

*Rotterdam Institute of Private Law  
Accepted Paper Series*

# ***Opstalaansprakelijkheid bij dijkdoorbraak?***

*Annotatie HR 17 december 2010, LJN BN6236*

*S.D. Lindenbergh\**

*Published in  
Ars Aequi, 2011/03, p. 208-213.*

---

\* Hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. De auteur dankt Willem van Boom en Ton Hartlief voor suggesties en opmerkingen en Maartje Verheijden voor onderzoeksassistentie.

Hoge Raad 17 december 2010, LJN: BN6236, *RvdW* 2011, 7 (Hoogheemraadschap Amstel, Gooi en Vecht/Gemeente De Ronde Venen)

(E.J. Numann, A. Hammerstein, W.A.M. van Schendel, C.A. Streefkerk, W.D.H. Asser, concl. A-G Spier)

#### Wateroverlast door uitdroging

In de nacht van 25 op 26 augustus 2003 trad in Wilnis een dijkverschuiving op waardoor ongeveer 230.000 m<sup>3</sup> water een woonwijk instroomde. De schade was, begrijpelijkerwijs, aanzienlijk en de gemeente De Ronde Venen vordert van het Hoogheemraadschap Amstel, Gooi en Vecht vergoeding daarvan op grond van art. 6:174 BW. Het curieuze aan de situatie is dat de dijkverschuiving niet het gevolg was van wateroverlast, maar – naar althans wordt vermoed – juist van droogte: door een langdurige droge periode was de veenkade uitgedroogd en was zij niet langer bestand tegen de waterdruk. En in dit onverwachte element schuilt de kern van het juridische probleem: als uitdroging van een dijk ten tijde van de dijkverschuiving volgens de stand van wetenschap en techniek een onbekend risico was, kan dan wel worden gezegd dat de dijk niet voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen? Anders gezegd: wat is voor de toepassing van art. 6:174 BW de betekenis van onbekendheid van het risico naar de stand van de wetenschap en de techniek ten tijde van de verwezenlijking? Het gaat daarbij niet om (subjectieve) onbekendheid met het gebrek in de concrete situatie: wist het hoogheemraadschap dat de dijk door uitdroging ‘op springen stond’? Bij die onbekendheid biedt art. 6:174 BW bescherming, omdat de bezitter nu eenmaal het risico draagt van onwetendheid van objectief kenbare gevaren. Het gaat om ‘absolute’ onbekendheid met de oorzaak van het gebrek: is de dijk wel gebrekking als niemand dat gebrek kon kennen?

De rechtbank wees aansprakelijkheid van de hand, in essentie omdat volgens de rechtbank, gelet op de stand van de kennis ten tijde van de kadeverschuiving, de dijk voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen. Tot dit incident werden voor veendijken alleen hoog water en extreme neerslag als risicofactoren gezien, en niet uitdroging.

Het hof ziet het anders. Nadat het hof heeft geoordeeld dat een (veen)dijk/kade een opstal is, oordeelt het hof dat deze kade niet voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen en dat het hoogheemraadschap derhalve aansprakelijk is. Volgens het hof komt het bij de beantwoording van de vraag of de kade voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen, niet aan op de (toenmalige) kennis over faalmechanismen en de (toenmalige) maatstaven voor belastingsituaties.

‘De toenmalige stand van wetenschap en techniek en de financiële kaders waarbinnen het Hoogheemraadschap zijn beleidsdoelstellingen tracht te realiseren, staan niet in de weg aan het aannemen van aansprakelijkheid voor de bezitter van de kade. Deze laatste omstandigheden kunnen wel van belang zijn bij de beoordeling of aansprakelijkheid ontbreekt op grond van de bepalingen inzake onrechtmatige daad indien het gevaar ten tijde van het ontstaan daarvan bekend was geweest’,

Aldus het hof. Het hof benadrukt aldus het 'risicokarakter' van de aansprakelijkheid uit art. 6:174 BW:

'De omstandigheid dat extreme droogte toentertijd niet werd onderkend als gevaar voor de stabiliteit van veendijken doet daaraan niet af, omdat onbekendheid met het gevaar op grond van de wet voor risico van het Hoogheemraadschap komt.'

Ook heeft het hoogheemraadschap volgens het hof onvoldoende gesteld om aannemelijk te maken dat aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zou hebben ontbroken indien het hoogheemraadschap het gevaar ten tijde van het ontstaan ervan zou hebben gekend, zodat een beroep op de 'tenzij-formule' uit art. 6:174 BW niet baat.

Hoge Raad

In cassatie worden verschillende pijlen gericht op het oordeel van het hof: het hof zou ten onrechte hebben geoordeeld dat het hoogheemraadschap als eigenaar aansprakelijk was, dat de dijk een opstal was, dat de dijk gebrekkig was en dat een beroep op de tenzij-formule niet opging. Over het eerste is de Hoge Raad kort: weliswaar spreekt art. 6:174 BW alleen van de bezitter, maar uit het feit dat het hoogheemraadschap eigenaar is van de dijk, volgt ook dat het bezitter is.

Veendijk een opstal?

Het tweede punt wordt door A-G Spier als heel fundamenteel benaderd, niet zozeer vanuit een 'juridisch-technisch' perspectief: is beslissend of het een werk van mensenhanden is?, maar vanuit de meer principiële vraag of het wenselijk is dat de risicoaansprakelijkheid voor opstallen zich uitstrekt over dijken. Spier heeft daar, kort gezegd, ernstige bedenkingen bij, omdat de aansprakelijkheid van de overheid dan potentieel zeer groot is en omdat in de literatuur en in de Parlementaire Geschiedenis genoemde rechtvaardigingen voor een risicoaansprakelijkheid voor opstallen niet bepaald sprekend zijn als het gaat om een overheid die dijken bezit: het hoogheemraadschap roept met de opstal geen gevaar in het leven (maar beoogt juist een gevaar te beperken), het heeft geen profijt van de dijk en maakt er geen winst mee, het risico lijkt onverzekerbaar, van een risicoaansprakelijkheid zal hier weinig preventieve werking uitgaan, slachtofferbescherming kan ook met een tegemoetkoming bij rampen worden bewerkstelligd en het is uiteindelijk de burger die de lasten van de aansprakelijkheid zal moeten opbrengen. In die zin verschillen dijken inderdaad in belangrijke opzichten van fabrieksgebouwen, parkeergarages, woningen en andere opstallen die door private (rechts)personen ten eigen bate worden geëxploiteerd.

Niettemin zijn er argumenten om ook voor een dijk een risicoaansprakelijkheid aan te nemen. Ook bij een dijk kan het bijvoorbeeld gaan om onbewijsbaar gebrekkig onderhoud of ondeugdelijke constructie. Bovendien kan de vrees voor te vergaande aansprakelijkheid van de overheid voor dijkdoorbraken ook worden beteugeld via de interpretatie van het 'gebrecriterium' in art. 6:174 BW door bij de vraag of de opstal voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen minder hoge eisen te stellen.

De Hoge Raad kiest op dit punt voor een op het oog min of meer juridisch-technische benadering:

‘Bij de beoordeling van de klachten moet het volgende worden vooropgesteld. Uit de in lid 4 van art. 6:174 gegeven – ruime – definitie van het begrip ‘opstal’ (“gebouwen en werken [in de wetsgeschiedenis ook gezamenlijk aangeduid als ‘bouwwerken’ (vgl. Parl. Gesch. Boek 6, blz. 753-757)] die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken”) kan worden afgeleid dat een (bouw)werk in de zin van deze bepaling naar zijn aard niet louter langs natuurlijke weg tot stand kan komen, maar dat daarvoor menselijk ingrijpen is vereist dat heeft bijgedragen aan de (duurzame) bestemming of functie van dat werk. De mate waarin of de wijze waarop dit menselijk ingrijpen daaraan moet hebben bijgedragen, kan niet bij voorbaat worden bepaald en is mede afhankelijk van het soort werk en de bestemming of functie ervan. Het hof heeft – in cassatie onbestreden – geoordeeld dat het dijklichaam is ontstaan door uitgraving en drooglegging, is gevormd naar de inzichten in waterkeringen, in stand is gehouden overeenkomstig de door TAW ontwikkelde richtlijnen en is voorzien van een in de grond aangebrachte beschoeiing. Daarvan uitgaande, is zijn oordeel dat de veendijk een opstal is in de zin van art. 6:174 juist.’

Kade gebrekkig?

Is de maatstaf die het hof heeft aangelegd voor de beantwoording van de vraag of de kade voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen juist? De Hoge Raad verwoordt eerst de daartegen gerichte klacht:

‘Onderdeel 1.1 (...) bevat de klacht dat het hof blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het voor het antwoord op genoemde vraag niet aankomt op de (toenmalige) kennis over faalmechanismen en de (toenmalige) maatstaven voor belastingsituaties, en dat de toenmalige stand van wetenschap en techniek en de financiële kaders waarbinnen het Hoogheemraadschap zijn beleidsdoelstellingen tracht te realiseren niet in de weg staan aan het aannemen van aansprakelijkheid van de bezitter van de kade. Daartoe wordt betoogd, kort samengevat, dat de toestand van de opstal steeds normatief moet worden beoordeeld, in die zin dat de normen die bepalend zijn voor de aansprakelijkheid voor eigen gedrag van de bezitter (verwezen wordt onder meer naar de in het kader van art. 6:162 BW in HR 5 november 1965, LJN AB7079, NJ 1966/136 (Kelderluik) en HR 9 oktober 1981, nr. 11775, LJN AG4240, NJ 1982/332 (Bargerbeek) ontwikkelde criteria) doorwerken in het antwoord op de vraag of de opstal gebrekkig was als bedoeld in art. 6:174. Daarbij is, aldus het onderdeel, in het bijzonder van belang: de mate van voorzienbaarheid van het gevaar; de, gelet op de stand van de techniek en de financiële aspecten, daadwerkelijke mogelijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen; de verzekeraarbaarheid van schade; de financiële middelen die de overheid ten dienste staan, en de aan de overheid bij de uitoefening van zijn publieke taak toekomende beleidsvrijheid.’

Dan volgt eerst een meer algemene uiteenzetting:

‘4.4.3 Bij de beoordeling van deze klacht wordt het volgende voorop gesteld. Bij de eisen als bedoeld in art. 6:174 lid 1 gaat het om de eisen die men uit het oogpunt van veiligheid aan de desbetreffende opstal mag stellen (vgl. HR 15 juni 2001, nr. C99/350, LJN AB2149, NJ 2002/336 en HR 20 oktober 2000, nr. C99/004, LJN AA7686, NJ 2000/700). Daarbij spelen, zo volgt uit de wetsgeschiedenis (Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1380), gedragsnormen als veiligheidsvoorschriften en in het algemeen aan een bezitter of gebruiker van die zaak te stellen zorgvuldigheidsnormen een belangrijke rol. De omstandigheid dat een opstal in algemene zin voldoet aan geldende veiligheidsvoorschriften, staat niet in de weg aan het oordeel dat de opstal (niettemin) niet aan bedoelde eisen voldoet en derhalve gebrekkig is in de zin van art. 6:174 lid 1 (vgl. de genoemde uitspraak van 20 oktober 2000). Het antwoord op de vraag of sprake is van een gebrekkige toestand hangt immers af van verschillende omstandigheden, waaronder de aard van de opstal (bijvoorbeeld een voor publiek toegankelijk gebouw of een gesloten huis of werk op besloten terrein, vgl. Parl. Gesch. Boek 6, blz. 755), de functie van de opstal, de fysieke toestand van de opstal ten tijde van de verwezenlijking van het gevaar en het van de opstal te verwachten gebruik door derden (vgl. HR 17 november 2000, nr. C99/016, LJN AA8364, NJ 2001/10). Voorts dient in aanmerking te worden genomen de grootte van de kans op verwezenlijking van het aan de opstal verbonden gevaar (vgl. de genoemde uitspraak van 15 juni 2001), alsmede, zo kan uit de wetsgeschiedenis worden afgeleid (Parl. Gesch. Boek 6, blz. 756), de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen. Daarbij kan voor het geval de aansprakelijkheid op een overheidslichaam rust mede betekenis toekomen aan de hem toekomende beleidsvrijheid en ter beschikking staande financiële middelen (vgl. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1394, met betrekking tot de eveneens op art. 6:174 berustende aansprakelijkheid van een wegbeheerder).

Vorenbedoelde gezichtspunten begrenzen de aansprakelijkheid op grond van art. 6:174; de wetgever heeft immers een te ruime aansprakelijkheid van de bezitter willen voorkomen door bepaalde begrenzings die in afdeling 6.3.1 aan aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad worden gesteld, ook te laten gelden voor de onderhavige aansprakelijkheid (vgl. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1378-1379). Van een op de bezitter van een zaak rustende garantienorm is dan ook geen sprake (Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1380).’

Vervolgens formuleert de Hoge Raad een algemeen criterium:

‘4.4.4 Bij het antwoord op de vraag of de opstal voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, komt het derhalve aan op de – naar objectieve maatstaven te beantwoorden – vraag of de opstal, gelet op het te verwachten gebruik of de bestemming daarvan, met het oog op voorkoming van gevaar voor personen en zaken ondeugdelijk is, waarbij ook van belang is hoe groot de kans op verwezenlijking van het gevaar is en welke onderhouds- en veiligheidsmaatregelen mogelijk en redelijkerwijs te vergen zijn.’

Dit criterium heeft consequenties voor het onderhavige geval:

‘4.4.5 Toegesneden op de onderhavige vraagstelling betekent het vorenstaande dat rekening moet worden gehouden met factoren als de aard en bestemming van de kade (een publiek toegankelijke dijk), de waarborgfunctie van de veendijk (bescherming van omwonenden tegen water), de fysieke toestand van de kade ten tijde van de verwezenlijking van het gevaar, de naar objectieve maatstaven te beoordelen kenbaarheid van het gebrek en het daaraan verbonden gevaar voor kadeverschuiving, de bij de uitvoering van zijn publieke taak aan het Hoogheemraadschap toekomende beleidsvrijheid en de financiële middelen die hem in dat verband ten dienste staan, een en ander mede gelet op de toenmalige stand van de wetenschap en de techniek en de daadwerkelijke (technische) mogelijkheid van het nemen van afdoende veiligheidsmaatregelen. Het enkele feit van de kadeverschuiving zal in het algemeen voldoende zijn voor het aannemen van het vermoeden dat de kade (dijk) niet voldeed aan de daaraan in de gegeven omstandigheden te stellen eisen, behoudens door de bezitter ervan te leveren tegenbewijs (zoals de rechtbank heeft geoordeeld). De hierboven genoemde factoren kunnen in voorkomend geval in uiteenlopende richting wijzen, maar daarbij verdient aantekening dat de aard, de bestemming en de waarborgfunctie van de kade zwaarwegende factoren zijn die kunnen meebrengen dat daartegenover aan andere omstandigheden minder gewicht toekomt of ertoe kunnen nopen dat aan de onderbouwing van de stellingen met betrekking tot de niet-kenbaarheid van het gevaar van een kadeverschuiving strenge eisen worden gesteld.’

Na deze uiteenzetting volgt een beoordeling van het oordeel van het hof:

‘4.4.6 In het licht van het in 4.4.3-4.4.5 overwogene heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het bij de beantwoording van de vraag of de kade voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen, niet aankomt op de toenmalige kennis over faalmechanismen en de toenmalige maatstaven voor belastingsituaties, en dat de toenmalige stand van wetenschap en techniek en de financiële kaders waarbinnen het Hoogheemraadschap zijn beleidsdoelstellingen tracht te realiseren niet in de weg staan aan het aannemen van aansprakelijkheid voor de bezitter van de kade. Anders dan het hof heeft geoordeeld, komt betekenis toe aan genoemde omstandigheden bij de beoordeling of de kade gebrekkig was. Het hof heeft bovendien blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting voor zover het heeft geoordeeld dat voor de beantwoording van de vraag of de kade gebrekkig was, niet van belang is de stelling van het Hoogheemraadschap dat de kadeverschuiving zich heeft voorgedaan ten gevolge van specifieke en uitzonderlijke omstandigheden. Ook een stelling van een dergelijke strekking kan immers van betekenis zijn voor het antwoord op de vraag of met betrekking tot de kade, gelet op de toenmalige stand van de wetenschap en de techniek, alle nodige veiligheidsmaatregelen waren getroffen. Daarbij verdient opmerking dat het oordeel van het hof (...) dat “onbekendheid van het gevaar op grond van de wet voor risico van het Hoogheemraadschap komt” in het algemeen niet juist is voor een geval waarin, zoals het Hoogheemraadschap te dezer zake heeft gesteld, het specifieke gevaar dat zich heeft verwezenlijkt naar de toenmalige

stand van de wetenschap en de techniek niet bekend – en dus naar objectieve maatstaven niet kenbaar – was.’

Dat betekent dat onderdeel 1.1 slaagt, dat het arrest van het hof wordt vernietigd en dat na verwijzing de op de bedoelde omstandigheden toegesneden stellingen van het hoogheemraadschap alsnog in de beoordeling moeten worden betrokken, aldus de Hoge Raad.

Tenzij-clausule?

Ten slotte is nog een klacht gericht tegen de afwijzing van het hof van het beroep op de ‘tenzij-clausule’. Die klacht wordt verworpen, kort gezegd, omdat het hof terecht heeft geoordeeld dat het hoogheemraadschap op dit punt onvoldoende heeft gesteld om een beroep op de tenzij-clausule te kunnen doen slagen.

*Noot*

Relevantie

Het arrest is relevant, enerzijds omdat het de verhouding belicht tussen de artikelen 6:174 en 6:162 BW en anderzijds omdat het invulling geeft aan het ‘gebrekriterium’ in art. 6:174 BW. In verband met dat laatste is vooral de overweging met betrekking tot de betekenis van de stand van wetenschap en techniek van belang.

De verhouding tussen art. 6:174 en art. 6:162 BW

Art. 6:174 BW legt op de bezitter van een opstal een aansprakelijkheid in diens kwaliteit van bezitter. Voor aansprakelijkheid op deze grond is niet nodig dat komt vast te staan de bezitter wist of behoorde te weten dat zijn zaak niet voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen en dat hem ter zake dus een verwijt treft. In die zin bevat art. 6:174 BW een risicoaansprakelijkheid. Een belangrijke reden daarvoor is volgens de parlementaire geschiedenis dat het voor de benadeelde veelal moeilijk, zo niet ondoenlijk is om uit te zoeken of en te bewijzen dat het gebrek is teweeggebracht door een fout bij de bouw of door gebrekkig onderhoud en aan wie die fout kan worden toegerekend, terwijl de aansprakelijkheid zich goed door verzekering laat dekken.<sup>1</sup> In de doctrine worden de diepere achtergronden van deze verantwoordelijkheid gezocht in de theorie van gevaarzetting (wie een gevaarlijke situatie in het leven roept, draagt de verantwoordelijkheid voor de gevolgen ervan), in het profijtbeginsel (wie het voordeel heeft van een opstal dient ook de lasten ervan te dragen), in preventieve werking, slachtofferbescherming, et cetera, en in een combinatie daarvan.<sup>2</sup> Kan de benadeelde overigens wél aantonen dat de bezitter een verwijt treft, dan zal de bezitter (tevens) aansprakelijk zijn op grond van art. 6:162 BW.<sup>3</sup> De aansprakelijkheid uit art. 6:174 BW is dus een risicoaansprakelijkheid, en die uit art. 6:162 BW een schuldaansprakelijkheid. Niettemin zijn er ook belangrijke verbanden.

<sup>1</sup> TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 753.

<sup>2</sup> Zie voor een weergave met vindplaatsen de conclusie van A-G Spier voor het arrest onder 5.5 e.v.

<sup>3</sup> Dat kan van betekenis zijn voor regres (art. 6:197 BW), maar wellicht ook voor toerekening (art. 6:98 BW), waarbij de aard van de aansprakelijkheid een relevant gezichtspunt is.

De wetgever heeft de aansprakelijkheid op grond van art. 6:174 BW willen begrenzen door daarvan die gevallen uit te sluiten, die, bij kennis van het gebrek, ook onder art. 6:162 BW niet tot aansprakelijkheid zouden hebben geleid. Dat wordt bewerkstelligd door de 'tenzij-clausule' in art. 6:174 lid 1 (slot): 'tenzij aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling zou hebben ontbroken indien hij dit gevaar op het tijdstip van het ontstaan zou hebben gekend'.<sup>4</sup> De clausule vergt voor het aannemen van aansprakelijkheid dus niet dat de bezitter het gebrek kende, maar abstraheert van die kennis ('zou hebben gekend') en koppelt terug naar art. 6:162 BW ('de vorige afdeling') in essentie om uit te sluiten dat ook aansprakelijkheid voor van buiten komende oorzaken zou ontstaan. Het klassieke voorbeeld van een geval waarin de tenzij-clausule aan aansprakelijkheid in de weg staat is de situatie waarin het gebrek ontstaat door een van buiten komende oorzaak (een schoorsteen raakt defect door blikseminslag) en het gevaar zich onmiddellijk verwezenlijkt (de schoorsteen valt direct na de blikseminslag naar beneden), zodat de bezitter, ook als hij op het moment van het ontstaan van het gebrek dat gebrek had gekend, geen maatsregelen had kunnen nemen en in dat geval dus niet aansprakelijk zou zijn geweest op grond van art. 6:162 BW wegens het laten voortbestaan van een hem bekende gevaarlijke situatie.<sup>5</sup> In de onderhavige zaak slaagde het beroep op de tenzij-clausule niet omdat, als het hoogheemraadschap ten tijde van het ontstaan van het gebrek in de dijk (de uitdroging) daarvan op de hoogte was geweest, niet uitgesloten was dat zij nog voorzorgsmaatregelen had kunnen (en dus moeten) treffen om de schade te voorkomen (bijv. bevochtiging of dijkverzwaring).

Dit alles veronderstelt telkens dat er sprake is van een gebrek in de opstal, of, zoals art. 6:174 BW het formuleert, dat de opstal 'niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen'. Die vraag moet dus eerst worden beantwoord voordat aan de tenzij-clausule wordt toegekomen. Het gebrekcriterium bevat met het woord 'mag' een normatief element: het enkele feit dat de opstal een bron is van schade is niet voldoende; de schade moet het gevolg zijn van een gevaar dat voortvloeit uit de gebrekigheid van de opstal. Het arrest leert dat ook daarin een begrenzing schuilt van de aansprakelijkheid van art. 6:174 BW. Voor het antwoord op de vraag wat men in de gegeven omstandigheden van een opstal mag verwachten wordt, zo zal hierna worden geïllustreerd, (weer) leentjebuurt gespeeld bij art. 6:162 BW, en wel bij de gezichtspunten die worden gehanteerd om te beoordelen onder welke omstandigheden gevaarzetting onrechtmatig is. Ook daarin ligt dus een sterk verband tussen art. 6:174 en 6:162 BW: de zaak moet een 'onrechtmatig' gebrek bevatten.

Het gebrekcriterium in art. 6:174 BW

Men zou kunnen denken dat een opstal die een gevaar voor personen of zaken oplevert dat zich verwezenlijkt per definitie niet voldeed aan de eisen die men daaraan mocht stellen, maar uit art. 6:174 BW blijkt dat het niet gaat om een dergelijke absolute waarborg of om een, zoals de Parlementaire Geschiedenis het noemt, 'garantienorm'. Telkens is nodig dat komt vast te staan dat het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt is te herleiden tot een gebrek in de opstal en dus tot een situatie die er niet had *mogen* zijn.

---

<sup>4</sup> Zie voor verwante clausules art. 6:173 en 6:179 BW.

<sup>5</sup> Vgl. J. Spier, *Verbindenissen uit de wet en schadevergoeding*, nr. 111.



Deze normatieve eis roept een zeker spanningsveld op met art. 6:162 BW, want art. 6:174 BW verschilde daar toch van doordat het een risicoaansprakelijkheid bevat?<sup>6</sup> Het gebrekcriterium, en de uitleg die de Hoge Raad daaraan geeft, laat zien dat art. 6:174 BW weliswaar een risicoaansprakelijkheid bevat, maar dat deze niet zonder meer alle risico's 'dekt'.

De Hoge Raad begint met voorop te stellen dat het bij art. 6:174 BW moet gaan om een *veiligheidsgebrek*, dat wil zeggen een gebrek dat gevaar oplevert voor personen of zaken. In dat verband spelen wettelijke en/of gebruikelijke veiligheidsvoorschriften uiteraard een belangrijke rol, maar dat deze ten aanzien van bepaalde risico's niet bestaan of dat de bezitter de gebruikelijke veiligheidsmaatregelen heeft getroffen, betekent nog niet dat de opstal beantwoordt aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen.<sup>7</sup> Ook ongeschreven gevaarzettingsnormen zullen immers van betekenis zijn: de civiele rechter bepaalt uiteindelijk aan de hand van de gezichtspunten uit het Kelderluikarrest of aan de opstal een veiligheidsgebrek kleeft. Dat geldt niet in het bijzonder voor risicoaansprakelijkheden<sup>8</sup>, maar is ook bijvoorbeeld in het kader van de zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van zijn werknemers als regel aanvaard.<sup>9</sup>

De omstandigheden die volgens de Hoge Raad beslissend zijn voor de vraag of de opstal voldoet aan de eisen die men daaraan mag stellen zijn de aard, de functie, de fysieke toestand en de te verwachten gebruiker van de opstal, de grootte van de kans op verwezenlijking van het aan de opstal verbonden gevaar en de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen. Met name de laatste twee bouwstenen vertonen aanzienlijke verwantschap met de gezichtspunten uit het Kelderluikarrest, die nog immer bepalend zijn voor de vraag onder welke omstandigheden het laten voortbestaan van een gevaarlijke situatie onrechtmatig is in de zin van art. 6:162 BW.<sup>10</sup> Maar niet alleen de grootte van de kans op verwezenlijking van het gevaar, ook de *kenbaarheid* van het gebrek is volgens de Hoge Raad van betekenis.

Kennen, behoren te kennen, niet kunnen kennen

Kende de bezitter van de opstal voorafgaand aan de verwezenlijking van het gevaar het gebrek dat aan zijn opstal kleefde, dan zal hij aansprakelijk zijn op grond van art. 6:162 BW omdat hij niet tijdig heeft ingegrepen en dat verwijtbaar is. Kende hij het niet, maar had hij het *behoren* te kennen, bijvoorbeeld omdat het bij eenvoudige inspectie die iedere opstalbezitter in het kader van onderhoud bij tijd en wijle moet uitvoeren onmiddellijk aan het licht was gekomen,

---

<sup>6</sup> Zie voor een grondige analyse van het verschil en verband tussen aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en uit kwalitatieve aansprakelijkheid T. Hartlief, 'De aansprakelijkheid voor zaken', in: M.E. Franke e.a. (red.) *Onrechtmatige daad*, Deventer 1996, p. 201-225.

<sup>7</sup> Vgl. C.H.W.M. Sterk, *Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht*, diss. Tilburg, 1994, p. 112.

<sup>8</sup> Zie voor art. 6:174 BW reeds in deze zin HR 20 oktober 2000, LJN AA7686, NJ 2000, 700 (Foekens/Naim).

<sup>9</sup> Vgl. HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683 m.nt. J.B.M. Vranken (Cijssouw II), rov. 3.3.2.

<sup>10</sup> HR 5 november 1965, LJN AB7079, NJ 1966, 136 m.nt. G.J. Scholten.

dan geldt hetzelfde (aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW wegens verwijtbaar nalaten). Kon de bezitter het gebrek niet kennen, omdat het 'objectief onbekend' was en volgens de stand van de wetenschap en de techniek nog nooit als gebrek was ontdekt, dan is de bezitter – uiteraard – niet aansprakelijk op grond van art. 6:162 BW. Maar kan hij zich ook in het kader van art. 6:174 BW met dat verweer redden? Nee, aldus het hof, omdat art. 6:174 BW nu eenmaal een risicoaansprakelijkheid is, waardoor ook niet kenbare gevaren voor risico van de bezitter komen. De Hoge Raad benadert dit genuanceerder:

'Daarbij verdient opmerking dat het oordeel van het hof (...) dat "onbekendheid van het gevaar op grond van de wet voor risico van het Hoogheemraadschap komt" in het algemeen niet juist is voor een geval waarin (...) het specifieke gevaar dat zich heeft verwezenlijkt naar de toenmalige stand van de wetenschap en de techniek niet bekend – en dus naar objectieve maatstaven niet kenbaar – was.'

Wat staat hier nu precies? Is het specifieke gevaar volgens de stand van wetenschap en techniek ten tijde van de verwezenlijking ervan niet bekend, dan is het 'in het algemeen' niet juist die (objectieve) onbekendheid voor risico van de bezitter te brengen. Het hof is dus, door te zeggen dat deze onbekendheid voor risico van de bezitter komt, te kort door de bocht gegaan. Maar er staat (bij de Hoge Raad) niet dat objectieve onbekendheid van het gevaar aansprakelijkheid van de bezitter telkens uitsluit. Eerder overweegt de Hoge Raad dat de relevantie van de objectieve onbekendheid van het gevaar moet worden afgewogen tegen andere omstandigheden:

'De hierboven genoemde factoren (aard, bestemming, functie, fysieke toestand, kenbaarheid (naar objectieve maatstaven) van het gebrek, beleidsvrijheid, financiële middelen en daadwerkelijke technische mogelijkheden van het nemen van afdoende veiligheidsmaatregelen, SDL) kunnen in een voorkomend geval in uiteenlopende richting wijzen, maar daarbij verdient aantekening dat de aard, de bestemming en de waarborgfunctie van de kade zwaarwegende factoren zijn die kunnen meebrengen dat daartegenover aan andere omstandigheden minder gewicht toekomt of ertoe kunnen nopen dat aan de onderbouwing van de stellingen met betrekking tot de niet-kenbaarheid van het gevaar van een kadeverschuiving strenge eisen worden gesteld.'

Deze overweging impliceert dat de aard, bestemming en functie van de dijk zo zwaar kunnen wegen dat de niet-kenbaarheid van het gevaar daar niet tegen opweegt en dit element dus per saldo alsnog voor risico van de bezitter komt. De niet-kenbaarheid kan het dus afleggen tegen andere relevante omstandigheden en een beroep daarop is aldus geen 'digitaal' verweer.

Daarmee houdt wellicht verband, de Hoge Raad benoemt dat ook indirect door te suggereren dat aan de onderbouwing van niet-kenbaarheid hoge eisen kunnen worden gesteld, dat niet-kenbaarheid in zekere zin betrekkelijk is. Men kan het betrekken op de bezitter in kwestie (was het voor deze bezitter kenbaar?), op een kring van bezitters (was het voor dijkbeheerders kenbaar?), op de stand van de wetenschap (was het kenbaar uit bijvoorbeeld wetenschappelijke publicaties?), of in nog 'objectiever': was het te ontdekken, en dus in zekere zin *te kennen*?

Deze problematiek is bekend in verband met het ontwikkelingsrisicoverweer dat de producent kan voeren om een vordering uit productenaansprakelijkheid af te weren. Art. 6:185 lid 1 sub e BW bepaalt immers dat de producent niet aansprakelijk is indien 'het op grond van de stand van de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop hij het product in het verkeer bracht, onmogelijk was het bestaan van het gebrek te ontdekken'. Van dat verweer, dat men volgens de letter van de tekst heel beperkt zou kunnen opvatten (is het waar ook ter wereld ontdekt, dan was het kennelijk 'te ontdekken'), is inmiddels bekend hoe het moet worden verstaan. Hier geldt:

'dat, om zich (...) van zijn aansprakelijkheid te bevrijden, de producent van een gebrekkig product moet aantonen, dat het op grond van de objectieve stand van de wetenschappelijke en technische kennis, daaronder begrepen het meest geavanceerde niveau, op het tijdstip waarop hij het betrokken product in het verkeer bracht, onmogelijk was het gebrek te ontdekken. Om de relevante wetenschappelijke en technische kennis met succes aan de producent te kunnen tegenwerpen, moet deze kennis wel toegankelijk zijn geweest op het tijdstip waarop het betrokken product in het verkeer werd gebracht.'<sup>11</sup>

Hier geldt dus een hoge drempel voor het *state of the art*-verweer. Ook bij werkgeversaansprakelijkheid is overigens een (zeer) hoge drempel aanvaard voor een verweer gebaseerd op de stand van wetenschap en techniek: als de werkgever, ook al was het gevaar op grond van de toenmalige stand van wetenschap en techniek niet kenbaar, door geïndiceerd eigen onderzoek het gevaar had kunnen ontdekken, schiet hij tekort als hij dat onderzoek heeft nagelaten.<sup>12</sup>

### Beoordeling

De Hoge Raad kiest met betrekking tot de relevantie van objectieve niet-kenbaarheid van het gebrek volgens de stand van wetenschap en techniek voor een genuanceerde benadering: enerzijds is die niet irrelevant voor de vraag of de zaak beantwoordde aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen, anderzijds kunnen andere omstandigheden de doorslag geven zodat niet-kenbaarheid niet aan aansprakelijkheid in de weg hoeft te staan. Dat laatste is niet goed verklaarbaar of te rechtvaardigen: hoe kan men iemand aansprakelijk houden voor een risico dat hij werkelijk niet had kunnen kennen en ten aanzien waarvan hij dus geen voorzorgsmaatregelen had kunnen treffen? En als dat zo is, waarom zou niet-kenbaarheid dan onder omstandigheden wel aan aansprakelijkheid in de weg kunnen/moeten staan? Productenaansprakelijkheid, ten aanzien waarvan zou kunnen worden betoogd dat deze verder dient te strekken dan opstalaansprakelijkheid, gaat niet zover en aanvaardt het ontwikkelingsrisicoverweer wel als een absolute drempel voor aansprakelijkheid. Op dit punt had de Hoge Raad beter een echte keuze kunnen maken: als het risico werkelijk niet kenbaar is, past geen aansprakelijkheid.

<sup>11</sup> Aldus HvJEG 29 mei 1997, *NJ* 1998, 522 (Commissie/Verenigd Koninkrijk), rov. 29.

<sup>12</sup> HR 6 april 1990, LJV AB9376, *NJ* 1990, 573 m.nt. P.A. Stein (Janssen/Nefabas), rov. 3.4.

Denkbaar is nog dat de Hoge Raad met ‘in het algemeen’ heeft bedoeld te zeggen dat soms iets weliswaar niet uit wetenschappelijke publicaties kenbaar is, maar betrekkelijk eenvoudig onderzoek door de bezitter het gebrek toch aan het licht had gebracht. Het is dan niet – in objectieve zin – ‘gekend’, maar wel – door enig onderzoek – in letterlijke zin kenbaar. Dat zou aansluiten bij hetgeen de Hoge Raad bij de werkgeversaansprakelijkheid als maatstaf heeft gehanteerd (een strengere maatstaf voor het aannemen van niet-kenbaarheid). In het onderhavige arrest is het evenwel niet zo geformuleerd en wordt de niet-kenbaarheid uiteindelijk als een wegingsfactor in plaats van als struikelblok gedefinieerd.

Iets anders, maar het hangt met het voorgaande wel nauw samen, is dat (objectieve) niet-kenbaarheid betrekkelijk is en dat een dergelijk verweer niet te snel succes mag hebben, omdat het moeilijk controleerbaar is en het de benadeelde in een wel heel lastige positie plaatst: hoe moet hij aantonen dat de bezitter, die aankomt met uitvoerige documentatie van de stand van wetenschap en techniek waaruit het bestaan van kennis van het gebrek niet blijkt, het gebrek *wel* kon kennen? In dat licht is het redelijk dat de Hoge Raad wijst op de mogelijkheid dat de rechter aan de onderbouwing van de niet-kenbaarheid door de bezitter hoge eisen stelt. Dat past bij het beschermingskarakter van de risicoaansprakelijkheid die in art. 6:174 BW besloten ligt. Het was volgens mij beter geweest als de Hoge Raad de (objectieve) niet-kenbaarheid als absoluut verweer had aanvaard, met de toevoeging dat de rechter aan het onderbouwen van die niet-kenbaarheid (zeer) hoge eisen mag stellen.

De onderhavige aanpak van de Hoge Raad roept ook de vraag op hoe het verwijzingshof nu met dit geval moet of mag omgaan. Mag het hof nu alsnog zeggen dat het risico van verschuiving door uitdroging weliswaar niet kenbaar was, maar dat de *waarborg*functie (waarom kiest de Hoge Raad voor deze bewoordingen en niet voor een neutraler ‘beschermingsfunctie’?) van een dijk nu eenmaal meebrengt dat de omstandigheid van uitdroging voor risico van de bezitter en niet van de achter de dijk gelegen bewoners of de gemeente komt? De overweging van de Hoge Raad laat die ruimte, maar is dat werkelijk de bedoeling? Men kan er immers tegenover plaatsen dat de Hoge Raad misschien voor een wat welwillender lezing van het onderhavige hofarrest had kunnen kiezen (het hof zei immers dat ‘het *niet aankomt op de* (toenmalige) kennis over faalmechanismen’ en dat de toenmalige stand van de wetenschap en de financiële kaders ‘*niet in de weg staan*’ aan het aannemen van aansprakelijkheid, hetgeen in de letterlijke zin nog wel binnen de door de Hoge Raad geschetste kaders is te plaatsen), maar dat de Hoge Raad, door ervoor te kiezen het hofarrest desondanks te vernietigen, een signaal afgeeft dat de begrenzing van de aansprakelijkheid op grond van art. 6:174 BW serieus moet worden genomen en dat dat derhalve ook voor het onderhavige geval betekenis zou moeten hebben. Het is dus eigenlijk niet duidelijk of dit arrest nu vooral bedoeld is als een bijdrage aan de rechtsontwikkeling door vingerwijzingen te geven voor de interpretatie van art. 6:174 BW of dat het beoogt recht te doen in dit individuele geschil. Zo blijkt maar weer dat die beide functies niet helder zijn te (onder)scheiden. De uitspraak roept in ieder geval nieuwe vragen op naar het (relatieve) gewicht van objectieve niet-kenbaarheid van het risico in het kader van art. 6:174 BW. Als een heldere doorbraak valt dit bezwaarlijk te zien.