

2. Beoordeling van het middel in het principale beroep

De Hoge Raad heeft de klachten over het arrest van het hof beoordeeld. De uitkomst hiervan is dat deze klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van dat arrest. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81 lid 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie).

Het incidentele beroep, dat is ingesteld onder de voorwaarde dat het middel in het principale beroep tot vernietiging van het arrest van het hof leidt, behoeft gelet op hetgeen hiervoor is overwogen geen behandeling.

3. Beslissing

De Hoge Raad:

- verwierpt het principale beroep;
- veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerster] begroot op nihil, en aan de zijde van Vivat begroot op € 902,34 aan verschotten en € 2.200,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [eiser] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

71

Aansprakelijkheid zendmasteigenaar voor brand in zendmasten te Lopik en Hoogersmilde

Gerechtshof Amsterdam

22 februari 2022, nr. 200.154.930/01,

200.152.782/01, 200.152.752/01 en

200.152.769/01, ECLI:NL:GHAMS:2022:544

(mr. Tromp, mr. Vink, mr. De Jongh)

Noot D.M. van Broeckhuijsen

Art. 6:162 BW. Onrechtmatigheid. Onzorgvuldigheid. Zorgplicht. Art. 6:163 BW. Relativiteit.

[BW art. 6:162, 6:163]

Ten gevolge van de brand in zowel de Lopikse zendmast als in de zendmast in Hoogersmilde op 15 juli 2011 heeft Q-music, die destijds in beide zendmasten een radiostation exploiteerde, bedrijfsschade geleden. Als reactie daarop heeft Q-music in 2014 Novec, de eigenaar en exploitant van het stalen gedeelte van de zendmasten te Lopik en Hoogersmilde waar zich de – voor de inkomsten van Q-music relevante – antenne-opstapunt bevinden, voor de rechtbank Amsterdam gedaagd in verband met door haar geleden bedrijfsschade. De rechtbank Amsterdam oordeelt dat Novec voor de geleden bedrijfsschade van Q-music aansprakelijk is vanwege – kort gezegd – onzorgvuldig handelen jegens Q-music met betrekking tot de brand in beide zendmasten. In hoger beroep vordert Q-music, in relatie tot de brand in de Lopikse zendmast, onder meer een verklaring voor recht dat Novec jegens Q-music onrechtmatig heeft gehandeld door, in afwachting van onderzoeksresultaten naar de oorzaak van de brand, het uitzendvermogen van de Lopikse zendmast te beperken tot 10% (3 kW) van het oorspronkelijke uitzendvermogen (32 kW). Het hof wijst de vordering af en oordeelt dat Novec jegens Q-music niet onzorgvuldig heeft gehandeld: zij mocht namelijk de veiligheidsrisico's laten prevaleren boven het financiële belang van Q-music. Met betrekking tot de brand in de zendmast in Hoogersmilde vordert Q-music eveneens een ver-

klaring voor recht dat Novec onrechtmatig jegens Q-music heeft gehandeld. In dat verband klaagt Q-music in appel over het oordeel van de rechtbank Amsterdam dat het Bouwbesluit 2003 niet strekt tot bescherming van de vermogensschade zoals Q-music die heeft geleden. Het hof acht dit oordeel van de rechtbank niet onbegrijpelijk en wijst de vordering van Q-music derhalve af, omdat niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW.

Q-music Nederland B.V.,
gevestigd te Hilversum,
appellante,
tevens incidenteel geïntimeerde,
advocaat: mr. R.G.J. de Haan te Amsterdam,
tegen
1. *On Tower Netherlands 6 B.V.* (voorheen: *Broadcast Technology & Development B.V.*),
- *On Tower Netherlands 3 B.V.* (voorheen: *Broadcast Newco Two B.V.*),
beide gevestigd te Terneuzen,
geïntimeerden,
tevens incidenteel appellanten,
advocaat: mr. A. van Hees te Amsterdam,
en tegen
3. *Novec B.V.*,
gevestigd te 's-Gravenhage,
4. *Omroepmasten B.V.*,
gevestigd te Vianen,
geïntimeerden,
advocaat: mr. W.A.M. Rupert, te Rotterdam,
in de hoofdzaak met zaaknummer 200.152.782/01
inzake
1. *Novec B.V.*,
gevestigd te 's-Gravenhage,
2. *Omroepmasten B.V.*,
gevestigd te Vianen,
appellanten,
advocaat: mr. W.A.M. Rupert, te Rotterdam,
tegen
Q-music Nederland B.V.,
gevestigd te Hilversum,
geïntimeerde,
advocaat: mr. R.G.J. de Haan te Amsterdam,
in de vrijwaringszaak met zaaknummer 200.152.752/01
1. *Novec B.V.*,
gevestigd te 's-Gravenhage,
2. *Omroepmasten B.V.*,
gevestigd te Vianen,
appellanten,

advocaat: mr. W.A.M. Rupert, te Rotterdam,
tegen
1. *On Tower Netherlands B.V.* (voorheen: *Broadcast Technology Holding B.V.*),
2. *On Tower Netherlands 6 B.V.* (voorheen: *Broadcast Technology & Development B.V.*),
3. *On Tower Netherlands 3 B.V.* (voorheen: *Broadcast Newco Two B.V.*),
4. *On Tower Distribution Services B.V.* (voorheen: *Broadcast Distribution Services B.V.*),
gevestigd te Terneuzen,
geïntimeerden,
advocaat: mr. A. van Hees te Amsterdam,
in de vrijwaringszaak met zaaknummer 200.152.769/01
1. *Novec B.V.*,
gevestigd te 's-Gravenhage,
2. *Omroepmasten B.V.*,
gevestigd te Vianen,
appellanten,
advocaat: mr. W.A.M. Rupert, te Rotterdam,
tegen
1. *On Tower Netherlands B.V.* (voorheen: *Broadcast Technology Holding B.V.*),
2. *On Tower Netherlands 6 B.V.* (voorheen: *Broadcast Technology & Development B.V.*),
3. *On Tower Netherlands 3 B.V.* (voorheen: *Broadcast Newco Two B.V.*),
4. *On Tower Distribution Services B.V.* (voorheen: *Broadcast Distribution Services B.V.*),
gevestigd te Terneuzen,
geïntimeerden,
advocaat: mr. A. van Hees te Amsterdam.
Hierna zullen partijen als volgt worden aangeduid:
- *Q-music Nederland B.V.*: *Q-music*
- *On Tower Netherlands 6 B.V.*: *BTD*
- *On Tower Netherlands 3 B.V.*: *BNT*
- *On Tower Netherlands B.V.*: *BTH*
- *On Tower Distribution Services B.V.*: *BDS*
- *BTD* en *BNT* gezamenlijk: *BP c.s.*
- *BTD*, *BNT*, *BTH* en *BDS* gezamenlijk: *Broadcast c.s.*
- *Novec B.V.*: *Novec*
- *Omroepmasten B.V.*: *Omroepmasten*
- *Novec* en *Omroepmasten* gezamenlijk: *Novec c.s.*

1. Inleiding en procesverloop
(...)

2. Feiten

In het tweede tussenarrest heeft het hof de feiten vastgesteld met inachtneming van grief 2 en 3 in het principale hoger beroep in zaak 200.154.930/01 en grief 1 in de zaken 200.152.782/01, 200.152.752/01 en 200.152.769/01. Duidelijkheidshalve zullen deze feiten hieronder integraal en ongewijzigd opnieuw worden opgenomen, aangevuld met enige feiten die als gesteld en niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan en die alsnog van belang zijn bij de beoordeling van de voorliggende geschillen.

2.1. Q-music exploiteert op grond van een zendvergunning een commercieel radiostation. Zij maakt radioprogramma's en genereert omzet door tegen betaling in opdracht van adverteerders radiocommercials uit te zenden.

2.2. Voor het uitzenden van haar programma's en de commercials van haar adverteerders over de FM-band is Q-music afhankelijk van het Nederlandse FM zendernetwerk, welk netwerk bestaat uit zendinstallaties in antenne-opstelpunten. De zendmasten te Lopik en Hoogersmilde fungeren als dergelijke antenne-opstelpunten.

2.3. BNT is een operator die programma's via het Nederlandse zendernetwerk verspreidt. Op 19 november 2003 heeft de rechtsvoorgangster van Q-music met BNT een overeenkomst gesloten (hierna: de *BP-overeenkomst*). In de BP-overeenkomst is onder meer het volgende bepaald:

“artikel 4.: onderwerp

1. BNT zal met behulp van het zendernetwerk of de zendernetwerken het programma of de programma's van NOORDZEE FM [hof: de rechtsvoorgangster van Q-music] via de ether verspreiden met gebruikmaking van de vergunningen die aan NOORDZEE FM zijn verleend. (...)

artikel 6.: verplichtingen

1. BNT is verplicht er voor te zorgen dat het/de zendernetwerk(en) in alle onderdelen naar behoren functioneren en blijven functioneren. BNT is verplicht het/de zendernetwerk(en) tijdens de duur van deze overeenkomst doorlopend ter beschikking te hebben ten behoeve van de verspreiding van het programma of de programma's van NOORDZEE FM gedurende de uren dat NOORDZEE FM deze programma's verzorgt of onder haar verantwoordelijkheid laat verzorgen, met uitzondering van de tijd nodig voor onderhoud, wijziging en reparatie, een en ander met inachtneming van de bepalingen van deze overeenkomst. (...)

artikel 7.: beschikkingsbevoegdheid

1. BNT is beschikkingsbevoegd over de zendernetwerken. Indien BNT niet zelf eigenaar van de zendernetwerken is, heeft zij afdoende contractueel geregeld dat zij medegebruik van (een deel van) de zendernetwerken kan maken. BNT heeft NOORDZEE FM inzage gegeven in de samenwerkingsovereenkomst die zij op 3 mei 2001 met N.V. Nozema (hof: de rechtsvoorgangster van Novec) heeft gesloten. NOORDZEE FM heeft zich er derhalve van kunnen vergewissen dat BNT het medegebruik van (een deel van) de zendernetwerken als bedoeld in de eerste volzin van deze bepaling, afdoende heeft geregeld. (...)

artikel 8.: beschikbaarheid

(...)

2. BNT staat in voor de beschikbaarheid van het/de zendernetwerk(en) voor de verspreiding van het programma of de programma's van NOORDZEE FM met inachtneming van de specificaties opgenomen in de bijlage(n) met zenderspecificaties, behorende bij deze overeenkomst, gedurende de bijlage(n) met zenderspecificaties gespecificeerde percentages van de uren waarin NOORDZEE FM de programma's verzorgt of laat verzorgen. Zonder dat sprake is van een tekortkoming in de nakoming van de verplichting als bedoeld in de eerste volzin van deze bepaling, kan BNT de inzet van het/de zendernetwerk(en) beperken of opschorten voor de uitvoering van onderhoudswerkzaamheden, reparatie, uitbreiding of wijziging van (een deel van) het/de zendernetwerk(en). Met het begin van herstelwerkzaamheden wordt ten laatste 12 uur na constatering van een (mogelijk) defect een aanvang gemaakt. BNT meldt de beperking in de beschikbaarheid aan NOORDZEE FM. BNT is gehouden de voor NOORDZEE FM minst bezwaarlijke wijze van de beperking in de beschikbaarheid te zoeken en te gebruiken. (...)

5. Indien de beschikbaarheid van (een deel van) het/de zendernetwerk(en) wordt aangetast door omstandigheden die overmacht opleveren voor BNT, zoals uitzonderlijke weersomstandigheden, uitval van energie, draagt BNT zorg voor herstel zo spoedig als redelijkerwijze van haar gevraagd kan worden. (...)

(...)

artikel 9.: uitsluiting aansprakelijkheid

1. (...) NOORDZEE FM vrijwaart BNT van alle aanspraken van een of meerdere derden in verband met het (niet of niet volledig) verspreiden

via de ether van de programma's of een deel van de programma's. (...)

2. BNT sluit aansprakelijkheid voor schade in welke vorm dan ook, gevolgschade daaronder begrepen, ontstaan door of toe te rekenen aan het niet of niet goed functioneren van (een deel van) het/de zendernetwerk(en) uit, behoudens indien het niet of niet goed functioneren te wijten is aan opzet of grove schuld van BNT dan wel van door BNT bij de verspreiding in te schakelen derden. Indien schade ontstaat als gevolg van wanprestatie van Nozema in de uitvoering van de samenwerkingsovereenkomst die BNT met Nozema op 3 mei 2001 heeft gesloten, zal dat geen grond zijn die rechtvaardigt dat NOORDZEE FM deze overeenkomst opzegt of daarvan ontbinding vraagt. (...)

Artikel 13.: volledigheid van de rechtsverhouding

1. Deze overeenkomst en de daarvan deel uitmakende bijlagen, geven een volledige beschrijving van de rechtsverhouding tussen partijen. (...)"

2.4. BNT, BTB en BDS zijn dochtervennootschappen van BTH. BTB is onder meer eigenaar van de antennesystemen in de zendmast te Lopik. 2.5. Novec was (economisch) eigenaar en exploitant van het bovenste, stalen gedeelte van de zendmasten te Lopik en Hoogersmilde. Op 3 januari 2012 is een deel van Novec afgesplitst en overgegaan op de op die datum opgerichte vennootschap Omroepmasten. Novec is bestuurder en enig aandeelhouder van Omroepmasten. Bij de afsplitsing zijn onder meer de gebruiks- en verhuurrechten voor de zendmasten in Lopik en Hoogersmilde overgegaan op Omroepmasten als verkrijgende rechtspersoon.

2.6. Op 1 maart 2010 heeft Novec met BTB, respectievelijk BNT een overeenkomst gesloten (hierna: de *Kaderregeling*) met twee bijbehorende locatie-overeenkomsten inzake Lopik en Hoogersmilde op grond waarvan BTB, respectievelijk BNT gebruik mogen maken van de aan Novec toebehorende infrastructuur voor de distributie van omroepsignalen (lees: de antenne-opstelpunten in Lopik en Hoogersmilde). De *Kaderregeling* luidt, voor zover relevant:

"9. Regeling Afspraken en Procedures (RAP)

(...)

9.3. Slechts indien sprake is van een onvoorziene en manifeste dreiging voor de gezondheid of veiligheid van mensen, is de Onderneming verplicht de zender(s) op verzoek van Omroepmasten direct uit te schakelen, bij gebreke waarvan

Omroepmasten de zender(s) zelf zal (doen) uitschakelen. (...) De kosten die gemoeid zijn met het uitschakelen, zijn voor rekening van de partij die verantwoordelijk is voor het ontstaan van de manifeste dreiging of van die partij die deze verantwoordelijkheid, alle relevante omstandigheden in aanmerking nemende, moet worden toegerekend. (...)

12. Aansprakelijkheid ten aanzien van Infrastructuur van NOVEC

(...)

12.3 Partijen zijn nimmer gehouden tot vergoeding van gevolgschade, daaronder in ieder geval begrepen gederfde winst, omzet en andere immateriële schade, zulks behoudens opzet of grove schuld. (...)"

BTB heeft aan haar in eigendom toebehorende antennesystemen geplaatst op de antenne-opstelpunten in Lopik en Hoogersmilde. Deze antennesystemen verhuurde BTB aan onder meer BNT.

2.7. Op 15 juli 2011 is in de vroege ochtend brand uitgebroken in het stalen deel van de zendmast te Lopik (vlakbij IJsselstein). De brand was kleinschalig en is vanzelf gedoofd. Delen van bepaalde kabels in het bovenste deel van de zendmast zijn door de brand beschadigd geraakt waardoor de antennesystemen in dat deel niet meer (goed) gebruikt konden worden. De antennesystemen in het onderste deel van de zendmast functioneerden nog volledig.

2.8. Eveneens op 15 juli 2011 is rond 14.00 uur een hevige brand uitgebroken in de zendmast te Hoogersmilde, welke brand door de brandweer niet geblust kon worden. Deze brand is ontdekt door werknemers van AAA die op dat moment in opdracht van BP c.s. werkzaamheden in de zendmast uitvoerden. Binnen drie uur nadat de brand voor het eerst geconstateerd werd, waren de brand en de daarmee gepaard gaande hittevorming zo hevig dat het stalen deel van de zendmastconstructie is afgebroken. De heropbouw van deze mast heeft tot circa 15 september 2012 geduurd.

2.9. Novec heeft uit voorzorg op vrijdag 15 juli 2011 de antennesystemen van de mast te Lopik buiten gebruik gesteld.

2.10. Binnen een week na de brand in de zendmast te Hoogersmilde is in Assen een noodmast opgezet en in gebruik genomen om de zendmast in Hoogersmilde te vervangen. Vervolgens is een tweede tijdelijke zendmast van 200 meter opgebouwd in aanvulling op de tijdelijke mast in As-

sen. De onderneming die aan BP c.s. is verbonden heeft daarnaast noodzenders geplaatst op diverse plaatsen in Nederland. Q-music heeft gedurende de herbouw van de zendmast in Hoogersmilde vanaf de tijdelijke zendmasten, met behulp van steunzenders, uitgezonden. Dit is gepaard gegaan met bereikverlies.

2.11. In opdracht van Novec zijn direct na de brand (delen van) door brand aangetaste kabels uit de zendmast te Lopik weggezaagd en verwijderd.

2.12. Op 18 juli 2011 kon BP c.s. weer gebruik maken van de antennesystemen in Lopik in het onderste deel van de mast, maar op last van Novec met een beperkt zendvermogen van 1,7 kW. Op 19 juli 2011 werd dit verhoogd tot 3 kW. Het oorspronkelijk zendvermogen van BP c.s. was 32 kW.

2.13. Op 22 juli 2011 heeft onderzoeksbureau Efectis Nederland B.V. (hierna: *Efectis*) de eerste bevindingen aan Novec gepresenteerd van haar onderzoek dat zij had verricht op 16 juli 2011. Efectis schrijft onder meer:

“Toedracht

Op vrijdagochtend 16 juli [bedoeld zal zijn: 15 juli – hof] wordt er ‘reflectie’ gemeten in de zendinstallatie van BP (Broadcast Partners). Hierop komt een monteur ter plaatse. Rond 05.30 komt ook personeel van KPN ter plaatse. Welke werkzaamheden of handelingen er hebben plaatsgevonden is vooralsnog onduidelijk maar rond 07.00 uur wordt er brand of de gevolgen hiervan ontdekt door personeel van BP. (...) De locatie van de brand zou zich bevinden nabij niveau 13 van de 14 niveaus tellende buismast. De brand blijkt zelfstandig te zijn gedoofd.

In de periode voorafgaand aan de brand is een externe firma in opdracht van KPN bezig met het demonteren van antennes. Volgens hebben deze werkzaamheden plaatsgevonden op ca. 50 meter lager dan daar waar de brand in de buismast heeft plaatsgevonden. (...)

Technisch onderzoek

(...) Via een lift in de buismast is de locatie op niveau 13 bezocht. De aldaar aangetroffen schade in combinatie met de veiliggestelde delen van de bekabeling maakt duidelijk dat de brand zich heeft geconcentreerd rond dit niveau en dat dit de bekabeling betrof die volgens Novec van BP is. (...)

Op niveau 13 in de buismast kon de locatie van de initiële brandhaard met enige marge worden bepaald. Rond een tussenverdelers werden directe

sporen van verhitting in een stalen kabeldrager waargenomen. Op dit niveau werd ook de meest intense aantasting van omliggende bekabeling en verdelers waargenomen. Doordat een aantal kabels hier was doorgezaagd en uitgenomen was het inwendige van de kabels zichtbaar. Opvallend hierbij was dat de kern van de 1 5/8 kabels aan de binnenzijde een groene corrosielaag te zien gaf (...). (...)”

Op basis van de aangetroffen corrosiesporen in de bekabeling in relatie met de locatie van de initiële brandhaard acht Efectis het waarschijnlijk dat een elektrische kortsluiting in de transmissiekabel de oorzaak van de lokale brand in Lopik is geweest. Efectis oordeelt evenwel dat nadere informatie benodigd is en dat verschillende vragen moeten worden beantwoord om het onderzoek naar de oorzaak en verloop van de brand te kunnen vervolgen.

2.14. Op 31 juli 2011 heeft [A] verslag gedaan van de eerste bevindingen van zijn brandonderzoek inzake de mast te Lopik. [A] concludeert:

“Weitere notwendige Untersuchungen:

Die bis jetzt gemachten Untersuchungen geben noch keinen Aufschluss, ob es sich um einen systematischen oder einen exemplarischen Fehler gehandelt hat, der zu dem Feuer geführt hat. Deshalb ist es noch zu früh, um wieder mit voller Senderleistung auf der unteren Halbantenne in Lopik in Betrieb zu gehen. Um weitere Erkenntnisse zu gewinnen, wären Untersuchungen an anderen Rohrmasten mit vergleichbaren FM-Antennensystemen sinnvoll.“

2.15. Bij brief van 22 augustus 2011 (door Novec ontvangen op 23 augustus 2011) heeft KPN aan Novec onder meer geschreven:

“KPN heeft afgelopen week een onafhankelijke expert onderzoek laten doen naar de oorzaak van de calamiteiten in Lopikerkapel en Hoogersmilde. De onafhankelijke expert heeft mondeling zijn conclusies aan KPN medegedeeld en deze reeds in een voorlopige rapportage verwoord. Conclusie van het onderzoek is dat, met mogelijk grote consequenties, reeds op het bestaande niveau van 3kw een reëel gevaar bestaat op herhaling van de brand in Lopikerkapel.

Gelet op de veiligheidsaspecten en de urgentie daarvan, meent KPN u nu al te moeten wijzen op de uitkomsten van dit (concept) rapport en de mogelijke gevaren, geschetst in het rapport.

Omdat de uitkomsten uiterst zorgwekkend zijn, verzoekt KPN u daarom met klem om op basis

van de geconstateerde situatie actie te nemen om de veiligheid te borgen en uw verplichtingen op dit punt na te komen.”

2.16. Het onderzoek waaraan KPN refereert, betreft een onderzoek dat is gedaan door [C], in het bijzonder naar de brand in Hoogersmilde, maar ook naar die in Lopik. Deze schrijft in zijn rapport van 21 augustus 2011 onder meer:

“12. Continuing operation of BP FM antennas

The FM antenna system at Lopik has major deficiencies in design and construction which have already led to fires in two arrays. It is very likely that there are further defects in the array at Lopik, including arcing damage within coaxial components which cannot be detected by a superficial examination. In my opinion it is not possible to state with any confidence, without further detailed investigation, the power level at which the antenna, in its present state, would be likely to fail. It is therefore difficult to define the probability of failure even at some reduced power.

In view of the very severe potential consequences of a further failure, including risk to life, and the relative ease with which the status of the antenna could be improved, I cannot recommend its continuing operation. (...)

13. Summary

(...) The installation at Lopik is of a poor standard and will be the subject of a separate report. The lack of adequate reflected power protection may have been a contributory cause. (...)

The only completely safe course of action at Lopik is to suspend BP transmissions until potential defects in the antenna system have been rectified by a competent broadcast antenna engineer.”

2.17. Op 23 augustus 2011 heeft [B] aan Novec een expertiserapport van de FM-zendmast in Lopik uitgebracht. [B] concludeert onder meer:

“Samenvatting:

(...)

– De bekabeling is als geheel ondeugdelijk uitgevoerd (...)

– Een temperatuurbewakingssysteem is naar onze mening onvoldoende, omdat het te traag reageert. Daardoor is het niet geschikt voor vlamboogbewaking, aangezien vlambogen zeer snel optreden en zich richting zender verplaatsen. Hierdoor ontstaat een acuut gevaar voor het complete systeem en ook voor de omgeving

– Een vlamboog kan zich voordoen op verschillende plaatsen in het antennesysteem, maar ook in de hoofdtoedingskabel onder de antenne.

– Nu zich eenmaal een vlamboog heeft voorgedaan, is het zeer waarschijnlijk dat dit vaker zal gebeuren. Bij iedere afwijkende spanning ontstaat schade in het systeem, waardoor steeds minder vermogen noodzakelijk is om een nieuwe vlamboog te produceren.

– Wij zijn van mening dat de brand is ontstaan door een vlamboog in het antennesysteem (...).

– Zonder verdere onderzoeken en reparaties is de kans zeer groot dat er zich bij dit systeem opnieuw een vlamboog of kortsluiting voordoet.

– Wij onderschrijven de beoordelingen van [C] en [A].

– Naar onze mening is de nu nog functionerende onderste helft van de zendmast niet geschikt om meer vermogen (nu 3 KW) te verwerken.”

2.18. Vanaf 11 september 2011 is het vermogen van de zendmast te Lopik stapsgewijs verhoogd. Op 28 september 2011 heeft Novec de opgelegde vermogensbeperking opgeheven.

2.19. Op 15 september 2012 is de herbouwde mast in Hoogersmilde in gebruik genomen.

2.20. In hoofdstuk 3 van het deskundigenrapport hebben de deskundigen de vragen over de brand in Lopik als volgt beantwoord:

“1. Waar is de brand ontstaan?

(...) [D]e Deskundigen [zijn] van mening dat het ontstaansgebied van de brand in de zendmast is gelegen in een aangetaste/beschadigde feeder toebehorend aan de zendinstallatie van BP.

Een belangrijke reden voor het slechts in ruimere zin kunnen vaststellen van het ontstaansgebied is gelegen in het feit dat voorafgaand aan het onderzoek reeds een groot deel van de bekabeling zonder documentatie daarvan werd verwijderd, waardoor de onderlinge relaties tussen effecten van brand niet zonder meer kunnen worden gewaardeerd als brandpatronen.

(...)

2. Wat is de oorzaak van de brand?

Op basis van beoordeling van potentiële ontstekingsbronnen en op basis van uitsluiting daarvan komen de Deskundigen tot de conclusie dat de exacte oorzaak voor het ontstaan van de brand niet eenduidig en aantoonbaar is vast te stellen. Een belangrijk gegeven is dat niet kan worden vastgesteld op welke exacte plaats een ontsteking van het eerst ontstoken materiaal heeft plaatsgevonden.

(...)

3. Hoe functioneerde de brandpreventie en brandbeveiliging onmiddellijk voorafgaand aan en ten tijde van de brand?

Na beoordeling van de eigenschappen van de toegepaste kabels en componenten zoals jumpers en splitters blijkt dat deze overgedimensioneerd zijn. Dit betekent dat op basis van de verstrekte gegevens de mogelijke en toegepaste zendvermogens nimmer boven de toegestane waarden zijn gekomen.

De brandbeveiliging in de buismast was ontoereikend. De brand is namelijk niet gedetecteerd door een brandmeldinstallatie, en een blusinstallatie is niet aanwezig. Een brand in de zendmast zal pas dan worden gedetecteerd als ofwel door een waarnemer van het zenderbereik een afwijking wordt vastgesteld die daar vervolgens op reageert, ofwel een dermate grote storing ontstaat dat de installatie door de VSWR [*Voltage Standing Wave Ratio*; een beveiligingssysteem ter bescherming van zendapparatuur tegen overbelasting; geen brandbeveiligingssysteem – hof] wordt uitgeschakeld. Ook in dit laatste is men afhankelijk van de actie die daarop wordt ondernomen. Tot slot kan een brand worden ontdekt door een aanwezige werknemer bij het zien en/of ruiken van rookontwikkeling en/of vuur.

(...)

4. Indien op de bovenstaande vragen geen eenduidig antwoord kan worden verkregen, wat is daarvan de oorzaak?

Bij de beantwoording van vraag 1 en 2 is het ontbreken van een deugdelijke documentatie van groot belang geweest bij het analyseren van de plaats van het ontstaan van de brand en de oorzaak. Een deugdelijke documentatie kon door de onderzoekers niet worden uitgevoerd omdat de kabels reeds vóór het onderzoek waren verwijderd. Juist bij het vaststellen van de ontstekingsomstandigheden waarbij het eerst ontstoken materiaal wordt vastgesteld in relatie tot de ontstekingsbron is de documentatie van zeer groot belang. Zo had in onderhavige schade kunnen worden vastgesteld of kabelhouders tegen de feeders waren gedrukt of – juist andersom – feeders ten opzichte van kabelhouders waren verplaatst. Voorts is er geen onderzoek gedaan naar de omstandigheden van eerder uitgevoerde werkzaamheden, waarmee niet is vastgesteld of deze van invloed kunnen zijn geweest op het ontstaan van brand.

(...)

5. Heeft u overigens nog opmerkingen die voor de beoordeling van deze zaak wat betreft de brand in Lopik van belang kunnen zijn?

Geen.”

2.21. In het deskundigenrapport hebben de deskundigen de vragen over de brand in Hoogersmilde als volgt beantwoord:

“1. Waar is de brand ontstaan?

Na het analyseren van de processtukken en de nadien verkregen dossierstukken is vergeefs getracht de exacte plaats van het ontstaan van de brand te herleiden. Op basis van de onderzoeksgegevens en het feit dat de zendmast is ingestort kon niet worden vastgesteld op welke exacte plaats een ontstekingsbron in contact kwam met het eerst te ontsteken materiaal. Op basis van de onderzoeksgegevens hebben de Deskundigen slechts een ontstaansgebied in zeer ruime zin kunnen vaststellen in de buismast tussen een hoogte van 164 en 206 meter (d.w.z. tussen stopplaats 5 en 7).

Uitgaande van de opmerking omtrent de veldsterkte ter hoogte van de antennes van BP is het ontstaansgebied eerder gelegen tussen de 5e stopplaats en de onderzijde van het antenneveld op een hoogte van 8 meter onder stopplaats 6, te weten tussen 164 en 177 meter hoogte.

(...)

2. Wat is de oorzaak van de brand?

Op basis van beoordeling van potentiële ontstekingsbronnen en op basis van uitsluiting daarvan komen de Deskundigen tot de conclusie dat de exacte oorzaak voor het ontstaan van de brand niet eenduidig en aantoonbaar is vast te stellen. Een belangrijk gegeven daarvoor is dat niet kan worden vastgesteld op welke exacte plaats een ontsteking van het eerst ontstoken materiaal heeft plaatsgevonden. De brand was daarvoor te destructief

(...)

3. Hoe functioneerde de brandpreventie en brandbeveiliging onmiddellijk voorafgaand aan en ten tijde van de brand?

Na beoordeling van de eigenschappen van de toegepaste kabels en componenten zoals jumpers en splitters blijkt dat deze overgedimensioneerd zijn. Dit betekent dat op basis van de verstrekte gegevens van de mogelijke en toegepaste zendvermogens deze nimmer boven de toegestane waarden is gekomen.

De brandbeveiliging in de buismast was ontoereikend. De brand is namelijk niet gedetecteerd door

een brandmeldinstallatie, en een blusinstallatie is niet aanwezig. Anderzijds dient de vraag of een brandmeldinstallatie ten tijde van de werkzaamheden zou zijn ingeschakeld, en waar eventueel detectoren geplaatst zouden zijn. Een brand kon tijdens de uitvoering van de werkzaamheden door waarnemingen van een aanwezige worden ontdekt.

Een brand in de zendmast zal anders pas dan worden gedetecteerd als ofwel door een waarnemer van het zenderbereik een afwijking wordt vastgesteld en daarop wordt gereageerd, ofwel een dermate grote storing ontstaat dat de installatie door de VSWR wordt uitgeschakeld. Door een medewerker van BP werd een onregelmatigheid vastgesteld, waarop contact werd opgenomen met de medewerker van AAA. Tot slot kan een brand worden ontdekt door een aanwezige werknemer bij het zien en/of ruiken van rookontwikkeling en/of vuur.

(...)

4. Indien op de bovenstaande vragen geen een duidelijk antwoord kan worden verkregen, wat is daarvan de oorzaak?

Voor het beantwoorden van de vragen is het van groot belang dat door Deskundigen geen duidelijk beeld van de situatie voor, tijdens en na de brand is verkregen. Door de onderzoekers werd/kon slechts beperkt onderzoek worden verricht aan de restanten die als gevolg van de brand en het instorten destructief waren verstoord.

(...)

5. Heeft u overigens nog opmerkingen die voor de beoordeling van deze zaak wat betreft de brand in Smilde van belang kunnen zijn?
Geen.”

2.22. Een schriftelijke verklaring van ir. [D], medewerker van Novec, houdt voor zover van belang het volgende in:

“Er was 's nachts brand geweest in de toevoerkabels van het zendsysteem van BP. Ter hoogte van de brand, bevonden zich ook toevoerkabels van Radio M en die van DVB-T. Het DVB-T-systeem is correct blijven functioneren, is dus niet bij de brand betrokken geweest. De toevoerkabels van Radio M vertoonden wel enige brandschade. Om twee redenen leek mij dat niet de plaats van het ontstaan van de brand: 1) Radio M werd met een relatief laag vermogen uitgezonden en 2) Ter hoogte van de brand waren in de toevoerkabels van Radio M geen onderdelen aanwezig die kritisch zijn m.b.t. kortsluiting, zoals verdelers. Bij

het systeem van BP was dat wel het geval. Er waren wel kritische onderdelen (verdelers) aanwezig ter hoogte van de brand en bovendien werd er met een hoog vermogen uitgezonden. Het zendsysteem van BP was dus de meest waarschijnlijke plaats van ontstaan van de brand. Zolang de oorzaak van de brand niet duidelijk was, leek me het nemen van veiligheidsmaatregelen noodzakelijk.

In risicovolle situaties is bronbestrijding de eerste te nemen maatregel. Het uitzetten van de zenders of op zijn minst een vermogensreductie leek me een logische en noodzakelijke maatregel. (...) Ik stelde mij de vraag bij welk zendervermogen de kans op herhaling aanvaardbaar klein zou zijn. In de veiligheidskunde wordt vaak een veiligheidsfactor geïntroduceerd als er een niet goed kwantificeerbaar risico bestaat. De veiligheidsfactor moet groter zijn naarmate de onzekerheid toeneemt en naarmate het risico groter is. In de situatie te IJsselstein was het gevaar groot, namelijk dodelijke ongelukken bij werknemers, omwonenden en passanten wanneer de zendmast geheel of gedeeltelijk zou instorten. De kans daarop was reëel zoals het instorten van de zendmast te Smilde heeft bewezen. Het leek me daarom passend een substantiële veiligheidsfactor te hanteren. Ik dacht daarbij aan een waarde 10. In de veiligheidsberekening ben ik uitgegaan van een zendervermogen van 32 kW, hoewel ik dacht dat het hoger zou zijn. Na introductie van de veiligheidsfactor wordt dit (afgerond) 3 kW.

Op de dagen na de brand heb ik mij afgevraagd of de reductie van zendvermogen gecontinueerd moest worden en zo ja, met welke waarde. Gezien de complexe situatie met vele nauwelijks berekenbare factoren, heb ik mij eerst gericht op de vraag of de vermogensreductie wel moest worden gecontinueerd. Zo heb ik de volgende afweging gemaakt. Het antennesysteem van BP bestond uit twee delen. Ik stelde mij de vraag of het verantwoord zou zijn om het zendvermogen alleen op het onderste deel van de antenne te zetten, met het bovenste deel, waarin de brand heeft gewoed, buiten werking. Technisch laat zich deze vraag vertalen in: 'is de brand ontstaan door een lokaal incident of is er structureel iets mis met het gehele zendsysteem van BP?' Mocht dat laatste het geval zijn dan zou de veiligheidsmaatregel zeker van kracht moeten blijven. Al na een paar dagen had ik voldoende aanwijzingen om te denken dat er

structureel in het gehele zendsysteem van BP gebreken waren m.b.t. de brandveiligheid, (...)

In de eerste week na de brand heb ik diverse deskundigen in binnen- en buitenland gesproken over de concrete waarde van de te hanteren veiligheidsfactor. Gezien de grote impact die het instorten van de mast zou hebben en het belang van het kunnen uitzenden, vond ik het noodzakelijk deze factor preciezer te berekenen, tenminste als dat mogelijk was. Mijn startpunt hiervoor was dat ergens in het toevoersysteem van de antennes van BP een kortsluiting is ontstaan. De plaats waar de kortsluiting voor het eerst was opgetreden was niet te bepalen. Dit komt omdat de geleiders van binnen gecorrodeerd waren en een kortsluiting zich dan makkelijk in het systeem kan verplaatsen. Tevens ben ik ervan uitgegaan dat bij een nieuwe kortsluiting de zenders van BP opnieuw de brand zouden blijven voeden met hun energie. Ik moest dus het zendervermogen berekenen waarbij het optreden [van] kortsluiting, waar dan ook in het antennesysteem, niet meer waarschijnlijk was. Hierover heb ik de zeer ervaren antennespecialist [A] geraadpleegd. Hij gaf aanvankelijk aan dat de kortsluiting waarschijnlijk in een van de verdelers was begonnen. Volgens hem was circa 2 kW nodig om een kortsluiting in een verdeler in stand te houden. De waarde 2 kW moest als indicatief gezien worden en van toepassing in een ongestoorde situatie. Het was mijns inziens verstandig om met enige marge onder de 2 kW te blijven. Mijn uitgangspunt werd zo maximaal 1.5 kW op de hoofdverdeler (degene die het meeste vermogen krijgt). De waarde 1.5 kW op de hoofdverdeler komt overeen met 3 kW zendervermogen. De eerder ad hoc gekozen veiligheidsfactor, bleek dus een goede keuze te zijn geweest.

Er is mij daarna nog diverse keren gevraagd of het zendervermogen niet geleidelijk omhoog kon worden gebracht. Het leek mij volstrekt onverantwoord dit te doen zonder adequate waarborgen m.b.t. de brandveiligheid. Ik overwoog eerder het toegelaten zendvermogen te verlagen want er kwamen steeds meer concrete aanwijzingen, en betrouwbare bevestigingen daarvan, dat het zendsysteem van BP gebreken vertoonde in relatie tot brandveiligheid. [B] Broadcast bevestigde mijn idee dat de bekabeling niet professioneel was aangelegd. (...) De zeer ervaren antennespecialist [C] heeft mij na zijn eigen onderzoek aangeraden het vermogen helemaal tot nul te reduceren.

Ik stond nu voor de situatie dat er een veelheid van moeilijk te kwantificeren risicofactoren was m.b.t. de brandveiligheid. Het feit dat het systeem al een tijd op 3 kW had gedraaid, was voor mij geen echte geruststelling. Bij regenachtig weer kon door vocht veel sneller opnieuw kortsluiting optreden. Verder is corrosie een voortschrijdend proces waardoor kortsluiting steeds makkelijker kan optreden. Het leek mij dus niet verantwoord om meer zendvermogen toe te staan, tenzij was aangetoond dat al deze risicofactoren waren verholpen of dat was aangetoond dat ze niet substantieel bijdroegen aan het risico op brand. Ik heb daarom vastgehouden aan 3 kW totdat er duidelijke waarborgen waren dat verhoging verantwoord was. Een monitoringssysteem voor de temperatuur, met de garantie dat de zenders zouden worden uitgezet als de waarde 50o werd overschreden, leek mij een mogelijke uitweg met aanvaardbaar risico. Die weg is dan ook ingezet.

Ik heb het voorkomen dat de zendmast te IJsselstein zou instorten voorop gezet. Primair vanwege het grote veiligheidsrisico (doden) en secundair omdat dat ook voor de omroepen zelf zeer ongunstig zou zijn omdat ze dan helemaal niet meer konden uitzenden.”

3. Beoordeling in de hoofdzaken (zaaknummers 200.154.930/01 en 200.152.782/01)

3.1. Lopik: is er een toerekenbare tekortkoming van BNT?

3.1.1. De rechtbank beantwoordt deze vraag voor een groot deel bevestigend. Zij behandelt als eerste vordering A, waarmee Q-music vordert dat voor recht wordt verklaard dat BNT toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de BP-overeenkomst (rov. 4.1-4.13). Samengevat overweegt de rechtbank het volgende. BNT had in strijd met artikel 8.2 van de BP-overeenkomst het zendernetwerk van 18 juli tot 28 september 2011 niet beschikbaar voor verspreiding van de programma's van Q-music. Dit levert in beginsel een tekortkoming aan de zijde van BNT in de nakoming van de BP-overeenkomst op (rov. 4.3). In de periode van 15 tot 18 juli 2011 was sprake van overmacht als gevolg van brand aan de zijde van BNT. Dat ligt anders wat de periode van 18 juli tot 28 september 2011 betreft. De tekortkoming in die laatste periode kan aan BNT worden toegerekend. Nu nakoming in die periode blijvend on-

mogelijk is, is het verzuim van BNT zonder ingebrekestelling ingetreden.

Vervolgens behandelt de rechtbank de vraag of BNT een beroep toekomt op de uitsluitingsclausule van art. 9.2 van de BP-overeenkomst. De uitsluitingsclausule geldt bij *niet of niet goed functioneren* van het netwerk. Partijen verschillen van opvatting of daarvan sprake is in het onderhavige geval. Volgens Q-music ziet de exoneration slechts op schade die het gevolg is van het niet functioneren van het netwerk in fysieke zin (kapotte zender), terwijl de exoneration volgens BNT is bedoeld om aansprakelijkheid voor schade uit te sluiten indien de zendernetwerken niet functioneren en daarmee niet volledig ter beschikking kunnen staan voor het uitzenden van de programma's van Q-music ongeacht of de oorzaak is gelegen in een technisch gebrek. De rechtbank komt tot een beperkte (door Q-music) gehuldigde uitleg. Gelet op de context van met name art. 6.1 en 8.2 van de BP-overeenkomst moet de uitsluitingsclausule zo worden uitgelegd, dat met art. 9.2 is bedoeld aansprakelijkheid uit te sluiten voor het niet goed functioneren in fysieke zin, aldus de rechtbank. Het beroep van BNT op de uitsluitingsclausule faalt daarom. De rechtbank concludeert dat BNT in de periode van 18 juli 2011 tot 28 september 2011 toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de BP-overeenkomst. Zij wijst de vordering C in zoverre toe.

3.1.2. Met *grief 5.2* in het incidenteel appel in zaak 200.154.930/01 keren BP c.s. zich tegen de afwijzing van hun beroep op de uitsluitingsclausule in art. 9.2 BP-overeenkomst. Naar BP c.s. betogen, omvat de zinsnede *niet goed functioneren* onder meer een tijdelijke vermogensreductie zoals in dit geval.

3.1.3. Q-music stelt zich op het standpunt dat zij de zinsnede *niet of niet goed functioneren*, gelet op de bewoordingen, het doel van de BP-overeenkomst en de context, redelijkerwijze zo heeft mogen begrijpen dat deze exoneration zich slechts uitstrekt tot een bepaald soort schade, namelijk schade die het gevolg is van het niet of niet goed functioneren van het zendernetwerk. Q-music doet ook een beroep op de context van de bepaling, in het bijzonder art. 6 en 8 BP-overeenkomst. Uit art. 6.1 (tweede zin) en 8.2 (tweede zin) blijkt dat alleen in bepaalde gevallen (in geval van reparatie, onderhoud of wijziging van het netwerk) een uitzondering wordt gemaakt op de verplichting dat het zendernetwerk beschikbaar moet

zijn. Naast de verplichting dat het zendernetwerk beschikbaar moet zijn en aan Q-music ter beschikking moet staan, rust op BNT (BP c.s.) de verplichting om ervoor te zorgen dat de zendernetwerken in alle onderdelen naar behoren (blijven) functioneren (art. 6.1, eerste zin). Deze verplichting ziet op het fysiek functioneren van het zendernetwerk (in tegenstelling tot het beschikbaar zijn dat breder kan worden begrepen). De exoneration ziet dan ook op art. 6.1 BP-overeenkomst.

Deze uitleg strookt met de tekst en geest van de overeenkomst, waarbij de hoofdverplichting van BNT (BP c.s.) eruit bestaat dat zij een goed functionerend zendernetwerk beschikking stelt, aldus samengevat het antwoord van Q-music op deze grief.

3.1.4. Het hof overweegt naar aanleiding van deze grief als volgt.

Bij de uitleg van de BP-overeenkomst is van belang dat deze deel uitmaakt van een commerciële transactie tussen zakelijke partijen. Bij uitleg van de BP-overeenkomst komt daarom aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van die bepalingen groot gewicht toe (vgl. HR 19 januari 2007, NJ 2007/575, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178). Echter ook indien bij de uitleg van een overeenkomst groot gewicht toekomt aan de taalkundige betekenis van de gekozen bewoordingen, kunnen de overige omstandigheden van het geval meebrengen dat een andere (dan de taalkundige) betekenis aan de bepalingen van de overeenkomst moet worden gehecht. Beslissend blijft immers de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. De vrijheid om als uitgangspunt groot gewicht toe te kennen aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de omstreden woorden van de overeenkomst, stelt de rechter in staat om, vooralsnog zonder een inhoudelijke beoordeling van de stellingen van partijen, te komen tot een voorshands gegeven oordeel aangaande de uitleg van de overeenkomst. Vervolgens zal de rechter evenwel dienen te beoordelen of de partij die een andere uitleg van de overeenkomst verdedigt, voldoende heeft gesteld om tot bewijs dan wel tegenbewijs te worden toegelaten. Indien dit laatste het geval is, is de rechter gehouden deze partij in de

gelegenheid te stellen dit (tegen)bewijs te leveren. (vgl. HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101)

3.1.5. Partijen verschillen van mening over de vraag of de zinsnede *niet goed functioneren* van het netwerk specifiek betrekking heeft op het niet goed functioneren als gevolg van enig (technisch) gebrek, dan wel of deze zinsnede mede omvat het geval dat het netwerk om andere reden niet werkte. Volgens woordenboek Van Dale betekent functioneren van een apparaat *zijn functie, zijn bepaalde werking verrichten*, een synoniem voor *werken*. Op basis van een taalkundige uitleg is het *niet goed functioneren* van het netwerk dan ook niet beperkt tot het geval waarin het netwerk niet (goed) functioneert als gevolg van een gebrek (kapotte zender). Uitgaande van een taalkundige uitleg, strekt *niet of niet goed functioneren* zich mede uit tot het geval waarin het netwerk om een andere reden zijn werking niet (goed) verricht ofwel niet (goed) werkt.

3.1.6. Anders dan de rechtbank is het hof van oordeel dat deze taalkundige uitleg niet op gespannen voet staat met de eerste volzinnen van art. 6.1 en 8.2 BP-overeenkomst. Ingevolge deze bepalingen moet BNT ervoor zorgen dat de zendernetwerken naar behoren (blijven) functioneren en dat deze netwerken beschikbaar zijn voor de verspreiding van de programma's van (thans) Q-music. Deze bepalingen behouden ook in een taalkundige uitleg van art. 9.2 hun betekenis. Een tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van de eerste volzinnen van art. 6.1 en 8.2 geven immers Q-music het recht haar verplichtingen op te schorten of de overeenkomst te ontbinden. De exoneration van de eerste volzin van art. 9.2 heeft slechts betrekking op aansprakelijkheid van BNT voor (gevolg)schade.

3.1.7. Steun voor deze uitleg kan overigens worden gevonden wanneer de eerste en de tweede volzin van art. 9.2 BP-overeenkomst in onderlinge samenhang worden beschouwd. Volgens de tweede volzin biedt schade die ontstaat als gevolg van wanprestatie van (thans) Novec in de uitvoeringsovereenkomst tussen BNT en Novec geen grondslag voor (thans) Q-music om de BP-overeenkomst op te zeggen of te ontbinden. De tweede volzin spreekt zonder enige beperking van wanprestatie van Novec. Deze bepaling heeft dan ook mede betrekking op het geval waarin de wanprestatie van Novec ertoe leidt dat het netwerk niet of niet goed functioneert zonder dat sprake is van een technisch gebrek.

3.1.8. Q-music doet ter onderbouwing van haar betoog nog een beroep op het doel van de BP-overeenkomst. Die was vanzelfsprekend erin gelegen dat Q-music via het netwerk van BNT zou kunnen uitzenden volgens de overeengekomen specificaties. Daaruit volgt echter niet dat BNT haar aansprakelijkheid niet zou kunnen beperken in het geval het netwerk om enige reden niet (goed) functioneert. Gelet op de strekking van de exonerationbepaling en het commerciële karakter van de overeenkomst ligt een beperkte uitleg van het beding niet voor de hand.

3.1.9. Q-music heeft verder geen feiten en omstandigheden gesteld, die, indien bewezen, de door haar verdedigde uitleg kunnen dragen.

3.1.10. Grief 5.2 van BP c.s. (incidenteel appel in zaak 200.154.930/01) is dan ook gegrond. BNT komt in beginsel een beroep toe op de exoneration van art. 9.2 BP-overeenkomst.

3.1.11. De uitsluiting van aansprakelijkheid geldt echter niet 'indien het niet of niet goed functioneren te wijten is aan opzet of grove schuld van BNT dan wel van door BNT bij de verspreiding ingeschakelde derden.' Q-music betoogt dat Novec in de verhouding tussen Q-music en BNT heeft te gelden als een door BNT bij de verspreiding ingeschakelde derde. Novec heeft het netwerk opzettelijk niet ter beschikking van BNT gesteld als gevolg waarvan het netwerk niet volledig beschikbaar was. Novec heeft immers bewust niet willen toestaan dat de zendinstallatie in Lopik weer op volle sterkte werd gebruikt. Volgens Q-music is in dit verband niet vereist dat Novec ook opzet had op het intreden van de schade die als gevolg van de opzettelijk ingevoerde zendbeperkingen is ontstaan. In elk geval treft Novec grove schuld nu zij arbitraire, disproportionele en discriminatoire maatregelen heeft ingesteld en lang heeft laten voortduren, zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestond, zo betoogt Q-music.

3.1.12. Het hof overweegt hierover als volgt. Aan Q-music kan worden toegegeven dat Novec – een door BNT ingeschakelde derde – het vermogen van het zendernetwerk in de periode 15 juli – 28 september 2011 welbewust heeft beperkt. Zoals onder 3.2.3-3.2.10 zal worden toegelicht, valt de beperking van het zendervermogen uit veiligheidsoverwegingen te billijken en is het niet goed functioneren van het netwerk dan ook niet aan de opzet of grove schuld van Novec te wijten. Nu Q-music evenmin heeft onderbouwd dat het niet goed functioneren van het netwerk te wijten is

aan opzet of grove schuld aan de zijde van BNT, kan BNT met succes een beroep doen op de exoneratie van art. 9.2 BP-overeenkomst.

3.1.13. Het voorgaande brengt mee dat vordering A (een verklaring voor recht dat BNT jegens Q-music toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de BP-overeenkomst en aansprakelijk is voor de schade die Q-music hierdoor heeft geleden) en vordering C voor zover betreffende BNT (verwijzing naar de schadestaatprocedure) niet zullen worden toegewezen. Hierbij is in aanmerking genomen dat niet gesteld of gebleken is dat Q-music belang heeft bij de verklaring voor recht voor zover enkel inhoudende dat BNT, kort gezegd, jegens haar wanprestatie heeft gepleegd. Daarmee behoeft grief 5.1 van BP c.s. (incidenteel appel in zaak 200.154.930/01) geen behandeling. De grieven 1 tot en met 3 van Q-music voor zover betreffende BP c.s. falen.

3.2. *Lopik: onrechtmatig handelen van Novec c.s.?*

3.2.1. Q-music vordert onder B een verklaring voor recht dat Novec c.s. onrechtmatig jegens Q-music hebben gehandeld en ieder afzonderlijk en/of tezamen aansprakelijk zijn voor de schade die Q-music hierdoor heeft geleden. De rechtbank heeft deze vordering toegewezen op grond van de volgende (samengevat weergegeven) overwegingen. Op Novec rust de plicht zich de belangen van Q-music aan te trekken bij het beschikbaar zijn van voldoende uitzendvermogen voor BNT. Bij het instellen van een maatregel die de uitzendcapaciteit van BNT – en daarmee van Q-music – reduceert, zoals in dit geval tot 3 kW, is het aan Novec om duidelijk te maken waarom die maatregel in de gegeven omstandigheden noodzakelijk en proportioneel is. Het is de rechtbank niet duidelijk waarop Novec haar beslissing van 18 juli 2011 om de uitzendcapaciteit van BNT te beperken tot 3 kW heeft gebaseerd. Die beslissing kon niet zijn ingegeven door de oorzaak van de brand, aangezien de precieze oorzaak niet was vastgesteld. Dat Novec heeft toegestaan dat de door de brand aangetaste kabels werden verwijderd alvorens deskundigen de brandoorzaak hadden kunnen vaststellen, heeft niet bijgedragen aan een snelle en eenduidige vaststelling van de oorzaak. De omstandigheid dat de oorzaak niet vaststond komt dan ook voor rekening en risico van Novec, zodat deze geen grond kan vormen voor de vermogensreductie. Pas op 23 augustus 2011

vermeldt [B] (zie onder 2.17) dat de nog functionerende onderste helft niet geschikt is om meer vermogen dan 3 kW te verwerken, maar dat is nádat Novec de vermogensbeperkende maatregel al had opgelegd en het gaat hier om een partijrapport dat in opdracht van Novec tot stand is gekomen. Novec heeft daarom niet deugdelijk verantwoord waarom de vermogensreductie noodzakelijk en proportioneel was. Dat daarmee veiligheidsrisico's zijn weggenomen, is gesteld noch gebleken. Aldus heeft Novec onzorgvuldig jegens Q-music gehandeld. Naar het oordeel van de rechtbank is – afgezien van de periode tussen 15 en 18 juli 2011 – geen rechtvaardigingsgrond aanwezig. In die eerste dagen was sprake van overmacht wegens noodzakelijke herstelwerkzaamheden.

Op grond van art. 2:334t lid 1 en 5 BW zijn Novec en Omroepmasten als gevolg van de juridische afsplitsing hoofdelijk jegens Q-music aansprakelijk, aldus samengevat het oordeel van de rechtbank.

3.2.2. In zaak 200.152.782/01 werpen Novec c.s. verschillende grieven tegen deze overwegingen op. Het hof overweegt dienaangaande als volgt.

3.2.3. Novec werd binnen een etmaal geconfronteerd met twee ernstige incidenten die ieder afzonderlijk zeer zeldzaam zijn; de kans dat los van elkaar op een en dezelfde dag twee branden uitbreken in twee verschillende zendmasten is extreem klein. Zeker in de eerste periode na de branden kon in redelijkheid niet worden uitgesloten dat beide branden op enigerlei wijze met elkaar verband hielden. Indien inderdaad een verband bestond, was het risico dat bij gelijkblijvende omstandigheden opnieuw een brand in de zendmast in Lopik zou kunnen ontstaan aanzienlijk. Daarbij had de brand in Hoogersmilde laten zien dat de gevolgen van een brand in potentie zeer groot waren.

3.2.4. Onder die uitzonderlijke omstandigheden vol onzekerheden over de oorzaak van de branden en de aard en omvang van toekomstige brandrisico's diende Novec zich verschillende, gedeeltelijk tegengestelde belangen aan te trekken. Enerzijds, en in de eerste plaats, betrof dat de veiligheid van personeel en derden die in (de omgeving van) de zendmasten werkzaam waren, alsmede de veiligheid van omwonenden en passanten en de veiligheid van de mast zelf. Anderzijds diende Novec het oog te houden op het belang van de radiostations en de uitbaters van de

zendinstallaties dat de uitzendingen op het oorspronkelijke zendvermogen zouden worden her vat zodra dat mogelijk en verantwoord was. De beoordeling van de handelwijze van Novec dient bovendien te geschieden aan de hand van de kennis die Novec op dat moment had; immers moet worden voorkomen dat de rechter zich laat leiden door wijsheid achteraf (*hindsight bias*). De omstandigheid dat een voorzorgsmaatregel op basis van later beschikbare informatie onnodig is geweest, brengt op zichzelf niet mee dat een dergelijke maatregel op het moment zelf niet gerechtvaardigd was.

In aanmerking genomen de mate van onzekerheid over de oorzaak van de brand, de aard en de ernst van de risico's en de veelheid van belangen waarmee Novec rekening diende te houden, had Novec na de brand op 15 juli 2011 alle reden om de veiligheid van personeel en omwonenden voorop te stellen en daarbij geen enkel risico te nemen en heeft zij dus in redelijkheid kunnen besluiten dat de antennesystemen van BNT in Lopik vooralsnog slechts beperkt gebruikt konden worden.

3.2.5. Onder de gegeven omstandigheden heeft Novec geenszins onzorgvuldig jegens Q-music gehandeld door de zendmast op 15 juli 2011 tijdelijk buiten gebruik te stellen en door – toen zij op 18 juli 2011 het onderste deel van de mast weer in gebruik nam, het zendvermogen te beperken tot 1,7 kW en dit op 19 juli 2011 te beperken tot 3 kW. Novec moest rekening houden met de mogelijkheid dat de brand in Lopik was ontstaan in de antennesystemen van BP c.s. Hetzelfde gold voor de brand in Hoogersmilde. Tegen de achtergrond van de ernstige veiligheidsrisico's die zich bij de brand in Hoogersmilde hadden verwezenlijkt, mocht van Novec worden verwacht dat zij de risico's in Lopik uit voorzorg zo veel mogelijk zou beperken in afwachting van de uitkomsten van de eerste onderzoeksresultaten.

3.2.6. Op 22 juli 2011 presenteerde Efectis haar eerste bevindingen (zie 2.13). Dit eerste onderzoek leverde verschillende aanwijzingen op die wezen in de richting van BP c.s.: (i) de reflectie werd als eerste gemeten in de zendinstallatie van BP c.s., (ii) er waren aanwijzingen dat de locatie van de brand zich nabij niveau 13 van de buismast, die 14 niveaus heeft, zou bevinden, en (iii) de op niveau 13 aangetroffen schade en de veiliggestelde kabels wezen naar BP c.s. De kern van de veiliggestelde 1 5/8 kabels gaf een groene corro-

sielaag te zien, aldus Efectis. Efectis concludeerde verder dat nader onderzoek geboden was.

Deze eerste bevindingen wezen vooralsnog erop dat de locatie van het ontstaan van de brand kon worden gezocht in kabels van BP c.s. In aanmerking genomen de grote onzekerheid over de oorzaak van de brand in Lopik die ook na het onderzoek van Efectis voortduurde, mocht Novec in afwachting van nadere onderzoeksresultaten het vermogen uit voorzorg handhaven op (afgerond) 10% van het normale vermogen. Dat dit percentage een zeker arbitrair karakter had, maakt het voorgaande niet anders. Gelet op de grote onzekerheid en de grote veiligheidsrisico's mocht Novec in de gegeven omstandigheden uit voorzorg het zekere voor het onzekere nemen.

3.2.7. Op 31 juli 2011 verscheen het eerste onderzoeksverslag van [A] (zie 2.14). Deze adviseerde dat 'es noch zu früh [ist], um wieder mit voller Senderleistung auf der unteren Halbantenne in Lopik in Betrieb zu gehen'. In aanmerking genomen dat [A] ook niet adviseerde het zendvermogen een klein beetje verder op te voeren, mocht Novec zich redelijkerwijze op het standpunt stellen dat handhaving van het vermogen op 3 kW vooralsnog geboden was. Dat gold te meer tegen de achtergrond van de informatie die eind augustus 2011 bekend werd. KPN had deskundige [C] ingeschakeld die de hervatting van de uitzendingen via de installatie van BP c.s. afraadde. KPN liet deze bevindingen op 22 augustus 2011 aan Novec weten (2.15 en 2.16). Op 23 augustus 2011 onderschreef deskundige [B] de bevindingen van [A] en [C]. Volgens [B] was de onderste helft van de zendmast in Lopik, waarbij hij doelt op de onderste helft van het bovenste, stalen gedeelte ervan, niet geschikt om een vermogen van meer dan 3 kW te verwerken (zie 2.17). Onder die omstandigheden is het feit dat Novec het vermogen niet eerder opvoerde, haar niet te verwijten.

3.2.8. Bij het voorgaande moet worden bedacht dat BP c.s. – anders dan KPN en ondanks herhaalde verzoeken vanaf 26 juli 2011 – niet bereid waren haar zogenoemde 'logfiles' aan Novec ter beschikking te stellen. Deze logfiles konden – naar Novec c.s. onbetwist hebben gesteld – inzicht geven in het vermogen dat naar de antennes werd gestuurd, de mate waarin dat vermogen werd gereflecteerd en hoe daarop door de beveiliging werd gereageerd. Het ontbreken van die gegevens bemoeilijkte het onderzoek naar de locatie en oorzaak van de brand. De kennelijke weigering

door BP c.s. kon Novec betrekken in haar beslissing om het vermogen van BP c.s. in de onderste delen van de zendmast vooralsnog niet te verhogen.

3.2.9. Het hof is daarom van oordeel dat Novec niet onzorgvuldig jegens Q-music heeft gehandeld bij het beperken van de uitzendcapaciteit tot 3 kW. Daarbij kan in het midden blijven of Novec is tekortgeschoten in de nakoming van de Kaderregeling. Gelet op de veiligheidsbelangen die Novec zich diende aan te trekken, kon in de gegeven omstandigheden van Novec niet worden verwacht dat zij de belangen van Q-music zou laten prevaleren. Als gezegd had Novec na de brand op 15 juli 2011 alle reden om de veiligheid van personeel en omwonenden voorop te stellen en daarbij geen enkel risico te nemen. In het licht van de bestaande onzekerheid over de oorzaak van de brand en de mogelijke veiligheidsrisico's mocht Q-music evenmin erop vertrouwen dat Novec voorrang aan haar belangen zou geven, ook niet in indien in aanmerking wordt genomen dat Q-music in hoge mate van Novec afhankelijk was.

3.2.10. Dit wordt niet anders in het licht van hetgeen Q-music overigens heeft aangevoerd. Voor zover zij betwist dat Novec in de periode 18 juli tot 28 september 2011 met het rapport van [A] van 31 juli 2011 bekend was, had het op haar weg gelegen dat verweer nader te concretiseren. Tegen de achtergrond van het feit dat [B] in zijn rapport van 23 augustus 2011 al refereert aan de bevindingen van [A] ligt het bepaald niet voor de hand dat Novec zelf niet op of kort na 31 juli 2011 door [A] van zijn eerste bevindingen op de hoogte is gesteld.

Q-music verwijt Novec nog dat zij het onderste, overgebleven antennesysteem van BP c.s. niet heeft onderzocht. Daarbij verliest zij evenwel uit het oog dat [B] juist uitdrukkelijk had geadviseerd om het onderste antennesysteem niet aan te zetten. Ook indien met wijsheid achteraf zou kunnen worden geconcludeerd dat het onderzoek in deze eerste weken ook uitvoeriger of anders had kunnen worden ingericht, neemt dat niet weg dat Novec, gelet op de informatie waarover zij op dat moment beschikte zoals die blijkt uit de verslagen van Efectis en [A] en het advies van [B], in dit opzicht niet onzorgvuldig jegens Q-music heeft gehandeld.

Q-music heeft verder geen (voldoende feitelijk onderbouwde) stellingen ingenomen, die tot het oordeel kunnen leiden dat Novec in redelijkheid

niet tot haar beslissing tot vermogensbeperking is kunnen komen.

3.2.11. Tot slot legt Q-music aan haar vordering ten grondslag dat Novec onvoldoende branddetectie -en -preventiemaatregelen had genomen, althans onvoldoende erop had toegezien dat BP c.s. aan haar brandveiligheidsverplichtingen zou (kunnen) voldoen (dagvaarding 3.112 e.v.).

Ook op deze grondslag kan de vordering niet worden toegewezen. Q-music laat na met voldoende concreetheid te onderbouwen dat de zendmast niet aan de toepasselijke (geschreven en ongeschreven) brandveiligheidseisen voldeed. De omstandigheid dat Novec na de brand een branddetectiesysteem heeft geplaatst, is daartoe niet voldoende. Dat gegeven betekent immers niet dat de zendmast voordien niet aan de brandveiligheidseisen voldeed. Ook de stelling dat Novec aan BP c.s. eisen op het vlak van brandveiligheid stelde waaraan BP c.s. niet kon voldoen, brengt niet mee dat Novec onzorgvuldig jegens Q-music heeft gehandeld. En ook indien moet worden aangenomen dat niet werd voldaan aan de veiligheidseisen en dat Novec c.s. daarvoor verantwoordelijk is, staat het relativiteitsvereiste eraan in de weg dat de schade van Q-music voor vergoeding in aanmerking komt. Het hof verwijst naar 3.3.3-3.3.5 hieronder. In zoverre mist Q-music bovendien voldoende belang bij de gevorderde verklaring voor recht.

3.2.12. Het voorgaande brengt mee dat de vordering van Q-music op Novec uit hoofde van onrechtmatige daad (vordering B) niet kan worden toegewezen. Daardoor zal vordering C voor zover Novec c.s. betreffende eveneens worden afgewezen. In zaak 200.152.782/01 zijn de grieven 4, 8, 9, 11, 12, 17, en 18 van Novec c.s. gegrond. Haar grieven 2, 3, 5-7, 10 en 13-16 in zaak 200.152.782/01 behoeven bij die stand van zaken geen verdere behandeling. In zaak 200.154.930/01 falen de grieven 1 tot en met 3 van Q-music voor zover betreffende Novec c.s.

3.3. Hoogersmilde: onrechtmatig handelen van Novec c.s.?

3.3.1. Met betrekking tot de brand in Hoogersmilde vordert Q-music een verklaring voor recht dat Novec c.s. onrechtmatig jegens Q-music hebben gehandeld en aansprakelijk zijn voor de schade die Q-music hierdoor heeft geleden (vordering D en G). De rechtbank heeft deze vordering afgewezen en daartoe samengevat het volgende overwo-

gen. Q-music stelt niet welke artikelen uit het Besluit Brandveilig Gebruik Bouwwerken 2008 (het Gebruiksbesluit) en het Bouwbesluit 2003 op de onderhavige situatie van toepassing zijn en waarom deze zijn geschonden. In de tweede plaats strekken de in die besluiten vervatte normen niet tot bescherming tegen de vermogensschade die Q-music heeft geleden. Ten derde is de rechtbank van oordeel dat het in zijn algemeenheid te ver gaat een maatschappelijke zorgvuldigheidsplicht aan te nemen tot het treffen van brandveiligheidsmaatregelen in het stalen deel van een zendmast als de onderhavige waar zich in het algemeen geen personen bevinden.

3.3.2. Grief 4 van Q-music (zaak 200.154.930/01) is tegen deze overwegingen gericht en valt uiteen in enkele subgrievens. Daarin klaagt Q-music kort gezegd over het oordeel dat onvoldoende duidelijk is welke brandveiligheidsvoorschriften door Novec en/of BP c.s. zijn geschonden, dat deze voorschriften niet strekken tot bescherming van de belangen van Q-music, dat de rechtbank ten onrechte oordeelt dat op Novec en/of BP c.s. geen zorgvuldigheidsplicht rust tot het treffen van brandveiligheidsmaatregelen en dat de rechtbank ten onrechte ervan uitgaat dat de schade van Q-music bestaat uit gedeelde reclame-inkomsten.

3.3.3. Voor zover Q-music haar vorderingen uit onrechtmatige daad erop baseert dat de zendmast niet voldeed aan de eisen die zijn neergelegd in art. 2.1.3 lid 4, 2.1.5 en 2.42 lid 1 van het Gebruiksbesluit, heeft Q-music ook in hoger beroep niet toegelicht dat en in hoeverre sprake is geweest van een concrete overtreding van die bepalingen, noch hoe dat tot de door haar geleden schade zou hebben geleid. Voor zover Q-music haar vorderingen uit onrechtmatige daad daarnaast erop baseert dat de zendmast niet voldeed aan de eisen die zijn neergelegd in art. 2.88 lid 1, 2.98 en/of 2:196 lid 1 Bouwbesluit 2003, kunnen zij niet worden toegewezen omdat niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW). De schade waarvan Q-music vergoeding vordert, behelst bedrijfsschade, onder meer bestaande uit een daling van advertentie-inkomsten, alsmede uit extra kosten vanwege de inzet van tijdelijke zenders, extra marketinginspanningen en uitgaven voor juridische en economische advisering (MvG in zaak 200.154.930/01; MvA in zaak 200.152.782/01, prod. 3, p. 14). De beweerdelijk geschonden normen uit het Gebruiksbesluit en het Bouwbesluit 2003 strekken echter niet tot be-

scherming tegen die schade. Het Gebruiksbesluit berust op art. 8 Woningwet en beoogt de uniformering van gemeentelijke bouwverordeningen ter zake van brandveiligheidsvoorschriften. Het Bouwbesluit 2003 berust op art. 2 Woningwet op grond waarvan bij AMvB regels kunnen worden gesteld uit het oogpunt van veiligheid, gezondheid, bruikbaarheid, energiezuinigheid en milieu. Het Gebruiksbesluit en het Bouwbesluit 2003 beogen dan ook niet te beschermen tegen de bedrijfsschade die Q-music stelt te hebben geleden. Ook uit de systematiek van het Bouwbesluit 2003 volgt dat niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste. De bepalingen waarop Q-music zich beroept, zijn geplaatst in de afdelingen 2.11, 2.12 en 2.21 van het Bouwbesluit 2003. Deze afdelingen gaan over het beperken van het ontstaan van een brandgevaarlijke situatie, het beperken van de ontwikkeling van een brand, respectievelijk de bestrijding van brand. Ook uit de betiteling van deze afdelingen valt af te leiden dat de bepalingen uit het Bouwbesluit 2003 niet strekken tot bescherming tegen de bedrijfsschade die Q-music indirect heeft geleden. Voor zover Q-music haar vorderingen baseert op overtredingen van het Gebruiksbesluit en het Bouwbesluit 2003, kunnen deze daarom niet worden toegewezen.

3.3.4. Op zichzelf sluit dit gegeven niet uit dat Novec c.s. en/of BP c.s. niettemin op grond van schending van een zorgvuldigheidsnorm jegens Q-music aansprakelijk zijn. Daarvan is in dit geval echter evenmin sprake, zo is het hof van oordeel. Daartoe wordt het volgende overwogen. In reactie op het concept-rapport van de deskundigen heeft Q-music aanvullende vragen gesteld over de brandveiligheid en de brandbeveiliging in de buismast te Hoogersmilde. De deskundigen hebben in antwoord op deze vragen het volgende opgemerkt (p. 197-198):

“Een antenne installatie met een buismast is in het geheel niet bedoeld tot aanwezigheid van personen (geen verblijfsruimte), alleen al omwille van de hoge stralingsdichtheid ter hoogte van de verschillende antenne platformen.

Eenmaal een antenne installatie voltooid, opgeleverd en in gebruik genomen is er in principe geen enkele aanwezigheid nodig, en is er ook geen enkele reden om aan te nemen dat er zich calamiteiten kunnen voordoen. Tenzij er sprake is van een inherent defect of beschadiging aan een component, die in wezen een fabricagefout of montagefout moet zijn. Gegeven het feit dat de installaties

reeds voldoende lange tijd in gebruik waren zonder waarneembare kwaliteitsvermindering, kan dit uitgesloten worden.

In de praktijk kan en mag ervan uitgegaan worden dat deze 'passieve' systemen, die voldoende overgedimensioneerd zijn naar vermogen, geen risico op brand vormen. Vandaar ook een gangbare praktijk dat dergelijke installaties geen feitelijke branddetectie/brandbeveiliging hebben op het niveau van de eindbekabeling en antenne platformen.

De situatie verandert uiteraard bij (veelvuldige) toegang tot de buismast (verblijfsruimte), waarbij werken uitgevoerd worden aan zowel de bekabelingen als de antenne platformen. Gezien de dichtheid van de bekabelingen en componenten, is een gemakkelijke toegang tot bepaalde onderdelen problematisch.

Mogelijke beschadigingen van de installatie kunnen tot mindere kwaliteit van de uitzendingen leiden, en in een extreem geval ook mogelijk een brandoorzaak zijn. In dergelijke gevallen zou een minimale branddetectie/beveiliging de schade kunnen beperken, echter niet de oorzaak en het ontstaan ervan. Ook een bekabeling met vlam/vuurvertragende werking zou een bewarende rol kunnen spelen. Bij het toepassen van brand beperkende maatregelen zou men hier kunnen denken aan compartimentering en bijvoorbeeld CO2 blussystemen.

Er dient nogmaals uitdrukkelijk vermeld te worden dat een VSWR detectie/beveiliging enkel de bedoeling heeft om de eindtrappen van de zenders te beschermen tegen overdreven gereflecteerd vermogen of dus dissipatie ervan. Een VSWR detectie kan enkel een aanwijzing zijn dat er een defect of beschadiging van een of meerdere componenten van de installatie is."

De deskundigen schrijven in antwoord op verdere vragen van Q-music over elementen die mogelijk hebben bijgedragen aan de brandgevaarlijkheid van de buismast en daarin geïnstalleerde zender-netwerken (p. 198):

"[D]it onderdeel van een zendinstallatie [wordt] in de praktijk niet gezien als een installatie met brandrisico ten gevolge van een operationele situatie. Bekabeling en antenne platformen zijn een zogenaamd 'passief' systeem, en indien voldoende gedimensioneerd naar het betreffende vermogen, zullen deze componenten binnen hun specificaties operationeel zijn, en dus in principe geen risico naar veiligheid vormen.

De uitvoering van een buismast voor een antenne installatie zoals die uitgevoerd was, kan dus gezien worden als 'common practice'. Met dien verstande (...) dat ervan uitgegaan wordt dat eenmaal geïnstalleerd, er geen verdere of andere werkzaamheden in de buismast dienen uitgevoerd te worden."

3.3.5. De deskundigen bevestigen dat de buismast een passief systeem behelst. In elk geval het stalen gedeelte daarvan is niet bedoeld voor (veelvuldige) toegang. Overeenkomstig de gangbare praktijk had het stalen gedeelte van de mast dan ook geen brandbeveiliging. Het ontbreken van feitelijke branddetectie/brandbeveiliging op het niveau van de eindbekabeling en antenne platformen kan in dit passieve systeem van het stalen gedeelte van buismast dan naar het oordeel van het hof niet als onzorgvuldig jegens Q-music worden aangemerkt. Het ontbreken van beveiliging was volgens de deskundigen *common practice*, hetgeen het hof als niet (voldoende gemotiveerd) bestreden overneemt.

3.3.6. Daarmee faalt grief 4. De vorderingen van Q-music jegens Novec c.s. en BP c.s. uit hoofde van onrechtmatige daad kunnen niet worden toegewezen.

3.4. Hoogersmilde: opstalaansprakelijkheid?

3.4.1. Q-music houdt Novec c.s. blijkens vordering E ook aansprakelijk op grond van art. 6:174 BW (opstalaansprakelijkheid). De rechtbank heeft deze vordering afgewezen: art. 6:174 BW vestigt slechts aansprakelijkheid voor de bezitter van een opstal voor opstallen die gevaar voor personen of zaken opleveren en niet voor zuivere vermogensschade zoals die door Q-music is geleden. Bovendien staat de brandoorzaak niet onomstotelijk vast, zodat evenmin vaststaat dat de opstal gebrekkig is in de zin van art. 6:174 BW, aldus de rechtbank.

3.4.2. Met grief 5 in zaak 200.154.930/01 beklaagt Q-music zich over deze afwijzing. Zij betoogt onder meer dat de zendmast in Hoogersmilde gebrekkig was als bedoeld in art. 6:174 BW omdat deze is ingestort als gevolg van een brand die heeft kunnen ontstaan en voortwoekeren omdat, volgens Q-music, niet was voldaan aan de brandveiligheidseisen. De door Q-music geleden vermogensschade komt bovendien wel degelijk op de voet van art. 6:174 BW voor vergoeding in aanmerking, aldus Q-music.

3.4.3. Ook indien zou vaststaan dat de opstal niet voldeed aan de eisen die men daaraan mag stellen en dat het daardoor in het leven geroepen gevaar zich heeft verwezenlijkt, dan nog kan de vordering niet op de voet van art. 6:174 BW worden toegewezen. Daartoe overweegt het hof als volgt.

3.4.4. Q-music betoogt op zichzelf terecht dat art. 6:174 BW niet op voorhand eraan in de weg staat dat bedrijfsschade voor vergoeding in aanmerking kan komen; ook is de mogelijkheid aanneemelijk dat de door haar gestelde schade in causaal (*condicio sine qua non*) verband staat met het tenietgaan van de zendmast in Hoogersmilde. Toch is het hof van oordeel dat de schade waarvan zij vergoeding vordert, in het bijzonder gelet op de aard van de aansprakelijkheid (art. 6:174 BW) en op de aard van de schade (bedrijfsschade) niet als een gevolg van het door haar gestelde gebrek aan Novec kan worden toegerekend (art. 6:98 BW). Volgens de parlementaire geschiedenis zal

“het vaak van belang (...) zijn te letten op de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade. Zo zal bij een aansprakelijkheid die berust op artikel 6.3.2.7 [thans art. 6:174 – hof] letselschade door neerstorten van delen van een gebrekkige opstal eerder in voldoende verband staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, dan bijv. bedrijfsschade, geleden door iemand die in verband met de instorting niet van een aangrenzend perceel of weggedeelte gebruik heeft kunnen maken. Artikel 6.3.2.7 heeft immers veeleer het oog op het gevaar van schade die door de gebrekkigheid van de opstal aan personen en zaken worden toegebracht, dan op het gevaar voor mogelijke bedrijfsschade.” (PG Boek 6, p. 344; vgl. voorts *Kamerstukken II* 1988-89, 21 202, nr. 3, p. 18-19)

Volgens de stellingen van Q-music heeft een gebrek in de opstal geleid tot het tenietgaan daarvan. Q-music had die opstal niet zelf in gebruik. Aan haar behorende zaken zijn niet met de opstal tenietgegaan; evenmin is personenschade geleden. Het is de opstal van Novec en de aldaar door BP c.s. geïnstalleerde zendapparatuur die met de brand verloren zijn gegaan. Gevolg daarvan is dat BP c.s. de radio-uitzendingen van Q-music niet heeft kunnen uitzenden. Q-music stelt dat zij daardoor bedrijfsschade heeft geleden, onder meer in de vorm van gederfde reclame-inkomsten, de inzet van tijdelijke zenders, extra marketinginspanningen en uitgaven voor juridische en economische advisering. In het licht van de aard

van de aansprakelijkheid (art. 6:174 BW) staat die vorm van schade in een zodanig verband van het gestelde gebrek, dat deze niet aan Novec als gevolg van de verwezenlijking van het met het (gestelde) gebrek in het leven geroepen risico kan worden toegerekend.

3.5. Hoogersmilde: toerekenbare tekortkoming BNT?

3.5.1. Q-music vordert verder een verklaring voor recht dat BNT toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de BP-overeenkomst (vordering F). De rechtbank heeft samengevat overwogen dat BNT weliswaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen met betrekking tot Hoogersmilde uit hoofde van de BP-overeenkomst, maar dat BNT een beroep toekomt op de exoneratieclausule van art. 9.2 BP-overeenkomst: voor het aannemen van opzet of grove schuld aan de zijde van BNT of van Novec (als door BNT ingeschakelde derde) is onvoldoende gesteld, zo luidt samengevat het oordeel van de rechtbank.

3.5.2. Met grief 6 klaagt Q-music (zaak 200.154.930/01) dat dit oordeel onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd is. Volgens Q-music heeft de VSWR-beveiliging niet adequaat gefunctioneerd doordat de beveiliging in korte tijd enkele malen is afgeschakeld en weer aangeslagen. Volgens Q-music blijkt uit logfiles inzake het zendsysteem in Hoogersmilde dat het systeem van BP c.s. voorafgaand aan de brand te veel energie reflecteerde, dat het systeem daarom automatisch afschakelde maar dat het systeem telkens weer handmatig werd ingeschakeld. BP c.s. ‘overruleden’ vanuit de controlekamer in Terneuzen de beveiliging van de eigen systeem om te kunnen blijven uitzenden en om het verlies aan capaciteit in Lopik te compenseren. Bovendien heeft BNT nagelaten andere brandveiligheids- en detectiesystemen aan te brengen; de VWSR-beveiliging was onvoldoende. Ook de nalatigheid door Novec om adequate brandveiligheidsmaatregelen te treffen, kwalificeert Q-music als opzet, althans grove schuld.

3.5.3. Niet in geschil is dat het zendsysteem als gevolg van de brand in de zendmast in het geheel niet functioneerde. Gedeeltelijk was de zendmast tenietgegaan, gedeeltelijk moest zij als gevolg van de brand worden afgebroken. In beginsel komt BNT daarmee een beroep toe op de exoneratieclausule van art. 9.2 BP-overeenkomst. Dit is slechts anders indien het niet functioneren te

wijten is aan opzet of grove schuld van BNT dan wel van door BNT ingeschakelde derden.

3.5.4. Voor zover BNT wordt verweten dat zij (althans Novec als door haar ingeschakelde derde) grove schuld of opzet valt te verwijten met betrekking tot (het ontbreken van) brandbeveiliging, faalt deze klacht op de gronden, vermeld onder 3.3.4 en 3.3.5.

3.5.5. Voor zover Q-music erover klaagt dat de aanwezige VSWR-beveiliging handmatig werd 'overruled', geldt dat het daarbij niet gaat om een brandbeveiliging maar een beveiligingssysteem ter bescherming van zendapparatuur tegen overbelasting (zie 2.21). Uit het rapport van de deskundigen blijkt dat de VSWR-beveiliging in Hoogersmilde functioneerde (p. 109): tussen 13.37 en 13.43 uur werden de BP-zenders door de VSWR uitgeschakeld. De zenders werden enkele malen opnieuw opgestart en uiteindelijk om 14.08 uur handmatig uitgeschakeld, zo stellen de deskundigen vast. Tegelijk constateren zij dat kleinere latente beschadigingen aanwezig kunnen zijn geweest die geen invloed op de VSWR-beveiliging hadden. Voor zover het verwijt van Q-music erop is gericht dat de instelling van de VSWR-beveiliging niet goed was vastgesteld, kan dit verwijt niet als grove schuld met betrekking tot de brand worden gekwalificeerd, reeds omdat de VSWR-beveiliging geen brandbeveiliging betreft. De grief faalt daarmee. BNT komt een beroep toe op de exonatieclausule. Aan de bespreking van grief 5.3 in het incidenteel appel van BP c.s. wordt daarom niet toegekomen.

3.6. Grief 7 van Q-music (zaak 200.154.930/01) behoeft geen verdere behandeling: deze strekt ertoe dat een deskundigenonderzoek wordt gelast, dat het hof inderdaad heeft gelast. Grief 8 mist zelfstandige betekenis en faalt.

3.7. Nu de vorderingen van Q-music met betrekking tot zowel Lopik als Hoogersmilde zullen worden afgewezen, kan ook geen verwijzing naar de schadestaat volgen. Dit brengt mee dat ook grief 5.4 van BP c.s. (incidenteel appel in zaak 200.154.930/01) gegrond is.

3.8. Het hof verwierpt de bewijsaanbiedingen. Deze hebben geen betrekking op feiten en omstandigheden die, indien bewezen, tot een andere beslissing in deze zaak kunnen leiden.

3.9. Het hof zal het bestreden vonnis vernietigen. Q-music zal in zowel zaak 200.154.930/01 als in zaak 200.152.782/01 als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het ge-

ding in beide instanties. Q-music zal de kosten van het deskundigenonderzoek dragen. Als eiser in de hoofdzaak heeft zij daartoe reeds het voorschot betaald.

4. Beoordeling in vrijwaringszaak 200.152.769/01

4.1. In deze vrijwaringszaak heeft de rechtbank Novec c.s. veroordeeld om aan BNT te betalen datgene waartoe BNT als gedaagde in de hoofdzaak jegens Q-music is veroordeeld (zaak-/rolnummer C/13/545567 / HA ZA 13-753).

4.2. In hoger beroep komen Novec c.s. hiertegen met grief 15 op. Deze grief is gegrond nu alle vorderingen in de hoofdzaak worden afgewezen. Aan de bespreking van de andere grieven wordt daarom niet toegekomen.

4.3. Het hof zal het bestreden vonnis voor zover in vrijwaring met zaak-/rolnummer C/13/545567 / HA ZA 13-753 vernietigen. Broadcast c.s. zullen als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in beide instanties.

5. Beoordeling in vrijwaringszaak 200.152.752/01

5.1. In deze vrijwaringszaak heeft de rechtbank de vorderingen van Novec c.s. in vrijwaring afgewezen (zaak-/rolnummer C/13/545491 / HA ZA 13-752).

5.2. Novec c.s. zijn in hoger beroep gekomen. Nu de vorderingen in de hoofdzaak zullen worden afgewezen, deelt de vrijwaringszaak in dat lot. Hierop stuiten alle grieven af.

5.3. Het hof zal het bestreden vonnis in zoverre bekrachtigen. Novec c.s. zullen als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in appel.

6. Incidenten tot voeging

6.1. Het hof ziet aanleiding de proceskosten in de incidenten tot voeging te compenseren.

7. Beslissing

Het hof,
rechtdoende in zaak 200.154.930/01 in principaal en incidenteel appel, alsmede in zaak 200.152.782/01:

7.1. vernietigt het vonnis waarvan beroep, en in zoverre opnieuw rechtdoende:

7.1.1. wijst de vorderingen af;

7.2. bepaalt dat de kosten van het deskundigenonderzoek worden gedragen door Q-music;

rechtdoende in zaak 200.154.930/01 in principaal en incidenteel appel:

7.3. veroordeelt Q-music in de procedure tussen Q-music en Novec c.s. in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Novec c.s. begroot op € 704 aan verschotten en € 3.324 voor salaris en op € 163 voor nasalaris, te vermeerderen met € 92 voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploit in geval betekening van dit arrest plaatsvindt;

7.4. veroordeelt Q-music in de procedure tussen Q-music en BP c.s. in de kosten van het geding in principaal en incidenteel hoger beroep, aan de zijde van BP c.s. begroot op € 1.408 aan verschotten en € 6.648 voor salaris;

7.5. verklaart veroordelingen onder 7.3 uitvoerbaar bij voorraad;

rechtdoende in zaak 200.152.782/01:

7.6. veroordeelt Q-music in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg aan de zijde van Novec c.s. begroot op € 589 aan verschotten en € 1.356 voor salaris en in hoger beroep tot op heden op € 781,52 aan verschotten en € 3.324 voor salaris;

7.7. verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

rechtdoende in zaak 200.152.769/01

7.8. vernietigt het vonnis waarvan beroep in zoverre en opnieuw rechtdoende:

7.8.1. wijst de vorderingen af;

7.9. veroordeelt Broadcast c.s. in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg aan de zijde van Novec c.s. begroot op € 589 aan verschotten en € 904 voor salaris en in hoger beroep tot op heden op € 781,25 aan verschotten en € 3.324 voor salaris;

7.10. verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

rechtdoende in zaak 200.152.752/01

7.11. bekrachtigt het vonnis waarvan beroep in zoverre;

7.12. veroordeelt Novec c.s. in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Broadcast c.s. begroot op € 704 aan verschotten en € 3.324 voor salaris;

in alle zaken

7.13. compenseert de proceskosten in de incidenten tot voeging, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

NOOT

1. Wat speelt er?

Waar de Lopikse zendmast in de decembermaand immer kleurig is verlicht en de zendmast in Hoogersmilde met zijn 82 meter een baken in het Drentse landschap is, woedde er in beide zendmasten op 15 juli 2011 een (hevige) brand ten gevolge waarvan Q-music, die destijds in beide zendmasten een radiostation exploiteerde, hard in haar bedrijfsvoering werd getroffen. Omdat de Lopikse zendmast uit veiligheidsoverwegingen voor langere tijd slechts met een zeer beperkt vermogen mocht uitzenden en de zendmast in Hoogersmilde zelfs in het geheel buiten gebruik werd gesteld, kon het radiostation van Q-music namelijk voor langere tijd niet (op volle sterkte) uitzenden en zag hij daardoor een groot deel van zijn inkomsten wegvallen. Als reactie daarop heeft Q-music reeds in 2014 'Novec c.s.' (hierna: Novec), de eigenaar en exploitant van het stalen gedeelte van de zendmasten te Lopik en Hoogersmilde, waar zich de – voor de inkomsten van Q-music relevante – antenne-opstalpunten bevinden, voor de rechtbank Amsterdam gedaagd in verband met zijn *bedrijfsschade*. De rechtbank Amsterdam oordeelt bij vonnis van 7 mei 2014 dat Novec voor de geleden *bedrijfsschade* van Q-music aansprakelijk is, door – kort gezegd – *onzorgvuldig* jegens Q-music te hebben gehandeld met betrekking tot de brand in beide zendmasten. In hoger beroep zag het hof Amsterdam (hierna: het hof) zich in het thans geannoteerde arrest van 22 februari 2022 eveneens voor de vraag gesteld of Novec, met betrekking tot de brand in zowel de Lopikse zendmast als in de zendmast in Hoogersmilde, jegens Q-music onrechtmatig heeft gehandeld. Ofschoon dit arrest meerdere interessante elementen bevat, richt ik mij in deze noot op de vraag naar aansprakelijkheid: waar in Lopik het (on)zorgvuldig handelen van Novec jegens Q-music centraal staat, buigt het hof zich in Hoogersmilde over het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW.

2. Strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid in Lopik?

Ter oorzaak van de dreiging voor de gezondheid of veiligheid van haar personeel, omwonenden en passanten in de nabijheid van de Lopikse zendmast, heeft Novec het uitzendvermogen van

de zendmast na de brand vanaf 19 juli 2011 tot 28 september 2011 gereduceerd tot slechts 10% (3 kW) van het oorspronkelijke uitzendvermogen (32 kW). Als reactie daarop stelt Q-music zich in appel allereerst op het standpunt dat Novec daarmee 'onzorgvuldig' en mitsdien onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld (r.o. 3.2.1). Een schending van de *maatschappelijke zorgvuldighedsnorm*, dat Q-music in hoger beroep kenmerkend aan zijn vordering jegens Novec ten grondslag legt, vormt met zijn 'contextgebonden karakter' in de praktijk de belangrijkste categorie van 'onrechtmatigheid' (zie Lindenbergh, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 6:162 BW, aant. 1). Zoals het klassieke *Kalimijnen*-arrest ons leert, dicteert het contextgebonden karakter van de zorgvuldighedsnorm een gedegen afweging van de 'concrete omstandigheden van het geval', dat meer bepaald tot uitdrukking komt in de *belangenafweging* waartoe zij oproept (vgl. HR 23 september 1998, AA 1989/0874, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Kalimijnen*) en *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/56). Het hof stelt voorop dat Novec, in het licht van de zeldzame omstandigheid dat hij binnen een etmaal met twee branden werd geconfronteerd en voorts in onzekerheid verkeerde over de oorzaak van de brand alsmede de precieze aard en omvang van de toekomstige brandrisico's, zich verschillende, gedeeltelijk tegengestelde belangen diende aan te trekken (r.o. 3.2.3). Enerzijds betrof dat de veiligheid van personeel, omwonenden en passanten die zich bevonden in de nabijheid van de Lopikse zendmast, waarbij Novec zich anderzijds tevens behoorde te kwijten van zijn plicht om zich de belangen van Q-music bij het beschikbaar zijn van het oorspronkelijke uitzendvermogen aan te trekken. Naar het oordeel van het hof heeft Novec, door het uitzendvermogen van de Lopikse zendmast te beperken tot 3 kW, jegens Q-music *geenszins* onzorgvuldig gehandeld (r.o. 3.2.5). Van Novec mocht immers worden verwacht dat hij de veiligheidsrisico's uit voorzorg zo veel mogelijk zou beperken in afwachting van de uitkomsten van de onderzoeksresultaten naar de oorzaak van de brand in de Lopikse zendmast, waardoor hij niet ten onrechte deze veiligheidsbelangen heeft laten prevaleren boven de – veeleer – financiële belangen van Q-music (r.o. 3.2.9).

3. Een juiste maatstaf?

Dat oordeel van het hof is mijns inziens niet onbegrijpelijk. Bij deze belangenafweging komt immers doorslaggevend gewicht toe aan de 'gerechtvaardigde verwachtingen' van justitiabelen onderling, waarbij zij zich moeten laten leiden door 'hetgeen mensen onderling in de maatschappij in redelijkheid van elkaar kunnen verwachten' (vgl. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.1.5). Illustratief in dat verband is het eerder genoemde *Kalimijnen*-arrest, waar de Hoge Raad overwoog dat aan de belangen van de benedenstroomse gebruikers van de rivier in zoverre een bijzonder gewicht toekomt dat zij in beginsel 'mogen verwachten' dat de rivier niet door afvallozingen wordt vervuild (HR 23 september 1998, AA 1989/0874, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Kalimijnen*), r.o. 3.3.2). In het onderhavige arrest heeft het hof met zijn oordeel, zo dunkt mij, deze maatstaf niet miskend. Het komt mij niet onlogisch voor dat 'mensen onderling in de maatschappij in redelijkheid van elkaar kunnen verwachten' dat het afwenden van brandrisico's en daarmee het waarborgen van de veiligheid, alleszins behoort te prevaleren boven financiële belangen. Ik kan mij voorstellen dat het uitblijven van de reductie van het uitzendvermogen van de Lopikse zendmast zelfs potentieel een *gevaarzettende* situatie in het leven zou hebben geroepen, temeer nu een ongewijzigd uitzendvermogen van 34 kW een herhaalde brand in de hand zou werken. Uit de schriftelijke verklaring van een medewerker van Novec blijkt immers dat met een reductie van het uitzendvermogen naar 3 kW, de kans op herhaalde kortsluiting 'aanvaardbaar klein' is (r.o. 2.22). Of Novec evenwel 'onzorgvuldig' zou hebben gehandeld in deze hypothetische situatie dat hij het uitzendvermogen van de Lopikse zendmast *niet* zou hebben gereduceerd, is naar de maatstaf van de Hoge Raad afhankelijk van de vraag of de waarschijnlijkheid van een herhaalde brand als gevolg van het uitblijven van een reductie van het uitzendvermogen zo groot is, dat Novec zich 'naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden' (vgl. HR 14 juli 2017, «JA» 2017/129 (*JMV/Zürich*) en Jansen, in *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.3.7.1). Het komt mij niet onlogisch voor dat het hof – in voorkomend geval – deze vraag bevestigend zou hebben beantwoord en mitsdien van oordeel zou zijn dat Novec jegens Q-music wél *onzorgvuldig*

zou hebben gehandeld. Doordat Novec echter wél heeft besloten tot een reductie van het uitzendvermogen, en daarmee een gevaarzettende situatie veeleer heeft *afgewend*, kan hem die gedraging, zo dunkt mij, allerminst als 'onzorgvuldig' worden toegerekend. Mijns inziens heeft het hof daarmee, door eenzelfde slotsom gerechtvaardigd te achten, correct en begrijpelijk geoordeeld.

4. Toetsing aan het relativiteitsvereiste in Hoogersmilde

Met betrekking tot de brand in de zendmast in Hoogersmilde klaagt Q-music in appel over het oordeel van de rechtbank Amsterdam dat – kort gezegd – het Bouwbesluit 2003 *niet* strekt tot bescherming van de vermogensschade die Q-music heeft geleden (r.o. 3.3.2). Over de *relativiteit* van de beweerdelijk geschonden art. 2.88 lid 1, 2.98 en/of 2.196 lid 1 van het Bouwbesluit 2003, is het hof in zijn arrest stellig: deze strekken *niet* tot bescherming van de *bedrijfsschade* zoals Q-music die heeft geleden. Het Bouwbesluit 2003 strekt namelijk veeleer tot bescherming van de 'veiligheid' in de samenleving, dat meer bepaald tot uitdrukking komt in het feit dat het Bouwbesluit 2003 berust op art. 2 Woningwet, op grond waarvan bij AMvB uitsluitend regels kunnen worden gesteld uit het oogpunt van 'veiligheid, gezondheid, bruikbaarheid, energiezuinigheid en milieu' (r.o. 3.3.3). De beweerdelijk geschonden normen uit het Bouwbesluit 2003 beogen mitsdien *geen* individuele vermogensbelangen, zoals de commerciële belangen van Q-music, te beschermen. Dat commerciële belangen door de afwezigheid van *relativiteit* niet zelden van bescherming verstoken blijven, blijkt ook uit het arrest van de Hoge Raad van 10 november 2006 (HR 10 november 2006, «JA» 2007/20, r.o. 3.3.3). Daar overwoog de Hoge Raad dat de *commerciële* belangen van merkgeneesmiddelenfabrikant 'AstraZeneca c.s.' *niet* worden beschermd door de wettelijke normen van het Reclamebesluit Geneesmiddelen en de Wet Tarieven Gezondheidsnorm. In het onderhavige arrest heeft het hof, zo dunkt mij, zich laten inspireren door het *Duwbak Linda*-arrest van de Hoge Raad, waarin hij het startschot gaf voor een serie zaken over de relativiteit van wettelijke normen (vgl. HR 7 mei 2004, *NJ* 2006/281, m.nt. J. Hijma, en P.W. den Hollander, 'De relativiteit van wettelijke normen', *AA* 2016,

p. 990). Centraal in dat arrest stond de duwbak genaamd 'Linda', die ten onrechte door de scheepskeuring zou zijn gekomen, zonk en dienvolgende de aan haar vastgebonden schepen van scheepseigenaar Van Hasselt beschadigde. Alwaar Van Hasselt de Staat aansprak tot vergoeding van de schade aan zijn schepen, wees de Hoge Raad de aansprakelijkheid van de Staat op *relativiteitsgronden* af: de regelgeving op basis waarvan de Staat het keuringscertificaat voor Linda had afgegeven, beoogt namelijk slechts de 'veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer te bevorderen' en strekt *niet* tot bescherming van het 'individuele vermogensbelang van Van Hasselt als scheepseigenaar die schade lijdt doordat een onvoldoende gekeurd schip (lees: duwbak Linda) schade berokkent' (zie HR 7 mei 2004, *NJ* 2006/281, m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*), r.o. 3.4.2-3.4.3). Waar in het *Duwbak Linda*-arrest *zaakschade* centraal stond, ging het in het arrest *Schietincident Alphen a/d Rijn* primair om *personenschade* (vgl. HR 20 september 2019, *NJ* 2020/233, m.nt. S.D. Lindenberg, p. 3816). Daar kwam de Hoge Raad op 20 september 2019 – onder verwijzing naar het *Duwbak Linda*-arrest – evenwel tot een diametraal andere uitkomst: de Wet wapens en munitie, meer bepaald: het verlofstelsel op basis waarvan een wapenvergunning kan worden verleend, heeft immers tot doel om naast de bescherming van de samenleving in algemene zin, óók te voorkomen dat individuele burgers het slachtoffer worden van onverantwoord vuurwapenbezit (zie HR 20 september 2019, «JA» 2019/170, r.o. 3.1.6).

5. Aandacht voor individuele vermogensbelangen?

Met beide arresten illustreert de Hoge Raad, zo dunkt mij, dat de relativiteitsvraag sterk casusgebonden is, temeer omdat de wettekst en wetsgeschiedenis van een norm doorgaans geen pasklaar antwoord bieden op de vraag of de desbetreffende norm strekt tot bescherming 'tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden' (vgl. HR 20 september 2019, *NJ* 2020/233, m.nt. S.D. Lindenberg, p. 3817). Deze rechtspraak staat mitsdien – zoals Den Hollander dat treffend formuleert – garant voor debat (P.W. den Hollander, 'De relativiteit van wettelijke normen', *AA* 2016, p. 991). In het licht van het door hem bepleite 'institutionele model', waarin hij op een overtuigende wijze een onderscheid maakt tus-

sen twee fasen aan de hand waarvan de *relativiteit* door de rechter moet worden beoordeeld, acht ik het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk. Vooreerst is immers richtinggevend of het Bouwbesluit 2003 naast algemene belangen ook 'individuele vermogensbelangen' beoogt te beschermen (vgl. P.W. den Hollander, 'De relativiteit van wettelijke normen', AA 2016, p. 993). De rechter dient zich in deze eerste fase terughoudend op te stellen, hetgeen hem verplicht voornoemde vraag enkel bevestigend te beantwoorden indien daarvoor 'positieve aanwijzingen' zijn te vinden in de wettekst en de wetsgeschiedenis. Of de wetsgeschiedenis van het Bouwbesluit 2003 dan wel de wettekst van art. 2.88 lid 1, 2.98 en/of 2.196 lid 1 Bouwbesluit 2003 een 'positieve aanwijzing' bevat, heeft het hof evenwel in het midden gelaten. Zou het hof zich wel aan die toets hebben gewaagd, dan zou het aldaar een 'positieve aanwijzing' – naar ik waarschijnlijk acht – echter niet hebben gevonden. Het oordeel van het hof acht ik derhalve in zoverre niet onbegrijpelijk, al zou het mijns inziens de begrijpelijkheid van het oordeel ten goede zijn gekomen als het hof zich in zijn motivering helder had laten inspireren door het model van Den Hollander en langs deze lijnen had geformuleerd. Het verdient daarbij evenwel opmerking dat de Hoge Raad het model van Den Hollander in zijn rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen *niet* hanteert, waardoor het arrest van het hof – door aan het model van Den Hollander evenmin (uitdrukkelijk) navolging te geven – in zoverre geen structurele verschuiving oplevert in de bestendige lijn in de jurisprudentie (vgl. P.W. den Hollander, 'De relativiteit van wettelijke normen', AA 2016, p. 994). Dat neemt echter niet weg dat de rechtspraak van de Hoge Raad zich in sommige gevallen laat inpassen in het model van Den Hollander en daarmee de begrijpelijkheid van het relativiteitsoordeel mijns inziens wordt versterkt. Illustatief in dat verband is bijvoorbeeld het *Vie d'Or*-arrest, waar de Hoge Raad overwoog dat de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 'positieve aanwijzingen' bevat dat het toezicht door de verzekeringskamer op de gefailleerde levensverzekeraar Vie d'Or naast het algemeen belang van 'bescherming en bevordering van het vertrouwen in het verzekeringswezen' ook de 'individuele vermogensbelangen' van de gedupeerde polishouders beoogde te beschermen (HR 13 oktober 2006, «JA» 2007/2 (*Vie d'Or*), r.o. 4.2.2).

In zoverre is het arrest van het hof, zo dunkt mij, dan toch voor enige verbetering vatbaar.

D.M. van Broeckhuijsen
Masterstudent Double Degree Privaatrecht |
Commercieel Vermogensrecht & Toga aan de
Maas en tevens student-assistent sectie Burger-
lijk recht (Erasmus School of Law)

72

School niet aansprakelijk voor val leerling in trapgat

Rechtbank Amsterdam
26 januari 2022, nr. C/13/692100 / HA ZA
20-1086, ECLI:NL:RBAMS:2022:802
(mr. Kalff)

Val in trapgat. Aansprakelijkheid school. Kelderluik-criteria.

[BW art. 6:162]

Een minderjarig meisje, dat in groep 3 van de basisschool zit, klimt tijdens de lunchpauze over de leuning van de trap. Zij maakt een val van vier tot zes meter. Ditto, de ziektekostenverzekeraar van de minderjarige, vergoedt de medische kosten en vordert deze terug van de school. Grondslag is dat de school haar zorgplicht geschonden zou hebben door de lessen voor groep 3 op de eerste verdieping te laten plaatsvinden. Tevens heeft de school onvoldoende preventieve maatregelen genomen en nagelaten adequaat toezicht te houden. Volgens Amstelwijs is het gebruikelijk dat basisscholen worden gehuisvest in gebouwen met meerdere verdiepingen en ook dat groep 3 op de eerste verdieping is gevestigd. De school heeft diverse schoolregels, waaronder het niet rennen op de trap en het niet glijden van de trapleuning. Die regels zijn bekend bij de leerlingen. De rechter past bij het beoordelen van de aansprakelijkheidsvraag de Kelderluik-criteria toe. De aanwezigheid van een trap met een trapleuning en een trapgat brengt in zijn algemeenheid niet mee dat van een gevaarzettende situatie sprake is. Trappen komen veelvuldig voor in woningen en (openbare) gebouwen, waaronder gebouwen waarin scholen zijn gehuisvest. Kinderen zijn