

schriften van de hinderwetvergunning het aan het opgeslagen calciumhypochloriet inherente bijzondere gevaar van ernstige aard voor personen of zaken, met name het brandgevaar, zich zou verwezenlijken, en evenmin aan de mate van urgentie van het treffen van maatregelen om dat gevaar zoveel mogelijk weg te nemen, terwijl het hof zich ook niet heeft gebogen over de vraag welke concrete maatregelen van Melchemie op dit punt redelijkerwijs konden worden verlangd. Hierbij geldt in het bijzonder (a) dat het hof niet heeft vastgesteld dat door de wijze van stapeling van het calciumhypochloriet schade was toegebracht aan de verpakking ervan, terwijl dat in 1992 wel het geval was, zodat niet valt in te zien waarom het ingrijpen door Melchemie in 1992 redengevend kan zijn voor het oordeel van het hof dat zij ook in 1995 actie had moeten ondernemen en (b) dat het hof evenmin heeft vastgesteld dat de oorzaak van de brand valt terug te voeren op een overtreding van de veiligheidsvoorschriften (de plaatsing van een blauw vat met chemicaliën nabij vaten met calciumhypochloriet) waarvan noch in het bericht van DCMR aan CMI van 13 juni 1995 noch in het bezoekrapport van 20 juni 1995 als zodanig melding is gemaakt. Indien voorts (met het hof) veronderstellenderwijs als juist wordt aangenomen dat DCMR aan CMI tot aan februari 1996 de tijd heeft gegeven de benodigde maatregelen te treffen, zou de situatie rond de opslag van het calciumhypochloriet bij CMI niet zodanig urgent zijn geweest dat terstond (nadere) maatregelen dienden te worden getroffen om te voorkomen dat het aan de in bewaring gegeven stof inherente gevaar van ernstige aard voor personen of zaken zich zou verwezenlijken. In het licht daarvan is evenmin duidelijk op grond waarvan de zorgplicht van Melchemie meebracht dat zij “in de tussentijd” zich met CMI had moeten verstaan over de door DCMR geconstateerde tekortkomingen.

De hierop gerichte klachten van de onderdelen 1 en 3 slagen dan ook.

4.4. Uit het voorgaande volgt dat het arrest niet in stand kan blijven. De overige onderdelen van het middel behoeven geen behandeling.

5. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Arnhem van 21 april 2009;

verwijst het geding naar het gerechtshof te 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Delbanco in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Melchemie begroot op € 469,43 aan verschotten en € 2.600,= voor salaris.

109

Hoge Raad

29 april 2011, nr. 10/02729, LJN BQ2935

(mr. Fleers, mr. Van Buchem-Spapens, mr. Hammerstein, mr. Van Schendel, mr. Bakels)
(Concl. A-G Spier)

Noot D.M. Gouweloos

**Kabelschade door graafwerkzaamheden.
Aansprakelijkheid bouwcombinatie voor
compensatievergoedingen netbeheerder?
Voorzienbaar gevolg? Causale toerekening.**

[BW art. 6:98]

Bouwcombinatie BR-4 heeft graafwerkzaamheden verricht ten behoeve van de aanleg van de Betuwe-route. Bij deze werkzaamheden heeft zij een zogeheten kabelbed beschadigd, hetgeen heeft geleid tot een grote stroomstoring. Omdat netbeheerder Continuo de storing niet binnen vier uur heeft verholpen, heeft zij op grond van de Elektriciteitswet en de NetCode compensatievergoedingen moeten voldoen aan haar afnemers. In deze procedure vordert Continuo vergoeding van deze door haar betaalde compensatievergoedingen.

De rechtbank heeft geoordeeld dat de compensatievergoeding die de netbeheerder verschuldigd is geraakt, niet in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop aansprakelijkheid berust, dat zij als een gevolg daarvan aan gedaagden kan worden toegerekend in de zin van art. 6:98 BW. Het verbeuren van compensatievergoedingen moet in beginsel worden toegerekend aan eigen nalaten van Continuo, aldus de rechtbank.

Het hof heeft anders geoordeeld. Dat in de NetCode is gekozen voor een termijn van vier uur voor het verbeuren van compensatievergoedingen – welke termijn is gebaseerd op het statistische gegeven dat de meeste stroomstoringen binnen deze termijn kunnen worden verholpen –, laat nog niet de gevolgtrekking toe dat in gevallen waarin die termijn is overschreden in beginsel ervan moet wor-

den uitgaan dat de netbeheerder in zijn verplichtingen om zijn netten goed te onderhouden en een adequate organisatie voor herstel op te zetten, is tekort geschoten. Er bestaat conditio sine qua non verband tussen de kabelbeschadiging en de door de daaropvolgende stroomstoring aan de afnemers verbeurde compensatievergoedingen. Deze verschuldigde compensatievergoedingen zijn een voorzienbaar gevolg van de zaakbeschadiging van de kabels. Derhalve kan de schade die bestaat uit de door de netbeheerder betaalde compensatievergoedingen aan de schadeveroorzaker worden toegerekend.

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep. De kabelschade heeft geleid tot een grootschalige stroomstoring en de verbeurde compensatievergoedingen zijn aan te merken als een voorzienbaar gevolg van die kabelbeschadiging. De schade kan derhalve worden toegerekend aan de schadeveroorzaker. Het verweer dat de schade bestaande in de betaalde compensatievergoedingen het gevolg is van een inadequate organisatie van de netbeheerder en om die reden niet aan de veroorzaker van de kabelbeschadiging kan worden toegerekend in de zin van art. 6:98 BW, moet worden aangemerkt als een beroep op eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW. De mate van schuld aan de kabelbeschadiging kan nog aan de orde komen in het verdere debat over de aansprakelijkheid van de bouwcombinatie.

1. *Bouwcombinatie BR-4 VOF te Gouda,*

2. *[eiseres 2] te [vestigingsplaats],
eiseressen tot cassatie,
advocaat: mr. J.W.H. van Wijk,
tegen*

Liander NV te Arnhem,

*verweerster in cassatie,
advocaat: aanvankelijk mr. P.S. Kamminga, thans
mr. H.J.W. Alt.*

Eiseressen tot cassatie zullen hierna ook afzonderlijk worden aangeduid als Bouwcombinatie en [eiseres 2] en gezamenlijk als Bouwcombinatie c.s. en verweerster in cassatie als Liander.

Conclusie Advocaat-Generaal
(mr. Spier)

1. Feiten¹

1.1. BR-4 verrichtte werkzaamheden ten behoeve van de aanleg van de Betuweroute in de gemeente Tiel. Voorafgaand aan de werkzaamheden heeft zij over de in het betreffende perceel aanwezige kabels en leidingen informatie opgevraagd bij het Kabel- en Leiding Informatie Centrum (KLIC), een zogenaamde KLIC-melding.

1.2. Op 19 augustus 2002 heeft [eiseres 2], in opdracht van BR-4, op de hiervoor genoemde locatie graafwerkzaamheden verricht. Daarbij heeft [eiseres 2] een zogenaamd kabelbed, bestaande uit een aantal middenspanningskabels en een laagspanningskabel, beschadigd. Dit leidde tot een grootschalige stroomstoring.

1.3. De stroomstoring is begonnen om 13.51 uur en geëindigd om 21.15 uur.

1.4.1. Het kabelbed behoort tot het verzorgingsgebied van Continuon Netbeheer N.V. (hierna: Continuon); zij heeft haar naam hangende de procedure gewijzigd in Liander. Als netbeheerder is Continuon ingevolge art. 16 lid 1 Elektriciteitswet 1998 (hierna: Ew) gehouden de netten die zich in haar verzorgingsgebied bevinden aan te leggen, in werking te hebben en te onderhouden en indien nodig te herstellen en te vernieuwen. Door een amendement van het Tweede Kamerlid Crone (Tweede Kamer, 1998-1999, 26303, nr. 28) is aan art. 31 Ew een onderdeel f toegevoegd, luidende:

“Met inachtneming van de in artikel 26b bedoelde regels zenden de gezamenlijke netbeheerders aan de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit een voorstel voor de door hen jegens afnemers te hanteren voorwaarden met betrekking tot:
f. de kwaliteitscriteria waaraan netbeheerders moeten voldoen met betrekking tot hun dienstverlening, welke in ieder geval betrekking hebben op te hanteren technische specificaties, het verhelpen van storingen in het transport van elektriciteit, de klantenservice en het voorzien in compensatie bij ernstige storingen.”

1.4.2. Volgens de bij dit amendement behorende toelichting strekt het ertoe in de wet vast te leggen dat netbeheerders en vergunninghouders in hun

¹ Ontleend aan rov. 2.1-2.5 van het tussenvonnis van 10 oktober 2007 van de Rechtbank Arnhem, welke overwegingen het Hof Arnhem blijkt rov. 3 van zijn arrest van 16 maart 2010 heeft overgenomen.

dienstverlening moeten voldoen aan kwaliteitsnormen en dat bij niet-naleving daarvan adequate compensatie geboden moet worden.

1.4.3. De compensatieregeling is nader uitgewerkt in de NetCode. De ten tijde van de onderhavige gebeurtenis geldende NetCode is het Besluit van 28 maart 2002, nummer 100701/7. De artikelen 6.3.1 en 6.3.2 luiden toen:

“6.3.1. De netbeheerder betaalt, uitgezonderd de in 6.3.2. genoemde omstandigheden, aan aangesloten op zijn net bij wie de transportdienst langer dan vier uur ten gevolge van een storing wordt onderbroken, bij de eerstvolgende jaarrespectievelijk maandafrekening een compensatievergoeding ter hoogte van het hieronder genoemde bedrag:

a. per aansluiting van een verbruiker die op basis van 3.7.2 van de Tarievencode is ingedeeld in categorie a bedraagt de compensatievergoeding per onderbreking € 35.

b. (...)

c. (...)

6.3.2. De in 6.3.1 genoemde verplichting geldt niet, wanneer een onderbreking van de transportdienst zijn oorsprong vindt in het net van een andere netbeheerder dan wel het gevolg is van een automatische afschakeling van belasting of een handmatige afschakeling van belasting op verzoek van de netbeheerder van het landelijke hoogspanningsnet.”

1.5. Volgens Continuon zou aan “2776 adressen” een compensatievergoeding zijn betaald ten belope van in totaal € 129.290.

2. Procesverloop

2.1. Op 12 september 2006 heeft Continuon Bouwcombinatie c.s. gedagvaard en gevorderd hoofdelijke veroordeling van hen tot integrale vergoeding van de schade die zij heeft geleden als gevolg van de door Bouwcombinatie c.s. veroorzaakte stroomstoring (herstelkosten ad € 11.546,19 en de compensatievergoedingen ad € 129.290,=)² cum annexis.

2.2. Bouwcombinatie c.s. hebben verweer gevoerd.³ Zij betwisten – voor zover thans van belang – de aansprakelijkheid alsmede dat de compensatie-vergoedingen op hen verhaald zouden kunnen worden.

2.3.1. Blijkens het tussenvonnissen van 10 oktober 2007 hebben partijen ter zitting verklaard prijs te stellen op een beslissing over de vraag of Continuon de compensatievergoeding kan verhalen op de voor de kabelschade aansprakelijke partij (rov. 4.1). Dienaangaande gaat de Rechtbank er veronderstellenderwijs van uit dat één of beide gedaagde(n) voor die schade aansprakelijk is respectievelijk zijn (rov. 4.2). Dat brengt mee dat slechts aan de orde was de omvang van de schadevergoedingsverbintenis, met name de vraag of de door Continuon betaalde compensatievergoedingen op de aansprakelijke persoon kunnen worden verhaald.

2.3.2. Vaststaat er een kabelbeschadiging was veroorzaakt die heeft geleid tot een ernstige stroomstoring. Continuon heeft deze schade niet veroorzaakt maar was als verantwoordelijk netbeheerder gehouden deze te herstellen alsmede om te voorzien in compensatie aan haar afnemers indien de stroomvoorziening niet binnen vier uur weer op gang was gebracht (artikelen 16 lid 1 en 31 onderdeel f Ew en art. 6.3.1 NetCode). Het is Continuon niet gelukt de stroomvoorziening binnen deze termijn weer op orde te krijgen zodat zij compensatievergoedingen aan haar afnemers verschuldigd was. Van een uitzondering op de voorgeschreven termijn in de zin van art. 6.3.2 NetCode was geen sprake.

2.3.3. Anders dan Bouwcombinatie c.s. meent de Rechtbank de compensatievergoeding vermogensschade van Continuon vormt in de zin van art. 6:95 e.v. BW (rov. 4.4). Met betrekking tot de vraag of deze vergoeding kan worden toegerekend op de voet de zin van art. 6:98 BW acht de Rechtbank in de eerste plaats de achtergrond van de compensatievergoedingen van belang. Ingevolge art. 31 onderdeel f Ew dient een netbeheerder bij zijn dienstverlening aan bepaalde kwaliteitsnormen te voldoen. Indien deze normen niet worden nageleefd, dient adequate compensatie te worden geboden. Art. 6.3.1 NetCode werkt deze compen-

2 Zie het p.v. van de cvp in prima; de dagvaarding vermeldt een ander bedrag.

3 BR-4 heeft [eiseres 2] in vrijwaring opgeroepen. Bij vonnis van 29 november 2006 heeft de Rechtbank deze vordering toegewezen.

satieregeling nader uit. Daarin is bepaald dat de netbeheerder, tenzij een uitsluitingsgrond van toepassing is, aan aangeslotenen op zijn net, bij wie de “transportdienst” langer dan vier uur ten gevolge van een storing wordt onderbroken, een compensatievergoeding dient te betalen. Deze termijn is “nader” toegelicht in het Besluit van de Directeur van de Dienst uitvoering en toezicht Energie (Dte) op de bezwaren ingebracht tegen zijn besluit van 14 maart 2001, nr. 100389/1 inzake de wijziging van de NetCode met betrekking tot de kwaliteitscriteria als bedoeld in art. 31 lid 1 onder f Ew:

“29. Ten aanzien van het bezwaar dat compensatie pas verschuldigd is na onderbreking van de transportdienst gedurende tenminste vier uur in plaats van na twee uur, merkt de Directeur DTe het volgende op.

30. Het uitgangspunt van de Elektriciteitswet 1998 is het betrouwbaar, duurzaam, doelmatig en milieuhygiënisch functioneren van de elektriciteitsvoorziening.

31. Dat neemt niet weg dat in uitzonderlijke gevallen een onderbreking van de transportdienst kan plaatsvinden. Om de netbeheerders een stimulans te geven om het risico hiervan zo veel mogelijk te beperken, kunnen afnemers aanspraak maken op een compensatievergoeding bij een onderbreking van de transportdienst.

32. De voorwaarde dat de transportdienst gedurende vier uur dient te zijn onderbroken, is gebaseerd op de ervaring dat veruit de meeste storingen binnen die periode verholpen kunnen worden. Het verkorten van de periode naar bijvoorbeeld twee uur, zou niet tot gevolg hebben dat de storing sneller zal zijn verholpen. De tijd om de storing geografisch te lokaliseren en fysiek te bereiken, kan niet wezenlijk sneller worden uitgevoerd dan binnen vier uur. Het verkorten van de periode na welke de afnemer aanspraak kan maken op een compensatievergoeding, zal dan ook niet de doelstelling van de bestreden bepaling dienen. In het oog dient gehouden te worden dat het in het bestreden besluit niet gaat om een schadevergoeding aan een afnemer maar om een prikkel aan de netbeheerder om de netten goed te onderhouden en een adequate organisatie voor het herstel van het transport bij een onderbreking op te zetten. Gelet op het vorenstaande ziet de Directeur geen aanleiding om de tijdsperiode genoemd in artikel 6.3.1 van het bestreden besluit te verkorten.”

2.3.4. De Rechtbank citeert vervolgens uit het genoemde Besluit van de Dte over stroomstoringen die langer dan vier uur duren:

“23. Overigens dient in dit verband niet uit het oog verloren te worden dat het risico dat grote bedragen verschuldigd zullen zijn, zich voornamelijk zal voordoen bij grootschalige storingen. Grootschalige storingen komen normaliter uitsluitend voor, indien er een storing plaatsvindt in het bovenliggende net. In artikel 6.3.2 van het bestreden besluit is bepaald dat de verplichting tot het betalen van een compensatievergoeding niet geldt als de onderbreking van de transportdienst zijn oorsprong vindt in het net van een andere netbeheerder.

24. In dit kader wijst de Directeur DTe er op dat in het besluit evenmin ruimte is voor uitsluitingsgronden van de verplichting tot het betalen van een compensatievergoeding in geval van een natuurramp, sabotage of terrorisme. Naar het oordeel van de Directeur DTe liggen de risico's van deze gebeurtenissen binnen [lees:] de bedrijfsrisicosfeer van de netbeheerders dan wel dienen de netbeheerders zelf maatregelen te nemen om de nadelige gevolgen, zoals de onderbreking van de transportdienst, te minimaliseren. De Directeur DTe ziet geen aanleiding om de uitsluitingsgronden, genoemd in artikel 6.3.2 van het bestreden besluit uit te breiden.”

2.3.5. Uit art. 31 Ew in samenhang met de artikelen 6.3.1. en 6.3.2. NetCode vloeit een verplichting voor de netbeheerder voort zijn netten zodanig te onderhouden en er een zodanige adequate organisatie op na te houden dat stroomstoringen binnen vier uur kunnen worden opgelost. Dit gold in 2002, behoudens de beperkte uitzonderingen van art. 6.3.2 NetCode, ongeacht de aard en de oorzaak van de onderbreking. De achtergrond van deze bepaling is, zo volgt uit het besluit van de Dte, dat de ervaring leert dat de meeste stroomstoringen binnen vier uur kunnen worden verholpen en dat de verplichting tot betaling van compensatievergoedingen na ommekomst van die termijn een prikkel vormen voor de netbeheerder om zijn organisatie adequaat in te richten. Nu vaststaat dat Continuon niet in staat is geweest binnen vier uur na de kabelbeschadiging de stroomvoorziening aan al haar afnemers te herstellen, moet er in beginsel van worden uitgegaan dat zij – kennelijk – haar organisatie niet voldoende adequaat had ingericht. De compensatievergoeding die zij dientengevolge verschuldigd is, staat

niet in zodanig verband met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust dat zij als een gevolg daarvan aan gedaagden kan worden toegerekend in de zin van art. 6:98 BW. Het is immers juist Continuon die het in haar macht had en ook verplicht was haar organisatie zo in te richten dat stroomstoringen – die in vele gevallen worden veroorzaakt door kabelbeschadigingen bij bouw- of onderhoudswerkzaamheden – binnen vier uur worden verholpen. Het verbeuren van de compensatievergoedingen moet daarom in beginsel worden toegerekend aan eigen nalaten van Continuon. Een andere opvatting zou ertoe kunnen leiden dat de compensatievergoedingen hun effect zouden verliezen als prikkel tot nakoming van juist de verplichting van de netbeheerder zijn organisatie zo in te richten dat stroomstoringen (die veelal door kabel beschadigingen worden veroorzaakt) adequaat, binnen vier uur, verholpen zijn. Bedacht moet daarbij worden dat stroomstoringen niet in de eerste plaats door fysiek herstel van beschadigingen worden verholpen maar door omleiding. Daarop moet de organisatie zijn ingericht. De aard van de schade brengt daarom ook mee dat “dit” in beginsel niet als gevolg van de kabelbeschadiging aan Bouwcombinatie c.s. kan worden toegerekend. Dit zou anders kunnen liggen indien sprake was van een stroomstoring van zo uitzonderlijke aard dat Continuon die – ook bij een adequate organisatie – redelijkerwijze niet binnen vier uur kon verhelpen. Stelplicht en bewijslast hiervoor rusten op Continuon (rov. 4.6). Volgens Continuon zou sprake zijn van een uitzonderlijke stroomstoring. Continuon wordt in de gelegenheid gesteld haar stellingen op dit punt aan te passen en nader te concretiseren, alvorens haar eventueel bewijs op te dragen (rov. 4.7). In rov. 4.8 stelt de Rechtbank van dit tussenvonnis tussentijds appel open.

2.4. Continuon heeft appel ingesteld.

2.5.1. In zijn arrest van 16 maart 2010 heeft het Hof het bestreden vonnis, zowel in principaal als in incidenteel appel, vernietigd.⁴ In rov. 4.4 en 4.5 schetst het Hof kort waar het in deze zaak om gaat. In dat verband wordt melding gemaakt van beschadiging door [eiseres 2] van een kabelbed bestaande uit een aantal middenspanningskabels

en een laagspanningskabel waardoor een groot-schalige stroomstoring is ontstaan die ruim acht uur heeft geduurd.

2.5.2. Als netbeheerder is Liander op grond van art. 16 lid 1 Ew gehouden de netten die zich in haar verzorgingsgebied bevinden aan te leggen, in werking te houden en, indien nodig, te herstellen en te vernieuwen. Art. 31 aanhef en onder f Ew luidt (rov. 4.5):

“Met inachtneming van de in artikel 26b bedoelde regels zenden de gezamenlijke netbeheerders aan de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit een voorstel voor de door hen jegens afnemers te hanteren voorwaarden met betrekking tot f. de kwaliteitscriteria waaraan netbeheerders moeten voldoen met betrekking tot hun dienstverlening, welke in ieder geval betrekking hebben op te hanteren technische specificaties, het verhelpen van storingen in het transport van electriciteit, de betalingsvoorwaarden, de klantenservice en het voorzien in compensatie bij ernstige storingen”.

2.5.3. Onderdeel f berust op een amendement van het Tweede Kamerlid Crone (Tweede Kamer, 1998-1999, 26303 nr. 28). Volgens de toelichting strekt het ertoe in de wet vast te leggen dat netbeheerders en vergunninghouders in hun dienstverlening moeten voldoen aan kwaliteitsnormen en dat bij niet-naleving daarvan adequate compensatie moet worden geboden. De compensatieregeling is nader uitgewerkt in de NetCode. De ten tijde van de onderhavige kabelschade geldende NetCode is het besluit van 28 maart 2002, nr. 100701/7, waarvan de artikelen 6.3.1 en 6.3.2, voor zover van belang, toen luiden (rov. 4.5):

“6.3.1. De netbeheerder betaalt, uitgezonderd de in 6.3.2 genoemde omstandigheden, aan aangesloten op zijn net bij wie de transportdienst langer dan vier uur ten gevolge van een storing wordt onderbroken, bij de eerstvolgende jaar- respectievelijk maandafrekening een compensatievergoeding ter hoogte van het hieronder genoemde bedrag;

a. per aansluiting van een verbruiker die op basis van 3.7.2. van de Tarievencode is ingedeeld in categorie a bedraagt de compensatievergoeding per onderbreking € 35.

b. (...)

c. (...)

6.3.2. De in 6.3.1 genoemde verplichting geldt niet, wanneer een onderbreking van de transportdienst zijn oorsprong vindt in het net van een andere netbeheerder dan wel het gevolg is van een

4 Dat is in het licht van rov. 4.11, 4.12 en 5 onbegrijpelijk, maar in cassatie wordt er geen punt van gemaakt.

automatische afschakeling van belasting of een handmatige afschakeling van belasting op verzoek van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet.”

2.5.4. In rov. 4.6 en 4.7 citeert het Hof een aantal passages uit het Besluit van de Dte op de bezwaren ingebracht tegen zijn besluit van 14 maart 2001, nr. 100389/1 inzake de wijziging van de NetCode met betrekking tot de kwaliteitscriteria als bedoeld in art. 31 lid 1 onder f Ew. In dat besluit licht de Dte de termijn van vier uur, genoemd in art. 6.3.1 van de NetCode, nader toe:

“29. Ten aanzien van het bezwaar dat compensatie pas verschuldigd is na onderbreking van de transportdienst gedurende tenminste vier uur in plaats van na twee uur, merkt de Directeur DTe het volgende op.

30. Het uitgangspunt van de Elektriciteitswet 1998 is het betrouwbaar, duurzaam, doelmatig en milieuhygiënisch functioneren van de elektriciteitsvoorziening.

31. Dat neemt niet weg dat in uitzonderlijke gevallen een onderbreking van de transportdienst kan plaatsvinden. Om de netbeheerders een stimulans te geven om het risico hiervan zoveel mogelijk te beperken, kunnen afnemers aanspraak maken op een compensatievergoeding bij een onderbreking van de transportdienst.

32. De voorwaarde dat de transportdienst gedurende vier uur dient te zijn onderbroken, is gebaseerd op de ervaring dat de meeste storingen binnen die periode verholpen kunnen worden. Het verkorten van de periode naar bijvoorbeeld twee uur, zou niet tot gevolg hebben dat de storing sneller zal zijn verholpen. De tijd om de storing geografisch te lokaliseren en fysiek te bereiken, kan niet wezenlijk sneller worden uitgevoerd dan binnen vier uur. Het verkorten van de periode na welke de afnemer aanspraak kan maken op een compensatievergoeding, zal dan ook niet de doelstelling van de bestreden bepaling dienen. In het oog dient gehouden te worden dat het in het bestreden besluit niet gaat om een schadevergoeding aan een afnemer maar om een prikkel aan de netbeheerder om de netten goed te onderhouden en een adequate organisatie voor het herstel van het transport bij een onderbreking op te zetten. Gelet op het vorenstaande ziet de Directeur geen aanleiding om de tijdsperiode genoemd in artikel 6.3.2 van het bestreden besluit te verkorten.”

(...)

“23. Overigens dient in dit verband niet uit het oog verloren te worden dat het risico dat grote bedragen verschuldigd zullen zijn, zich voornamelijk zal voordoen bij grootschalige storingen. Grootschalige storingen komen normaliter uitsluitend voor, indien er een storing plaatsvindt in het bovenliggende net. In [a]rtikel 6.3.2 van het bestreden besluit is bepaald dat de verplichting tot het betalen van een compensatievergoeding niet geldt als de onderbreking van de transportdienst zijn oorsprong vindt in het net van een andere netbeheerder.

24. In dit kader wijst de Directeur DTe er op dat in het besluit evenmin ruimte is voor uitsluitingsgronden van de verplichting tot het betalen van een compensatievergoeding in geval van een natuurramp, sabotage of terrorisme. Naar het oordeel van de Directeur DTe liggen de risico's van deze gebeurtenissen binnen [de] bedrijfsrisicosfeer van de netbeheerders dan wel dienen de netbeheerders zelf maatregelen te nemen om de nadelige gevolgen, zoals de onderbreking van de transportdienst te minimaliseren. De Directeur DTe ziet geen aanleiding om de uitsluitingsgronden, genoemd in artikel 6.3.2 van het bestreden besluit uit te breiden.”

2.5.5. Het Hof onderschrijft het oordeel van de Rechtbank dat de door Liander betaalde vergoedingen vermogensschade als bedoeld in art. 6:96 BW vormen.

2.5.6. Ten aanzien van de principale grieven overweegt het Hof:

“4.13. De grieven 1 en 2 in het principaal hoger beroep komen op tegen de oordelen van de rechtbank dat uit art. 31 van de Elektriciteitswet 1998 in samenhang met de artikelen 6.3.1 en 6.3.2 van de NetCode een verplichting voor de netbeheerder voortvloeit om zijn netten zodanig te onderhouden en er een zodanig adequate organisatie op na te houden dat stroomstoringen binnen vier uur kunnen worden opgelost en dat, nu vaststaat dat Continuon niet in staat is geweest binnen vier uur na de kabelbeschadiging de stroomvoorziening aan al haar afnemers te herstellen, er in beginsel van moet worden uitgegaan dat zij – kennelijk – haar organisatie niet voldoende adequaat had ingericht.

4.14. Naar het oordeel van het hof kan uit art. 31 Elektriciteit[swet] en de genoemde artikelen van de NetCode en de daarop gegeven toelichtingen (Tweede Kamer, 1998-1999, 26303, nr. 28 en onder 3.6 e.v. weergegeven Besluit van de Directeur

van de Dienst uitvoering en toezicht Energie) niet worden afgeleid dat op de netbeheerder de verplichting rust stroomstoringen binnen vier uur te verhelpen. Uit die bepalingen en de daarop in het onder 4.6 genoemde Besluit van de Directeur DTe gegeven toelichting, volgt slechts dat op de netbeheerder de verplichting rust om zijn elektriciteitsnetten goed te onderhouden en een adequate organisatie voor herstel op te zetten, alsmede dat de compensatievergoedingen hiervoor een prikkel vormen. Aan het enkele in het genoemde Besluit vermelde statistische gegevens dat de meeste stroomstoringen binnen vier uur kunnen worden verholpen, kan niet zonder meer worden ontleend dat Liander (ook) in dit geval kennelijk haar organisatie niet voldoende adequaat had ingericht. Dit enkele gegeven laat immers onverlet dat zich gevallen kunnen voordoen waarin de stroomstoring niet binnen vier uur kan worden verholpen. In de door de Directeur DTe gegeven toelichting is ook vermeld dat stroomstoringen in de regel niet wezenlijk sneller dan binnen vier uur kunnen worden verholpen. Dat op grond van dit een en ander in de NetCode is gekozen voor een termijn van vier uur voor het verbeuren van compensatievergoedingen, laat naar het oordeel van het hof nog niet de gevolgtrekking toe dat in gevallen waarin die termijn voor herstel is overschreden in beginsel ervan moet worden uitgegaan dat de netbeheerder niet in zijn uit art. 31 f Elektriciteitswet 1998 en de NetCode voortvloeiende verplichtingen om zijn netten goed te onderhouden en een adequate organisatie voor herstel op te zetten, is tekort geschoten.

De grieven 1 en 2 slagen derhalve.

4.15. De grieven 3 en 4 komen op tegen het oordeel van de rechtbank dat, samengevat weergegeven, de compensatievergoedingen die Liander als gevolg van de stroomstoring aan haar afnemers verschuldigd is geraakt, niet in zodanig verband staan met de schadeveroorzakende gebeurtenis dat zij, gelet op de aard van de schade, als een gevolg daarvan aan Bouwcombinatie c.s. kunnen worden toegerekend. Grief 5 bestrijdt het daarop voortbouwende oordeel dat op Liander de stelplicht en bewijslast rust voor haar stelling dat in dit geval sprake was van een stroomstoring van zo uitzonderlijke aard dat Liander die ook bij een adequate organisatie niet kon verhelpen.

4.16. Niet is in geschil dat Liander indien de kabels bij de graafwerkzaamheden op 19 augustus 2002 niet door [eiseres 2] zouden zijn beschadigd, geen

compensatievergoedingen zou hebben verbeurd. Het causaal verband (*conditio sine qua non*-verband) tussen de kabelbeschadiging en de door de daaropvolgende stroomstoring aan de afnemers verbeurde compensatievergoedingen staat derhalve vast. Naar het oordeel van het hof kan de schade, die bestaat in de door de netbeheerder betaalde compensatievergoedingen, aan de schadeveroorzaker als een gevolg van de kabelbeschadiging worden toegerekend. De schade is het gevolg van een grove zaaksbeschadiging van de onder het beheer van Liander vallende elektriciteitskabels. Stroomstoringen en daardoor aan de afnemers verschuldigde compensatievergoedingen moeten bovendien als een voorzienbaar gevolg van die zaaksbeschadiging worden aangemerkt. Dat het in dit geval gaat om forfaitaire, op grond van de NetCode aan afnemers verschuldigde vergoedingen, maakt dit niet anders. Zoals hiervoor onder 4.14 is overwogen, kan ook niet zonder meer (...) ervan worden uitgegaan dat die vergoedingen in beginsel het gevolg zijn van een niet adequate organisatie van de netbeheerder en dat zij om die reden in redelijkheid niet (meer) als een gevolg van de kabelbeschadiging kunnen worden toegerekend.

De stelplicht en bewijslast voor feiten en omstandigheden waaruit kan worden afgeleid dat – uitgaand van de aanwezigheid van causaal (*conditio sine qua non*-) verband tussen gebeurtenis en schade – de schade in redelijkheid niet kan worden toegerekend aan die gebeurtenis rusten op de gedaagde (HR 2 oktober 1998, NJ 1998, 831). Zoals hiervoor is overwogen, is het hof echter van oordeel dat de compensatievergoedingen in redelijkheid als gevolg van de kabelbeschadiging aan Bouwcombinatie c.s. moeten worden toegerekend. Het verweer van Bouwcombinatie c.s., dat de schade die bestaat in betaalde compensatievergoedingen het gevolg is van een niet adequate organisatie van Liander en zij ervoor had kunnen en moeten zorgen dat de schade binnen vier uur was hersteld, moet in dit geval dan ook worden beoordeeld als een beroep op eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW. Bouwcombinatie en [eiseres 2] hebben zich hierop ook (subsidiar) beroepen. Ook in dat verband rusten de stelplicht en de bewijslast voor de aan dat verweer ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden bij Bouwcombinatie c.s.

De grieven 3 en 4 slagen eveneens.”

2.5.7. Het Hof heeft tussentijds beroep in cassatie opengesteld.

2.6. Bouwcombinatie c.s. hebben tijdig cassatieberoep ingesteld. Liander heeft geconcludeerd tot verwerping. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht. Liander heeft nog gedupliceerd.

3. Bespreking van de klachten

3.1. In cassatie wordt niet langer bestreden dat de door Liander betaalde vergoedingen schade als bedoeld in art. 6:96 BW vormen. Het Hof is er – op verzoek van partijen – veronderstellenderwijs vanuit gegaan dat Bouwcombinatie c.s. aansprakelijk zijn voor de door Liander geleden schade.

3.2. Onderdeel 4 (hetgeen daaraan voorafgaat behelst geen klachten) betoogt dat het Hof in rov. 4.14 heeft miskend dat de netbeheerder op grond van de vigerende wet- en regelgeving verplicht is een stroomstoring binnen vier uur op lossen (onderdeel 4.1) en dat indien de netbeheerder dat niet doet, er vanuit moet worden gegaan dat hij zijn organisatie niet adequaat heeft ingericht (onderdeel 4.4). Dat zou alleen anders zijn, primair in de twee in art. 6.3.2 genoemde uitzonderingsgevallen (onderdeel 4.1), subsidiair wanneer sprake is van een stroomstoring van zo uitzonderlijke aard dat de netbeheerder die – ook bij goed onderhoud en een adequate organisatie – redelijkerwijs niet binnen vier uur kon verhelpen (onderdeel 4.2), althans ingeval van een extreme situatie⁵ waardoor de netbeheerder de stroomstoring niet binnen vier uur kon verhelpen (onderdeel 4.3). Stelplicht en bewijslast voor eventuele uitzonderingsgevallen – voor zover daarvoor al ruimte is, art. 6.3.2 NetCode daargelaten – zou in elk geval rusten op de netbeheerder (onderdelen 4.2 – 4.4).

3.3. Het Hof overweegt in rov. 4.14, zakelijk weergegeven, dat:

1. uit art. 31 Elektriciteitswet, de NetCode en de daarop gegeven toelichtingen (lees: de toelichting op het amendement Crone en het besluit van de

Dte niet kan worden afgeleid dat op de netbeheerder de verplichting rust stroomstoringen binnen vier uur te verhelpen, maar alleen dat de netbeheerder zijn elektriciteitsnetten goed dient te onderhouden en een adequate organisatie voor herstel dient op te zetten, alsmede dat compensatievergoedingen daarvoor een prikkel vormen;

2. uit het enkele feit dat de termijn van vier uur in art. 6.3.1 NetCode werd overschreden, niet zonder meer kan worden afgeleid dat Liander (ook) in dit geval haar organisatie kennelijk niet voldoende adequaat had ingericht:

i. het enkele statistische gegeven dat de meeste stroomstoringen binnen vier uur kunnen worden verholpen, laat onverlet dat zich ook stroomstoringen kunnen voordoen die niet binnen vier uur kunnen worden verholpen;

ii. in de door de Dte gegeven toelichting (bedoeld wordt: het besluit van de Dte) is ook vermeld dat stroomstoringen in de regel niet wezenlijk sneller dan binnen vier uur kunnen worden verholpen;

iii. dat in de NetCode is gekozen voor een termijn van vier uur, laat nog niet de gevolgtrekking toe dat in gevallen waarin die termijn voor herstel is overschreden in beginsel ervan moet worden uitgegaan dat de netbeheerder in de op hem rustende verplichtingen om zijn netten goed te onderhouden en een adequate organisatie voor herstel op te zetten, is tekort geschoten.

3.4. Het onderdeel postuleert een rechtsklacht tegen de onder 3.3 onder 1 en 2 sub iii zijn weergegeven oordelen. Het komt niet op tegen 's Hof's onder 3.3 sub 2 sub i en ii genoemde oordelen. Bouwcombinatie c.s. gaan ervan uit dat de netbeheerder die langer dan vier uur doet over herstel van een stroomstoring zijn organisatie niet adequaat heeft ingericht, althans – als ik het goed begrijp – dat zulks dan vermoed moet worden. Dit zou volgen uit art. 16 lid 1 en art. 31 aanhef en onder f Ew juncto art. 6.3.1 en 6.3.2 NetCode. De “toelichtingen”, waarop het Hof zijn oordeel in rov. 4.14 eveneens baseert, laat het onderdeel onberoerd.

3.5. In de Ew is onder (veel) meer het beheer van elektriciteitsnetten geregeld. De Energiekamer (voorheen: de Dienst uitvoering en toezicht Energie (DTe)) van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) is belast met de uitvoering van en het toezicht op de naleving van de Ew.

5 Met een extreme situatie bedoelt onderdeel 4.3 een incident dat zo weinig voorkomt dat het oneconomisch zou zijn om daarmee rekening te houden in de reguleringssystematiek en dat bovendien niet kan worden beïnvloed door de netbeheerder, zoals aardbevingen, overstromingen, uitzonderlijke weersomstandigheden, terroristische aanslagen en oorlog.

3.6. In art. 16 lid 1 Ew is de taak van de netbeheerders in het kader van het beheer van de netten geregeld. Op grond daarvan hebben netbeheerders onder meer tot taak (aldus ook het Hof in rov. 4.5 van het bestreden arrest):

- het in werking hebben en onderhouden van netten (sub a);
- het op de meest doelmatige wijze waarborgen van de veiligheid en betrouwbaarheid van netten en van het transport van elektriciteit (sub b);
- het aanleggen, herstellen en vernieuwen of uitbreiden van netten (sub c) en
- het uitvoeren van reparaties aan het net (sub j).

3.7. De gezamenlijke netbeheerders hebben ingevolge art. 31 lid 1 Ew een “voor de door hen jegens afnemers te hanteren voorwaarden” ingezonden aan de raad van bestuur van NMa onder meer met betrekking tot:

“a. de wijze waarop netbeheerders en afnemers alsmede netbeheerders zich jegens elkaar gedragen ten aanzien van het in werking hebben van de netten, het voorzien van een aansluiting op het net en het uitvoeren van transport van elektriciteit over het net, (...)

f. de kwaliteitscriteria waaraan netbeheerders moeten voldoen met betrekking tot hun dienstverlening, welke in ieder geval betrekking hebben op te hanteren technische specificaties, het verhelpen van storingen in het transport van elektriciteit, de betalingsvoorwaarden, de klantenservice en het voorzien in compensatie bij ernstige storingen”.

3.8. Conform art. 31 Ew heeft de al vaker genoemde NetCode het licht gezien. Deze code is op voorstel van de netbeheerders op de voet van art. 36 Ew vastgesteld door de Dte en “bevat de voorwaarden met betrekking tot de wijze waarop netbeheerders en afnemers zich gedragen ten aanzien van het in werking hebben van de netten, het voorzien van een aansluiting op het net en het uitvoeren van het transport van elektriciteit over het net” (art. 1.1.1 NetCode).

3.9. Met betrekking tot het voorzien van compensatie bij ernstige storingen als bedoeld in art. 31 lid 1 onder f Ew bepaalt art. 6.3.1 NetCode dat de netbeheerder aan aangeslotenen op zijn net, bij wie de transportdienst langer dan vier uur ten

gevolge van een storing wordt onderbroken,⁶ bij de eerstvolgende jaar- respectievelijk maandafranking een compensatievergoeding⁷ betaalt. Art. 6.3.2 bevat twee uitzonderingsgevallen: de netbeheerder verbeurt de compensatievergoeding niet ingeval de onderbreking i) zijn oorsprong vindt in het net van een andere netbeheerder dan wel ii) het gevolg is van een automatische afschakeling van belasting of een handmatige afschakeling van belasting op verzoek van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet.

3.10. Kennelijk gaan Bouwcombinatie c.s. ervan uit dat de Dte de bevoegdheid zou hebben om te bepalen binnen welk tijdsbestek storingen ongedaan moeten worden gemaakt.

3.11.1. De door Bouwcombinatie c.s. gehuldigde opvatting spreekt zeker niet voor zich. De verplichtingen van de netbeheerder zijn verankerd in art. 16 Ew. Dat geldt blijkens lid 1 onder c ook voor herstelverplichtingen.

3.11.2. Als gezegd bepaalt art. 31 lid 1 dat de gezamenlijke netbeheerders de Dte een voorstel doen namens “de door hen jegens afnemers te hanteren voorwaarden” met betrekking tot een aantal specifiek genoemde kwesties. Onder f wordt het verhelpen van storingen genoemd. Volgens art. 36 stelt de Dte de voorwaarden vast. Waarom deze bepalingen de Dte een vrijbrief zouden geven om te bepalen binnen welke termijn storingen moeten worden verholpen, is niet aanstonds duidelijk. Veeleer lijkt het erop dat in art. 31 (en 36) wordt bedoeld op een regeling over vergoedingen wanneer storingen niet – kort gezegd – tijdig worden verholpen.

3.11.3. Het ligt m.i. ook geenszins zonder meer voor de hand dat Dte (een onderdeel van NMa en daarmee allicht geen deskundige op technisch gebied) regels kan en mag stellen namens het tijdsbestek waarbinnen storingen moeten worden verholpen.⁸ Dat zou ook weinig zinvol zijn omdat

6 Art. 6.3.4 NetCode bepaalt wanneer deze periode begint te lopen. Dat is niet, zoals men wellicht zou verwachten, het moment waarop de storing begint.

7 De hoogte (en berekening) van de compensatievergoeding kan blijkens art. 3.6.1 sub a-c NetCode per aangeslotene uiteenlopen en hangt af van de indeling van de verbruiker op basis van art. 3.7.2 van de Tarievenscode.

8 Op de omstandigheid dat de deskundigheid ligt bij de netwerkbeheerders wordt ook gewezen in TK 1998-1999, 26303 nr 3 blz. 26.

de ene storing de andere niet is. Sommige zullen heel snel en eenvoudig hersteld kunnen worden, voor andere zal veel meer tijd nodig zijn.⁹ Het bepalen van een vaste duur is daarom een slag in de lucht voor zover daarmee wordt gezegd: herstel moet binnen zo'n tijdsbestek mogelijk zijn.

3.11.4. Op zich zelf genomen kan – zoals in het kader van de NetCode is gebeurd – statistisch worden vastgesteld binnen welke periode veruit de meeste storingen kunnen worden verholpen. Men kan dan bepalen dat wanneer herstel langer duurt dan die periode een standaardvergoeding moet worden betaald. Dat is wat NetCode doet.¹⁰ De koppeling van een vergoeding aan overschrijding van een bepaalde (op statische gegevens gebaseerde) periode betekent echter nog niet dat storingen die vanwege de complexiteit niet binnen die periode kunnen worden hersteld door de netbeheerders nochtans (op miraculeuze wijze) binnen die periode zouden moeten worden verholpen.

3.12.1. Bij dit alles ware te bedenken dat de wijze waarop de vergoeding is geregeld

a. praktisch is, maar

b. zeker niet zonder meer afnemer-vriendelijk.

3.12.2. De wens om een praktische oplossing te vinden die recht doet aan de wederzijdse belangen (van netbeheerder én afnemers) heeft duidelijk de doorslag gegeven. Zo bezien, ligt voor de hand dat een vast ijkpunt wordt gekozen. Dat is de periode waarin de meeste storingen kunnen worden verholpen. Meer of anders betekent die periode niet.

3.13. Geheel in lijn met de zo-even geschetste gedachtegang is dat noch de Ew, noch ook de NetCode netbeheerders verplicht om stroomstoringen binnen vier uur op te lossen. Art. 6.3.1 NetCode wijst veeleer in andere richting door een vergoeding te koppelen aan storingen die langer duren.

3.14. Met name ook de toelichtingen waarop het Hof zijn oordeel in rov. 4.14 mede baseert, wijzen in andere richting dan het onderdeel bepleit. Dat is op zich niet verwonderlijk als bedacht wordt dat de door het Hof geciteerde toelichting op het besluit van de Dte ingaat op de bezwaren ingebracht tegen zijn besluit van 14 december 2001¹¹ (hierna: het besluit Dte).

3.15. Gewezen wordt op de omstandigheid dat de meeste storingen binnen vier uur zijn verholpen. Dat is een feitelijk gegeven en niets anders dan dat. Daaruit afleiden dat een herstel dat langer duurt in het algemeen of in beginsel wijst op tekortschieten van de netbeheerder berust m.i. op een ongeoorloofde of ten minste gevaarlijke a contrario-redenering.

3.16. Dat wordt niet anders wanneer hetgeen volgt (de omstandigheid dat netwerkbeheerders worden geprikkeld om storingen binnen vier uur te verholpen) in de beschouwingen wordt betrokken. Omdat dit veelal mogelijk is, wordt nuttig geacht netbeheerders aan te sporen om te voorkomen dat onnodig wordt gedraald met herstel. Maar de onder 3.15 genoemde omstandigheid brengt mee dat expliciet wordt onderkend dat een aantal storingen niet binnen vier uur wordt (en naar klaarblijkelijk is bedoeld: evenmin kan worden) verholpen.

3.17. In de opzet van de NetCode bestaat dus de mogelijkheid dat een “prikkelvergoeding” moet worden betaald hoewel de netbeheerder tot het uiterste is gegaan om het herstel zo spoedig mogelijk te effectueren. In die gevallen is daarvoor bezien vanuit de optiek van de netbeheerder inhoudelijk weinig grond. Maar een vaste periode (van vier uur) maakt discussies over de vraag of de netbeheerder zich voldoende heeft ingespannen overbodig en voorkomt daarmee veel rompslomp (correspondentie met reeksen ontevreden afnemers). Bovendien biedt het de netbeheerder enige flexibiliteit in situaties waarin van meet af aan duidelijk is dat herstel ruim binnen vier uur mogelijk is.

3.18. Ten slotte – het is niet onbelangrijk – ook in de gevallen waarin de netbeheerder zich zoveel mogelijk heeft ingespannen, blijft overeind dat langdurige storingen voor talloze gebruikers minst genomen vervelend zijn zodat de noodzaak een

9 Minister Wijers wees er in de Kamer op dat er nu eenmaal fouten kunnen worden gemaakt waardoor levering niet mogelijk is, waarbij niet a priori is aan te wijzen wie waaraan schuldig is: TK zitting 1997-1998, 25621 nr 38 blz. 66.

10 Aanvankelijk was in de Elektriciteitswet niets voorzien en werd aangenomen dat de rechter zich daarover zou moeten buigen: TK 1997-1998, 25621 nr 7 blz. 46; TK 1997-1998, 25621 nr 38 blz. 66, maar uit de vervolgdiscussie (blz. 66/67) blijkt wel dat dit op kritiek stuitte.

11 Nummer 100389/31.

vergoeding (die in dergelijke gevallen geen “prikkel-karakter” heeft) te betalen zeker niet zonder meer onbevredigend is.

3.19. Het Hof verwijst voorts, naar ik begrijp, naar de toelichting op het amendement van kamerlid Crone (hierna: amendement Crone), waarbij sub f aan het eerste lid van (het huidige) art. 31 Ew werd toegevoegd. De toelichting luidt, voor zover hier van belang, als volgt:¹²

“Dit amendement strekt ertoe in de wet vast te leggen dat netbeheerders en vergunninghouders in hun dienstverlening moeten voldoen aan kwaliteitsnormen en dat bij niet naleving daarvan adequate compensatie geboden moet worden. Onder klantenservice kan ondermeer worden verstaan, bereikbaarheid en openingstijden, het aantal en de aard van eventuele klachten en storingen, de snelheid waarmee klachten zijn verholpen en het aantal afsluitingen dat heeft plaatsgevonden, onder vermelding van de redenen daarvoor.”

3.20. Heel erg duidelijk is de onder 3.19 geciteerde passage, met alle respect voor de opsteller, niet. De eerste volzin, met name de passage waarin wordt gesproken van “voldoen aan kwaliteitsnormen” zou enige steun kunnen bieden voor de door het onderdeel verdedigde opvatting, al is die lezing niet dwingend. De tweede volzin wijst veeleer in tegenovergestelde richting. Immers wordt daarin slechts een koppeling gelegd met de duur van de storing en niet met “kwaliteitsnormen” dan wel de vraag of herstel wellicht sneller had gekund. Deze toelichting biedt in elk geval geen duidelijke steun voor het standpunt van Bouwcombinatie c.s.

3.21. Mogelijk moet ’s Hofs arrest zo worden begrepen dat het mede is gebaseerd op de toelichting op de NetCode.¹³ Daarin is te lezen:

“18. Artikel 31, eerste lid, onder f van de Elektriciteitswet 1998 heeft betrekking op individuele garanties voor service. Om te stimuleren dat netbeheerders de kwaliteit handhaven van de transportdienst bij afnemers die onevenredig zwaar getroffen worden door leveringsonderbrekingen of kwaliteitsproblemen, dienen de kwaliteitscriteria op basis van artikel 31, eerste lid, onder f, Elektri-

citeitswet 1998 te bepalen dat netbeheerders een compensatiebedrag uitkeren aan iedere afnemer die door een ernstige storing getroffen wordt.

19. Dit compensatiebedrag is niet gerelateerd aan de ernst van de gevolgen van de storing, maar dient als een prikkel voor de netbeheerder om de kwaliteit van de transportdienst te handhaven. Eventuele privaatrechtelijke aansprakelijkheid valt derhalve buiten de context van de Netcode. De compensatiebedragen die de netbeheerder aan iedere afnemer die getroffen is door een ernstige storing, dient uit te keren, fungeren dus als een stimulans aan de betreffende netbeheerder om zijn netwerk in een optimale conditie te houden en om het netontwerp en zijn operationele organisatie zodanig te ontwerpen dat stroomonderbrekingen zo min mogelijk voorkomen.”

3.22. Ook voor deze toelichting geldt hetgeen hiervoor onder 3.15 – 3.17 werd opgemerkt.

3.23. Volledigheidshalve sta ik nog stil bij ontwikkelingen ná de litigieuze stroomstoring. In de MvT op een posterieure wijziging van de Elektriciteitswet wordt nog gewaagd van het belang van de “snelheid waarmee onderbrekingen worden verholpen”. Daarom wordt belangrijk genoemd dat deze niet langer duren dan strikt noodzakelijk is. Daartoe zouden netbeheerders “nu in onvoldoende mate toe [worden] gestimuleerd”. Daarom verplicht het wetsontwerp tot een “tegemoetkoming”.¹⁴

3.24. De onder 3.23 genoemde uiteenzetting onderstreept m.i. de juistheid van de hiervoor bepleite zienswijze om drie zelfstandige redenen:

- a. onder het oude stelsel, van toepassing ten tijde van de onderhavige stroomstoring, zouden netbeheerders onvoldoende worden “gestimuleerd”. Dat laat geen andere uitleg toe dan dat er geen (afdwingbare) verplichting bestond om storingen binnen een bepaalde termijn te verhelpen;
- b. zelfs in het beoogde nieuwe stelsel is van zodanige verplichting klaarblijkelijk geen sprake zoals uit het woordje “gestimuleerd” kan worden opgemaakt, terwijl
- c. de oplossing dus wordt gezocht in vergoedingsverplichtingen.

12 TK, 1998-1999, 26 303 nr 28.

13 Prod. 2 bij cva.

14 TK 2003-2004, 29372 nr 3 blz. 22. Vgl. idem nr 10 blz. 18, nr 15 blz. 3; TK 2003-2004, 29023 nr 3 en TK 2004-2005, 29372 nr 69 blz. 4.

3.25.1. Op grond van al het voorafgaande acht ik de klachten ongegrond. Dat geldt ook voor de klacht dat het – kort gezegd – op de weg van de netbeheerder zou liggen om te stellen en zo nodig te bewijzen dat herstel binnen vier uur niet mogelijk was. Ook voor zo'n algemene benadering kan in de huidige regelgeving geen, of in elk geval onvoldoende, steun worden gevonden.

3.25.2. Anders dan mrs Van Wijk en Kingma lijkten te menen¹⁵ biedt zelfs het posterieure NMa-besluit van 21 februari 2007 geen duidelijke steun voor hun opvatting. Ook niet het citaat onder 3.20, ontleend aan par. 28 van dat besluit. Immers is daaraan blijkens deze zelfde paragraaf door de netbeheerders op andere wijze invulling gegeven, klaarblijkelijk tot tevredenheid van NMa. Dat wordt als volgt verwoord:

“De gezamenlijke netbeheerders hebben hieraan invulling gegeven door in het gewijzigde voorstel zinsneden toe te voegen waarin compensatievrije hersteltijden worden genoemd als termijnen waarbinnen in het merendeel van de gevallen een onderbreking van de transportdienst ten gevolge van een storing is verholpen. De Raad is in principe van mening dat een reparatie aan het net een interne aangelegenheid is van de netbeheerders.”¹⁶

3.26.1. Voor zover het onderdeel zo zou moeten worden begrepen dat de enkele omstandigheid dat herstel langer dan vier uur duurt een zodanig serieuze aanwijzing is dat ipso iure de bewijslast moet worden omgekeerd, acht ik het eveneens ongegrond. Ook die opvatting berust immers op het m.i. te algemene en te stellige uitgangspunt dat zulks wijst op organisatorische tekortkomingen van de netbeheerder.

3.26.2. Maar zelfs als het uitgangspunt van Bouwcombinatie c.s. in het algemeen juist zou zijn, zouden zij daarbij in casu m.i. geen garen spinnen. Immers heeft het Hof, in cassatie niet bestreden, vastgesteld dat sprake was van een grootschalige stroomstoring die het gevolg was van beschadiging van een aantal kabels; zie onder 1.2. Onder die omstandigheden had het op de weg van Bouwcombinatie c.s. gelegen om te stellen en zo nodig te bewijzen dat ook in een dergelijke setting herstel binnen vier uur gemeenlijk moge-

lijk is. Het onderdeel doet op dergelijke stellingen evenwel geen beroep, laat staan onder verwijzing naar vindplaatsen in de dingtalen in feitelijke aanleg.

3.27. Voor zover de s.t. van Bouwcombinatie c.s. een beroep doet op het thans geldende (gewijzigde) art. 6.3.2 NetCode,¹⁷ met name de volgende passage:

“wanneer de netbeheerder kan aantonen dat de netbeheerder als gevolg van een extreme situatie niet binnen de hersteltijden, zoals bedoeld in artikel 6.3.1, een onderbreking kan herstellen. Met een extreme situatie wordt bedoeld een incident dat zo weinig voorkomt dat het oneconomisch zou zijn om daarmee rekening te houden in de reguleringssystematiek en dat bovendien niet beïnvloed kan worden door de netbeheerder. Een incident is een niet te voorziene gebeurtenis of situatie die redelijkerwijs buiten de controle van een netbeheerder ligt en niet te wijten is aan een fout van een netbeheerder. Hierbij kan gedacht worden aan aardbevingen, overstromingen, uitzonderlijke weersomstandigheden, terroristische aanslagen en oorlog”

is de klacht geen beter lot beschoren. Immers ziet deze passage uitsluitend op gevallen waarin geen vergoeding verschuldigd is. Er staat niet dat herstel binnen een bepaalde periode moet plaatsvinden. Bovendien gold deze regeling nog niet ten tijde van de litigieuze schadegebeurtenis.

3.28. Onderdeel 5 komt met negen rechts- en motiveringsklachten op tegen rov. 4.16. De klachten gaan grotendeels – met uitzondering van de onderdelen 5.1 en 5.7 – in op 's Hof's oordeel over de (redelijke) toerekening van de schade (de aan de op het netwerk aangesloten uitgekeerde compensatievergoedingen).

3.29. In rov. 4.16 overweegt het Hof naar aanleiding van de grieven 3 en 4 van het principaal appel kort gezegd dat:

a. het causaal (condicio sine qua non-)verband tussen de kabelbeschadiging en de verbeurde compensatiebetalingen een gegeven is, nu tussen partijen vaststaat dat Liander geen compensatie-

15 S.t. onder 3.20.

16 Zie in de door mij bepleite zin ook, zij het niet expressis verbis, par. 30.

17 De thans (per 17 december 2009) geldende NetCode is te vinden op de website van de Energiekamer: http://www.energiekamer.nl/images/Netcode%20Electriciteit%20per%2012%20augustus%202010_tcm7-140653.pdf.

vergoedingen aan haar afnemers verschuldigd zou zijn geweest ingeval er geen kabelbeschadiging was geweest;

b. de schade die bestaat in de door de netbeheerder betaalde compensatievergoedingen, aan de veroorzaker van de kabelbeschadiging als een gevolg daarvan kan worden toegerekend, aangezien:

i. zij het gevolg is van grove zaakbeschadiging van de onder het beheer van Liander vallende elektriciteitskabels;

ii. stroomstoringen en als gevolg daarvan aan de afnemers verschuldigde compensatievergoedingen bovendien een voorzienbaar gevolg van de betreffende zaakbeschadiging zijn;

iii. het feit dat het hier om forfaitaire, op grond van de NetCode aan afnemers verschuldigde vergoedingen, gaat dit niet anders maakt;

iv. er niet zonder meer van kan worden uitgegaan dat de compensatievergoedingen in beginsel het gevolg zijn van een niet adequate organisatie van de netbeheerder en dat zij daarom in redelijkheid niet (meer) als een gevolg van de kabelbeschadiging kunnen worden toegerekend, aangezien:

– de stelplicht en bewijslast voor feiten en omstandigheden waaruit kan worden afgeleid dat de schade in redelijkheid niet kan worden toegerekend aan die gebeurtenis op de gedaagde rusten (HR 2 oktober 1998, NJ 1998, 831);

– het Hof hiervoor al van oordeel was dat de compensatievergoedingen in redelijkheid als gevolg van de kabelbeschadiging aan Bouwcombinatie c.s. moeten worden toegerekend;

c. het verweer van Bouwcombinatie c.s. dat de schade het gevolg is van een niet adequate organisatie van Liander en dat zij ervoor had kunnen en moeten zorgen dat de schade binnen vier uur was hersteld, moet worden beoordeeld als een beroep op eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW, in welk verband de stelplicht en de bewijslast eveneens op Bouwcombinatie c.s. rusten.

3.30. Met oog op de leesbaarheid worden eerst de onderdelen 5.1 en 5.7 die, als gezegd, niet zien op de toerekenbaarheid van schade in de zin van art. 6:98 BW, besproken.

3.31. Onderdeel 5.1 bouwt volledig voort op onderdeel 4 en is bedoeld het lot van die klachten te delen.

3.32. Onderdeel 5.7 gaat uit van een onjuiste lezing van het arrest. In 's Hofs overweging dat de schade het gevolg is van een "grote zaaksbescha-

diging" wordt tot uitdrukking gebracht dat sprake is van ernstige gevolgen – de kabels zijn aanzienlijk beschadigd.

3.33. De resterende klachten scharnieren om de toerekenbaarheid van de schade in de zin van art. 6:98 BW. Onderdeel 5.2 voldoet niet aan de aan een middel te stellen eisen omdat het geen nauwkeurige en welbepaalde klachten postuleert,¹⁸ ook niet wanneer acht wordt geslagen op "hiervoor sub 2.1 tot en met 2.4" (voetnoot 13).

3.34. De onderdelen 5.2 – 5.5 komen er, naar ik begrijp, in de kern op neer dat sprake was van een uitzonderlijke situatie zodat toerekening niet aangewezen was. In dat verband wordt andermaal gewezen op de stelling dat de netbeheerder zijn organisatie niet op orde had. Bovendien wordt, als ik het goed zie, in stelling gebracht dat:

a. toerekening alleen bij extreme situaties (zoals aardbevingen, aanslagen en oorlogen) niet zou kunnen plaatsvinden;

b. de netbeheerder moet stellen en bewijzen dat zich een situatie voordoet die in redelijkheid kan worden toegerekend;

c. het Hof geen acht heeft geslagen op "alle omstandigheden van het geval" en met name niet op i. de aard van de schade;

ii. de omstandigheid dat Bouwcombinatie zeer zorgvuldig te werk is gegaan "onder meer door een klic-melding te doen en het hele gebied waar zij zou gaan werken vrij van kabels te maken";

d. sprake is van een risicoaansprakelijkheid (Bouwcombinatie) en

e. geen (verkeers- of) veiligheidsnormen zijn geschonden;

f. [eiseres 2] de instructies van "[...]" heeft opgevolgd;

g. de onvoorzienbaarheid van de schade ([eiseres 2]);

h. de mate van schuld.

3.35. Deze klachten zien eraan voorbij dat partijen in feitelijke aanleg vooralsnog slechts de vraag beantwoord wilden hebben of de compensatievergoeding kan worden verhaald op Bouwcombinatie c.s. Aldus expliciet rov. 4.1 van het vonnis in prima waartegen in appel geen grieven zijn gericht. Met name wensten zij de aansprakelijkheidsvraag vooralsnog in het midden te laten. Blijkens het p.v. van de comparitie in prima heeft mr Ter Meer

18 HR 14 januari 2011, LJN BN7887 rov. 4.4.

(de advocaat van [eiseres 2]) aangegeven dat partijen er daarna zelf wel uitkomen. Het is ook de vrije keuze geweest van Bouwcombinatie c.s. om tussentijds cassatieberoep in te stellen.

3.36.1. De meeste klachten stellen kwesties aan de orde die niet los van de aansprakelijkheidsvraag kunnen worden beantwoord. Dat geldt met name voor de omstandigheden genoemd onder 3.35 sub c ii, d, e, f en h. Bij die stand van zaken is onvruchtbaar en ook niet juist om het Hof te verwijten daaraan geen aandacht te hebben geschonken. Het valt volledig te herleiden tot de soevereine wens van partijen die voor het Hof een gegeven was.

3.36.2. Ik zie in dat de consequentie van deze benadering is dat mogelijk wél relevante gezichtspunten in het geheel niet aan de orde kunnen komen. Maar de oorzaak daarvan ligt niet bij de rechter maar bij partijen die allicht een reden hebben gehad voor hun keuze.

3.36.3. Hierom én omdat zo'n klacht in het middel niet te lezen is, ga ik voorbij aan het op de relativiteit geënte betoog in de s.t. van mrs Van Wijk en Kingma onder 3.29.

3.37.1. Voor zover de klacht weergegeven onder 3.34 sub a zo moet worden begrepen dat hier sprake was van een uitzonderlijke situatie (kenmerkend vanwege de beweerdelijk lange duur van de reparatie) die aan toerekening in de weg staat, berust zij op een verkeerde lezing van 's Hof's arrest. Het Hof is er, als gezegd, vanuit gegaan dat sprake was van een grootschalige stroomstoring (rov. 4.4), of, in de door het Hof overgenomen feitenvaststelling van de Rechtbank, beschadiging van een kabelbed bestaande uit een aantal middenspannings- en een laagspanningskabel (rov. 2.2). In een dergelijke setting is een repatiëduur van meer dan vier uur geenszins zonder meer (zodanig) uitzonderlijk dat de gevolgen daarvan niet op de voet van art. 6:98 BW zouden mogen worden toegerekend.

3.37.2. In dat verband valt te bedenken dat veruit de meeste gevallen, waarin klaarblijkelijk sprake is van minder zware beschadigingen en minder omvangrijke stroomstoringen, reparatie gemeenlijk binnen vier uur kan worden afgerond. Het ligt dan in hoge mate voor de hand dat dit anders ligt bij omvangrijker storingen.

3.38.1. De onder 3.34 sub c i weergegeven klacht berust klaarblijkelijk op de onjuiste gedachte dat het hier slechts gaat om (een bijzonder geval van) zuivere vermogensschade. In veel rechtsstelsels –

maar in beginsel niet in het onze – is die omstandigheid grond voor beperkte aansprakelijkheid. Dat ligt anders in situaties waarin de vermogensschade voortvloeit uit zaakschade.¹⁹ In casu is sprake van zaakschade, nog wel – in 's Hof's in cassatie niet bestreden visie – van ernstige zaakschade. Dat blijkt niet alleen uit hetgeen ik onder 3.37 weergaf, maar ook uit zijn vaststelling dat het hier gaat om “grove zaaksbeschadiging” (rov. 4.16). In een dergelijke setting is voor de beperkte toerekening die het onderdeel bepleit in het algemeen weinig grond.

3.38.2. Voor zover het onderdeel en in zijn voetspoor de s.t. (bijv. onder 3.30) opnieuw de beweerdelijk bijzondere aard van de compensatievergoedingen aan de orde stelt, moge ik verwijzen naar de bespreking van onderdeel 4. Dát deze vergoeding vermogensschade in de zin van art. 6:96 BW vormen, wordt door het middel niet bestreden.

3.39. Met betrekking tot de resterende – en in feite ook ten aanzien van de reeds besproken – klachten: bij beantwoording van de vraag of de schade kan worden toegerekend in de zin van art. 6:98 BW moeten alle – derhalve niet alleen “alle door Bouwcombinatie en/of [eiseres 2] in dit verband aangevoerde” – omstandigheden van het geval in de beoordeling worden betrokken.²⁰

3.40. Voor zover het onderdeel al niet afketst op hetgeen hiervoor werd vermeld, loopt het m.i. hierop reeds stuk dat weliswaar omstandigheden worden geëtaleerd die door Bouwcombinatie c.s. in feitelijke instanties zouden zijn aangevoerd, maar niet voldoende nauwkeurig komt uit de verf welke omstandigheden het Hof buiten beschouwing zou hebben gelaten, waarom het Hof die specifieke omstandigheden bij zijn oordeelsvorming had moeten betrekken, laat staan dat wordt aangegeven waarom die omstandigheden tot een ander oordeel noopten.

3.41.1. Ten gronde voor zo ver nog nodig: in de literatuur worden wel catalogi van mogelijk relevante omstandigheden (ook wel aangeduid als

19 Zie nader Willem H. van Boom, in dezelfde e.a. (red.), *Pure Economic Loss* blz. 1 e.v.; zie voor ons land ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009 nr 69.

20 Zie bijvoorbeeld Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr 63.

gezichtspunten of factoren) genoemd.²¹ Onder die (mogelijk) relevante omstandigheden worden in de eerste plaats de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade geschaard; twee factoren die rechtstreeks voortvloeien uit de wet (zie art. 6:98 BW). Ook de voorzienbaarheid of mate van waarschijnlijkheid kunnen van belang zijn.

3.41.2. Deze omstandigheden kunnen een rol spelen bij 's rechters oordeel over de toerekening op de viet van art. 6:98 BW. De rechter is echter niet gehouden een bepaalde lijst "af te vinken", al was het maar omdat niet alle omstandigheden in dezelfde richting wijzen.

3.42.1. Naar meer gangbare opvattingen zal schade niet licht buiten de toerekeningsboot (van art. 6:98 BW) vallen. Ook (zelfs) niet wanneer sprake is van een risico-aansprakelijkheid²² of wanneer de schade zoals deze is opgetreden niet waarschijnlijk of zelfs heel onwaarschijnlijk was.²³ Wat dat laatste betreft: gegeven 's Hof's onder 3.37 genoemde vaststellingen valt op die onwaarschijnlijkheid veel af te dingen. Waarom dat in casu anders zou zijn, wordt door het onderdeel niet (voldoende) uiteengezet.

3.42.2. Ten slotte ware te bedenken dat beslissingen omtrent de toerekening ex art. 6:98 BW vanwege de verwevenheid met waarderingen van feitelijke aard, ook al gaat het in beginsel om een rechtsvraag, in cassatie beperkt toetsbaar zijn.²⁴

3.43. Aldus resteert nog de vraag wie moet stellen en bewijzen dat in het onderhavige geval de betaalde compensatievergoedingen (al dan niet) zijn toe te rekenen (zie onderdeel 5.3).

3.44. Deze klacht roept al aanstonds de vraag op of zij niet op gespannen voet staat met de andere klachten. Wanneer juist zou zijn dat het voor de toerekeningsvraag primair aankomt op de door

Bouwcombinatie c.s. genoemde feiten en omstandigheden behoeft toelichting, die evenwel ontbreekt, welke andere omstandigheden Liander zou hebben kunnen of moeten noemen die voor de beslissing van belang zouden zijn.

3.45.1. Hoe dit zij: 's Hof's oordeel is juist. In het door het Hof in rov. 4.16 genoemde arrest Nacap/Shellfish²⁵ heeft Uw Raad beslist dat het aan de aansprakelijk gestelde is feiten te stellen en zo nodig te bewijzen die tot het oordeel kunnen leiden dat het niet aangewezen is de gevorderde schadeposten (volledig) aan de aansprakelijk gestelde toe te rekenen. In casu lag dat dus op de weg van Bouwcombinatie c.s.

3.45.2. In die zaak was Shellfish als gevolg van de beschadiging van een gasleiding bij graafwerkzaamheden gedurende circa dertien uur verstoken geweest van gaslevering. Als gevolg daarvan was haar productieproces stil komen te liggen. Ten aanzien van een klacht over de verdeling van de bewijslast aangaande de vraag of de schade tengevolge van de langdurige onderbreking van de gastoevoer aan de beschadiging van de leiding kon worden toegerekend, overwoog Uw Raad:

"Uitgaande van zijn kennelijk oordeel dat de onderbreking van de gastoevoer naar Shellfish niet zou zijn opgetreden als de onderhavige gasleiding niet zou zijn doorgesneden, zodat in ieder geval een 'condicio sine qua non' verband tussen de beschadiging en die onderbreking vaststaat, heeft het Hof terecht Nacap belast met het bewijs van de juistheid van de tot haar verweer aangevoerde stelling dat de door Shellfish gestelde schade in een zodanig verwijderd verband tot de beschadiging van de getroffen leiding staat, dat het causale verband daardoor is verbroken."

3.46. De door het Hof geformuleerde maatstaf (dat "[d]e stelplicht en bewijslast voor feiten en omstandigheden waaruit kan worden afgeleid dat (...) de schade in redelijkheid niet kan worden toegerekend aan die gebeurtenis (...) op de gedaagde [rusten]" (rov. 4.16) is dus juist. De klacht faalt.

3.47. Onderdeel 5.8 werpt nog in de strijd dat het Hof niet heeft uitgelegd waarom "aan de afnemers verschuldigde compensatievergoedingen naar hun aard in het algemeen gesproken (...) kunnen worden aangemerkt als een voorzienbaar gevolg van grove zaaksbeschadiging van onder het beheer

21 Zie bijvoorbeeld *Schadevergoeding* (Boonekamp) art. 98 aant. 28; *Mon. BW B35* (Klaassen) blz. 43 e.v. met verdere verwijzingen.

22 Zie bijvoorbeeld HR 13 juni 1975, LJN AC3080, NJ 1975, 509 m.nt. GJS en HR 25 april 2008, LJN BC5603, NJ 2008, 262.

23 Zie nader *Schadevergoeding art. 98* (Boonekamp) aant. 31 en bijvoorbeeld HR 1 juli 1977, LJN AB7010, NJ 1978, 84 m.nt. GJS en HR 25 april 2008, LJN BC5603, NJ 2008, 262.

24 Zie MvA II, PG Boek 6 blz. 345; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr 83; HR 1 juli 1977, LJN AB7010, NJ 1987, 84.

25 HR 2 oktober 1998, LJN ZC2723, NJ 1998, 831 rov. 3.10.

van de netbeheerder vallende elektriciteitskabels". Immers zijn deze vergoedingen slechts verschuldigd als herstel langer dan vier uur duurt.

3.48.1. Voor zover die klacht al voldoende begrijpelijk is, faalt zij. Immers valt niet in te zien waarom niet voorzienbaar is dat compensatievergoedingen moeten worden betaald. Bedrijven die zich bezig houden met graafwerkzaamheden waarbij kabels kunnen worden geraakt, moeten daarvan op de hoogte zijn. Zelfs als ze dat niet zijn, dan behoren ze het rechtens te weten op basis van de fictie dat men het recht behoort te kennen. In casu zijn deze regels ook te vinden in behoorlijk openbaar gemaakte staatsperiodieken. Ten slotte berust het onderdeel op een te enge opvatting omtrent toerekening op de voet van art. 6:98 BW.²⁶

3.48.2. Zoals hierboven al meermalen is opgemerkt, gaat het in casu bovendien niet om een "normale" schadegebeurtenis, maar om een waarbij "grove zaakschade" is opgetreden waardoor een grootschalige stroomstoring is ontstaan. 3.49. Onderdeel 5.9 verwijt het Hof dat de vraag of Liander haar organisatie adequaat heeft ingericht, in het kader van art. 6:98 BW – en niet eerst in dat van art. 6:101 BW – beantwoord had moeten worden.

3.50. Het onderdeel mist belang nu, als gezegd, dat betoog in het kader van art. 6:98 BW niet opgaat. Met het Hof komt het mij voor dat het hier inderdaad gaat om een problematiek die wordt beheerst door art. 6:101 BW, zij het dat in dat verband opnieuw causaliteitsvragen aan de orde kunnen (zullen) komen in verband met de primaire maatstaf van dat artikel. Dat was trouwens ook (zij het subsidiair) het standpunt van BR-4 (mva onder 46) en van [eiseres 2] (mva onder 38).

Conclusie

Deze conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

Hoge Raad

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak 145904/HA ZA 06-1708 van de rechtbank Arnhem van 29 november 2006, 21 februari 2007 en 10 oktober 2007;
- b. het arrest in de zaak 200.001.510 van het gerechtshof te Arnhem van 16 maart 2010, verbeterd bij beslissing van 27 april 2010.
(...; red.)

2. Het geding in cassatie

(...; red.)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i. Bouwcombinatie heeft werkzaamheden verricht ten behoeve van de aanleg van de Betuweroute in de gemeente Tiel. Voorafgaand aan de werkzaamheden heeft zij over de in het desbetreffende perceel aanwezige kabels en leidingen informatie opgevraagd bij het Kabel- en Leiding Informatie Centrum (KLIC).

ii. Op 19 augustus 2002 heeft [eiseres 2] in opdracht van Bouwcombinatie op de desbetreffende locatie graafwerkzaamheden verricht. Daarbij heeft [eiseres 2] een kabelbed, bestaande uit een aantal middenspanningskabels en een laagspanningskabel, beschadigd. Dit heeft geleid tot een grootschalige stroomstoring, die is begonnen om 13.51 uur en geëindigd om 21.15 uur.

iii. Het kabelbed behoort tot het verzorgingsgebied van Liander (voorheen genaamd Continuon Netbeheer N.V.). Als netbeheerder is Liander op grond van art. 16 lid 1 Elektricitwet 1998 onder meer gehouden de netten die zich in haar verzorgingsgebied bevinden aan te leggen, in werking te houden en indien nodig te herstellen en te vernieuwen.

iv. Ingevolge art. 31 lid 1, aanhef en onder f, Elektricitwet 1998 in verbinding met art. 6.3.1, aanhef en onder a, van de Netcode dient de netbeheerder tot wiens verzorgingsgebied de elektriciteitskabels behoren, compensatievergoedingen te betalen aan aangeslotenen op zijn net bij wie de transportdienst ten gevolge van een stroomstoring langer dan vier uur onderbroken is geweest. Liander heeft uit hoofde van deze bepalingen aan afnemers een bedrag van in totaal € 129.290,= aan compensatievergoedingen betaald.

²⁶ Zie bijvoorbeeld HR 14 maart 1958, NJ 1961, 570 en HR 1 juli 1977, LJN AB7010, NJ 1978, 84 m.nt. GJS.

3.2.1. Liander heeft de hoofdelijke veroordeling gevorderd van Bouwcombinatie en [eiseres 2] tot vergoeding van de schade die zij heeft geleden als gevolg van de door Bouwcombinatie c.s. veroorzaakte kabelbeschadiging. Zij vordert betaling, voor zover thans van belang, van het hiervoor genoemde bedrag van € 129.290,=.

3.2.2. De rechtbank heeft – overeenkomstig de wens van partijen – eerst beslist over de vraag of de compensatievergoedingen zijn aan te merken als schade die aan de veroorzaker van de kabelbeschadiging kan worden toegerekend in de zin van art. 6:98 BW. Zij is veronderstellenderwijs ervan uitgegaan dat Bouwcombinatie en/of [eiseres 2] aansprakelijk zijn respectievelijk is voor die schade. De rechtbank heeft de vordering van Liander afgewezen en heeft daartoe, samengevat, overwogen dat uit art. 31 Elektriciteitswet 1998 in verbinding met art. 6.3.1 en 6.3.2 Netcode voor Liander de verplichting voortvloeit om er een zodanig adequate organisatie op na te houden dat stroomstoringen binnen vier uur kunnen worden opgelost. Nu het Liander niet is gelukt de stroomstoringen binnen dat tijdsbestek te verhelpen, moet in beginsel ervan worden uitgegaan dat zij haar organisatie niet voldoende adequaat had ingericht, zodat de compensatievergoedingen die zij verschuldigd is geworden, moeten worden toegerekend aan haar eigen nalaten en deze niet aan Bouwcombinatie c.s. kunnen worden toegerekend in de zin van art. 6:98 BW.

3.2.3. Het hof heeft het vonnis vernietigd. Het heeft daartoe, samengevat, overwogen dat uit art. 31 Elektriciteitswet 1998, art. 6.3.1 en 6.3.2 Netcode en de op die artikelen gegeven toelichtingen niet kan worden afgeleid dat op de netbeheerder de verplichting rust stroomstoringen binnen vier uur te verhelpen, maar slechts de verplichting zijn electriciteitsnetten goed te onderhouden en een adequate organisatie voor herstel op te zetten. Dat in de Netcode is gekozen voor een termijn van vier uur voor het verschuldigd worden van compensatievergoedingen, laat nog niet de gevolgtrekking toe dat in gevallen waarin die termijn is overschreden, in beginsel ervan moet worden uitgegaan dat de netbeheerder zijn organisatie niet adequaat heeft ingericht. (rov. 4.14).

Niet in geschil is dat indien de kabels bij de graafwerkzaamheden niet door [eiseres 2] zouden zijn beschadigd, Liander geen compensatievergoedingen verschuldigd zou zijn geweest. Het causaal verband (*condicio sine qua non*-verband) tussen

de kabelbeschadiging en de door de daarop volgende stroomstoringen verschuldigd geworden compensatievergoedingen staat derhalve vast. De schade die bestaat in de door de netbeheerder betaalde compensatievergoedingen, kan aan de schadeveroorzaker als een gevolg van de kabelbeschadiging worden toegerekend. De schade is het gevolg van een grove zaaksbeschadiging. Stroomstoringen en daardoor verschuldigd geworden compensatievergoedingen moeten worden aangemerkt als een voorzienbaar gevolg van die zaaksbeschadiging. Zoals hiervoor is overwogen, kan niet zonder meer ervan worden uitgegaan dat die vergoedingen het gevolg zijn van een niet-adequate organisatie van de netbeheerder en dat zij hem om die reden in redelijkheid niet (meer) als een gevolg van de kabelbeschadiging kunnen worden toegerekend.

De stelplicht en bewijslast van feiten en omstandigheden waaruit kan worden afgeleid dat – uitgaand van de aanwezigheid van causaal (*condicio sine qua non*-) verband tussen gebeurtenis en schade – de schade in redelijkheid niet kan worden toegerekend aan die gebeurtenis, rusten op de gedaagde.

Het verweer van Bouwcombinatie c.s. dat de schade het gevolg is van een niet-adequate organisatie van Liander, moet worden aangemerkt als een beroep op eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW. Ook op dit punt rusten de stelplicht en bewijslast op Bouwcombinatie c.s. (rov. 4.16)

3.3.1. Onderdeel 4 – hetgeen daaraan voorafgaat bevat geen klachten – betoogt dat het hof (in rov. 4.14) heeft miskend dat de netbeheerder op grond van art. 16 lid 1 en art. 31 lid 1, aanhef en onder f, Elektriciteitswet 1998 in verbinding met art. 6.3.1 en 6.3.2 Netcode verplicht is een stroomstoring binnen vier uur te verhelpen en dat, indien de netbeheerder daaraan niet voldoet, ervan moet worden uitgegaan dat hij zijn organisatie niet adequaat heeft ingericht. Dit is slechts anders in een aantal in het onderdeel genoemde uitzonderingsgevallen.

3.3.2. Bij de beoordeling van dit onderdeel is de volgende regelgeving van belang.

i. Art. 16 lid 1 Elektriciteitswet 1998 dat onder meer inhoudt:

“1. De netbeheerder heeft in het kader van het beheer van de netten in het voor hem krachtens artikel 36 vastgestelde gebied tot taak:

a. de door hem beheerde netten in werking te hebben en te onderhouden;

b. de veiligheid en betrouwbaarheid van de netten en van het transport van elektriciteit over de netten op de meest doelmatige wijze te waarborgen;

c. de netten aan te leggen, te herstellen, te vernieuwen of uit te breiden (...).”

ii. Art. 31 lid 1, aanhef en onder f, Elektriciteitswet 1998, luidende:

“De gezamenlijke netbeheerders zenden aan de directeur van de dienst een voorstel voor de door hen jegens afnemers te hanteren voorwaarden met betrekking tot:

(...)

f. de kwaliteitscriteria waaraan netbeheerders moeten voldoen met betrekking tot hun dienstverlening, welke in ieder geval betrekking hebben op te hanteren technische specificaties, het verhelpen van storingen in het transport van elektriciteit, de betalingsvoorwaarden, de klantenservice en het voorzien in compensatie bij ernstige storingen.” Dit onderdeel f, waarin met de directeur van de dienst wordt bedoeld de directeur van de Dienst uitvoering en toezicht energie van de Nederlandse mededingingsautoriteit (directeur Dte), berust op een amendement dat onder meer als volgt is toegelicht:

“Dit amendement strekt ertoe in de wet vast te leggen dat netbeheerders en vergunninghouders in hun dienstverlening moeten voldoen aan kwaliteitsnormen en dat bij niet naleving daarvan adequate compensatie geboden moet worden.” (Kamerstukken II 1998-1999, 26 303, nr. 28.)

iii. Art. 6.3.1 en 6.3.2 Netcode. Deze bepalingen, waarin de hiervoor bedoelde compensatie nader is geregeld, zijn vastgesteld bij besluit van 14 maart 2001 van de directeur Dte, en luiden voor zover hier van belang:

“6.3.1. De netbeheerder betaalt, uitgezonderd de in 6.3.2 genoemde omstandigheden, aan aangesloten op zijn net bij wie de transportdienst langer dan vier uur ten gevolge van een storing wordt onderbroken (...) een compensatievergoeding ter hoogte van het hieronder genoemde bedrag;

(...)

6.3.2. De in 6.3.1 genoemde verplichting geldt niet, wanneer een onderbreking van de transportdienst zijn oorsprong vindt in het net van een andere netbeheerder dan wel het gevolg is van een automatische afschakeling van belasting of een handmatige afschakeling van belasting op verzoek van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet.”

iv. Het besluit van de directeur Dte van 14 december 2001 op de bezwaren ingebracht tegen zijn besluit van 14 maart 2001 houdt ten aanzien van de compensatievergoeding onder meer het volgende in:

“31. (...) Om de netbeheerders een stimulans te geven om het risico hiervan zoveel mogelijk te beperken, kunnen afnemers aanspraak maken op een compensatievergoeding bij een onderbreking van de transportdienst.

32. De voorwaarde dat de transportdienst gedurende vier uur dient te zijn onderbroken, is gebaseerd op de ervaring dat de meeste storingen binnen die periode verholpen kunnen worden. (...) In het oog dient gehouden te worden dat het in het bestreden besluit niet gaat om een schadevergoeding aan een afnemer maar om een prikkel aan de netbeheerder om de netten goed te onderhouden en een adequate organisatie voor het herstel van het transport bij een onderbreking op te zetten. (...)”

3.3.3. Uit de hiervoor in 3.3.2 genoemde bepalingen kan, mede gelet op de totstandkomingsgeschiedenis ervan, niet worden afgeleid dat op de netbeheerder ten opzichte van de afnemer de verplichting rust om een stroomstoring binnen vier uur te verhelpen en dat wanneer daaraan niet wordt voldaan, ervan moet worden uitgegaan dat de netbeheerder zijn organisatie niet adequaat heeft ingericht. De verplichting tot voldoening van een compensatievergoeding is niet erop gebaseerd dat de netbeheerder, reeds door de enkele overschrijding van de vier-uren-norm, wanprestatie pleegt tegenover de afnemer. Zij is gebaseerd op de in de voormelde regelingen neergelegde bedoeling van de wetgever de afnemer een redelijke compensatie te verschaffen voor de door hem geleden schade, ongeacht het antwoord op de vraag of de netbeheerder tegenover hem civielrechtelijk aansprakelijk is. Het oordeel van het hof in rov. 4.14 is dus juist.

3.4.1. Onderdeel 5, dat in negen onderdelen uiteenvalt, komt op tegen het oordeel van het hof (rov. 4.16) dat de schade van Liander bestaande in door haar aan afnemers betaalde compensatievergoedingen, aan Bouwcombinatie c.s. kan worden toegerekend in de zin van art. 6:98 BW.

3.4.2. Onderdeel 5.1 bouwt voort op onderdeel 4 en moet het lot daarvan delen.

3.4.3. De onderdelen 5.2 tot en met 5.5, die zich lenen voor gezamenlijke behandeling, komen erop neer dat het hof heeft miskend dat in een geval

als het onderhavige, waarin de stroomstoring meer dan vier uur heeft geduurd, de schade bestaande in de betaalde compensatievergoedingen het gevolg is van een inadequate organisatie van de netbeheerder en om die reden niet aan de veroorzaker van de kabelbeschadiging kan worden toegerekend in de zin van art. 6:98 BW. Onderdeel 5.9 voegt hieraan toe dat het verweer van Bouwcombinatie c.s. dat de schade een gevolg is van de inadequate organisatie van Liander moet worden aangemerkt als een beroep op het ontbreken van causaal verband en niet, zoals het hof heeft geoordeeld, als een beroep op eigen schuld van Liander. De onderdelen 5.2-5.5 falen nu zij eraan voorbijzien dat het hof – naar uit het hiervoor overwogene volgt: terecht – heeft geoordeeld dat de omstandigheid dat een stroomstoring niet binnen vier uur is verholpen, niet betekent dat de netbeheerder zijn organisatie niet adequaat heeft ingericht. Ook onderdeel 5.9 kan niet tot cassatie leiden. Het oordeel van het hof dat het onderhavige verweer moet worden aangemerkt als een beroep op eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, is niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd.

3.4.4. Onderdeel 5.6 klaagt dat het hof bij zijn beoordeling geen rekening heeft gehouden met alle door Bouwcombinatie c.s. aangevoerde – en in het onderdeel opgesomde – feiten en omstandigheden.

Bij de beoordeling van dit onderdeel wordt het volgende vooropgesteld.

In het kader van de toerekening als bedoeld in art. 6:98 BW gaat het om de vraag of de schade in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.

Het hof heeft in rov. 4.16 vastgesteld dat sprake is van causaal verband (*condicio sine qua non*-verband) nu Liander, wanneer de kabels niet door [eiseres 2] zouden zijn beschadigd, geen compensatievergoedingen verschuldigd zou zijn geweest. Het hof heeft vervolgens aan zijn oordeel dat de schade kan worden toegerekend aan Bouwcombinatie c.s. ten grondslag gelegd dat de kabelbeschadigingen hebben geleid tot een grootschalige stroomstoring en dat de onderhavige schade is aan te merken als een voorzienbaar gevolg van deze kabelbeschadigingen. Dat oordeel van het hof geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvat-

ting en kan voor het overige als van feitelijke aard in cassatie niet op juistheid worden onderzocht. Het oordeel is niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd. Voor zover het onderdeel klaagt dat het hof niet heeft onderzocht of de kabelbeschadiging is te wijten aan schuld van Bouwcombinatie c.s., ziet het eraan voorbij dat het bij de toerekening in de zin van art. 6:98 BW gaat om toerekening van de schade aan de schadeveroorzakende gebeurtenis. De mate van schuld aan de kabelbeschadiging kan nog aan de orde komen in het (verdere) debat over de aansprakelijkheid van Bouwcombinatie en/of [eiseres 2].

Het onderdeel faalt dus.

3.4.5. Het hiervoor overwogene brengt mee dat ook de onderdelen 5.7 en 5.8 tevergeefs zijn voorgesteld.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Bouwcombinatie c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Liander begroot op € 4.296,34 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris.

NOOT

Een bouwcombinatie heeft tijdens graafwerkzaamheden een kabelbed beschadigd. Daardoor is een grote stroomstoring van circa acht uur opgetreden. Omdat de storing langer dan vier uur heeft geduurd, heeft de netbeheerder op grond van de Elektriciteitswet compensatievergoedingen moeten voldoen aan zijn afnemers. In totaal gaat het om een bedrag van € 129.290,=. Deze compensatievergoedingen wenst de netbeheerder te verhalen op de partij die de kabelschade heeft veroorzaakt, de bouwcombinatie. Kernvraag die partijen verdeeld houdt is of deze compensatievergoedingen in zodanig verband staan met de feitelijke schade aan het kabelbed, dat deze nog aan de bouwcombinatie kunnen worden toegerekend. Het gaat hier om de causale toerekening van art. 6:98 BW. Partijen hebben er voor gekozen de aansprakelijkheidsvraag vooralsnog onbeantwoord te laten in afwachting op de beslissing op de vraag naar deze causale toerekening.

Voor de bepaling van het causaal verband geldt zowel het *condicio sine qua non-criterium* als de toerekeningsmaatstaf. In art. 6:98 is alleen de toerekening ondergebracht, niet het *condicio sine qua non-vereiste*. Dat vereiste moet volgen uit de bepaling waarop de aansprakelijkheid berust. Telkens wanneer blijkt een dergelijke bepaling (in casu art. 6:162 BW) causaal verband vereist is, moet in beginsel voldaan zijn aan het *condicio sine qua non-criterium*. In de desbetreffende bepalingen wordt dat meestal tot uitdrukking gebracht door een woord als “dientengevolge” (art. 6:162 BW) of “daardoor” (art. 6:74 BW). Aldus wordt ook wel gesproken van twee fasen in de causaliteit. De eerste fase heeft dan betrekking op het causaal verband tussen de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust enerzijds (in casu: de “onzorgvuldige” graafwerkzaamheden) en de (eerste) feitelijke beschadiging anderzijds (de kabelbeschadiging). (Dat deze feitelijke beschadiging overigens dikwijls wordt gelijkgesteld met de daaruit voortvloeiende financiële schade, illustreert onderhavig arrest, waarin de Hoge Raad *condicio sine qua non* aannam tussen de kabelbeschadiging en de verbeurde compensatievergoedingen. Zie anders HR 2 oktober 1998/831, waarin *condicio sine qua non*-verband werd aangenomen “tussen doorsnijding gasleiding en onderbreking gastoevoer”. Voor de uitkomst maakt het weinig verschil, omdat de compensatievergoedingen nog zullen moeten worden getoetst aan art. 6:98 BW. Zie over het al dan niet bestaan van het onderscheid in twee fasen aantekening 4 bij art. 6:98 BW *Groene Serie Schadevergoeding* door mr. Boonekamp). De tweede fase heeft betrekking op het causaal verband tussen de feitelijke beschadiging (de kabelbeschadiging) enerzijds en de verdere (financieel) schadelijke gevolgen (de verplichting tot betaling van compensatievergoedingen?) anderzijds. De eerste fase betreft de vestiging van de aansprakelijkheid; de tweede betreft de omvang. Voor de vestiging van aansprakelijkheid is doorgaans voldoende dat *condicio sine qua non*-verband bestaat. Zie echter HR 31 maart 2006 «JA» 2006/81 (Nefalit/Karamus) waarin geen *condicio sine qua non*-verband kon worden vastgesteld en toch (proportionele) aansprakelijkheid werd aangenomen. Recent heeft de Hoge Raad echter geoordeeld dat deze regel met terughoudendheid moet worden toegepast. Voor de in art. 6:98 BW be-

doelde toerekening is *condicio sine qua non*-verband tussen normschending en schade in beginsel vereist. Zie HR 24 december 2010, «JOR» 2011/54 (Fortis/Bourgogne).

Voor de *omvang* van de aansprakelijkheid dient te worden vastgesteld welke gevolgen aan de aansprakelijke partij als een gevolg van de schadeveroorzakende gebeurtenis kunnen worden toegerekend. Het gaat dan om de vraag of de schade in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend. Het criterium voor het vaststellen van de *omvang* van de aansprakelijkheid is neergelegd in art. 6:98 BW. Deze toerekening van schade aan de gebeurtenis dient te worden onderscheiden van toerekening van de daad aan de dader als bedoeld in art. 6:162 BW. Het gaat in art. 6:98 BW om een rechtsvraag – welke in cassatie kan worden getoetst – te beantwoorden aan de hand van objectieve factoren, zoals de aard van de aansprakelijkheid, de aard van de schade, de mate van objectieve voorzienbaarheid (MvA II, Parl. Gesch. 6, p. 345).

De formulering van art. 6:98 BW laat de rechter de nodige vrijheid om de verschillende factoren het gewicht toe te kennen dat daaraan in de desbetreffende situatie toekomt. De jurisprudentie is daardoor meestal casuïstisch van aard. Toch vallen er wel enkele algemene regels uit de jurisprudentie met betrekking tot art. 6:98 BW af te leiden:

- Bij overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen wordt ruimer toegerekend dan bij overtreding van andersoortige normen.

- Bij risicoaansprakelijkheid wordt over het algemeen een nauwer verband geëist tussen de schade en de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, dan in geval van aansprakelijkheid die wel op schuld is gebaseerd. Zie HR 13 juni 1975, *NJ* 1975/509. Anders echter HR 25 april 2008, *NJ* 2008/262 (Brandstichting Frieslandhal). Het is echter de vraag of dit onderscheid tussen risicoaansprakelijkheid en schuld aansprakelijkheid voor wat betreft art. 6:98 BW in de toekomst nog relevant is, gezien de recente uitspraken over de kadaverschuiving te Wilnis, HR 17 december 2010, «JA» 2011/37 en de paalrot te Dordrecht, Hof Den Haag 15 maart 2011, «JA»

2011/84, waarin voor de beoordeling of sprake is van een gebrek als in art. 6:174 BW is aangenomen dat de zogeheten Kelderluikcriteria een rol spelen. Aldus wordt een toets aangelegd zoals in art. 6:162 BW, waarmee schuld een relevant element wordt in de risicoaansprakelijkheid. – In geval van letsel en overlijdensschade is sprake van ruime toerekening. Zie bijvoorbeeld HR 9 juni 1972, *NJ* 1972/360 en HR 8 februari 1985, *NJ* 1986/136. Ook letsel en overlijden en de verdere schadelijke gevolgen daarvan, die buiten de lijn der normale verwachtingen liggen, worden aan de overtreder van een verkeers- of veiligheidsnorm toegerekend. Het feit dat deze gevolgen niet voorzienbaar of onwaarschijnlijk waren, staat dus niet aan toerekening in de weg; – Vermogensschade wordt minder snel toegerekend. In die gevallen wordt eerder geoordeeld dat de desbetreffende vermogensschade niet voorzienbaar is of er een te ver verwijderd verband bestaat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust. Zie bijvoorbeeld zeer recent Rb. Alkmaar 26 mei 2011, LJN BQ8476. Verder HR 2 november 1990, *NJ* 1991/24 en HR 25 mei 1990, *NJ* 1990/577; – Vermogensschade wordt echter weer wel eerder toegerekend, wanneer sprake is van grove schuld bij onrechtmatig handelen. Zie recent HR 25 maart 2011, *NJ* 2011/139. In dat geval werden kosten van herverkiezingen wegens fraude van een kandidaat als gevolg van de door hem met grove schuld gepleegde verkiezingsfraude aan hem toegerekend.

Hoewel het in de onderhavige zaak gaat om vermogensschade – aldus het hof in r.o. 4.12 – en er geen sprake is van schending van een verkeers- of veiligheidsnorm, wordt de schade als gevolg van de gebeurtenis aan de bouwcombinatie toegerekend. Daarbij komt aan de voorzienbaarheid beslissende betekenis toe. Er valt mijns inziens nog wel wat af te dingen op dit oordeel. Ik licht dit toe.

Aannemers kunnen niet eenvoudig aan aansprakelijkheid ontkomen wanneer zij tijdens graafwerkzaamheden een kabel beschadigen, zelfs niet wanneer zij een KLIC-melding hebben gedaan en de desbetreffende kabel niet op de kaart stond vermeld. Er rust op grondroeders een vergaande onderzoeksplicht om zich er van te vergewissen dat in de grond waarin gewerkt

wordt, geen kabels of leidingen zitten. Er hoeft dan ook slechts sprake te zijn van een geringe mate van verwijtbaarheid om onzorgvuldig en dus onrechtmatig handelen van de aannemer aan te nemen wanneer hij tijdens graafwerkzaamheden een kabel beschadigt. Zie in dit verband HR 2 oktober 1998 *NJ* 1998/831 (Nacap/Shellfish).

Vermogensschade wordt eerder toegerekend wanneer sprake is van grove schuld bij onrechtmatig handelen (zie hiervoor). Omgekeerd zou verdedigd kunnen worden dat bij geringe mate van schuld of verwijtbaarheid, strengere eisen moeten worden gesteld aan het causale verband tussen de schade en de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust in de zin van art. 6:98 BW.

Uitgaande van de juistheid van de stellingen van de bouwcombinatie dat (1) zij zorgvuldig te werk is gegaan door een KLIC-melding te doen en het hele gebied waar zij zou gaan werken vrij van kabels te maken, (2) sprake is van een risicoaansprakelijkheid, (3) geen verkeers- of veiligheidsnorm is geschonden, (4) instructies (van de netbeheerder?) waren opgevolgd en (5) het handelen vermogensschade heeft veroorzaakt, was een andersluidend oordeel in deze zaak niet verrassend geweest.

Deze argumenten hebben bij de beoordeling van de vraag of de schade kon worden toegerekend echter nauwelijks een rol gespeeld. Dit komt doordat partijen er voor hebben gekozen de aansprakelijkheidsvraag door de rechter onbeantwoord te laten. Daardoor heeft het hof de vraag naar causaal verband wellicht op een te beperkte basis beoordeeld. De hiervoor genoemde stellingen van de bouwcombinatie kunnen immers niet los van de aansprakelijkheidsvraag worden beantwoord. Zie hierover A-G Spier die in zijn conclusie voor het arrest erop wijst dat vanwege de wens van partijen om de aansprakelijkheidsvraag vooralsnog onbeantwoord te laten, mogelijk relevante gezichtspunten aan de hand waarvan wordt bepaald of de schade als gevolg van een gebeurtenis aan de dader kan worden toegerekend (art. 6:98 BW) niet of nauwelijks aan de orde hebben kunnen komen (3.36.2). Volgens Spier zal schade echter “niet licht buiten de toerekeningsboot” van art. 6:98 BW vallen “ook niet wanneer sprake is van een

risico-aansprakelijkheid of wanneer de schade zoals deze is opgetreden niet waarschijnlijk of zelfs heel onwaarschijnlijk was" (3.42.1). En hoewel het in art. 6:98 BW om een rechtsvraag gaat welke in cassatie kan worden getoetst, "zijn de beslissingen omtrent de toerekening vanwege de verwevenheid met waarderingen van feitelijke aard, zodat ze in cassatie beperkt toetsbaar zijn" (3.42.2).

Toch lijkt het verstandig om tevens de aansprakelijkheidsvraag door de rechter te laten meewegen in zijn uiteindelijke oordeel als het gaat om art. 6:98 BW. Over het in dat artikel voor toerekening genoemde vereiste causale verband kan immers eerst geoordeeld worden, nadat is beslist over de modaliteiten van de onrechtmatigheid. In deze zin Brunner in zijn noot onder HR 25 maart 1983, *NJ* 1984/629. De rechter zal zich steeds eerst moeten verdiepen in wat de aangesprokene feitelijk te verwijten valt, welke normen daardoor geschonden zijn en meer in het algemeen in de strekking ratio en beschermingsomvang van de overtreden norm. Eerst wanneer daarover geoordeeld is, kan tot een oordeel over de toerekening van art. 6:98 BW gekomen worden. Zie hierover H. Drion, *VR* 1987. De omgekeerde volgorde – eerst de toerekeningsvraag, daarna de aansprakelijkheidsvraag – die uit een oogpunt van proceseconomie aantrekkelijk kan zijn, is daarmee af te raden.

Het grensgebied van doorbreking van causaliteit en eigen schuld

Het verweer van de bouwcombinatie dat de schade het gevolg is van een niet-adequate organisatie van de netbeheerder omdat hij niet in staat is geweest de stroomstoring binnen vier uur te verhelpen, is in casu door het hof aangemerkt als een beroep op eigen schuld van de netbeheerder in de zin van art. 6:101 BW. Dit lijkt op zich logisch. Indien zou blijken dat de netbeheerder zich onvoldoende heeft ingespannen om de stroomstoring te voorkomen, zou dit kunnen worden aangemerkt als eigen schuld van de netbeheerder als bedoeld in art. 6:101 BW. In dergelijke gevallen zal het eigen, schuldige handelen van de benadeelde het causaal verband doorgaans niet geheel verbreken. Wel zal de eigen schuld kunnen leiden tot een vermindering van de vergoedingsplicht van de

aangesprokene in evenredigheid met de mate waarin de ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen.

Toch kan tussenkomend handelen of nalaten van de benadeelde ook bij art. 6:98 BW een rol spelen. Zie in dit verband bijvoorbeeld HR 27 april 1990, *NJ* 1990/528 (Gielen/Grathem), HR 25 januari 1991, *NJ* 1992/97 en HR 5 oktober 1979, *NJ* 1980, 43. In laatstgenoemde zaak ging het om een onrechtmatige ontruiming van een in exploitatie zijnde bar. De benadeelde had zelf een deel van de goederen die tijdens de ontruiming op straat waren gezet afgevoerd in een poging zijn schade te beperken. Tijdens of na het vervoer door de benadeelde is schade aan de goederen ontstaan. De vraag was aan de orde of het causaal verband tussen de ontruiming en de schade met betrekking tot de door de benadeelde zelf weggevoerde goederen is verbroken. Het handelen van de benadeelde werd in deze zaak beoordeeld langs de weg van art. 6:98 BW. De grens tussen eigen schuld en afwezigheid van causaal verband is niet altijd even scherp. Vranken wijst er in zijn conclusie voor HR 31 december 1993, (*NJ* 1994/275) op dat de grens tussen beide rechtsfiguren "schemerig is, dat ondanks de theoretische en dogmatische verschillen tussen de beide figuren het toch steeds dezelfde toerekeningsvraag is, die moet worden beantwoord en dat een precieze afbakening niet doenlijk en weinig vruchtbaar is en tot 'begripsacrobatiek' leidt". Brunner voegt daar in zijn noot onder HR 24 januari 1997, *NJ* 1999/56, aan toe dat de eigen schuldbeoordeling van art. 6:101 BW door de uitdrukkelijke vermelding van de billijkheidsuitzondering op de causaliteitsmaatstaf een meer uitgewerkte regeling geeft van de toerekening op grond van veroorzaking. "Echter, ook de toerekening krachtens 6:98 BW laat ruimte voor toerekening naar redelijkheid of met inachtneming van wat de billijkheid in de omstandigheden van het geval eist." De overweging van de Hoge Raad in de onderhavige kwestie dat "het bij de toerekening in de zin van art. 6:98 BW gaat om de toerekening van de schade aan de schadeveroorzakende gebeurtenis" en dat "de mate van schuld aan de kabelbeschadiging nog aan de orde kan komen in het (verdere) debat over de aansprakelijkheid van de Bouwcombinatie" (r.o. 3.4.4) lijkt – anders dan hiervoor is aangegeven – te impliceren dat

het eventuele handelen of nalaten van de benadeelde geen rol kan spelen bij de beoordeling van art. 6:98 BW.

In het onderhavige geval heeft dat er toe geleid dat het verweer dat de netbeheerder in staat had moeten zijn geweest de storing binnen vier uur op te lossen, niet of nauwelijks aan bod is gekomen. Althans, niet duidelijk is geworden wat de netbeheerder in het werk heeft gesteld teneinde de storing op te lossen en of dat voldoende is geweest. Want hoewel uit de Elektriciteitswet niet de verplichting volgt voor de netbeheerder dat hij stroomstoringen binnen vier uur moet oplossen – aldus hof en Hoge Raad – de netbeheerder zal zich wel moeten inspannen teneinde een stroomstoring te verhelpen. Evenmin is nader onderzocht in hoeverre de netbeheerder een rol heeft gespeeld bij het ontstaan van de schade (bijvoorbeeld door het geven van graafinstructies en bijvoorbeeld het verstrekken van onjuiste of onvolledige informatie over de ligging van de kabels). Dat dergelijke verweren wel degelijk aan bod kunnen komen in het kader van art. 6:98 BW volgt uit de hiervoor genoemde jurisprudentie. Zie ook het eerder genoemde Nacap/Shellfish arrest van 2 oktober 1998 (NJ 1998/831) waarin vergelijkbare verweren werden behandeld in het kader van art. 6:98 BW. Men bedenke wel, dat op de aannemer ter zake van deze verweren de bewijslast rust.

Dit onderstreept eens te meer mijn hiervoor aangegeven gedachte dat de verwerende partij er in het kader van art. 6:98 BW verstandig aan doet ook de aansprakelijkheidsvraag aan bod te laten komen, zodat alle aspecten – waaronder het handelen van de schadeveroorzaker en de rol die de benadeelde bij het ontstaan van de schade eventueel heeft gespeeld – kunnen worden belicht.

D.M. Gouweloos
advocaat bij WIJ advocaten te Amsterdam

110

Gerechtshof Arnhem nzp Leeuwarden
5 april 2011, nr. 200.045.711/01, LJN BQ1826
(mr. Van der Reep, mr. Joustra, mr. Oranje)

**Aansprakelijkheid. Ongeval met brandpasta.
Producent.**

[BW art. 6:185, 6:186]

Y en X hebben tijdens een feest brandwonden opgelopen doordat zij brandpasta over zich heen hebben gekregen. Y en X hebben onder meer de producent van de brandpasta aansprakelijk gesteld. Y en X achten de brandpasta een gebrekkig product in de zin van art. 6:185 en 6:186 BW vanwege het ontbreken van een waarschuwing tegen het risico dat in de verpakking van de brandpasta, als gevolg van plaatsing in de zon, een brandbare alcohol-damp kan ontstaan die, bij uitschakelen in de buurt van open vuur, een explosie, althans een steekvlam kan veroorzaken. Uit art. 6:185 en 6:186 BW volgt dat de producent aansprakelijk is voor de schade veroorzaakt door een gebrek in zijn product. Het hof oordeelt dat de etiketten waarschuwen tegen het door X en Y gestelde gevaar – het na plaatsing in de zon uitschakelen in de buurt van open vuur – hetzij met de woorden: “Verwijderd houden van ontstekingsbronnen – Niet roken.”, hetzij met de woorden: “Licht ontvlambaar, niet bij open vuur houden”. Het ontbreken van een expliciete waarschuwing tegen het in de zon plaatsen heeft dan ook niet tot gevolg dat de brandpasta als gebrekkig dient te worden aangemerkt. Bovendien oordeelt het hof dat de vordering van Y en X niet toewijsbaar is, omdat voor aansprakelijkheid van de producent voor schade als gevolg van het gebruik van een gebrekkig product vereist is dat de schade het gevolg is van het gestelde gebrek daaraan. In dit geval is dit niet komen vast te staan.