

De betekenis van het arrest over de dijkdoorbraak bij Wilnis voor de wegbeheerderpraktijk

4

Het arrest van de Hoge Raad over de dijkdoorbraak bij Wilnis heeft de opstalaansprakelijkheid van art. 6:174 BW nader vorm gegeven.² De kaders die de Hoge Raad in het 'Wilnis-arrest' schetst, zijn ook van betekenis in andere gevallen van opstalaansprakelijkheid voor overheidslichamen, waarbij in het bijzonder kan worden gedacht aan de aansprakelijkheid van de wegbeheerder voor openbare wegen. In dit artikel wordt ingegaan op de betekenis van deze uitspraak voor de praktijk van de wegbeheerder.

1. Inleiding

'Honderden evacuaties om dreigende dijkdoorbraak', zo kopten de kranten begin januari 2012. De dreigende doorbraak hield verband met hoge waterstanden en extreme neerslag. Dat dijken het onder die omstandigheden kunnen begeven, is al langere tijd bekend. Richtlijnen ten behoeve van dijkinspecties zagen tot voor 2003 alleen op deze bekende bedreigingen. Dat dijken ook kwetsbaar kunnen zijn als gevolg van langdurige droogte en een (extreem) lage grondwaterstand is nog niet zo heel lang bekend. De extreme droogte van de zomer van 2003 bleek gevolgen te hebben voor één van de veendijken in de gemeente De Ronde Venen, waarvan Wilnis onderdeel uitmaakt. In de nacht van 25 op 26 augustus 2003 is plotseling een gedeelte van de dijk over een lengte van 60 meter ongeveer 5,5 tot 7,5 meter in de richting van de achterliggende woonwijk gaan verschuiven, waardoor 230.000 m³ water de woonwijk instroomde. De schade was omvangrijk en divers. Naast waterschade aan woningen, zijn op meerdere plaatsen verzakkingen ontstaan met lekkende gasleidingen tot gevolg. Ook zijn woonboten scheef komen te liggen, met als gevolg schade aan walaansluitingen zoals gas, water en elektriciteit. Niet alleen aan de lage kant van de dijk is schade ontstaan. De dijkdoorbraak heeft ook tot gevolg gehad dat aan de hoge kant van de dijk het grondwaterpeil dusdanig is gezakt dat de veengrond is gaan inklinken, waardoor in de aldaar gelegen wijk verzakkingen hebben plaatsgevonden.³ Daardoor was verplaatsing van de gas- en elektriciteitsnetten van Eneco noodzakelijk.⁴ De ingelanden hebben hun schade deels vergoed gekregen op grond van een ad hoc in

het leven geroepen regeling ter tegemoetkoming in de schade.⁵ Ook de eigenaar en beheerder van de dijk, het Hoogheemraadschap Amstel, Gooi en Vecht (hierna: het Hoogheemraadschap) heeft op grond van de Wet tegemoetkoming schade bij rampen een deel van de schade vergoed gekregen. De gemeente De Ronde Venen (hierna: de gemeente) bleef echter met een aanzienlijk deel van de schade zitten. Zij zag zich geconfronteerd met een omvangrijke kostenpost wegens gemaakte kosten voor bestrijding en herstel van de waterschade, die begroot werden op een bedrag van € 1.389.524,57. Van dit bedrag heeft de gemeente 'slechts' een bedrag van € 25.000 vergoed gekregen op grond van de Wet rampen en zware ongevallen.⁶ De resterende schade wilde zij verhalen op het Hoogheemraadschap op grond van art. 6:174 BW.

Uit dit artikel volgt dat de bezitter van een opstal die niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, en daardoor gevaar oplevert voor personen en zaken, (risico)aansprakelijk is voor de schade die het gevolg is van dat gebrek. In de procedure die volgde was één van de kernvragen in hoeverre bij de beoordeling van de vraag of de dijk voldeed aan de daaraan te stellen eisen (de vraag naar 'gebrekigheid') betekenis toekomt aan de stand van de wetenschap en de techniek. Moet het feit dat ten tijde van de verschuiving niemand wist dat dijken onveilig en onstabiel kunnen worden door een periode van langdurige droogte, bij de beoordeling worden meegewogen? De Hoge Raad heeft deze vraag bevestigend beantwoord.⁷ Daarnaast heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een dijk een opstal is in de zin van art. 6:174 BW.

Het Wilnis-arrest is ook relevant voor de aansprakelijkheid van de wegbeheerder. Na een bespreking van het arrest wordt ingegaan op de vraag wat de betekenis van deze uitspraak is voor de praktijk van de wegbeheerder.

2. HR 17 december 2010 (Dijkdoorbraak Wilnis)

In de procedure stonden twee overheidslichamen tegenover elkaar: enerzijds de gemeente als benadeelde partij en anderzijds het Hoogheemraadschap als bezitter en beheerder van de dijk. De gemeente heeft het Hoogheemraadschap aangesproken voor de als gevolg van de doorbraak gemaakte kosten voor bestrijding en herstel, onder meer vanwege werkzaamheden aan openbare ruimten. Door het Hoogheemraadschap is, onder verwijzing naar het arrest *Almelo/Wessels*, betwist dat deze schade voor vergoeding in

¹ Mr. A.J.J.G. Schijns is advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam en als fellow verbonden aan de Sectie Burgerlijk Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

² HR 17 december 2010, *LJN* BN6236.

³ Zie voor verdere details: Evaluatie dijkverschuiving Wilnis, Gemeente De Ronde Venen 3 juni 2004.

⁴ De vraag voor wiens rekening de kosten van verplaatsing moesten komen, was onderwerp van een procedure tussen de gemeente en Eneco: *Rb. Utrecht* 27 juli 2005, *LJN* AT9940.

⁵ Regeling tegemoetkoming schade bij dijkdoorbraak te Wilnis 2003.

⁶ *ABRvS* 10 september 2008, *LJN* BF0312.

⁷ HR 17 december 2010, *LJN* BN6236.

aanmerking komt nu deze schade ziet op kosten die maakt zijn in de uitoefening van de publieke taak.⁸ Ik laat deze vraag hier onbesproken, nu de Hoge Raad heeft aangenomen dat door de dijkdoorbraak ook gemeentelijke eigendommen zijn beschadigd. Daarmee stond vast dat in ieder geval een deel van de schade onder het bereik van art. 6:174 BW viel.

Oordeel rechtbank

Het Hoogheemraadschap heeft zich verder onder meer verweerd met de stelling dat een dijk geen opstal is in de zin van art. 6:174 BW, en met de stelling dat de dijk voldeed aan de daaraan te stellen eisen. Ten tijde van de schadeveroorzakende gebeurtenis werd immers de oorzaak van de verschuiving, langdurige droogte en een lage grondwaterstand, niet beschouwd als een faalmechanisme voor de stabiliteit en veiligheid van dijken. Pas na de dijkverschuiving is droogtegevoeligheid van dijken onderwerp van onderzoek geworden en is langdurige droogte als belastingsituatie geïdentificeerd. Met andere woorden: het Hoogheemraadschap kon in 2003 niet weten dat langdurige droogte een gevaar voor de stabiliteit van dijken zou opleveren.

De rechtbank is van oordeel dat de dijk een opstal is (en volgt het Hoogheemraadschap op dat punt dus niet), maar is wel meegegaan in het verweer dat de dijk, gelet op de toenmalige stand der kennis en techniek, voldeed aan de daaraan te stellen eisen.⁹

Oordeel hof

Het hof oordeelde daarover echter anders en overwoog dat de onbekendheid van het gevaar op grond van de wet – anders dan bij aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW – voor risico van het Hoogheemraadschap komt.¹⁰ De redenering van het hof is daarbij dat art. 6:174 BW abstraheert van de feitelijke bekendheid bij de opstalbezitter met het gebrek en het daaraan verbonden gevaar. In casu ging het echter niet zozeer om de *feitelijke* bekendheid met het gebrek, maar met de bekendheid dat een bepaalde feitelijke toestand een gevaar oplevert en die toestand daardoor als gebrek heeft te gelden (de *kenbaarheid* van het gevaar).¹¹ Dit onderscheid is ook wel aangeduid als de subjectieve onbekendheid tegenover de objectieve of absolute onbekendheid van het gebrek. Van dat laatste is sprake indien het gebrek als zodanig nog door niemand is onderkend.¹² De vraag is of in het kader van art. 6:174 BW ook van die (objectieve) kenbaarheid moet worden geabstraheerd. Het hof

is (kennelijk) van oordeel van wel. De omstandigheid dat ten tijde van de schadeveroorzakende gebeurtenis niemand wist (en kon weten) dat dijken onveilig en instabiel kunnen worden door een periode van langdurige droogte, moet in het kader van art. 6:174 BW voor rekening van de bezitter komen.

Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad kwam evenwel tot een ander, genuanceerder, oordeel over de vraag of het gegeven dat de (de oorzaak van) het gebrek niet kenbaar is, een rol speelt bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de opstalbezitter. De Hoge Raad stelt voorop dat de beoordeling van de gebrekigheid van een opstal afhangt van verschillende omstandigheden, waaronder (dus niet limitatief):

- de aard van de opstal (bijv. een voor publiek toegankelijk gebouw of werk of een gesloten huis of werk op besloten terrein);
- de functie van de opstal;
- de fysieke toestand van de opstal ten tijde van de verwezenlijking van het gevaar;
- het van de opstal te verwachten gebruik door derden.

Voorts dienen volgens de Hoge Raad in aanmerking te worden genomen:

- de grootte van de kans op verwezenlijking van het aan de opstal verbonden gevaar;
- de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen.

Na deze opsomming die in zijn algemeenheid in het kader van art. 6:174 BW geldt, formuleert de Hoge Raad de factoren die toegesneden op deze zaak van belang zijn:

- de publieke toegankelijkheid van de dijk;
- de waarborgfunctie van de dijk (bescherming van omwonenden tegen water);
- de fysieke toestand van de dijk ten tijde van de verschuiving;
- de naar objectieve maatstaven te beoordelen kenbaarheid van het gebrek en het daaraan verbonden gevaar van de dijkverschuiving;
- de bij de uitvoering van de 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.¹³

In het licht van dit alles heeft het hof volgens de Hoge Raad:

“(…) 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 toen-

8 HR 15 juni 2001, NJ 2002/336. In deze zaak heeft de Hoge Raad vastgesteld dat een overheidslichaam de kosten die zij maakt in de uitoefening van een publiekrechtelijke taak niet kan verhalen op degene die de rommel (in dit geval asbest) had gemaakt maar deze niet had opgeruimd.

9 Rb. Amsterdam 29 november 2006, LJN AZ3402.

10 Hof Amsterdam 9 juni 2009, LJN BI7389.

11 Zie over dat onderscheid: J. Kruiswijk Jansen & P. van den Broek, 'State of the art' als begrenzing van opstalaansprakelijkheid, *MvV* 2011, p. 115.

12 C.J.M. van Doorn, 'Over een dijkdoorbraak en een ongeluk met een hangmat', *Bb* 2011/54, p. 192-196.

13 HR 17 december 2010, LJN BN6236, r.o. 4.4.5.

malige 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.”¹⁴

De Hoge Raad oordeelt verder dat bij de beoordeling van de gebrekkigheid van de dijk ook relevant is de stelling van het Hoogheemraadschap dat de dijkdoorbraak zich heeft voorgedaan als gevolg van specifieke en uitzonderlijke omstandigheden. Deze stelling kan immers van belang zijn voor het antwoord op de vraag of met betrekking tot de dijk, gelet op de toenmalige stand van de wetenschap en de techniek, alle nodige veiligheidsmaatregelen waren getroffen. De Hoge Raad merkt in dat verband op dat:

“(…) het oordeel van het hof in rov. 2.5.5 dat ‘onbekendheid van het gevaar op grond van de wet voor risico van het Hoogheemraadschap komt’¹⁵ 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.”¹⁶

De zaak is verwezen naar het Hof 's-Gravenhage, dat met inachtneming van het door de Hoge Raad geschetste kader zal moeten bepalen of de dijk gebrekkig was.

3. Algemene beschouwing

Het onderhavige arrest van de Hoge Raad is zonder meer een richtinggevend arrest op het gebied van opstalaansprakelijkheid.¹⁷ De Hoge Raad heeft hierin duidelijk gemaakt aan de hand van welke factoren de aansprakelijkheid van de opstalbezitter moet worden beoordeeld. Van belang is te realiseren dat niet al de genoemde gezichtspunten nieuw zijn. Reeds in eerdere uitspraken heeft de Hoge Raad een raamwerk van gezichtspunten geformuleerd,¹⁸ mede op basis van omstandigheden die in de wetsgeschiedenis zijn genoemd.¹⁹ Deze gezichtspunten begrenzen de aansprakelijkheid op grond van art. 6:174 BW, zoals de Hoge Raad in het *Wilnis*-arrest uitdrukkelijk benadrukt. Van een op de bezitter van een opstal rustende garantienorm is derhalve geen sprake.²⁰

Wel nieuw is dat de – naar objectieve maatstaven – kenbaarheid van het gebrek en het daaraan verbonden gevaar mede bepalend zijn bij de beoordeling van de gebrekkigheid van een opstal, waarbij de stand van de wetenschap en de techniek ten tijde van de schadeveroorzakende gebeurtenis een rol spelen. De uitspraak maakt daarmee een onderscheid tussen subjectieve en objectieve bekendheid. Art. 6:174 BW abstraheert in beginsel slechts van feitelijke bekendheid bij de opstalbezitter met het gebrek (subjectieve bekendheid). De objectieve bekendheid (kón de opstalbezitter naar de toenmalige stand van de wetenschap en de techniek weten van het gebrek?) speelt – zo weten we nu – wel een rol bij de beoordeling van de vraag of een opstal gebrekkig is. Kritisch over dit door de Hoge Raad aangebrachte onderscheid is Van Maanen, die meent dat daardoor de meerwaarde van art. 6:174 BW boven art. 6:162 BW is verdwenen.²¹ Die meerwaarde zat volgens hem vooral in het feit dat onbekendheid van het gebrek (zowel de subjectieve als de objectieve) bij art. 6:174 BW voor risico van de bezitter komt. Ter onderbouwing van zijn standpunt verwijst hij naar hetgeen de minister bij de Invoeringswetgeving van het NBW heeft opgemerkt:

“Het onderscheid tussen aansprakelijkheid op grond van afdeling 6.3.1 en de aansprakelijkheid uit de artikelen 6.3.2.5 ([173] en 6.3.2.7 [174]) [ligt dan ook veeleer hierin dat bij toepasselijkheid van deze laatste artikelen het verweer van onbekendheid met het betreffende gebrek c.q. het daardoor veroorzaakte gevaar niet wordt aanvaard en dat derhalve in dit opzicht wordt geabstraheerd van het vereiste van schuld.”²²

Ik ben geneigd iets genuanceerder naar het arrest te kijken. Het gemaakte onderscheid roept mijns inziens inderdaad de vraag op hoe zich dit verhoudt tot hetgeen de minister destijds bij de invoering van art. 6:174 BW heeft opgemerkt. Is destijds beoogd ook van de objectieve onbekendheid te abstraheren? Dat zou betekenen dat de wetgever heeft beoogd dat iemand aansprakelijk kan worden worden gehouden voor een risico dat hij werkelijk niet had kunnen kennen en ten aanzien waarvan hij geen maatregelen heeft kunnen nemen. Dat gaat, ook in het kader van een risico-aansprakelijkheid, wel erg ver.²³ Anderzijds is de conclusie van de Hoge Raad niet dat de niet-kenbaarheid per definitie in de weg staat aan aansprakelijkheid. De Hoge Raad heeft immers aan de genoemde omstandigheden uitdrukkelijk een prioritering toegekend, in die zin dat de drie eerstgenoemde factoren – de aard, de bestemming en de (waarborg)functie van de opstal – zwaarwegende factoren zijn die kunnen meebrengen dat daartegenover aan andere omstandigheden minder gewicht toekomt of ertoe kunnen nopen dat aan de onderbouwing van stellingen met betrek-

¹⁴ R.o. 4.4.6.

¹⁵ HR 17 december 2010, *LJN* BN6236.

¹⁶ R.o. 4.4.6.

¹⁷ Overigens net als het enkele maanden eerder gewezen arrest over art. 6:174 BW in de zogenoemde *Hangmat*-zaak: HR 8 oktober 2010, *LJN* BM6095.

¹⁸ HR 17 november 2000, *NJ* 2001/10; HR 15 juni 2001, *NJ* 2002/336.

¹⁹ *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 755.

²⁰ Vgl. ook *Parl. Gesch. Boek 6* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1380.

²¹ G.E. van Maanen, 'De meerwaarde van artikel 6:174 BW. Van Zeeland maar Wilnis en terug...', Lezing in het kader van het Derde Gronings Letselschadecongres op 4 oktober 2010.

²² *Parl. Gesch. Inv. (Boek 3, 5 en 6)*, p. 1380.

²³ Vgl. S.D. Lindenbergh, 'Opstalaansprakelijkheid bij dijkdoorbraak?', *AA* 2011, p. 208-213.

king tot de niet-kenbaarheid van het gevaar van een kadeverschuiving strenge eisen worden gesteld. Het gegeven dat de Hoge Raad in deze uitspraak de kenbaarheid van het gebrek relevant acht in het kader van het oordeel of de opstal gebrekkig is, betekent dus niet dat, indien komt vast te staan dat het gebrek in casu naar objectieve maatstaven niet kenbaar was, het Hoogheemraadschap niet aansprakelijk is. De kenbaarheid van het gebrek is immers (slechts) één van de gezichtspunten waaraan moet worden getoetst. In zoverre behoudt art. 6:174 BW (gewoon) zijn meerwaarde.

4. Relevantie Wilnis-arrest voor de wegbeheerderpraktijk

Het Wilnis-arrest is in enkele daaropvolgende commentaren genoemd als voorbeeld waaruit zou blijken dat de Hoge Raad voorzichtig opereert in kwesties van overheidsaansprakelijkheid.²⁴ Vastgesteld kan in ieder geval worden dat het arrest aanknopingspunten biedt voor een terughoudende beoordeling van de aansprakelijkheid van – in het bijzonder – de overheid als opstalbezitter.

Er zijn drie punten in het Wilnis-arrest die in het bijzonder relevant zijn voor de wegbeheerderpraktijk: 1. de wijze waarop de Hoge Raad tot het oordeel komt dat een dijk een opstal is in de zin van art. 6:174 BW; 2. de omstandigheid dat de kenbaarheid van het gebrek en de daaraan verbonden risico's medebepalend zijn bij de beoordeling van de gebrekkigheid van een opstal; en 3. het belang van de beleidsvrijheid en de beperktheid van de financiële middelen. Deze punten worden hierna besproken.

Ad 1. Een dijk is een opstal in de zin van art. 6:174 BW

In het Wilnis-arrest heeft de Hoge Raad gekozen voor een ruime uitleg van het begrip opstal. Volgens lid 4 van art. 6:174 BW wordt onder opstal verstaan 'gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken.' Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat een opstal kunstmatig en niet op natuurlijke wijze moet zijn ontstaan.²⁵ Volgens de Hoge Raad kan uit deze ruime wettelijke definitie worden afgeleid dat een (bouw)werk in de zin van deze bepaling 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 Hoge Raad voegt daaraan toe dat de wijze waarop dit menselijk ingrijpen daaraan moet hebben bijgedragen, niet bij voorbaat kan worden bepaald en mede afhankelijk is van het soort werk en de bestemming en functie ervan. In dit geval was het dijklichaam

ontstaan door uitgraving en drooglegging, werd het in stand gehouden conform daarvoor geschreven richtlijnen en was het voorzien van in de grond aangebrachte beschoeiing. Dat is voldoende 'menselijk ingrijpen' voor het oordeel dat een dijk een opstal is in de zin van art. 6:174 BW.

Door beslissend te achten of het een werk van mensenhanden is, blijkt dat de Hoge Raad de vraag vooral benadert vanuit juridisch-technisch perspectief. De rechtspolitieke argumenten die A-G Spier in zijn conclusie voor het arrest had aangedragen om te komen tot het oordeel dat een dijk geen opstal is – en daarmee niet valt onder de risicoaansprakelijkheid van art. 6:174 BW – laat de Hoge Raad onaangeroerd. Spier had in zijn conclusie voor een terughoudende uitleg van het opstalbegrip gepleit, mede vanuit de gedachte dat een te ver uitdijende overheidsaansprakelijkheid moet worden voorkomen. Overstromingsgevaar is volgens Spier niet voor niets nagenoeg onverzekerbaar. Dijkdoorbraken kunnen leiden tot aansprakelijkheid van een zodanige omvang dat deze de overheid, net zoals verzekeraars, in financiële nood kunnen brengen.²⁶ Zoals gezegd, is de Hoge Raad niet meegegaan in zijn betoog en heeft voor een ruime uitleg van het opstalbegrip gekozen. Daarmee heeft de Hoge Raad mogelijk het signaal willen afgeven de overheidsaansprakelijkheid niet te willen beperken op grond van een (te) strikte uitleg van het opstalbegrip.

In de wegbeheerderpraktijk bestaat er regelmatig discussie over de vraag of bermen onder het bereik van art. 6:174 BW vallen. Daarover bestaat geen eenstemmigheid.²⁷ Degenen die menen dat bermen niet onder het bereik van art. 6:174 BW vallen, wijzen erop dat een berm geen opstal is omdat het geen 'werk' is in de zin van lid 3 van art. 6:174 BW. Degenen die menen dat bermen wel onder het bereik van art. 6:174 BW vallen, menen voor die opvatting steun te vinden in het arrest van de Hoge Raad van 17 november 2000.²⁸ In dit arrest werd geoordeeld dat de wegbeheerder er rekening mee moet houden dat fietsers niet altijd een koersvaste lijn volgen waardoor de mogelijkheid bestaat dat fietsers in de berm terechtkomen. Als de berm in die situatie een gebrek vertoont, kan de wegbeheerder daarvoor volgens de Hoge Raad aansprakelijk zijn op de voet van art. 6:174 BW. De lagere rechtspraak lijkt er op grond van dit arrest vanuit te gaan dat een redelijke uitleg van art. 6:174 BW meebrengt dat onder 'weg' mede wordt begrepen de bij die weg behorende berm indien de ligging en de toe-

24 Zie onder meer B.P.M. van Ravels, 'Kroniek schadevergoeding (w.o. onrechtmatige overheidsdaad)', *NTB* 2011/14, p. 97-111; A. Morssinkhof & F. Leopold, 'Inkadering van opstalaansprakelijkheid na arrest dijkdoorbraak Wilnis; relevantie voor de overheidspraktijk', *Risicobewust* 2012, p. 8-11.

25 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 753-755.

26 In ander verband waarschuwde Spier al eerder voor het gevaar van verregaande en ontwrichtende overheidsaansprakelijkheid: zie zijn conclusie voor HR 9 juli 2010, *RvdW* 2010/898 (*Vuurwerkkramp Enschede*).

27 Lankhorst meent van wel: Lankhorst 2009 (*T&C BW*), art. 6:174 BW, aant. 7. Oldenhuis meent op basis van de parlementaire geschiedenis van niet: F.T. Oldenhuis, *Onrechtmatige Daad*, (losbl.), aant. 58 bij art. 174. Zie in dezelfde zin Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2011/234 en de conclusie van A-G Spier voor HR 17 november 2000, *NJ* 2001/10, onder 3.14-3.15. Zie voorts over deze materie: C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid* (diss.), Zwolle 1991, p. 94.

28 *NJ* 2001/10.

stand van de berm relevant zijn voor de beoordeling van de vraag of die weg een gevaar oplevert voor gebruikers.²⁹ Het *Wilnis*-arrest leert dat er ook een andere manier is om dit vraagstuk te benaderen. Beslissend voor de vraag of een berm onder het bereik van art. 6:174 BW valt is of enig menselijk ingrijpen heeft bijgedragen aan de (duurzame) bestemming of functie van de berm. Hoeveel ingrijpen is vereist voor het zijn van opstal, hangt af van het soort werk en de bestemming en functie ervan. Dat zal van geval tot geval verschillen.

Ad 2. Kenbaarheid van het gebrek

Tot nu toe was in de rechtspraak met betrekking tot de aansprakelijkheid van de wegbeheerder het uitgangspunt dat de feitelijke onbekendheid met de aanwezigheid van het gebrek geen disculpatiegrond opleverde voor de wegbeheerder. Ook bij feitelijke onbekendheid van het gebrek is hij aansprakelijk als de weg niet aan de daaraan te stellen eisen voldoet. Dit is in het licht van de aard van de aansprakelijkheid van art. 6:174 BW ook juist. Art. 6:174 BW betreft een risicoaansprakelijkheid die zich in het bijzonder op dit punt onderscheidt van de schuldaansprakelijkheid van art. 6:162 BW. Waar onbekendheid met het gebrek respectievelijk het gevaar bij art. 6:162 BW aan aansprakelijkheid in de weg staat, komt onbekendheid met het gebrek bij art. 6:174 BW voor rekening van de bezitter van de opstal. Het *Wilnis*-arrest doet niets af aan dit uitgangspunt.

Wel is van belang dat de Hoge Raad in het *Wilnis*-arrest naast de feitelijke onbekendheid een ander soort onbekendheid als relevant gezichtspunt heeft benoemd, namelijk de objectieve of absolute onbekendheid.³⁰ Met absolute of objectieve onbekendheid wordt bedoeld dat het gebrek op het moment van de schadeveroorzakende gebeurtenis gelet op de stand van de wetenschap en de techniek niet gekend kon worden. Dát de langdurige droogte ervan de oorzaak kon zijn dat de dijk niet langer bestand was tegen de waterdruk, was ten tijde van de dijkverschuiving absoluut onbekend (althans dat was het uitgangspunt in cassatie). Die objectieve onbekendheid kan volgens de Hoge Raad, anders dan de subjectieve onbekendheid, in de weg staan aan aansprakelijkheid. Dat hoeft niet zo te zijn: de objectieve onbekendheid van het gebrek/gevaar vormt immers één van de gezichtspunten die moet worden afgewogen tegen andere omstandigheden, in het bijzonder de aard, bestemming en functie van de opstal. Deze kunnen zo zwaar wegen dat de wegbeheerder, ondanks de niet-kenbaarheid van het gebrek, aansprakelijk is.

Of dit nieuwe gezichtspunt een rol van betekenis gaat spelen in de discussie over de aansprakelijkheid van de wegbeheerder is de vraag. Er zijn — *prima facie* — niet veel gevallen denkbaar waarin bij een openbare weg kan worden be-

toogd dat het gebrek naar objectieve maatstaven niet kenbaar was. Dit temeer nu aan de onderbouwing van het standpunt dat het gebrek niet kenbaar was, hoge eisen kunnen worden gesteld.³¹ Zo zal bij een weg die hobbels vertoont vanwege de aanwezigheid van boomwortels niet snel op de niet-kenbaarheid van het gebrek een beroep kunnen worden gedaan. Gelet op de stand van de wetenschap en de techniek is immers bekend dat boomwortels een weg omhoog kunnen drukken.

Dat zou anders kunnen zijn bij een plotselinge verzakking van de grond, zoals zich recent voordeed in winkelcentrum 't Loon in Heerlen. De oorzaak van de verzakking is daar nog niet vastgesteld, maar denkbaar is dat de objectieve niet-kenbaarheid van (de oorzaak van) het gebrek een rol kan spelen bij de vraag of de opstalbezitter(s) in dat geval aansprakelijk is (zijn).

Hoewel de praktische betekenis van dit nieuwe gezichtspunt in de wegbeheerderpraktijk beperkt lijkt te zijn, kunnen zich bijzondere gevallen voordoen waarin met kracht van argument kan worden betoogd dat de niet-kenbaarheid van het gebrek in de weg staat aan aansprakelijkheid.

Of het in het *Wilnis*-arrest nader uitgewerkte raamwerk van gezichtspunten in de rechtspraak inzake wegbeheerdersaansprakelijkheid tot uitgangspunt wordt genomen, zal de praktijk moeten uitwijzen. Niet altijd zal dat even expliciet gebeuren.³²

Ad 3. Financiële middelen en beleidsvrijheid

Ook in een derde opzicht is het *Wilnis*-arrest voor de wegbeheerderpraktijk van belang. Daarin is benadrukt dat de bij de uitoefening van zijn publieke taak aan het Hoogheemraadschap toekomende beleidsvrijheid en de financiële middelen die hem in dat verband ten dienste staan, medebepalend zijn voor de vraag of een opstal gebrekkig is.³³ Dat de beleidsvrijheid en de (niet onuitputtelijke) financiële middelen relevant zijn voor de beoordeling van de vraag of de weg gebrekkig is, is voor de wegbeheerderpraktijk niet nieuw.³⁴ Integendeel, de genoemde omstandigheden zijn ontleend aan de parlementaire geschiedenis met betrekking tot de aansprakelijkheid van de wegbeheerder.³⁵ Daarin is geëxpliciteerd dat vanwege de niet onbeperkte financiële middelen de wegbeheerder rekening mag houden met de mate van prioriteit ten opzichte van andere overheidstaken, of de mate van prioriteit ten opzichte van het onderhoud van andere wegen die tot zijn beheergebied behoren.

De keuzes die de wegbeheerder in het te voeren beleid maakt, kunnen door de burgerlijke rechter bovendien slechts met inachtneming van de nodige terughoudendheid

²⁹ Zie voor een recent voorbeeld: Rb. Zwolle-Lelystad 7 december 2011, nr. 183887 (n.g.) en ook Hof Arnhem 20 juli 2010, JA 2010/119, r.o.14.

³⁰ Zie over deze 'soorten' onbekendheid: S.D. Lindenberg, 'Opstalaansprakelijkheid bij dijkdoorbraak?', AA 2011, p. 208-213.

³¹ S.D. Lindenberg, 'Opstalaansprakelijkheid bij dijkdoorbraak?', AA 2011, p. 208-213.

³² Zie voor een voorbeeld waarin de rechtbank het 'nieuwe' beoordelingskader schetst: Rb. Arnhem 13 april 2011, LJN BQ3113, r.o. 4.3.

³³ R.o. 4.4.5.

³⁴ A.J.J.G. Schijns, in: C.C. van Dam (red.), *De aansprakelijkheid van de wegbeheerder*, Den Haag: ANWB 2007, p. 28-29.

³⁵ *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 757-759 en *Parl. Gesch. Inv. (Boek 3, 5 en 6)*, p. 1394.

worden getoetst omdat de wegbeheerder beleidsvrijheid toekomt. In de parlementaire geschiedenis is daarover het volgende opgemerkt:

“Een en ander sluit in dat geen aansprakelijkheid bestaat als de weg in een staat van onderhoud verkeert, die niet ligt beneden het niveau dat voor een weg als waarom het gaat van het betreffende overheidslichaam wordt geëist. Daarbij is in een tijd waarin de financiering van overheidstaken meer dan tevoren een probleem vormt in het bijzonder het volgende van belang. Het antwoord op de vraag of de weg in een staat van onderhoud verkeerde als van het tot schadevergoeding aangesproken overheidslichaam kon worden geëist, zal mede worden bepaald door de financiële armslag die dat overheidslichaam had, terwijl het ter zake van onderhoud van openbare wegen mede onder afweging met andere overheidstaken gevoerde beleid door de burgerlijke rechter niet volledig kan worden getoetst.”³⁶

De niet onuitputtelijke financiële middelen zijn dus van invloed op de verwachting die de weggebruiker van de betreffende weg mag hebben. De weggebruiker mag niet verwachten dat alle wegen steeds in perfecte staat verkeren. Anderzijds mag een gebrek aan budget nooit een excuus zijn voor het laten voortbestaan van een evident gevaarlijke situatie. Aan de parlementaire geschiedenis kan in dat verband het volgende worden ontleend:

“Dit houdt niet in dat het onderhoudsniveau bij gebreke aan financiële mogelijkheden beneden een aanvaardbaar peil zal mogen dalen, of dat men bekende gevaarlijke situaties zal mogen laten voortbestaan, maar wel dat weggebruikers bij de door hen in acht te nemen omzichtigheid er rekening mee zullen moeten houden dat wegen niet steeds in perfecte staat verkeren, bijvoorbeeld wat betreft de stroefheid of de gelijkmatigheid van het wegdek of de afwezigheid van het risico van aquaplaning, waarbij uiteraard de aard van de weg (snelweg, dorpsweggetje) een rol zal kunnen spelen.”³⁷

Hoewel er relatief weinig rechterlijke uitspraken zijn waarin de rol van de overheidsfinanciën tot uitdrukking wordt gebracht, is dit aspect in de praktijk zeker van betekenis.³⁸ De overheid heeft, anders dan particuliere opstalbezitters, een publiekrechtelijke taak om te zorgen voor de instandhouding en bruikbaarheid van de openbare wegen. Daar hoort de vrijheid bij om te beslissen waar en wanneer onderhoud aan de openbare wegen wordt gepleegd. Niet verwacht kan worden dat ieder gebrek direct wordt aangepakt, of dat een gebrek bij het ontstaan daarvan meteen door de overheid wordt verholpen. Zie in dat verband de

zaak van de motorrijder die op een zogenoemde ‘black spot’ in een Amsterdamse tunnel ten val is gekomen. Het hof heeft hierin overwogen:

“Indien de Gemeente als wegbeheerder constateert dat er een gevaarlijke verkeerssituatie bestaat, wordt van haar verlangd dat zij deze zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is verbetert, waarbij zij rekening mag houden met de haar ter beschikking staande middelen en de mate van prioriteit ten opzichte van andere gevaarlijke situaties.”³⁹

Dit uitgangspunt was in cassatie niet bestreden zodat de Hoge Raad zich daarover niet kon uitspreken.

In de rechtspraak in wegbeheerderzaken – de genoemde uitzonderingen daargelaten – waren deze gezichtspunten naar de achtergrond geraakt. Het *Wilnis*-arrest vormt aanleiding de beleidsvrijheid en de financiële ruimte (weer) tot onderwerp van partijdebat te maken. Dat dit ook gebeurt, illustreert een arrest van het Hof 's-Gravenhage van maart 2011, waarin de vraag voorlag of de gemeente Dordrecht aansprakelijk is voor schade aan huizen door paalrot op grond van art. 6:162 BW.⁴⁰ Onder verwijzing naar het *Wilnis*-arrest overwoog het hof dat het aspect van de financiële middelen niet alleen een rol kan spelen bij de vraag of sprake is van een gebrek in de zin van art. 6:174 BW, maar ook bij de beoordeling van een gestelde onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).

Om op overtuigende manier het argument van de financiële middelen en de beleidsvrijheid onder de aandacht te brengen, is van belang dat de wegbeheerder inzichtelijk kan maken welke beleidskeuzes zijn gemaakt met betrekking tot het onderhoud van wegen en het treffen van veiligheidsmaatregelen en wat de financiële achtergrond van deze keuzes is geweest.⁴¹

Concluderende opmerkingen

Het *Wilnis*-arrest is zonder meer een belangrijk arrest op het gebied van de kwalitatieve aansprakelijkheid van de opstalbezitter. In het bijzonder voor overheidslichamen biedt het arrest (nieuwe) aanknopingspunten voor de begrenzing van de aansprakelijkheid. Een belangrijke begrenzing vormt het gegeven dat de, naar objectieve maatstaven te beoordelen, niet-kenbaarheid van het gebrek relevant is voor de beoordeling van de vraag of de opstal voldeed aan de daaraan te stellen eisen. Dit gezichtspunt kan er, in de afweging met de andere relevante gezichtspunten, toe leiden dat de opstalbezitter niet aansprakelijk is, ook indien de opstal evident gebrekkig is. Wel worden er strenge eisen gesteld aan de motivering van de niet-kenbaarheid. Of het gezichtspunt

³⁶ Parl. Gesch. Boek 6 BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 1394.

³⁷ Parl. Gesch. Boek 6 BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 1394.

³⁸ Voorbeelden van uitspraken waarin de financiën van de wegbeheerder een rol speelden, zijn: HR 9 januari 1942, NJ 1942/295 (*Ferwerderadeel*); Rb. Amsterdam 23 november 1994, VR 1995/167; Ktr. Zwolle 18 april 2006 (n.g.); Zie voorts: K. Teuben, MvV 2006, p. 174-177.

³⁹ HR 9 juni 2006, LJN AV4315, VR 2007/10 (*Gevalen motorrijder*).

⁴⁰ Hof 's-Gravenhage 15 maart 2011, LJN BP7513.

⁴¹ Vgl. D.N.R. Wegerif, ‘Aansprakelijkheid van een dijkbeheerder’, NTBR 2011/34, p. 245-263.

van (grote) praktische relevantie wordt in de praktijk van de wegbeheerder, zal de toekomst moeten uitwijzen.

Ook het in het *Wilnis*-arrest benadrukte gezichtspunt van de beleidsvrijheid en de beschikbaarheid van financiële middelen, vormt een mogelijkheid de aansprakelijkheid van het overheidslichaam als opstalbezitter te beperken. Dit gezichtspunt was in de rechtspraak over wegbeheerdersaansprakelijkheid enigszins naar de achtergrond geraakt. Door het *Wilnis*-arrest ontstaat ruimte dit (weer) tot onderwerp van partijdebat te maken. Het zal een niet onbelangrijk argument worden in 'een tijd waarin de financiering van overheidstaken meer dan tevoren een probleem vormt', zoals tijdens de invoering van art. 6:174 BW al is opgemerkt. Het is des te belangrijker dat de wegbeheerder zich realiseert dat dit geen gratuite verweer is. Het zal in de eerste plaats goed onderbouwd moeten worden zodat een goede documentatie van de gemaakte beleidskeuzes en financiële achtergrond noodzakelijk is. Ten tweede kan het niet als argument dienen om evident gevaarlijke situaties te laten voortbestaan.

Kortom, het *Wilnis*-arrest biedt de wegbeheerderpraktijk (ver)nieuw(d)e mogelijkheden ter begrenzing van een (te) ver uitdijende aansprakelijkheid. De praktische betekenis van de (theoretische) mogelijkheden moet zich in de praktijk nog bewijzen.