

komst. Uit principieel oogpunt kan dat uiteraard alleen maar worden toegejuicht.

64. Aanbesteders doen er goed hun inkoopbehoefte voorafgaande aan de aanbestedingsprocedure te analyseren en realistische verwachtingen te wekken over het Plafond. Het Plafond moet een realistisch beeld geven van de maximale hoeveelheid/ omzet die kan worden afgenomen onder de raamovereenkomst. Op die manier krijgen aanbesteders ook de meest realistische prijzen aangeboden. Beperkte overschrijdingen van het Plafond zijn mogelijk, maar slechts met toepassing van de uitzonderingen als genoemd in artikel 2.163b ev. Aw.

65. Ik verwacht overigens dat de toepassing van het Plafond tot weinig moeilijkheden zal leiden. De vaststelling van een Plafond dat enerzijds aanbesteders

voldoende inkoopruimte biedt en anderzijds voldoende rechtszekerheid voor ondernemers, zal de grootste moeilijkheid zijn. In deze annotatie heb ik enkele mogelijkheden daarvoor beschreven.

66. Hoewel aanbestedende diensten er niet aan ont-komen om de onder een raamovereenkomst af te nemen prestaties te maximaliseren, is een kritische noot wel op zijn plaats. Voor raamovereenkomsten waarbij aanbesteders en inschrijvers geen invloed hebben op de daadwerkelijke omvang, zoals een RAW-raamovereenkomst voor correctief onderhoud, is dit arrest naar mijn mening te beperkend. Het ontnemt de praktische waarde van een dergelijke overeenkomst. De praktijk zal moeten uitwijzen of toepasbare Plafonds kunnen worden ontwikkeld.

J.H.J. Bax

Jurisprudentie – V. Overig privaatrecht

TBR 2019/71

Hof Arnhem-Leeuwarden, 16 oktober 2018, 200.191.891, ECLI: NL:GHARL:2018:9104 (Gevaarzetting/Onrechtmatige daad)

(Mr. R.A. van der Pol, mr. E.J. van Sandick en mr. G. Creutzberg)

BW: art. 6:162

Onrechtmatige daad. Gevaarzetting. **Zorgvuldigheid** jegens derden

Met gastnoot J.H. Meerburg, Red.¹

De vaststaande feiten

3.1 Het hof gaat uit van de volgende feiten.

3.1.1. Aan [eigenaar winkelcentrum] te [kantoorplaats] (hierna [eigenaar winkelcentrum]) behoort in eigendom toe het winkelcentrum [naam winkelcentrum] te [plaats] . [belanghebbende 1] en [belanghebbende 2] (hierna ook: de huurders) huren in dit winkelcentrum elk een winkelruimte met een gedeelte van het souterrain dat zij (onder meer) gebruiken als magazijn.

3.1.2. In of omstreeks 2012 is [eigenaar winkelcentrum] overgegaan tot een grootschalige herontwikkeling en uitbreiding van het winkelcentrum. Daartoe heeft [eigenaar

winkelcentrum] BAM Utiliteitsbouw B.V. ingeschakeld als hoofdaannemer, welke vennootschap op haar beurt BAM Techniek B.V. heeft gecontracteerd voor de installatiewerkzaamheden. BAM Techniek B.V. (hierna: BAM) heeft [appellant] (als onder-onderaannemer) opdracht gegeven tot de installatie van (onder meer) nieuwe schoonwater-, vuilwater- en hemelwaterafvoeren, sanitaire toestellen en een brandbestrijdingsinstallatie.

3.1.3. In het kader van deze laatste opdracht heeft [appellant] in 2013 een gedeelte (ongeveer tien meter) van de bestaande, zich in het souterrain bevindende hemelwaterafvoer (HWA) verlegd/omgeleid en daarin vier bochten van elk 45° aangebracht. De desbetreffende buis heeft een doorsnede van 315 millimeter.

3.1.4. Op 28 juli 2014 heeft tijdens hevige regenval de HWA in het souterrain het begeven: een door [appellant] aangebrachte bocht is losgeschoten. Daardoor is een grote hoeveelheid regenwater in het souterrain gelopen en heeft het souterrain ongeveer 80 centimeter onder water gestaan. Daardoor is waterschade ontstaan aan de schoenenvoorraad van [belanghebbende 1] en aan de inventaris en verkoopgoederen van [belanghebbende 2] .

3.1.5. De verzekeraar van [appellant] heeft geweigerd de schade te vergoeden, daartoe aanvoerende dat de werkzaamheden in een contractuele relatie met BAM zijn

¹ Jan Hein Meerburg is advocaat bij Kennedy Van der Laan.

uitgevoerd en [appellant] niet onrechtmatig jegens [belanghebbende 1] en [belanghebbende 2] heeft gehandeld. ASR, de opstalverzekeraar van [belanghebbende 1] en [belanghebbende 2], heeft de schade vergoed en is gesubrogeerd in de rechten van die vennootschappen jegens [appellant].

4 Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

4.1 ASR vordert, na vermeerdering van eis bij akte van 7 oktober 2015, veroordeling van [appellant] tot betaling van € 148.863,- in hoofdsom (€ 81.363,- + € 67.500,-), te vermeerderen met in totaal € 14.682,68 aan buitengerechtelijke incassokosten (kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid) en met wettelijke rente.

De grondslag van de vordering van ASR berust op een onrechtmatige daad van [appellant]. Daartoe heeft zij aangevoerd dat [appellant] op een uiterst onzorgvuldige wijze installatiewerkzaamheden heeft verricht doordat zij bij de installatie/aanpassing van het hemelwaterafvoersysteem de buisdelen niet heeft vastgelijmd, noch elk buisdeel heeft bevestigd met een fixpuntbeugel, zoals bij de aangebrachte manchetverbindingen is voorgeschreven; [appellant] heeft de vijf buisdelen (met daarin twee bochten) niet gefixeerd. Hierdoor konden, aldus ASR, de verbindingen uit elkaar schuiven als gevolg van inwendige druk, zoals zich op 28 juli 2014 als gevolg van de grote hoeveelheid water die er toen doorheen stroomde, heeft voorgedaan. Met deze wijze van het verrichten van installatiewerkzaamheden heeft [appellant] zich zodanig gevaarschepend gedragen dat dit gedrag onrechtmatig is. Bovendien is de mate van waarschijnlijkheid van schade als gevolg van dat gedrag zo groot dat [appellant] zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden.

4.2 [appellant] heeft verweer gevoerd tegen de vordering. In eerste aanleg heeft [appellant] haar verweer uitdrukkelijk beperkt tot de (door haar ontkennend beantwoorde) juridische vraag of (eventuele) wanprestatie jegens haar opdrachtgever (BAM) tevens een onrechtmatige daad jegens (toekomstige) huurders van ruimten in het winkelcentrum kan opleveren. Volgens [appellant] kan een toerekenbare tekortkoming jegens een contractuele wederpartij (BAM) alleen dan jegens een derde (i.c. de huurders) onrechtmatig zijn, zo blijkt uit de uitspraak van de Hoge Raad van 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069 (Vleesmeesters/Alog), indien er sprake is aanvullende omstandigheden en zijn dergelijke omstandigheden in het onderhavige geval gesteld noch gebleken.

4.3 Bij het in dit hoger beroep bestreden eindvonnis van 23 maart 2016 is de rechtbank tot de conclusie gekomen (rechtsoverweging 3.9) dat [appellant], naast een eventuele tekortkoming tegenover haar opdrachtgever (welke tekortkoming in het geding in eerste aanleg niet ter discussie stond), onrechtmatig heeft gehandeld te-

genover de gebruikers van de opslagruimten waar de afvoerleiding doorheen loopt, door bij de aanleg/aanpassing van de afvoerleiding te verzuimen redelijke maatregelen te nemen om te voorkomen dat er water uit de afvoerleiding zou stromen. Volgens de rechtbank is dat verzuim aan te merken als gevaarstelling.

De rechtbank heeft de vordering van ASR toegewezen, met veroordeling van [appellant] in de proceskosten.

5 De motivering van de beslissing in hoger beroep

5.1. [appellant] heeft in hoger beroep zes grieven aangevoerd en geconcludeerd tot vernietiging van het bestreden eindvonnis en tot het alsnog afwijzen van de vordering van ASR. Deze grieven stellen de toewijsbaarheid van de vordering van ASR in appel opnieuw aan de orde, en zij lenen zich voor een gezamenlijke bespreking.

5.2. In dit geding, waarbij BAM geen partij is, staat niet ter beoordeling de vraag of [appellant] al dan niet jegens BAM toerekenbaar tekort is geschoten in de tussen hen gesloten overeenkomst van aanneming. ASR heeft aan haar vordering niet ten grondslag gelegd dat de volgens haar jegens de huurders gepleegde onrechtmatige daad is gelegen in een toerekenbare tekortkoming jegens BAM.

Het is aan ASR, die zich op het standpunt stelt dat [appellant] onrechtmatig jegens de huurders heeft gehandeld door de omleiding van de HWA dusdanig gebrekkig te bevestigen dat deze niet bestand was tegen hevige regenval, feiten en omstandigheden te stellen en bij betwisting te bewijzen die dat standpunt en de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen kunnen dragen.

5.3.1. ASR heeft aangevoerd dat [appellant], door in strijd met de instructiehandleiding van de fabrikant van de pvc-buizen (Wavin) de buizen niet te fixeren, terwijl de kans op grote schade voorzienbaar was en de schade gemakkelijk te voorkomen was geweest door de buisdelen wel conform de voorschriften van fixpuntbeugels te voorzien, zich zodanig gevaarschepend heeft gedragen dat zij zich daarvan had behoren te onthouden. ASR heeft hier het oog op de zogenaamde Kelderluik-criteria.

5.3.2. Bij gevaarstelling gaat het om het voortbestaan van een gevaar voor personen of zaken. Of gevaarstelling onrechtmatig is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Meer in het bijzonder komt in dit verband betekenis toe aan de zogenaamde Kelderluik-criteria: de kans op schade, de aard van de gedraging, de aard en ernst van de eventuele schade en de bezwaarlijkheid en gebruikelijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen. Niet reeds de enkele mogelijkheid van schade als verwezenlijking van aan een bepaald gedrag inherent gevaar doet dat gedrag onrechtmatig zijn, maar zodanig gevaarschepend gedrag is slechts

dan onrechtmatig indien de mate van waarschijnlijkheid van schade als gevolg van dat gedrag zo groot is dat de betrokkene zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden.

5.3.3. Het standpunt van ASR komt er in de kern op neer dat [appellant] slecht werk heeft afgeleverd, dat de huurders daardoor schade hebben geleden en dus dat [appellant] jegens de huurders onrechtmatig heeft gehandeld en hun schade moet vergoeden. ASR wijst in dit verband op diverse rapporten van schade-experts (Biesboer, EMN, Vidi en PWP), die steeds concluderen dat de waterschade er het gevolg van is dat de buizen van de HWA niet van beugels waren voorzien.

Daaruit volgt echter niet dat [appellant] bij het aanpassen van de HWA zich zozeer bewust had behoren te zijn van kans op schade bij de huurders op de wijze en in de mate waarin die zich heeft voorgedaan, dat zij naar maatstaven van zorgvuldigheid had moeten afzien van de gekozen bevestigingswijze. Gelet op de feiten en omstandigheden die hierna aan de orde zullen komen (zie met name de rechtsoverwegingen 5.7, 5.8 en 5.9.2) kan die conclusie naar het oordeel van het hof niet worden getrokken. Uit de enkele omstandigheid dat [appellant] een kans op schade in het leven heeft geroepen door de buisdelen niet te fixeren, volgt niet dat die handelwijze jegens de huurders onrechtmatig is.

5.4. De omstandigheid dat [appellant] de werkzaamheden in een contractuele setting heeft uitgevoerd, laat onverlet dat bij de wijze van uitvoering ervan de belangen van betrokken derden niet mogen worden veronachtzaamd. Indien de belangen van derden zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat zij schade of ander nadeel kunnen lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Bij de beantwoording van de vraag of deze normen dit meebrengen, zal de rechter de ter zake dienende omstandigheden van het geval in zijn beoordeling dienen te betrekken, zoals (onder meer) de hoedanigheid van alle betrokken partijen, de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst, de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken, de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was, de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden en de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt.

In dit beoordelingskader is bepalend of de aangesproken partij haar gedragingen ter zake van de overeenkomst waarbij zij partij is, mede diende te

laten bepalen door de belangen van de betrokken derde(n). Niet is mede vereist dat de aangesproken partij is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst waarbij zij partij is en waarmee de belangen van die derde verbonden zijn (HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1355, Vissers/Compaen).

5.5. Op zichzelf is juist dat de door de Hoge Raad in het arrest Vleesmeesters/Alog geformuleerde rechtsregel ook in het onderhavige geval van toepassing is. Anders dan [appellant] heeft aangevoerd, volgt uit die regel echter niet, naar de Hoge Raad in het arrest Vissers/Compaen heeft verduidelijkt, dat van een onrechtmatige daad jegens een bij een overeenkomst betrokken derde eerst sprake kan zijn ingeval van een (van bijkomende omstandigheden vergezeld gaande) toerekenbare tekortkoming in de nakoming van die overeenkomst.

5.6. Ter beantwoording van de vraag of [appellant] aansprakelijk is voor door de huurders geleden schade wegens onrechtmatige daad, dient derhalve te worden beoordeeld of [appellant], gelet op alle omstandigheden van het geval, bij het verleggen van de HWA in het souterrain is tekortgeschoten in de zorgvuldigheid die van haar jegens de huurders kon worden gevergd, ofwel naar maatstaven van maatschappelijke zorgvuldigheid jegens de huurders anders had behoren te handelen dan zij heeft gedaan.

5.7. Het hof neemt in aanmerking dat de belangen van de huurders slechts in beperkte mate (voor [appellant] kenbaar) betrokken waren bij de omlegging van de HWA. Weliswaar wist [appellant], zoals de rechtbank in rechtsoverweging 3.7 van het bestreden vonnis heeft overwogen, dat het souterrain in gebruik was of zou worden genomen door winkeliers, maar uit de stukken kan niet worden afgeleid dat [appellant] ervan op de hoogte was waarvoor die winkeliers het souterrain precies gebruikten of zouden gaan gebruiken en welke en hoeveel voorraad en inventaris zij daarin zouden plaatsen. Van de zijde van [appellant] is ter gelegenheid van de in eerste aanleg gehouden comparitie van partijen verklaard dat de kelder (het souterrain) ten tijde van de renovatie leeg was. Of een souterrain wordt gebruikt voor, bijvoorbeeld, de opslag van antiek perkament dan wel van badeendjes (dan wel van schoenen en beddengoed) maakt naar het oordeel van het hof, anders dan ASR in punt 119 memorie van antwoord heeft aangevoerd, wel degelijk verschil voor de beantwoording van de vraag in welke mate van [appellant] jegens de huurders zorgvuldigheid mocht worden verwacht. Omtrent de wetenschap van [appellant] over het (toekomstige) gebruik - en dus over de mogelijke hoogte van de schade die bij lekkages zou kunnen ontstaan - is door ASR onvoldoende gesteld om daaruit conclusies ten nadele van [appellant] te kunnen trekken.

5.8. ASR heeft gesteld dat [appellant] de in structiehandleiding van de fabrikant van

de pvc-buizen (Wavin) niet heeft opgevolgd en de buizen niet heeft gelijmd of heeft voorzien van fixpuntbeugels. [appellant] heeft niet betwist dat zij de buizen niet heeft verlijmd, maar zij heeft onbetwist gesteld (punt 68 memorie van grieven, onderbouwd met productie 8 bij die memorie) dat het lijmen van verbindingen met een grotere diameter dan 110 millimeter, waarvan i.c. sprake is, wordt afgeraden. De betrokken monteur heeft verklaard (productie 1 bij memorie van grieven) dat hij geen fixpuntbeugels heeft gebruikt omdat deze ook in de oude situatie niet waren aangebracht en er geen druk op de leiding stond. Uit deze verklaring, in zoverre niet (gemotiveerd) door ASR bestreden, blijkt dat de monteur (samen met zijn collega) na de montage heeft gecontroleerd dat een en ander muurvast vastzat. Niet kan worden geconcludeerd dat de zich ruim een jaar later voorgedaan hebbende schade voorzienbaar was en dat [appellant] zich in het geheel niet heeft bekommerd om de mogelijke gevolgen van zijn handelen. De omstandigheid dat thans, achteraf, kan worden geconstateerd dat de bevestiging van de buizen niet afdoende was, maakt het toenmalige handelen van [appellant] naar het oordeel van het hof op zichzelf **nog niet** jegens de huurders onzorgvuldig.

Diverse in het geding gebrachte onderzoeksrapporten wijzen als oorzaak van de lekkage aan het feit dat [appellant] de buizen niet conform de handleiding van Wavin van fixpuntbeugels heeft voorzien. Ook daaruit volgt echter nog niet zonder meer de conclusie dat [appellant] jegens de huurders onrechtmatig heeft gehandeld.

5.9. Voorts neemt het hof de volgende feiten en omstandigheden in aanmerking.

5.9.1. In punt 16 van de memorie van antwoord heeft ASR aangevoerd dat zij niet bekend is met de inhoud van de overeenkomst tussen [appellant] en BAM en de werkzaamheden die [appellant] in dat verband diende te verrichten. Ook anderszins is in dit geding niets gebleken omtrent de tussen BAM en [appellant] gemaakte afspraken. Niet kan derhalve worden vastgesteld dat [appellant] jegens BAM toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de tussen hen gesloten overeenkomst. BAM dan wel [eigenaar winkelcentrum] heeft de gestelde tekortkoming bij oplevering van het werk kennelijk niet opgemerkt of heeft, voor zover er bij oplevering controle heeft plaatsgevonden, geen aanleiding gezien daarover opmerkingen te maken.

5.9.2. Wavin heeft na het voorval geadviseerd een zogenaamde ontlastput aan te brengen, teneinde de druk op de HWA bij hevige regenval te verminderen. ASR heeft in dit verband weliswaar aangevoerd dat de afwezigheid van een ontlastput ten tijde van de omleiding van de HWA er niet aan afdoet dat het losschieten van de door [appellant] aangebrachte buis als oorzaak moet worden aanmerkt, maar de vraag of [appellant] wist of behoorde te weten dat er geen ontlast-

put was aangebracht en bij de bevestiging van de HWA daarmee rekening moest houden - waarvoor ook de tussen BAM en [appellant] gemaakte afspraken van belang (kunnen) zijn - speelt wel een rol bij de vraag of [appellant] jegens de huurders onzorgvuldig heeft gehandeld. Omtrent die wetenschap heeft ASR onvoldoende gesteld. Het hof kan daarom niet vaststellen dat [appellant] bij het verleggen van de HWA er rekening mee moest houden dat er geen ontlastput aanwezig was en dat de buizen daarom bestand moesten zijn tegen hoge(re) druk.

5.9.3. Gedurende ruim een jaar hebben zich geen problemen voorgedaan. Eerst bij extreme regenval op 28 juli 2014 - [appellant] spreekt van een zondvloed - is de desbetreffende lekkage ontstaan. ASR heeft niet, althans onvoldoende gemotiveerd betwist dat zich op die dag ook op andere plaatsen in het winkelcentrum lekkages hebben voorgedaan, met andere oorzaken, zoals door [appellant] in punt 116 memorie van grieven is aangevoerd.

5.10. Samengevat is het hof van oordeel dat, ook indien ervan wordt uitgegaan dat [appellant] bij het vastzetten van de buizen niet de handleiding van de fabrikant heeft gevolgd door de buisdelen niet te fixeren, dat onvoldoende is, mede gelet op de hiervoor aan de orde gestelde feiten en omstandigheden, voor de conclusie dat [appellant] jegens de huurders onzorgvuldig heeft gehandeld. Onvoldoende is gebleken dat de ruim een jaar later ingetreden schade destijds zodanig voorzienbaar en waarschijnlijk was dat [appellant] zijn handelen met het oog op de belangen van de huurders daarop had behoren af te stemmen. (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

Inleiding

1. De zaak die aan het hof Arnhem-Leeuwarden is voorgelegd gaat over de aanleg van nieuwe hemelwaterafvoeren (HWA) in het kader van een herontwikkeling en uitbreiding van een winkelcentrum. De HWA bevinden zich in het souterrain onder de winkelruimtes. Bij deze aanleg heeft de aannemer de buisdelen waaruit de HWA bestaan niet ieder bevestigd met een fixpuntbeugel, zoals bij manchetverbindingen is voorgeschreven. Vijf tussenliggende buisdelen (met daarin twee bochten) heeft hij niet gefixeerd. Ongeveer een jaar na de oplevering en na hevige regenval gaan de buizen schuiven en loopt het souterrain onder twee hoeken vol met water. De winkeliers die van deze souterrains gebruik maken, schoenwinkel Nelson en beddenzaak Bröring, lopen hierdoor schade op aan hun zich aldaar bevindende schoenvoorraad, inventaris en verkoopgoederen. Deze schade bedraagt ruim 179 duizend euro.

2. Mogelijk dat de winkeliers voor deze schade bij hun verhuurder hebben aangeklopt. De lekkage zal immers een gebrek zijn aan de gehuurde winkelruimte (art.

7:204 lid 2 BW) en volgens de wettelijke regeling van art. 7:208 BW is de verhuurder in beginsel verplicht om de schade als gevolg van een gebrek te vergoeden. De verhuurder zal die claim dan echter naar alle waarschijnlijkheid hebben begroet met een beroep op de ROZ-voorwaarden, die bij de huur van winkelruimte gemeengoed zijn en waarin, in afwijking van de wettelijke regeling, een exoneratie voor dergelijke schade is opgenomen.²

3. Dan hebben de winkeliers een beter verhaal bij hun opstalverzekeraar ASR, die hun schade blijkens de uitspraak ook heeft vergoed (ro. 3.1.5). Als wettelijke tegenprestatie wordt ASR gesubrogeerd in de rechten van haar verzekerden (art. 7:962 BW). Daarmee heeft deze verzekeraar de mogelijkheid om te proberen om (wat van) het uitkeerde geld terug te krijgen.

4. In tegenstelling tot de verhuurder kan de aannemer die de gebrekkige HWA heeft aangelegd - de onderaannemer in het gehele werk - zich niet achter een exoneratie verschuilen. Dit is immers geen contractspartij van de winkeliers. ASR spreekt deze aannemer aan en wel op grond van onrechtmatige daad.

Buitencontractuele aansprakelijkheid voor gebreken in het werk

5. Voordat ik dit beroep op onrechtmatige daad en het oordeel daarover van rechtbank en hof behandel, maak ik eerst een aantal algemene opmerkingen over deze grondslag.

6. Binnen het leerstuk van de onrechtmatige daad lijken in een situatie als deze, waarin iemand schade wil verhalen op een aannemer die hij niet heeft gecontracteerd vanwege gebreken aan een bouwwerk, twee leerstukken relevant.

7. Ten eerste gevaarzetting. Hieronder wordt verstaan het in het leven roepen en/of laten voortbestaan van een gevaar voor personen of zaken, waaronder begrepen het achterwege laten van voldoende voorzorgsmaatregelen ter voorkoming van de verwezenlijking van dat gevaar.³ Of er sprake is van gevaarzetting, kan worden getoetst aan de hand van de factoren als genoemd in het *Kelderluik* arrest⁴:
i. de waarschijnlijkheid van onoplettend of onvoorzichtig gedrag van de potentiële slachtoffers;
ii. de kans dat daardoor ongevallen ontstaan;
iii. de ernst van de mogelijke gevolgen van zulke ongevallen;
iv. de bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen. Waarbij uit onder meer het *Sleutelbos*-arrest⁵ kan worden afgeleid dat het gevaarzettingsleerstuk niet alleen geldt

voor schade aan personen maar ook voor schade aan zaken (zoals hier aan de hand: de lekkageschade).

8. Ten tweede is er de aansprakelijkheid die een contractspartij bij de uitvoering van zijn verbintenissen uit een overeenkomst kan hebben jegens een derde. Hierover overweegt de Hoge Raad in *Vleesmeesters/Alog*⁶ uit 2009 dat 'een overeenkomst waarbij iemand partij is, in het rechtsverkeer een schakel kan vormen waarmee de belangen van derden verbonden kunnen zijn. Als de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat die schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, kan de zorgvuldigheid die volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, afhankelijk van de omstandigheden van het geval vereisen dat de contractant rekening moet houden met de belangen van die derde'. De Hoge Raad noemt vervolgens een groot - doch niet uitputtend - aantal relevante omstandigheden:

- i. de hoedanigheid van alle betrokken partijen;
- ii. de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst;
- iii. de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken;
- iv. de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was;
- v. de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien;
- vi. de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden;
- vii. de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt;
- viii. de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt; en
- ix. de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling.

9. In *Wierds/Visseren*⁷ uit 2012 plaatst de Hoge Raad dit leerstuk in de context van aanneming van werk. Hij overweegt: 'De onderaannemer zal in het algemeen binnen bepaalde grenzen rekening hebben te houden met de belangen van de opdrachtgever en de opdrachtgever zal in het algemeen erop mogen vertrouwen dat de onderaannemer dat doet'. Een wanprestatie is geen vereiste voor aansprakelijkheid, aldus nog steeds dit arrest.

10. Vervolgens overweegt de Hoge Raad in *Vissers/Compaen*⁸ dat het *ontbreken* van wanprestatie ook geen *vrijgeleide* is. Waar het om gaat is dat de aangesproken partij haar verklaringen en gedragingen ter zake van de overeenkomst waarbij zij partij is, mede dient te laten bepalen door de belangen van de betrokken derde. Doet zij dat onvoldoende, dan kan dat leiden tot aansprakelijkheid voor daardoor veroorzaakte schade.

² Art. 11.3 van de ROZ-voorwaarden, versie 2012 luidt als volgt:

'Verhuurder is niet aansprakelijk voor schade tengevolge van een gebrek en huurder kan in geval van een gebrek geen aanspraak maken op huurprijzvermindering en verrekening, behoudens de bevoegdheid tot verrekening als bedoeld in artikel 7:206 lid 3 Burgerlijk Wetboek.' In art. 11.4 staan de uitzonderingen van deze exoneratie.

³ Definitie ontleend aan *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/58.

⁴ HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136.

⁵ HR 12 maart 2004, *NJ* 2004, 272.

⁶ HR 24 september 2009, *NJ* 2008, 587.

⁷ HR 20 januari 2012, *NJ* 2012, 59.

⁸ HR 14 juli 2017, *NJ* 2017, 364.

Vonnis in eerste aanleg

11. In eerste aanleg⁹ beperkt de aannemer¹⁰ zijn verweer tegen de vordering van ASR uitdrukkelijk tot de vraag of wanprestatie tegenover haar opdrachtgever een onrechtmatige daad tegenover de winkelier kan opleveren. Volgens de aannemer is dit slechts mogelijk bij aanvullende omstandigheden als bedoeld in (het hiervoor besproken) *Vleesmeesters/Alog* en deze zijn volgens haar gesteld noch gebleken.

12. De rechtbank Midden-Nederland gaat hier niet in mee. Zij oordeelt dat de aannemer (reeds) aansprakelijk is op grond van gevaarzetting en overweegt daartoe: '3.5. In deze zaak werkte [gedaagde] aan een afvoerleiding waar grote hoeveelheden water doorheen zouden stromen. Die leiding liep door een opslagruimte van een winkelcentrum (zo zegt [gedaagde] zelf). Het mag wel beschouwd worden als een feit van algemene bekendheid dat water dat een gebouw instroomt (huizen, winkels, kantoren) schadelijk kan zijn voor stoffering, meubilair, inventaris en in geval van opslag voor de opgeslagen goederen, of anders wel voor de verpakking daarvan (dozen). Het aanleggen van een dergelijke leiding door opslagruimten van een winkelcentrum vraagt dus om maatregelen om te zorgen dat het water in de leiding blijft en niet daaruit in die opslagruimten stroomt. Het aanleggen van zo'n leiding zonder dergelijke maatregelen kan worden beschouwd als gevaarzetting: het in het leven roepen van een risico voor anderen - al gaat het in dit geval, anders dan bij veel zaken van gevaarzetting, niet om de mogelijkheid van onvoorzichtigheid bij die anderen maar om de mogelijkheid van bijvoorbeeld ongewone weersomstandigheden. 3.6. Van [gedaagde] mocht daarom met het oog op de belangen van de gebruikers van de opslagruimten verwacht worden dat hij redelijke maatregelen zou nemen om het uitstromen van water zoveel mogelijk te voorkomen. [gedaagde] betwist niet dat daaronder valt een zodanige bevestiging van de buizen dat het risico van losschuiven van de buizen werd beperkt, en evenmin dat zij daarin is tekortgeschoten. 3.7. Daarbij is niet relevant dat [gedaagde] geen directe relatie had met Nelson en Broring en dat zij met hen geen contact heeft gehad. Ook als zij niet wist welke winkeliers de ruimten zouden gaan gebruiken, wist zij dat die ruimten gebruikt zouden gaan worden door winkeliers en dat die winkeliers direct belang zouden hebben bij een deugdelijke uitvoering van de afvoerleiding. Bij gevaarzetting is vaak niet bekend wie uiteindelijk slachtoffer wordt van het gecreëerde gevaar, en dat doet ook niet ter zake (wie in een café een kelderluik open laat staan, hoeft niet te weten wie daarin zal vallen om rekening te moeten houden met de mogelijkheid dat er iemand in valt). Bij deze stand van zaken hoeft de rechtbank niet in te gaan op de gezichtspunten van het arrest [naam VOF] /Alog.'

⁹ Rechtbank Midden-Nederland 23 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1417.

¹⁰ ...die wellicht op de achtergrond al eveneens wordt bijgestaan door haar verzekeraar; in ro. 3.1.5 is opgenomen dat deze verzekeraar de schade niet heeft vergoed, aangezien er geen aansprakelijkheid zou zijn. Deze verzekeraar heeft aldus ogenschijnlijk een rechtstreeks belang bij (alsnog) een afwijzing van de schadevordering, aangezien dat haar dekkingstandpunt zou bevestigen.

13. Zodoende stelt de rechtbank ASR (lees: de winkeliers) in het gelijk en krijgt deze verzekeraar een bedrag van 179.405,46 euro in hoofdsom toegewezen.

Hoger beroep

14. De aannemer is het hier niet mee eens en gaat in hoger beroep. Daar staat niet ter discussie of de aannemer is tekortgeschoten jegens haar contractspartij (hoofdaannemer BAM). Dit is volgens het hof - en dat lijkt mij gezien *Vissers/Compaen* terecht - niet ter zake doende aangezien i) aan de schadeclaim geen toerekenbare tekortkoming maar onrechtmatig handelen ten grondslag is gelegd (ro. 5.2) en ii) dat hiervoor een toerekenbare tekortkoming ook geen vereiste is (ro. 5.5).

15. Het hof stelt vervolgens vast dat de normen uit *Vleesmeesters/Alog* in deze zaak van toepassing zijn (ro. 5.5). Daarbij gaat hij, gelet ook op hetgeen hij aan zijn oordeel ten grondslag legt, voorbij aan het leerstuk van de gevaarzetting. Volgens het hof dient te worden beoordeeld 'of de aannemer bij het verleggen van de HWA in het souterrain is tekortgeschoten in de zorgvuldigheid die van haar jegens de huurders kon worden gevergd, ofwel naar maatstaven van maatschappelijke zorgvuldigheid jegens de huurders anders had behoren te handelen dan zij heeft gedaan' (ro. 5.6).

16. Het hof oordeelt dat de aannemer niet op bovenstaande wijze is tekortgeschoten. Daarvoor haalt hij de volgende omstandigheden aan:

1. De belangen van de huurders waren bij de aannemer niet bekend; het souterrain was nog leeg ten tijde van de werkzaamheden. Als het souterrain bijvoorbeeld zou worden gebruikt voor de opslag van antiek parkement, dan zou dat wel degelijk uitmaken voor de in acht te nemen zorgvuldigheid (ro. 5.7). Dit dus in tegenstelling tot het vonnis van de rechtbank, dat in het toekomstige gebruik geen onderscheid maakt (zie ro. 3.5 zoals hiervoor in punt 12 aangehaald).

2a. De aannemer heeft onbetwist gesteld dat dat het lijmen van verbindingen met een grotere diameter dan 110 millimeter, waarvan in casu sprake is, wordt afgeraden.

b. De betrokken monteur heeft verklaard dat hij geen fixpuntbeugels heeft gebruikt omdat deze ook in de oude situatie niet waren aangebracht en er geen druk op de leiding stond.

c. Daarnaast heeft hij verklaard dat hij na de montage heeft gecontroleerd dat een en ander muurvast vastzat.

Vanwege a, b en c kan volgens het hof niet worden geconcludeerd dat de zich ruim een jaar later voorgedaan hebbende schade voorzienbaar was en dat de aannemer zich 'in het geheel niet heeft bekommerd om de mogelijke gevolgen van zijn handelen' (ro. 5.8).

3. Het hof kan niet vaststellen dat de aannemer is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens hoofdaannemer BAM (ro. 5.9.1).

4. Het hof kan niet vaststellen dat de aannemer bij het verleggen van de HWA er rekening mee moest houden dat er geen ontlastput aanwezig was en dat de buizen daarom bestand moesten zijn tegen hoge(re) druk (ro. 5.9.2).

5. Gedurende ruim een jaar hebben zich geen problemen voorgedaan. Pas na een extreme regenbui op 28 juli 2014 is de lekkage ontstaan. De aannemer heeft onweersproken gesteld dat ook op andere plaatsen in het winkelcentrum lekkages hebben voorgedaan, met andere oorzaken (ro. 5.9.3).

17. Op basis van deze omstandigheden komt het hof alsnog tot een afwijzing van de schadevordering.

18. Opmerking verdient nog dat het hof in ro. 5.10 in het midden laat of de aannemer bij het vastzetten van de buizen de handleiding van de fabrikant niet heeft gevolgd door de buisdelen niet te fixeren. Dit lijkt mij toch echter een vaststaand feit (en zo heb ik het in de inleiding van deze noot ook gepresenteerd), gelet op het feit dat deze handelwijze in ro. 5.8 als oorzaak van de lekkage wordt genoemd en de monteur erkent dat hij geen fixbeugels heeft gebruikt (zie punt 2b hierboven).

Commentaar

19. Ik meen dat op het oordeel van het hof en de onderbouwing daarvan wel het e.e.a. kan worden aangemerkt.

20. Allereerst lijkt mij dat het hof ten onrechte voorbijgaat aan het leerstuk van de gevaarstelling. Het hof motiveert deze keuze niet. Voor zover het hof zou menen dat gevaarstelling niet aan de orde kan zijn in een casus zoals deze, waarin het (vermeende) gevaar wordt geschapen in de uitvoering van een overeenkomst, lijkt mij dat onjuist. Ook in die situatie kan dit leerstuk 'gewoon' worden toegepast, zo lijkt te volgen uit het *Sleutelbus-arrest*.¹¹

21. Verder past het Hof vervolgens - en op zich terecht - het *Vleesmeesters/Alog* leerstuk toe. De feitelijke invulling vind ik echter twijfelachtig.

22. Het lijkt mij dat de door de leverancier voorgeschreven fixpuntbeugels (uiteindelijk) bedoeld zijn om lekkage te vermijden en dat voor de hand ligt dat lekkage in een souterrain zoals het onderhavige aanzienlijke schade kan veroorzaken. Dit zal immers doorgaans worden gebruikt voor de opslag van verkoopgoederen. Monteert de aannemer deze beugels niet, dan neemt hij daarmee ogenschijnlijk een risico op schade. Het lijkt mij dat dergelijk nalaten om standaard veiligheidsmaatregelen te treffen (want daar hebben we het hier toch over) bij verwezenlijking van dit risico al snel een onrechtmatige daad oplevert, niet alleen via de *Vleesmeesters/Alog* grondslag maar ook via gevaarstelling.

¹¹ Vgl. HR 12 maart 2004, NJ 2004, 272 (*Sleutelbus*) Het van tevoren achterlaten van een autosleutel in de 'sleutelbus' van een garagebedrijf wordt in dit arrest als gevaarzettend aangemerkt, gelet op het van algemene bekendheid zijnde feit dat het regelmatig voorkomt dat bij garages autosleutels uit de brievenbus worden gehengeld en de daarbij behorende auto's die in de omgeving van die garage staan geparkeerd worden gestolen.

23. Dit kan anders zijn afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De omstandigheden die het hof in deze zaak noemt vind ik echter niet overtuigend.

24. Ten aanzien van omstandigheid 1 (zie hiervoor onder 16) lijkt mij dat voor de hand ligt dat een souterrain onder een winkelruimte wordt gebruikt voor de opslag van spullen en dat spullen in de meeste gevallen niet tegen water kunnen. In de redenering van het hof had de aannemer zich eerst bij wetenschap van zeer watergevoelige spullen - antiek perkament noemt het hof - aan de instructie van de leverancier (voldoende beugels aanbrengen) moeten houden en dat lijkt mij onjuist. In die situatie had hoogstens van de aannemer kunnen worden verwacht om extra maatregelen te treffen; een standaard instructie opvolgen - althans vergelijkbare maatregelen treffen - lijkt mij in alle gevallen dat schade kan worden verwacht een minimumvereiste voor zorgvuldigheid.

25. Dat het lijmen van verbindingen wordt afgeraden (omstandigheid 2a, onder 16), zoals de aannemer heeft aangevoerd, lijkt mij op zichzelf een onvoldoende gemotiveerde stelling. En dit laat onverlet dat er op een aantal punten geen fixbeugels zijn gebruikt, zoals de handleiding van de HWA dat wel voorschrijft. Dat deze fixbeugels in de oude situatie niet waren gebruikt, waardoor de aannemer dan volgens het hof kennelijk niet hoefde te verwachten dat deze nu wel nodig zijn (punt 2b, onder 16), vind ik evenmin sterk. Dit impliceert dat men bij de restauratie van een bouwval lagere normen mag hanteren (zich niet aan instructies hoeft te houden) dan bij de restauratie van (relatieve) nieuwbouw - en dat lijkt mij onjuist. Dan de verklaring van de monteur, dat het een en ander muurvast zat (omstandigheid 2c, onder 16). Alhoewel de eigen stellingen van de (monteur van de) aannemer kunnen worden gebruikt ter betwisting van een vordering - art. 164 lid 2 Rv¹² over getuigenverklaringen van een partij ziet alleen op bewijs en (dus) niet op tegenbewijs zoals de aannemer hier moet leveren - vind ik deze toch wat mager om daarmee tot de conclusie te komen dat de aannemer voldoende zorgvuldig heeft gehandeld en zich niet (meer) aan de instructie van de leverancier hoefde te houden.

26. De gevolgtrekking van het hof, dat niet worden geconcludeerd dat de zich ruim een jaar later voorgedaan hebbende schade voorzienbaar was en dat de aannemer zich in het geheel niet heeft bekommerd om de mogelijke gevolgen van zijn handelen (eind van punt 2, onder 16), is mijns inziens twijfelachtig. Ik vraag mij af of de schade nu zo onvoorzienbaar was; de aannemer heeft zich immers niet gehouden aan de instructies van de fabrikant die nu juist dienen ter vermindering van dergelijke schade. Verder lijkt mij niet de norm of een partij zich 'in het geheel niet bekommert' over de mogelijke gevolgen van diens handelen. Het gaat er blijkens *Vissers/Compaen* om dat hij zich de belangen van een derde 'voldoende aantrekt'. En daarbij

¹² Art. 164 lid 2 Rv luidt: 'Indien een partij als getuige is gehoord, kan haar verklaring omtrent door haar te bewijzen feiten geen bewijs in haar voordeel opleveren, tenzij de verklaring strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs.'

lijken in casu toch vraagtekens te kunnen worden gezet, nu de aannemer de buizen niet conform de handleiding van fixpuntbeugels heeft voorzien, zoals het hof althans aan het eind van ro. 5.8 als vaststaand lijkt aan te nemen.

27. Wat betreft punten 3 en 4 (onder 16) bevreemdt het mij en lijkt mij onjuist dat het hof omstandigheden die hij zelf niet kan vaststellen aan zijn oordeel ten grondslag legt. Waarbij het zonder verdere uitleg, die ontbreekt, ook onduidelijk is waarom het hof nu opeens waarde hecht aan het wel/niet wanpresteren in relatie tot BAM, nu hij dat eerder in ro. 5.2 en 5.5 van geen belang heeft geacht.

28. Dat zich pas na een jaar problemen voordoen (punt 5, onder 16), lijkt mij niet zo relevant. Nog los van het feit dat een jaar mij niet zo oneindig lang lijkt, kan er

ook sprake zijn van een (onrechtmatig) gebrek als dit zich pas na verloop van tijd openbaart. En ook tegen een extreme regenbui, zoals die er op 14 juli 2014 kennelijk is geweest, lijkt een HWA toch bestand te moeten zijn. Zonder nu al teveel technische kennis te pretenderen, zou ik zeggen dat een HWA van een teveel aan water hoogstens vol loopt c.q. overstroomt maar deze behoort daarvan toch niet te barsten (heeft uw HWA het op 28 juli 2014 begeven???)

Tot slot

29. Al met al een boeiende kwestie, al is het maar omdat het hof een geheel andere redenering volgt dan de rechtbank. Wordt niet vervolgd; naar ik begrijp is ASR niet in cassatie gegaan.

J.H. Meerburg