

BOEK 10 INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

TITEL 1 ALGEMENE BEPALINGEN

Artikel 15

1. Indien het nationale recht van een natuurlijke persoon van toepassing is en de staat van de nationaliteit van de betrokken persoon twee of meer rechtsstelsels kent die van toepassing zijn op verschillende categorieën personen of in verschillende gebiedsdelen, bepalen de in die staat ter zake geldende regels welk van die rechtsstelsels van toepassing is.
2. Indien het recht van de gewone verblijfplaats van een natuurlijke persoon van toepassing is en de staat van de gewone verblijfplaats van de betrokken persoon twee of meer rechtsstelsels kent die van toepassing zijn op verschillende categorieën personen, bepalen de in die staat ter zake geldende regels welk van die rechtsstelsels van toepassing is.
3. Indien de in de leden 1 en 2 bedoelde regels in een staat ontbreken of in de gegeven omstandigheden niet tot aanwijzing van een toepasselijk rechtsstelsel leiden, wordt het rechtsstelsel van die staat toegepast waarmee de betrokken persoon alle omstandigheden in aanmerking genomen het nauwst verbonden is.

Leidingschades en de toepasselijkheid van de tenzij-clausule van art. 6:174 BW bij doorlopende schade

1. Inleiding

In Nederland worden geregeld kabels en leidingen beschadigd bij grondwerkzaamheden. Hoewel over kabel- en leidingschades veel rechtspraak is verschenen, is in de rechtsliteratuur relatief weinig over dit onderwerp en met name de verschillende juridische leerstukken die daarbij komen kijken geschreven.

In dit artikel behandelen wij de in art. 6:174 BW beschreven aansprakelijkheid van de leidingbeheerder voor schade die ontstaat na de beschadiging van een in de grond liggende leiding. Wij gaan in dit artikel met name in op een specifiek onderdeel van art. 6:174 BW, namelijk de "tenzij-clausule". Daarbij komt het verschil in werking van deze clausule bij momentschade (alle schade ontstaat in één keer) en doorlopende schade aan de orde.

Om dit juridische leerstuk te beschrijven, leggen wij aan de lezer twee casusposities voor. In de eerste casus doorboort een aannemer bij grondwerkzaamheden vlak naast een fabriek een ondergrondse gasleiding. De omgevingsfactoren zijn zodanig dat meteen een explosie plaatsvindt. Daarbij raken in de fabriek twee werknemers ernstig gewond. Tevens worden door de explosie het fabrieksgebouw en enige zaken in de fabriekshal zwaar beschadigd. De leidingbeheerder had aan zijn informatieplicht

Artikel 16

1. Indien het nationale recht van een natuurlijke persoon van toepassing is en de betrokken persoon staatloos is of zijn nationaliteit niet kan worden vastgesteld, geldt als zijn nationale recht het recht van de staat waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft.
2. De rechten welke deze persoon vroeger heeft verkregen en welke uit de persoonlijke staat voortvloeien, in het bijzonder de rechten voortvloeiende uit het huwelijk, worden geëerbiedigd.

Artikel 17

1. De persoonlijke staat van een vreemdeling aan wie een verblijfsvergunning als bedoeld in artikel 28 of artikel 33 van de Vreemdelingenwet 2000 is verleend, alsmede van een vreemdeling die een overeenkomstige verblijfsstatus in het buitenland heeft verkregen, wordt beheerst door het recht van zijn woonplaats, of, indien hij geen woonplaats heeft, door het recht van zijn verblijfplaats.
2. De rechten welke deze vreemdeling vroeger heeft verkregen en welke uit de persoonlijke staat voortvloeien, in het bijzonder de rechten voortvloeiende uit het huwelijk, worden geëerbiedigd.



Mr. A. van Hoey Smith*



Mr. dr. W.C.T. Weterings**

voldaan en (juiste) gegevens over de ligging van de leiding verstrekt.

In de tweede casus gaat het om een ondergrondse leiding, die wordt gebruikt voor transport van benzine van en naar een bedrijventerrein. Ergens op het tracé van deze ondergrondse benzine-transportleiding verricht een aannemer graaf-, hei- en andere grondwerkzaamheden. Ook hier zijn (juiste) gegevens over de ligging van de leiding aanwezig. Desondanks wordt bij de grondwerkzaamheden de benzineleiding beschadigd, doordat de aannemer te lange palen in de grond heeft geslagen. Vanaf het moment van de beschadiging lekt benzine in de grond weg. De beschadiging/het lek wordt echter pas drie dagen later ontdekt, waarna herstelwerkzaamheden worden uitgevoerd. Bij het herstellen van de leiding wordt een aanzienlijke milieuverontreiniging in de zin van vervuilde grond en verontreinigd grondwater geconstateerd.

* Advocaat te Rotterdam.
(arthur.vanhoeysmith@nautadutilh.com)

** Advocaat te Arnhem en tevens als Universitair Docent verbonden aan de vakgroep Business Law en het Center for Company Law van de Universiteit van Tilburg.
(weterings@dirkzwager.nl)

2. Toepasselijkheid van de tenzij-clausule van art. 6:174 BW

Bij risicoverwezenlijking in beginsel aansprakelijkheid ex art. 6:174 BW

In de eerste casus trachten de gewonden en de fabriekseigenaar de door hen geleden schade ten gevolge van de explosie te verhalen op de leidingbeheerder. Hetzelfde geldt in de tweede casus voor de grondeigenaar (vaak: een gemeente of provincie) met betrekking tot diens schade ten gevolge van de verontreiniging. De benadeelden zullen dan jegens de leidingbeheerder een beroep doen op art. 6:174 BW, waarin de risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige opstellen is neergelegd. Deze risicoaansprakelijkheid geldt ook voor kabels en leidingen. Daarnaast wordt door de benadeelden ook de aannemer op de voet van art. 6:162 BW aangesproken.

Wij gaan in dit artikel er vanuit dat is voldaan aan de voorwaarden die in het eerste deel van art. 6:174 lid 1 BW zijn opgenomen, althans dat daarover geen discussie is. Er is sprake van (i) een gebrek, dat (ii) een gevaar voor personen of zaken oplevert, en (iii) dat gevaar heeft zich ook gerealiseerd.¹

Door de beschadiging voldeed de leiding niet (meer) aan de eisen die men daaraan mag stellen (= gebrekkig opstal in de zin van art. 6:174 BW) en ontstonden daardoor risico's. Er kon gas uit de leiding ontsnappen en exploderen respectievelijk benzine uit de leiding stromen, waardoor in het algemeen sprake was van een gevaar voor personen of zaken. Dat gevaar heeft zich vervolgens ook verwezenlijkt. In de eerste casus hebben de benadeelden letsel opgelopen respectievelijk te maken gekregen met zaaksbeschadiging. In de tweede casus zijn de grond en mogelijk ook het grondwater verontreinigd.

Dat hierdoor schade is (en mogelijk nog zal) ontstaan voor de grondeigenaar, is duidelijk. Het vervuilde grondwater dient gezuiverd te worden (bijvoorbeeld door het grondwater op te pompen en te zuiveren) en de vervuilde grond moet worden afgegraven of op een andere manier worden gesaneerd. Dit gaat met hoge kosten gepaard voor de grondeigenaar, een sanering loopt al snel in de tienduizenden/honderdduizenden euro's. De gewonden in de eerste casus lijden ook schade ten gevolge van het opgelopen letsel, waaronder: arbeidsvermogensschade in verband met het niet meer kunnen werken, medische kosten, kosten in verband met benodigde huishoudelijke hulp, extra reiskosten (naar artsen en fysiotherapeut), immateriële schade, et cetera. De fabriekseigenaar krijgt te maken met herstelkosten, vervangingskosten en waardevermindering.

In deze situaties is de leidingbeheerder in beginsel op grond van art. 6:174 BW aansprakelijk voor de schade van de benadeelden, "*tenzij aansprakelijk-*

heid op grond van de vorige afdeling zou hebben ontbroken indien hij dit gevaar op het tijdstip van het ontstaan ervan zou hebben gekend", aldus het slot van art. 6:174 lid 1 BW.

Tenzij-clausule van art. 6:174 BW

De leidingbeheerder kan dus alleen aan aansprakelijkheid jegens de benadeelden ontsnappen indien de tenzij-clausule van art. 6:174 BW van toepassing is. Met de zinsnede "de vorige afdeling" (art. 6:162 BW - 6:168 BW) in de tenzij-clausule wordt met name bedoeld op art. 6:162 BW (onrechtmatige daad). De leidingbeheerder is niet aansprakelijk op grond van art. 6:174 BW, indien geen aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW zou bestaan in het (hypothetische) geval dat hij het gevaar op het tijdstip van ontstaan ervan zou hebben gekend.²

Met het opnemen van de tenzij-clausule in art. 6:174 BW heeft de wetgever beoogd de risicoaansprakelijkheid van art. 6:174 BW te begrenzen. De wetgever heeft willen voorkomen dat de bezitter van een opstal op grond van art. 6:174 BW voor méér aansprakelijk zou zijn, dan waarvoor hij op grond van art. 6:162 BW zou kunnen worden aangesproken in het geval hij bekend zou zijn geweest met het gebrek.³ Via de tenzij-clausule gelden de normale regels van causaliteit, relativiteit en omvang en vergoedbaarheid van schade.⁴

Meer concreet betekent dit dat aansprakelijkheid van een leidingbeheerder op grond van art. 6:174 BW (toch) ontbreekt als (i) het gebrek in de leiding ontstaat ten gevolge van een van buiten komende oorzaak die aan de bezitter niet kan worden toegerekend, zoals in geval van overmacht of een andere rechtvaardigingsgrond, en (ii) tevens tussen het

1. Zie hierover J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 112 e.v. juncto p. 104 e.v., E. Bauw, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor zaken* (Mon. BW B47), Deventer: Kluwer 2008, p. 28-32, A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (Mon. Privaatrecht 4), Deventer: Kluwer 2005, p. 125-126 en 127 e.v. en C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 117-119.
2. J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 116, A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (Mon. Privaatrecht 4), Deventer: Kluwer 2005, p. 126 en 129, Pitlo-Cahen, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 163 en G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 139.
3. *MvA II* (Inv.), Parl. Gesch. (Inv.) Boek 6, p. 1378-1379. Zie ook *losbladige Privaatrecht* (Oldenhuis), *Onrechtmatige daad*, art. 174, aantekening 123 en C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 101 en 121.
4. Vergelijk J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 108-109, E. Bauw, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor zaken* (Mon. BW B47), Deventer: Kluwer 2008, p. 32, T. Hartlief, *De aansprakelijkheid voor zaken*, in: M.E. Franke e.a. (red.), *Onrechtmatige daad*, BW-Krant Jaarboek 1996, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 209 en C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 100.

ontstaan van het gebrek en het ontstaan van de schade een zodanig korte tijdspanne verloopt, dat de bezitter het intreden van de schade, ook al had hij van het ontstaan van het gebrek kennis gehad, niet had kunnen voorkomen.⁵ In de memorie van antwoord II bij art. 6:173 BW wordt in dit verband het volgende opgemerkt met betrekking tot de toepasbaarheid van de tenzij-clausule:

“(…) vermijdt men op deze wijze – met name bij de artikelen 6:173 en 174 – moeilijkheden ten aanzien van het causaal verband, die zouden worden opgeroepen, wanneer men voor de aansprakelijkheid slechts eist dat de schade door een gebrek van de zaak is ontstaan en *het gebrek op zijn beurt het gevolg is van een van buiten komende oorzaak*. Zo zal bij omwaaien van een fabrieksschoorsteen – ook bij een windkracht die in het algemeen een beroep op overmacht zou kunnen rechtvaardigen – altijd wel een gebrek zijn aan te wijzen dat door de wind aan de schoorsteen is toegebracht, eer zij volledig omstortte. De vraag of de schade door een gebrek van de zaak of door de wind is veroorzaakt, is dan niet zonder nadere maatstaf te beantwoorden. In de hier bedoelde wending ligt een zodanige maatstaf opgesloten: de aansprakelijkheid ontbreekt, als *het gebrek zo kort voor de schade is ontstaan dat de aangesprokene ook bij onmiddellijke bekendheid met het gebrek deze schade niet had kunnen voorkomen*.”⁶

Lankhorst vat dit ten aanzien van de tenzij-clausule van art. 6:174 BW als volgt samen:

“Ook hier wil de clausule aansprakelijkheid voorkomen *indien gebrek en schade een ononderbroken of nauwelijks te onderbreken gebeurtenis vormen die veroorzaakt wordt door een van buiten komende omstandigheid*.”⁷

Wat betekent dit voor de aansprakelijkheid van leidingbeheerders op grond van art. 6:174 BW en met name voor de in de inleiding genoemde casusposities? Biedt de tenzij-clausule hier soelaas voor de aangesproken leidingbeheerder? Wij zijn van mening dat dit in ieder geval bij de eerste casus het geval is. Bij de tweede casus is meer discussie mogelijk. Naar ons idee is de tenzij-clausule hier ten minste deels van toepassing.

In de eerste casus is het gebrek in de leiding veroorzaakt door een van buiten komende omstandigheid, namelijk het doorboren van de gasleiding door de aannemer. Voorts vormen het gebrek en de schade een ononderbroken of nauwelijks te onderbreken gebeurtenis. Immers, op het moment van beschadiging van de leiding door de aannemer, was er direct een explosie, hetgeen (vrijwel) meteen tot letsel (schade) en zaaksbeschadiging (zaakschade) leidde.

In dit kader wordt door Lankhorst naar voren gebracht:

“Indien bij werkzaamheden een kabel of leiding door een fout van de aannemer wordt beschadigd en een derde daardoor schade lijdt, zal een vordering van die derde jegens de kabel- of leidingbeheerder doorgaans stranden op grond van de tenzijclausule: het intreden van de schade en het gebrek zullen een ononderbroken externe gebeurtenis vormen.”⁸

Er is sprake van overmacht omdat het gebrek is ontstaan door een van buiten komende omstandigheid. Door de aanwezigheid van deze rechtvaardigingsgrond, ontbreekt een onrechtmatig karakter.⁹ De leidingbeheerder kon niets doen aan het ontstaan van het gebrek in de leiding en kon, bij bekendheid met het gebrek, gezien het tijdsbestek, ook het ontstaan van schade niet voorkomen. In deze situatie zou de leidingbeheerder ook niet op grond van onrechtmatige daad (6:162 BW) aansprakelijk zijn geweest in het geval dat hij onmiddellijk bekend zou zijn geweest met het gebrek.¹⁰ Daarom moet de leidingbeheerder in een dergelijke situatie ook niet op grond van art. 6:174 BW aansprakelijk kunnen worden gehouden, zo is de gedachte achter de tenzij-clausule.

Maar hoe zit het in de tweede casus? Ook hier is het gebrek in de leiding veroorzaakt door een van buiten komende omstandigheid, de beschadiging van de benzineleiding door de aannemer doordat hij te lange palen in de grond sloeg. Tevens vormen het gebrek en een deel van de schade een ononderbroken of nauwelijks te onderbreken gebeurtenis.

5. Zie E. Bauw, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor zaken* (Mon. BW B47), Deventer: Kluwer 2008, p. 32-33, Asser-Hartkamp 4-III (2006) nr. 177 e.v., Pitlo-Cahen, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 168, C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag 2000, nr. 1202, T. Hartlief, *De aansprakelijkheid voor zaken*, in: M.E. Franke e.a. (red.), *Onrechtmatige daad, BW-Krant Jaarboek 1996*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 204 e.v. en C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 100 e.v.
6. MvA II, Parl. Gesch. (Inv) Boek 6, p. 1380-1381.
7. G.H. Lankhorst, *Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek*, boeken 5, 6, 7 en 8, 2009, art. 6:174 BW, aant. 6.
8. G.H. Lankhorst, *Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek*, boeken 5, 6, 7 en 8, 2009, art. 6:174 BW, aant. 2.
9. J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 24-25, C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen* (Mon. Privaatrecht B45), p. 37, Pitlo-Cahen, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 143, A.J. Goedmakers, *Overmacht bij overeenkomst en onrechtmatige daad*, Arnhem: Gouda Quint 1998, p. 223 e.v., 250-251 en 275 e.v., en G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 46.
10. Vergelijk Rechtbank Breda 23 april 2008, LJN: BD0639.

Immers, op het moment van de beschadiging van de leiding door de aannemer, is er direct benzine gaan lekken en is direct schade ontstaan. Echter, hier ontstaat niet meteen *alle* schade van de grondeigenaar. In de eerste casus heeft het gebrek tot een "afgeronde" schade geleid (de gebeurtenis valt samen met de schade).¹¹ Daarentegen leidt in de tweede casus het gebrek tot een situatie waarin voortdurend/doorlopend schade ontstaat. De uiteindelijke geconstateerde (en gesaneerde) milieuverontreiniging is geleidelijk ontstaan.

Feit is wel dat meteen na beschadiging van de leiding schade ontstaat en blijft ontstaan en dat de leidingbeheerder (ook) bij onmiddellijke bekendheid met het gebrek enige tijd nodig zou hebben gehad om de leiding te herstellen en het ontstaan van verdere schade te voorkomen ("overmachtsperiode"). Dat betekent naar ons idee dat in ieder geval voor de schade ontstaan tijdens de overmachtsperiode er geen aansprakelijkheid op grond van art. 6:174 BW is, althans dat in verband met deze periode de schadevergoedingsplicht van de leidingbeheerder moet worden beperkt.

Omvang schade tijdens overmachtsperiode

Als er een (heel) klein gat in de leiding zit en er op het moment dat de schadebeperkende maatregelen effect zouden hebben gesorteerd (= einde overmachtsperiode) slechts zeer beperkte schade aanwezig geweest zou zijn, dan kan men op goede gronden betogen dat de tenzij-clausule in het geheel niet van toepassing is. De schade ontstaan tijdens de overmachtsperiode is dan dermate klein, dat de leidingbeheerder geen beroep op de tenzij-clausule toekomt. De vergelijking met de gedachte in het contractenrecht dat geringe tekortkomingen in de nakoming van een verbintenis niet (altijd) leiden tot een recht op (vervangende) schadevergoeding en/of een recht op ontbinding voor de schuldeiser, dringt zich hier op (art. 7:21 lid sub c BW en art. 6:265 lid 1 BW).¹²

Andersom, als er een groot gat in de leiding is ontstaan, er direct veel benzine uitstroomt en een zeer groot deel van de schade tijdens de overmachtsperiode ontstaat, dan valt er ons inziens veel voor te zeggen om geen aansprakelijkheid van de leidingbeheerder op grond van art. 6:174 BW aan te nemen.

Het gaat bij deze twee scenario's om gevallen die aan één van de uiteinden van de bandbreedte van mogelijke schadegevallen liggen: (zeer) weinig schade of (zeer) veel schade is tijdens de overmachtsperiode ontstaan. Bij zaken daar tussenin, moet ons inziens bezien worden welke schade wel/niet is ontstaan tijdens de overmachtsperiode. Alleen voor schade ontstaan buiten de overmachtsperiode is de leidingbeheerder dan aansprakelijk op grond van art. 6:174 BW. Wij gaan daar in de volgende paragraaf nader op in.

3. Invloed tenzij-clausule op de omvang en vergoedbaarheid van schade

Een rechtvaardigingsgrond, zoals overmacht, neemt in beginsel de onrechtmatigheid van de gedraging *volledig* weg.¹³ Aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW wordt geheel opgeheven en voor schadevergoeding is geen plaats. Via de tenzij-clausule werkt dit door naar art. 6:174 BW. Een van buiten komende oorzaak (voor het gebrek) die overmacht van de leidingbeheerder oplevert in het kader van art. 6:162 BW (waarbij wordt uitgegaan van bekendheid met het gebrek), leidt ertoe dat de risicoaansprakelijkheid van art. 6:174 BW voor het gebrekkige opstal in het geheel wegvalt.¹⁴

Indien een beroep op de tenzij-clausule niet leidt tot het volledig afketsen van aansprakelijkheid van de leidingbeheerder en het niet hoeven betalen van schadevergoeding (zoals in de eerste casus), dan kan de tenzij-clausule alsnog van invloed zijn op de omvang en vergoedbaarheid van de schade (tweede casus). In de rechtsliteratuur wordt algemeen aanvaard dat de tenzij-clausule van invloed is op de omvang van de te betalen schadevergoeding. In de rechtspraak wordt hierover door rechters en advocaten echter geregeld, naar ons idee ten onrechte, anders gedacht.¹⁵

In de eerste casus explodeert de leiding en ontstaat de (gehele) schade van de benadeelden direct. Er was geen enkele mogelijkheid tot het voorkomen of beperken van schade bij onmiddellijke bekendheid met het gebrek. De *gehele* schade is gerelateerd aan de overmacht van de leidingbeheerder (en dus de afwezigheid van onrechtmatigheid in de zin van art. 6:162 BW).

In de tweede casus ligt dat anders. Maar ook dan is er een periode waarin de leidingbeheerder bij onmiddellijke bekendheid met het gebrek niets aan het ontstaan van schade had kunnen doen. Het zou dan vermoedelijk enige uren, wellicht dagen, hebben geduurd voordat de schadebeperkende maatregelen door de leidingbeheerder effect zouden hebben gehad en het ontstaan van schade (verder) zouden hebben voorkomen. De leidingbeheerder had

11. Vergelijk Asser-Hartkamp 6-II, nr. 89.

12. Asser-Hartkamp 6-I, nr. 377.

13. Losbladige Onrechtmatige Daad (Jansen), afdeling 1. Algemene bepalingen art. 162, lid 2, aant. 120 en aant. 174 en Asser-Hartkamp 4-III (2006), nr. 58.

14. Vergelijk J. Spier e.a., Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding, Deventer: Kluwer 2009, p. 116-117, E. Bauw, Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor zaken (Mon. BW B47), Deventer: Kluwer 2008, p. 32-33 en Pitlo-Cahen, Algemeen deel van het verbintenissenrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 163.

15. Zie recent bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 30 juni 2009, LJN BJ 4217, NJF 2009/347 (Ballast Nedam / Nuon), bij welke procedure auteurs als advocaten betrokken waren.

immers de precieze locatie van de beschadiging moeten traceren, de druk van de leiding moeten halen, vervolgens werknemers de leiding moeten laten ontgraven, de leiding moeten laten repareren of vervangen, beschermende maatregelen dienen te nemen voor het milieu et cetera. Ook bij (de in de tenzij-clausule veronderstelde) bekendheid van de leidingbeheerder met het gevaar op het moment van ontstaan daarvan en het direct nemen van passende schadebeperkende/-voorkomende maatregelen, zou – in ieder geval *een deel* van – de schade zijn ontstaan.

Ook Spier wijst erop dat in de tijdsperiode dat geen voorzorgsmaatregelen genomen kunnen worden, althans deze nog geen effect sorteren, de tenzij-clausule van toepassing is. Hij behandelt de werking van de tenzij-clausule van art. 6:174 BW aan de hand van een casus waarin een aanslag wordt gepleegd op een gebouw met een lift.¹⁶ Om 12:00 uur vindt een aanslag op een gebouw plaats, waardoor de lift en de liftdeuren niet meer goed functioneren. Om 12:05 uur stort vervolgens iemand ongelukkigerwijze door een openstaande liftdeur naar beneden. Achteraf wordt vastgesteld dat bij een hypothetische bekendheid met het disfunctioneren van de lift en de liftdeuren, de eigenaar van het gebouw vijf minuten nodig zou hebben gehad om voorzorgsmaatregelen te nemen om dit soort ongelukken te voorkomen. Dit betekent dat, bij veronderstelde bekendheid met de schade aan de lift en liftdeuren, de gebouweigenaar na 12:05 uur geen beroep meer kan doen op de tenzij-clausule. Tussen 12:00 uur en 12:05 uur is er sprake van een overmachtsperiode. Bij een ongeluk met de lift in deze periode ontspringt de gebouweigenaar de dans met een beroep op de tenzij-clausule. Met andere woorden, de gebouweigenaar is (in het geheel) niet aansprakelijk voor de schade van de persoon die om 12:05 uur naar beneden is gestort.

Ook in Rechtbank Utrecht 30 september 1998, NJ Kort 1999, 29 (Moira Vastgoed / REMU) is de overmachtsperiode aan bod geweest. Daar vond een explosie plaats buiten de periode waarin – bij veronderstelde bekendheid met het gebrek – maatregelen genomen hadden kunnen en moeten worden om schade te voorkomen. Dat leidde dan ook – terecht – tot afwijzing van het door de leidingbeheerder gedane beroep op de tenzij-clausule:

“Remu had, indien zij op het moment van het ontstaan van het gebrek in de leiding (op de dag van de explosie uiterlijk om 12.00) daarvan op de hoogte zou zijn geweest, maatregelen kunnen en uiteraard ook dienen te treffen om de explosie te voorkomen. Indien op dat moment adequate maatregelen getroffen zouden zijn om de uitstroom van gas te stoppen zou de explosie zich, naar moet worden aangenomen, niet hebben voorgedaan.”

In het voorbeeld van Spier ontstaat de schade direct en in volle omvang. Men kan dan spreken van afgeronde schade of momentschade.¹⁷ Een terecht beroep op overmacht heeft dan blijvende en volledige werking (geheel verval van de schadevergoedingsverplichting). Ook in *Moira Vastgoed / REMU* ging het om “afgeronde” schade of momentschade. Er zat enige tijd tussen het ontstaan van het gebrek in de leiding en het ontstaan van schade, maar ook hier ontstond op één moment direct alle schade. Dit schademoment lag hier wel buiten de overmachtsperiode. Indien de leidingbeheerder meteen na het ontstaan van het gebrek in de leiding daarvan op de hoogte zou zijn geweest en maatregelen ter voorkoming van schade zou hebben genomen, dan zou (helemaal) geen schade zijn ontstaan. Als de explosie en de (volledige) schade zich zouden hebben voorgedaan binnen de (hypothetische) periode van schadebeperkende/-voorkomende maatregelen door de leidingbeheerder, dan had de rechtbank naar ons idee aansprakelijkheid van de leidingbeheerder op grond van art. 6:174 BW geheel moeten afwijzen.

Een vergelijkbare redenering geldt naar onze mening voor onze tweede casus, waarin na het ontstaan van het gebrek geen sprake is van één (al dan niet met het ontstaan van het gebrek samenvallend) moment waarop alle schade ontstaat, maar van een periode waarin doorlopend schade ontstaat. De schade “groeit” over een langere tijdsperiode.¹⁸ Ook dan kan er een knip in de tijdsperiode na het ontstaan van het gebrek worden aangebracht. Dit levert dan geen alles-of-niets situatie met betrekking tot aansprakelijkheid op zoals bij afgeronde schade of momentschade (alle schade binnen de overmachtsperiode, dan geen enkele aansprakelijkheid; alle schade ontstaan buiten deze periode, dan aansprakelijkheid voor de gehele schade). Bij gevallen als in de tweede casus is sprake van een tussensituatie. De schade is (voor het eerst) in de overmachtsperiode ontstaan, maar de schade is doorlopend en gaat over de grens van de overmachtsperiode heen.

16. J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 116.
17. Vergelijk in het kader van hypothetische causaliteit C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2* (Mon. BW B35), 2007, p. 39-41 over de begrippen momentschade en voortdurende schade en Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-11, nr. 89 over het begrip afgeronde schade. Zie ook A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (Mon. Privaatrecht 4), Deventer: Kluwer 2005, p. 58.
18. Vergelijk AG Huydecoper in zijn conclusie voor HR 7 december 2001, NJ 2002, 578 (*Gemeente Leeuwarden / Loois*) onder 10 in het kader van *meervoudige causaliteit*.

De overmacht is dan van tijdelijke aard en heeft ons inziens dan geen volledige werking met betrekking tot aansprakelijkheid.¹⁹ De aansprakelijkheid vervalt niet geheel. Het onrechtmatige karakter van de gedraging zou in de context van art. 6:162 BW (bij veronderstelde bekendheid met het gebrek) herleven na het eindigen van de overmachtstoestand.²⁰ Andersom betekent dit dat er ook geen volledige aansprakelijkheid is op grond van art. 6:174 BW. De aansprakelijkheid van de leidingbeheerder voor de schade van de grondeigenaar geldt pas vanaf het moment dat de maatregelen die genomen hadden kunnen worden effect hadden kunnen sorteren. In de periode tussen het beschadigd raken van de leiding en het moment waarop de door de leidingbeheerder te nemen maatregelen effect hadden gesorteerd, is de leidingbeheerder derhalve niet aansprakelijk.

Wat betekent het vorenstaande nu voor de omvang van de schade in de tweede casus? Het gebrek en de schade wordt na drie dagen (= 72 uur) ontdekt. Stel nu dat de totale schade later wordt vastgesteld op 450.000 euro, waarbij tevens wordt vastgesteld dat het verhoudingswijs grootste gedeelte van de schade, namelijk 300.000 euro, is ontstaan op de eerste dag (24 uur) na de beschadiging van de leiding. De eerste dag zat de buis nog volledig vol en daarom lekte, in verband met de grote druk van de benzine vanuit de leiding op het lek, de meeste benzine weg in de grond. De dagen erna wordt dat minder. Stel voorts dat het acht uur geduurd zou hebben (bij veronderstelde directe bekendheid met het gebrek) voordat de leidingbeheerder dusdanig zou hebben kunnen ingrijpen dat verdere schade zou zijn voorkomen.

Toepassing van de tenzij-clausule leidt er dan toe dat de leidingbeheerder niet op grond van art. 6:174 BW aansprakelijk is voor een schade van 450.000 euro, maar voor "slechts" 350.000 euro. Immers, indien de leidingbeheerder direct bij het ontstaan van de schade in actie was gekomen, dan was de schade maar gedeeltelijk voorkomen. De overmachtsperiode duurde 8 uur. In die tijd zou de schade reeds 100.000 euro (8/24 x 300.000 euro) bedragen. De schade buiten deze periode (450.000 euro - 100.000 euro = 350.000 euro) kan op grond van art. 6:174 BW wel op het bordje van de leidingbeheerder worden gelegd. Uiteraard zou de grondeigenaar zich nog wel voor de overige schade (of aanvankelijk voor de volledige schade, al dan niet met een beroep op hoofdelijke aansprakelijkheid van de aannemer en leidingbeheerder) tot de aannemer kunnen wenden met een beroep op art. 6:162 BW.

Een dergelijke benadering - geen aansprakelijkheid tijdens de overmachtsperiode - is niet alleen vanuit billijkheidsoogpunt, maar ook vanuit het perspectief van de preventieve werking van de risicoaansprakelijkheid van art. 6:174 BW aangewezen.²¹ De risico-

aansprakelijkheid van art. 6:174 BW is in beginsel vanuit rechtseconomisch perspectief gerechtvaardigd. Risicoaansprakelijkheid brengt mee dat goede zorg- en activiteitenprikkelers aan de leidingbeheerder worden verstrekt, waar de benadeelde vrijwel geen invloed op het ontstaan van schade (en de omvang daarvan) heeft.²² In de omstandigheden waarin de tenzij-clausule opgaat, is dit echter niet aan de orde. In een overmachtssituatie heeft de leidingbeheerder niet anders gehandeld dan in die omstandigheden gewenst is. Tijdens de overmachtsperiode is het handelen van de leidingbeheerder niet de oorzaak van de schade, maar de van buiten komende oorzaak (hier: het handelen van de aannemer) die niet aan de leidingbeheerder kan worden toegerekend. Hij hoeft dan rechtseconomisch gezien geen prikkels tot gedragswijziging via het aansprakelijkheidsrecht te krijgen.²³ Na de overmachtsperiode ligt dat anders. Het is dan niet meer (alleen) de externe oorzaak (handelen aannemer) dat de schade heeft veroorzaakt maar (ook) het handelen van de leidingbeheerder (nalaten om schadebeperkende/-voorkomende maatregelen te nemen). Bovendien hoeft een leidingbeheerder zijn niveau van voorzorgsmaatregelen niet af te stemmen op overmachtssituaties.²⁴

4. Conclusie

Hiervoor hebben wij betoogd dat de in art. 6:174 BW opgenomen tenzij-clausule op meerdere vlakken relevant kan zijn in een situatie waarin een leiding door een derde wordt beschadigd en er naast de schade aan de leiding ook schade bij andere partijen ontstaat. In een dergelijke situatie kan de tenzij-clausule volledig aan aansprakelijkheid van de leidingbeheerder in de weg staan in geval van een afgeronde schade/momentschade. In geval van doorlopende schade is de tenzij-clausule relevant bij

-
19. Binnen de overmachtsperiode heeft overmacht wel volledige werking. Met betrekking tot die periode valt de aansprakelijkheid geheel weg en is geen plaats voor schadevergoeding. Het kan dan ook niet zijn dat een gedeelte van de schade aan de rechtvaardigingsgrond zou kunnen worden toegerekend en daarom wel voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen. Zie losbladige Onrechtmatige Daad (Jansen), Afdeling 1. Algemene bepalingen Artikel 162, lid 2, Onrechtmatigheid, Rechtvaardigingsgronden Algemeen, aant. 120.3.
 20. Vergelijk Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 348, Pitlo-Cahen, Algemeen deel van het verbintenissenrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 70 en Pitlo-Gerver, Het systeem van het Nederlandse privaatrecht, Deventer: Kluwer 1995, p. 306 met betrekking tot overmacht in een contractuele context.
 21. Vergelijk Pitlo-Cahen, Algemeen deel van het verbintenissenrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 164.
 22. L.T. Visscher, Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatige daadsrecht, diss. 2005, p. 165. Zie ook: L.T. Visscher, Onrechtmatigedaadsrecht, in: W.C.T. Weterings (red.), De economische analyse van het recht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 82.
 23. L.T. Visscher, Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatige daadsrecht, diss. 2005, p. 101.
 24. L.T. Visscher, Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatige daadsrecht, diss. 2005, p. 102.

de bepaling van de omvang van de door de leidingbeheerder te vergoeden schade. Ook dan kan overmacht een rol spelen. De aansprakelijkheid van de leidingbeheerder zal dan doorgaans niet geheel komen te vervallen, maar wel zal het leiden tot een beperking van de schadevergoedingsverplichting van de leidingbeheerder.

REACTIE

Reactie op “Art. 5:20 lid 2 BW en het opstalrecht” van prof. mr. W.G. Huijgen WPNR (2008) 6771 en “Aangevuld overgangsrecht inzake de registratie van bestaande netwerken” van prof. mr. A.A. van Velten, WPNR (2009) 6815

EIGENDOM versus GEDOOGPLICHT

1. Inleiding

Met enige regelmaat wordt dé WPNR-lezer op de hoogte gehouden van de ontwikkelingen inzake art. 5:20 lid 2 BW. Dit artikel bepaalt dat de eigendom van telecom-, gas-, elektriciteit-, warmte-, riool- of overige netwerken die in, op of boven de grond van anderen zijn of worden aangelegd, toebehoort aan de “bevoegde aanlegger” van dit netwerk.¹

De basis van dit netwerkeigendomsrecht ligt in de kabelarresten van de Hoge Raad van 2003.² De Hoge Raad heeft in deze arresten aangegeven dat een (cai-)netwerk een afzonderlijke onroerende zaak is waarvan de aanlegger de eigendom kan verkrijgen met een beroep op de wettelijk geregelde doorbreking van de natrekking.³ Deze uitspraken hebben geleid tot de invoering per 1 februari 2007 van een nieuw tweede lid bij de eigendomsbepaling van art. 5:20 BW. Dit artikel verschaft de bevoegde aanlegger een volledig eigendomsrecht op een afzonderlijke onroerende zaak, het *netwerk*.

Het is al meer malen – terecht – aangegeven dat dit eigendomsrecht op een netwerk een hybride figuur is in ons goederenrechtelijk systeem. Het laatste woord over dit artikel is nog lang niet gesproken, ook niet in het WPNR. In WPNR 6771 (18 oktober 2008) verscheen een artikel van prof. mr. W.G. Huijgen getiteld “Art. 5:20 lid 2 BW en het opstalrecht”. Huijgen concentreert zich in dit artikel op de mogelijke overlap van de rechtsfiguur van het opstalrecht en het tweede lid van art. 5:20 BW. In WPNR 6815 (17 oktober 2009) bespreekt prof. mr. A.A. van Velten in privaatrecht actueel “Aangevuld overgangsrecht inzake de registratie van bestaande netwerken” de inmiddels alweer bestaande (ontwerp-)reparatiewetgeving voor de registratie van deze netwerken.

Beide artikelen concentreren zich vooral op het eigendoms-aspect van netwerken en zien daardoor het in de praktijk zeer belangrijke feit over het hoofd dat het voor netwerkeigenaren niet alleen van belang is dat men eigenaar is van het netwerk (hetgeen door art. 5:20 lid 2 wordt geregeld) maar tevens – en vooral – dat dit netwerk dient te worden gedoogd door de grondeigenaar en dat men toegang heeft tot dit netwerk bijvoorbeeld voor onderhoud (hetgeen voor sommige soorten netwerken in afzonderlijke wetten wordt geregeld of anders apart overeengekomen dient te worden).

Doordat de gedoogplicht in beide artikelen onderbelicht blijft, zou de lezer tot onjuiste conclusies kunnen komen. Zo geeft Van Velten aan dat de eigendom kan voorkomen dat een grondeigenaar kan claimen dat het onbevoegd aangelegde netwerk verwijderd dient te worden. Huijgen vermeldt dat een eerder gevestigd opstalrecht niet van belang is als de eigendom op grond van art. 5:20 lid 2 BW reeds geregeld is. Beide gezichtspunten zijn onjuist. Ik zal dat hierna kort toelichten.

1. Art. 5:20 lid 2 BW is per 1 februari 2007 ingevoerd.
2. Hoge Raad 6 juni 2003, BR 2003, p. 819-824.
3. Voorheen voor (tele)communicatienetwerken art. 5.6 Telecommunicatiewet (oud) en 36 Wet op de telecommunicatievoorzieningen en momenteel vanaf 1 februari 2007 – op grond van art. 155 Overgangswet BW met terugwerkende kracht tot het moment van aanleg van deze netwerken – art. 5:20 lid 2 BW.