwd,⁶⁶ is art. 6:181 BW in mijn ogen dan ook *niet* het complement van art. 6:171 BW maar veeleer – in termen van de wetgever – 'de tegenhanger'

62. Zo ook Lubach (diss.) 2005, p. 241-242, alsmede AV&S 2006-2, p. 48-49.

63. Overigens zou terzake art. 6:181 BW wel op een 'andersoortige' spanning gewezen kunnen worden, namelijk op die terzake de afbakening van de risicosfeer van bedrijfsmatige gebruiker versus die van de bezitter.

64. Zie onder meer Parl. Gesch. Boek 6, p. 746-747, waaruit blijkt dat de wetgever bij de totstandkoming van art. 6:181 BW is geïnspireerd door de wel in het buitenland voorkomende 'aansprakelijkheid voor gevaarlijke activiteiten'. Daarbij wijst de wetgever erop dat een afzonderlijke aansprakelijkheidsgrond als 'verhoging van gevaar' de moeilijkheid meebrengt te bepalen wanneer daar al dan niet sprake van is, alsook de lastige vraag opwerpt op wie van de bij de activiteit betrokken de aansprakelijkheid moet worden gelegd. Met art. 6:181 BW is volgens de wetgever beoogd die problematiek te voorkomen. Vgl. ook de door de European Group on Tort Law geformuleerde Principles of European Tort Law (PETL), waarmee is getracht de kernelementen van het Europese aansprakelijkheidsrecht tot uitdrukking te brengen. Art. 5:101 PETL kent een risicoaansprakelijkheid ('*strict liability*') voor schade door '*abnormally dangerous activities*'. Zie hierover nader Van Boom, AV&S 2008-1, p. 3-14. Vermeldenswaard is dat Van Boom 'erg kritisch' is over art. 5:101 PETL, juist vanwege de moeilijkheid van de maatstaf 'buitengewoon gevaarlijke activiteiten' en het niet duidelijk aanwijzen van een daarvoor verantwoordelijke persoon.

65. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. Boek 3, 5 en 6), p. 1003.

66. Lubach (diss.) 2005, p. 163 e.v.

van art. 6:170 lid 1 BW. Deze constatering heeft in mijn ogen belangrijke consequenties voor de reikwijdte van art. 6:181 BW, daar art. 6:171 BW zoals gebleken een uiterst eng functioneel verband kent, terwijl voor art. 6:170 lid 1 BW juist een zeer ruim functioneel verband geldt. Naar mijn idee heeft (ook) voor art. 6:181 BW, als het op zaken betrekking hebbende equivalent van art. 6:170 lid 1 BW, als *uitgangspunt* een ruim functioneel verband te gelden ter beantwoording van de vraag of een zaak al dan niet wordt gebruikt 'in de uitoefening van' een bedrijf.⁶⁷

Dat in het kader van de beoordeling van het functioneel verband de vraag, of art. 6:181 BW nu dichter aanligt tegen art. 6:171 BW of art. 6:170 BW, niet van louter academische aard is, wordt nog fraai geïllustreerd door Hof Amsterdam 25 oktober 2007, JA 2008, 2 (*Westfriesse Flora*). Aanleiding tot de zaak is de besmetting met de legionellabacterie van een aantal bezoekers van de Westfriesse Flora in februari 1999. De consumentbond stelde daarvoor onder meer de Flora op basis van art. 6:171 en 181 BW aansprakelijk. De claim ex art. 6:171 BW werd afgewezen, omdat er volgens het hof geen sprake was van de vereiste 'eenheid van ondernemen' tussen Flora en de standhouders.⁶⁸ Hiermee was volgens het hof ook direct beslist over de claim ex art. 6:181 BW; reeds omdat de door de standhouders verrichte werkzaamheden (tentoonstellen whirlpools) niet zijn aan te merken als werkzaamheden 'ter uitoefening van' het bedrijf van Flora (beschikbaar stellen expositieruimte) in de zin van art. 6:171 BW, was volgens het hof evenmin sprake van gebruik van de whirlpools en het daarin aanwezige water 'in de uitoefening van' het bedrijf van de Flora in de zin van art. 6:181 BW. Gezien de vorenstaande plaatsbepaling van art. 6:181 BW had het hof in mijn optiek, ná de kwestie te hebben beoordeeld aan de hand van art. 6:171 BW, afzonderlijke toetsing aan art. 6:181 BW niet achterwege kunnen laten. Daarbij had het hof zich er dan rekenschap van moeten geven dat het ontbreken van 'uiterlijke eenheid' uit de specifieke context van art. 6:171 BW niet automatisch aan aansprakelijkheid ex art. 6:181 BW in de weg staat.

5. 'Dubbel' functioneel verband bij gebruik opstal

De slotzinsnede van art. 6:181 lid 1 BW brengt nog een belangrijke verfijning aan op het aanwijzen van de kwalitatief aansprakelijke persoon: gaat het om bedrijfsmatig gebruik van een *opstal* dan rust de aansprakelijkheid

67. Hier is een interessante vraag wat qua functioneel verband heeft te gelden voor de aan art. 6:181 BW equivalente *contractuele* aansprakelijkheid voor zaken, geregeld in art. 6:77 BW.

68. Hiertoe werd onder meer overwogen dat: '(...) voor het publiek de bedrijfsactiviteiten van de standhouders duidelijk herkenbaar en te onderscheiden waren van die van Flora. Er was dan ook, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, geen sprake van de in het kader van art. 6:171 BW vereiste eenheid van onderneming.'

desalniettemin ex art. 6:174 BW op de bezitter, indien 'het ontstaan van de schade niet met de uitoefening van het bedrijf in verband staat'. Voor aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker van een opstal is zodoende niet alleen functioneel verband nodig tussen het gebruik van de opstal en de bedrijfsvoering ('in de uitoefening van'), maar tevens tussen de bedrijfsvoering en, blijkens de wettekst, 'het ontstaan van de schade'. In de parlementaire geschiedenis treffen we ter toelichting van deze tenzij-formule het voorbeeld van het gebruik van een gebouw als kantoorruimte, terwijl voor een derde schade ontstaat als gevolg van een verborgen gebrek van dat gebouw. De wetgever acht het dan onredelijk de huurder met de kwalitatieve aansprakelijkheid voor het gebouw te belasten, terwijl het ontstaan van het gebrek niet met het gebruik als kantoorgebouw in verband staat. De wetgever tekent hierbij aan dat de bewijslast, dat het ontstaan van de schade niet met de uitoefening van het bedrijf in verband staat, in beginsel rust op de op voet van art. 6:181 BW aangesprokene.⁶⁹ De wetgever wijst erop dat de aangesprokene dit bewijs bijvoorbeeld niet zal kunnen leveren indien het gaat om schade door een fabrieksgebouw dat niet bestand blijkt tegen het trillen en schokken afkomstig van daarin verrichte werkzaamheden. Dit kan weer anders zijn, aldus de wetgever, ingeval van schade door een gebouw terwijl deze enkel wordt gebruikt als plaats om machines te herbergen.⁷⁰

Het behoeft geen betoog dat in de praktijk de nodige discussie kan ontstaan over de vraag, of in een voorkomend geval voldoende verband bestaat tussen 'het ontstaan van de schade' en 'de uitoefening van het bedrijf' als bedoeld in het slot van art. 6:181 lid 1 BW.⁷¹ Een fraai voorbeeld betreft Rb. Utrecht 16 januari 2008, JA 2008, 38. Eigenaar Solution Valley verhuurde een pand voor bedrijfsmatig gebruik aan X, die daarin een belhouse annex viswinkel exploiteerde. Een storingsmonteur diende werkzaamheden te verrichten in een kastje, opgehangen aan de muur boven de eerste treden van een trap die naar een kelder leidt. De monteur is, om de afsluiting van het kastje in de kelder te controleren, conform de veiligheidsvoorschriften van KPN achterwaarts de keldertrap afgedaald. Hierbij kwam hij ten val wegens het ontbreken van een traprede. Voor de gevolgen hiervan sprak hij zowel X als Solution Valley aan op grond van gebrekkige opstal. De rechtbank stelde vast dat het pand ten tijde van het ongeval bedrijfsmatig bij X in gebruik was. En omdat de werkzaamheden van de monteur volgens de rechtbank 'ten behoeve van' het bedrijf van X plaatsvonden, werd voldoende functioneel verband tussen het ontstaan van de schade en X' bedrijfsuitoefening aangenomen. Op basis daarvan werd X als bedrijfsmatige gebruiker ex art. 6:181 BW aansprakelijk geacht en werd de vordering ex art. 6:174 BW tegen

Solution Valley als bezitter op grond van de exclusieve werking van art. 6:181 BW afgewezen.

In mijn ogen kan over de uitkomst van deze zaak worden getwist. Blijkens de wettekst van het slot van art. 6:181 lid 1 BW gaat het erom, of het ontstaan van *de schade* met de bedrijfsuitoefening in verband staat. Afgaande op de parlementaire geschiedenis lijkt de wetgever evenwel beslissend te willen achten, of het ontstaan van *het gebrek* verband houdt met de bedrijfsvoering.⁷² Wordt van het eerste uitgegaan, dan geldt een ruimer functioneel verband dan indien de tweede benadering wordt gevolgd. De rechtbank lijkt voor de eerste benadering te hebben gekozen en achtte het vereiste functioneel verband aanwezig. Was zij van de tweede benadering uitgegaan, dan had het oordeel wellicht anders geluid. Alsdan was immers beslissend geweest de vraag, of het ontbreken van de traprede verband hield met het gebruik van de opstal door X als belhouse annex viswinkel. Ik vraag mij af of dat zo is. Bedoeld gebrek, of beter gezegd het ontstaan ervan, lijkt namelijk niet zozeer met het gebruik van het gebouw door X van doen te hebben, maar veeleer verband te houden met de structuur van het gebouw zelf; indien in het gebouw andere bedrijfsactiviteiten dan zoals door X verricht zouden hebben plaatsgevonden, zou de betreffende traprede vermoedelijk ook hebben ontbroken. Onderhavige casus ligt naar mijn idee dan ook dicht aan tegen het zojuist aangehaalde voorbeeld uit de wetsgeschiedenis, waarin volgens de wetgever ex art. 6:174 BW de *bezitter* de aansprakelijke is, namelijk ingeval van gebruik van een gebouw als kantoorruimte, terwijl voor een derde schade ontstaat als gevolg van een verborgen gebrek daarvan, maar het ontstaan van het gebrek niet met het gebruik als kantoorgebouw in verband staat. Zo beschouwd heeft de rechtbank in de hier besproken zaak mogelijk een te ruim functioneel verband aangenomen.

6. Afronding

Kwalitatieve aansprakelijkheid is geen absolute en onvoorwaardelijke aansprakelijkheid; er gelden grenzen.⁷³ Een belangrijke wijze van begrenzing van aansprakelijkheid binnen afdeling 6.3.2 BW geschiedt langs de band van het *functioneel verband*. Door middel van dit 'afbakeningsbegrip' ofwel 'samenhangvereiste' wordt vorm gegeven aan de risicosfeer van de door art. 6:170, 171 en 181 BW aangewezen aansprakelijke persoon. Gebleken is dat het functioneel verband bij de aansprakelijkheid voor ondergeschikten van art. 6:170 lid 1 BW een ruime uitleg toekomt, terwijl bij de aansprakelijkheid voor niet-ondergeschikten ex art. 6:171 BW het functioneel verband restrictief wordt geïnterpreteerd. Op zoek naar de ware interpretatie van het functioneel verband binnen art. 6:181 BW, dat ziet op 'professioneel gebruik' van zaken in plaats van personen, werd de plek van dit begrip

69. Parl. Gesch. Boek 6, p. 746, 767.

70. Parl. Gesch. Boek 6, p. 746.

71. Vgl. Oldenhuis (*Onrechtmatige daad*), art. 181, aant. 17.

72. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 746 en de daar gegeven voorbeelden.

73. Zie bijvoorbeeld Oldenhuis (*Onrechtmatige daad*), art. 174, aant. 34.

bepaald ten opzichte van de twee uitersten in art. 6:170 en 171 BW. Deze systematische plaatsbepaling heeft mijns inziens (meer) licht geworpen op het *uitgangspunt* bij de uitleg van het functioneel verband binnen art. 6:181 BW; naar mijn idee moeten we ons bij de uitleg van art. 6:181 BW oriënteren op art. 6:170 BW en niet zozeer richten op art. 6:171 BW. Hiermee heeft art. 6:181 BW in beginsel een ruim toepassingsbereik. Gelet op de exclusieve werking van de bepaling heeft dat zo zijn consequenties; hoe royaler de risicosfeer van de bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:181 BW, des te geringer is immers de rol van de bezitter uit de artikelen 6:173, 174 en 179 BW.

Overigens, de gebleken plaats die art. 6:181 BW ten opzichte van art. 6:170 en 171 BW inneemt, is naar mijn idee niet enkel relevant voor de uitleg van het functioneel verband binnen art. 6:181 BW. Nu in mijn optiek moet worden aangenomen dat art. 6:181 BW dichter aanligt tegen art. 6:170 BW dan art. 6:171 BW, zal zulks ook 'uitstralen' op de andere kernbegrippen 'bedrijf' en 'gebruik' van art. 6:181 BW, in die zin dat ook daarbij in beginsel een ruime uitleg (art. 6:170 BW) moet worden gevolgd in plaats van een restrictieve (art. 6:171 BW).⁷⁴ Ten aanzien van de op opstellen betrekking hebbende verfijning aan het slot van art. 6:181 lid 1 BW, ligt een en ander anders. Het lijkt er namelijk op dat de wetgever te dien aanzien juist een eng functioneel verband voor

ogen staat, door voor aansprakelijkheid – tevens – te eisen dat het ontstaan van *het gebrek* (en dus niet: *de schade*) met de bedrijfsactiviteiten in voldoende verband staat. De wetgever lijkt de bedrijfsmatige gebruiker van een opstal niet te licht met de kwalitatieve aansprakelijkheid daarvoor te hebben willen belasten. De gebruiker is volgens het slot van art. 6:181 lid 1 BW niet aansprakelijk, indien hij kan aantonen dat functioneel verband tussen 'het ontstaan van de schade' en de bedrijfsvoering ontbreekt. Bij de bedoeling van de wetgever de gebruiker op dit punt een reëel verweer te doen toekomen, past niet een ruime uitleg van het functioneel verband.

Oldenhuis schreef reeds in 1997 – vijf jaar na de invoering van afdeling 6.3.2 BW – dat 'de komende jaren' de grenzen van kwalitatieve aansprakelijkheid moeten worden gemarkeerd.⁷⁵ Thans, na achttien jaar, kan de vraag worden gesteld of bedoelde aansprakelijkheid inmiddels volwassen is. Ik meen van niet. Daarvoor is op verschillende fronten nog te zeer sprake van onontgonnen terrein. Art. 6:181 BW is daarvan een goed voorbeeld. Het debat is vandaag de dag dan ook zeker nog niet ten einde, maar sterker nog, lijkt nu juist pas op gang te komen.⁷⁶

74. Zie ook noot 17.

75. 'Onrechtmatige daad en kwalitatieve aansprakelijkheid', in de NTBR-serie zoals gebundeld in: *Vijf jaar nieuw vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1998, p. 250.

76. In dezelfde zin Oldenhuis aan het slot van zijn noot onder Hof Amsterdam 9 juni 2009, JA 2009, 126 (*Wilnis*).