

Nogmaals de grenzen van art. 6:174 BW bij leidingsschade: de werking van de tenzij-clausule bij doorlopende schade



Mr. A. van Hoey Smith*



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

1. Inleiding

In ons artikel getiteld “Leidingschades en de toepasbaarheid van de tenzij-clausule van art. 6:174 BW bij doorlopende schade” hebben wij aan de hand van een tweetal casusposities de werking van de tenzij-clausule van art. 6:174 BW geschetst.¹ Na publicatie lazen wij met belangstelling de daarop volgende reactie van mr. F.J. van Velsen (hierna: de “reactie”).² Deze reactie noopt tot een nadere analyse van de tenzij-clausule, in de literatuur omschreven als een breinbreker³ en als een “waardige uitdaging voor de scherpzinnigheid van advocatuur en rechterlijke macht”.⁴

In het onderstaande zullen wij na een korte weergave van de strekking van ons eerder genoemde artikel (paragraaf 2) en de daaropvolgende reactie (paragraaf 3), ingaan op het toepassingsbereik van art. 6:174 BW en de mogelijke samenloop met art. 6:175 BW (paragraaf 4). Na deze inleidende beschouwingen bezien wij de ratio van de tenzij-clausule (paragraaf 5) en zullen wij aangeven dat de in de reactie opgenomen bezwaren geen afbreuk doen aan onze eerdere bevindingen (paragraaf 6). Vervolgens zullen wij de praktische gevolgen weergeven voor de situaties die wij in ons eerdere artikel schetsten (paragraaf 7). Wij zullen concluderen dat bij doorlopende schade opstalbezitters in het algemeen en leidingbeheerders in het bijzonder vaker gebruik kunnen maken van de tenzij-clausule, dan tot nu toe wordt aangenomen (paragraaf 8).

2. De tenzij-clausule van art. 6:174 BW bij doorlopende leidingschade

In onze eerdere bijdrage schetsten wij een tweetal casusposities. In de eerste casus was sprake van een beschadiging van een leiding, waarbij zich direct een explosie in de nabijgelegen fabriek voordeed (naar aanleiding waarvan ook andere schade ontstond). Alle schade ontstond ineens. Ook in de tweede casus was er sprake van een beschadiging van een leiding, waarbij de beschadiging niet direct werd opgemerkt, enige tijd voortduurde en de uit de leiding stromende vloeistof tot milieuschade leidde. Er was hier sprake van doorlopende schade. In beide casus constateerden wij dat de leidingbeheerder ex art. 6:174 BW voor de gehele schade aansprakelijk zal zijn, **tenzij** hij, in de hypothetische situatie van bekendheid met het gebrek van de leiding op het moment van het ontstaan daarvan, niet aansprakelijk zou zijn geweest op grond van art. 6:162 BW. Via de tenzij-

clausule gelden de normale regels van causaliteit, relativiteit, omvang en vergoedbaarheid van schade. De tenzij-clausule heeft namelijk als oogmerk de op grond van art. 6:174 BW risicoaansprakelijke leidingbeheerder niet voor méér aansprakelijk te laten zijn, dan hij op grond van art. 6:162 BW zou zijn geweest indien hij bekend was geweest met het gebrek op het moment van ontstaan daarvan. Indien de leidingbeheerder in dat fictieve geval zich op overmacht kan beroepen, is hij op grond van art. 6:162 BW niet gehouden de schade te vergoeden. Dat zal het geval zijn wanneer de leidingbeheerder direct alles op alles zet om de (verdere) schade te voorkomen.

In ons artikel schetsten wij vervolgens een aantal situaties waarin onzes inziens de tenzij-clausule invloed (c.q. geen invloed) heeft op de aansprakelijkheid van de leidingbeheerder, althans dat de tenzij-clausule de schadevergoedingsplicht van de leidingbeheerder beperkt (c.q. niet beperkt):

- (i) de beschadiging van de leiding leidt (vrijwel) direct tot alle schade (de explosie). De tenzij-clausule is van toepassing (casus 1);
- (ii) bij de beschadiging van de leiding ontstaat (vrijwel) direct schade en deze “groeit” in de tijd. De leidingbeheerder is direct op de hoogte en doet alles om schade te voorkomen, waarin hij binnen de “overmachtsperiode” (de tijd die voor het nemen en effect sorteren van betreffende maatregelen staat) slaagt. De tenzij-clausule is van toepassing;
- (iii) dezelfde situatie als onder (ii), met dien verstande dat de leidingbeheerder **niet** direct op de hoogte is en de genomen maatregelen pas (volledig) effect sorteren nadat de overmachtsperiode is verstreken. Een *zeer groot gedeelte* van de doorlopende schade ontstaat

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

** Advocaat te Arnhem, universitair docent Universiteit van Tilburg, vakgroep Business Law en gastprofessor Universiteit Antwerpen, vakgroep Burgerlijk recht.
(weterings@dirkzwager.nl)

1. WPNR (2010) 6830, p. 115 - 121.
2. WPNR (2010) 6844, p. 448 - 450.
3. J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, nrs. 102 en 111.
4. J.H. Nieuwenhuis, *De Grenzen van de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken*, WPNR (1983) 5666, p. 583.

binnen de overmachtsperiode. De tenzij-clausule is van toepassing;

- (iv) dezelfde situatie als onder (iii), met dien verstande dat een *zeer groot gedeelte* van de schade ontstaat *na afloop van de overmachtsperiode*. De tenzij-clausule is **niet** van toepassing;
- (v) dezelfde situatie onder (iii), met dien verstande dat een gedeelte van de schade binnen de overmachtsperiode ontstaat en een gedeelte van de schade na afloop van de overmachtsperiode. De tenzij-clausule is van toepassing en deze leidt tot een beperking van de aansprakelijkheid/schadevergoedingsverplichting van de leidingbeheerder (casus 2).

Situatie (i), waarin alle schade ineens ontstaat (momentschade), is de situatie die vrijwel alle aandacht heeft gekregen in de rechtspraak en literatuur. Bij bespreking van art. 6:174 BW en zijn tenzij-clausule gaat men standaard uit van momentschade. Er wordt niet ingegaan op doorlopende schade en de eventuele gevolgen daarvan voor de werking van de tenzij-clausule.

Van de situaties waarin sprake is van doorlopende schade, vinden wij met name de laatste situatie interessant. Een leidingbeheerder komt niet meteen, maar eerst tijdens de reeds lopende overmachtsperiode of na de overmachtsperiode achter het gebrek in de leiding en treft dan onmiddellijk herstelmaatregelen. Deze maatregelen overstijgen (wat het effect betreft) de overmachtsperiode of lagen bij aanvang al buiten de overmachtsperiode. Er is dan schade ontstaan en de schade zou zijn blijven doorlopen als en zolang geen maatregelen zouden zijn getroffen. Daarbij geldt, en dat is voor de tenzij-clausule relevant, dat bij onmiddellijke bekendheid met het gebrek en direct optreden door de leidingbeheerder (situatie ii), hij ook enige tijd nodig zou hebben gehad om de leiding te herstellen en het ontstaan van verdere schade te voorkomen (“overmachtsperiode”). Ook dan zou schade zijn ontstaan. De schade is bij latere bekendheid met het gebrek in de leiding uiteraard wel omvangrijker dan bij onmiddellijke bekendheid, omdat de schade langer is doorgelopen.

Wij zijn van mening dat er bij doorlopende schade voor de schade ontstaan tijdens de overmachtsperiode, geen aansprakelijkheid op grond van art. 6:174 BW is, althans dat in verband met deze periode de schadevergoedingsplicht van de leidingbeheerder moet worden beperkt. De leidingbeheerder is “slechts” aansprakelijk voor het deel van de schade dat niet zou zijn ontstaan als hij meteen met het gebrek bekend zou zijn geweest en hij meteen maatregelen ter voorkoming van verdere schade zou hebben getroffen.

3. Samenvatting reactie Van Velsen

Van Velsen meent echter dat de tenzij-clausule een dichotomie is: het noodluik van de tenzij-clausule opent zich in zijn ogen, of opent zich niet. De tenzij-clausule is volgens hem een alles of niets bepaling. Voorts is hij van mening dat de tenzij-clausule geen invloed heeft op de omvang van de te betalen schadevergoeding. Verder is er bij onze tweede casus in zijn ogen sprake van twee verschillende oorzaken die tot verschillende schaden leiden: de beschadiging van de leiding leidt tot een schade aan de leiding, het uitstromen van de benzine uit de leiding leidt tot de milieuschade. Ten slotte geeft Van Velsen aan dat onze gedachte over de tenzij-clausule in de daarover door hem en ons gevoerde procedure “niet uitdrukkelijk is verworpen”.⁵

4. Toepasselijkheid art. 6:174 BW en mogelijke samenloop met art. 6:175 BW

Voordat wij beginnen aan een nadere analyse van de tenzij-clausule en de werking bij doorlopende schade, staan wij stil bij het toepassingsbereik van art. 6:174 BW (risicoaansprakelijkheid voor opstallen) en de mogelijke samenloop met art. 6:175 BW (risicoaansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen).

In gevallen van schade door een gas of vloeistof die – door een gebrek in de leiding – uit een leiding “ontsnapt”, zal sprake kunnen zijn van een gevaarlijke stof in de zin van art. 6:175 BW. Als de stof voorkomt op de lijst van gevaarlijke stoffen ex art. 6:175 BW – bijvoorbeeld kerosine of benzine – zal dikwijls ook de risicoaansprakelijkheid van art. 6:175 BW van toepassing (kunnen) zijn. Er is dan enerzijds sprake van schade veroorzaakt door een gebrek in de leiding (art. 6:174 BW), anderzijds is de schade dan ook veroorzaakt door de gevaarlijke stof die zich in de leiding bevond en doordat het bijzonder gevaar dat eigen is aan deze stof zich heeft verwezenlijkt (art. 6:175 BW).

Benadeelden kunnen (en zullen vaak) dan een beroep doen op zowel art. 6:175 BW als art. 6:174 BW. Dat kunnen zij doen aangezien er geen sprake is van een exclusiviteit van het regime van art. 6:175 BW ten opzichte van dat van art. 6:174 BW.⁶ Bij deze

5. Vonnis Rechtbank 's-Gravenhage 3 januari 2007, NJF 2007, 74 (Ballast Nedam/Nuon) en Hof 's-Gravenhage 30 juni 2009, NJF 2009, 347 (Ballast Nedam/Alliander). Deze procedure is slechts een aanzet geweest voor dit artikel. Wij hebben onze gedachten (en de discussie) over de tenzij-clausule, doorlopende schade en overmacht ruimer willen insteken. Zoals ook aangegeven in voetnoot 15 van ons eerdere artikel zij herhaald dat wij, evenals mr. Van Velsen, als advocaten betrokken zijn geweest bij genoemde procedure.
6. K.J.O. Jansen, Samenloop en kanalisering van aansprakelijkheid. Over de exclusieve aansprakelijkheid van bepaalde personen, mede in het licht van de toezichthoudersproblematiek, in: I.S.J. Houben e.a., Samenloop, Deventer: Kluwer 2007, p. 176.

samenloop is sprake van een alternatief stelsel.⁷ Een benadeelde hoeft geen keuze tussen de twee grondslagen te maken (maar wanneer hij op één grond schadevergoeding toegewezen heeft gekregen, kan hij uiteraard niet meer vergoeding van dezelfde schade op een andere grond krijgen). Wel is er een kanalisatie van de risicoaansprakelijkheid onder beide artikelen naar dezelfde persoon (bezitter opstal of leidingbeheerder).

Benadeelden kunnen dus alle in aanmerking komende bepalingen aan hun schadeclaim jegens die persoon ten grondslag leggen. Daarbij zullen benadeelden dan een voorkeur kunnen hebben voor art. 6:175 BW. De toepasselijkheid daarvan is in beginsel eenvoudiger aan te tonen en de tenzij-clausule behorende bij dat artikel (geformuleerd in art. 6:178 BW) zal hen doorgaans minder obstakels opleveren. Bij gevaarlijke stoffen geldt derhalve, gelet op art. 6:178 BW, een van art. 6:174 BW afwijkend stelsel van uitzonderingen op de risicoaansprakelijkheid (een andere tenzij-clausule). Met andere woorden, een benadeelde zal dan primair voor het anker van art. 6:175 BW kunnen gaan liggen en subsidiair voor het anker van art. 6:174 BW.

Er zal ook vaak (zekerheidshalve) een beroep op beide artikelen worden gedaan gelet op de mogelijkheid dat het beroep op art. 6:175 BW in het concrete geval niet opgaat c.q. door de rechter wordt afgewezen omdat niet aan de vereisten is voldaan. Bijvoorbeeld omdat er (uiteindelijk: toch) geen sprake is van een “gevaarlijke stof” of omdat (uiteindelijk blijkt dat) het bijzondere gevaar dat eigen is aan de stof zich in het concrete geval niet heeft verwezenlijkt.⁸

In die samenloop gevallen vormt art. 6:174 BW dan een vangnetbepaling. De tenzij-clausule van art. 6:174 BW komt in de rechterlijke beoordeling pas aan de orde als het primaire beroep op art. 6:175 BW niet slaagt. Door partijen zal dan altijd op (de werking van) art. 6:174 BW moeten worden ingegaan aangezien zij er rekening mee moeten houden dat de primaire grondslag voor aansprakelijkheid, wordt gepasseerd.

De door de wetgever in art. 6:175 gekozen systematiek brengt derhalve mee, dat de art. 6:173 en 174 van toepassing blijven, maar dat de gelaedeerde zijn vordering slechts kan richten tot degene die op grond van art. 6:175 aansprakelijk is.⁹

Daarnaast zullen er gevallen zijn waarin **louter** een beroep wordt gedaan en/of kan worden gedaan op art. 6:174 BW omdat duidelijk is dat de stof in de leiding geen gevaarlijke stof is in de zin van art. 6:175 BW. Bijvoorbeeld in geval van een oliegevulde kabel, waarbij de olie geen gevaarlijke stof is in de zin van art. 6:175 BW omdat de betreffende olie niet giftig of ontvlambaar is. Als die olie uit de door een externe oorzaak gebrekkig geworden kabel stroomt en scha-

de aan zaken veroorzaakt, dan valt het schadegeval slechts onder het toepassingsbereik van art. 6:174 BW.¹⁰ Hetzelfde geldt bijvoorbeeld wanneer door het verrichten van werkzaamheden door een aannemer, waarbij een fout wordt begaan, een waterleiding wordt geraakt en door het uitstromende water doorlopend schade ontstaat, zonder dat die schade snel wordt opgemerkt c.q. kan worden opgemerkt.

5. Ratio tenzij-clausule: parlementaire geschiedenis en literatuur

Algemeen

Bij de analyse van de toepasselijkheid van de tenzij-clausule op de door ons geschetste casus is de achterliggende gedachte van de wetgever, de ratio van de clausule, (uiteraard) van groot belang.¹¹ Daarom hebben wij in onze eerdere bijdrage ook verwezen naar de parlementaire geschiedenis van art. 6:173/174 BW en de literatuur daarover. Gelet op het feit dat in de reactie de parlementaire geschiedenis onjuist wordt geciteerd,¹² en vraagtekens worden geplaatst bij ons standpunt dat het in de rechtsliteratuur algemeen aanvaard is dat de tenzij-clausule invloed heeft op de omvang van de te betalen schadevergoeding,¹³ is het voor de lezer noodzakelijk om kennis te nemen van de relevante passages in de parlementaire geschiedenis en de literatuur ter zake. Deze worden in het hiernavolgende weergegeven, waarbij wij duidelijkheidshalve cursiveringen hebben aangebracht.

7. MvT TK 1988-1989, 21 202, nr. 3, p. 8-9 (sub B.1). Zie nader hierover E. Bauw & E.H.P. Brans, *Milieuprivaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 199-200, J. Spier & C.H.W.M. Sterk, *Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen*, Deventer: Kluwer 1995, p. 56 en C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid*. De afdelingen 6.3.2 en 6.3.3 NBW, alsmede art. 31 Wegenverkeerswet, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 343-344.
8. Zie in dit kader Rechtbank Maastricht 26 september 2007, LJN BB4441 (Essent/Staat c.s.), r.o. 4.59.
9. In die zin ook: E. Bauw, *Buiten-contractuele aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging*, Deventer: Kluwer 1994, p. 209-210 en E.A. Messer, *Risico-aansprakelijkheid voor milieuverontreiniging in het BW*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 38-39.
10. Wij verwijzen naar eerder genoemd vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage 3 januari 2007, NJF 2007, 74 (Ballast Nedam/Nuon) en het arrest van het Hof 's-Gravenhage 30 juni 2009, NJF 2009, 347 (Ballast Nedam/Alliander). In die procedure werd louter geprocedeerd over art. 6:174 BW, niet over art. 6:175 BW.
11. In de bewoordingen van T. Hartlief, “De aansprakelijkheid voor zaken”, *BW Krant* 1996, p. 205: “(...) lijkt het goed de parlementaire geschiedenis te bekijken. Als altijd komt aan haar betekenis toe, zij het geen doorslaggevende.”
12. Zie het citaat in WPNR (2010) 6844, p. 449, welk citaat niet afkomstig is uit de parlementaire geschiedenis, hetgeen gesuggereerd wordt in voetnoot 7 bij dat artikel, maar afkomstig is uit de Tekst & Commentaar serie, namelijk J.H. Nieuwenhuis 2009 (T&C BW), art. 6:173 BW, aant. 4.c.
13. Zie ons standpunt WPNR (2010) 6830, p. 118 en de reactie van Van Velsen WPNR (2010) 6844, p. 449.

Parlementaire geschiedenis

In de parlementaire geschiedenis is het volgende opgenomen met betrekking tot de strekking van de art. 6:173 BW en 6:174 BW:

“Het gaat hier om een maatstaf, ontleend aan een hypothetisch geval, en die ertoe strekt de hier bedoelde aansprakelijkheden *te enten op de regeling betreffende onrechtmatige daad*. (...) In de eerste plaats wordt door de hier besproken formules aangegeven dat, wanneer eenmaal aan de eisen voor de betreffende aansprakelijkheid is voldaan, *dit geen verdere gevolgen heeft dan een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zou hebben*. Men denke aan causaal verband, aan relativiteit, en aan *omvang en vergoedbaarheid van de schade*.”¹⁴

“Allereerst werd gememoreerd dat bedoelde clause blijktens de parlementaire geschiedenis om de volgende redenen in deze bepalingen is opgenomen: (...)

c. *Men vermijdt moeilijkheden ten aanzien van het causaal verband*, die zouden worden opgeroepen wanneer men voor aansprakelijkheid slechts eist dat de schade door een gebrek van de zaak is ontstaan, en het gebrek op zijn beurt een gevolg is van een van buiten komende oorzaak.”¹⁵

Als reactie op een artikel van Nieuwenhuis,¹⁶ waarin het wetsvoorstel grondig tegen het licht werd gehouden en enige bezwaren werden geuit, werd verder naar voren gebracht:

“2. Vervolgens werd aan de orde gesteld dat Nieuwenhuis (...) ernstige bezwaren tegen de hier bedoelde clause heeft aangevoerd. (...) a. *De clause is overbodig omdat vragen van causaliteit en omvang en vergoedbaarheid van de schade bij de onderhavige risico-aansprakelijkheid toch reeds op dezelfde wijze worden beantwoord als bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, aangezien deze vragen worden geregeld door afdeling 6.1.9, die voor beide soorten aansprakelijkheden gelijkelijk geldt; bovendien is het relativiteitsvereiste zoals dat is opgenomen in artikel 6.3.1.2. zeer slecht toegelust om de omvang van de risico-aansprakelijkheid te begrenzen, nu bij deze aansprakelijkheid juist geen sprake is van schending van enige norm.”¹⁷

“2. Bij de bespreking van de bezwaren van Nieuwenhuis moet het volgende worden vooropgesteld. De artikelen 6.3.2.5 en 6.3.2.7 bevatten - kort samengevat - een risicoaansprakelijkheid van de bezitter of gebruiker voor gebreken van roerende zaken, respectievelijk opstellen. Deze aansprakelijkheid bestaat in beginsel, zowel ongeacht wat de oorzaak van het gebrek is als

ongeacht of het gebrek aan de bezitter of gebruiker bekend was. *Zouden de voormelde bepalingen op dit punt geen nadere regel bevatten, dan zouden de beperkingen die in afdeling 6.3.1 worden gesteld aan aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, voor de onderhavige zelfstandige aansprakelijkheidsgronden niet gelden.*”¹⁸

“Hoewel in de Parlementaire Geschiedenis van Boek 6 dit punt slechts beperkte aandacht heeft gekregen (p. 744 en 748, telkens bovenaan), moet het toch worden gezien als de *essentie van de gedachtengang die aan de slotzinsnede van de eerste leden van de artikelen 6.3.2.5 en 6.3.2.7 ten grondslag ligt*. Zij valt slechts zuiver uit te drukken door, zoals in die slotzinsnede dan ook gebeurt, met zoveel woorden naar afdeling 6.3.1 te verwijzen.

3. Tegen deze achtergrond dienen de door de commissie onder 2 samengevatte bezwaren van Nieuwenhuis als volgt te worden beantwoord.

a. *Juist is dat voor de aansprakelijkheidsgronden van de artikelen 6.3.2.5 en 6.3.2.7 ook zonder uitdrukkelijke bepaling de regels gelden betreffende wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, neergelegd in afdeling 6.1.9*. Voor zover derhalve een beperking van deze aansprakelijkheid reeds aan die afdeling kan worden ontleend, is aan de slotzinsneden van het eerste lid van die artikelen geen behoefte. Dit betekent echter niet dat de in de Parlementaire Geschiedenis van Boek 6, p. 748, eerste alinea, voorkomende opmerking dat die slotzinsneden mede van belang zijn voor *omvang en vergoedbaarheid van de schade*, onjuist is, zoals Nieuwenhuis meent. *Voor wat de omvang van de schade betreft, is deze slotzinsnede met name van belang, doordat zij door de verwijzing naar artikel 6.3.1.1 buiten twijfel stelt dat de schadevergoeding niet hoger kan zijn dan zij bij toepassing van dat artikel zou zijn geweest*. (...) Ook daarnaast is er een reeks punten die niet in afdeling 6.1.9, maar in afdeling 6.3.1 is geregeld en waarvan het wenselijk is dat zij mede de aansprakelijkheid op grond van de artikelen 6.3.2.5

14. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 748. Het op dezelfde pagina opgenomen citaat “(...) vermijdt men op deze wijze (...)” is reeds opgenomen in ons eerdere artikel, zij het dat bij dat citaat per abuis is verwezen naar p. 1380-1381. Dezelfde bewoordingen worden gehanteerd in V.V. II Inv. Parl. Gesch. (Inv.) boek 6, p. 1376.
15. V.V. II Inv. Parl. Gesch. (Inv.) boek 6, p. 1376.
16. J.H. Nieuwenhuis, De Grenzen van de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken, WPNR (1983) 5666, p. 581-590.
17. V.V. II Inv. Parl. Gesch. (Inv.) boek 6, p. 1376-1377.
18. V.V. II Inv. Parl. Gesch. (Inv.) boek 6, p. 1378-1379.

en 6.3.2.7 begrenst. Het eerste punt dat hier in het oog springt is of ten aanzien van een gebrek als in die artikelen omschreven een beroep zou kunnen worden gedaan op een *rechtvaardigingsgrond* als bedoeld in artikel 6.3.1.1 lid 2, slot, *bijvoorbeeld bestaande in overmacht*. Te bedenken valt dat een rechtvaardigingsgrond naar zijn aard betrokken is op de vraag of sprake is van schuld of van onrechtmatigheid en daarom vanouds een klassieke bron van moeilijkheden bij het afgrenzen van risico-aansprakelijkheden oplevert, waarbij immers schuld en onrechtmatigheid in beginsel geen beslissende factoren meer vormen. *Daarbij spelen ook vragen van causaal verband een rol, die niet beheerst worden door artikel 6.1.9.4, dat immers slechts ziet op het causaal verband tussen de schade en de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust en niet op het verband tussen de ingeroepen rechtvaardigingsgrond en die gebeurtenis.* (...) Hier kan worden volstaan met de aantekening dat een nadere regel hier moeilijk kan worden gemist en dat deze regel in feite moet worden gezien als een aanvulling op de ruime omschrijving in deze artikelen van wat als een gebrek van de betreffende zaak moet worden beschouwd, *die zonder deze aanvulling gemakkelijk tot een te ruime uitleg zou kunnen leiden.*"¹⁹

"De moeilijkheid die de "tenzij" formule hier dient op te lossen is of nog gesproken kan worden van een gebrek (...), als niet sprake is van een toestand van enige duur, maar van een van buiten komende gebeurtenis waarin het "gebrek" en de schade beide als één ononderbroken of nauwelijks onderbroken gebeuren hun oorzaak vinden. Bij een zodanige van buiten komende oorzaak moet in het bijzonder worden gedacht aan overmacht, derhalve een rechtvaardigingsgrond in de zin van artikel 6.3.1.1 lid 2, daaronder begrepen handelingen van een derde, voor wie de bezitter of gebruiker niet aansprakelijk is. Het gaat er derhalve niet om of het gebrek "een oorzaak heeft die voor risico van de bezitter dient te komen", (...) maar om de vraag of nog wel gesproken kan worden van een gebrek als oorzaak van het gevaar dat zich in het gegeven geval heeft verwezenlijkt."²⁰

Literatuur

Over de betreffende passages in de parlementaire geschiedenis zijn in de literatuur opmerkingen gemaakt.²¹ Zo brengt Nieuwenhuis naar voren:

"Met deze clausule wordt blijkens de parlementaire geschiedenis beoogd de risico-aansprakelijkheid "te enten op de regeling betreffende onrechtmatige daad". Ook in de jongste Memorie van Antwoord wordt het streven de beide aansprakelijkheidsvormen over één leest te slaan, energiek voortgezet."²²

Spier merkt op:

"Ook overigens dient de aansprakelijkheid van art. 6:173 BW niet verder te gaan dan die krachtens art. 6:162. Hierbij denken men aan de omvang van het causaal verband, de vergoedbaarheid van schade en matiging."²³

En Hartkamp overweegt:

"Anderzijds is dit van belang voor de toepassing van de schadevergoedingsregels van afd. 6.1.10. Weliswaar zouden deze ook zonder de voormelde maatstaf op de onderhavige aansprakelijkheidsgronden van toepassing zijn, maar de wettelijke "verwijzing" naar art. 162 stelt buiten twijfel dat de schadevergoeding, verschuldigd krachtens art. 173 e.v., niet hoger kan zijn dan zij geweest zou zijn bij toepasselijkheid van de laatstgenoemde bepaling. In de literatuur is hierover voor het oude recht wel anders geoordeeld; (...) Door Nieuwenhuis WPNR 5666 (1983), p. 585 is betoogd dat men dit alles bij gebreke van de "tenzij"-regel uit art. 98 zou kunnen afleiden, maar dit doet, daargelaten of het juist is (ik meen met Jonas, p. 99 dat dit niet het geval is) m.i. niet af aan het nut van deze maatstaf, (...). In de tweede plaats geeft de bedoelde maatstaf de omvang van de risicoaansprakelijkheid aan: zij doet dit door, uitgaande van een vergelijking met de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, aan te geven van welke vereisten voor laatstbedoelde aansprakelijkheid hier wordt geabstraheerd. In het geval van art. 173 kan de bezitter zijn aansprakelijkheid niet afwenden met een beroep op (schuld of onrechtmatigheid uitsluitende) onbekendheid met het gebrek, doch slechts door omstandigheden te bewijzen die hem, bij bekendheid met het gebrek, van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad hadden gevrijwaard. Door deze "vergelijking" met art. 162 wordt derhalve duidelijk gemaakt waarin de risicoaansprakelijkheid nu precies bestaat, anders gezegd, welk risico op de aansprakelijke persoon wordt gelegd: in casu het risico van het bestaan van het gebrek en van de onbekendheid daarmee. Hieruit blijkt dat de

19. V.V. II Inv. Parl. Gesch. (Inv.) boek 6, p. 1379.

20. V.V. II Inv. Parl. Gesch. (Inv.) boek 6, p. 1380 - 1381.

21. Wij hebben hier slechts een selectie opgenomen. Er zij voorts verwezen naar de overige in dit en ons eerdere artikel genoemde literatuur.

22. J.H. Nieuwenhuis, Nieuws over de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken en producten, WPNR (1986) 5771, p. 97-100.

23. J. Spier e.a., Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding, Deventer: Kluwer 2009, nrs. 102 en 111. Overigens heeft Spier bij de vergoedbaarheid van schade een noot opgenomen. Deze noot (72) verwijst naar PG Boek 6, p. 748, waar naast vergoedbaarheid ook de omvang van de schade staat vermeld.

“tenzij”-regel niet alleen de negatieve functie heeft om aan te geven wanneer de aansprakelijkheid niet bestaat; de hoofdregel van de art. 173 en 174 en de in de “tenzij”-regel besloten liggende maatstaf geven tezamen aan wanneer de risicoaansprakelijkheid wél bestaat (...).”²⁴

6. Nadere analyse tenzij-clausule: weerlegging bezwaren Van Velsen

Algemeen

Zoals uit de hiervoor geciteerde parlementaire geschiedenis en literatuur blijkt, heeft de wetgever met de tenzij-clausule beoogd een correctie aan te brengen op té ver gaande aansprakelijkheid op basis van art. 6:173/174 BW. De risicoaansprakelijke kan zich aldus in het kader van art. 6:174 BW niet tegen aansprakelijkheid verweren door een beroep te doen op overmacht in die zin dat hij de externe omstandigheid en het gebrek niet heeft kunnen voorkomen. Wél kan hij een beroep doen op overmacht indien hij, bij onmiddellijke bekendheid met het gevaar, de schade niet had kunnen voorkomen.

Duidelijk blijkt uit de parlementaire geschiedenis, dat art. 6:174 BW terugrijpt op art. 6:162 BW, qua aansprakelijkheid, qua causaal verband, maar ook qua omvang van de schade.²⁵ De op grond van art. 6:174 BW aangesproken risicoaansprakelijke mag niet gehouden zijn een *hoger* bedrag te betalen, dan hij zou moeten betalen indien hij op grond van art. 6:162 BW zou zijn aangesproken. Is de risicoaansprakelijke voor schade niet op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk c.q. schadevergoedingsplichtig, dan is hij dat ook niet ex art. 6:174 BW.

Over de tenzij-clausule zelf en over de koppeling van de tenzij-clausule met (c.q. terugverwijzing naar) art. 6:162 BW is in de literatuur (voorafgaande aan en na de inwerkingtreding van het NBW) veel geschreven.²⁶ Veel auteurs hebben zich kritisch uitgelaten over de tenzij-clausule. De belangrijkste argumenten van deze auteurs hielden in dat (i) de tenzij-clausule overbodig was, omdat het stelsel van de wet (met name ingevolge afdeling 10 van titel 1 van Boek 6) tot een zelfde uitkomst zou leiden, en (ii) de koppeling van de risicoaansprakelijkheid met de “fout”aansprakelijkheid niet overeenkwam met het karakter van “risico”aansprakelijkheid. De bespreking van alle literatuur ter zake gaat de omvang van dit artikel te buiten. Wij volstaan ter zake met een verwijzing naar het (overzichts-)artikel van Hartlief²⁷. Zonder zich in een kamp te willen plaatsen concludeert Hartlief:

“Uiteindelijk is de tenzij-clausule in opzet nog niet zo’n slechte optie. Bij bekendheid met het gebrek zou sprake zijn van een foutief gedrag van de bezitter, gebruiker of producent. Daarin zit inderdaad de koppeling met de fout-aansprakelijkheid. Ik betreur deze koppeling noch de wijze waarop zij geschiedt.”²⁸

Tenzij-clausule is geen dichotomie en heeft invloed op de omvang van de schadevergoedingsplicht

Uit de wisselwerking van art. 6:174 BW via de tenzij-clausule met (alle facetten van) art. 6:162 BW blijkt dat de tenzij-clausule geen dichotomie is. Althans, de tenzij-clausule heeft op meerdere vlakken invloed op de aansprakelijkheid c.q. schadevergoedingsplicht van de risicoaansprakelijke. Dit betekent dat, mocht de tenzij-clausule als een dichotomie/een noodluik (moeten) worden opgevat, dit noodluik zich sneller opent dan bij de beperkte lezing van Van Velsen. De tenzij-clausule wordt ook, zoals in de reactie terecht is aangegeven: “in het leerstuk van de onrechtmatige daad geplaatst”.²⁹

De gedachtegang dat de tenzij-clausule slechts gelding heeft voor de aansprakelijkheid van de risicoaansprakelijke en niet relevant is voor de omvang van de schadevergoedingsplicht van de risicoaansprakelijke, lijkt de gedachtegang van Nieuwenhuis te zijn.³⁰ Deze gedachtegang is uitvoerig tijdens de parlementaire geschiedenis behandeld en door de wetgever niet gevolgd (zie paragraaf 4).

Met (i) het uitdrukkelijk in de parlementaire geschiedenis meewegen van de in de literatuur geuite bezwaren tegen de tenzij-clausule, zowel wat betreft het stelsel van de wet als de koppeling met art. 6:162

24. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 224-225.

25. Ook de voorloper van de tenzij-clausule, “als ware het gebrek hem bekend”, betrof “een aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken (...) die (3) **qua omvang** en verweermiddelen (afgezien van onbekendheid met het gebrek) niet verschilt van de aansprakelijkheid op basis van onrechtmatige daad.” (vet gedrukt auteurs). Zie T. Hartlief, “De aansprakelijkheid voor zaken”, *BW Krant* 1996, p. 207.

26. Zie, naast de overige in dit artikel genoemde literatuur, o.a. J.H. Nieuwenhuis, *De Grenzen van de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken*, WPNR (1983) 5666, p. 581 e.v.; A.T. Bolt, “Tenzij - ook - indien”, WPNR (1985) 5729, p. 148-153; Van Maanen, *De onrechtmatige daad* (titel 6.3) in het Nieuw BW anno 1988, *Kwartalbericht Nieuw BW* 1988/2, p. 37-46; L. Cornelis, *De aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken in België en Nederland* (art. 6.3.2.5. NBW), *RMThemis* 1987, p. 165-179; C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid*. De afdelingen 6.3.2 en 6.3.3 NBW, alsmede art. 31 *Wegenverkeerswet*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 100 e.v.; Van Dunné, *Verbintenissenrecht ‘Onrechtmatige Daad*. Overige verbintenissen’, 2004, p. 548-558; C.J.M. Klaassen, “Risico- en foutaansprakelijkheid, twee woorden één gedachte?”, (Struykenbundel), p. 137-143; C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, 189-194; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 225-227.

27. T. Hartlief, “De aansprakelijkheid voor zaken”, *BW Krant* 1996, p. 201-225. Zie ook: C.J.M. Klaassen, “Risico- en foutaansprakelijkheid, twee woorden één gedachte?”, (Struykenbundel), p. 137-143.

28. T. Hartlief, “De aansprakelijkheid voor zaken”, *BW Krant* 1996, p. 219.

29. WPNR (2010) 6844, p. 448, derde alinea.

30. WPNR (1983) 5666, p. 581 - 590. Althans zo wordt de mening van Nieuwenhuis samengevat in de parlementaire geschiedenis, zie de eerder opgenomen citaten.

BW, en (ii) het daarna onveranderd opnemen van de tenzij-clausule in art. 6:173 BW en 6:174 BW,³¹ heeft de wetgever aangegeven op welke wijze de bezitter van een opstal (in onze casus: de leidingbeheerder), aansprakelijk is c.q. schadevergoedingsplichtig is. Een externe omstandigheid ontslaat de leidingbeheerder in beginsel niet van aansprakelijkheid, maar indien hij, via de tenzij-clausule, kan aantonen dat zijn aansprakelijkheid c.q. schadevergoedingsplicht op grond van art. 6:162 BW (uitgaande van de fictie van de tenzij-clausule) minder verstrekkend is dan bij toepassing van het eerste gedeelte van art. 6:174 BW, dan strekt zijn aansprakelijkheid c.q. schadevergoedingsplicht zich niet verder uit dan over dit mindere gedeelte.

Overmacht, aansprakelijkheid en causaal verband

Indien de tenzij-clausule louter zou zien op aansprakelijkheid en niet op de omvang van de schadevergoeding, dan zou dit bij doorlopende schade in feite niet uitmaken. Het gaat daar (met name) om de vraag naar aansprakelijkheid en causaal verband (vestiging en omvang aansprakelijkheid). Niet alleen de omvang van de schade maar ook de omvang van de aansprakelijkheid bepaalt de uiteindelijke omvang van de schadevergoedingsverplichting.³²

Het noodluik opent zich bij overmacht van de leidingbeheerder in het fictieve geval dat hij onmiddellijk bekend is met de van buiten komende omstandigheid en het gebrek. Als op hetzelfde moment, althans korte tijd daarna, alle schade ontstaat (momentschade), dan blijft het luik open. De aansprakelijkgestelde had dan immers niets meer kunnen doen om de ontstane schade te voorkomen. Hij is dan ook niet aansprakelijk op grond van art. 6:174 BW. Dat is anders bij doorlopende schade. In de fictieve situatie zijn er geen mogelijkheden om de schade geheel te voorkomen maar wel om de schade te beperken. Het moment waarop de schadebeperkende maatregelen worden genomen en effect sorteren is daarom van belang.

Indien de leidingbeheerder meteen voorzorgsmaatregelen/schadebeperkende maatregelen heeft genomen (situatie (ii)), zal er wel schade zijn ontstaan. Het duurt namelijk even voordat de maatregelen zijn genomen en effect sorteren. Hij is dan echter niet aansprakelijk op basis van art. 6:162 BW aangezien hij niet onrechtmatig/onzorgvuldig heeft gehandeld. Hij is immers meteen na het zich voordoen van de van buiten komende gebeurtenis en het gebrek in de leiding gestart met het nemen van maatregelen. Bovendien neemt de rechtvaardigingsgrond overmacht het onrechtmatig karakter weg. De plotseling intredende abnormale situatie die het gebrek veroorzaakte, levert overmacht op. Aangezien de leidingbeheerder dan niet op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk zou zijn, is hij ook niet op grond van art. 6:174 BW aansprakelijk.

Indien de leidingbeheerder niet meteen maatregelen neemt (situatie (v)), zal er meer schade ontstaan. Uitsluitend voor die meerschade zal de leidingbeheerder onzes inziens aansprakelijk zijn. Het moment van het ontstaan van het gebrek bepaalt of men wel of niet onzorgvuldig handelt. De leidingbeheerder neemt dan immers ofwel maatregelen, of nog niet. Als hij niet meteen maatregelen neemt, dan handelt hij onrechtmatig/onzorgvuldig. Hij kan althans geen volledig beroep op overmacht meer doen. Hij is echter niet voor alle ontstane schade aansprakelijk. Het eerste deel van de schade zou immers ook zijn ontstaan als hij meteen had gehandeld en een beroep op overmacht had kunnen doen. Dat betekent dat louter het tweede deel van de schade is terug te voeren op zijn onzorgvuldig handelen. Anders gezegd: alleen die schade staat in causaal verband (condicio sine qua non) met zijn onzorgvuldig handelen. Het eerste deel van de schade kan hem niet toegerekend worden. Deze schade zou ook zijn ontstaan als hij wel (meteen) voorzorgsmaatregelen had getroffen.

Hier dringt zich de vergelijking op met verkeersongelukken waarbij een voertuig door een van buiten komende gebeurtenis (bijvoorbeeld een aanrijding, defecte remmen, lekke band) op een gevaarlijke plek op de weg terecht komt en vervolgens niet tijdig veiligheidsmaatregelen worden getroffen waardoor een ongeluk ontstaat. Bij dergelijke gevallen wordt overmacht aangenomen ter zake van het feit dat het voertuig op een gevaarlijke plek op de weg terecht is gekomen, maar wordt wel geoordeeld dat daarna een onrechtmatige daad wordt gepleegd indien in een latere fase wordt verzuimd tijdig veiligheidsmaatregelen te nemen om de gevaarlijke situatie te beëindigen.³³ Dan wordt geoordeeld dat door de schadeveroorzaker geen beroep meer kan worden gedaan op overmacht indien er een ongeluk plaatsvindt omdat er te laat maatregelen zijn getroffen. Daar gaat het steeds om momentschade. Indien het ongeval plaatsvindt tijdens de overmachtsperiode (en derhalve dan ook alle schade ontstaat), dan is er geen onrechtmatig handelen (want sprake van een rechtvaardigingsgrond). De gevaarlijke situatie is buiten de schuld van de aangesprokene ontstaan. Indien het ongeluk en de schade daarna plaatsvinden, dan is er wel sprake van onrechtmatig handelen omdat de oorzaak van het ongeval dan is gelegen in het niet (tijdig) nemen van maatregelen. Dit spoort

31. Zij het dat er een kleine tekstuele wijziging heeft plaatsgevonden van "tenzij ook indien" naar "tenzij", zonder dat dat tot enige aanpassing van de strekking van de clausule heeft geleid.

32. Art. 6:98 BW staat immers ook in afdeling 6.1.10 (Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding).

33. Zie losbladige Onrechtmatige daad (K.J.O. Jansen), Afdeling 1. Algemene bepalingen, Artikel 162, aantekening 182.1 en 182.2.

met onze bovenstaande gedachte ten aanzien van doorlopende schade. De schade tijdens de overmachtsperiode is terug te voeren op de plotseling van buiten komende oorzaak (overmacht). De (meer)schade die is ontstaan doordat niet tijdig maatregelen zijn genomen, wordt aan de schadeveroorzaker toegerekend. Kortom, er is dan “louter” aansprakelijkheid op basis van art. 6:162 BW (uitgaande van de fictie van onmiddellijke bekendheid met het gebrek) voor de schade die is terug te voeren op het niet tijdig nemen van maatregelen. Dat betekent dat er op grond van art. 6:174 BW ook louter aansprakelijkheid is voor die meerschade.

Oorzaak schade: keten van condicio sine qua non elementen

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de opvatting van Van Velsen inhoudende dat er in de tweede casus twee verschillende oorzaken zijn (de van buiten komende gebeurtenis en het gebrek in de leiding) die tot schade leiden, niet gevolgd kan worden.³⁴ Het gebrek en de schade moeten hun oorzaak in dezelfde gebeurtenis hebben. Volgens Van Velsen is het niet goed denkbaar dat er, indien er enige tijd tussen het gebrek en de schade ligt, één en dezelfde oorzaak c.q. gebeurtenis kan worden aangewezen waardoor de schade is ontstaan. Om die reden kan zijns inziens de tenzij-clausule niet van toepassing zijn.³⁵ Juist die situatie had de wetgever echter op het oog bij het opnemen van de tenzij-clausule. Het voorbeeld van de schoorsteen en het voorbeeld van de defecte lift tonen beide aan dat het niet noodzakelijk is dat de externe gebeurtenis en de schade “in tijd samenvallen”. Vandaar ook dat bijvoorbeeld Lankhorst verwijst naar de “ononderbroken of **nauwelijks te onderbreken** gebeurtenis.”³⁶ Tussen de externe gebeurtenis en de daadwerkelijke schade kan wel degelijk enige tijd (en derhalve verschillende condicio sine qua non elementen) liggen.³⁷

Trekken we de redenering uit de reactie door naar de schoorsteencasus uit de parlementaire geschiedenis, dan ziet Van Velsen (hoewel ook hij het oorzakelijk verband erkent) het inslaan van de bliksem, het daarmee gebrekkig worden van de schoorsteen, het vervolgens naar beneden vallen van de schoorsteen en het uiteindelijk in contact komen van de schoorsteen met de auto (door welke laatste oorzaak de schade aan de auto ontstaat), als separate elementen die van invloed zijn op de vraag of de tenzij-clausule van toepassing is, of niet. Uit de reactie moet dan worden afgeleid dat het gebrekkig worden van de schoorsteen (het beschadigen van de leiding door de aannemer) en de beschadiging van de auto (het intreden van milieuschade) twee verschillende oorzaken zijn (het inslaan van de bliksem respectievelijk het in contact komen van de schoorsteen met de auto). Deze oorzaken zouden niet in tijd samenvallen en daarom zou de tenzij-clausule niet van toepassing zijn. Uit het doortrekken van het voorbeeld naar de schoorsteencasus, maar evenzo uit het door-

trekken naar de liftcasus, blijkt dat die redenering niet opgaat.

Ook het argument dat milieuschade naar haar aard (en dus per definitie) een langzaam voortschrijdend proces is, kan niet gevolgd worden. Interne factoren van de stof (met name de viscositeit) maar ook externe factoren (samenstelling van de grond, het geroerd zijn van de grond, de hoogte van het grondwaterpeil, het in een kabelgoot liggen van de leiding, een stortbui ter plaatse) kunnen ertoe leiden dat de milieuschade zich snel, binnen enkele uren, uitbreidt.

Het verschil tussen de schoorsteencasus en onze leidingcasus is uiteraard dat in het eerste geval alle schade aan de auto ineens ontstaat, waar in de leidingcasus meteen schade ontstaat maar deze gedurende de tijd toeneemt (doordat vloeistof uit de gebrekkige leiding blijft stromen). De overeenkomst is echter dat meteen, althans snel, na de van buiten komende oorzaak dat het gebrek veroorzaakte, schade door het gebrekkig geworden opstal wordt veroorzaakt.

Dat lag bijvoorbeeld anders in Rechtbank Utrecht 30 september 1998, NJ Kort 1999, 29 (Moira Vastgoed/REMU). In die zaak deed zich een gasexplosie voor doordat er sprake was van een breuk in een gasleiding. In het kader van de bouw van een parkeergarage werd met een mobiele kraan cement getransporteerd over de daken van enkele panden. De kraan was op vier plaatsen gestempeld. Nadat de kraan rond het middaguur was verplaatst, vond er ter hoogte van de plaats waar de kraan de gehele ochtend had gestaan, een gasexplosie plaats. Leidingbeheerder REMU NV werd voor de ontstane schade op grond van art. 6:174 BW aansprakelijk gesteld. De rechtbank overwoog dat de schade niet door de plaatsing van de mobiele kraan, maar door een

34. Waarbij zij opgemerkt dat Alliander bij pleidooi in het hoger beroep tussen Ballast Nedam en Alliander naar voren bracht dat er in die procedure twee verschillende oorzaken waren maar dat die in tijd vrijwel samenvielen.

35. Van Velsen lijkt een volgende stap te zetten in een door Nieuwenhuis aangedragen voorbeeld in WPNR (1983) 5666, p. 588: “De vraag of de schade door een gebrek van de zaak of door de wind is veroorzaakt is zeer goed zonder nadere maatstaf te beantwoorden, en slechts op één manier: door beide. De schade is veroorzaakt door het gebrek in de schoorsteen; het gebrek door de wind; de wind door grote luchtdrukverschillen; de grote luchtdrukverschillen door een atmosferische storing bij de Azoren en zo terug tot in alle eeuwigheid. Nihil sine causa.”

36. Lankhorst 2009 (T&C BW), art. 6:174 BW, aant. 6.

37. Zie ook F.T. Oldenhuis in de Groene Serie Privaatrecht, art. 174, aant. 123: “Dat een gebrek een zekere bestaansduur moet hebben, wil dat tot kwalitatieve aansprakelijkheid leiden, wordt in de literatuur onderschreven”. Hij verwijst daarbij naar (huidig) Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 225-227; Van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, nr. 1202; Pitlo/Cahen, Verbintenissenrecht, nr. 169; Spier, Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding, nr. 111 en Bauw (Mon. BW B47), nr. 18.

gebrek in de leiding was ontstaan. Van een ononderbroken of nauwelijks te onderbreken gebeurtenis was naar het oordeel van de rechtbank in dit geval geen sprake. Er was immers geruime tijd verstreken tussen het laatste moment waarop de breuk moest zijn veroorzaakt (door de kraan) en de ontploffing, namelijk ten minste 3 uur en 15 minuten. In zo'n geval kan men zeggen dat de schade is terug te voeren op een reeds enige tijd aanwezig gebrek in de leiding en niet op de plaatsing van de mobiele kraan. Er was geen plotselinge breuk (en dus geen beroep op overmacht mogelijk). REMU had, indien zij op het moment van het ontstaan van het gebrek in de leiding (op de dag van de explosie uiterlijk om 12.00 uur) daarvan op de hoogte zou zijn geweest, maatregelen kunnen en uiteraard ook dienen te treffen om de explosie te voorkomen. Indien op dat moment adequate maatregelen getroffen zouden zijn om de uitstroom van gas te stoppen zou de explosie zich, naar moet worden aangenomen, niet hebben voorgedaan.

In die casus bestond er dus reeds enige tijd een gebrek in de leiding door een van buiten komende oorzaak, maar dat gebrek leidde niet op korte termijn tot schade. Dat ligt anders bij onze leiding-casus. Daar volgen de van buiten komende gebeurtenis, het ontstaan van het gebrek en de aanvang van de (vervolg)schade elkaar snel op. Er is dan doorlopende schade, waarbij inderdaad niet alle schade ineens ontstaat (meteen of kort na de van buiten komende gebeurtenis) maar een (groot) deel later. Er ontstaat echter wel meteen een deel van de schade en de overige schade staat ook in direct causaal (condicio sine qua non) verband met de van buiten komende omstandigheid en het gebrek. Doorslaggevend is dan ook dat het aanvangsmoment van deze doorlopende schade nagenoeg samenvalt met de van buiten komende gebeurtenis en het ontstaan van het gebrek.

Van Velsen stelt dat de aangroeiende schade niet is terug te voeren op de van buiten komende gebeurtenis en het gebrek. Dat zou volgens Van Velsen maar voor een klein deel van de schade gelden (de schade die meteen is ontstaan). De aangroeiende schade staat echter wel degelijk in causaal (condicio sine qua non) verband met de gebeurtenis (en het gebrek in de leiding). Uiteraard is er hier, zoals hierboven aangegeven, een grens die wordt bepaald door de overmachtsperiode. Die brengt mee dat er een einde komt aan de causale verhouding met de gebeurtenis en dat de schade alleen nog is terug te voeren op het gebrek in de leiding (en niet meer ook op de gebeurtenis). Gedurende de overmachtsperiode is de van buiten komende omstandigheid het causale element waarop de schade is terug te voeren. Met betrekking tot de schade die daarna is ontstaan, geldt dat het niet tijdig treffen van maatregelen en het nog steeds aanwezige gebrek in de leiding de dominante causale factoren zijn.

Kortom, indien een gebrek in de leiding ontstaat door een plotseling van buiten komend evenement (zoals een fout van een aannemer), dan dient meteen of kort daarna de schade volledig te ontstaan ofwel dient er een begin van het ontstaan van de schade te zijn. Van het laatste is in de casus sprake. Bij de schade na de overmachtsperiode wordt het causaal verband doorbroken en is er wel aansprakelijkheid op grond van art. 6:174 BW.

Procedure Ballast Nedam/Nuon (Alliander)

In de reactie is aangegeven dat onze gedachte over de tenzij-clausule (toepassing tijdens de overmachtsperiode) niet uitdrukkelijk is verworpen in de procedure tussen Ballast Nedam en Nuon (Alliander). Daargelaten dat wij niet beogen om genoemde procedure in de literatuur voort te zetten³⁸ en wij de discussie ruimer willen trekken (en daarmee buiten en los van bedoelde procedure), en daargelaten dat wij het toejuichen dat er in genoemde procedure ruimte wordt gezien voor onze gedachte over de tenzij-clausule, kunnen bij die constatering toch vraagtekens worden geplaatst.

Vooropgesteld zij dat over de feiten in genoemde procedure pas in een zeer laat stadium duidelijkheid werd gebracht. In eerste instantie werd ervan uitgegaan dat de milieuschade in een relatief kort tijdsbestek na de beschadiging was ontstaan (situatie (iii) uit paragraaf 2 hiervoor). In hoger beroep bleek dat anders te zijn. De rechtbank overwoog:

“Deze formule houdt in dat, indien aansprakelijkheid op grond van - kort gezegd - onrechtmatige daad zou hebben ontbroken indien (...) de leidingbeheerder het gevaar op het tijdstip van het ontstaan ervan zou hebben gekend, de aansprakelijkheid van artikel 6:174 BW niet geldt. Nuon heeft in dit verband terecht gesteld dat, ook indien zij het gevaar op het tijdstip van het ontstaan ervan zou hebben gekend, zij niettemin onrechtmatig jegens de provincie zou hebben gehandeld indien zij niet zou hebben ingegrepen en noodmaatregelen zou hebben getroffen om verder intreden van vervuiling van de grond te voorkomen of te beperken. Een beroep op overmacht had Nuon in dat geval niet kunnen baten.”³⁹

38. Tegen het arrest van het Hof 's-Gravenhage 30 juni 2009, NJF 2009, 347 (Ballast Nedam/Alliander) is geen cassatie ingesteld.

39. Rechtbank 's-Gravenhage 3 januari 2007, NJF 2007, 74 (Ballast Nedam/Nuon), r.o. 4.7.

De rechtbank achtte daarmee een beroep op overmacht (ook voor de schade die tijdens de overmachtsperiode was ontstaan) niet mogelijk. Het hof oordeelde daarover:

“Evenals de rechtbank oordeelt het hof dat in dit geval geen sprake is van zodanig samenvallen van het gebrek en gevaar enerzijds en de schade anderzijds dat Nuon zich met succes jegens de provincie had kunnen beroepen op overmacht. Door Nuon is gemotiveerd en door Ballast Nedam onvoldoende betwist naar voren gebracht dat het om een *betrekkelijk klein lek* in de kabel ging en dat de olie geleidelijk aan, gedurende de periode van 20 december 1999 tot aan de (provisorische) reparatie van de kabel, op of omstreeks 17 januari 2000, de dag waarop het lek uiteindelijk is gelokaliseerd, in de bodem is geraakt. Dit betekent dat, anders dan in het voorbeeld van een door een orkaan ingestorte schoorsteen, de schade slechts *voor een (zeer) gering deel* is veroorzaakt op het moment van het ontstaan van het gebrek en dat Nuon stelling maatregelen had kunnen en moeten treffen om het lek te dichten, indien zij onmiddellijk wetenschap had gehad van het lek. *In deze omstandigheden is er geen aanleiding voor toepassing van de “tenzij-formule”, ook niet voor een deel van de schade.* Het hof merkt hierbij nog op dat Ballast Nedam weliswaar naar voren heeft gebracht dat er aanzienlijke tijd, in ieder geval drie dagen, verstrijkt tussen het bekend worden met het gebrek en het kunnen treffen van maatregelen, maar dat, gelet op de hiervoor genoemde data, die tijdens het pleidooi tussen partijen zijn komen vast te staan, de feitelijke grondslag aan dit betoog is komen te ontvallen. Ook overigens heeft Ballast Nedam onvoldoende betwist dat Nuon korte tijd na de ontdekking van (de locatie van) het lek doeltreffende (provisorische) maatregelen kan treffen en in dit geval ook heeft getroffen. *Aan het in dit kader door Ballast Nedam gedane aanbod om door deskundigen te bewijzen welk gedeelte van de door Nuon veroorzaakte schade alleen verband houdt met de periode gelegen na de overmachtsperiode gaat het hof voorbij, nu dit aanbod, gelet op voorgaande overwegingen, niet meer relevant is.”*⁴⁰ (cursive-ring auteurs)

Het hof constateerde dat er sprake was van een *betrekkelijk klein lek* en dat er op het moment van de beschadiging een (zeer) gering deel van de milieuschade was ontstaan. Daarmee *lijkt* het hof de procedure te plaatsen in situatie (iv) uit paragraaf 2 hiervoor.

Het hof trok zijn onderzoek echter niet door naar de vraag hoelang het geduurd zou hebben voordat maatregelen hadden kunnen worden genomen en effect hadden kunnen sorteren (i.e. de overmachts-

periode) en binnen welke periode (i.e. de overmachtsperiode of de periode daarna) het grootste gedeelte van de schade was ontstaan.⁴¹ Hoewel kan worden toegegeven dat het hof de woorden bezigt “in dit geval” en “in deze omstandigheden”, geeft het hof aan dat bij een klein lek en bij het tegelijkertijd ontstaan van een zeer gering deel van de schade, naar zijn mening de tenzij-clausule niet van toepassing is.

Dit ligt, zo moge duidelijk zijn, niet in lijn met onze gedachtegang. Daarin moet verder worden gekeken dan het ontstaansmoment van het gebrek. Indien zou zijn gebleken/geoordeeld dat tijdens de overmachtsperiode (die een langere periode behelst dan het moment van het ontstaan van het gebrek), slechts een zeer klein deel van de schade zou zijn ontstaan en een zeer groot deel daarna, dan was sprake geweest van situatie (iv) zoals genoemd in paragraaf 2. Er zou dan geen ruimte zijn geweest voor toepasselijkheid van de tenzij-clausule en er zou volledige aansprakelijkheid op grond van art. 6:174 BW zijn geweest. Mocht zijn gebleken/geoordeeld dat een (substantieel) gedeelte van de schade binnen de overmachtsperiode was ontstaan en een (substantieel) gedeelte van de schade daarna, dan zou sprake zijn geweest van situatie (v) zoals genoemd in paragraaf 2. De tenzij-clausule zou dan van toepassing zijn geweest en hebben geleid tot een beperking van de aansprakelijkheid/schadevergoedingsverplichting van de leidingbeheerder.

7. Tot slot

Wat betekent het voorgaande nu voor de situaties die wij in paragraaf 2 hebben samengevat? Zien wij het goed, dan is er geen verschil van mening over situaties (i), (ii) en (iv). Bij situaties (iii) en (v) is er volgens Van Velsen sprake van de dichotomie van de tenzij-clausule: het noodluik opent zich niet, de leidingbeheerder is geheel aansprakelijk.

Daarmee wordt de betekenis van art. 6:162 BW voor de werking van art. 6:174 BW gemarginaliseerd. In de (beperkte) lezing van Van Velsen ziet de tenzij-clausule slechts op de aansprakelijkheid. Die is er, of die is er niet. Plaatsten we situaties (iii) en (v) echter in de sleutel van art. 6:162 BW (qua aansprakelijkheid, causaal verband, omvang van de schade etc.), dan kan worden geconstateerd dat de leidingbeheerder

40. Hof ‘s-Gravenhage 30 juni 2009, NJF 2009, 347 (Ballast Nedam/Alliander), r.o. 5.3.

41. Overigens ondanks hetgeen daaromtrent was aangevoerd door Ballast Nedam, welk betoog allerminst irrelevant was geworden c.q. feitelijke grondslag ontbeerde door het duidelijk worden van de schadedatum en de datum waarop de schade werd gelocaliseerd (waarbij ook bij het hof onduidelijk bleef wanneer de provisorische maatregelen door Alliander waren genomen c.q. effect hadden gesorteerd. De milieuschade werd uiteindelijk pas een jaar na het ontstaan ervan gesaneerd).

niet aansprakelijk is c.q. niet schadeplichtig is voor het gedeelte van de schade waarvoor de leidingbeheerder zich op overmacht kan beroepen (de overmachtsperiode).⁴² Voor de schade ontstaan tijdens de overmachtsperiode kan de leidingbeheerder ex art. 6:162 BW geen verwijt worden gemaakt, althans kan hij zich beroepen op overmacht, aangezien hij, bij bekendheid met het gebrek, de schade niet had kunnen voorkomen. Ook indien de overmachtsperiode verstrijkt, treft de leidingbeheerder ex art. 6:162 BW geen verwijt ter zake van het ontstaan van betreffende schade uit de overmachtsperiode, deze kan hem niet worden toegerekend.

Daarbij wordt in onze tweede casus door Van Velsen onvoldoende belang gehecht aan het feit dat er (vrijwel) direct bij het plaatsvinden van de externe gebeurtenis, schade ontstaat⁴³. Terecht koppelt Van Velsen daaraan dat indien er ineens een grote hoeveelheid benzine uitstroomt (daargelaten dat ook het volledig uitstromen van een leiding een zekere tijd zal duren), de tenzij-clausule van toepassing is (situaties (i) en (ii) genoemd in paragraaf 2). Mocht de leiding in het voorbeeld van Van Velsen blijven uitstromen, dan trekt Van Velsen zijn conclusie echter niet door in die zin dat in ieder geval voor de schade op de initiële schadelocatie (de door hem genoemde “plas in het maaiveld” en de kosten die

gemaakt moeten worden voor het afgraven en saneren van betreffende vervuilde grond), de tenzij-clausule geldt (situaties (iii) en (v) genoemd in paragraaf 2).

8. Conclusie

Wij concluderen dan ook dat onze eerdere bevindingen worden onderstreept door de tekst en de parlementaire geschiedenis van art. 6:174 BW alsmede door de literatuur ter zake. De bezwaren van Van Velsen stemmen daarmee niet overeen. Gelet op de uitleg van art. 6:174 BW in de sleutel van art. 6:162 BW, dient een leidingbeheerder zich goede reekenschap te geven van de werking van de tenzij-clausule bij een kabelbeschadiging die wordt gevolgd door een milieuschade. De tenzij-clausule is onzes inziens sneller van toepassing dan vaak wordt gedacht.

42. Daargelaten situatie (iv) zoals genoemd in paragraaf 2.

43. Van Velsen marginaliseert het direct ontstaan van schade door aan te geven dat er slechts een fractie van de (uiteindelijke) schade ontstaat c.q. dat de schade voor een heel klein deel ontstaat: WPNR (2010) 6844, p. 449, laatste twee alinea's.