

7. Ik heb alleen kennis genomen van het partijdebat zoals dat volgt uit het vonnis van de kantonrechter. Wat werkelijk door [X] en Carglass naar voren is gebracht weet ik dus niet. Uit de weergave door de kantonrechter in het vonnis van het partijdebat, komt het oordeel dat [X] niet heeft voldaan aan zijn onderzoeks- en klachtplicht mij onbegrijpelijk voor.

L.C. Dufour
WIJ Advocaten

Varia

115

Rechtbank Den Haag
10 april 2013, nr. 426942/HA ZA 12-1090,
ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7901
(mr. Veneman)
Noot mr. S.M. Bordewijk

Risicoaansprakelijkheid voor roerende zaken. Brandschade. Vertegenwoordigingsbevoegdheid VvE.

[BW art. 3:3, 3:4, 3:189, 5:106 lid 5, 5:112, 5:126, 6:173]

Benadeelde vormt samen met zijn onderbuurman een Vereniging van Eigenaars. Het appartement van de onderbuurman is verhuurd aan een shoarmarestaurant. Door brand ontstaan in de frituurinstallatie van de huurder, is mede schade ontstaan aan de door benadeelde op zijn appartement aangebrachte dakopbouw. Volgens benadeelde dient de huurder deze schade te vergoeden, omdat op hem als bezitter van de gebrekkige roerende frituurinstallatie een risicoaansprakelijkheid rust. De rechtbank verwerpt het verweer dat de schade is geleden door de Vereniging van Eigenaars als eigenaar van de opstal en dat deze ook als enige bevoegd is om de schade te verhalen. De Vereniging van Eigenaars is niet de eigenaar van de (gezamenlijke) appartementsrechten en dus ook niet van de opstal. Ook is geen sprake van een exclusieve bevoegdheid om de gezamenlijke eigenaars in rechte te vertegenwoordigen. Tenzij

daarover in een reglement anders is bepaald, komt deze bevoegdheid ook toe aan de afzonderlijke eigenaar(s) zelf.

De rechtbank oordeelt vervolgens dat de huurder aansprakelijk is voor de brandschade, omdat de frituurinstallatie als roerende zaak met een niet-functionerende thermostaat, niet aan de eisen voldeed die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen en daarmee een bijzonder gevaar opleverde. Het beroep op de tenzij-clausule van art. 6:173 BW wordt verworpen, omdat zelfs indien juist zou zijn dat het gebrek vrijwel gelijktijdig met de brand was ontstaan, daarmee nog niet gegeven is dat van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad geen sprake is. Ook heeft benadeelde niet onrechtmatig gehandeld door geen opstalverzekering voor de opbouw af te sluiten, omdat geen wettelijke verplichting tot het afsluiten van een dergelijke verzekering bestaat. De hoogte van de schade moet nog worden vastgesteld. Daartoe zal de rechtbank een deskundige benoemen. Deze deskundige moet zich tevens uitlaten over de vraag in hoeverre de brandschade zou zijn beperkt indien de opbouw was geplaatst conform de voorschriften van het Bouwbesluit.

1. [A], en
2. [B], beiden te [woonplaats],
eisers in conventie,
verweerders in voorwaardelijke reconventie,
advocaat: mr. R.K. van der Brugge te Den Haag, tegen
[C] te [woonplaats],
gedaagde in conventie,
eiseres in voorwaardelijke reconventie,
advocaat: mr. F. van Schaik te Berkel en Rodenrijs.

1. *De procedure*
(...; red.)

2. *De feiten*

2.1. [A] c.s. zijn eigenaars van het appartementsrecht op de eerste etage aan de [adres 1] te [woonplaats]. De heer [D] (hierna: [D]) is eigenaar van het appartementsrecht op de begane grond aan de [adres 2] te [woonplaats]. [A] c.s. en [D] vormen samen de Vereniging van Eigenaars (hierna: VvE) waarin [D] het enige bestuurslid is.
2.2. [C] huurt het appartement van [D] en exploiteert daarin een shoarmarestaurant onder de naam "Shoarma Hassebas".

2.3. Op 18 januari 2007 is door de Gemeente Delft een vergunning verleend voor het vergroten van de woning aan de [adres 1] te [woonplaats] met een dakopbouw, gelegen boven (een deel van) het appartement van [D]. In deze vergunning is als voorwaarde opgenomen dat het bouwen moet plaatsvinden in overeenstemming met het Bouwbesluit. Verder is in de vergunning – onder meer – opgenomen:

“Mededelingen:

(...)

5. Door het plaatsen van de dakopbouw/dakkapel is het voldoende functioneren van de uitmondin- gen van de ventilatie- en rookkanalen van de be- lencing(en) niet gewaarborgd. Wij bevelen u aan om in overleg met de eigenaar van de belencing zodanige voorzieningen te treffen dan wel over een te komen dat geen gevaarlijke situatie(s) kan/kunnen ontstaan.”

2.4. Op 14 juli 2009 is door aannemer De-Huis-Arts een offerte uitgebracht voor het realiseren van een dakopbouw aan de woning van [A] c.s. De kosten hiervoor beliepen volgens de offerte € 19.218,50 inclusief BTW.

2.5. In de zomer van 2010 is door De-Huis-Arts de dakopbouw gebouwd.

2.6. Op 7 oktober 2010 is brand uitgebroken in het shoarmarestaurant van [C]. Door deze brand – die is overgeslagen naar het appartement van [A] c.s. – is de opbouw zoals die op dat moment bestond, verloren gegaan.

2.7. Biesboer Expertise B.V. (hierna: Biesboer) heeft in opdracht van de (opstal)verzekeraar van de Vereniging van Eigenaren (hierna: de VvE) op 31 januari 2011 een rapport opgesteld naar aanlei- ding van het ontstaan van de brand. In dit rapport is – onder meer – het volgende opgenomen:

“3.2. Omschrijving brand- en schadeverloop

(...) Via het kanalsysteem van de afzuiging (fo- to’s 16 t/m 18) had het vuur zich uitgebreid naar de eerste verdieping van het pand. Met name ter hoogte van de dakdoorvoer had het vuur zich daar onder het dakbeschot uitgebreid (foto’s 19 t/m 22).

(...)

3.7. Clausules

(...)

Boven de frituurinstallatie bevond zich een goed werkende afzuiginstallatie, welke jaarlijks door de firma Arco werd gereinigd en gecontroleerd. De frituurinstallatie zelf en daarmee ook de daarin aanwezige thermostaten, werden niet jaarlijks

door een erkend installateur gecontroleerd. Alleen bij storingen aan deze installatie werd de installa- teur ingeschakeld. Dit was ook op 22 september 2010 het geval.

Blusmiddelen waren in het restaurant voorhanden en zijn ook gebruikt (...) Het betrof evenwel ABC poederblussers (...) welke niet geschikt zijn voor het blussen van vet- of oliebranden.

5. Samenvatting en conclusie

Gezien het vorenstaande, kan als resultaat van de ingestelde expertise en daarbij gelet op de inhoud van de afgelegde verklaringen en mededelingen, worden gesteld dat:

– op 7 oktober 2010 brand heeft gewoed in resta- urant Shoarma Hassebas te Delft;

– deze brand is ontstaan in de middelste oliepan van een driepons friteuse, een friteuse deel uitma- kende van een zogenaamde bakwand;

– de brand zich via de afzuiginstallatie heeft uitge- breid waardoor onder andere aanzienlijke schade ontstond in de woning boven de shoarmazaak;

(...)

Resumerend wordt dan ook gesteld, dat de brand die in de middelste van de drie oliepannen is ontstaan, veroorzaakt is doordat de zowel de re- gel- als de maximaal thermostaat niet hebben ge- functioneerd. Hierdoor de olie in de pan tot boven de ontbrandingstemperatuur kon opwarmen en de hete oliedamp tot (zelf)ontbranding komen. Bij nader onderzoek aan de friteuse is niet vastge- steld waardoor de beide thermostaten niet hebben gefunctioneerd. Voor zover kon worden gecontro- leerd was de afzuigkap niet overmatig verontrei- nigd.

Op de verzekeringsovereenkomst tussen shoarma Hassebas en Centraal Beheer Achmea is het clau- suleblad ‘Horeca preventiemaatregelen BBA07’ van toepassing. Op een aantal punten die in deze clause zijn opgenomen, werd niet voldaan. Er waren namelijk geen CO2-blusapparaten aanwe- zig, geschikt voor vetbranden (klasse F). Ook werden de thermostaten in de friteuse niet jaarlijks door een erkend installateur gecontroleerd.”

2.8. Bij brief van 13 januari 2011/29 april 2011 heeft [E] ([E]) van De-Huis-Arts het volgen- de aan [A] c.s. geschreven:

“Op jouw verzoek ook nog de resterende uit te voeren werkzaamheden die vóór de brand nog gedaan moesten worden die op deze bijlage zijn gespecificeerd.

Materialen zijn reeds betaald, zie voorgaande facturen

Arbeid: 2 mandag a € 500,=/dag (2 man) € 1000,=
Bestaande uit het aanbrengen resterende sidings
(gevelbekleding) zijgevel, aanbrengen 1 x water-
slag onder raam, boeidelen en daktrim, stroken
mastiekrand inbranden alles binnenplaats zijde.
Het aanbrengen van 3 x waterslagen onder de ra-
men aan de straatzijde (willemstraat).
Totaal resterend werkzaamheden excl. btw €
1000,=

2.9. Bij brief van 3 oktober 2011 is [C] namens
[A] c.s. aangemaand tot betaling van de schade
die ten gevolge van de brand is ontstaan. Volgens
deze aanmaning bedroeg de schade in hoofdsom
€ 70.998,70 (exclusief BTW).

2.10. Op 16 januari 2012 heeft Van Erven Beheer
B.V. (hierna: Van Erven) een offerte uitgebracht
voor het herstel van de opbouw ten bedrage van
€ 41.779,58 exclusief BTW.

2.11. Op 5 juli 2012 heeft een medewerker van de
Gemeente Delft, de heer [F] (hierna: [F]), een
email verstuurd aan [D]. Hierin valt – onder meer
– het volgende te lezen:

“De brand in uw woning is naar mijn mening
ontstaan doordat de WBDBO tussen de 2 brand-
compartimenten (winkel en woning) niet voldoende
is geweest. De brand is ontstaan via de afzuig-
unit in de keuken. De afzuigunit is via kanalen
verbonden met de buitenlucht.

Door het kanaal ontstaat er een open verbinding
tussen de winkel en de woning en is het dus be-
langrijk dat eventuele brand in de winkel zich niet
uitbreid naar de woning. Er moet dus een brand-
scheiding komen van 60 min.

Dit kan op 2 manieren:

1. Door het plaatsen van een brandklep tussen de
winkel en de woning
2. Door het afvoerkanaal geheel 60 minuten te
omkleden.

Er is gekozen voor optie 2, alleen vermoed ik dat
deze brandwerende omkleding alleen op de 1e
verdieping (woning) is uitgevoerd en niet op de
begane grond (winkel), hetgeen het uitbreiden
van de brand van de winkel naar de woning kan
versnellen.”

2.12. Op 8 februari 2013 heeft [G] (hierna: [G])
een verslag ondertekend van een bespreking op
18 januari 2013 met – onder meer – [D]. In dit
verslag is – onder meer – het volgende opgeno-
men:

“Betreft: bouwkundige constatering en waargeno-
men tijdens het herstel van de [adres 1] – 82 na
de brand op 7 oktober 2010, door dhr. [G].

(...)

Constatering en:

1. (...)

2. Het bouwbesluit bepaalt dat rondom de pijp 5
cm vrij dient te zijn. Dit was niet het geval. De
pijp heeft hierdoor als een soldeerbout tegen het
hout (dakplaat) aangebrand. Hierdoor is er
brandschade ontstaan. Tevens was er geen isolatie
aanwezig, welke ook in het bouwbesluit als ver-
plicht genoemd staat.

(...)

Conclusie welke gesteld kan worden: Indien de
aankoop volgens bouwvergunning en bouwbe-
sluit gerealiseerd zou zijn geweest is het aanneme-
lijk te stellen dat de [adres 1] geen brandschade
zou hebben gehad, alleen rookschade.”

3. Het geschil

In conventie

3.1. [A] c.s. vorderen – samengevat en na vermeer-
dering van eis – veroordeling van [C] tot betaling
van € 48.527,70, vermeerderd met rente en (pro-
ces)kosten, waaronder de kosten van het gelegde
conservatoire beslag.

3.2. [A] c.s. leggen het volgende aan hun vordering
ten grondslag. [C] is op grond van artikel 6:173
BW aansprakelijk voor de door [A] c.s. geleden
schade. Zij was immers bezitter van roerende be-
drijfsinstallaties (de frituur, de afzuiginstallatie
en de brandblusinstallatie) die niet voldeden aan
de eisen die men daaraan in de gegeven omstan-
digheden – ter voorkoming van brand – mocht
stellen. De brand heeft zich verwezenlijkt en [A]
c.s. hebben hierdoor schade geleden, bestaande
uit de kosten van het herbouwen van de aanbouw
aan hun appartement in de toestand zoals deze
was op de dag voor de brand.

3.3. [C] voert verweer.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna,
voor zover van belang, nader ingegaan.

In voorwaardelijke reconventie

3.5. Onder de voorwaarde dat de vordering in
conventie volledig wordt afgewezen, vordert [C]
opheffing van het conservatoire beslag op de wo-
ning van [C].

3.6. [C] legt aan haar vordering ten grondslag dat
wanneer de vordering in conventie wordt afgewe-
zen, het beslag op haar woning onrechtmatig is
geweest.

3.7. [A] c.s. voeren verweer.

3.8. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

In conventie

Ontvankelijkheid van [A] c.s.

4.1. [C] betwist dat [A] c.s. door de brand schade hebben geleden. Volgens haar zijn [A] c.s. niet de eigenaar van de opstal (daaronder begrepen de opbouw), maar is dat de VvE. Aangezien de VvE schade heeft geleden, komt ook slechts de VvE de bevoegdheid toe om deze schade te verhalen. [A] c.s. komt niet de bevoegdheid toe om in deze voor zichzelf op te treden en het is – aldus Vermeulen – niet gebleken dat zij optreden voor de VvE.

4.2. De rechtbank overweegt als volgt. De juridische constructie van de appartementsregeling gaat uit van een gemeenschappelijk eigendom van alle appartementseigenaren (waarbij een appartements-eigenaar gelet op artikel 5:106 lid 5 BW de gerechtigde tot een appartementsrecht is) van het gehele in de splitsing betrokken gebouw en de daarbij behorende grond, gekoppeld aan een exclusief gebruiksrecht van de privéruimten in het gebouw en het recht van medegebruik van de gemeenschappelijke gedeelten. Dit betekent dat een appartements-eigenaar slechts een exclusief gebruiksrecht op, maar niet de exclusieve eigendom heeft van zijn woongedeelte. Hij is slechts mede-eigenaar, evenals alle andere appartements-eigenaren in het gebouw. De VvE – die een rechtspersoon is – komt in verband met het beheer van de gehele opstal een aantal taken toe (vgl. artikel 5:126 BW), maar zij heeft niet de eigendom van de (gezamenlijke) appartementsrechten. Het betoog van [C] dat de VvE schade heeft geleden, omdat de VvE eigenaar is van de opstal, gaat in zoverre dus niet op.

4.3. Voor zover [C] zich met betrekking tot haar standpunt dat slechts de VvE rechtsingang heeft ter zake van geschillen over schade aan de opstal, baseert op de bepalingen met betrekking tot de gemeenschap (titel 7 van boek 3 BW), is dat een onjuist uitgangspunt. Hoewel appartements-eigenaren deelgenoten zijn in een (bijzondere) gemeenschap, zijn op grond van artikel 3:189 BW de bepalingen met betrekking tot de gemeenschap (titel 7 van boek 3 BW) niet van toepassing op de gemeenschap van een in appartementsrechten ge-

splitst gebouw, zolang de splitsing niet is opgeheven. Het verweer van [C] wordt op dit punt dus verworpen.

4.4. Dat geldt ook voor zover [C] zich heeft willen baseren op artikel 5:126 BW. De VvE kan – gelet op het bepaalde in lid 2 van dit artikel – de gezamenlijke eigenaars in rechte vertegenwoordigen. Van een exclusieve bevoegdheid van de VvE is echter geen sprake, zodat – tenzij daarover in het reglement als bedoeld in artikel 5:112 BW anders is bepaald – niet valt in te zien dat de bevoegdheid om in rechte op te treden in voorkomende gevallen niet ook aan de afzonderlijke eigenaar(s) zelf toekomt. Vast staat dat de opbouw (nog) niet was meeverzekerd op de opstalpolis van de gezamenlijke eigenaars, en de aan de opbouw ontstane schade dus niet op andere wijze uit het vermogen van de VvE wordt vergoed. Nu bovendien is gesteld noch gebleken dat het reglement aan de VvE exclusieve bevoegdheid is toegekend om in rechte op te treden, zijn (ook) [A] c.s. gerechtigd tot het in rechte vorderen van de aan de opbouw ontstane schade.

Aansprakelijkheid

4.5. Daarmee dient zich de vraag aan of gelet op het bepaalde in artikel 6:173 BW sprake is van een op [C] rustende risico-aansprakelijkheid.

[C] heeft deze aansprakelijkheid betwist. Volgens haar is een frituur geen roerende zaak waarvan bekend is dat zij, zo zij niet voldoet aan de eisen die men daar in de gegeven omstandigheden aan mag stellen, een bijzonder gevaar oplevert. Bovendien is [C] niet aansprakelijk, omdat het tijdsverloop tussen het ontstaan van het gebrek aan de thermostaat en het ontstaan van de brand te kort was om maatregelen te treffen. Ten slotte heeft [C] aangevoerd dat zij ook niet aansprakelijk is voor de niet verzekerde schade omdat juist het niet verzekeren van de opbouw door [A] c.s. onrechtmatig is jegens [C], die er van uit mocht gaan dat er afdoende was verzekerd.

4.6. De rechtbank overweegt als volgt. Voor zover [C] heeft bedoeld te betogen dat de frituur geen roerende zaak is in de zin van artikel 6:173 BW gaat dat verweer niet op. Ingevolge artikel 3:3 lid 2 BW zijn alle zaken die niet onroerend zijn, roerend. Op grond van artikel 3:3 lid 1 BW zijn gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verbonden, hetzij rechtstreeks hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken, onroerend. Een frituur – en ook een frituurwand –

is normaal gesproken niet vernageld aan de grond, waardoor zij als onroerend moet worden aangemerkt. Nu geen feiten of omstandigheden zijn gesteld of gebleken waaruit volgt dat de frituurinstallatie bestanddeel (artikel 3:4 BW) is geworden van het pand, brengt dat met zich dat de frituur als roerende zaak moet worden aangemerkt.

4.7. Ook het verweer dat van de frituur niet bekend is dat zij, zo zij niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, een bijzonder gevaar oplevert, wordt door de rechtbank verworpen. De gevaarlijkheid van de zaak dient niet inherent aan de zaak te zijn, maar dient voort te vloeien uit het feit dat de zaak gebrekkig is, dus een afwijkende eigenschap vertoont. In het onderhavige geval leverde de frituur gevaar op door een niet functionerende thermostaat. Daardoor voldeed de frituur niet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen én leverde de frituur een bijzonder gevaar op.

4.8. [C] heeft nog een beroep gedaan op de tenzij-clausule in artikel 6:173 BW. Volgens [C] bestaat de aansprakelijkheid op grond van artikel 6:173 BW alleen wanneer sprake is van een gebrek dat enige tijd voortduurt en niet wanneer de schade het gevolg is van een gebrek dat zeer kort voor het schadeveroorzakende incident is ontstaan. Ook dit verweer gaat naar het oordeel van de rechtbank niet op, omdat de enkele stelling dat met het ontstaan van het gebrek het gevaar zich direct heeft verwezenlijkt, onvoldoende is voor een gerechtvaardigd beroep op deze tenzij-clausule. Zelfs wanneer juist zou zijn dat het gebrek vrijwel gelijktijdig met de brand is ontstaan, dan is daarmee immers nog niet gegeven dat van aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW geen sprake is. Slechts dan – dus wanneer aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW zou hebben ontbroken – slaagt een beroep op de tenzij-clausule uit artikel 6:173 BW.

4.9. Het betoog van [C] – ten slotte – dat zij niet aansprakelijk is omdat [A] c.s. jegens haar onrechtmatig hebben gehandeld door geen opstalverzekering voor de opbouw af te sluiten, strandt ook. Ter zake van het verzekeren van een opstal bestaat immers geen (wettelijke) verplichting voor [A] c.s., zodat van onrechtmatig handelen op dit punt dan ook geen sprake is.

4.10. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat [C] op grond van artikel 6:173 BW aansprakelijk is voor de schade die [A] c.s. door de brand – die is ontstaan doordat de thermostaat van de frituur defect was – hebben geleden.

Schade

4.11. Dat betekent dat de hoogte van de door [A] c.s. geleden schade moet worden vastgesteld. Volgens [A] c.s. bestaat hun schade uit de kosten die nodig zijn om de opbouw weer in de staat te brengen waarin deze was toen de brand uitbrak. Deze kosten belopen volgens hen een bedrag van € 48.527,70. [C] heeft de hoogte van de gestelde schade bestreden. Het thans gevorderde bedrag houdt een verdrievoudiging in ten opzichte van de oorspronkelijke offerte (in 2009) van De-Huis-Arts, hetgeen volgens [C] niet aannemelijk is. Daar hebben [A] c.s. tegenover gesteld dat een aantal werkzaamheden door derden is verricht, zodat de offerte van De-Huis-Arts geen volledig beeld geeft van de kosten van de opbouw.

4.12. [A] c.s. hebben verzocht om met betrekking tot het bepalen van de hoogte van de schade een deskundige in te schakelen. [C] heeft ter zitting met dit verzoek ingestemd. De rechtbank zal terzake van de vast te stellen schade een deskundigenbericht gelasten. De rechtbank zal de zaak naar de rol verwijzen teneinde partijen in de gelegenheid te stellen zich bij akte – bij voorkeur unaniem, na gezamenlijk overleg hierover – elk afzonderlijk uit te laten over de persoon van de deskundige alsmede over de aan de deskundige voor te leggen vragen.

Eigen schuld?

4.13. [C] heeft aangevoerd dat het op de weg van [A] c.s. had gelegen om – in verband met de opbouw – brandwerende maatregelen te treffen. Meer in het bijzonder heeft zij betoogd dat [A] c.s. een brandklep hadden moeten plaatsen en de afvoerpijp (ook beneden) hadden moeten isoleren. Bovendien hadden [A] c.s. op de plaats waar de afvoer door het nieuwe dak van de opbouw naar buiten ging, een afstand tot het dakbeschoot moeten aanhouden van vijf centimeter. Volgens [A] c.s. valt hen niets te verwijten. Zij stellen dat er volgens de voorwaarden van de vergunning is gewerkt, maar dat er in de vergunning geen voorwaarden zijn gesteld met betrekking tot een (verhoogd) risico op brandgevaar. Het had vol-

gens [A] c.s. bovendien op de weg van [C] gelegen om actie te ondernemen ter zake van brandwerende maatregelen.

4.14. Naar het oordeel van de rechtbank vindt de stelling van [A] c.s. dat de verplichtingen op grond van de (bestuursrechtelijke) vergunning ondergeschikt zijn aan de (civielrechtelijke) verplichting van [C] om in verband met de verbouwing van [A] c.s. zelf brandwerende maatregelen te treffen in het perceel van [D], geen steun in het recht. De rechtbank gaat hier dan ook aan voorbij. [A] c.s. waren gehouden de verbouwing conform de voorschriften van het Bouwbesluit uit te (laten) voeren. Anders dan door [A] c.s. is gesteld had het – mede gelet op het bepaalde in de vergunning – bovendien op hún weg gelegen om in verband met de gevolgen van de verbouwing voor de brandveiligheid contact op te nemen met de eigenaar van het belendende perceel ([D]) om af te stemmen of en in hoeverre in de nieuwe situatie in het benedenappartement aanvullende voorzieningen tegen brandgevaar moesten worden getroffen.

4.15. [A] c.s. hebben overigens op zich niet bestreden dat de door [C] aangevoerde brandwerende maatregelen – het plaatsen van een brandklep, het isoleren van de afvoerpijp en het aanhouden van een afstand van 5 cm van de afvoerpijp tot het dakbeschoot – voortvloeien uit het Bouwbesluit. Zij hebben evenmin betwist dat zij geen brandklep hebben geplaatst en ook niet dat zij de afvoerpijp beneden niet hebben geïsoleerd. [A] c.s. hebben echter wél betwist dat, zo deze maatregelen waren getroffen, de (brand)schade daardoor beperkt zou zijn gebleven. De rechtbank heeft er behoefte aan op dit punt door een deskundige te worden geïnformeerd en zal daartoe een deskundigenbericht bevelen. De zaak zal in verband hiermee naar de rol worden verwezen om partijen in de gelegenheid te stellen zich bij akte uit te laten over het type deskundige dat in dit verband moet worden benoemd, (eventueel) over de persoon van de deskundige en over de aan deze deskundige voor te leggen vragen.

4.16. Nu de stelling van [C] dat door [A] c.s. niet de voorgescreven afstand is aangehouden tussen de afvoerpijp en het dakbeschoot door van der Burgh c.s. gemotiveerd is bestreden, ligt het naar het oordeel van de rechtbank voor de hand dat dezelfde deskundige als bedoeld onder 4.15 zich ook hierover uitsprekt. Indien de deskundige concludeert dat [A] c.s. hebben verzuimd om de

juiste afstand aan te houden, dient ook ter zake van deze (alsdan vaststaande) omissie te worden aangegeven of en zo ja in hoeverre de (brand)schade beperkt zou zijn gebleven wanneer zij achterwege was gebleven.

4.17. De rechtbank overweegt dat het de voorkeur verdient dat in verband met de in 4.12, 4.15 en 4.16 beschreven doelen, steeds dezelfde deskundige wordt benoemd.

4.18. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

In voorwaardelijke reconventie

4.19. Iedere beslissing zal worden aangehouden.

5. De beslissing

De rechtbank:

In conventie:

5.1. verwijst de zaak naar de rol van 8 mei 2013 voor het nemen van een akte door [C] voor het onder 4.12, 4.15 en 4.16 beschreven doel;

5.2. verwijst de zaak naar de rol van 8 mei 2013 voor het nemen van een akte door van der Burgh c.s. voor het onder 4.12, 4.15 en 4.16 beschreven doel;

5.3. houdt iedere verdere beslissing aan;

In voorwaardelijke reconventie:

5.4. houdt iedere beslissing aan.

NOOT

Geen opstalverzekering

De huurder heeft onder meer als verweer gevoerd dat de benadeelde jegens hem onrechtmatig had gehandeld door geen opstalverzekering voor de dakopbouw af te sluiten terwijl de huurder ervan mocht uitgaan dat het pand afdoende was verzekerd. De rechtbank heeft dit verweer verworpen, omdat er voor benadeelde geen (wettelijke) plicht bestond om de dakopbouw te verzekeren.

De gedachte achter dit verweer is echter wel begrijpelijk als men bedenkt dat – zou de dakopbouw wel zijn verzekerd – het voor het merendeel van de Nederlandse opstalverzekeraars niet mogelijk was geweest om de schade vervolgens op de huurder te verhalen. Ingevolge de Bedrijfsregeling Brandregres 2000 is regres op een huurder van een beschadigde zaak niet mogelijk voor brandverzekeraars die lid zijn van het Verbond van Verzekeraars (art. 2 lid 4 jo. 7 lid 2 on-

der k BBr 2000). Overigens treedt per 1 januari 2014 een nieuwe Bedrijfsregeling Brandregres 2014 in werking, waarin de Bedrijfsregeling Brandregres 2000 voor regres op particulieren wordt gehandhaafd, maar voor de zakelijke markt komt te vervallen (www.verzekeraars.nl). Voor nieuwe schades is regres op niet-particuliere huurders vanaf dat moment wel mogelijk.

Frituur – roerend of onroerend?

De rechtbank stelt vast dat de frituurinstallatie op grond van art. 3:3 BW niet onroerend is, omdat “een frituur – en ook een frituurwand – (...) normaal gesproken niet (is) vernageld aan de grond.” Nu er voorts geen feiten of omstandigheden zijn gesteld of gebleken waaruit volgt dat de frituurinstallatie bestanddeel is geworden van het pand (art. 3:4 BW), brengt dat volgens de rechtbank met zich dat de frituur als roerende zaak moet worden bestempeld. Het is echter de vraag of de voornoemde feitelijke vaststelling omtrent de vernageling de conclusie van de rechtbank wel kan dragen, althans of de beslissing op dit punt voldoende gemotiveerd is.

Art. 3:3 BW bepaalt – voor zover hier relevant – dat een gebouw of werk onroerend is als deze “duurzaam met de grond is verenigd”. Uit HR 15 januari 2010, *S&S* 2010, 98 (*Woonark*) en HR 24 december 2010, *NJB* 2011, 199 (*Havenkranen*) kan worden afgeleid dat het criterium “duurzaam met de grond verenigd” uit twee deelvragen bestaat: a) is het gebouw of werk met de grond verenigd, en b) is die vereniging duurzaam? Zie hiervoor ook de noot van A. Steneker bij HR 6 december 2012, «JOR» 2013/65.

Voor vereniging met de grond is vereist dat het gebouw of werk in verbinding staat met de grond. Voor dit criterium is inderdaad van belang of de frituurinstallatie aan de grond vernageld is, dan wel daarvan losstaat.

Daarnaast is echter van belang of de vereniging met de grond duurzaam is. Deze vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de maatstaven die de Hoge Raad in het *Portacabin*-arrest heeft geformuleerd (HR 31 oktober 1997, *NJ* 1998, 97). Deze maatstaven komen erop neer dat van een duurzame vereniging sprake kan zijn indien een gebouw of werk naar aard en inrichting bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven. Of het technisch mogelijk is om het bouwsel te verplaatsen, is daarbij niet van belang. Van belang is wel de bedoeling van de

bouwer (van het gebouw of werk, dan wel degene in wiens opdracht het bouwwerk wordt aangebracht). Tot slot dient de bestemming van een gebouw of werk om duurzaam ter plaatse te blijven naar buiten kenbaar te zijn.

Uit deze maatstaven volgt dat het enkele feit dat een installatie aan de grond vernageld is, niet tevens bepalend is voor de duurzaamheid van deze vereniging met de grond. Voor dit laatste is de subjectieve bedoeling van de bouwer van die installatie leidend, welke bedoeling naar buiten kenbaar moet zijn. De rechtbank had dit vereiste ook expliciet moeten toetsen, alvorens te kunnen concluderen dat de frituurinstallatie op grond van art. 3:3 BW roerend was.

Dat een aan de grond genagelde installatie niet altijd onroerend is, blijkt ook uit het vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage van 3 oktober 2012, «JOR» 2013/91, dat ging over een spuitcabine die met U-profielen en keilbouten in de betonvloer van de grond van een loods was verankerd maar desondanks op grond van art. 3:3 BW als roerende zaak werd beschouwd, omdat de bouwer niet de bedoeling had de cabine duurzaam aan de betreffende locatie te binden. De rechtbank overwoog daarbij dat ten aanzien van apparatuur in een gebouw die niet als bestanddeel kan worden aangemerkt, slechts in bijzondere gevallen zal mogen worden aangenomen dat deze (indirect) duurzaam is verenigd met de grond. Ik sluit mij daarbij aan. Apparatuur zal eerder als bestanddeel van een onroerende zaak kunnen worden aangemerkt, dan als een (duurzaam met de grond verenigde) zelfstandige onroerende zaak.

Op grond van art. 3:4 lid 1 BW is alle apparatuur die volgens verkeersopvatting onderdeel van het gebouw uitmaakt bestanddeel van een gebouw (maatschappelijk criterium). Of dit het geval is, moet volgens de Hoge Raad in het *straalcabine*-arrest (HR 26 juni 1996, «JOR» 1996/107) worden beoordeeld aan de hand van de maatstaven die zijn vervat in HR 15 november 1991, *NJ* 1993, 316 (*Dépex/Curatoren*) en HR 27 november 1992, *NJ* 1993, 317 (*Ontvanger/Rabobank*). Deze maatstaven houden in dat wanneer gebouw en apparatuur in constructief opzicht specifiek op elkaar zijn afgestemd, hierin een aanwijzing ligt dat de apparatuur bestanddeel van het gebouw is, en dat bestanddeelvorming tevens kan worden afgeleid uit de omstandigheid dat het gebouw uit een oogpunt van ge-

schiktheid als bedrijfsgebouw bij het ontbreken van de apparatuur als onvoltooid moet worden beschouwd.

Uit art. 3:4 lid 2 BW volgt dat apparatuur ook bestanddeel is van het gebouw indien het met dat gebouw zodanig verbonden is, dat zij daarvan niet kan worden afgescheiden zonder dat schade van betekenis wordt toegebracht aan het gebouw of de apparatuur zelf (fysiek criterium). Het aan de grond vernageld zijn van een bepaalde zaak, speelt een rol in de toepassing van art. 3:4 BW, maar is daarbij niet leidend omdat het losschroeven van de installatie niet altijd tot schade van betekenis hoeft te leiden.

De rechtspraak bevestigt dat er verschillend kan worden gedacht over de vraag of een frituurinstallatie een bestanddeel is van het gebouw waarin het zich bevindt. Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde bij vonnis van 3 juni 1981 (*NJ* 1982, 73) dat een keukeninventaris die niet aard- of nagelvast was gemonteerd en die door loskoppelen van leidingen kon worden verwijderd, toch op grond van verkeersopvattingen als onroerend moest worden beschouwd omdat de betreffende keukeninstallatie zo'n essentieel deel van de keuken was geworden dat die keuken zonder die keukeninstallatie niet aan haar economische en maatschappelijke bestemming kon beantwoorden. Anders oordeelde de Rechtbank 's-Hertogenbosch bij uitspraak van 1 juni 1983, *NJ* 1984, 302, waarin een keukeninstallatie niet als onroerend werd beschouwd aangezien deze niet speciaal voor het betreffende huis maar standaard was vervaardigd en gemakkelijk verplaatsbaar was.

Tenzij-clausule van art. 6:173 BW

Ten aanzien van het beroep op de tenzij-clausule overweegt de rechtbank dat niet voldoende is dat met het ontstaan van het gebrek ook het gevaar zich direct heeft verwezenlijkt. Zelfs wanneer het gebrek vrijwel gelijktijdig met de brand zou zijn ontstaan, is daarmee nog niet gegeven dat van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad geen sprake is. Slechts dan – dus wanneer aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zou hebben ontbroken – slaagt een beroep op de tenzij-clausule, aldus de rechtbank.

Art. 6:173 BW legt een risico op de aansprakelijke persoon ongeacht of deze het gebrek kende of niet en of hij daaraan debet is. De bezitter kan zich aldus niet verweren met een beroep op

onbekendheid met het gebrek, wel op omstandigheden die ook bij bekendheid met het gebrek niet tot aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW zouden hebben geleid.

Een voorbeeld van een dergelijke omstandigheid kan zijn de situatie dat gebrek en schade een ononderbroken of nauwelijks onderbroken gebeurtenis vormen zodat geen voorzorgsmaatregelen meer konden worden getroffen (MvA II, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1380/1). Een voorwaarde voor toepassing van deze uitzondering is dat het gebrek moet zijn veroorzaakt door een van buiten komende oorzaak. Zie hiervoor bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam 20 februari 2008, «JA» 2008/63, waarin het slachtoffer tijdens het uitlaten van de hond in een plotseling ontstane mollengang in het wegdek stapte. De rechtbank verwierp het beroep op de tenzij-clausule, met de overweging dat indien gebreken aan de weg worden veroorzaakt doordat in de omgeving mollen actief zijn – zoals de gemeente als verweer had aangevoerd – dergelijke gebreken in de risicosfeer van de wegbeheerder vallen. Een ander voorbeeld is te vinden in de uitspraak van Rechtbank Maastricht 26 september 2007, «JA» 2007/178, waarin een hoogspanningsmast van Essent was omgevallen tijdens werkzaamheden aan deze mast. Het beroep van Essent op de tenzij-formule van art. 6:174 BW wordt door de rechtbank verworpen, omdat uitgaande van de positie van Essent, het omvallen van de mast géén van buiten komende oorzaak heeft gehad. Indien Essent zorgvuldiger was geweest, zou voor aanvullende beveiliging zijn gezorgd en zou de mast niet zijn omgevallen. Hoewel deze rechtspraak ziet op de toepassing van art. 6:174 BW is dit evenzeer leidinggevend voor de toepassing van art. 6:173 BW, aangezien de tenzij-clausules van beide bepalingen gelijkkluidend zijn.

In de onderhavige procedure was de brand ontstaan door een gebrekkige thermostaat van de frituurinstallatie. Deze thermostaat werd niet jaarlijks door een erkend installateur gecontroleerd. Zelfs indien de brand direct na het ontstaan van het gebrek was uitgebroken, is het aannemelijk dat de huurder toch op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk zou zijn geweest omdat hij geen jaarlijks onderhoud aan de frituurinstallatie had laten plegen. De huurder had in deze procedure althans kennelijk geen

omstandigheden gesteld waaruit de rechtbank kon afleiden dat van een onrechtmatige daad in voornoemd geval geen sprake was.

In dit verband is tot slot nog van belang te wijzen op het feit dat de tenzij-clausule na het Wilnis-arrest (HR 17 december 2010, «JA» 2011/37) aan belang lijkt te hebben ingeboet. Uit dit arrest volgt namelijk dat reeds bij de beoordeling van de gebrekkigheid wordt getoetst of bij (veronderstelde) bekendheid met het gevaar op het moment van het ontstaan ervan al dan niet aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW zou hebben bestaan (zie hiervoor ook T. Oldenhuis en A. Kolder, 'Kroniek kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen en zaken', *AV&S* 2012, 3 en HR 30 november 2012, «JA» 2013/4 (*Dordtse Paalrot*)).

S.M. Bordewijk
WIJ Advocaten

derde buitengerechtelijke en proceskosten omdat deze exorbitant hoog zouden zijn en in strijd met het dubbele redelijkheids criterium.

[Verzoekster] te [woonplaats],
verzoekster,
advocaat: mr. O.H.A. Mo-Ajok te Amsterdam,
tegen
de naamloze vennootschap *Reaal Schadeverzekeringen NV* te Zoetermeer,
verweerster,
advocaat: mr. S. Odijk te Utrecht.

De complete uitspraak is te raadplegen op www.sdu-ja.nl

Deelgeschillen

116

Rechtbank Den Haag
7 mei 2013, nr. C/09/436545/HA RK 13-66,
ECLI:NL:RBDHA:2013:CA0223
(mr. Luiten)

Verkeersongeval. Ladder. Eigen schuld. Buitengerechtelijke kosten. Dubbele redelijkheids-toets. Deelgeschil.

[RVV 1990 art. 19; WVV art. 5]

Op de snelweg is A de ladder verloren die op zijn auto was bevestigd. A heeft daarop zijn auto op de snelweg stilgezet. Achter A is de auto van B tijdig tot stilstand gekomen. De daarachter rijdende C heeft echter niet tijdig kunnen stoppen en is met de auto achterop B gereden. C heeft letsel opgelopen en heeft de verzekeraar van A, Reaal, aansprakelijk gesteld. Reaal beroept zich op een eigenschuldpercentage van 25%, aan de zijde van C. C heeft in onderhavige deelgeschillenprocedure een verklaring voor recht gevraagd dat geen sprake is van eigen schuld. De rechtbank wijst dit verzoek toe. Daarbij matigt de rechtbank de door C gevor-