

GEBREKKIG OF NIET GEBREKKIG

en de rol van beleids-keuzes en financiële middelen van de overheid

De ontwikkelingen op het gebied van de aansprakelijkheid van de opstalbezitter staan niet stil. Voorheen leek de moeilijkheid van art. 6:174 BW vooral te liggen in de uitleg van de zogenaamde tenzij-clausule. Vandaag de dag ligt de nadruk op de uitleg van de term 'gebrek'. Wanneer is een opstal gebrekkig en welke factoren en bewijsrechtelijke aspecten spelen daarbij een rol?

Art. 6:174 lid 1 BW luidt: *"De bezitter van een opstal die niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, en daardoor gevaar voor personen of zaken oplevert, is, wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt, aansprakelijk, tenzij aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling zou hebben ontbroken indien hij dit gevaar op het tijdstip van het ontstaan ervan zou hebben gekend."*

Het leek simpel. Als opstalbezitter was je aansprakelijk wanneer de opstal gebrekkig was en tot schade had geleid. Aan aansprakelijkheid kon je ontkomen wanneer je, bij hypothetische bekendheid met het gebrek, aan het ontstaan van schade niks (meer) had kunnen doen. Als schoolvoorbeeld voor het laatste gold de door de bliksem getroffen schoorsteen die daardoor gebrekkig werd en door dit gebrek naar beneden viel en schade veroorzaakte. De eigenaar van de opstal kon dan betogen dat hij, toen het gebrek eenmaal was ontstaan, niks (meer) aan het ontstaan van schade had kunnen doen. Hem kwam een beroep op overmacht (de tenzij-clausule) toe, hetgeen er - mits bewezen - toe leidde dat hij niet aansprakelijk was. De opstalbezitter ontsprong zo de aansprakelijkheidsdans, maar droeg ter zake wel de bewijslast.

Wilnis-Arrest

Hoe anders (gunstiger) liggen de kansen van de opstalbezitter na 2010, na het door de Hoge Raad gewezen Wilnis-arrest (HR 17

december 2010, NJ 2012/155). Niet langer is vanzelfsprekend dat een - zo jou je kunnen zeggen - naar normaal spraakgebruik als 'gebrekkig' aangeduide opstal, ook in de zin van art. 6:174 BW gebrekkig is. De Hoge Raad oordeelde in het Wilnis-arrest - kort gezegd - dat om de gebrekkigheid van een opstal in zin van art. 6:174 BW te beoordelen, verschillende factoren relevant zijn: de aard, functie, fysieke toestand, het te verwachten gebruik van de opstal, de kans op de verwezenlijking van het aan de opstal verbonden gevaar, de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van te nemen maatregelen en - wanneer het een overheidslichaam betreft - de hem toekomende beleidsvrijheid en ter beschikking staande financiële middelen. Affankelijk van de omstandigheden van het geval kan aan de ene factor meer gewicht toekomen dan aan de andere.

De ontwikkelingen na Wilnis

Sinds het Wilnis-arrest spelen daarom de kelderluik(achtige) factoren uit de *setting* van de (schuld)aansprakelijkheid van art. 6:162 BW (onrechtmatige daad) een prominente rol bij de vraag of een opstal gebrekkig is als bedoeld in art. 6:174 BW. Een nieuw facet, waar het om een overheidslichaam gaat, betreft de beleidsvrijheid en financiële middelen. Deze kwam aan de orde in twee recente arresten.

Ten eerste het Paalrot-arrest (HR 30 november 2012, NJ 2012, 689): het rioolstelsel in Dordrecht was lek, waardoor het riool



Door mr. Arthur van Hoey Smith, advocaat/partner verzekerings- en aansprakelijkheidsrecht bij V&A Advocaten

drainerend werkte. Dit leidde tot een verlaagd grondwaterpeil waardoor paalrot in de funderingspalen ontstond. De aangesproken Gemeente Dordrecht verweerde zich door te stellen dat zij al decennia bezig was met het herstel van het 400 kilometer lange rioolstelsel, en dat zij, op het moment dat zij het specifieke probleem in het betreffende gebied had vastgesteld, de problematiek eerst bloksgewijs in kaart had gebracht. Vervolgens had zij, mede gelet op de beschikbare financiële middelen en de tegenstrijdige belangen van de bewoners in het betreffende gebied, ter zake prioriteiten aangebracht. De Hoge Raad ging mee in het verweer van de gemeente. De gedachte

daarachter is goed te begrijpen: het is voor een gemeente onmogelijk (I) een dergelijk groot probleem in korte tijd te verhelpen, en (II) om al haar andere financiële verplichtingen opzij te schuiven, om een enkel specifiek probleem op te lossen. Bezien we dit vanuit de *setting* van de schuldaansprakelijkheid van art. 6:162 BW, dan kan gezegd worden dat de gemeente geen schuld trof aan het ontstaan van de schade. Zij had immers alles gedaan wat redelijkerwijs binnen haar mogelijkheden lag.

Het beroep op de beleidskeuze en de beperkte financiële middelen werd in het arrest Reaal/ Gemeente Deventer (HR 4 april 2014, NJ 2014, 368) niet gevolgd. In dat arrest ging het om een racefietser die op de openbare weg werd ingehaald door een vrachtwagen. Hij week daardoor naar rechts uit en kwam met zijn voorband in een richel die was ontstaan tussen de weg en de ernaast gelegen grasbetonklinkers. De racefietser kwam onder de vrachtwagen terecht. De WAM verzekeraar van de vrachtwagen, Reaal, wikkeld de schade af en sprak vervolgens op grond van hoofdelijkheid (ex art. 6:102 jo. 6:10 in samenhang met 6:174 BW) de gemeente aan. De gemeente stelde dat zij "beleidsvrijheid" en "niet voldoende draagkracht" had, zij "geen onbegrensde mogelijkheden" had om richels van dit type op te vullen en dat "de financiële middelen en de menselijke capaciteit om dit te realiseren" beperkt waren. De Hoge Raad overwoog in het arrest dat de gemeente een verzwaarde stelplicht had, aangezien het ging om informatie die in het domein van de gemeente lag. Het niet nader onderbouwde verweer ter zake het niet voorhanden zijn van financiële middelen vond daarom geen genade in de ogen van de Hoge Raad.

Waar staan we nu?

In de afgelopen jaren hebben we een verschuiving gezien in de opvatting over de reikwijdte van de aansprakelijkheid van art. 6:174 BW. Deze verschuiving heeft op een tweetal vlakken plaatsgevonden, (I) de verdeling van de bewijslast, en (II) het verschil tussen een private partij en een overheidslichaam.

Op het gebied van de bewijslast het volgende. Het uitgangspunt van aansprakelijkheid van de opstalbezitter op grond van art. 6:174 BW was altijd al dat de opstalbezitter niet verder aansprakelijk kon zijn dan op grond van art. 6:162 BW. Er was echter wel een belangrijk verschil tussen deze twee grondslagen:



het ontbreken van wetenschap van het gebrek vormde onder art. 6:174 BW geen disculpatiegrond. De bezitter werd namelijk geacht direct bij het ontstaan van het gebrek daarmee bekend te zijn. Alleen als hij bij deze hypothetische situatie toch niets had kunnen doen aan het ontstaan van de schade (de bliksem in de schoorsteen), dan ging hij vrijuit. De opstalbezitter stond met een beroep om de tenzij-clausule echter op achterstand. De bewijslast lag immers bij hem.

Door het Wilnis-arrest is het belang van het schuldelement in art. 6:174 BW niet alleen onderstreept, maar ook naar voren getrokken. Waar voorheen het al dan niet kunnen nemen van voorzorgsmaatregelen vooral bij de beoordeling van de tenzij-clausule aan de orde kwam, en derhalve een aandachtspunt voor de opstalbezitter was, is dit in het Wilnis-arrest door de Hoge Raad bij het gebrekkigheids criterium betrokken, en zo in de bewijsrisicosfeer van de eiser betrokken.

Overheidslichamen

En het gaat nog verder. Overheidslichamen (en alleen overheidslichamen) kunnen zich blijkens het Wilnis-arrest beroepen op hun beleidsvrijheid en hun ter beschikking staande financiële middelen. Indien de financiële middelen tekortschieten en er beleidskeuzes moeten worden gemaakt, kan dit de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen aantasten. En ook hier geldt dat dit verweer betrekking heeft op het gebrekkigheids criterium, waarvan de bewijslast op de schouders van de eiser rust.

Hierbij heeft de Hoge Raad nu aangetekend dat het aangesproken overheidslichaam aan de wederpartij voldoende aanknopingspunten moet bieden om het ingenomen standpunt te bewijzen. Zij heeft daarom een verzwaarde stelplicht. Daarbij dringt zich de vergelijking op met de patiënt die zijn arts aanspreekt. Zonder informatie uit het patiëntendossier, welke informatie in het domein van de arts ligt, kan de patiënt zijn vordering onvoldoende onderbouwen/bewijzen. Ook de arts moet zijn wederpartij de informatie aanreiken die voor diens bewijslast relevant is.

Het is de vraag waar de toevoeging van de Hoge Raad, dat er bij overheidslichamen gelet moet worden op de beleidskeuzes en financiële middelen, toe gaat leiden. Indien een rechter deze beleidskeuzes mag gaan beoordelen, op welke gronden doet hij dat dan? Die beleidskeuzes worden immers om politieke redenen gemaakt. Mag een rechter daar aan tornen c.q. daaraan consequenties verbinden in het kader van aansprakelijkheid? Dat zou opgevat kunnen worden als een juridische beoordeling van politieke opvattingen. En het criterium van de ter beschikking staande financiële middelen? Zal een overheidslichaam met het spreekwoordelijke gat in de hand minder snel aansprakelijk worden geacht dan een overheidslichaam dat (net schoon schip heeft gemaakt en) er financieel rooskleuriger voorstaat?

Onderscheid aansprakelijkheid

En dan het expliciete onderscheid dat inmiddels gemaakt moet worden



het overheidslichaam beleidskeuzes heeft gemaakt en te weinig financiële middelen had om het gevaar weg te nemen. Conclusie: het fietspad is niet gebrekkig in de zin van art. 6:174 BW. Indien tegelijkertijd, in diezelfde groep racefietsers en door dezelfde oorzaak, een racefietsers met zijn voorwiel in de richel komt, maar dan op het perceel dat in eigendom toebehoort aan de rechtspersoon, kan deze zich niet beroepen op zijn beperkte financiële middelen. De conclusie kan dan zijn dat het fietspad gebrekkig is in de zin van art. 6:174 BW. Hetzelfde fietspad, aan de ene kant van de erfgrans niet gebrekkig, aan de andere kant wel. De ene racefietsers krijgt zijn schade vergoed, de ander niet. Ik vraag mij af of dat een gewenste uitkomst is.

Ook in de komende jaren kunnen wij daarom de nodige ontwikkelingen op het gebied van de aansprakelijkheid van de opstalbezitter verwachten. <

tussen de aansprakelijkheid van een overheidslichaam en de aansprakelijkheid van een private/rechtspersoon? Waar de een de aansprakelijkheidsdans kan ontspringen door zich te beroepen op beleidskeuzes en de beperkte financiële middelen, kan de ander dat niet (succesvol). Waar op goede gronden betoogd kan worden dat een overheidslichaam niet onbeperkt aansprakelijk moet kunnen zijn, wordt er nu een onderscheid aangebracht waarvan ik mij afvraag of dat onder alle omstandigheden stand zal houden.

Neem het (iets aangepaste) voorbeeld zoals aan de orde in het arrest Reaal/Gemeente Deventer. Een groep racefietsers fietst over een fietspad, waarbij de groep over de grens tussen twee percelen fietst. Het ene perceel is eigendom van een overheidslichaam, het andere perceel is in eigendom van een rechtspersoon. Aan de zijkant van het fietspad ligt een richel en dan grasbetonklinkers. Indien, door welke reden dan ook, een racefietsers op het perceel van het overheidslichaam met zijn voorwiel in de richel komt, kan dat meebrengen dat

Diensten van Corocor:

- Salvage na calamiteiten
- Projectcoördinatie
- Droging (vriesdrogen archieven, vacuümdrogen, ruimtedroging, ontvochtigen) na waterschade
- Industriële en maritieme reininging
- Brand- en roetreiniging (ESD gecontroleerde ruimten aanwezig)
- Data Recovery en Erasure
- Preventief en Maintenance
- NEN 1010 en 3140 keuringen
- Ontgeuring
- Chlorideneerslag metingen / zuurmetingen
- Vochtmetingen / RVS metingen

Corocor
TECHNISCHE RECONDITIONERING

Het reinigen en reconditioneren van elektrische, elektronische en mechanische apparatuur na brand-, water-, chemische schade en productievervuiling

**Hulp nodig
bij brand- en
waterschade?
Bel Corocor!
0800 267 6 267**

**U kunt bij ons
365 dagen
per jaar en
24 uur per dag
terecht!**

Hermes 4, 8448 CK Heerenveen, T: 0513 767283, F: 0513 767284, M: 06 50122336, www.corocor.nl, info@corocor.nl