

OPSTALAANSPRAKELIJKHEID EN DE ZORG VOOR DE WATERVEILIGHEID

Gegronde vrees voor een onbeteugelbaar aansprakelijkheidsrisico?

Herman Kasper Gilissen*

■ In de nacht van 25 op 26 augustus 2003 verschoof een deel van de veenkade langs de Ringvaart in Wilnis, met aanzienlijke schade aan publieke en private eigendommen tot gevolg. Op 6 mei 2014 wees het gerechtshof te 's-Gravenhage het beslissende arrest in de zaak die daarop volgde tussen de gemeente De Ronde Venen en het hoogheemraadschap Amstel, Gooi en Vecht.¹ Het geschil spitste zich toe op de vraag of het hoogheemraadschap als beheerder en bezitter van de kering aansprakelijk was voor de schade aan de zijde van de gemeente. In het bijzonder betrof het de vraag in hoeverre de kering in Wilnis onder de gegeven omstandigheden als *gebrekig* moest worden aangemerkt in de zin van art. 6:174 BW (Burgerlijk Wetboek). Gebrekkigheid van een opstal is namelijk het centrale criterium voor de vestiging van de zogenoemde 'opstalaansprakelijkheid' die is geregeld in het genoemde artikel. Het hof oordeelde dat het hoogheemraadschap niet aansprakelijk was, aangezien langdurige droogte, als oorzaak van de kadeverschuiving, op basis van de toenmalige stand van de wetenschap en de techniek nog niet werd onderkend als faalfactor. Het betrof, met andere woorden, een objectief onkenbaar risico.² Het hoogheemraadschap viel verder niets te verwijten.

■ Ondanks de voor het hoogheemraadschap bevredigende uitkomst heeft de Wilnis-zaak in de wereld van het waterbeheer voor de nodige onrust gezorgd.³ Die onrust hangt vooral samen met de erkenning van de toepasbaarheid van art. 6:174 BW in verband met de overheidszorg voor de waterveiligheid. Beheerders van waterkeringen zijn in het verleden meermaals geconfronteerd met vorderingen tot schadevergoeding. Die werden echter stevast gebaseerd op het in art. 6:162 BW geregelde systeem van 'schuldaansprakelijkheid'.⁴ Het centrale criterium voor de vestiging van die soort aansprakelijkheid is de *toerekenbaarheid van een onrechtmatige gedraging*; de beheerder moet toerekenbaar zijn tekortgeschoten in de tenuitvoerlegging van zijn beheertaak. Hij moet, met andere woorden, iets fout hebben gedaan. Aangezien een dergelijke eis ogenschijnlijk niet geldt in verband met art. 6:174 BW, ontstond

de vrees voor onbeteugelbare aansprakelijkheid, die werd aangewakkerd door spookverhalen over 'risicoaansprakelijkheid' en 'garantienormen'.⁵ In dit artikel staat de vraag centraal in hoeverre die vrees gegronnd is.

Ik ga ter beantwoording van die vraag eerst kort in op de opstalaansprakelijkheid in algemene zin (paragraaf 2). Daarna bespreek ik het toepassingsbereik van art. 6:174 BW in verband met de zorg voor de waterveiligheid (paragraaf 3). In paragraaf 4 stel ik de uit het gebrekcriterium van art. 6:174 BW voortvloeiende gedragsnorm centraal, zoals daaraan door de Hoge Raad binnen de kaders van de overheidszorg voor de waterveiligheid invulling is gegeven, en plaats ik deze tegenover de gedragsnorm die voor beheerders voortvloeit uit het onrechtmatigheidscriterium van art 6:162 BW. De vraag is in hoeverre beide normen van elkaar verschillen.

* mr. **Herman Kasper Gilissen** is werkzaam als postdoctoraal onderzoeker aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law van de Universiteit Utrecht (<http://ucwosl.rebo.uu.nl/>).

In paragraaf 5 volgt een discussie, waarin ik twee mogelijkheden voor verbetering bespreek. Paragraaf 6 sluit af met de nodige conclusies.

Algemeen over opstalaansprakelijkheid

Art. 6:174 lid 1 BW luidt als volgt: “De bezitter van een opstal die niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, en daardoor gevaar voor personen of zaken oplevert, is, wanneer dat gevaar zich verwezenlijkt, aansprakelijk, tenzij aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling [algemene bepalingen over onrechtmatige daad; HKG] zou hebben ontbroken indien hij dit gevaar op het tijdstip van het ontstaan ervan zou hebben gekend.” Deze bepaling bevat verschillende elementen die van belang zijn voor de toepasbaarheid daarvan in concrete gevallen. Over de exacte invulling daarvan kan de nodige discussie bestaan. Hieronder bespreek ik de verschillende elementen in algemene zin en op hoofdlijnen. In de volgende paragraaf ga ik nader in op de betekenis daarvan binnen de kaders van de overheidszorg voor de waterveiligheid.

In de eerste plaats is van belang dat de opstalaansprakelijkheid rust op de *bezitter* van een opstal. Het bezit is een vermogensrechtelijke constructie. In art. 3:107 lid 1 BW wordt de term ‘bezit’ omschreven als ‘het houden van een goed voor zichzelf’. De bezitter houdt een goed dus om daar – kort gezegd – voor zijn eigen gewin of genot gebruik van te maken. Het betreft een belangrijke inperking van het toepassingsbereik van het genoemde artikel. Zolang men geen bezitter van een opstal is, hoeft men immers niet te vrezen voor aansprakelijkheid op grond van art. 6:174 BW, ook niet, zoals zal blijken, wanneer men op publiekrechtelijke grondslag wel als beheerder van de opstal te boek staat.

In de tweede plaats dient – uiteraard – sprake te zijn van een *opstal*. In het vierde lid van art. 6:174 BW wordt deze term nader uitgelegd: “Onder opstal [...] worden verstaan gebouwen en werken, die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken.” Opstallen zijn onroerende zaken (art. 3:3 lid 1 BW), met uitzondering van de grond, de nog niet gewonnen delfstoffen, en de daarop aanwezige beplanting. Het is van groot belang dat opstallen door menselijk handelen moeten zijn vervaardigd om als zodanig door het

leven te kunnen gaan. Van nature ontstane structuren vallen dus niet onder die term, hetgeen een volgende belangrijke inperking van het toepassingsbereik van art. 6:174 BW met zich brengt.⁶

Voor de vestiging van opstalaansprakelijkheid is het voorts vereist dat de opstal *niet voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen*. Dit staat bekend als het zogenoemde ‘gebrekscriterium’ en vormt het centrale criterium van art. 6:174 BW. Het valt lastig in algemeenheid te zeggen wanneer een opstal gebrekkig is; vooral de gegeven omstandigheden zijn daartoe bepalend. Van belang is dat de bezitter van de opstal voor een succesvolle vestiging van aansprakelijkheid niet per se op de hoogte hoeft te zijn van het gebrek. Ook bij onbekendheid met het gebrek kan aansprakelijkheid worden gevestigd. Daarom wordt soms gedacht dat het een pure vorm van ‘risicoaansprakelijkheid’ betreft en dat in dit criterium een ‘garantienorm’ verscholen ligt met de strekking dat een bezitter zonder meer aansprakelijk is voor alle schade die een opstal veroorzaakt. Ik kan hier reeds stellen dat daarvan geen sprake is; de wetgever heeft met het gebrekcriterium expliciet bedoeld een gedragsnorm in het leven te roepen, waarbij veiligheidsvoorschriften en aan een bezitter te stellen zorgvuldigheidsnormen een belangrijke rol spelen.⁷ Dat neemt uiteraard niet weg dat over de concrete invulling van het criterium, zoals zal blijken, desalniettemin discussie kan plaatsvinden.

Art. 6:174 BW voorziet, ten slotte, bij de gratie van de zogenoemde ‘tenzij-formule’ nog in een mogelijkheid om aan aansprakelijkheid te ontsnappen. Er bestaat geen aanleiding voor een aansprakelijkheidsoordeel, indien overtuigend komt vast te staan dat de bezitter ook niet aansprakelijk *zou zijn geweest* op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) in het geval hij op de hoogte *zou zijn geweest* van het gebrek. Het betreft een dubbele hypothetische toetsingssituatie die eerder het hoofd doet tollen dan duidelijkheid biedt. Wat daar ook van moge zijn, deze formule is bedoeld om de opstalaansprakelijkheid dusdanig in te perken dat deze niet verder strekt dan de aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW. Verdergaande aansprakelijkheid werd volgens de wetgever onwenselijk geacht, temeer nu de bezitter ook reeds een beroep op de onbekendheid van het gebrek is onthouden.⁸ Omwille van de ruimte ga ik hieronder niet nader in op deze tenzij-formule.

Het verdient hier nog algemene opmerking dat bij de toepassing van art. 6:174 BW doorgaans *omkering van de bewijslast* plaatsvindt. Er wordt een uitzondering gemaakt op de algemene regel uit art. 150 Rv, dat – kort gezegd – bepaalt dat degene het door hem gestelde ook moet voorzien van overtuigend bewijs. Iemand die bijvoorbeeld stelt dat jegens hem door een ander een onrechtmatige daad is gepleegd, dient de onrechtmatigheid van de gedraging van die ander aannemelijk te maken. Degene die echter stelt schade te hebben geleden door een vermeend gebrek aan een opstal, hoeft de gebrekkigheid van die opstal niet te bewijzen. De opstal wordt vermoed gebrekkig te zijn geweest, totdat de bezitter aannemelijk weet te maken dat deze wel degelijk voldeed aan de eisen die men daaraan onder de gegeven omstandigheden mocht stellen. Slaagt hij daar niet in, dan wordt de gestelde gebrekkigheid aangenomen als vaststaand feit.

Het toepassingsbereik van art. 6:174 BW

Voor de beantwoording van de vraag of art. 6:174 BW überhaupt tegen de beheerders van waterkeringen in stelling kan worden gebracht, is van belang 1) of de betreffende kering kan worden aangemerkt als een opstal in de zin van dat artikel, en 2) of de beheerder tevens de bezitter van die kering is. Dit zijn cumulatieve vereisten: wordt aan één daarvan niet voldaan, dan blijft art. 6:174 BW zonder meer buiten toepassing. Dat neemt niet weg dat slachtoffers van overstromingen of wateroverlast alsnog hun heil kunnen zoeken in art. 6:162 BW. Dat artikel kent immers geen vergelijkbare drempel voor toepasbaarheid; het bereik van het systeem van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid is, met andere woorden, veel ruimer dan dat van de opstalaansprakelijkheid. Er vindt bovendien volledige overlap plaats. Het eerstgenoemde systeem is altijd toepasbaar, ongeacht of art. 6:174 BW al dan niet toepasbaar is. Bij toepasbaarheid van het systeem van opstalaansprakelijkheid heeft het slachtoffer dus de keuze om zijn vordering tot schadevergoeding te baseren op art. 6:174 BW, op art. 6:162 BW, of zelfs op beide. De keuze van het slachtoffer is bepalend; er bestaat geen wettelijke voorrangsverhouding tussen beide systemen. Hieronder komen beide voorwaarden voor de toepasbaarheid van art. 6:174 BW in verband met de overheidszorg voor de waterveiligheid kort aan de orde.

ZIJN WATERKERINGEN OPSTALLEN?

Ik stelde hierboven dat een opstal een onroerende zaak is die door mensenhanden moet zijn opgericht, wil deze als zodanig kunnen worden aangemerkt. Dat laatste volgt uit het gebruik van de term ‘gebouwen en werken’ in art. 6:174 lid 4 BW. Gebouwen en werken ontstaan immers niet van nature. Andersom vallen van nature ontstane structuren niet aan te merken als gebouwen of werken, en dus evenmin als opstallen. Het lijkt dus allemaal doodeenvoudig en in de meeste gevallen biedt dit onderscheid ook voldoende aanknopingspunten om te bepalen of men al dan niet met een opstal te maken heeft. Toegespitst op waterkeringen kan op basis hiervan worden gesteld dat een met graafmachines opgeworpen dijk die er voorheen nog niet was een opstal is in de zin van art. 6:174 BW. Een stuwwal of de zogenoemde ‘hoge gronden’ zijn dat niet. Toch kan er op dit punt nog discussie plaatsvinden, zo bleek tijdens de Wilnis-zaak.

Het hoogheemraadschap stelde zich op het standpunt dat de meeste waterkeringen weliswaar opstallen zijn, maar dat de kade in Wilnis *niet* als zodanig moest worden aangemerkt, omdat het geen gebouwde constructie betrof. De kade is namelijk ontstaan door uitgraving van de Ringvaart en bestond uit overwegend ongeroerd materiaal. Het betoog van het hoogheemraadschap trof geen doel. Het uiteindelijke oordeel was dat de kade wel degelijk als opstal moest worden aangemerkt, juist omdat deze is ontstaan door uitgraving en drooglegging (menselijk handelen), en bovendien is gevormd naar de toenmalige inzichten in waterkeringen, in stand is gehouden overeenkomstig de door TAW ontwikkelde richtlijnen, en is voorzien van een in de grond aangebrachte beschoeiing.⁹ Dit leidt tot de slotsom dat waterkeringen, waaronder veenkaden zoals in Wilnis, dienen te worden aangemerkt als opstallen, tenzij op voorhand duidelijk is dat geen enkele vorm van menselijk handelen van invloed is geweest op het ontstaan daarvan. Art. 6:174 BW is, met andere woorden, al gauw toepasbaar in geval van dijkdoorbraken.

IS DE BEHEERDER TEVENS BEZITTER?

Nu de meeste waterkeringen vallen aan te merken als opstallen in de zin van art. 6:174 BW, komt des te meer nadruk te liggen op de vraag tot wie een slachtoffer zijn op dat artikel gebaseerde vordering tot

schadevergoeding zoal kan richten. Hierboven stelde ik reeds dat de beheerder van een waterkering slechts dan via de weg van het genoemde artikel aansprakelijk kan worden gesteld, indien deze tevens als *bezitter* van de waterkering te boek staat. Is hij geen bezitter, dan hoeft hij ook niet te vrezen voor opstalaansprakelijkheid, hetgeen hem trouwens niet ontslaat van zijn publiekrechtelijke beheertaak op basis van de Waterwet. In dergelijke gevallen kan een slachtoffer van een overstroming of wateroverlast een eventuele vordering tot schadevergoeding alleen baseren op art. 6:162 BW. Hierbij is de constatering van belang dat toepasbaarheid van art. 6:174 BW de beheerder die tevens bezitter is in een vanuit bewijsrechtelijk oogpunt ongunstigere positie plaatst. Het komt erop neer dat hij zich bij toepasbaarheid van art. 6:174 BW moet inspannen om aannemelijk te maken dat de kering in zijn beheer en bezit niet gebrekkig was, terwijl het bij toepassing van art. 6:162 BW juist het slachtoffer is dat aannemelijk moet maken dat de beheerder is tekortgeschoten in zijn wettelijke beheertaak. Dat kan in een concrete procedure verschil maken.¹⁰

Het komt in de praktijk geregeld voor dat niet de beheerder, maar juist een particulier de bezitter is van een (secundaire) waterkering. Het komt ook voor dat een particulier de bezitter is van een op de kering rustend erfpachtrecht. Indien sprake is van één van deze situaties, dan rust de opstalaansprakelijkheid op de betreffende particulier (art. 6:174 lid 2, eerste volzin BW). In dergelijke gevallen bestaat de enigszins merkwaardige situatie dat een particulier aansprakelijk kan zijn voor de schade wegens een dijkdoorbraak, terwijl deze niet bevoegd is om beheermaatregelen te treffen en dat evenmin van hem kan worden verlangd. Hij is immers niet de beheerder. Nog afgezien van de vraag of particulieren draagkrachtig genoeg zijn om een potentieel zeer grote schadelast te dragen, wordt inmiddels openlijk betwijfeld of dit überhaupt een wenselijke situatie is. Als oplossing wordt aangedragen om art. 6:174 BW dusdanig te wijzigen dat de aansprakelijkheid voor gebrekkige waterkeringen voortaan niet rust op de bezitter, maar op de beheerder daarvan.¹¹ Datzelfde geldt reeds voor openbare wegen en kabels en leidingen (art. 6:174 lid 2, tweede volzin BW). Het is inderdaad een oplossing, maar ik wil hier – vooruitlopend op de volgende paragrafen – vast kwijt dat dit in mijn ogen niet de enige en ook niet de beste oplossing is.

De invulling van het gebreks criterium: een afwijkende gedragsnorm?

Uit bovenstaande volgt dat art. 6:174 BW kan worden toegepast bij dijkdoorbraken en dat slachtoffers daarvan zich met hun op dat artikel gebaseerde vorderingen tot schadevergoeding tot de beheerder kunnen wenden, mits deze tevens bezitter van de kering is. Deze belangrijke toepasbaarheids criteria zeggen echter nog niets over de vraag of een bezitter van een kering ook daadwerkelijk aansprakelijk is voor de schade als gevolg van het bezwijken daarvan. Die vraag staat centraal bij de concrete invulling het gebreks criterium. Ik stelde hierboven reeds dat in dat verband geen sprake is van een zogenoemde ‘garantienorm’: de beheerder hoeft er niet koste wat kost voor in te staan dat een kering niet bezwijkt. Het feit dat een kering bezwijkt, leidt tot het rechtsvermoeden dat deze gebrekkig was, maar de beheerder kan dat rechtsvermoeden aan de hand van overtuigend bewijs weerleggen en is dus niet zonder meer aansprakelijk. Net als in het onrechtmatigheids criterium uit art. 6:162 BW een gedragsnorm besloten ligt, gaat in het gebreks criterium van art. 6:174 BW een dus gedragsnorm schuil. Dergelijke privaatrechtelijke gedragsnormen geven, naast eventuele veiligheidsnormen op basis van de Waterwet, in belangrijke mate invulling aan de publiekrechtelijke zorgplicht van de beheerders van waterkeringen.¹² Het is de vraag of beide gedragsnormen van elkaar afwijken. Stelt de ene norm, met andere woorden, strengere eisen dan de andere? Om deze vraag te beantwoorden, dienen de criteria die de Hoge Raad in het Wilnis-arrest heeft aangelegd te worden geplaatst tegenover de criteria die volgen uit het op art. 6:162 BW geënte Bargerbeek-arrest en de op basis daarvan ontwikkelde vaste lijn in de jurisprudentie.¹³ Dat gebeurt in de volgende paragrafen. Ter verheldering zijn hieronder eerst de centrale bepalingen uit het BW opgenomen.

BARGERBEEK: ‘DE ZORG VAN EEN GOED BEHEERDER’

In het Bargerbeek-arrest uit 1981 somde de Hoge Raad een aantal factoren op die van belang zijn bij de concrete invulling van de zorgplicht van watersysteembeheerders. Deze factoren zijn goeddeels gebaseerd op de in het Kelderluik-arrest¹⁴ ontwikkelde algemene factoren met betrekking tot de invulling van de ‘ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidnorm’

Art. 6:162 BW

- 1** Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.
- 2** Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.
- 3** Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvatting voor zijn rekening komt.

Art. 6:174 BW

- 1** De bezitter van een opstal die niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, en daardoor gevaar voor personen of zaken oplevert, is, wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt, aansprakelijk, tenzij aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling zou hebben ontbroken indien hij dit gevaar op het tijdstip van het ontstaan ervan zou hebben gekend.
- 2** [...]
- 3** [...]
- 4** Onder opstal in dit artikel worden verstaan gebouwen en werken, die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken.

en vormen daarvan dus een op het watersysteembeheer toegespitste verbijzondering. Naast het aantal, de lengte en de aard van de waterwegen (en keringen) in beheer, het aantal gronden binnen het beheergebied dat kwetsbaar is voor overstromingen of wateroverlast, de financiële en andere middelen die de beheerder ten dienste staan voor de tenuitvoerlegging van diens beheertaak, en de eventuele invloed van de eigenaar of gebruiker van de grond op de toename van de kans op wateroverlast, wordt benadrukt dat beheerders een zekere mate van beleidsvrijheid bij de invulling en de tenuitvoerlegging van hun beheertaak niet kan worden ontzegd. Daar werd later nog aan toegevoegd dat die beleidsvrijheid ook strekt tot het noodzakelijkerwijs stellen van prioriteiten en de besteding van beperkte financiële en andere middelen. Gaandeweg groeide de beleidsvrijheid uit tot wezenlijke drempel voor de vestiging van aansprakelijkheid wegens tekortschieten in een zorgplicht. De aansprakelijkheid op grond van onrechtmatig nalaten werd door de genoemde factoren

dus stevig begrensd, en de rechter achtte zich niet bevoegd te treden in de beoordeling van de politiek-bestuurlijke juistheid van beleidsbeslissingen van de beheerder in verband met de tenuitvoerlegging van diens beheertaak. Dit zijn de uitgangspunten die in concrete gevallen centraal staan bij de beoordeling of een beheerder de op art. 6:162 BW geënte gedragsnorm – die in belangrijke mate invulling geeft aan zijn beheertaak – al dan niet heeft geschonden, of zoals dat ook wel wordt genoemd beneden ‘de zorg van een goed beheerder’ is gebleven.

WILNIS: WAARBORGFUNCTIE BOVEN BELEIDSVRIJHEID?

Het was tot de kadeverschuiving in Wilnis nog niet eerder voorgekomen dat een vordering tot schadevergoeding wegens een overstroming of wateroverlast werd gebaseerd op art. 6:174 BW. In de loop van de zaak bleken de verschillende rechterlijke instanties er verschillende ideeën op na te houden, vooral wat betreft de wijze van invulling van het gebreks criterium. Wat dat betreft stonden de arresten van het hof te Amsterdam en de Hoge Raad lijnrecht op elkaar. Het hof onderstreepte immers het risicokarakter van de opstalaansprakelijkheid door te stellen dat de elementen gewichtsverlies, deformatie van het dijklichaam en het kapot gaan van de beschoeiing reeds op zichzelf en tezamen de gebrekkige toestand van de kade hebben gevormd. Onbekendheid met extreme droogte als faalfactor en het daarmee verbonden gevaar kwamen volgens het hof op grond van de wet voor risico van het hoogheemraadschap.¹⁵ Daarmee zegt het hof in feite dat in het gebreks criterium een garantienorm ligt besloten, die de zorgplicht van de beheerder als het ware een absoluut karakter geeft: de beheerder dient er maar voor te zorgen dat de keringen in zijn bezit niet bezwijken. Voor een nadere begrenzing van de aansprakelijkheid door binnen het gebreks criterium een gedragsnorm te construeren, was volgens het hof geen ruimte; alleen over de band van de hierboven genoemde tenzij-clausule zouden beheerders nog aan aansprakelijkheid kunnen ontsnappen.

Het arrest van de Hoge Raad keerde zich vierkant tegen dit standpunt van het hof. De Hoge Raad benadrukte dat op de bezitter van een opstal geen garantienorm rust, en dat bij de invulling van het gebreks criterium wel degelijk ruimte is voor nadere nuancering, waarbij gedragsnormen zoals

veiligheidsvoorschriften en in het algemeen aan een bezitter te stellen zorgvuldigheidsnormen een wezenlijke rol spelen. De Hoge Raad gaf vervolgens een opsomming van factoren die zoal van invloed kunnen zijn op de vraag of sprake is van een gebrek in de zin van art. 6:174 BW. Zo zijn de aard, de functie en de fysieke toestand van de opstal daarbij van belang, evenals de grootte van de kans op de verwezenlijking van het gevaar en de mogelijkheid of bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen. Bovendien kan daarbij ook betekenis toekomen aan de aan overheidslichamen toekomende beleidsvrijheid en ter beschikking staande financiële en andere middelen. Om eventuele resterende twijfel weg te nemen, benadrukte de Hoge Raad dat het expliciet de bedoeling van de wetgever was om de begrenzingen van de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad onverkort ook te laten gelden voor de opstalaansprakelijkheid.¹⁶ Kort en goed: de gedragsnorm die voortvloeit uit het gebrekcriterium op grond van art. 6:174 BW verschilt niet van de zorgvuldigheidsnorm die voortvloeit uit het onrechtmatigheids criterium op basis van art. 6:162 BW. Beide normen zijn in algemene zin even ‘streng’.

De Hoge Raad liet het echter niet bij deze algemene beschouwing over de invulling van het gebrekcriterium. Hij sneed de genoemde factoren vervolgens toe op gevallen van dijkdoorbraken en bracht daarbinnen een zekere rangorde aan. Waar de opsomming van factoren als zodanig veel weg heeft van de opsomming in het Bargerbeek-arrest, moet de daarin aangebrachte rangorde worden aangemerkt als nieuwe stap in de rechtsonwikkeling. Waar een eventuele rangorde in het Bargerbeek-arrest en de daarop volgende arresten in het midden blijft, benadrukte de Hoge Raad in het Wilnis-arrest dat de aard, de bestemming en (vooral) de waarborgfunctie van waterkeringen dermate zwaarwegende factoren zijn, dat daartegenover aan andere factoren in concrete gevallen minder gewicht kan toekomen. Dat betekent dat óók de beleidsvrijheid, die in de op art. 6:162 BW gebaseerde jurisprudentie zo hoog in het vaandel staat, kan wegvallen tegen de waarborgfunctie en het daarmee in verband staande belang van de waterveiligheid.¹⁷ Men moet voorzichtig zijn om hieraan vergaande conclusies te verbinden, maar het lijkt wel te betekenen dat een beheerder voortaan argumenten van zeer zwaarwegende en overtuigende aard moet aanvoeren, wil hij zich met

succes kunnen beroepen op zijn beleidsvrijheid. Dat betekent niet dat op hem ‘via de achterdeur’ alsnog een garantienorm komt te rusten, maar dit kan hem in voorkomende gevallen wel in een ongunstige (bewijsrechtelijke) uitgangspositie plaatsen. De overheidszorg voor de waterveiligheid is niet absoluut, maar tegelijkertijd durf ik niet uit te sluiten dat toepassing van art. 6:174 BW in gelijke gevallen tot andere uitkomsten leidt, dan toepassing van art. 6:162 BW.

Discussie

Op grond van bovenstaande bevindingen kan worden gesteld dat de beheerders die tevens bezitter zijn van waterkeringen in een ongunstige positie verkeren. Eventuele toekomstige slachtoffers zullen daarvan profiteren door hun vorderingen tot schadevergoeding wegens dijkdoorbraken voortaan (primair) te baseren op art. 6:174 BW. Dat brengt hen immers in een (in elk geval vanuit bewijsrechtelijk oogpunt) gunstigere positie. Hierbij moet eens te meer worden benadrukt dat beheerders van waterkeringen echter lang niet altijd tevens bezitter daarvan zijn. Indien dat het geval is, blijft art. 6:174 BW voor hen gewoonweg buiten toepassing. Toepasbaarheid van het systeem van de opstalaansprakelijkheid is dus volledig afhankelijk van de tamelijk willekeurige verdeling van het bezit van waterkeringen. Dit moet als onwenselijk worden beschouwd, omdat niet kan worden uitgesloten dat toepassing van beide systemen in gelijke gevallen tot andere uitkomsten leidt. Bovendien kan dit de beslissingen van beheerders omtrent de tenuitvoerlegging van hun taken beïnvloeden. De vraag of zij al dan geen bezitter van een waterkering zijn, behoort bij beslissingen in het kader van de zorg voor de waterveiligheid geen rol te spelen. Het is, met andere woorden, een storende factor in het watersysteembeheer. Het probleem van willekeurige toepasbaarheid moet worden opgelost; daar is iedereen het bij mijn weten over eens. Daartoe dient een keuze te worden gemaakt die berust op een grondig politiek en rechtswetenschappelijk debat. Dat heeft vooralsnog niet plaatsgevonden.

Er bestaan wat dat betreft twee keuzerichtingen. In de eerste plaats kan het systeem van art. 6:174 BW van algemene toepassing worden verklaard op waterkeringen. Dat betekent dat – net als bij wegen, kabels en leidingen – het aansprakelijkheidsrisico

wordt verlegd van de bezitter naar de beheerder daarvan. Daartoe is een wijziging van art. 6:174 BW noodzakelijk. Dat zou betekenen dat de toepassing van art. 6:162 BW op de achtergrond raakt. De in dat verband ontwikkelde vaste lijn in de jurisprudentie zal dan gedeeltelijk aan waarde inboeten; het Wilnis-arrest van de Hoge Raad markeert dan het begin van een nieuwe, deels daarop voortbouwende lijn, waarin echter een sterkere nadruk komt te liggen op de waarborgfunctie van waterkeringen. De rechter dient deze factor in voorkomende gevallen af te wegen tegen andere (beperkende) factoren, zoals de beleidsvrijheid. Het is nog onduidelijk in hoeverre hij daadwerkelijk geneigd zal zijn dergelijke factoren weg te strepen tegen de waarborgfunctie. Hoe meer hij daartoe geneigd zal blijken, hoe zwaarder het in algemene zin op de beheerders van waterkeringen rustende aansprakelijkheidsrisico is. Deze keuze is ook een oplossing voor de merkwaardige situatie dat ook particuliere bezitters van waterkeringen op grond van art. 6:174 BW aansprakelijk kunnen worden gesteld voor waterschade door dijkdoorbraken.

Een andere optie is om het systeem van de opstalaansprakelijkheid buiten toepassing te verklaren voor situaties waarin waterkeringen bezwijken. Dat betekent dat art. 6:162 BW exclusief van toepassing wordt op dergelijke situaties. De nadruk komt dan niet te liggen op de eventuele gebrekkigheid van waterkeringen als afzonderlijke beheerobjecten, maar juist op de vraag of de betrokken beheerder al dan niet beneden 'de zorg van een goed beheerder' is gebleven. Ondanks dat diezelfde gedragsnorm ligt besloten in het gebreks criterium, moet worden gesteld dat dat tamelijk impliciet is en – kennelijk – gemakkelijk voor verwarring zorgt. Bovendien sluit het systeem van de onrechtmatigedaads-aansprakelijkheid beter aan bij de integrale beheertaak in het watersysteembeheer.¹⁸ Waterveiligheid is een groot goed en het is terecht dat dat ook in de rechtspraak wordt benadrukt, maar er moet evenzeer op worden gewezen dat het de watersysteembeheerders zijn die op dat punt beschikken over de daartoe noodzakelijke deskundigheid.¹⁹ Om die deskundigheid ten volste in de praktijk te kunnen brengen, dienen zij bovenal te beschikken over een ruime mate van beleidsvrijheid. En die lijkt, zoals het de Hoge Raad in het Wilnis-arrest voorstaat, toch enigszins in het gedrang te komen. Mijn voorkeur gaat daarom uit naar deze tweede

optie, waarmee overigens ook de hierboven geschetste merkwaardige situatie wordt opgelost.

Conclusies

Ik kom tot een afronding. Bestaat er gegronde vrees dat de toepasbaarheid van het systeem van de opstalaansprakelijkheid in verband met de overheidszorg voor de waterveiligheid leidt tot een onbeteugelbaar aansprakelijkheidsrisico? In dat aansprakelijkheids-systeem ligt geen *garanti*norm besloten die ertoe strekt dat de beheerder er koste wat kost voor moet instaan dat de waterkering niet bezwijkt. De *gedrags*norm die in dat systeem ligt besloten, verschilt in algemene zin niet wezenlijk van de gedragsnorm die ligt besloten in het systeem van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige gedragingen. Wel ligt bij de toepassing van dat laatste systeem de nadruk in de jurisprudentie van de Hoge Raad sterk op de beleidsvrijheid die beheerders toekomt bij de tenuitvoerlegging van hun beheertaak, terwijl diezelfde Hoge Raad in het Wilnis-arrest juist een sterke nadruk legt op de waarborgfunctie van waterkeringen en daarmee op het belang van de waterveiligheid. Bovendien ligt de bewijslast met betrekking tot het gebreks criterium bij de beheerder/bezitter van de kering; hij wordt geconfronteerd met een ongunstig rechtsvermoeden van gebrekkigheid behoudens door hem te leveren tegenbewijs. Ik durf daarom niet uit te sluiten dat de toepassing van art. 6:174 BW in hetzelfde geval tot een andere (ongunstigere) uitkomst leidt, dan de toepassing van art. 6:162 BW. De vrees voor een *onbeteugelbaar* aansprakelijkheidsrisico lijkt mij dus niet gegrond, maar het risico van mogelijk verstrekkende aansprakelijkheid is daarmee nog niet weggenomen. Wat echter meer knelt, is de willekeurige wijze waarop art. 6:174 BW toepassing vindt in het kader van de zorg voor de waterveiligheid. Dit is onwenselijk en daarvoor dient een passende oplossing te worden gevonden. Ik ben er daarom voorstander van om het probleem bij de wortel aan te pakken en art. 6:174 BW buiten toepassing te verklaren voor gevallen van waterschade door bezwijkende waterkeringen, maar er zijn ook andere oplossingen denkbaar. Een keuze voor een oplossing kan echter niet worden gemaakt zonder voorafgaand daaraan een grondig politiek en rechtswetenschappelijk debat te voeren. Daarvoor lijkt de tijd nu meer dan rijp. ■

Literatuur

- Gilissen 2013: H.K. Gilissen, *Adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlandse waterbeheer – Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid* (diss.), Kluwer, Deventer 2013.
- Groothuijse 2009: F.A.G. Groothuijse, *Water weren – Het publiekrechtelijke instrumentarium voor de aanpassing en bescherming van watersystemen ter voorkoming en beperking van wateroverlast en overstromingen* (diss.), Utrecht 2009.
- Hartlief 2012: T. Hartlief, *Een dijkdoorbraak in het aansprakelijkheidsrecht: over schuld- en risicoaansprakelijkheid en de bijzondere positie van de overheid*, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? – Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Kluwer, Deventer 2012, pp. 201-233.
- Den Hollander 2011: P.W. den Hollander, *Hoe gebrekkig is een verschoven veendijk?*, *AV&S* 2011, 10, pp. 88-94.
- Den Hollander 2014: P.W. den Hollander, *De gebrekkigheid van een verschoven veendijk: epiloog (?)*, *Publiekrecht & Politiek* 2014, <http://www.publiekrechtropolitiek.nl/de-gebrekkigheid-van-een-verschoven-veendijk-epiloog/>.
- Kruijswijk Jansen & Van den Broek 2011: J. Kruijswijk Jansen & P. van den Broek, 'State of the art' als begrenzing van opstalaansprakelijkheid, *MvV* 2011, nr. 4, pp. 111-118.
- Lindenbergh 2011: S.D. Lindenbergh, *Opstalaansprakelijkheid bij dijkdoorbraak?* *AA* 2011, nr. 3, pp. 208-213.
- Van Maanen 2011: G.E. van Maanen, *De meerwaarde van art. 6:174 BW – Van zeeland naar Wilnis en terug...*, in: F.T. Oldenhuis & H. Vorrseman (red.), *Begrenzing van kwalitatieve aansprakelijkheid: de grenzen voorbij?*, *Boom Juridische Uitgevers*, Den Haag 2011, pp. 27-50.
- Oldenhuis 2010: F.T. Oldenhuis, *Begrenzing van kwalitatieve aansprakelijkheid; kanttekeningen bij een dijkdoorbraak*, *VA* 2010, pp. 2-10.
- Oldenhuis 2011: F.T. Oldenhuis, *Hoge Raad zet in Wilnis-zaak rem op te ruime aansprakelijkheid*, *NJB* 2011, nr. 11, pp. 668-672.
- Oldenhuis & Kolder 2012: F.T. Oldenhuis & A. Kolder, *Kroniek kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen en zaken*, *AV&S* 2012, nr. 1, pp. 14 – 34.
- Wegerif 2011: D.N.R. Wegerif, *Aansprakelijkheid van een dijkbeheerder*, *NTBR* 2011, nr. 6, pp. 254-263.

SUMMARY

In case of a dike breach, Article 6:162 of the Dutch Civil Code is generally applicable. The judge will test whether the dike management authority was at fault. Also Article 6:174 of the Dutch Civil Code is applicable in case of a dike breach, but only if a dike management authority is the legal possessor of the dike. The judge will test whether the dike – as a built structure – was deficient. Fault and deficiency seem to be very different criteria for establishing liability. This article claims, however, that the rules of conduct that lie hidden within these criteria actually are one and the same, but that the application of both articles for other reasons still might lead to different outcomes. That is legally undesirable. Balancing different factors, the author recommends to declare Article 6:174 CC inapplicable in case of dike breaches.

- 1 Deze uitspraak vormt het sluitstuk van een tamelijk lange en hobbelige tocht langs verschillende rechterlijke instanties. Zie achtereenvolgens *Rechtbank Amsterdam* 29 november 2006, nr. 314661/HA; *Hof Amsterdam* 9 juni 2009, nr. 106.006.685/01; *HR* 17 december 2010, *NJ* 2012, 155 m.nt. Hartlief; *Hof 's-Gravenhage* 17 april 2012, *JM* 2012/120 m.nt. Bos; en uiteindelijk *Hof 's-Gravenhage* 6 mei 2014, *AB* 2014/229 m.nt. H.K. Gilissen, *JM* 2014/84 m.nt. H.J. Bos.
- 2 Zie *Hof 's-Gravenhage* 6 mei 2014, *AB* 2014/229 m.nt. H.K. Gilissen, *JM* 2014/84 m.nt. H.J. Bos, r.o. 6.
- 3 De Wilnis-zaak heeft de afgelopen jaren de nodige pennen in beweging gebracht. Zie bijvoorbeeld *Oldenhuis* 2010; *Den Hollander* 2011; *Kruijswijk Jansen & Van den Broek* 2011; *Lindenbergh* 2011; *Van Maanen* 2011; *Oldenhuis* 2011; *Wegerif* 2011; *Hartlief* 2012; *Gilissen* 2013; en *Den Hollander* 2014.
- 4 Zie *HR* 9 oktober 1981, *NJ* 1982, 332 m.nt. CJHB (*Bargerbeek*); *HR* 8 januari 1999, *NJ* 1999, 319 m.nt. ARB; *HR* 19 november 1999, *AB* 2002, 20 m.nt. ThGD; en *HR* 9 november 2001, *AB* 2002, 21 m.nt. ThGD.
- 5 Ook het arrest van het gerechtshof te Amsterdam (9 juni 2009) en de conclusie van *Advocaat-Generaal Spier* (2010) kunnen worden geacht te hebben bijgedragen aan het ontstaan en voortbestaan van deze vrees.
- 6 Zie *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 753.
- 7 Zie *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 1380. Zie tevens *HR* 17 december 2010, *NJ* 2012, 155 m.nt. Hartlief, r.o. 4.4.3 en *Hartlief* 2012.
- 8 Zie *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, pp. 1378-1379. Zie tevens *Hartlief* 2012, pp. 214-216.
- 9 Zie *HR* 17 december 2010, *NJ* 2012, 155 m.nt. Hartlief, r.o. 4.3.1 en 4.3.2.
- 10 Zie in dit verband bijvoorbeeld *HR* 4 april 2014, *AB* 2014, 228 m.nt. A.H.J. Hofman. Het betrof een situatie waarin een wegbeheerder aansprakelijk werd gesteld voor de schade die een fietser leed door een ongeval dat werd veroorzaakt door een gebrek aan de betreffende weg. De wegbeheerder (een gemeente) moest aannemelijk maken dat de weg wel degelijk voldeed aan de eisen die men daaraan onder de gegeven omstandigheden mocht stellen, maar slaagde daar volgens de Hoge Raad niet in. Dat betekende dat de door de verzekeraar van de fietser gestelde gebrekkigheid van de weg ten nadele van de wegbeheerder als feit kwam vast te staan.
- 11 Aan art. 6:174 lid 2 BW kan bijvoorbeeld een derde volzin worden toegevoegd, die luidt: "Bij waterkeringen rust de aansprakelijkheid op het overheidslichaam dat moet zorgen dat de kering in goede staat verkeert."
- 12 Zie *Groothuijse* 2009, pp. 56-68 en *Gilissen* 2013, pp. 114-129.
- 13 Zie *HR* 9 oktober 1981, *NJ* 1982, 332 m.nt. CJHB (*Bargerbeek*); *HR* 8 januari 1999, *NJ* 1999, 319 m.nt. ARB; *HR* 19 november 1999, *AB* 2002, 20 m.nt. ThGD; en *HR* 9 november 2001, *AB* 2002, 21 m.nt. ThGD.
- 14 Zie *HR* 5 november 1965, *NJ* 1966/136 (*Kelderluik*).
- 15 *Hof Amsterdam* 9 juni 2009, nr. 106.006.685/01, r.o. 2.5.
- 16 Zie *HR* 17 december 2010, *NJ* 2012, 155 m.nt. Hartlief, r.o. 4.4.3.
- 17 Zie *Hartlief* 2012, p. 229 en *Gilissen* 2013, pp. 293-295.
- 18 Zie *Gilissen* 2013, p. 462 en 465.
- 19 Dat wordt overigens ook benadrukt door de *Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*. Zie *ABRvS* 10 augustus 2011, zaaknummer 201011161/1/H2, r.o. 2.3.2. Zie tevens *Rb. Oost-Brabant* 14 maart 2013, zaaknummer *AWB* 12/3406, r.o. 5.3.