

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/294142145>

Aansprakelijkheid voor zaken in Nederland en België: een economische analyse

Article · January 2014

CITATIONS

0

READS

518

2 authors, including:



[Louis T. Visscher](#)

Erasmus University Rotterdam

56 PUBLICATIONS 142 CITATIONS

SEE PROFILE

Aansprakelijkheid voor zaken in Nederland en België: een economische analyse

Louis Visscher* en Jef De Mot**

1. Inleiding

Risicoaansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door zaken heeft zijn oorsprong in het Franse recht (*responsabilité du fait des choses*).¹ Art 1384(1) van de *Code Civil* stelt dat een persoon aansprakelijk is voor schade veroorzaakt door zaken onder zijn bewaring ('on est responsable ... du dommage... causé par le fait des choses que l'on a sous sa garde'). Oorspronkelijk was deze zinsnede louter bedoeld als een introductie op artikel 1385 en 1386 van de *Code Civil*, die de eigenaar van een dier (of degene die het in gebruik heeft) en de eigenaar van een gebouw aansprakelijk stellen voor respectievelijk de schade veroorzaakt door deze dieren en de schade veroorzaakt door de instorting van het gebouw.

Het Franse Hof van Cassatie transformeerde deze zinsnede echter tot de rechtsgrond die het mogelijk maakt de 'bewaarder' (*gardien*) aansprakelijk te stellen voor schade veroorzaakt door zaken in het algemeen.² De bewaarder is de persoon die de mogelijkheid heeft om een zaak te gebruiken, ervan te genieten of te behouden, met de macht er toezicht, bewaking en leiding over uit te oefenen (*usage, direction et contrôle*). Met deze uitspraak wou het Hof het probleem van het sterk toenemend aantal ongevallen als gevolg van de industrialisering aanpakken. Het is niet nodig om aan te tonen dat de zaak gevaarlijk of gebrekkig is, of dat ze een verhoogd risico op schade met zich meebrengt. De bewaarder kan dus niet aan aansprakelijkheid ontsnappen door aan te tonen dat hij voldoende voorzorgsmaatregelen heeft genomen, maar kan wel overmacht inroepen.³

Het Franse recht aangaande de aansprakelijkheid voor zaken heeft het Nederlandse en het Belgische recht beïnvloed.⁴ In deze bijdrage gaan we na of het Nederlandse en Belgische recht betreffende de aansprakelijkheid voor zaken economisch gezien efficiënt zijn.⁵ Interessant hierbij is dat hoewel de algemene regels betreffende de aansprakelijkheid voor zaken niet sterk verschillen tussen die twee landen (beide landen kennen een regime van risicoaansprakelijkheid), er toch minstens één substantieel verschil bestaat. In tegenstelling tot het Belgische recht geldt de risicoaansprakelijkheid in Nederland enkel als de eiser het oorspronkelijk slachtoffer is. Een gesubrogeerde verzekeraar moet zich beroepen op de

* Louis Visscher is bijzonder hoogleraar Legal Economic Analysis of Tort and Damages aan het Rotterdam Institute of Law and Economics van de Erasmus School of Law van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

** Jef De Mot is Postdoctoraal Onderzoeker (Fonds Wetenschappelijk Onderzoek) aan de Universiteit Gent.

¹ Wagner (2011).

² Zie Cour de Cassation, Cass. civ. 16 juni 1896, DP 1897 I, 433 ('arrêt du remorquer') en Cour de Cassation, Cass. Ch. Reunites 13 februari 1930, D 1930 I, 57 ('arrêt Jand'heur').

³ De bewaarder moet aantonen dat de schade veroorzaakt werd door een externe omstandigheid die onvoorzienbaar en onvermijdelijk was (*une cause étrangère imprévisible et irrésistible*).

⁴ Het heeft ook het recht in Luxemburg, Italië en Portugal beïnvloed.

⁵ We beperken ons in deze bijdrage tot de aansprakelijkheid voor roerende en onroerende zaken in het algemeen. We laten o.a. de aansprakelijkheid voor dieren, gevaarlijke stoffen, mijnbouwwerken et cetera buiten beschouwing. Deze aansprakelijkheden worden in Nederland en België in afzonderlijke artikelen (in het BW of daarbuiten) geregeld.

algemene aansprakelijkheidsregels. Met andere woorden, in België is de risicoaansprakelijkheid steeds van toepassing, terwijl in Nederland zowel schuldaansprakelijkheid als risicoaansprakelijkheid een rol spelen. Om de vraag te beantwoorden of de Nederlandse dan wel de Belgische situatie economisch gezien beter is, moeten we de relatieve voordelen van schuldaansprakelijkheid en risicoaansprakelijkheid analyseren. We zullen daartoe de algemene regels en de rechtspraak vanuit economisch perspectief bestuderen. Met betrekking tot de rechtspraak zullen we in het bijzonder nagaan of aansprakelijkheid gelegd wordt op die partij die het best in staat was om het ongeval te vermijden (of in elk geval om de kans dat het ongeval zich zou voordoen te verlagen).

Deze bijdrage is als volgt gestructureerd. Eerst geven we een overzicht van de belangrijkste verschillen tussen schuldaansprakelijkheid en risicoaansprakelijkheid vanuit economisch oogpunt (paragraaf 2). Daarna bekijken we het Nederlands en Belgisch recht aangaande de aansprakelijkheid voor zaken (paragraaf 3). Paragraaf 4 maakt een economische analyse van de algemene regels en de rechtspraak. Paragraaf 5 bevat de conclusie.

2. Een rechtseconomisch overzicht van schuld- en risicoaansprakelijkheid

Rechtseconomen zien aansprakelijkheid als een systeem waarmee de totale kosten van ongevallen kunnen worden verlaagd, doordat prikkels worden verstrekt om ongevallen te vermijden en omdat niet-vermeden schade wordt gespreid.⁶ Schuld- en risicoaansprakelijkheid werken op uiteenlopende manieren en in deze paragraaf bespreken we beide regels vanuit dit economisch perspectief. Uit deze bespreking zal blijken dat beide regels relatieve voor- en nadelen hebben, zodat afhankelijk van het type ongevallen een voorkeur voor de ene of de andere regel kan worden uitgesproken. Vervolgens passen we dit denkkader toe op de aansprakelijkheid voor roerende zaken en voor opstallen en analyseren we de wijze waarop deze aansprakelijkheid in België en Nederland is vormgegeven vanuit dit gezichtspunt. Bij de bespreking van schuld- en risicoaansprakelijkheid gaan we voor wat betreft de eerste regel uit van onzorgvuldigheid als grondslag voor aansprakelijkheid, maar hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor andere vormen van onrechtmatigheid.

Een overduidelijk verschil tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid is dat onder schuldaansprakelijkheid een schadeveroorzaker die niet onzorgvuldig heeft gehandeld, niet aansprakelijk is, terwijl hij dat onder risicoaansprakelijkheid wel is (mits aan de overige voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan). Dit impliceert echter niet dat een potentiële laedens onder risicoaansprakelijkheid meer zorg zal nemen dan onder schuldaansprakelijkheid. In veel landen, waaronder Nederland en België, wordt onzorgvuldigheid bepaald middels een afweging tussen de kosten van voorzorgsmaatregelen,

⁶ Zie bijvoorbeeld Calabresi (1977), p.24 e.v.; Landes en Posner (1987). Voor Nederlandstalige literatuur, zie bijvoorbeeld Faure en Van den Bergh (1989); De Mot, Canta en Gangapersadising (2004) ; Visscher (2006); Van Velthoven en Van Wijck (2013), p. 145 e.v.

de kans op ongevallen en de omvang van de mogelijke schade.⁷ Deze afweging wordt bij schuldaansprakelijkheid door de rechter gemaakt, in Nederland via de Kelderluikcriteria. Bij risicoaansprakelijkheid is het de laedens zelf die de afweging maakt tussen de kosten van extra voorzorgsmaatregelen enerzijds en de baten van die extra maatregelen (dus de daling in de kans op ongevallen en/of de omvang van de schade) anderzijds. In principe gaat het dus om dezelfde afweging, maar de partij die de afweging maakt, is een andere: bij risicoaansprakelijkheid is het de laedens zelf, bij schuldaansprakelijkheid is het de rechter. Beide regels impliceren dus eenzelfde soort afweging en kunnen in beginsel dus ook in vergelijkbare gedragsprikkel resulteren. Een rationele persoon zal niet meer middelen aan zorgkosten besteden dan de daling in de verwachte schade die hij daarmee kan bewerkstelligen. Het is immers niet zinvol om €1.000 aan zorgkosten uit te geven om daarmee €500 aan schade te voorkomen. Als de rechter de zorgvuldigheidnorm op eenzelfde wijze vormgeeft, kunnen beide regels dus tot dezelfde uitkomst leiden.

Er bestaan echter veel relevante verschillen tussen beide regels (nog los van het voor de hand liggende verschil dat bij gebreke van onzorgvuldigheid de schade bij schuldaansprakelijkheid door de gelaedeerde wordt gedragen en bij risicoaansprakelijkheid door de laedens) die de uiteindelijke werking van die regels kunnen beïnvloeden en die in een voorkeur voor de ene of de andere regel kunnen resulteren.⁸

1. *Bilaterale ongevallen*: In zogenaamde unilaterale ongevalssituaties beïnvloedt alleen de laedens de ongevalskans. In bilaterale gevallen heeft ook de gelaedeerde invloed. In zulke bilaterale situaties moet ook de gelaedeerde gedragsprikkel krijgen. Bij schuldaansprakelijkheid zitten die prikkels in de regel zelf ‘ingebakken’: de laedens krijgt prikkels om zorgvuldig te zijn, daardoor draagt de gelaedeerde zijn eigen schade (hij is de ‘*residual loss bearer*’) en daardoor krijgt deze prikkels om die voorzorgsmaatregelen te treffen die minder kosten dan ze opleveren. Bij risicoaansprakelijkheid is de laedens steeds aansprakelijk zodat de gelaedeerde nooit opdraait voor de schade. Om ook de gelaedeerde zorgprikkel te geven, is een eigenschuldverweer nodig, dat de schadevergoeding bij onzorgvuldig gedrag van de gelaedeerde verlaagt of uitsluit.⁹ In unilaterale ongevalssituaties is geen eigenschuldverweer nodig omdat de gelaedeerde daar toch geen invloed heeft.
2. *Activiteitsniveau*: Ook als een actor zorgvuldig is, kan er schade ontstaan. Dat is met name het geval bij gevaarlijke activiteiten, waar zelfs bij optimale zorg de verwachte schade nog aanzienlijk is. Men kan de verwachte schade niet alleen verlagen door de activiteit *zorgvuldiger* uit te oefenen, maar ook door deze *minder vaak* uit te oefenen. Het optimale activiteitsniveau ligt daar, waar de voordelen die de actor uit de activiteit haalt groter zijn dan *alle* kosten die de activiteit veroorzaakt, dus inclusief de verwachte

⁷ De Mot, Canta en Gangapersadsing (2004).

⁸ Zie ook Schäfer en Müller-Langer (2009).

⁹ Voor de discussie welke vorm van het eigenschuldverweer (volledig vervallen van de schadevergoeding of een verdeling van de schade over laedens en gelaedeerde), zie bijvoorbeeld Artigot i Golobardes en Gómez Pomar (2009).

schade. Aangezien alleen de ‘residual loss bearer’ de verwachte schade draagt, zal ook alleen die actor het juiste activiteitsniveau kiezen. Bij schuldaansprakelijkheid is dit de gelaedeerde, bij risicoaansprakelijkheid de laedens. De andere actor zal een te hoog activiteitsniveau kiezen, omdat hij geen rekening houdt met de schade, die immers door de ander gedragen wordt. In de keuze tussen beide regels is het dus belangrijk om te bepalen wiens activiteitsniveau het meest relevant is bij het voorkomen van schade.¹⁰ Vooral als het activiteitsniveau niet zelfstandig door de rechter wordt beoordeeld, is de keuze tussen beide regels dus van belang, omdat op die manier het activiteitsniveau *indirect* kan worden beïnvloed.¹¹

3. *Informatie*: Zoals we hierboven al aangaven, wordt bij zowel schuld- als risicoaansprakelijkheid een afweging gemaakt tussen de kosten en de baten van voorzorgsmaatregelen. De kwaliteit van de informatie over die kosten en baten heeft invloed op hoe goed die afweging kan worden gemaakt. Als de *laedens* betere informatie heeft dan de *rechter* is risicoaansprakelijkheid beter, omdat de afweging daar door de laedens moet worden gemaakt. In de omgekeerde situatie is schuldaansprakelijkheid beter, omdat de afweging daar door de rechter wordt gemaakt.¹² In situaties waarin de *wetgever* de beste informatie heeft, is schuldaansprakelijkheid gebaseerd op ‘strijd met een wettelijke plicht’ de beste optie. Een andere relevante vergelijking is die tussen de informatie van de *laedens* en de *gelaedeerde*. Als de eerste betere informatie heeft dan de laatste, is risicoaansprakelijkheid beter. Het zou voor de gelaedeerde immers moeilijk zijn om onzorgvuldigheid aan te tonen, als hij niet over de relevante informatie beschikt.¹³ In zulke situaties worden gelaedeerden ook wel eens in hun bewijsnood geholpen middels een versoepelde stelplicht, een verzwaarde verweerplicht en/of een omkering van de bewijslast. Het gevaar van die methodes is echter dat de gelaedeerde voorzorgsmaatregelen oppert die boven het optimale zorgniveau uitstijgen en dat de laedens die claim volgens de rechter niet voldoende gemotiveerd heeft betwist. Risicoaansprakelijkheid kent dit gevaar niet, omdat de laedens daar zelf bepaalt welke maatregelen hij zal nemen.
4. *Dimensies van zorg*: ‘Zorgvuldigheid’ bestaat vaak uit meer dan één maatregel. Bij autorijden kan men bijvoorbeeld de snelheid aan de omstandigheden aanpassen, maar ook vaker in de spiegel kijken, geen CD wisselen tijdens het rijden, niet telefoneren, goed uitgerust op reis gaan, et cetera. Met name dimensies van zorg die moeilijk waarneembaar of controleerbaar zijn, zullen niet in de zorgvuldigheidsnorm worden meegenomen. Schuldaansprakelijkheid kan daarom alleen prikkels geven in de dimensies die wel in de zorgvuldigheidsnorm zitten. Risicoaansprakelijkheid daarentegen geeft de

¹⁰ Zie bijvoorbeeld Shavell (1980), p. 2; Landes en Posner (1987), p. 61; Faure (2002), p. 366; Posner (2003), p. 177, 178; Shavell (2004), p. 193.

¹¹ In Nederland en België wordt het activiteitsniveau naar ons weten alleen expliciet meegenomen in de beoordeling als een van de partijen de activiteit *in het geheel* niet had moeten uitoefenen, bijvoorbeeld omdat een vereiste vergunning ontbreekt of omdat de enkele deelname aan de activiteit al te gevaarlijk was. We kennen geen zaken waarin wordt geoordeeld dat de betrokkene weliswaar aan de activiteit mocht deelnemen, maar niet zo vaak als hij deed.

¹² Shavell (2004), p. 18; 188; Landes en Posner (1987), p. 65 e.v.

¹³ Zie ook Feess en Wohlschlegel (2006), p.66, 67; Schäfer en Müller-Langer (2009), p. 27.

laedens prikkels in alle dimensies, omdat hij de ‘residual loss bearer’ is. In bilaterale ongevallen hangt de keus tussen beide regels af van wat belangrijker is: zorgprikkels in alle dimensies vetrekken aan de laedens (dan is risicoaansprakelijkheid beter) of aan de gelaedeerde (dan is schuldaansprakelijkheid te verkiezen).

5. *Insolventie*: Als een laedens insolvent is en niet opdraait voor alle schade die hij heeft veroorzaakt, dan bestaat het gevaar dat aansprakelijkheid onvoldoende prikkels geeft. Een risicoaansprakelijke laedens weegt dan immers de kosten van zorg niet af tegen de volledige reductie in de verwachte schade, maar tegen de (lagere) daling in de verwachte aansprakelijkheid. Bij schuldaansprakelijkheid is dit probleem minder groot, omdat een laedens daar nog steeds zorgvuldig zal zijn als de kosten van de vereiste zorg lager zijn dan de (onvolledige) aansprakelijkheid die hij daarmee kan voorkomen.¹⁴
6. *Schadespreiding*: In gevallen waarin de laedens een bedrijf is en de gelaedeerde een individu, kan risicoaansprakelijkheid in betere schadespreiding resulteren dan schuldaansprakelijkheid (en vice versa). Immers, het bedrijf kan de schade via de prijs van het product of de dienst omslaan over alle afnemers, zodat de schade over die grotere groep gespreid wordt. Schadespreiding kan natuurlijk ook via verzekeringen worden bereikt en dan is de relevante vraag of in de gegeven omstandigheden een (third party) aansprakelijkheidsverzekering beter is, of juist een (first party) schadeverzekering. In het algemeen wordt aangenomen dat problemen van averechtse selectie en moreel risico bij third party verzekeringen moeilijker zijn aan te pakken dan bij first party verzekeringen, hetgeen een argument in het voordeel van schuldaansprakelijkheid is. Daar is de gelaedeerde immers de ‘residual loss bearer’ en hij zal dus een first party verzekering willen afsluiten. Bij risicoaansprakelijkheid is het juist de laedens die een third party verzekering wil afsluiten.¹⁵
7. *Zelfselectie*: Bij risicoaansprakelijkheid kiest elke laedens zijn eigen zorgniveau, dat afhankelijk is van zijn individuele kosten en baten van zorg. Bij schuldaansprakelijkheid geldt de gedragsnorm echter voor een grotere groep actoren, zelfs als hun individuele optimale zorgniveau hoger of lager ligt. Actoren wiens optimale zorgniveau hoger ligt, zullen echter het lagere vereiste niveau hanteren, hetgeen niet optimaal is. En actoren wiens optimale zorgniveau lager ligt, zullen toch proberen het vereiste zorgniveau te hanteren, als ze daarmee duurdere aansprakelijkheid kunnen ontlopen. Dit is evenmin optimaal.
8. *Systeemkosten*: Bij schuldaansprakelijkheid speelt de vraag of de laedens voldoende zorg heeft genomen een rol, terwijl dit bij risicoaansprakelijkheid niet het geval is. Zaken bij schuldaansprakelijkheid kunnen dus, al het overige constant houdend, complexer zijn en dus duurder. Anderzijds kunnen er bij risicoaansprakelijkheid *meer* zaken zijn omdat een gelaedeerde minder hoeft te bewijzen en dus eerder een claim indient.¹⁶ Risicoaansprakelijkheid leidt dus tot meer, maar eenvoudiger zaken. Omdat die zaken

¹⁴ Dit verschil tussen beide regels verdwijnt als een causaal verband vereist is tussen *de onrechtmatigheid van het gedrag* en de schade, zie bijvoorbeeld Dari-Mattiacci en Mangan (2008); Visscher (2011).

¹⁵ See Bishop (1983), p. 260 e.v.; Epstein (1985), p. 664e.v.; Van den Bergh en Faure (1990), p. 16e.v.; Faure (2005), p. 245 en 261.

¹⁶ Shavell (2004), p. 282, 283.

eenvoudiger zijn, is de verwachting dat er meer geschikt wordt en omdat schikken zoveel goedkoper is dan procederen, is de verwachting dat de systeemkosten bij risicoaansprakelijkheid lager zullen zijn dan bij schuldaansprakelijkheid.¹⁷

De factoren die we hierboven hebben besproken, kunnen tegelijkertijd relevant zijn en kunnen in uiteenlopende voorkeuren resulteren. Ze zullen dus in een concreet geval tegen elkaar moeten worden afgewogen voordat een uiteindelijke voorkeur voor een aansprakelijkheidsregel kan worden uitgesproken. In paragraaf 3 zullen wij de genoemde factoren afwegen in het kader van aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken en opstallen in Nederland en België.

3. Aansprakelijkheid voor zaken in Nederland en België

3.1. België¹⁸

Art 1384(1) van het Belgisch Burgerlijk Wetboek is een exacte kopie van het Franse artikel 1384(1). Sinds het arrest van het Hof van Cassatie van 26 mei 1904¹⁹ wordt het beschouwd als een afzonderlijke rechtsgrond die een risicoaansprakelijkheid invoert voor schade veroorzaakt door zaken. Volgens het Hof van Cassatie is de bewaarder van een *gebrekkige* zaak aansprakelijk voor de schade die de zaak veroorzaakt, zonder dat een fout moet worden aangetoond.²⁰ De rechtsleer en rechtspraak geven een ruime omschrijving aan het begrip ‘zaak’. Zo vallen lichamelijke roerende en onroerende zaken, beweeglijke en onbeweeglijke zaken en enkelvoudige en samengestelde zaken (bijvoorbeeld een stuk ijzer en de weg waarop het zich bevindt) onder de begripsomschrijving. Met betrekking tot het begrip ‘gebrek’ verwijst het Hof van Cassatie systematisch naar de ‘abnormale staat’²¹ waarin de zaak zich bevindt of het ‘abnormaal kenmerk’²² dat de zaak vertoont. Verder verwijst de rechtspraak vaak naar de normale maatschappelijke verwachtingen met betrekking tot de eigenschappen van de zaak.²³ Volgens het Hof van Cassatie kan het abnormale karakter van een zaak enkel beoordeeld worden door een vergelijking te maken met soortgelijke objecten op het ogenblik van de feiten.²⁴ Het is niet omdat een zaak gevaarlijk is, dat die automatisch gebrekkig is (bijvoorbeeld dynamiet). Het gevaar dient een gevolg te zijn van het gebrek. Hoewel deze rechtsregels op het eerste zicht eenvoudig en duidelijk lijken, klagen rechtsgeleerden toch frequent dat de rechtspraak gekenmerkt wordt door inconsistenties. Het betreft dan vooral de vraag of een gebrek intrinsiek moet zijn, of ook extrinsiek mag zijn.²⁵

¹⁷ Schäfer en Müller-Langer (2009), p. 11, 24.

¹⁸ Voor een uitgebreid overzicht van de aansprakelijkheid voor zaken verwijzen we naar Cornelis (1982).

¹⁹ Cass., 26 mei 1904, in [1904] Pas. I, 249.

²⁰ In tegenstelling tot het Franse Hof van Cassatie, moet volgens het Belgische Hof van Cassatie aangetoond worden dat de zaak gebrekkig is.

²¹ Zie o.a. Cass. 14 november 1986, Arr. Cass. 1986-87, 359.

²² Zie o.a. Cass. 10 oktober 1996, Arr. Cass. 1996, 909.

²³ Zie o.a. Gent 12 juni 1996, TGR 1996, 180.

²⁴ Cass. 25 april 2005, Arr. Cass. 2005.

²⁵ Zie Vanswevelt and Weyts (2009), p. 460-475.

Indien een gebrek ook extrinsiek mag zijn, dan kan bijvoorbeeld de abnormale positie van een zaak beschouwd worden als een gebrek van de zaak. Het Hof van Cassatie heeft verschillende keren gesteld dat een gebrek intrinsiek moet zijn.²⁶ Het moet wel gezegd dat het concept van de ‘samengestelde zaak’ tot de conclusie kan leiden dat een zaak gebrekkig is. Zo werden bijvoorbeeld een stuk ijzer en de weg waarop dit stuk ijzer lag als een gebrekkige samengestelde zaak beschouwd.²⁷ Het abnormale kenmerk moet intrinsiek zijn, maar hoeft niet onafscheidelijk van en inherent aan de zaak zijn.²⁸ Meer specifiek kan het gebrek het resultaat zijn van het gedrag van een derde.

Art 1384 (1) BW stelt de *bewaarder* aansprakelijk. De bewaarder van een zaak is degene die voor eigen rekening ervan gebruik maakt, het genot ervan heeft of ze onder zich houdt, met recht van toezicht, leiding en controle.²⁹ Vaak zal de eigenaar van de zaak de bewaarder zijn. Dit is echter niet steeds het geval.

De bewaarder kan niet aan aansprakelijkheid ontsnappen door aan te tonen dat hij geen enkele fout beging. Het feit dat hij geen kennis had van het gebrek en het dus niet kon voorkomen, is irrelevant. Hij kan enkel aan aansprakelijkheid ontsnappen indien hij bewijst dat de schade niet werd veroorzaakt door het gebrek of dat de andere voorwaarden voor de toepassing van deze aansprakelijkheid niet vervuld zijn.

3.2. Nederland

Tot 1992 was de aansprakelijkheid voor zaken geregeld in artikel 1403 Oud BW, hetgeen een bijna letterlijke vertaling van het Franse artikel 1384(1) was. De Hoge Raad vond echter dat de algemene vereisten voor aansprakelijkheid ook golden voor de aansprakelijkheid voor zaken, zodat artikel 1403 oud BW geen aparte grondslag voor aansprakelijkheid buiten schuld bood.³⁰ Daarom was onzorgvuldigheid of nalaten van de aansprakelijk gestelde persoon vereist.³¹ Sinds 1992 is de aansprakelijkheid voor personen en zaken niet langer met één algemeen artikel, maar in afzonderlijke artikelen geregeld. De wetgever heeft hiervoor gekozen omdat het uiteenlopende bronnen van verhoogd gevaar betreft (gebrekkige roerende zaken, gebrekkige opstallen, gevaarlijke stoffen, dieren, et cetera) en omdat de persoon die van deze bron profiteert ook de kosten ervan moet dragen. Volgens de wetgever is het ook deze persoon die in het algemeen de schade het beste kan voorkomen of zich ertegen kan verzekeren.³² In deze bijdrage beperken we ons zoals gezegd tot de aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken en voor gebrekkige opstallen.

²⁶ Zie o.a. Cass. 24 mei 1945, R.G.A.R. 1946, nr. 3910; Cass. 12 februari 1976, Arr. Cass. 1976-77, 683, Pas. 1976, I, 652; Cass. 14 november 1986, Arr. Cass. 1986-87, 359.

²⁷ Cass. 29 september 2006, NjW 2007, 566.

²⁸ Zie o.a. Cass. 19 januari 1978, RW 1978-79, 791; Cass. 2 september 1993, Arr. Cass. 1993, 658; Cass. 2 januari 2009, T. Pol. 2009, 127.

²⁹ Zie o.a. Cass. 25 maart 1999, RW 2000-01, 275.

³⁰ Bauw (2008), p. 7.

³¹ Hartkamp en Sieburgh (2011), nr. 205.

³² Bauw (2008), p. 2; Keirse (2012), p. 106.

Art 6:173 BW vestigt een risicoaansprakelijkheid voor de bezitter van een roerende zaak, of via art. 6:181 BW voor degene die de zaak gebruikt in de uitoefening van zijn bedrijf,³³ als: (1) de zaak niet voldoet aan de eisen die men er in de gegeven omstandigheden aan mag stellen, (2) het daardoor een bijzonder gevaar voor personen of zaken oplevert, (3) bekend is dat de zaak in de gegeven omstandigheden zo'n gevaar oplevert (er is dus geen aansprakelijkheid voor ontwikkelingsrisico's)³⁴ en (4) dit gevaar zich verwezenlijkt. Aansprakelijkheid volgens art. 6:173 BW is ruimer dan aansprakelijkheid voor 'defecte zaken', omdat het ook bijvoorbeeld aansprakelijkheid omvat voor een geladen vuurwapen dat in de gegeven omstandigheden niet geladen had mogen zijn.³⁵

Aansprakelijkheid kan niet op het algemene gevaar van de zaak worden gebaseerd. Als iemand bijvoorbeeld een pan van het fornuis stoot, dan kan dit schade veroorzaken vanwege het algemene gevaar van een zwaar object dat op iemands voet valt. Als het handvat echter van de pan afbreekt en de pan daardoor valt, dan kan aansprakelijkheid wellicht wel op art. 6:173 BW worden gebaseerd. Indien de gebrekkige zaak echter eveneens een defect product in de zin van de Europese richtlijn betreffende productaansprakelijkheid is, gaat de laatste regeling vanwege art. 6:173 lid 2 voor. Wij gaan in deze bijdrage echter niet verder in op productaansprakelijkheid, omdat dit een zelfstandige bijdrage zou rechtvaardigen.

Er is geen aansprakelijkheid volgens art. 6:173 BW als aansprakelijkheid op grond van de algemene bepalingen betreffende de onrechtmatige daad zou hebben ontbroken indien de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker het gevaar op het tijdstip van het ontstaan daarvan zou hebben gekend. Deze zogenaamde 'tenzij-clausule' impliceert dat de risicoaansprakelijkheid ziet op het niet kennen van het gebrek: de aansprakelijk gestelde persoon kan niet aan aansprakelijkheid ontkomen door te betogen dat hij niet wist dat de roerende zaak gebrekkig was. Voor het overige staan hem alle verweren ter beschikking die iemand heeft die op grond van de algemene bepalingen van het onrechtmatigedaadsrecht zou worden aangesproken, zoals rechtvaardigingsgronden.³⁶

Art 6:174 BW scheidt risicoaansprakelijkheid voor de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker van een gebrekkige opstal. Voor aansprakelijkheid is vereist dat: (1) de opstal niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, (2) deze opstal daardoor gevaar voor personen of zaken oplevert en (3) dit gevaar zich verwezenlijkt.

Art 6:174 BW vereist dus, anders dan art. 6:173 BW, geen *bijzonder* gevaar, zodat bijvoorbeeld het algemene gevaar van een vallende dakpan wel tot aansprakelijkheid volgens art. 6:174BW kan leiden.³⁷ Vanwege de tenzij-clausule kan de aansprakelijke zich niet exonereren door te betogen dat hij niet wist dat het gebrek bestond of dat het gebrek dit betreffende gevaar kon scheppen, maar voor het overige staan alle verweermiddelen hem ter beschikking. Als de schade (vrijwel) direct na het ontstaan van het gebrek intrad, zodat zelfs een bezitter of bedrijfsmatige gebruiker die van het bestaan van het gebrek op de hoogte was

³³ In het kort de 'bedrijfsmatige gebruiker'.

³⁴ Keirse (2012), p. 109; Hartkamp en Sieburgh (2011), nr. 219.

³⁵ Parlementaire Geschiedenis Boek 6 NBW, p. 747.

³⁶ Klaassen (1991), p. 101; Sterk (1994), p. 240; Bauw (2008), p. 17.

³⁷ Zie bijvoorbeeld Lankhorst (2013), p. 3120.

niet als onzorgvuldig zou worden aangemerkt, of als hij alle vereiste maatregelen heeft getroffen om de gevaarlijke situatie te beëindigen, dan resulteert art. 6:174 BW evenmin in aansprakelijkheid.³⁸ De risicoaansprakelijkheid richt zich dus op het niet kennen van het gebrek en van het gevaar dat dit oplevert. Deze risicoaansprakelijkheid wordt gerechtvaardigd doordat het zeer moeilijk of zelfs onmogelijk zou zijn voor de gelaedeerde om aan te tonen of het gebrek is ontstaan gedurende de bouw of dat het is veroorzaakt door gebrekkig onderhoud, en wie daarvoor verantwoordelijk is.³⁹

De Hoge Raad heeft in de *Wilnis-zaak*⁴⁰ veel aandacht besteed aan het concept ‘gebrek’ in het algemeen en noemt veel relevante omstandigheden die bepalen of een opstal als gebrekkig moet worden aangemerkt. Het gaat hier bijvoorbeeld om de aard en de functie van de opstal, de fysieke toestand en het gebruik dat derden er naar verwachting van zullen maken. Ook verwijst de Hoge Raad naar het zorgniveau dat men van de bezitter of gebruiker mag verwachten, en naar criteria zoals de kans op ongevallen en de mogelijkheden en kosten van voorzorgsmaatregelen. Bij het vaststellen of er sprake was van een gebrek, kunnen kosten en baten van voorzorgsmaatregelen dus worden meegenomen. De aansprakelijkheid voor opstellen is dus geen rigide systeem en de kosten en baten van voorzorgsmaatregelen kunnen worden meegewogen bij het bepalen of er al dan niet sprake is van een gebrek.⁴¹

Zoals we hieronder zullen betogen, lijken rechtens het begrip ‘gebrek’ te gebruiken om de schade neer te leggen bij de partij die deze het beste had kunnen voorkomen. De factoren die in de *Wilnis-zaak* worden genoemd, passen in deze benadering omdat ze het mogelijk maken de potentiële gelaedeerden tot zorg te prikkelen als zij degene zijn die de schade het beste kunnen voorkomen. Door in zo’n situatie te oordelen dat er geen sprake was van een gebrek, kan de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker niet risicoaansprakelijk worden gehouden.

Naar onze mening verandert de *Wilnis-zaak* de Nederlandse regeling niet in schuldaansprakelijkheid, maar maakt deze zaak juist nog duidelijker dat de risicoaansprakelijkheid alleen de (on)bekendheid met het gebrek betreft.⁴² Voorts overweegt de Hoge Raad dat het enkele verschuiven van een dijk (de oorzaak van de schade in de *Wilnis-zaak*) in het algemeen voldoende is om aan te kunnen nemen dat de dijk gebrekkig was en dat het dan aan de gedaagde is om het tegendeel te bewijzen. Ook hieruit blijkt een verschil met schuldaansprakelijkheid.

Het bovenstaande maakt duidelijk dat de Belgische en Nederlandse regeling weliswaar anders geformuleerd zijn, maar dat hun praktische uitwerking vergelijkbaar is. Beide systemen vereisen gebrekkigheid van de zaak, het enkele gevaar van de zaak maakt deze nog niet gebrekkig, de verwachtingen in de samenleving betreffende de zaak zijn een belangrijk element bij het beoordelen of de zaak gebrekkig is en men kan niet aan aansprakelijkheid

³⁸ Lankhorst (2013), p. 3131.

³⁹ Keirse (2012), p. 114.

⁴⁰ Hoge Raad 17 december 17 2010, *Nederlandse Jurisprudentie* 2012, 155.

⁴¹ De redeneertrant uit de *Wilnis-zaak* is ook toegepast bij aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken, zie Hof Amsterdam, 5 juli 2011, *Jurisprudentie Aansprakelijkheid* 2012, 3.

⁴² De definitie van gebrek omvat dus als het ware de tenzij-clausule’.

ontsnappen met de argumentatie dat men het gebrek niet kende. Hieronder laten we zien dat de regels ook vanuit economisch perspectief zeer vergelijkbaar zijn.

Alvorens tot die economische analyse over te gaan, wijden we een kort woord aan de Nederlandse Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten van art. 6:197 BW. Vanwege die regeling wordt het bedrag waarvoor regres kan worden genomen niet op de risicoaansprakelijkheden uit art. 6:173 en 174 BW gebaseerd, maar op schuldaansprakelijkheid.⁴³ Deze regeling is ingevoerd uit angst voor een vloedgolf aan regresvorderingen en omdat er ten tijde van de introductie van art. 6:173 en 174 BW een discussie gaande was over de mogelijke afschaffing van regresrechten. Doel van de nieuwe risicoaansprakelijkheden was om de gelaedeerden te helpen, maar niet diens verzekeraar.⁴⁴

Vanuit economisch perspectief heeft regres enkele belangrijke voordelen. Het kan er toe leiden dat de premies van first party verzekeringen gereduceerd kunnen worden zodat deze vorm van verzekeren beter beschikbaar wordt.⁴⁵ Ook kunnen regresvorderingen de preventieve werking van aansprakelijkheid versterken, omdat regresnemende verzekeraars meer tegenwicht kunnen bieden aan aansprakelijkheidsverzekeraars dan individuele eisers, zodat meer sterke zaken daadwerkelijk tot aansprakelijkheid zullen leiden (en tegelijkertijd zwakke zaken minder vaak voor de rechter zullen komen). Ook kunnen de systeemkosten dalen, omdat verzekeraars onderling de zaken sneller kunnen afhandelen dan wanneer de daadwerkelijke laedens en gelaedeerde tegenover elkaar staan.⁴⁶

Het is vanuit economisch oogpunt dan ook onwenselijk dat de Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten de regresmogelijkheden inperkt. In gevallen waarin onzorgvuldigheid van de laedens niet kan worden aangetoond, kunnen de hierboven uiteengezette voordelen van risicoaansprakelijkheid niet worden bereikt als de eiser een regresnemende verzekeraar is. Voor zover de verzekeraars inderdaad geen regres kunnen nemen, zullen zij ook de verzekeringspremies niet naar beneden aanpassen. Zoals hieronder zal blijken, menen wij dat rechters in Nederland en België op verschillende manieren wenselijke uitkomsten weten te bereiken. De regresregeling in Nederland kan die handelswijze frustreren in situaties waarin de gelaedeerde zijn schade al vergoed heeft gekregen van zijn verzekeraar, omdat de risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige zaken dan niet toegepast wordt.

Rechtseconomische argumenten pleiten dus voor afschaffing van de Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten.⁴⁷ Er zijn echter diverse redenen waarom het economische probleem van art. 6:197 BW in de praktijk wellicht meevalt. Ten eerste zijn lang niet alle soorten schade (volledig) gedekt door een verzekering, zodat de daadwerkelijke gelaedeerde nog steeds een claim kan indienen op grond van art. 6:173 of 174 BW. Ten tweede is een van de voordelen van risicoaansprakelijkheid het feit dat deze regel tot spreiding van de schade leidt, maar voor

⁴³ Engelhard (2003), p. 247, 248.

⁴⁴ Zie bijvoorbeeld Hartlief (2012), p. 327.

⁴⁵ Dat deze premiereductie inderdaad plaatsvindt, blijkt bijvoorbeeld uit Carris en Bartlett (1994) en Greenblatt (1997), p. 1354-55. Zie ook bijvoorbeeld de Amerikaanse zaak *Cutting v. Jerome Foods, Inc.*, 993 F.2d 1293 (7th Cir. 1993).

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld Rosenberg en Reinker (2007).

⁴⁷ Voor juridische argumenten, zie bijvoorbeeld Engelhard (2003), p. 259 en Van Zwieten (2013), p. 88-90.

zover de schade van de gelaedeerde al door zijn verzekeraar is vergoed, wordt dat doel op die manier al bereikt. Ten derde maken gesubrogeerde verzekeraars vaak gebruik van convenanten met aansprakelijkheidsverzekeraars in plaats van dat ze een aansprakelijkheidsclaim indienen. Op die manier worden de systeemkosten sterk gereduceerd.⁴⁸

Of de daling in systeemkosten genoeg is om de aantasting van de preventieve prikkels goed te maken, is een empirische kwestie die wij in deze bijdrage niet onderzoeken. In de economische bespreking van de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken hieronder, gaan wij voor Nederland verder uit van de regeling van art. 6:173 en 174 BW, dus van de daarin opgenomen risicoaansprakelijkheden.

4. Economische analyse

4.1. De algemene regels in Nederland en België

Er bestaan sterke economische argumenten pro risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige zaken. Het geeft de aansprakelijke prikkels om zijn zaken goed te onderhouden, om ze regelmatig te inspecteren en indien noodzakelijk te herstellen, om onderdelen te vervangen et cetera. In theorie kan schuldaansprakelijkheid ook dergelijke prikkels genereren, maar onder die regel moet de gelaedeerde aantonen dat de laedens niet genoeg voorzorgsmaatregelen heeft genomen en dat hij op de hoogte was of moest zijn van het gebrek. Dit zal vaak erg moeilijk zijn, waardoor een persoon die eigenlijk onvoldoende zorg heeft betracht vaak niet aansprakelijk zal worden gesteld. De prikkelwerking van schuldaansprakelijkheid kan hierdoor erg beperkt zijn. De superieure informatie van de laedens pleit dus voor een risicoaansprakelijkheid.⁴⁹ Dit is in het bijzonder geval wanneer voorzorgsmaatregelen niet observeerbaar zijn (bijvoorbeeld: hoeveel keer controleert iemand of zijn remmen nog goed werken?). Een risicoaansprakelijkheid geeft prikkels voor alle soorten voorzorgsmaatregelen, dus zowel voor degene die observeerbaar zijn als degene die dat niet zijn.

Daarenboven is het in vele gevallen belangrijker om het activiteitsniveau van de laedens te beïnvloeden dan dat van de gelaedeerde. Veel ongevalssituaties met gebrekkige zaken kunnen als unilateraal worden beschouwd omdat de gelaedeerde geen invloed heeft op de ongevalfrequentie, hetgeen de voorkeur voor risicoaansprakelijkheid versterkt. Ook het zelfselectie argument en het systeemkosten-argument wijzen in de richting van een risicoaansprakelijkheid.

Zoals boven reeds werd beschreven, kunnen overwegingen in verband met verzekeringen (moreel risico, averechtse selectie) tot een voorkeur voor schuldaansprakelijkheid leiden.

⁴⁸ Zie bijvoorbeeld Pfennigstorf en Gifford (1991), p. 134-136 en voor Nederland Faure en Hartlief (2003), p. 222.

⁴⁹ In het bijzonder met betrekking tot onroerende zaken zal de laedens over het algemeen beter geïnformeerd zijn over de toestand van het gebouw of structuur en over de voorzorgsmaatregelen die zijn genomen of die kunnen worden genomen.

Vooraf in ongevalsituaties die als unilateraal kunnen worden beschouwd, kan een verzekerde gelaedeerde geen moreel risicogedrag vertonen, maar een verzekerde laedens wel. We dienen wel te benadrukken dat het belang van dit argument beperkt is wanneer aansprakelijkheidsverzekeraars individuele tarieven afhankelijk maken van de schadefrequentie en -hoogte ('*experience rating*') en/of de verzekeringsnemer zelf een deel van het risico blijft dragen.

Art 1384 (1) van het Belgische BW stelt de bewaarder, dus de persoon die controle uitoefent over de zaak aansprakelijk, terwijl Art. 6:173 en 6:174 van het Nederlandse BW de bezitter aansprakelijk stellen. Vaak zal de persoon die controle uitoefent de bezitter zijn, maar het is ook mogelijk dat hij slechts de houder is van de roerende zaak. Vanuit economisch oogpunt is het wenselijk dat de persoon die de zaak en de eraan verbonden risico's het best kent aansprakelijk is, en dit zal meestal de persoon zijn die de controle over de zaak uitoefent (ongeacht of hij bezitter of houder is). Enkel wanneer een zaak voor een korte termijn wordt uitgeleend, is het beter om de aansprakelijkheid op de uitlener (bezitter) te leggen dan op de lener (houder), omdat een lener die de zaak slechts gedurende een korte tijd gebruikt niet over de beste informatie zal beschikken over het onderhoud van de zaak et cetera. Indien aansprakelijkheid zou worden gelegd op de persoon die de controle uitoefent (met uitzondering van een korte termijn lening), dan zou eveneens het economisch gezien niet te verantwoorden verschil in het Nederlandse recht tussen een bedrijfsmatige en een niet-bedrijfsmatige gebruiker verdwijnen. Het is de gebruiker (bedrijfsmatig of niet) die de zaak het best kent en die het beste weet hoe de zaak onderhouden is. Voor zover bedrijfsmatige gebruikers meer informatie hebben dan niet-bedrijfsmatige gebruikers wordt de voorkeur voor risicoaansprakelijkheid wel versterkt. Dit is echter slechts een gradueel verschil. Hetzelfde geldt voor de mogelijkheden waarover een bedrijfsmatige gebruiker beschikt om de schade te spreiden via de prijs van zijn goederen of diensten.

4.2. Rechtspraakanalyse

4.2.1 Het concept 'gebrek' en de least cost avoider

Zoals we hierboven hebben uiteengezet, kan in bilaterale situaties geen enkele aansprakelijkheidsregel zorgprikkel in alle dimensies geven aan beide partijen, omdat niet alle zorgdimensies in de zorgvuldigheidnorm of het eigenschuldverweer kunnen worden meegenomen. Alleen de 'residual loss bearer' krijgt voldoende prikkels. Bij schuldaansprakelijkheid is dat de gelaedeerde en bij risicoaansprakelijkheid met een eigenschuldverweer is dat de laedens. De andere partij krijgt alleen prikkels in de dimensies die in de gedragsnorm zijn opgenomen. De keuze tussen beide regels hangt er dan dus van af wat belangrijker is: zorgprikkel in alle dimensies verstrekken aan de laedens of aan de gelaedeerde.

Wij betogen dat deze keuze in het Belgische en Nederlandse recht wordt gemaakt via het gebreksconcept. In situaties waarin zorgprikkel (ook de niet-controleerbare) voor de laedens

belangrijker zijn, oordelen rechters vaak dat er sprake is van een gebrekkige roerende zaak of opstal. Als zorg van de gelaedeerde echter belangrijker is, concluderen rechters vaak juist dat er geen sprake is van een gebrek. Op deze manier kunnen rechters de kosten toerekenen aan degene die de schade het goedkoopste had kunnen vermijden, de zogenaamde '*least cost avoider*'.

Belgische en Nederlandse rechtspraak over zaken waarin de vloer van een winkel glad (of in elk geval gevaarlijker) werd doordat er iets op de vloer lag, laten deze werkwijze goed zien. Zo maakt de enkele aanwezigheid van een groenteblad op de vloer van een supermarkt deze vloer volgens Nederlandse en Belgische rechters nog niet gebrekkig.⁵⁰ In de Nederlandse zaak stelde de rechter vast dat de vloer elke morgen werd schoongemaakt, dat er steeds personeel aanwezig is dat instructies heeft gekregen om groenteafval op te rapen als ze het zien, en dat er een actief beleid is op het controleren op afval.⁵¹ Deze maatregelen zijn relatief eenvoudig te controleren. Wat veel moeilijker is om te controleren, is (1) of het personeel inderdaad altijd afval opruimt als ze het zien, en (2) hoe zorgvuldig de klanten in de winkel rondlopen. De relevante vraag wordt dan: als we slechts een van beide partijen kunnen prikkelen om ook zorg te nemen in deze niet-controleerbare dimensies, wie kiezen we dan? Wiens niet-waarneembare maatregelen zijn productiever? Aangezien het onredelijk (in economische termen: te duur) is om van supermarkten te vereisen dat de vloer altijd vrij van groenteafval is, moeten klanten beseffen dat er groenteafval op de vloer kan liggen. Het is dus belangrijk dat klanten opletten. Zij zijn de '*least cost avoider*' voor wat betreft deze niet-controleerbare maatregelen.⁵²

Vergelijkbare beslissingen zijn genomen in Belgische en Nederlandse zaken waarin iemand op de vloer van een supermarkt in de buurt van de ingang uitgleed omdat de vloer nat was door regenwater en doorweekte vloermatten.⁵³ Ook hier is het voor de supermarkt moeilijker om te voorkomen dat de vloer nat en glad wordt (ook bij hevige regen), dan voor de klanten om voorzichtig te lopen als het water en vuil duidelijk zichtbaar zijn. De Belgische rechter stelde expliciet dat het bij regen voor de directie van een warenhuis volkomen onmogelijk is de vloer droog te houden. Hetzelfde geldt voor een Nederlandse zaak waar een vrouw struikelt over een benzineslang die op de grond bij een tankstation ligt.⁵⁴ De slangen waren duidelijk zichtbaar, de vrouw was vaker bij dit tankstation geweest en ze had de slangen daadwerkelijk gezien voordat ze er over struikelde. Zij was derhalve de '*least cost avoider*'.

⁵⁰ Cass. 6 Maart 1981, Arr. Cass. 1980-81, 753 en Hof Leeuwarden, 21 Augustus 2002, *Verkeersrecht* 2003, 7. De meeste Nederlandse zaken zijn ontleend Oldenhuis en Kolder (2012).

⁵¹ Het slachtoffer betoogde dat de vloer vaker schoongemaakt had moeten worden door personeel dat specifiek wordt aangesteld om dit soort ongevallen te voorkomen. Volgens het Hof zou dit te duur zijn, nu minder dan één op de miljoen supermarktbezoeken in zulke ongevallen resulteren. Een afweging tussen kosten en baten van voorzorg, dus.

⁵² Dit brengt in onze visie mee dat als een ander object dan een groenteblad op de vloer ligt, van vergelijkbare zichtbaarheid, de vloer evenmin als defect moet worden aangemerkt. Een zorgvuldige klant zou dit object immers hebben opgemerkt. Het is niet de aard van het object zelf dat de klant de '*least cost avoider*' maakt, maar het feit dat hij zich op een plek bevindt waar de kans dat er iets op de grond ligt groot genoeg is om oplettendheid van hem te vereisen. In de Nederlandse zaak wordt de redenering niet beperkt tot groentebladen, maar wordt gesproken over niet-verwijderde 'bladgroente of soortgelijk vuilnis'.

⁵³ Voor België, zie Gent 27 December 1996, R.G.A.R. 1998, 13.011; voor Nederland zie Rechtbank Utrecht, 24 April 2002, *Verkeersrecht* 2003, 8.

⁵⁴ Hof Amsterdam, 26 mei 2009 *Rechtspraak Aansprakelijkheids- en Verzekeringsrecht* 2009, 88.

Een Belgische rechter besliste dat de vloer van een snackbar niet defect was toen er wat frieten op lagen waarover een klant uitgled.⁵⁵ De rechter overwoog dat de frieten een duidelijk voorzienbare hindernis uitmaken voor elke klant die de frituur betreedt en dat elke klant met dergelijk risico rekening dient te houden. De klanten moeten het ongeval dus voorkomen, als zij dit beter (goedkoper) kunnen doen dan de winkelier.

In een Nederlandse zaak waar een fietser uitgled toen hij natte spoorrails overstak, oordeelde de rechter dat er geen gebrek was. De fietser had betoogd dat de scherpe hoek waarin de spoorlijn de weg kruiste deze kruising gebrekkig maakte. Maar er kwam vast te staan dat de fietser niet met zijn wiel in de rails was komen vast te zitten, maar dat hij was uitgleden. De scherpe hoek verhoogt de kans op uitglijden niet zodanig dat de kruising als te gevaarlijk moet worden aangemerkt. Het is algemeen bekend dat natte rails glad kunnen zijn, zodat de fietser zijn snelheid had moeten aanpassen. Het is evenmin nodig om waarschuwborden tegen dit gevaar te plaatsen. Vanuit economische optiek is dit een goede beslissing omdat het een verspilling van middelen is om tegen algemeen bekende gevaren te waarschuwen. Het is goedkoper voor de potentiële gelaedeerde om diens gedrag aan de gevaren aan te passen, dan dat het voor de potentiële laedens is om zulke ongevallen te voorkomen of ervoor te waarschuwen.

Ook de Nederlandse ZOAB-zaak uit 2002 past in deze denkwijze.⁵⁶ De automobilist betoogde dat de weg gebrekkig was omdat ZOAB (Zeer Open Asphalt Beton) bij ijzel sneller glad wordt dan een wegdek van Dicht Asphalt Beton en omdat die gladheid moeilijker te bestrijden is. De rechter gaat niet in deze redenering mee. De gestelde omstandigheden zijn weliswaar nadelen van ZOAB, maar daar staat als voordeel tegenover dat ZOAB regenwater beter afvoert. ZOAB is dus veiliger bij regen en wellicht minder veilig bij ijzel. Aangezien het in Nederland veel vaker regent dan ijzelt, wegen de voordelen zwaarder. Bij ijzel is het aan de automobilist om zijn rijgedrag aan de omstandigheden aan te passen. Er was in het betreffende geval veelvuldig voor ijzel gewaarschuwd op radio en TV. Volgens de rechter hoeft de Staat ook geen borden te plaatsen die waarschuwen voor gladheid bij ZOAB. Immers, ook andere wegen kunnen bij ijzel glad worden zodat automobilisten hun rijgedrag hoe dan ook moeten aanpassen. De automobilist is dus de 'least cost avoider'. Doordat de rechter ZOAB niet als gebrekkig beschouwt, kunnen de voordelen van dit type wegdek (betere afvoer van regenwater) daadwerkelijk gerealiseerd worden. Natuurlijk moet de Staat wel maatregelen treffen zodra het gevaar bekend is, maar dat had ze ook gedaan: er was tweemaal gestrooid.

In zaken waarin er volgens de rechter wèl sprake was van een defect, was de gelaedeerde duidelijk *niet* de 'least cost avoider'. Belgische rechters vonden de vloer bijvoorbeeld gebrekkig in de volgende situaties: een klant die op de parfumerieafdeling van een supermarkt viel omdat er ijs op de vloer lag;⁵⁷ een klant die op de levensmiddelenafdeling van een supermarkt viel omdat er olie op de vloer lag;⁵⁸ een klant die op de textielafdeling

⁵⁵ Vred. Diest 18 november 1985, R.G.A.R. 1986, nr. 11.149.

⁵⁶ Hoge Raad 3 mei 2002, *Nederlandse Jurisprudentie* 2002, 465.

⁵⁷ Cass. 30 December 1988, Arr. Cass. 1988-89.

⁵⁸ Cass. 22 November 1985, Arr. Cass. 1985-86, 420.

van een supermarkt uitgleed omdat er een groentebled op de vloer lag.⁵⁹ Klanten verwachten geen ijs op de parfumerieafdeling of groentebleden op de textielafdeling en kunnen derhalve niet de 'least cost avoider' zijn. De winkelier moet daarom zijn personeel instrueren goed op te letten. En voor wat betreft de olie op de vloer van de levensmiddelenafdeling, daar overwoog de rechter dat de feitenrechter wettig kan beslissen dat de afdeling levensmiddelen van een warenhuis aangetast was door een gebrek door vast te stellen dat de vloer uitzonderlijk glad was wegens een olievlek die voor een normaal aandachtige klant moeilijk waarneembaar was en in dergelijke verkoopruimte geen alledaags verschijnsel is dat de klanten redelijkerwijze moeten verwachten en dat zij moeten kunnen ontwijken. In een supermarktzaak uit 2008 waarin een klant uitgleed op de vloer die vanwege regenval nat en vuil was, oordeelde de rechter (anders dan in de hierboven besproken zaak) wèl dat de winkelier aansprakelijk was.⁶⁰ De tegelvloer was aflopend en de vloermat was een wezenlijke afstand bij de deur vandaan geschoven. De winkelier had volgens de rechter een grotere of niet verschuifbare mat moeten gebruiken. De eis was hier trouwens op onzorgvuldigheid gebaseerd en niet op de gebrekkigheid van de opstal, maar als art. 6:174 BW de grondslag had gevormd, had op basis van dezelfde overwegingen tot gebrekkigheid van de opstal kunnen worden geconcludeerd. Ook al is het moeilijk om de kosten en baten in zulke zaken precies vast te stellen, het feit dat de vloer afliep en dat de mat verschoven was, maakt het onwaarschijnlijk dat de klant de 'least cost avoider' is. De winkelier heeft betere informatie over de helling en is ook degene die had kunnen beslissen een geschiktere mat te plaatsen. De Rechtbank noemt het gebruik van een grotere of niet verschuifbare mat een weinig bezwaarlijke veiligheidsmaatregel, dus wijst expliciet op de lage kosten aan de zijde van de winkelier.

In een Nederlandse zaak uit 2006 viel een vrouw in een 24 cm diepe, ruim twee meter lange en 85 cm brede uitsparing in de vloer van een winkel.⁶¹ Aan beide zijden van die uitsparing stonden kledingrekken, zodanig dat de uitsparing nog ongeveer 40 cm uitstak, precies in de looproute van de winkel. De uitsparing was niet afgeschermd, maar de winkeleigenaar had er een plant, een golf tas en waxinelichtjes neergezet om het hoogteverschil te accentueren. De rechter oordeelt dat de opstal gebrekkig is, omdat de uitsparing adequaat afgeschermd had moeten worden. De plant, tas en kaarsen kunnen gemakkelijk als decoratie worden opgevat in plaats van als waarschuwing. Ook zorgt de plaatsing van de kledingrekken er voor dat de aandacht van de vloer wordt afgeleid. Onzes inziens kan het winkelpubliek hier inderdaad niet als 'least cost avoider' worden gezien, omdat wandelroutes in winkels in het algemeen niet zulke diepe uitsparingen bevatten. De winkelier had adequate afscherming moeten plaatsen, of had de uitsparing geheel kunnen opvullen.

In een zaak uit 2008 bracht een 69 jarige vrouw een bezoek aan een notaris.⁶² Op zoek naar het toilet opende ze een deur waarachter zich meteen de steile trap naar de kelder bevond, en ze viel van de trap. Deze kelderdeur, evenals de deur naar het toilet, bevonden zich in een

⁵⁹ Cass. 2 September 1993, Arr. Cass. 1993, 658. Deze zaak past bij onze redenering uit voetnoot 52 : op een textielafdeling hoeven klanten geen objecten op de vloer te verwachten, maar op een groenteafdeling wel.

⁶⁰ Rechtbank Arnhem, 16 januari 16 2008, *Jurisprudentie Aansprakelijkheid* 2008, 36.

⁶¹ Rechtbank Maastricht, 5 april 2006, *Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak* 2006, 277.

⁶² Rechtbank 's-Hertogenbosch 8 juni 2008, *Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak* 2009, 253.

schaars verlichte hal. De eerste deur die een bezoeker ziet als hij deze hal betreedt, is de kelderdeur. Het lichtknopje voor de kelder bevindt zich achter deze deur en de trap begint direct na de drempel. De toiletdeur was slechts voorzien van een kleine, niet goed zichtbare sticker. De kelderdeur was niet afgesloten en was niet als ‘privé’ of ‘verboden toegang’ aangemerkt. Vanwege al deze factoren beoordeelt het Hof de opstal als gebrekkig, omdat het niet de veiligheid biedt die men mag verwachten. Omdat mensen die een notaris bezoeken wellicht niet hun volle aandacht op de omgeving richten (vanwege bijvoorbeeld emoties), had de notaris de deuren duidelijker moeten aanduiden en/of de kelderdeur op slot moeten doen. Vanuit economisch oogpunt is de duidelijker aanduiding zinnig, omdat de kosten laag zijn en de notaris over de beste informatie beschikt. Anderzijds kan het ongeval niet als unilateraal worden aangemerkt, omdat mogelijke slachtoffers ook voorzorgsmaatregelen kunnen treffen, zoals niet zomaar een donkere ruimte binnengaan waarvan men niet weet wat zich achter de deur bevindt. Deze prikkels kunnen via een eigenschuldverweer worden verstrekt, hetgeen in deze zaak ook gebeurde.

Niet alleen in zaken waarin iemand uitglijdt of valt, kunnen beslissingen van Nederlandse en Belgische rechters worden gezien alsof rechters de schade bij de ‘least cost avoider’ leggen. Iemand bestelde bijvoorbeeld fazant in een Belgisch restaurant en beschadigde zijn tanden omdat er nog loodkogeltjes in de fazant zaten.⁶³ Volgens het Hof was er geen sprake van een gebrek: een restaurantbezoeker moet er rekening mee houden dat een dergelijk wild met hagel wordt geschoten en dat deze hagel er normalerwijze niet of toch niet helemaal uit verwijderd wordt.⁶⁴ Met andere woorden, als iemand wild bestelt in een restaurant, dan moet hij voorzichtig eten omdat niet gegarandeerd kan worden dat alle lood uit het wild is gehaald. De consument is dus de ‘least cost avoider.’⁶⁵

In een Nederlandse zaak uit 2000 vloog een schuurtje in brand toen daar laswerkzaamheden werden uitgevoerd.⁶⁶ Het gebruikte isolatiemateriaal was brandbaar, maar niet brandbaarder dan normaal. Toch wordt de schuur als gebrekkig aangemerkt, omdat hier laswerkzaamheden werden uitgevoerd, waarbij brandgevaar ontstaat. Er had ander, minder brandbaar isolatiemateriaal kunnen en moeten worden gebruikt. Omdat de persoon die de schuur gebruikt de beste informatie heeft over dat beoogde gebruik, is dit een economisch goede uitspraak. Deze partij is ook degene die de maatregelen daadwerkelijk kan treffen en omdat het in deze zaak om een bedrijf ging, valt ook te verwachten dat er informatie aanwezig is over de alternatieve isolatiematerialen. De eventuele meerkosten van geschikter isolatiemateriaal kunnen via de prijs van de laswerkzaamheden over alle klanten worden gespreid.

In een zaak uit 2010 ‘plofte’ een geldkoffertje en een winkel en de rode poeder die gebruikt wordt om het geld onbruikbaar te maken als een onbevoegd persoon het koffertje opent,

⁶³ Hof van Beroep Gent, 30 May 2001.

⁶⁴ De wijze waarop iemand zijn voedsel eet, is grotendeels niet verifieerbaar voor de rechter.

⁶⁵ Toerekenen van deze kosten aan de gelaedeerde kan er ook toe leiden dat hij zijn activiteitsniveau verlaagt, dus wellicht minder vaak wild eet, dat vanwege de onmogelijkheid om met 100% zekerheid alle lood er uit te halen, gevaarlijker kan zijn dan ander voedsel.

⁶⁶ Hoge Raad 20 oktober 2000, *Nederlandse Jurisprudentie* 2000, 700.

beschadigde de winkel.⁶⁷ Het enkele feit dat het koffertje plofte is genoeg voor de rechter om te oordelen dat het koffertje gebrekkig was. Dit past in een economische denkwijze: het geldtransportbedrijf is degene die de koffertjes onderhoudt, die het personeel instrueert wat ze moeten doen als het signaal hoorbaar is dat het koffertje gaat ploffen, die de beste informatie heeft over hoe vaak de koffertjes onbedoeld ploffen, en die de kosten van aansprakelijkheid via de prijs van het geldtransport over alle klanten kan spreiden. De gelaedeerde, dus de eigenaar van de zaak waar het koffertje ploft, heeft geen invloed op al deze factoren. Ook al wordt niet precies duidelijk *waarom* het koffertje plofte, het geldtransportbedrijf moet de prikkels krijgen.

De laatste zaak die we in dit kader willen bespreken komt uit 2011. Een gehuurde poort viel tijdens een feest om, net op het moment dat een bezoeker van het feest er onderdoor liep.⁶⁸ Het wordt niet duidelijk waarom de poort omviel, maar er komt wel vast te staan dat deze niet geduwd is en dat de gelaedeerde er evenmin tegenaan liep. Het enkele feit dat de poort omviel, is voor de rechter voldoende om tot gebrekkigheid te oordelen. Immers, een poort waar mensen onderdoor lopen, hoort niet te vallen. Inderdaad moet vanuit economisch perspectief degene die de poort daar heeft neergezet, de gedragsprikkel krijgen. Het willekeurige slachtoffer heeft geen invloed op het ongeval.

Uit het bovenstaande overzicht blijkt dat een veelheid aan oplossingen kan worden bereikt via de precieze invulling van het begrip ‘gebrek’. Het zou moeilijk, zo niet onmogelijk, zijn om deze mate van afstemming te bereiken met louter de keuze tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid met eigenschuldverweer. Nemen we de groentebladzaken als voorbeeld. Volgens Belgische en Nederlandse rechters maakt de enkele aanwezigheid van een groenteblad de opstal nog niet gebrekkig. In dit type zaken zijn twee aspecten moeilijk controleerbaar: (1) of het winkelpersoneel afval altijd opruimt als ze het waarnemen, en (2) hoe voorzichtig de klant in de winkel rondloopt. Omdat, zoals we hierboven betoogden, de niet-controleerbare maatregelen van de klanten waarschijnlijk de meest productieve zijn, willen we deze tot zorg prikkelen door hen de ‘residual loss bearers’ te maken en dat is precies wat de Belgische en Nederlandse rechters doen middels het gebrekkigheidsbegrip. Hetzelfde resultaat zou bereikt kunnen worden via schuldaansprakelijkheid met een eigenschuldverweer,⁶⁹ maar niet via risicoaansprakelijkheid met een eigenschuldverweer.⁷⁰ Maar als we als overkoepelende regel zouden kiezen voor schuldaansprakelijkheid met een eigenschuldverweer, dan zouden we de optimale situatie niet kunnen bereiken in de individuele gevallen waarin juist de oncontroleerbare maatregelen van de *laedens* het meest productief zijn!⁷¹ Het interessante van het gebrekkigheidsbegrip zoals het wordt toegepast

⁶⁷ Rechtsbank Utrecht, 7 april 2010, *LJN* BM0965.

⁶⁸ Rechtbank Amsterdam, 23 juni 2011, *Jurisprudentie Aansprakelijkheid* 2011, 184.

⁶⁹ Omdat onzorgvuldigheid van de supermarkt niet zou kunnen worden bewezen vanwege de oncontroleerbaarheid, zou de klant de schade dragen, wat wenselijk is.

⁷⁰ Omdat onzorgvuldigheid van de klant niet zou kunnen worden bewezen vanwege de oncontroleerbaarheid, zou de supermarkt de schade dragen, wat onwenselijk is.

⁷¹ Omdat onzorgvuldigheid van de *laedens* niet zou kunnen worden bewezen vanwege de oncontroleerbaarheid, zou de gelaedeerde de schade dragen, wat onwenselijk is.

door Belgische en Nederlandse rechters is dus dat het de rechter in staat stelt de schade op die manier toe te rekenen die het meest efficiënt is in de betreffende zaak.

4.2.2 *De aansprakelijke persoon en de least cost avoider*

In sommige zaken betreft de discussie niet of een zaak gebrekkig is, maar wel wie de aansprakelijke persoon is. Ook hier beslissen de rechtbanken alsof ze de aansprakelijkheid plaatsen op de 'least cost avoider'. Een speler van een Belgische sportclub bijvoorbeeld raakte gewond door een ijzeren staaf die uit de grond stak maar verborgen bleef onder het gras.⁷² De sportclub had de toestemming van de huurder van het terrein om het veld enkele uren te gebruiken. De rechtbank oordeelde dat niet de eigenaar of de sportclub maar de huurder de bewaarder was van het sportveld, gezien de huurder alle beslissingen aangaande het veld nam; de sportclub kon enkel gebruik maken van het terrein na toestemming van de huurder en slechts voor enkele uren, en dit in de toestand waarin het terrein zich bevond. De huurder was dus het best in staat om dergelijke ongevallen te vermijden. Meer algemeen, in zaken waarin de vraag speelt of de verhuurder dan wel de huurder als de bewaarder van een zaak moet worden beschouwd, nemen de Belgische rechtbanken verschillende elementen in overweging die geassocieerd kunnen worden met het concept van de 'least cost avoider'. De volgende elementen maken het waarschijnlijker dat de verhuurder zal beschouwd worden als de bewaarder.⁷³

- (1) Beperkingen op het gebruik van de zaak door de huurder (bijvoorbeeld: de zaak kan enkel gedurende een beperkte tijd worden gebruikt, of enkel voor een specifiek doel en cetera). Zo werd bijvoorbeeld de verhuurder van een studio als bewaarder van een gebrekkig verwarmingssysteem aanzien, onder andere omdat de huur van de studio slechts een periode van één jaar bedroeg.⁷⁴
- (2) Indien de verhuurder aanwezig is wanneer de zaak gebruikt wordt. Wanneer bijvoorbeeld een wagen samen met een chauffeur wordt verhuurd, beslissen de rechtbanken meestal dat de verhuurder de bewaarder is.⁷⁵
- (3) Indien de verhuurder verantwoordelijk is voor het onderhoud van de zaak. Zo werd de verhuurder van een zaak gezien als de bewaarder van een gebrekkig verwarmingssysteem, onder andere omdat hij het onderhoudscontract voor het verwarmingssysteem had ondertekend.

Deze criteria zijn logisch vanuit economisch oogpunt. Indien een of meerdere van de criteria zijn vervuld, is het waarschijnlijker dat de verhuurder eerder dan de huurder de 'least cost avoider' is.

In een Nederlandse zaak viel een persoon van een keldertrap.⁷⁶ Het betrof een werknemer van een telecommunicatiebedrijf die een aansluiting in een winkel herstelde. De aansluiting

⁷² Gent 8 november 2002, *De Verz.* 2003, 425.

⁷³ Zie Vansweevelt and Weyts (2009), p. 485-87.

⁷⁴ Zie Cass. 29 oktober 1987, Arr. Cass. 1987-88, 264.

⁷⁵ Zie o.a. Pol. Gent 13 november 2003, T. Vred. 2003, 447.8.

bevond zich bovenaan de trap. De werknemer daalde de trap af omdat het deksel van het aansluitpunt weg was en hij wilde nagaan of het op de keldervloer lag. De voorlaatste trede van de trap ontbrak echter en de werknemer viel. De rechtbank stelde de huurder van het gebouw (de winkeluitbater) aansprakelijk omdat een trede ontbrak en er geen adequate waarschuwing hiervoor was aangebracht. De huurder argumenteerde dat de eigenaar van het gebouw aansprakelijk moest gesteld worden, maar de rechtbank paste art. 6:181 BW toe, dat stelt dat de bedrijfsmatige gebruiker in plaats van de bezitter de aansprakelijke persoon is. Deze visie is economisch te verantwoorden: de huurder gebruikt het gebouw dagelijks en is beter geïnformeerd over de risico's (zoals een ontbrekende trede) dan de eigenaar, die vaak zijn verhuurde gebouw niet betreedt gedurende een lange termijn. Het is daarom beter prikkels te geven aan de huurder om zijn superieure informatie te gebruiken (ofwel door zelf een reparatie uit te voeren, ofwel door de eigenaar te informeren), dan van de eigenaar te verlangen dat hij regelmatig zijn verhuurde gebouwen, waarin anderen handel drijven, controleert. Art 6:181 BW bevat ook een uitzondering op de regel dat de bedrijfsmatige gebruiker aansprakelijk is en niet de bezitter: indien de schade niet voortvloeit uit de bedrijfsuitoefening, dan blijft de bezitter van een opstal aansprakelijk. De economische rationale van deze uitzondering wordt duidelijk aan de hand van een zaak uit 2010.⁷⁷ De eigenaar van een opslagplaats verhuurde deze aan een dochteronderneming, die er goederen opsloeg van de eiser (en anderen). Het dak van de opslagplaats stortte in omdat de hemelwaterafvoer slecht functioneerde. De gelaedeerde stelde een vordering in tegen de eigenaar, maar die argumenteerde dat de dochteronderneming als bedrijfsmatige gebruiker aansprakelijk diende te worden gesteld. Het Hof past de uitzondering van art 6:181 BW toe: de schade stond los van de uitoefening van de bedrijfsmatige activiteit maar was veroorzaakt door het instorten van het dak. Daarom werd de eigenaar van de opslagplaats, die tevens de bezitter was, aansprakelijk gesteld. Het is inderdaad de eigenaar die het afwateringssysteem regelmatig moet controleren en onderhouden. Deze beslissing vermijdt ook situaties waarin een eigenaar insolvente dochterondernemingen zou gebruiken om zichzelf af te schermen van aansprakelijkheid.

4.2.3 *Niet een, maar meerdere personen moeten gedragsprikkel ontvangen*

In sommige zaken ontstaat de schade door toedoen van meerdere personen. Wanneer niet slechts een, maar meerdere personen voorzorgsmaatregelen zouden moeten treffen, moeten ze allen geprikkeld worden dat ook te doen. In België geven rechters zulke prikkels door te erkennen dat meerdere personen als bewaarder kunnen worden aangemerkt. De volgende zaak illustreert dit: Een vrouw viel van de keldertrap in het gehuurde huis van haar moeder. De trap stortte in vanwege twee redenen. Ten eerste was de trap aan de bovenkant niet goed bevestigd. Ten tweede was een gedeelte van het hout aan de onderkant van de trap verrot omdat er meer dan een jaar water in de kelder had gestaan. De huurder is degene die het tweede probleem het beste had kunnen oplossen, door het water te (laten) verwijderen. De verhuurder is degene die er voor moet zorgen dat de trap goed geconstrueerd is. De rechter

⁷⁶ Rechtbank Utrecht 16 januari 2008, *Jurisprudentie Aansprakelijkheid* 2008, 38.

⁷⁷ Hoge Raad 26 november 2010, *Nederlandse Jurisprudentie* 2010, 636.

oordeelde inderdaad dat zowel de huurder als de verhuurder als bewaarder moet worden aangemerkt.⁷⁸

In Nederland laten de risicoaansprakelijkheden de mogelijkheid van aansprakelijkheid van een andere partij op grond van art. 6:162 BW onverlet. In een zaak over gevaarlijke stoffen werd duidelijk dat de verlegging van aansprakelijkheid van een bedrijfsmatige gebruiker naar een bewaarder ex art. 6:175 lid 2 BW er niet aan in de weg staat de gebruiker op grond van art. 6:162 BW aan te spreken wegens eigen onrechtmatig handelen of nalaten, bestaande in de schending van een op hem rustende zorgplicht met betrekking tot de in bewaring gegeven gevaarlijke stof.⁷⁹ Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn als de bedrijfsmatige gebruiker wist dat de bewaarder de stoffen niet goed had opgeslagen, maar hier niets tegen heeft gedaan.

5. Besluit

Hoewel economische efficiëntie geen expliciete doelstelling is van het Nederlandse of Belgische aansprakelijkheidsrecht, hebben wij geargumenteed dat de algemene regels en de rechtspraak in deze landen betreffende de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken grotendeels in overeenstemming zijn met economische principes. De begrippen gebrek en aansprakelijke persoon worden bijvoorbeeld zo ingevuld dat aansprakelijkheid gelegd wordt op diegene die het best geplaatst was om het ongeval te vermijden. Hiermee is natuurlijk niet gezegd dat *alle* uitspraken in *alle* zaken op deze manier kunnen worden geïnterpreteerd. De kantonrechter in de ZOAB-zaak, bijvoorbeeld, vond wel degelijk dat er sprake was van een gebrek, vanwege het aan ZOAB verbonden nadeel dat zich moeilijkheden kunnen voordoen bij de bestrijding van ijzel. In sommige zaken kan het moeilijk zijn om met grote zekerheid de ‘least cost avoider’ aan te duiden. Toch lijkt de overgrote meerderheid van de zaken in overeenstemming te zijn met de economische zienswijze. De efficiëntie van de algemene regels en de rechtspraak doet ten slotte de vraag rijzen of de regresbeperkingen die in Nederland bestaan, zouden moeten worden afgeschaft. Hoewel we hebben geargumenteed dat die beperkingen wellicht minder problematisch zijn dan ze op het eerste zicht lijken, is het uiteindelijk niet onwaarschijnlijk dat ze de maatschappelijke welvaart verkleinen omdat ze de prikkels om voorzichtig te handelen reduceren.

Literatuurlijst

Artigot i Golobardes, M. en Gómez Pomar, F. (2009) ‘Contributory and Compactive Negligence in the Law and Economics Literature.’ in Faure, M. (ed.), *Tort Law and*

⁷⁸ Hof van Beroep te Gent, 5 februari 2004.

⁷⁹ Hoge Raad 29 april 2011, *Nederlandse Jurisprudentie* 2011, 406.

- Economics. Volume 1 Encyclopedia of Law and Economics*, Second Edition, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 46-79.
- Barbier, S. en Mason, M. (2009) 'Limitation Periods in Canada', *NASP Subrogator* Fall 2009, 50-52.
- Bauw, E. (2008) *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor zaken*, Deventer: Kluwer.
- Bishop, W. (1983) 'The Contract-Tort Boundary and the Economics of Insurance', *Journal of Legal Studies* **12**: 241-266.
- Calabresi, G. (1977) *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven, CT: Yale University Press.
- Carris, R. en Bartlett, B. (1994) 'Benchmarking Claims Performance', *Risk Management* **40**: 30-59.
- Cornelis, L. (1982) *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door zaken*, Kluwer rechtswetenschappen, Antwerpen, 728 p.
- Dari-Mattiacci, G. en Mangan, B.M. (2008) 'Disappearing Defendants versus Judgment-Proof Injurers', *Economica* **75**: 749-765.
- De Mot, J., Canta, A. en Gangapersadsing, V. (2004) 'The Learned Hand Formula: The Case of the Netherlands', *Global Jurist Advances* **4**: 1-14.
- Engelhard, E.F.D. (2003) *Regres*, Deventer, Kluwer.
- Epstein, R.A. (1985) 'Products Liability as an Insurance Market', *Journal of Legal Studies* **14**: 645-669.
- Faure, M.G. (2002) 'Economic Analysis', in: Koch, B.A. en Koziol, H. (eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Den Haag: Kluwer Law International, pp. 361-394.
- Faure, M.G. en Hartlief, T. (2003) 'Economic Analysis', in Magnus, U. (ed), *The Impact of Social Security Law on Tort Law*, Wenen: Springer.
- Faure, M.G. en Van den Bergh, R.J., *Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsregulering*, Apeldoorn: MAKLU Uitgevers.
- Feess, E. en Wohlschlegel, A (2006) 'Liability and Information Transmission: The Advantage of Negligence-based Rules', *Economics Letters* **92**: 63-67
- Greenblatt, J.A. (1997) 'Insurance and Subrogation: When the Pie Isn't Big Enough, Who Eats Last?', *University of Chicago Law Review* **64**: 1337-1366.
- Hartkamp, A.S. en Sieburgh, C.H. (2011) *Verbintenissenrecht. De verbintenissen uit de wet*, Deventer: Kluwer.
- Hartlief, T. (2012) 'De Tijdelijke regeling verhaalsrechten', in: Spier, J. (ed.), *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer, pp. 326-330.
- Keirse, A.L.M. (2012) 'Kwalitatieve aansprakelijkheid (afd. 3.6.2)', in: Spier, J. (ed.), *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer, pp. 93-138.
- Kimball, S.L. en Daqvis, D.A. (1962) 'The Extension of Insurance Subrogation', *Michigan Law Review* **60**: 841-872.
- Klaassen, C.J.M. (1991) *Risico-aansprakelijkheid. De afdelingen 6.3.2 en 6.3.3 NBW, alsmede art. 31 Wegenverkeerswet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Landes, W.M. en Posner, R.A. (1987) *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

- Lankhorst, G.H. (2013) 'Aansprakelijkheid voor personen en zaken', in: Nieuwenhuis, J.H. e.a. (red), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek Boeken 6, 7, 8 en 10*, Deventer: Kluwer, pp. 3099-3230.
- Lewis, R. (1985) 'Insurers' Agreements not to Enforce Strict Legal Rights: Bargaining with Government and in the Shadow of the Law', *Modern Law Review* **48**: 275-292.
- Oldenhuis, F.T. en Kolder, A. (2012) 'Kroniek kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen en zaken', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade*: 14-34.
- Pfennigstorf, W. en Gifford, D.G. (1991) *A comparative Study of Liability Law and Compensation Schemes in Ten Countries and the USA*, Oak Brook, Illinois: Insurance Research Council.
- Posner, R.A. (2003) *Economic Analysis of Law*, 6th edition, New York: Aspen Publishers.
- Rinaldi, E.M. (1994) 'Apportionment of Recovery Between Insured and Insurer in a Subrogation Case', *29 Tort and Insurance Law Review* **29**: 803-817.
- Rosenberg, D. en Reinker, K.S. (2007) 'Improving Medical Malpractice Liability by Allowing Insurers in Charge', *Journal of Legal Studies* **36**: 261-289.
- Schäfer, H.-B. en Müller-Langer, F. (2009) 'Strict liability versus negligence', in: Faure, M. (ed.), *Tort Law and Economics. Volume 1 Encyclopedia of Law and Economics*, Second Edition, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 3-45.
- Shavell, S. (1980) 'Strict Liability versus Negligence', *Journal of Legal Studies* **9**: 1-25.
- Shavell, S. (1987) *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Shavell, S. (2004) *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Sterk, C.H.W.M. (1994) *Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer.
- Van den Bergh, R.J. en Faure, M.G. (1990) 'De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid: een rechtseconomische analyse', in: *De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid (preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht)*, Lelystad: Koninklijke Vermande.
- Vansweevelt, T. en Weyts, B. (2009) *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen: Intersentia.
- Velthoven, B.C.J. van en Wijck, P.W. van, *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer.
- Visscher, L.T. (2006), *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Visscher, L.T. (2011) 'Wrongfulness as a Necessary Cause of the Losses - Removing an Alleged Difference between Strict Liability and Negligence', *Economic Analysis of Law Review* **2**: 188-203.
- Wagner, G. (2012) 'Custodians Liability', in J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmerman and A. Stier (eds.), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Weiler, P.C. e.a. (1993) *A Measure of Malpractice: Medical Injury, Malpractice Litigation, and Patient Compensation*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

Zwieten, P. van (2013) 'Enkele uitvoeringsproblemen voor de gesubrogeerde verzekeraar bij toepassing van de Tijdelijke regeling verhaalsrechten', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade*: 79-90.