

4. *Beslissing*

Het hof:

bekrachtigt de bestreden tussenvonnissen; vernietigt het bestreden eindvonnis; opnieuw rechtdoende; wijst het gevorderde af; veroordeelt SRA tot terugbetaling van hetgeen Delta Lloyd uit hoofde van het vernietigde vonnis heeft voldaan, zijnde een bedrag van € 151.392,98, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf de dag van de betaling tot de voldoening; verwijst SRA in de kosten van het geding in beide instanties (...); verklaart bovenstaande betalingsveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad; wijst af het meer of anders gevorderde.

RAV 2011/56

HOF 'S-GRAVENHAGE (HANDELSKAMER)

15 maart 2011, nr. 200.049.029/01

(Mrs. S.A. Boele, J. Kramer, H.C. Grootveld)

BW art. 6:162, 174

LJN BP7513

Risicoaansprakelijkheid. Overheidsaansprakelijkheid. Onrechtmatige daad.

Is de gemeente aansprakelijk voor een lekkende riolering en de daaruit voortvloeiende schade aan de houten funderingen van woningen? Zijn de Kelderluikcriteria van toepassing?

Een aantal inwoners van Dordrecht vordert vergoeding van de schade die is ontstaan aan de houten fundering van hun woningen. De woningeigenaren wijten het ontstaan van de schade aan lekkende rioleringen en verkeerd beheer van het open water binnen de bebouwde kom waardoor houten funderingspalen (te langdurig) droog zijn komen te staan (paalrot). Zij houden de gemeente Dordrecht als rioolbeheerster én als verantwoordelijke voor het waterpeil in de gemeente aansprakelijk. Zij baseren hun vordering primair op art. 6:174 BW en subsidiair op art. 6:162 BW. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen.

Hof: Het stond de rechtbank vrij om in het midden te laten of is voldaan aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid die art. 6:174 BW stelt en te onderzoeken of is voldaan aan de tenzij-clausule, die op die aansprakelijkheid een uitzondering maakt. Indien immers aan de voorwaarden van de tenzij-clausule is voldaan ontbreekt de aansprakelijkheid reeds om die reden en is nader onderzoek naar de voorwaarden die aansprakelijkheid vestigen overbodig. Anders dan de bewoners aanvoeren staat aan toepassing van de tenzij-clausule niet in de weg dat het hier niet zou gaan om een gebrek ten gevolge van een van buiten komende oorzaak waarbij tevens tussen het ontstaan van het gebrek en het ontstaan van de schade een zodanige korte tijd-

spanne verloopt dat de bezitter het intreden van de schade, ook al had hij van het bestaan van het gebrek kennis gehad, niet had kunnen voorkomen. De tenzij-clausule is niet tot die gevallen beperkt, maar heeft ten doel tot uitdrukking te brengen dat de bezitter zijn aansprakelijkheid niet kan afwenden met een beroep op (schuld of onrechtmatigheid uitsluitende) onbekendheid met het gebrek, doch slechts omstandigheden dient te bewijzen die hem, bij bekendheid met het gebrek, van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad hadden gevrijwaard.

Het hof overweegt onder verwijzing naar HR 17 december 2010 (RAV 2011/25 (Wilnis Kaderverschuiving)) verder dat het bij het antwoord op de vraag of een opstal voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen als bedoeld in art. 6:174 BW, aankomt op de vraag of de opstal, gelet op het te verwachten gebruik of de bestemming daarvan, met het oog op voorkoming van gevaar voor personen en zaken deugdelijk is, waarbij ook van belang is hoe groot de kans op verwezenlijking van het gevaar is en welke onderhouds- en veiligheidsmaatregelen redelijkerwijs te vergen zijn. Aldus is de vraag of aan de riolering een gebrek kleeft in de zin van art. 6:174 BW, in wezen dezelfde als de vraag of de Gemeente onrechtmatig in de zin van art. 6:162 BW jegens de bewoners heeft gehandeld. Het hof is van oordeel dat de door de gemeente gekozen aanpak, waarbij zij op basis van bloksgewijs onderzoek prioriteiten heeft gesteld, de toets der kritiek ruimschoots kan doorstaan. Gegeven het feit dat de gemeente geen onbeperkte financiële middelen ter beschikking staan en het in verband met verkeershinder praktisch ook niet doenlijk is de riolering op veel plaatsen tegelijk te herstellen of te vervangen, kon de gemeente voor deze aanpak kiezen en is het onvermijdelijk dat niet alles wat moet worden hersteld en prioriteit heeft ook terstond wordt gerepareerd. Om diezelfde reden mocht de gemeente ervoor kiezen niet alle riolering in het aandachtsgebied te vervangen, maar op basis van inspectie die stukken te selecteren die (relevante) lekkage veroorzaakten. Evenmin acht het hof het onrechtmatig dat de Gemeente de prioriteit legt bij de vervanging van riolering in de buurt van fundering die nog niet (ernstig) is aangetast, omdat vervanging daar nog schade kan voorkomen, en niet op plaatsen waar funderingschade reeds heeft plaatsgevonden.

Zie ook:

• HR 17 december 2010, RAV 2011/25, LJN BN6236 (Wilnis kaderverschuiving): bij het antwoord op de vraag of een aan een publiek lichaam toebehorende opstal voldoet aan de eisen die men daarin in de gegeven omstandigheden mag stellen als bedoeld in art. 6:174 BW, moet rekening worden gehouden met factoren als de aard en bestemming van die opstal, de fysieke toestand van die opstal ten tijde van de verwezenlijking van het gevaar, de naar objectieve maatstaven te beoordelen kenbaarheid van het gebrek en het daaraan verbonden gevaar van (in dit geval) kaderverschuiving, de bij de uitvoering van de

publieke taak toekomstige beleidsvrijheid en de financiële middelen die hem in dat verband ten dienste staan, een en ander gelet op de toenmalige stand van de wetenschap en de techniek en de daadwerkelijke (technische) mogelijkheid van het nemen van afdoende maatregelen;

- Hof 's-Gravenhage 26 oktober 2010, RAV 2011/18, LjN BO2456: het hof oordeelt dat de door de gemeentelijke aanwijzing gewijzigde verkeerssituatie een omstandigheid is waarbij aan de weg de bijkomende eis gesteld mag worden dat tegen de daardoor in leven geroepen risico's (extra publiek, voetgangers) redelijke maatregelen worden getroffen. Art. 6:174 BW, aansprakelijkheid wegbeheerder, is in casu van toepassing. Het 'ten-zij-verweer' wordt verworpen;

- Rb. Haarlem 22 september 2010, LjN BO4555: de zorgplicht van een wegbeheerder dient – net zoals het geval is bij de beoordeling van de gebrekkigheid van de opstal bij art. 6:174 BW – in het licht van de zogenaamde Kelderluikcriteria te worden gezien. De maatstaven van 6:162 BW en 6:174 BW verschillen in materieel opzicht dan ook niet of nauwelijks van elkaar;

- Hof Amsterdam 28 april 2009, LjN BI4930: de vraag of een glazen afscheidingswand gebrekkig is als bedoeld in art. 6:174 BW, wordt beoordeeld aan de hand van de Kelderluikcriteria;

- Rb. 's-Hertogenbosch 8 april 2009, RVR 2009/76, LjN BI0731: de vraag of een betonnen drempel op een parkeerterrein voldoet aan de veiligheids-eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen als in art. 6:174 BW dient te worden beoordeeld aan de hand van de criteria die zijn gegeven in het Kelderluik-arrest.

Zie anders:

- Hof Amsterdam 6 september 2007, VR 2008/122: de rechtbank was niet gehouden de criteria van het zogenoemde Kelderluik-arrest (NJ 1966/136) toe te passen, aangezien die betrekking hebben op de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en niet op de risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen;

- Hof 's-Gravenhage 29 juni 2010, NJF 2010/310, LjN BM9594: een losgeschoten waterleiding wordt gebrekkig geoordeeld, ongeacht de oorzaak van het losschieten. 'Een leidingdeel hoort immers niet uit de verbindingstof te schieten'.

Wenk:

Uit dit arrest en de onder 'Zie ook' genoemde uitspraken, blijkt dat voor een succesvolle aanspraak tegen de bezitter van een opstal de verwijtbaarheid een rol speelt bij de vraag of sprake is van een gebrek in de zin van art. 6:174 BW, ook al betreft art. 6:174 BW een risicoaansprakelijkheid en geen schuldaansprakelijkheid. In zijn arrest van 17 december 2010 (*Kadeverschuiving Wilnis*, RAV 2011/25) heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk overwogen dat steeds beoordeeld moet worden of een opstal voldoet aan de eisen die

men daar in de gegeven omstandigheden aan mag stellen, waarbij het erom gaat of de opstal, gelet op het te verwachten gebruik of de bestemming daarvan, met het oog op voorkoming van gevaar voor personen en zaken, deugdelijk is. Bij de inkleuring van die deugdelijkheid is mede van belang hoe groot de kans op verwezenlijking van het gevaar is en welke onderhouds- en veiligheidsmaatregelen mogelijk en redelijkerwijs te vergen zijn. Deze laatste elementen komen ook voor in de zogenoemde Kelderluik-criteria (NJ 1966/36), die door de Hoge Raad zijn ontwikkeld in het kader van de vraag wanneer er sprake is van onrechtmatige gevaarzetting. De vraag die dan opkomt is of in beide situaties dezelfde criteria moeten worden aangelegd. Uit de onder 'Zie ook' aangehaalde jurisprudentie blijkt dat in de lagere rechtspraak die vraag al vaker bevestigend is beantwoord. In dit arrest overweegt het hof uitdrukkelijk dat het in wezen om dezelfde beoordeling gaat als in art. 6:162 BW. Opvallend is dat de Hoge Raad zich in het hiervoor bedoelde arrest van december 2010 niet zo expliciet heeft uitgelaten. Bij dit alles kan niet uit het oog worden verloren dat gevaarzettingssituaties zich doorgaans kenmerken door de afwezigheid van specifieke wettelijke normen, terwijl juist ten aanzien van opstallen doorgaans ook veel wettelijke voorschriften gelden, die bij de beoordeling van het deugdelijkheids criterium zullen moeten worden meegewogen (vgl. HR 15 juni 2001, NJ 2002/36, *Almelo/Wessels*). In zoverre lijkt de aan te leggen toets inderdaad eerder op de beoordeling van art. 6:162 BW, zoals het hof in deze zaak oordeelt, dan op een enkele beoordeling van de Kelderluik-criteria.

Eerder, op 9 juni 2009, heeft het Hof Amsterdam (RAV 2009/7, ook gepubliceerd in JA 2009/126 m.nt. F.T. Oldenhuis) over de Wilnisser kadeverschuiving geoordeeld. Het hof wees toen de vordering van de gemeente toe, welk oordeel daarna dus door de Hoge Raad is vernietigd. Echter ook toen al oordeelde het hof dat art. 6:174 BW niet de strekking heeft om als een absolute en onvoorwaardelijke aansprakelijkheid te fungeren. Volgens het hof lag de crux van het toe te passen criterium in het antwoord op de vraag of de opstal in de gegeven omstandigheden niet die veiligheid bood die men daarvan mocht verwachten. Daaraan heeft de Hoge Raad vervolgens dus toegevoegd dat ook moet worden beoordeeld welke onderhoudsmaatregelen mogelijk en redelijkerwijs te vergen zijn. In zijn noot bij de arrest in JA gaat Oldenhuis onder meer in op de vraag wanneer in de rechtspraak gefocust wordt op de veiligheidseisen en hij stelt dat vooral in die gevallen waarin letsel ontstaat in de zogeheten profijtsfeer én bij onveilige situaties in en rondom openbare gebouwen hoge veiligheidseisen aan een zaak worden gesteld. Hij noemt roltrappen in grote centra, gladde vloeren in winkels, onveilige trappen, jaarbeurscomplexen, kerken, hoog-

spanningsmasten. Hij wijst er voorts op dat bij aansprakelijkheid van overheden in de recente rechtspraak de tendens is te zien dat meer gewicht wordt toegekend aan de beleidsvrijheid van het overheidslichaam en kwalitatieve aansprakelijkheid minder snel wordt aangenomen indien de kans op personenschade gering is, de financiële middelen die het overheidslichaam ter beschikking staan beperkt zijn en het onderhoud een meerjarenplan vergt. Die tendens is vervolgens dus ook bevestigd in het arrest van de Hoge Raad. Ook de onderhavige zaak lijkt daarvan een bevestiging.

Hoe zit het met de bewijslast? Degene die een beroep doet op art. 6:174 BW zal moeten stellen en zo nodig bewijzen dat sprake is van een gebrekkige opstal. In bepaalde gevallen zal uit het ongeval zelf een vermoeden van gebrekkigheid kunnen worden afgeleid (zoals de verschoven kade in HR 17 december 2010, RAV 2011/25, *Wilnis Kadaverschuiving*). De bezitter van de opstal doet er in het kader van zijn verweer verstandig aan zoveel mogelijk te stellen omtrent de aard en de functie van de opstal, de ten aanzien van de opstal geldende regelgeving en hetgeen hij heeft gedaan ter invulling van de op hem rustende onderhoudsplicht en welke beleidsmatige en financiële afwegingen hij daarbij heeft gemaakt. Daarentegen zal de bezitter die wordt aangesproken moeten stellen en zo nodig bewijzen dat zich een geval voordoet dat onder de zogenoemde tenzij-formule valt.

1. Appellant 1, te Dordrecht,
2. Appellant 2, te Dordrecht,
3. Appellanten 3, te Dordrecht,
4. Appellant 4, te New York, Verenigde Staten van Amerika,
5. Belangen Vereniging Funderings Problematiek, te Dordrecht, hierna ook te noemen: BVFP, appellanten, hierna gezamenlijk ook te noemen: de Bewoners, adv. mr. J.R. Vermeulen, tegen
De Gemeente Dordrecht, geïntimeerde, hierna te noemen: de Gemeente, adv. mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt.

Hof:

(...)

Beoordeling van het hoger beroep

1.1 Aangezien geen grieven zijn aangevoerd tegen de feiten die de rechtbank onder 2.1 tot en met 2.7 van haar vonnis heeft vastgesteld zal ook het hof van deze feiten uitgaan. Tegen deze achtergrond gaat het in deze zaak, voor zover in hoger beroep van belang, om het volgende.

1.2 Appellant 1 is eigenaar van de parterrewoning aan de adres 1 te Dordrecht.

1.3 Appellant 2 is eigenaar van de woning aan de adres 2 te Dordrecht. Deze woning is gelegen boven die van appellant 1.

1.4 Appellanten 3 zijn eigenaars van de woning aan de adres 3 te Dordrecht.

1.5 Appellant 4 is eigenaar van de woning aan de adres 4 te Dordrecht.

1.6 De onder 1.2 tot en met 1.5 genoemde woningen (hierna: de 'woningen'), gelegen op drie locaties (hierna: de 'locaties'), zijn gefundeerd op houten palen. Indien houten funderingspalen zich geheel of gedeeltelijk boven het niveau van het plaatselijke grondwaterpeil bevinden, kan schimmelvorming optreden waardoor de palen worden aangetast. Het proces van schimmelvorming en aantasting van de palen wordt tot staan gebracht indien de paal weer onder het grondwater-niveau komt te staan, maar gaat weer verder zodra de paal droog komt te staan. Indien houten funderingspalen cumulatief gedurende 15 tot 20 (standpunt Gemeente) dan wel 10 tot 20 (standpunt van de door de Bewoners ingeschakelde deskundige, TNO) jaar droog hebben gestaan, zijn problemen voor het dragend vermogen van de paal te verwachten. Dit betekent dat bij periodieke droogstand de termijn waarbinnen schade optreedt (aanmerkelijk) langer dan deze termijnen kan zijn.

1.7 De woningen zijn gelegen in het 'aandachtsgebied funderingen', een gebied met een totale oppervlakte van ongeveer 4,2 km² waarin de kans op funderingsproblemen relatief groot is. In dit gebied komen ook woningen voor die gefundeerd zijn 'op staal', hetgeen wil zeggen dat deze niet zijn gefundeerd op palen.

1.8 Indien riolering lek is kan deze een drainerende werking krijgen doordat grondwater het riool binnendringt. Dit kan er, al dan niet in combinatie met andere factoren, toe leiden dat houten funderingspalen in de nabijheid van het lek droog komen te staan. Andere factoren die (mede) tot droogstand kunnen leiden zijn: fluctuaties in het open waterpeil en gebrek aan neerslag.

1.9 Bij de woningen is schade aan de fundering ontstaan. De Bewoners wijten dat aan lekkende rioleringen en verkeerd beheer van het open water binnen de bebouwde kom waardoor houten funderingspalen (te langdurig) droog zijn komen te staan. De Bewoners houden de Gemeente aansprakelijk voor de schade die zij als gevolg van deze funderingsschade hebben geleden. De Gemeente, zo stellen zij, heeft jegens hen onrechtmatig gehandeld door tekort te schieten in het beheer van het open water binnen de bebouwde kom (door het waterpeil te verlagen c.q. te laag te houden) alsmede in het beheer van de riolering (het niet tijdig verhelpen van lekkende riolering). Ook heeft de Gemeente de bewoners niet tijdig over de problematiek geïnformeerd. Zij baseren hun vordering primair op art. 6:174 BW en subsidiair op art. 6:162 BW.

1.10 De Bewoners vorderen, kort samengevat, verklaringen voor recht dat de Gemeente jegens hen, de leden van BVFP en de personen tot bescher-