

Samenvattende memo Wervengebied

Van Benthem & Keulen
Advocaten en Notariaat
www.vbk.nl

Voor : Gemeente Utrecht
Datum : 12 november 2020
Dossier : 305258/51192991.7

VERANTWOORDING

In het memo Wervengebied geven wij aan de Commissie van Wijzen een aantal handvatten op basis van wettelijke bepalingen, literatuur en rechtspraak. De opdracht is aan VBK verstrekt door de gemeente. VBK is één van de preferred suppliers voor juridische dienstverlening aan de gemeente. Het onderzoek kwalificeert dus niet als een 'onafhankelijk' advies in eigenlijke zin.

Het onderzoek is gedaan vanuit het privaatrecht- en het publiekrecht.

Bij de beschrijving van het privaatrecht is stilgestaan bij vragen als wat omvat het eigendomsrecht in het algemeen (wat is de inhoud, welke beperkingen gelden er uit hoofde van het burensrecht, het leerstuk van hinder et cetera) om vervolgens stil te staan bij vragen als wie eigenaar is van de weg en de werfkelder. Daarbij is onderzocht of er sprake is van mandeligheid en wat de consequenties daarvan zijn. Ook is aan de hand van literatuur en rechtspraak onderzocht welke voorzorgsmaatregelen bij uit te voeren bouwwerkzaamheden moeten worden getroffen.

Bij de beschrijving van het publiekrecht is met name aandacht besteed aan het voor de gemeente beschikbare instrumentarium.

Een apart onderdeel van het onderzoek strekt zich uit op het punt van aslastbeperking en de mogelijke aansprakelijkheid van de gemeente.

In het onderzoek zijn meegenomen de vragen die door de stakeholders in het gebied (gemeente en eigenaren) aan de Commissie van Wijzen zijn gesteld.

PRIVAATRECHTELIJK KADER

De eigendomsvraag is relevant omdat daaruit (meestal) voortvloeit voor wie het onderhoud en de daarmee gemoeide kosten zijn. Bij de beantwoording van die vraag zijn wij uitgegaan van een 'normaaltipe' waarbij de werfkelder is gelegen aan het pand dat aan de gracht staat, doorloopt onder de weg en uitkomt aan de gracht of de daarnaast gelegen werf en waarbij de werfkelder toegankelijk is vanuit het pand en/of vanaf de werf. De reden daarvoor is dat zonder uitgebreid kadasteronderzoek en onderzoek ter plaatse geen uitspraken kunnen worden gedaan voor een individueel geval. Daarom is voor die onderzoekshypothese gekozen, die naar onze verwachting ook het meeste zal voorkomen.

Op basis van ons onderzoek is verdedigbaar dat, uitgaande van de hiervoor beschreven werkhypothese, de werfkelder door horizontale natrekking eigendom is van de eigenaar van het grachtenpand. De boven de werfkelder gelegen weg lijkt in eigendom van de gemeente te zijn.

Gelet op de bijzondere ligging en verbondenheid van weg en kelder(gewelf) zou het kunnen zijn dat het gewelf van de kelder alsmede de bouwkundige onderdelen (van de kelder) die het gewicht van de weg afdragen naar de fundering alsook de fundering zelf mandelig zijn. Als dat zo is dan schept dat kaders voor bevoegdheden en beperkingen over en weer maar zegt nog niets over een verdeling van

onderhoudskosten. Uit de rechtspraak die in het memo Wervengebied uitgebreid is besproken, lijkt een van de toerekeningsfactoren te kunnen zijn het profijtbeginsel. Daarnaast hebben de redelijkheid en billijkheid bij mandeligheid een prominente rol. Toerekening op basis van het profijtbeginsel zou erop kunnen wijzen dat de kosten van het waterdicht maken/houden voor rekening komt van de eigenaar van de werfkelder.

In ons onderzoek komt naar voren dat trekankers waarbij krachten van de kluismuur worden overgedragen naar keldermuren die dwars op de kluismuur staan, hoogstwaarschijnlijk eigendom zijn van de gemeente. De kosten van onderhoud en vervanging zouden dan voor rekening van de gemeente komen.

Bij het uitvoeren van werkzaamheden moeten gemeente en eigenaren de nodige voorzorgsmaatregelen treffen. Daarbij geldt dat als voorzorgsmaatregelen worden getroffen en er toch schade optreedt, het enkele feit dat er voorzorgsmaatregelen zijn getroffen, niet inhoudt dat degene die de werkzaamheden uitvoert, voor die schade niet aansprakelijk kan zijn. Omdat het wervengebied mede door het verstrijken van vele eeuwen en de verschillende onderhoudsstaat van diverse werfkelders kwetsbaar is, hebben wij aan de hand van de rechtspraak aangegeven dat die voorzorgsmaatregelen bovendien soms zeer vergaand moeten zijn.

Slecht onderhoud en/of bouwvalligheid kan een factor zijn waarmee gemeente en eigenaren rekening moeten houden. Het beeld bij lagere rechtspraak is nogal casuïstisch. Wij denken dat een recente uitspraak van de Hoge Raad in het kader van – kort gezegd – aardbevingsschade een richtsnoer biedt. Bij schade aan een onroerende zaak met een bijzondere kwetsbaarheid komt de schade die op termijn toch zou zijn ontstaan niet voor vergoeding in aanmerking. Sterk chargerend gezegd: als vastgesteld kan worden dat de kelder toch op enig moment in de toekomst zou zijn ingestort, dan komt de schade niet voor vergoeding in aanmerking doordat de kelder nu al is ingestort door de uitgevoerde werkzaamheden.

PUBLIEKRECHTELIJK KADER

De Woningwet legt verschillende verplichtingen op aan de eigenaar van een gebouw of bouwwerk (en dus werfkelders). Zo mag de staat of het gebruik van een gebouw of bouwwerk, of het bouwen (en dus ook verbouwen) of slopen daarvan geen gevaar voor de gezondheid of veiligheid opleveren, noch mag het in een staat worden gebracht of gehouden die in strijd is met het Bouwbesluit 2012 of de Bouwverordening. De gemeente kan eigenaren door middel van bestuursdwang 'dwingen' aan hun verplichtingen te voldoen.

Op grond van de Wegenwet wordt de gemeente die een weg onderhoudt vermoed eigenaar van die weg te zijn. Verder bepaalt de Wegenwet dat de gemeente verplicht is een weg te onderhouden, wanneer zij deze tot openbare weg heeft bestemd. De gemeente moet er voorts voor zorgen dat wegen binnen haar gemeente in goede staat verkeren.

De Wegenwet bevat geen relevante bepalingen die de verhouding tussen de eigenaar van de werfkelder en de eigenaar van de weg regelen.

De werfkelders zijn deels een rijksmonument waarop de Erfgoedwet van toepassing is, deels gemeentelijk monument op grond van de monumentenverordening Utrecht en voor het overige niet als monument beschermd. De aanwijzing als (rijks- of gemeentelijk) monument heeft juridische

consequenties. Zo kan een aparte vergunningplicht van toepassing zijn op onder meer het slopen, verstoren, verplaatsen, wijzigen, herstellen, (laten) gebruiken van een monument. De gemeente kan bovendien door middel van bestuursdwang handhavend optreden als de toepasselijke regelgeving wordt overtreden.

ASLASTBEPERKING EN AANSPRAKELIJKHEID GEMEENTE

De gemeente kan, onder omstandigheden, aansprakelijk zijn voor schade als gevolg van het niet handhaven van de aslastbeperking in het wervengebied. Daarvoor zijn twee grondslagen denkbaar:

Onrechtmatige daad

Om aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad aan te kunnen nemen, moet aan een aantal voorwaarden worden voldaan. Een van die voorwaarden is dat het (niet) handhaven van de aslastbeperking onrechtmatig is, een andere voorwaarde is dat er een causaal verband moet bestaan tussen het niet handhaven van de aslastbeperking en de opgetreden schade. Degene die de schade lijdt, zal dit alles moeten bewijzen. Dat kan lastig zijn als er meerdere schade-oorzaken zijn aan te wijzen (bijvoorbeeld een slechte constructie van de werfkelder of achterstallig onderhoud). Een concreet antwoord op de vraag of de gemeente op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk is voor schade die het gevolg is van het niet handhaven van de aslastbeperking, kan in dit stadium niet worden gegeven. Het antwoord op die vraag hangt af van tal van omstandigheden en zal onderdeel uit moeten maken van nader onderzoek.

Gebrekkige opstal

Deze aansprakelijkheid is in beginsel een risicoaansprakelijkheid doch handelt over de schade die een derde lijdt. Deze vorm van aansprakelijkheid speelt (daarom) niet tussen de gemeente en de eigenaren van de werfkelders.

Mrs. J.M. van Noort
M. Rus-van der Velde

Memo Wervengebied

Van Benthem & Keulen
Advocaten en Notariaat
www.vbk.nl

Voor : Gemeente Utrecht
Datum : 12 november 2020
Dossier : 305258/51194214.11

Betreft : Verkenning juridische aspecten Wervengebied

.....

VERANTWOORDING

1. In de oude binnenstad van Utrecht is het zogenoemde wervengebied gelegen. Dit wervengebied is vanaf ongeveer het jaar 1100 ontstaan. Het karakteriseert zich onder andere door de aanwezigheid van (kluis)muren, aan de grachten gelegen panden, werven en werfkelders (het aantal werfkelders bedraagt naar schatting meer dan 800 stuks).
2. Beheer en onderhoud van de in het wervengebied gelegen bouwkundige voorzieningen is complex. Kelders, muren, wegen, bruggen worden los van elkaar beheerd en onderhouden.
3. De gemeenteraad van Utrecht heeft op 9 juli 2020 besloten het college te vragen een commissie van wijzen in te stellen. De raad heeft daarbij
“... het college opdracht ... [ge]geven om samen met de eigenaren een commissie van wijzen in te stellen, te benoemen en de opdracht aan deze commissie te formuleren met als doel het college, de raad en de eigenaren te adviseren over de rechten en plichten van eigenaren en de gemeente, de eigendomsverhoudingen en de mogelijke samenwerkingsvorm van eigenaren en de gemeente in het toekomstig beheer en onderhoud van het wervengebied”.
4. Het College heeft aan VBK opdracht gegeven om een voorbereidend onderzoek te doen naar wettelijke bepalingen, literatuur en rechtspraak teneinde aan de hiervoor bedoelde commissie van wijzen handvatten te bieden op het punt van eigendom, de (wederzijdse) verantwoordelijkheden, rechten en plichten van eigenaren op het punt van herstel, beheer, onderhoud en gebruik. Desgewenst kan de commissie van wijzen in het kader van haar onderzoek, aan VBK nadere onderzoeksvragen stellen.
5. Bij het door VBK uitgevoerde onderzoek, is het goed het volgende te vermelden.
VBK is één van de preferred suppliers van de gemeente Utrecht voor advocatuurlijke en juridische dienstverlening. Deze memo kan derhalve niet worden gezien als 'onafhankelijk'. Het is bedoeld om met de nodige distantie op een neutrale manier de voors- en tegens van de rechtsposities weer te geven.

6. De gemeente heeft aangegeven dat de door VBK uit te voeren verkenning vooral dient plaats te vinden vanuit de in de Vraagstelling aan de commissie van wijzen gestelde juridische vragen¹. Die vraagstelling valt uiteen in een aantal (deel-) vragen.

Vraag 1: wie is eigenaar van de weg en de werfkelder?

Hoe bepaal je de eigendomsverhoudingen in het wervengebied, hoe is dit in de wet geregeld?

Aandachtspunten zijn de interpretatie van de regeling over verticale en horizontale natrekking, de wijze waarop de eigendom in notariële akten en het kadaster zijn vastgelegd, en wie eigenaar is van een kelder die door niemand wordt gebruikt.

Vraag 2: welke rechten en plichten vloeien voort uit de eigendom van een object?

Welke gebruiksrecht en welke onderhoudsverplichtingen vloeit uit de eigendom van een werfkelder, de werf- of kluismuur of de weg en de werf voort.

Hebben de gemeente de eigenaar van een werfkelder en de eigenaar van de weg een zorgplicht?

Wat kan de inhoud van zo'n zorgplicht zijn?

Heeft de gemeente een specifieke zorgplicht als beheerder van (een openbare) weg.

Heeft de eigenaar van een werfkelder een specifieke zorgplicht omdat zijn kelder in de grond (de weg) van een ander ligt.

Is er een specifieke zorgplicht voor het nutsbedrijf of de gemeente voor de in de weg / boven de kelder liggende kabels en leidingen.

Welke verplichtingen hebben eigenaren van naastliggende percelen op grond van het civiele recht jegens elkaar (o.a. burennrecht)?

Vraag 4²: welke voorzorgsmaatregelen moeten de initiatiefnemer en eigenaren nemen, als er nabij een (kwetsbaar) object bouwactiviteiten worden uitgevoerd?

Wie moet de kosten van het noodzakelijke onderzoek en de kosten van voorzorgs- (of herstel)maatregelen dragen? Speelt het daarbij een rol of a. er sprake is van achterstallig onderhoud b. of historische gegeven kwetsbaarheid van een object?

Vraag 5: welke verplichtingen vloeien er uit de Woningwet voort voor de eigenaar van een werfkelder en de gemeente als eigenaar van de weg.

Kan het college de eigenaren van kelders en de weg op grond van de Woningwet verplichten medewerking te verlenen aan het onderzoek en het herstel het bij hun in eigendom/beheer zijnde object? Wanneer kan een eigenaar dat weigeren. Kan het college de kosten bij de eigenaar van de werfkelder of de weg leggen?

Is de regeling in de Wegenwet relevant voor de verhouding eigenaar werfkelder – eigenaar (beheerder) weg?

Welke verplichtingen vloeien er voort uit de Erfgoedwet m.b.t. het onderhoud aan werven, werf- en luismuren, de weg, en werfkelders;

Vraag 6: Is de gemeente (mede) aansprakelijk als zij de aslastbeperking of een snelheidsbeperking niet of onvoldoende handhaaft?

Welke aspecten spelen daarbij een rol? Bij wie ligt welke bewijslast? Hoe moet de aansprakelijkheid worden beoordeeld als meerdere factoren een rol spelen (handhaving, fysieke belasting verkeer onder 2 ton, constructie werfkelder, achterstallig onderhoud)?

Vraag 7: Wie is verantwoordelijk voor het waterdicht maken of houden van een werfkelder?

Behoort een werfkelder waterdicht te zijn? Wat is de verantwoordelijkheid van de eigenaar van een

¹ Vooralsnog strekt deze verkenning zich dus niet uit over de wijze waarop eventuele samenwerkingsvormen tussen de gemeente en de andere eigenaren in het wervengebied zou kunnen worden vormgegeven. Vanzelfsprekend kan dit alsnog plaatsvinden.

² In de lijst met vragen ontbreekt vraag 3.

werfkelder en wat is de verantwoordelijkheid van de gemeente als eigenaar de werf/kluismuur en de weg?

Vraag 8: Wie is eigenaar van en wie is verantwoordelijk voor de zich in de werkkelders en de werfkelder muur bevindende trekankers?

VBK heeft in deze juridische verkenning deze vragen meegenomen.

PRIVAATRECHTELIJK KADER: EIGENDOM [algemeen]

7. Alvorens toe te komen aan de beantwoording van de vraag *wie* (van de stakeholders) eigenaar (*van wat*) is, ligt de preliminaire vraag ter beantwoording voor, wat eigendom is met in het verlengde daarvan welke rechten en verplichtingen aan het eigendomsrecht als zodanig zijn verbonden. Een goed begrip daarvan is van belang om enig reliëf te kunnen geven wie voor wat in het wervengebied verantwoordelijk is; bijvoorbeeld op het gebied van het onderhoud.
8. In de wet is de omschrijving van eigendom opgenomen in artikel 5:1 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Dat artikel bepaalt:
*"1. Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben.
2. Het staat de eigenaar met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak gebruik te maken, mits dit gebruik niet strijdt met rechten van anderen en de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen daarbij in acht worden genomen.
3. ..."*
9. Eigendom is dus het meest omvattende recht dat een persoon³ op een zaak kan hebben. Het staat de eigenaar vrij van zijn zaak gebruik te maken, in beginsel op een wijze die hem goed dunkt.
10. Enerzijds is het eigendomsrecht een exclusief recht: de eigenaar mag zijn zaak gebruiken met uitsluiting van derden op de wijze die hem goed dunkt. Anderzijds beïnvloedt het eigendomsrecht het gedrag van derden in twee opzichten. In de eerste plaats mogen zij de eigenaar niet storen in het genot van zijn zaak, in de tweede plaats moeten zij zich van rechtstreekse bemoeienis met de zaak onthouden. De eerstgenoemde gedragingen zouden een onrechtmatige daad jegens de eigenaar kunnen opleveren.⁴
11. De vrijheid van de eigenaar om met zijn zaak te doen wat hij wil, is niet onbeperkt. Het ogenschijnlijk absolute recht dat de eigenaar krachtens artikel 5:1 lid 1 BW lijkt te hebben, wordt namelijk in lid 2 van datzelfde artikel ingeperkt. Artikel 5:1 lid 2 BW somt een aantal beperkingen op die aan het recht van eigendom vast zitten. Die beperkingen zijn te verdelen in drie groepen
 - a. de rechten van anderen (beperkte en persoonlijke rechten),
 - b. wettelijke voorschriften, waarbij op de wet in materiële zin wordt gedoeld, en
 - c. regels van ongeschreven privaats- en publiekrecht.

³ Met 'persoon' wordt niet slechts een natuurlijk persoon aangeduid, maar omvat ook rechtspersonen waaronder de gemeente (zijnde een rechtspersoon naar publiek recht). In het privaatrechtelijke rechtsverkeer treedt de gemeente als 'privaatrechtelijke rechtspersoon' op; in beginsel (er zijn uitzonderingen) op gelijke wijze als een andere privaatrechtelijke (rechts)persoon.

⁴ Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek (hierna: "T&C"), aantekening 2 bij artikel 5:1 BW

12. Bij (a) rechten van anderen moet men zowel denken aan verleende persoonlijke rechten (als huur en pacht) als aan verleende zakelijke rechten (vruchtgebruik, pand, erfdienstbaarheden etc.). Voorts omvat deze beperking andere rechten waarvan schending een onrechtmatige daad zou opleveren. De eigenaar dient zich immers te onthouden van storingen in het genot van andere rechten, zoals die van naburige gebruikers van onroerende zaken. Het gaat hier om een verplichting die in wezen op iedereen rust en waarvoor artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad) een vordering tot schadevergoeding aanreikt. Een van deze verplichtingen is het zich onthouden van het beschadigen van de zaken van een ander.⁵
13. Ook (b) wettelijke voorschriften kunnen de eigenaar in zijn bevoegdheden beperken, men denke aan tal van voorschriften uit het burendrecht, maar ook aan publiekrechtelijke wetgeving als de Wet op de ruimtelijke ordening en de Erfgoedwet (waarnaar een deel van de Monumentenwet 1988 is overgegaan, een ander deel schuift uiteindelijk door naar de Omgevingswet). Gaat het hierbij steeds om wetten in formele zin, ook voorschriften van wetgevers in materiële zin⁶ kunnen de eigenaar beperken in zijn bevoegdheden. In hoeverre bij verordening bevoegdheden tot gebruik van de zaak aan een ander dan de eigenaar kunnen worden toegekend, blijft aan de rechter overgelaten. Niet mogelijk is het de eigenaar het genot van zijn zaak bij verordening geheel te ontnemen. Daartoe zou onteigening nodig zijn. Evenmin kan de eigenaar worden beperkt in zijn beschikkingsbevoegdheid; ook daartoe is een wet in formele zin noodzakelijk (artikel 3:83 BW).⁷
14. De laatste beperking in artikel 5:1 lid 2 BW (c) verwijst naar onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) en naar misbruik van bevoegdheid (artikel 3:13 BW)⁸. Men mag geen gebruik van zijn eigendom maken voorzover dat jegens een ander onrechtmatig zou zijn.
15. Een eigenaar mag dus niet onder alle omstandigheden gebruik maken van hem toegekende bevoegdheden. Zo mag hij zich niet schuldig maken aan het plegen van een onrechtmatige daad maar hij mag ook geen misbruik van zijn bevoegdheden maken die uit het eigendomsrecht voortvloeien. De criteria wil er sprake zijn van het maken van misbruik van het eigendomsrecht zijn evenwel stringent, hetgeen inhoudt dat er niet snel zal worden aangenomen dat een eigenaar misbruik maakt van zijn eigendomsrecht.
Misbruik van recht geeft beperkingen vanuit het perspectief van de eigenaar beschouwd, terwijl het leerstuk van hinder beperkingen aan de uitoefening van het eigendomsrecht kan stellen vanuit het perspectief van de benadeelde beschouwd. Gebruik van het eigendomsrecht dat voor een ander onrechtmatige hinder oplevert is niet toegestaan.⁹ Hinder komt hieronder bij het burendrecht nader aan de orde.
16. Voorts vloeien beperkingen van het eigendomsrecht voort uit de regels van ongeschreven publiekrecht en aan het gewoonterecht. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat er zich (bijvoorbeeld) in het burendrecht tal van situaties voordoen die men aan de hand van het ongeschreven recht zal moeten oplossen. Een voorbeeld daarvan is dat aangenomen wordt dat men niet bij voorbaat mag uitsluiten dat men (althans voor zekere tijd) van het erf van de buurman een zeker gebruik mag (blijven) maken^{10, 11}.

⁵ Reehuis & Heisterkamp, Pitlo Goederenrecht 2019 (hierna: "Pitlo"), p. 431.

⁶ Van wetgeving in materiële zin spreekt men indien regelgeving wordt vastgesteld door overheidsorganen niet zijnde de Rijksoverheid (lees: regering en het parlement).

⁷ T&C, aantekening 3 bij artikel 5:1 BW.

⁸ De eigenaar kan daardoor beperkingen ondervinden in de wijze waarop hij van zijn eigendom(srecht) gebruik kan maken.

⁹ Pitlo, p. 432.

¹⁰ Daar voorziet namelijk de wet door middel van het burendrecht in.

¹¹ MvT, Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Biek 5, p. 1005.

Tussenconclusie

17. De begrenzings van de vrijheid van de eigenaar bepalen derhalve de uiteindelijke omvang van zijn bevoegdheden. Die omvang kan slechts in een concrete situatie worden vastgesteld en laat zich niet in het algemeen definiëren. Zo zal de eigenaar van een woning in de binnenstad aan meer beperkingen onderworpen zijn dan de rechthebbende op een landelijk erf. Het is ondoenlijk om een opsomming te geven van alle wettelijke regels, alle mogelijke rechten van anderen of alle uit ongeschreven recht voortvloeiende beperkingen.¹² Wij hebben daarom hierboven een aantal voorbeelden genoemd als indicatie waaraan gedacht kan worden. Eén ding is evenwel duidelijk en dat is dat de exclusieve gebruiksbevoegdheid van de eigenaar aan beperkingen onderhevig kan zijn.
- Dit betekent voor het wervengebied dat de eigendomsverhoudingen weliswaar een indicatie kunnen opleveren, wie welke bevoegdheden en aanspraken heeft maar dit kan in de concrete feiten en omstandigheden van de specifieke locatie mogelijk anderszins tot andere uitkomsten leiden dan het geval is op een andere locatie in het wervengebied. Zeker in een zo complexe omgeving als het wervengebied dient men zich er van bewust te zijn dat het eigendomsrecht zeker geen "hard and fast rules" biedt ter beslechting van discussiepunten. Steeds zal men zich rekenschap moeten geven van de bijzondere omstandigheden van het concrete geval.

Burenrecht: de inkleuring van verplichtingen en bevoegdheden van eigenaren van naburige erven¹³

18. Titel 4 van Boek 5 BW regelt over en weer de verplichtingen en bevoegdheden van eigenaren van naburige erven, kortweg ook wel "het burenrecht" genoemd. Het burenrecht is een nadere omlijning en uitwerking van het eigendomsrecht.
19. De bepalingen omtrent het burenrecht zijn opgenomen in titel 4 van Boek 5 BW en zijn van regeland recht. Door het sluiten van overeenkomsten¹⁴ of door het vestigen van beperkt zakelijke rechten¹⁵ kunnen partijen wijziging brengen in hun rechten en verplichtingen.¹⁶ Het hiernavolgende geldt dus voorzover in specifieke gevallen daarvan *niet* bij overeenkomst of door middel van een zakelijk recht is afgeweken.
20. Hierbij zij verder nog opgemerkt dat ook zaken met een publieke bestemming in het kader van het eigendomsrecht als erven zijn te beschouwen. De regels van titel 4 Boek 5 BW gelden dus voor deze erven met een publieke bestemming evenwel niet voor zover de publieke bestemming zich tegen de toepassing van die regels verzet. Wannéer dat het geval is, hangt af van de concrete situatie. Niettemin bevat titel 4 Boek 5 BW sommige bepalingen die (juist) betrekking hebben op zaken met een publieke bestemming, zoals openbare wegen en wateren.¹⁷

¹² Pitlo, p. 430-431.

¹³ Maar ook andere (algemene) bepalingen zijn op burens van toepassing, zoals artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad) en artikel 3:13 BW (misbruik van bevoegdheid). Voorts worden rechten en verplichtingen tussen burens mede beheerst door regels van geschreven en ongeschreven publiekrecht (vgl. artikel 3:14 BW).

¹⁴ Het staat eigenaren vrij om privaatrechtelijke overeenkomsten te sluiten die – uitsluitend tussen hen geldend – een regeling bevatten die de rechten en verplichtingen onderling vastleggen, bijvoorbeeld om op een bepaalde wijze gebruik te maken van het erf van de ander. Dergelijke afspraken kunnen in beginsel niet door rechtsopvolgers worden ingeroepen.

¹⁵ Bijvoorbeeld een erfdienstbaarheid. Dergelijke afspraken hebben in beginsel wel werking ten opzichte van rechtsopvolgers. Meestal zijn deze kenbaar uit de openbare registers.

¹⁶ T&C, Inleidende opmerkingen bij Titel 4 Boek 5 BW.

¹⁷ T&C, Inleidende opmerking 4 bij Titel 4 Boek 5 BW.

21. Hieronder komen de naar onze mening mogelijk relevante bepalingen uit het burendrecht voor de onderhavige kwestie van de Utrechtse werfkelders aan de orde. Het betreft evenwel (grotendeels) een algemene beschouwing. Of een bepaling uit het burendrecht van toepassing is (of kan zijn), hangt in hoge mate af van de concrete situatie.

Artikel 5:37 BW: Hinder

22. Artikel 5:37 BW bepaalt:
"De eigenaar van een erf mag niet in een mate of op een wijze die volgens artikel 6:162 van Boek 6 onrechtmatig is, aan eigenaars van andere erven hinder toebrengen zoals door het verspreiden van rumoer, trillingen, stank, rook of gassen, door het onthouden van licht of lucht of door het ontnemen van steun."
23. Artikel 5:37 BW is een *lex specialis* (een verbijzondering) ten opzichte van artikel 6:162 BW. Voor de vraag of de hinder onrechtmatig is, zijn bepalend de criteria van artikel 6:162 BW en dat is blijkens vaste rechtspraak van de Hoge Raad afhankelijk van de aard, de ernst en de duur van de hinder en de daardoor veroorzaakte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval; waaronder de plaatselijke omstandigheden (HR 3 mei 1991, NJ 1991/476). Daarbij is mede van belang of degene die zich beklagt over hinder, zich ter plaatse heeft gevestigd vóór dan wel ná het tijdstip waarop de hinder veroorzakende activiteiten een aanvang hebben genomen. In dat laatste geval zal hij 'een zekere mate van hinder' eerder hebben te dulden (HR 18 september 1998, NJ 1999/69).¹⁸
24. Verder oordeelde de Hoge Raad in HR 15 februari 1991, NJ 1992/639 dat de beantwoording van de vraag of sprake is van onrechtmatige hinder afhangt van 'de aard, de ernst en de duur van de hinder en de daardoor toegebrachte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval, waarbij onder meer moet worden rekening gehouden met het gewicht van de belangen die door de hinder toebrengende activiteit worden gediend, en de mogelijkheid, mede gelet op de daaraan verbonden kosten, en de bereidheid om maatregelen ter voorkoming van schade te nemen.' Met name vanwege dit laatste aspect, dat de Staat zich te weinig had aangetrokken van de belangen van de wederpartij in dat geval, luidde het oordeel dat de Staat onrechtmatig had gehandeld.¹⁹
25. Uit een (ook nog altijd) illustratieve uitspraak van de Hoge Raad over hinder (HR 20 december 1940, NJ 1941/366) volgde dat de erkenning van de mogelijkheid van een vordering uit onrechtmatige daad ten gevolge van het aan een ander (in dat geval door stank of gedreun en geraas) ontnemen van genot van zijn eigendom, mee bracht dat de eiser een vordering heeft om het voortgaan van de hinder te verbieden met een dwangsom op overtreding van dit verbod en herstel in de oude toestand kan vragen. Bovendien kan hij een schadevergoeding in geld eisen.²⁰
26. Natuurlijk geeft niet iedere hinder een rechtsgrond voor een rechtsvordering. In een land waar huizen zo dicht op elkaar gebouwd worden als in Nederland kan men niet leven zonder zijn burens te hinderen. Maar er zijn grenzen en de rechter kan een tussenweg kiezen. Strakke regels zijn hier dan ook niet te geven. Het maatschappelijk gebruik, het maatschappelijk normale is hierbij over het algemeen beslissend.

¹⁸ T&C, aantekening 2 bij artikel 5:37 BW.

¹⁹ Pitlo, p. 436.

²⁰ Pitlo, p. 434.

Wanneer is er nu sprake van 'hinder'?

- Er gelden geen harde eenduidige criteria voor de beantwoording van de vraag of hinder in een concreet geval wel of niet onrechtmatig is. Uit de veelheid van rechterlijke uitspraken over hinder vallen wel enkele meer algemene gezichtspunten te distilleren:
 - Plaatselijke omstandigheden.
Het ligt voor de hand dat de specifieke plaatselijke omstandigheden bepalend zijn voor de vraag of zekere hinderlijke activiteiten de grens van het toelaatbare overschrijden of niet. Voor het platteland gelden bijvoorbeeld andere maatstaven dan in de stad.
 - Wie zat er het eerst?
Het is niet zonder meer doorslaggevend, maar kan wel een factor zijn in het afwegingsproces.
 - Het algemeen belang.
Het algemeen belang vraagt soms dat we bepaalde hinderlijke gevolgen accepteren.
 - Het aantrekken van de belangen van degene die schade lijdt.
Ook al vraagt het algemeen belang dat men soms bepaalde overlast duldt, toch kan het onder omstandigheden zo zijn dat de veroorzaker van die overlast zich niet kan verschuilen achter het feit dat het algemeen belang meebrengt dat een en ander geduld moet worden. Soms komt op hem de verplichting te rusten om schadebeperkende maatregelen te nemen. De onrechtmatigheid hoeft niet enkel te zitten in de omstandigheid dat ernstige hinder wordt ondervonden, maar kan ook schuilen in de omstandigheid dat onvoldoende is gedaan om de gevolgen daarvan te verzachten, aldus de Hoge Raad in HR 29 oktober 1993, NJ 1994/107.

27. Genoemde factoren zijn gezichtspunten die bij de afweging van belangen in een concrete situatie een rol kunnen spelen. Welk belang uiteindelijk zwaarder weegt hangt af van de specifieke omstandigheden van het geval.²¹

Rechtvaardigingsgronden voor hinder?

28. Wanneer een eigenaar een uit zijn eigendomsrecht voortvloeiende en hem door de wet toegekende bevoegdheid uitoefent dan wil dat nog niet zeggen dat er dan (dus) geen sprake zou kunnen zijn van het veroorzaken van hinder aan derden.
29. Ook levert – zo is vaste rechtspraak – het hebben verkregen van een vergunning of handelen conform een bestaand bestemmingsplan niet per definitie een rechtvaardiging voor het veroorzaken van hinder op. Men kan een vergunning hebben verkregen en dan toch op grond van artikel 6:162 of 5:37 BW met de rechter in aanraking komen, omdat men een ander in het gebruik van zijn erf belemmert (zie o.a. HR 30 januari 1914, NJ 1914 /497 en HR 10 maart 1972, NJ 1972/278). Verder illustreert een ander arrest van de Hoge Raad (HR 16 maart 1973, NJ 1973/74) dat de kernvraag niet ligt in het al dan niet inbreuk maken op het eigendomsrecht, maar veeleer in de (on)zorgvuldigheid van het hinder veroorzakende gedrag.²²
30. Verder is ook geen rechtvaardigingsgrond het feit dat door de hinder veroorzakende gedraging zwaarwegende maatschappelijke belangen worden gediend.²³ Ook dan kan er sprake zijn van

²¹ Pitlo, p. 436-438.

²² Pitlo, p. 434-435.

²³ T&C, aantekening 2 bij artikel 5:37 BW.

hinder maar soms kan het zo zijn dat die (op zichzelf genomen onrechtmatige) gedraging moet worden gedoogd op grond van dat zwaarwegende maatschappelijke belang maar dat houdt dan weer niet in dat geen aanspraak op schadevergoeding bestaat. Dat volgt ook uit artikel 6:168 BW, waarin onder meer staat:

"1. De rechter kan een vordering, strekkende tot verbod van een onrechtmatige gedraging, afwijzen op de grond dat deze gedraging op grond van zwaarwegende maatschappelijk belangen behoort te worden geduld. De benadeelde behoudt zijn recht op vergoeding van de schade overeenkomstig de onderhavige titel. ..."

31. Helder is derhalve dat het leerstuk van 'hinder' zeker relevant kan zijn in het kader van de onderhavige problematiek binnen het wervengebied, maar niet op voorhand een helder licht op de kwestie werpt.

Artikel 5:55 BW: Dreigende instorting

32. Artikel 5:55 BW luidt: *"Indien door een dreigende instorting van een gebouw of werk een naburig erf in gevaar wordt gebracht, kan de eigenaar van dat erf te allen tijde vorderen dat maatregelen worden genomen teneinde het gevaar op te heffen."*
33. Bij dreigende instorting waardoor een naburig erf in gevaar wordt gebracht kan de eigenaar 'te allen tijde' (dus geen verjaring) het nemen van maatregelen door de eigenaar van het naburige erf vorderen. Dat geldt zowel voor de situatie dat het gebouw of werk uitsteekt of overhelt, als de situatie dat het gebouw of werk geheel gelegen is op het erf van degene die het heeft aangebracht.²⁴ Niet noodzakelijk is dat ook werkelijk schade dreigt te ontstaan. Het enkele 'ongemak' is al voldoende (MvA II, Parl. Gesch. 5, p. 213). Welke maatregelen dan moeten worden genomen, wordt in de wet niet bepaald. Dat hangt af van de omstandigheden van het geval. Het kan alleen stutten zijn, maar ook het geheel wegnemen van het gevaarlijke gedeelte is een mogelijkheid (MvA II, Parl. Gesch. 5, p. 213).
34. Deze bevoegdheid om het nemen van maatregelen te vorderen, zou dus een handvat kunnen bieden om in een concrete gevaarlijke situatie het nemen van (in ieder geval: nood-) maatregelen af te kunnen dwingen. Dat is wat anders dan het kunnen afdwingen van te verrichten wenselijk geachte onderhouds- of versterkingsmaatregelen. Het gebruikmaken van deze bevoegdheid zegt nog niets over de uiteindelijke kostenverdeling. Niet in alle gevallen hoeft het zo te zijn dat de buurman alle kosten van die maatregelen voor zijn rekening moet nemen. In de afweging of de buurman tot het nemen van die maatregelen zal moeten overgaan, kan relevant zijn of en in hoeverre degene die vordert dat deze maatregelen worden genomen, bereid is om in de te maken kosten bij te dragen. Het is evenwel zo afhankelijk van de omstandigheden van het geval dat hierover in algemene zin niets is te zeggen. Ook de wet zelf geeft geen concrete handvatten.

Artikel 5:56 BW: Het gebruik van andermans onroerende zaak

35. Artikel 5:56 BW bepaalt het volgende:
"Wanneer het voor het verrichten van werkzaamheden ten behoeve van een onroerende zaak noodzakelijk is van een andere onroerende zaak tijdelijk gebruik te maken, is de eigenaar van deze zaak gehouden dit na behoorlijke kennisgeving en tegen schadeloosstelling toe te staan,

²⁴ T&C, aantekening bij artikel 5:55 BW.

tenzij er voor deze eigenaar gewichtige redenen bestaan dit gebruik te weigeren of tot een later tijdstip te doen uitstellen."²⁵

36. Deze bepaling heeft een ruim bereik: het betreft zowel de situatie dat andermans erf moet worden betreden, als de situatie dat bijvoorbeeld ten behoeve van werkzaamheden aan het eigen gebouw stutten moeten worden aangebracht tegen het gebouw van de buur (MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 5, p. 214). Behoorlijke kennisgeving en schadeloosstelling zijn steeds vereist. Verder moeten de belangen van de betrokken eigenaars worden afgewogen. Dat kan bij 'gewichtige redenen' leiden tot een weigering, of tot uitstel in het geval het grotere belang (van de buurman) van tijdelijke aard is.²⁶ Bij de bespreking van te nemen voorzorgsmaatregelen in het kader van het uitvoeren van werkzaamheden aan het buurperceel, komen wij hierop bij de bespreking van de rechtspraak nog op dit punt terug.

EIGENDOM VAN DE STAAT EN VAN OPENBARE LICHAMEN EN PUBLIEK DOMEIN

37. Ten aanzien van het voorgaande en de eigendom in het algemeen kan de positie van de Staat en openbare lichamen (hierna: "de Overheid") anders zijn dan die van particulieren. Omdat dat onderscheid en de gevolgen daarvan voor het handelen van de Gemeente in deze kwestie ook van belang kunnen zijn, gaan wij hieronder onder de noemer 'Publiek domein' wat nader op de achtergrond daarvan in²⁷. Maar alvorens daarmee te beginnen eerst volledigheidshalve nog het volgende.

Vermoeden van eigendom van openbare onroerende zaken

38. Artikel 5:28 lid 1 BW bepaalt:
"Onroerende zaken die openbaar zijn, met uitzondering van de stranden der zee, worden, wanneer zij door een openbaar lichaam worden onderhouden, vermoed eigendom van dat openbare lichaam te zijn."
39. Deze bepaling kan derhalve relevant zijn bij het antwoord op de vraag of de openbare weg die op werfkelders is gelegen, in civielrechtelijke zin eigendom is van de gemeente. Dit staat los van de vraag of de weg kwalificeert als "openbaar" in de zin van artikel 13 Wegenwet. Dat is een vraag naar publiekrecht namelijk of een ieder zich over de weg mag begeven.

Onderscheid tussen eigendom in/van het publiek domein versus "privé- eigendom" gemeente

40. Wij zijn van mening dat er sprake is van 'publiek domein' wanneer de overheid (in dit geval de gemeente) eigenaar (rechthebbende) is van onroerende zaken die openbaar zijn. Beperkingen, of zo men wil andersoortige regels, ten aanzien van het eigendomsrecht vloeien deels voort uit de aard of bestemming van het object (openbare functie) en hangen deels samen met het feit dat het de Overheid is die rechthebbende is (doorwerking van publiekrechtelijke beginselen).
41. Publiek domein, de eigendom van ten openbare nutte bestemde zaken, is doelgebonden. De bestemming is ten openbare nutte, de zaak dient tot gebruik van iedereen. Essentieel voor (normale) gewone particuliere eigendom is de onbepaaldheid, het niet-doelgebonden zijn van

²⁵ Soms wordt deze bepaling wel geduid als "het ladderrecht" (namelijk de bevoegdheid omvattende om een ladder te plaatsen op het erf van de buurman om zodoende werkzaamheden uit te voeren).

²⁶ T&C, aantekening bij artikel 5:56 BW.

²⁷ Waar in het navolgende gesproken wordt over publiek domein wordt daaronder ook de gemeente begrepen.

dit eigendomsrecht. De fiets hoeft niet gebruikt te worden om mee te fietsen; de openbare weg moet echter ter beschikking van het verkeer blijven.²⁸

42. De "gewone" regels omtrent privé-eigendom zijn te vinden in het Burgerlijk Wetboek. Maar daar waar de overheid optreedt in situaties vergelijkbaar met die waarin privépersonen dat doen, blijft de overheid altijd 'overheid' en is derhalve *naast* de regels uit het BW ook gebonden aan de regels uit het publiekrecht waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Belangrijk(er) is dat waar de overheid optreedt als behartiger van het publiek domein, primair het publiekrecht geldt en (ook) moet worden gekeken naar de bijzondere wetten om te kunnen bepalen wat het rechtsgevolg van het zijn van publiek domein is; bijvoorbeeld de Wegenwet. Het privaatrecht kan aanvullend werken indien publiekrechtelijke regels ontbreken of onvoldoende zijn.^{29, 30}

RELEVANTIE EIGENDOMSVRAAG

43. Uit vorenstaande algemene beschouwing blijkt het belang van de eigendomsvraag. De eigenaar van de werfkelder is immers niet alleen *bevoegd* tot het verrichten van onderhoud maar hij is daartoe ook *niet gehouden tenzij* dit op grond van wet- en regelgeving dwingend aan hem kan worden opgelegd. Dit is dan wel de hoofdregel maar hier komen dus de hierboven besproken aspecten uit het burennrecht, hinder en onrechtmatige daad maar ook aspecten van het publiekrecht (die hieronder nog nader worden besproken) samen. Op grond van die (soms deels ongeschreven) regels zal de eigenaar dus wel degelijk onder specifieke omstandigheden gehouden zijn tot het verrichten van werkzaamheden aan zijn eigendom.
44. Voorts: ten aanzien van het onderhoud dat de eigenaar uitvoert op grond van het eigendomsrecht (sec) komen de kosten *in beginsel* geheel voor diens rekening. Dat op die kosten mogelijk subsidiegelden in mindering kunnen komen, is voor het principe niet relevant.

WIE IS EIGENAAR VAN DE WEG EN DE WERFKELDER?

Algemene uitgangspunten

45. Van belang is op te merken dat zonder uitvoerig kadasteronderzoek en onderzoek ter plaatse geen eenduidig antwoord te geven is op de vraag wie eigenaar is van een specifieke werfkelder en wat daar dan de specifieke (voor de betreffende concrete situatie) consequenties van zijn. Steekproefsgewijze raadpleging van de openbare registers geeft – kort gezegd – het beeld dat er maar ten dele vanuit de openbare registers conclusies kunnen worden getrokken. Het beeld varieert tussen goed geregeld (in het kader van eigendomsoverdracht dan wel de vestiging van zakelijke rechten) en helemaal niets geregeld (over eigendom en/of onderhoud), met daar tussenin zaken die wellicht minder goed of onvolledig zijn geregeld.
46. Maar ook: raadpleging van de openbare registers biedt niet per definitie antwoord op de vraag wie in het concrete geval eigenaar is van (bijvoorbeeld) een betreffende werfkelder. De basisregistratie kadaster bestaat uit administratieve gegevens met betrekking tot onroerende zaken en de kadastrale kaart. De verzameling administratieve gegevens werd tot 1 januari 2008

²⁸ Pitlo, p. 471-472.

²⁹ Het primaat van het publiekrecht blijkt ook uit de zgn. doorkruisingsleer (zie HR 19 mei 2000, NJ 2000/639)

³⁰ Pitlo p. 473.

'kadastrale registratie' genoemd. Deze administratieve gegevens bestaan onder andere de brondocumenten zoals notariële akten, gelegde beslagen, rechterlijke uitspraken met betrekking tot het onroerend goed, besluiten van de overheid (bijvoorbeeld een besluit krachtens de wet voorkeursrecht gemeenten) et cetera.

47. Van belang daarbij is het navolgende.

Het Nederlandse stelsel van vastgoedregistratie is een zogenaamd negatief en onvolledig stelsel.

Met *negatief* wordt bedoeld dat de inschrijving van de gegevens geen garantie biedt voor wat betreft de juistheid daarvan. De openbare registers bieden met andere woorden geen garantie dat het ingeschreven feit juist is.

Met *onvolledig* wordt bedoeld dat er feiten kunnen zijn die geheel buiten de openbare registers om plaatsvinden waardoor de juridische rechtspositie ten aanzien van de onroerende zaak wijzigt, zonder dat er een verplichting bestaat om dat feit in de openbare registers te laten inschrijven. Die feiten staan er dus gewoon niet in.

Dat kan het geval zijn bij de horizontale natrekking, maar ook verjaring kan leiden tot het verkrijgen van eigendom. Beide situatie blijken doorgaans niet uit de openbare registers. Dat is uitsluitend anders indien door de belanghebbende ervoor is gekozen om een dergelijk feit in te laten schrijven.

48. Bij onze verdere verkenning gaan wij uit van de navolgende uitgangspunten die wij hier ter wille van de leesbaarheid (alvast) weergeven:

- de gemeente is eigenaar van de openbare weg en de grond (het zandlichaam van de weg) waarop de openbare weg is gelegen en is eigenaar van de grond die onder de werfkelders is gelegen³¹;
- de werfkelder is gelegen tussen de werf / de gracht en het aan de openbare weg gelegen pand;
- de werfkelder is vanaf het aan de openbare weg gelegen pand toegankelijk³²;
- ten aanzien van de werfkelder is geen recht van opstal of een erfdienstbaarheid gevestigd (en ook overigens zijn geen afspraken gemaakt met betrekking tot de werfkelder);

Verticale en horizontale natrekking

49. Voor de bepaling wie eigenaar is, is het vertrekpunt artikel 5:20 BW.

Dit artikel bepaalt in lid 1:

“De eigendom van de grond omvat, voor zover de wet niet anders bepaalt

a. de bovengrond

b. de daaronder zich bevindende aardlagen

c. (...)

d. (...)

e. gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen en werken, voor zover ze geen bestanddeel zijn van eens anders onroerende zaak.”

³¹ Waarom dat zo is, wordt voor beide situaties (weg boven de werfkelder; grond onder de werfkelder) hieronder nog nader uiteengezet.

³² In de praktijk zijn de meeste werfkelders ook vanaf de werf toegankelijk. Dat maakt evenwel voor ons verdere betoog geen verschil.

50. De hoofdregel is dus dat de grondeigenaar in beginsel ook eigenaar is van – in dit geval – de werfkelder. Wat op of in de grond is gebouwd en duurzaam met de grond verenigd is, behoort toe aan de grondeigenaar. Dat geldt dus zowel voor het grachtenpand als voor de onder het pand gelegen werfkelder. De vraag is evenwel hoe de eigendomsverhouding ligt ten aanzien van het kelderdeel dat niet in de grond van de eigenaar van het pand ligt maar daarmee wel is verbonden.
51. Het slot van artikel 5:20 lid 1 sub e BW bevat het leerstuk van de horizontale natrekking en vormt een uitzondering op de hoofdregel van de verticale natrekking. Voor de bepaling of een bouwwerk horizontaal nagetrokken wordt, is van belang of dat bouwwerk bestanddeel is van een ander bouwwerk.
52. De beoordeling of een bouwwerk bestanddeel is van een van de aanpalende gronderven, dient te gebeuren aan de hand van art. 3:4 BW, dat aangeeft wanneer iets een bestanddeel van een zaak is.
Art. 3:4 BW bevat twee criteria: de verkeersopvatting (lid 1) en het bestaan van een fysieke verbinding die niet kan worden verbroken zonder schade van betekenis toe te brengen aan een van de verbonden zaken (lid 2). In het algemeen wordt aangenomen dat deze criteria nevensgeschikte criteria zijn. Dat houdt in dat wanneer aan één van de criteria is voldaan er sprake is van bestanddeelvorming.
53. In de wet is niet bepaald wanneer iets naar *verkeersopvatting* een bestanddeel is van een zaak. De Hoge Raad heeft deze leemte (deels) opgevuld in de arresten *Dépex*³³ en *Prorail*³⁴. In het eerste arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat wanneer een gebouw en apparatuur ‘in constructief opzicht specifiek op elkaar zijn afgestemd’, er een aanwijzing is dat deze zaken naar verkeersopvatting als één zaak moeten worden gezien. Hetzelfde geldt, aldus de Hoge Raad, wanneer het gebouw uit een oogpunt van geschiktheid als fabrieksgebouw zonder de apparatuur als onvoltooid moet worden beschouwd. Aan de criteria van constructieve afstemming en onvoltooidheid heeft de Hoge Raad in het *Prorail*-arrest nog toegevoegd dat ‘de omstandigheid dat een zaak ten opzichte van een andere zaak een tijdelijke hulpfunctie vervult en bestemd is om daarna te worden verwijderd, in het algemeen een aanwijzing oplevert’ voor het feit dat die zaak naar verkeersopvatting juist geen bestanddeel is. Het is dan niet bestemd om duurzaam ter plaatse te verblijven.
54. De Hoge Raad geeft aan dat dit slechts aanwijzingen vormen voor het bestaan van een positieve verkeersopvatting waardoor iets kwalificeert als bestanddeel. De vraag of in een bepaald geval naar verkeersopvatting sprake is van een bestanddeel moet evenwel ‘in het licht van alle omstandigheden van het geval beoordeeld worden’. Andere omstandigheden kunnen een aanwijzing vormen voor het feit dat iets naar verkeersopvatting een bestanddeel is.
55. In de rechtspraak over wat nu naar verkeersopvatting een bestanddeel is, kan ten aanzien van gebouwde voorzieningen de lijn worden ontwaard dat het gaat om objecten waarbij al in de fase van hun constructie of vormgeving *specifiek* rekening is gehouden met het andere object en de kenmerken (bijvoorbeeld afmetingen) daarvan.

³³ HR 15 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0412 (*Dépex/Bergel*).

Zie recenter ook HR 7 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2256; HR 6 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7474.

³⁴ HR 6 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7474 (*ProRail / Rijswijk Wonen*)

56. *Tussenconclusie 1: wie is eigenaar van de kelder?*

57. In literatuur en rechtspraak wordt bij kelders en andere onder de grond aanwezige bouwwerken wel getracht een invulling aan die verkeersopvattingen te geven door te kijken naar waar de ingang van het bouwwerk (hier: de werfkelder) is gelegen³⁵. Als de werfkelder de althans een ingang heeft via het grachtenpand (zoals in de hiervoor weergegeven hypothese het geval is) dan kan vanuit worden gegaan dat niet de grondeigenaar (de gemeente Utrecht) maar de eigenaar van het grachtenpand op grond van horizontale natrekking tevens eigenaar is van de werfkelder³⁶. Het maakt dan geen verschil dat de meeste werfkelders óók toegankelijk zijn vanaf de werf omdat bouwkundig de kelder van oorsprong aan het pand is gebouwd.

Tussenconclusie 2: wie is eigenaar van de weg?

58. Van belang is op te merken dat horizontale natrekken een *uitzondering* is op de hoofdregel dat een bouwwerk verticaal (dus door de grond) wordt nagetrokken. Dat de werfkelder (in ons standaardvoorbeeld) dus eigendom is van de eigenaar van het pand wil niet zeggen dat de eigenaar van het pand door de horizontale natrekking op zijn beurt de grond onder de kelder alsmede het boven de kelder gelegen zandbed en de verharding van de weg via verticale natrekking in eigendom heeft verkregen. De grond onder de kelder en de boven de kelder gelegen weg blijft ondanks de horizontale natrekking eigendom van de gemeente.

Hoe verhouden de eigendomsrechten zich tot elkaar; met andere woorden welke rechten en verplichtingen vloeien uit deze twee te onderscheiden eigendomsrechten voort?

59. Ervan uitgaande dat de conclusie is dat de werfkelder door horizontale natrekking eigendom is van de eigenaar van het grachtenpand kan de vraag gesteld worden of het de eigenaar *dus* vrijstaat om te doen en te laten wat hij wil. Immers het eigendomsrecht is het meest absolute vermogensrecht en de hoofdregel is dat het in beginsel aan die eigenaar is om daarmee te doen wat hij wil en houdt ook – in beginsel – het recht in om het voorwerp van die eigendom (juist) niet te onderhouden of zelfs te beschadigen of te vernietigen. Deze vraag is relevant omdat dit ook betrekking heeft op de constructieve (de dragende) delen van de werfkelder (dus de delen die bouwkundig noodzakelijk zijn om de boven de werfkelder gelegen weg te 'dragen').
60. De eerste reflex is om die vraag op voorhand negatief te beantwoorden, met andere woorden: het eigendomsrecht gaat niet zo ver dat de eigenaar van de werfkelder zonder enige beperking bij wijze van voorbeeld geen enkel onderhoud aan de (ook: bouwkundige delen van de) werfkelder behoeft te verrichten. Zowel bepalingen uit het burendrecht, hinder alsook

³⁵ Zie o.m. Hof 's-Hertogenbosch 2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1893; Hof Den Haag 14 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3024; Hof Amsterdam 23 augustus 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR6841; Hof Arnhem 3 april 2001, ECLI:NL:GHARN:2001:AD4258; Rb. Rotterdam 10 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6555; Rb. Utrecht 17 maart 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL7867; Rb. Arnhem 26 mei 1998, ECLI:NL:RBARN:1998:AH7588; Rb. Maastricht 6 april 2000, ECLI:NL:RBMAA:2000:AA5402; Rb. Maastricht 13 juni 1996, ECLI:NL:RBMAA:1996:AC3133. Zie ook o.m. M. Hoogesteger, Ondergronds ruimtegebruik, in het bijzonder in de Limburgse mergelgroeven, VGFC 2005, p. 6; Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 464; Van der Plank, Natrekking door onroerende zaken (O&R nr. 94) 2016.

³⁶ Of dit criterium in alle omstandigheden leidt tot de slotsom dat de eigenaar van het aan de kelder gelegen pand ook steeds eigenaar is van de werfkelder, is daarmee niet gezegd. Wat te denken bijvoorbeeld van de situatie dat – en dat zal ook zeker in het wervengebied voorkomen – de verkeersopvattingen niet een duidelijke "winnaar" kan aanwijzen bijvoorbeeld omdat een kelder verbonden is met twee panden en ook vanuit beide panden benaderbaar is. In de literatuur wordt dit wel aangeduid met onbeslechte horizontale natrekking. Verdedigbaar is dan dat de werfkelder onderdeel is van een goederenrechtelijke gemeenschap: Zie Asser/Bartels 5 2017/82a; Bartels 2011, p. 639 en Swinnen; Horizontale natrekking bij ondergrondse gangen; Maandblad voor Vermogensrecht 2020, nummer 2 die op pagina 61 die goederenrechtelijke gemeenschap genuanceerder benadert.

onrechtmatig handelen kunnen daaraan in de weg staan³⁷. De eigendom van de werfkelder houdt in dat men zich ook de belangen van de naastgelegen eigenaren dient aan te trekken. Dat geldt ook ten aanzien van de gemeente als zijnde eigenaar van de boven de werfkelder gelegen weg en (in veel gevallen) zijnde eigenaar van de werf- of kluismuur.

Is de werfkelder qua 'constructie' wellicht (deels) mandelig?

61. Wij hebben ook onderzocht of er wellicht sprake is van mandeligheid³⁸. Vanuit het perspectief dat (inmiddels³⁹) de dragende constructie (keldergewelf, muren, fundering) in belangrijke mate (ook) zorgen voor het dragen van de daarboven gelegen weg, kan de vraag worden gesteld of er dan niet (een vorm van) mandeligheid is ontstaan^{40, 41}.
62. Mandeligheid kan ontstaan op grond van een *rechtshandeling*: art. 5:60 BW. Dat artikel bepaalt: *Mandeligheid ontstaat, wanneer een onroerende zaak gemeenschappelijk eigendom is van de eigenaars van twee of meer erven en door hen tot gemeenschappelijk nut van die erven wordt bestemd bij een tussen hun opgemaakte notariële akte, gevolgd door inschrijving daarvan in de openbare registers.*⁴²
63. Mandeligheid kan ook *op grond van de wet* ontstaan. Die situatie is geregeld in art. 5: 62 BW. Dit artikel luidt:
1. Een vrijstaande scheidsmuur, een hek of een heg is gemeenschappelijk eigendom en mandelig, indien de grens van twee erven die aan verschillende eigenaars toebehoren, er in de lengterichting onderdoor loopt.
2. De scheidsmuur die twee gebouwen of werken, welke aan verschillende eigenaars toebehoren, gemeen hebben, is eveneens gemeenschappelijk eigendom en mandelig.
64. Het is duidelijk dat de situatie als bedoeld in het eerste lid niet aan de orde is. De kelder (en dan in het bijzonder de onderscheiden delen) kwalificeert/kwalificeren niet als 'vrijstaande scheidsmuur'⁴³.
65. Het vergt wat verbeelding, maar een interessante vraag is of het gewelf van de werfkelder en de delen die het gewicht van het gewelf afdragen naar de fundering niet kwalificeert als een "gemeenschappelijk scheidsmuur" in de zin van artikel 5:62 lid 2 BW. Immers, het weglichaam (zandbed en verharding) zou dan kunnen worden gezien als 'gebouw of werk' in de zin van die bepaling en datzelfde geldt voor 'de' kelder⁴⁴.
66. Een argument dat tegen mandeligheid zou kunnen worden aangevoerd, is dat oorspronkelijk bij de bouw van de kelders er geen weg in de huidige vorm (aangelegd en onderhouden door

³⁷ Wij laten op deze plaats onbesproken of bepalingen uit het *publiek recht* daaraan wellicht ook niet in de weg staan omdat dit voor de rechten en verplichtingen uit het eigendomsrecht minder relevant lijkt.

³⁸ Wij hebben daarbij vooralsnog buiten beschouwing gelaten de complicatie dat een aantal panden in het wervengebied destijds door de gemeente in erfpacht zijn uitgegeven. In de literatuur bestaat verschil van mening hoe mandeligheid zich verhoudt tot erfpacht (zijnde een beperkt zakelijk recht).

³⁹ Destijds is bij het maken van de werfkelders rekening gehouden met het gewicht van de boven de werfkelder liggende dijk.

⁴⁰ Ook in het rapport van de Universiteit Utrecht – De Utrechtse werven, inventarisatie van gemeentelijke bevoegdheden 2004 pagina 26 e.v. wordt verwezen naar de mogelijkheid dat er sprake zou kunnen zijn van een vorm van mandeligheid. Daarbij wordt weliswaar een slag om de arm gehouden. Aan die gedachte is verder geen conclusie verbonden.

⁴¹ Daarmee wordt uitdrukkelijk ieder onderdeel van de werfkelder bedoeld dat bijdraagt aan de constructieve belastbaarheid ten gevolge van het daarboven gelegen weglichaam.

⁴² Volledigheidshalve zou bij een individuele werfkelder onderzoek moeten worden gedaan of een dergelijke afspraak is gemaakt, maar in de door ons steekproefsgewijze beoordeelde situaties is daarvan geen sprake.

⁴³ Bij een vrijstaande scheidsmuur moet met bijvoorbeeld denken aan een muur die dient als erfafscheiding tussen twee buurerven.

⁴⁴ Wellicht dat het zelfs dan zuiverder zou zijn om te zeggen dat het gewelf voor dat doel ook onderdeel is van de weg.

de gemeente— die toen nog niet bestond —) boven op de kelders liep⁴⁵. Dat dit evenwel geen (doorslaggevend) argument is, blijkt uit de hieronder te bespreken uitspraak van het hof Den Bosch (Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17-04-2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW3496.

In deze uitspraak stond de vraag centraal of een muur kwalificeerde als een niet-vrijstaande scheidsmuur waardoor deze mandelig was geworden. Het hof (in de rechtsoverwegingen 4.3.1 en volgende) vond het niet van belang dat pas na geruime tijd de aanbouw (waardoor de muur mandelig werd) werd aangebracht:

4.3.1. Naar het oordeel van het hof is noch door partijen noch door de kantonrechter⁴⁶ onderkend dat, gelet op het bepaalde in art. 5:62 lid 2 BW, de in het geding zijnde muur - in elk geval ten dele - als een mandelige muur dient te worden bestempeld. Het gaat hier om een muur waartegen indertijd de uitbreiding van pand nr. 9 is aangebouwd en waartegen aan de andere zijde in 1953 het nieuw opgetrokken pand nr. 10 is aangebouwd. Daarmee is voormelde muur een muur die beide panden gemeen hebben en die daarmee gemeenschappelijk eigendom is van de eigenaren van de panden 9 en 10, in dit geval [geïntimeerde] en [appellant].

4.3.2. Aangezien de gemeenschappelijke eigendom van een mandelige muur berust op de wet, is voor de eigendom van een dergelijke muur verder niet relevant of de erfgrans tussen percelen wel of niet in de lengterichting onder de muur is gelegen. Evenmin is daarvoor relevant of er ten aanzien van een of beide panden sprake is van een zodanige verbondenheid met de muur dat de muur niet zonder schade van enige betekenis van het pand zou kunnen worden gescheiden. Voor mandeligheid is niet vereist dat de muur een constructief onderdeel vormt van het pand nr. 10. Het enkele feit dat de woning van pand nr. 10 op de hiervoor aangegeven wijze tegen de muur is aangebouwd is daarvoor voldoende.⁴⁷

4.3.3. Gelet op het voorgaande slagen de grieven 4 en 5 in zoverre dat [appellant] in die grieven terecht opkomt tegen de grondslag van het oordeel van de kantonrechter: beantwoording van de eigendomsvraag aan de hand van het bepaalde in de artikelen 3:4 en 5:3 BW. Deze grieven falen echter voor zover [appellant] daarin wil bepleiten dat de eigendom van de muur in het verleden bepalend zou zijn voor de eigendom van die muur in de huidige toestand. Zoals in r.o. 4.3.2 reeds overwogen ontstaat gemeenschappelijke eigendom van een gemene scheidsmuur op grond van de wet. Dat was onder het vóór 1992 geldende recht niet anders. Ook in art. 681 boek III (oud) BW werden muren dienende tot afscheiding tussen gebouwen gerekend gemene muren te zijn. Dit betekent dat, ook al behoorde de in het geding zijnde muur wellicht tot het in de oorlog verwoeste pand nr. 10, die muur een gemene (mandelige) muur werd op het moment dat de uitbreiding van het pand nr. 9 aan die muur werd aangebouwd. Toen het pand nr. 10 in de oorlog grotendeels werd verwoest en de in het geding zijnde muur vanaf dat moment alleen nog met het pand nr. 9 was verbonden, werd daarmee die muur door (horizontale) natrekking uitsluitende eigendom van het pand nr. 9. Dit echter alleen maar tot het moment dat een nieuw pand nr. 10 tegen die muur werd opgetrokken. Met het tegen die muur aanbouwen van het nieuwe pand nr. 10 werd die muur weer mandelig.

⁴⁵ Hoogstens een door de gemeenschappelijke eigenaren in stand gehouden onverhard "karrespoor".

⁴⁶ Partijen hadden de kwestie in eerste aanleg op de voet van artikel 96 Rv (vrijwillige verschijning) aan de kantonrechter voorgelegd.

⁴⁷ Of men uit deze overweging de gevolgtrekking kan maken dat het hof, in het geval de muur wél een constructief onderdeel was gaan uitmaken, de zaak nóg duidelijker had gevonden, kan niet eenduidig worden gezegd. De conclusie die naar onze mening wel getrokken kan worden, is dat het feit dat als de muur wel een constructief onderdeel zou zijn uit gaan maken, de beslissing niet anders zou zijn geweest.

4.4.1. Het voorgaande betekent dat naar het oordeel van het hof de muur tussen de panden van [geïntimeerde] en [appellant] een mandelige muur is en daarmee een muur die gemeenschappelijke eigendom is van de eigenaren van de percelen [pand A.] en [pand B.] te [woonplaats].

67. Voor het ontstaan van de mandeligheid van een niet-vrijstaande scheidsmuur, is het niet van belang hoe de kadastrale of erfgrans loopt. Noch de wet noch de rechtspraak⁴⁸ stelt die eis.
68. Men kan de redenering – al dan niet bij wijze van analogie – volgen dat niet alleen het keldergewelf maar ook de bouwkundige elementen van de werfkelder die de op het keldergewelf door de weg uitgeoefende krachten afdragen naar de fundering eveneens – net zoals de fundering zelf – kwalificeren als mandelig. Deze (vorm van) mandeligheid is wellicht niet de vorm die de wetgever voor ogen heeft gestaan maar zou mogelijk kunnen passen in het stelsel van de wet en aansluiten bij de wel in de wet geregelde gevallen.
69. Als ervan wordt uitgegaan dat er sprake is van mandeligheid dan houdt dat ook in dat de eigenaar van de kelder niet zomaar 'iets' kan wijzigen, waardoor de constructieve sterkte kan worden aangetast.
70. Mandeligheid houdt (ook) in dat de eigenaar van de kelder op grond van artikel 5:64 BW de gemeente toegang tot de mandelige zaak moet geven ten behoeve van inspectie en het verrichten van onderhoud⁴⁹.

Kostenverdeling

71. Een andere consequentie van mandeligheid is dat artikel 5:65 BW bepaalt dat mandelige zaken op kosten van alle mede-eigenaren moeten worden onderhouden, gereinigd en, indien nodig, vernieuwd.
72. Als er sprake is van mandeligheid dan is daarmee nog niet de vraag beantwoord in welke *verhouding* de kosten dan tussen de mandelige eigenaren moeten worden verdeeld. Er moet daarbij ook gekeken worden naar de redelijkheid en billijkheid die ook de inhoud van de mandeligheid bepalen⁵⁰. De wettelijke regeling van de gemeenschap in de artikelen 3:166 en volgende BW, is daarbij ook van toepassing.
73. Eén van de gezichtspunten die in de beoordeling zou kunnen worden betrokken, is om te kijken naar de oorspronkelijke bouw en bedoeling van de werfkelders en het profijt van de bouwkundige voorzieningen voor de aanliggende eigenaren.

⁴⁸ Zie onder meer: Hof Den Haag 24-04-2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1107

⁴⁹ Of de gemeente zonder toestemming van de eigenaar van de werfkelder werkzaamheden mag verrichten, bespreken wij hieronder nog, maar in algemene zin houdt de regeling van mandeligheid niet in dat een van de eigenaren zonder overleg werkzaamheden mag uitvoeren aan de mandelige zaak.

⁵⁰ Er is immers hier niet sprake van een in een notariële akte vastgelegde vorm van mandeligheid. De inhoud van de over en weer bestaande rechten en verplichtingen zal dus nader moeten worden ingevuld. Voor de werf- en kluiswanden die in het verleden in eigendom aan de gemeente zijn overgedragen, is in de notariële akte van levering veelal wél voorzien in een onderhouds-respectievelijk kostenverdeling en een verplichting van de eigenaar van de werfkelder om onderhoudswerkzaamheden te dulden. Een werf- of kluismuur zou mogelijk ook kunnen kwalificeren als mandelig.

74. Werfkelders waren bestemd te dienen als opslagruimte, waren niet waterdicht, hadden geen woon- of verblijffunctie en hadden geen bestemming om een draagkrachtig bouwwerk te zijn voor het kunnen dragen van modern zwaar gemotoriseerd verkeer.
75. Vanuit dat gezichtspunt geredeneerd, is verdedigbaar dat de redelijkheid en billijkheid meebrengt dat (ook: bouwkundige) voorzieningen om de werfkelders waterdicht en/of anderszins geschikt te maken of te houden voor woon- of verblijffuncties, in beginsel voor rekening en risico komen van de eigenaar van de werfkelder. Dat soort voorzieningen leidt tot een waarde- of gebruiksvermeerdering en heeft niets uitstaande met de hierboven bedoelde (vorm van) mandeligheid⁵¹.
76. Vanuit datzelfde gezichtspunt lijkt het eveneens op basis van de redelijkheid en billijkheid verdedigbaar dat het niet uitsluitend de eigenaar van de werfkelder is die op voorhand ten volle heeft op te komen voor de kosten van herstel en/of versteviging van de werfkelder (waaronder dus het gewelf en alle bouwkundige onderdelen van de kelder te verstaan zijn die de krachten van de bovenop de kelder liggende weg afdragen naar de fundering, inclusief die fundering zelf) teneinde die draagkrachtig genoeg te laten zijn om zwaar gemotoriseerd verkeer te kunnen verwerken.
77. Beide (mandelige) eigenaren (deelgenoten in de zin van de wettelijke regeling over de gemeenschap) zijn gehouden om over de aanpak en de kostenverdeling met elkaar te overleggen en gemeenschappelijk te beslissen. Alleen handelingen tot gewoon onderhoud of tot behoud van een gemeenschappelijk goed, en in het algemeen handelingen die geen uitstel kunnen lijden, kunnen door ieder van de deelgenoten zo nodig zelfstandig worden verricht (art. 3:170 BW). Bij dat 'gemeenschappelijk beslissen' is het van belang dat de deelgenoten zich jegens elkaar gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid en op een zorgvuldige wijze met elkaars belangen omgaan. Zo nodig kan via de rechter een beslissing worden geforceerd of afgedwongen. Maar een deelgenoot kan niet zomaar tot het verrichten van werkzaamheden overgaan om dan vervolgens de rekening van die werkzaamheden presenteren aan de andere deelgenoot. Zie onder meer Hof Amsterdam 27 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:94 en rechtbank Amsterdam 2 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1491.⁵²
78. Hoe complex de toerekening van kosten van herstel kan zijn, zeker wanneer die gezet wordt in de sleutel van de zorgvuldigheid van het overleg, blijkt (naast uit het hiervoor gesignaleerde arrest van het hof) onder meer uit een recente uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 01-02-2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1142. De bijzonderheid in de uitspraak van de rechtbank was dat beide partijen met elkaar hadden overlegd maar dat er geen overeenstemming was bereikt, waarna er door een van de partijen toch werd overgegaan tot het verrichten van funderingsherstel onder hun woning waarbij ook een voorziening werd getroffen voor de fundering van de mandelige muur. In het uitvoerige gemotiveerde vonnis deelde de rechtbank toch op basis van een toerekening van de belasting van de mandelige muur op de fundering via een breukdeel de kosten toe aan de eigenaar die niet aan het herstel meedeed maar 'zijn eigen plan trok'. De mate van overleg werd door de rechtbank voldoende gevonden en uit de

⁵¹ Of voorzieningen en/of reparaties moeten worden getroffen aan de eerder aangebrachte waterdichte afscherming *ten gevolge van beschadiging* die mogelijkerwijze haar oorzaak vindt in het zware verkeer, is een ander aspect; zeker van belang maar op deze plek parkeren wij deze vraag even. Als doorkijkje: het zou *mogelijk* kunnen leiden tot een afslag op de door de eigenaar te betalen herstelkosten waardoor een deel van die kosten voor rekening van de gemeente zouden kunnen worden gebracht. Maar in algemene zin valt daar niets over te zeggen.

⁵² Zie in dit kader ook: Visser, Tijdschrift voor Zakenrecht, nr.2 2018, p.14-18.

uitspraak kan worden afgeleid dat degene die zich in het overleg niet redelijk opstelt dan een risico loopt dat de rechter overgaat tot vaststelling van het gedeelte dat in de kosten moet worden bijgedragen. Bepaling van het breukdeel vond door de rechtbank plaats op basis van een (bouwkundige) berekening van het 'profijt' dat het gedeelte van de muur van de (niet meedoende) buurman had door het uitvoeren van de werkzaamheden.

79. Tal van andere factoren kunnen bij de beantwoording van de vraag voor welk gedeelte de eigenaar van de werfkelder in de kosten moet opkomen van belang zijn, waaronder doch niet uitsluitend de vraag of de eigenaar recent heeft aangekocht (dus wetende dat er 'problemen' waren), er geen aan de eigenaar toe te rekenen omstandigheden⁵³ zijn waardoor de werkzaamheden extra kostbaar zijn et cetera. Een algemene uitspraak over de verdeling van kosten is derhalve niet te geven, maar de rechtspraak lijkt (impliciet of expliciet) toerekening op basis van het 'profijtbeginnsel' toe te passen⁵⁴.

Iedere kelder heeft een eigenaar

80. Naar onze mening is het niet mogelijk dat een werfkelder geen eigenaar kent. Dat die eigenaar wellicht niet meer kan worden achterhaald, is een ander verhaal.
81. Wanneer – bij wijze van voorbeeld – een doorgang van het grachtenpand naar de werfkelder is dichtgemaakt dan heeft de eigenaar zich daarmee niet van de eigendom van de werfkelder kunnen ontdoen. Die eigenaar is eigenaar gebleven.
82. Maar wat nu als die doorgang dicht is gezet, de muur hersteld is en het grachtenpand vervolgens wordt verkocht aan een nieuwe eigenaar die van het bestaan van de werfkelder niets weet? Het zal dan afhangen van de inhoud van de koopovereenkomst (en de leveringsakte) maar wanneer wij er veronderstellenderwijs vanuit gaan dat er bij de nieuwe eigenaar geen wilsovereenstemming bestond dat naast levering van het grachtenpand ook de levering van de (hem onbekende) werfkelder zou plaatsvinden, dan is er voor de levering van de werfkelder geen rechtsgeldige titel. Dat houdt dan in dat de oorspronkelijke eigenaar, eigenaar is *gebleven*. Consequentie kan zijn dat in de loop van de jaren de kelder is 'vergeten', de eigenaar van de werfkelder is overleden et cetera. Maar formeel blijven dan de eventuele erfgenamen als verkrijgers onder algemene titel eigenaar van die werfkelder.
83. In de praktijk zal het voor een groot aantal van de zo wel aangeduide "weeskelders" onmogelijk zijn om de eigenaar te achterhalen. Vanuit de privaatrechtelijke dogmatiek zou de mogelijkheid dan bestaan (voor de gemeente) om tot onteigening van die betreffende kelder over te gaan. Onteigening is ook mogelijk wanneer de rechthebbende van de onroerende zaak niet meer kan worden achterhaald, door de onteigening te laten plaatsvinden onder benoeming door de rechtbank van een onzijdig persoon. Deze moet dan de nodige inspanningen doen om de rechthebbende(n) te achterhalen, maar ook wanneer dat niet lukt, kan er worden onteigend.

⁵³ Een feit dat naar onze mening relevant lijkt, is het langdurig niet verricht zijn van normaal te verrichten onderhoud. De slechte bouwkundige staat van de kelder, zal zeker relevant zijn geweest bij het bepalen van de hoogte van de koopprijs. Dan lijkt het voor de hand te liggen om hiermee rekening te houden.

⁵⁴ Er is inmiddels een behoorlijke hoeveelheid uitspraken te vinden die hoofdzakelijk gaat over funderingsherstel in de steden en gebieden waar is gefundeerd op houten palen. Herstel van de fundering is niet zelden (deels) een gemeenschappelijk probleem waar overleg, afstemming van bouwwerkzaamheden en verdeling van kosten een thema is. Toedeling van de kosten lijkt veelal te zijn gebaseerd op basis van de toerekening van het profijt (de belasting) die het naburige pand heeft van de getroffen maatregelen.

84. Vermoedelijk kan uitsluitend op deze manier op een juridisch correcte wijze het probleem van de weeskelders worden geadresseerd.⁵⁵ Ten gevolge van de onteigening kan (dan: de gemeente) beschikken (in privaatrechtelijke zin) over de kelders waarvan geen eigenaar meer te achterhalen is. De vraag naar de wenselijkheid om het eigendomsrecht van de weeskelders op deze manier te (moeten) verkrijgen, vormt in onze juridische benadering niet een afweging, maar zou kunnen liggen in de beheersbaarheid van de onderhoudstoestand van de betreffende kelder op langere termijn.
85. Wij kunnen ons overigens voorstellen dat de vraag naar de eigendomspositie van de 'weeskelders' met name aan de orde komt bij de (meer dan) gegronde vrees dat er sprake is van een dermate deplorabele staat in bouwkundige zin dat ingrijpen acuut noodzakelijk is. Dan is de weg van onteigening minder voor de hand liggend alleen al vanwege de mogelijk lange doorlooptijd van de procedure. Als er acuut ingegrepen moet worden zou dat over de band van de rechtsfiguur 'zaakwaarneming' kunnen geschieden. Ook het door de gemeente acteren uit hoofde van publiekrechtelijke bevoegdheden zou dan voor de hand kunnen liggen. Voor beide situaties (zaakwaarneming en publiekrechtelijk) geldt dat verhaalbaarheid van de gemaakte kosten naar verwachting een probleem zal zijn. Er is immers geen bekende eigenaar⁵⁶.

Trekankers

86. In een aantal werfkelders zijn trekankers aanwezig. Door de trekankers worden krachten van de (kluis)muur horizontaal overgedragen naar de keldermuren die dwars op de kluismuur staan. Wij gaan ervan uit dat de eigendom van de kluismuur ligt bij de gemeente terwijl de eigendom van de werfkelder of de van het daarachter gelegen pand bij een derde ligt (de eigenaar van de werfkelder of het pand). Door het trekanker wordt voorkomen dat het zand van het boven de werfkelder gelegen weglichaam via de voeg tussen de werfkelder en de kluismuur weglekt. Het trekanker bevordert derhalve de afdichting. Evenwel: op de meeste plaatsen is een betonnen L-profiel geplaatst waardoor de horizontale krachten loodrecht op de kluismuur op andere wijze op de constructie komen en het belang van de trekankers in die gevallen, beperkt is.
87. Ervan uitgaande dat ten aanzien van de aanwezigheid van een trekanker niets is bepaald dan wel geregeld, is de vraag wie verantwoordelijk is voor het onderhoud dan wel de (indien nodig) de vervanging van een trekanker.
88. De aanwezigheid van een trekanker zou kunnen kwalificeren als een erfdienstbaarheid⁵⁷. De werfkelder is aan te merken als het dienende erf, het perceel waarop de kluismuur ligt als heersende erf.
89. Wij gaan er voorts vanuit dat het trekanker zelf, eigendom van de gemeente is op grond van natrekking. Het trekanker is natuurlijk zowel verankerd in de werfkelder/het grachtenpand als in de kluismuur, maar gelet op de functionaliteit van het trekanker (stabilisering van de muur) trekt naar ons oordeel de kluismuur het trekanker na en niet omgekeerd.

⁵⁵ Zie ook: Hoge Raad, 04-05-2018, ECLI:NL:HR:2018:696

⁵⁶ Omdat de belangen van derden hier mogelijk iets minder pregnant op de voorgrond treden, hebben wij deze situatie niet verder uitgediept. Desgewenst kan dit nog in een later stadium geschieden.

⁵⁷ Op grond van artikel 5:72 BW en wel door middel van verjaring (wij gaan er veronderstellenderwijs immers vanuit dat er geen notariële akte waarin de erfdienstbaarheid is omschreven, is overgeschreven in de openbare registers), hetzij via de korte verjaringstermijn van 10 jaar hetzij via de lange verjaringstermijn van 20 jaar. Omdat het anker toch op enig moment met instemming en medeweten van de eigenaar van de werfkelder moet zijn aangebracht, ligt de korte verjaringstermijn van 10 jaar (die goede trouw veronderstelt) het meest voor de hand.

90. Het trekanker is dan bestanddeel van de (kluis)muur. Onderhoud en vervanging van dit trekanker zijn in dat geval voor rekening van de gemeente.

VOORZORGSMAATREGELEN BIJ UIT TE VOEREN BOUWWERKZAAMHEDEN

91. Wij hebben begrepen dat de gemeente in haar hoedanigheid van eigenaar van de werf- en kluismuren onderhoud wil verrichten aan de fundering en/of constructie. Bij de werkzaamheden aan de kluismuren zal grout onder de bestaande fundering van de muur worden gespoten waarbij ook grout zal worden aangebracht onder circa de eerste tweetal meters van de fundering van de werfkelder ten einde te voorkomen dat er op de aanhechting tussen de muur en de kelder schade ontstaat door ongelijke zetting tussen de twee bouwkundige elementen (muur en kelder). Wanneer de fundering onder de werfmuren moet worden verstevigd, bestaat – zo hebben wij begrepen– die noodzaak tot het aanbrengen van grout onder de kelderfundering niet.
92. Mogelijk dat bij de werkzaamheden aan de kluismuren nog in een grotere mate eisen moeten worden gesteld aan de te treffen voorzorgsmaatregelen omdat daar de nabijheid van de werfkelders veel meer een potentieel risico vormt dan bij werkzaamheden aan de werfmuren omdat de werfkelders toch minimaal een aantal meters van de (werf)muur zijn gelegen. Maar ook bij werkzaamheden aan de werfmuren zijn deze bevindingen wel degelijk relevant. Het wervengebied is en blijft natuurlijk een kwetsbaar gebied.
93. Van de vooronderstelling uitgaande dat tussen de gemeente (als eigenaar van de muur) en de eigenaar van de werfkelder geen nadere afspraken over te treffen voorzorgsmaatregelen (bijvoorbeeld in een overeenkomst of anderszins) zijn gemaakt, is de vraag of *in zijn algemeenheid* iets kan worden gezegd over de mate van zorgvuldigheid die de gemeente in acht zal moeten nemen bij het uitvoeren van de werkzaamheden. Het spiegelbeeldige is ook denkbaar: dat de eigenaar van de werfkelder werkzaamheden wil uitvoeren die mogelijk een uitwerking kan hebben op de daarnaast gelegen kluis- of werfmuur. Waar in het onderstaande gesproken wordt over het uitvoeren van werkzaamheden door de gemeente moet in dat geval de (naast gelegen) eigenaar worden gelezen.
94. De (belangrijke) preliminaire vraag is of de gemeente in beginsel dergelijke werkzaamheden mag uitvoeren. Voor zover de gemeente uitsluitend werkzaamheden aan haar eigendom (de muur en de eventueel daaronder liggende fundering) uitvoert, lijkt dat het geval te zijn. De eigenaar van de werfkelder moet de gemeente in de gelegenheid stellen die werkzaamheden uit te voeren en daartoe zo nodig toegang tot de werfkelder verlenen op basis van het hierboven bij de uiteenzetting over het burendrecht al besproken artikel 5:56 BW⁵⁸. Hij kan zich daartegen verzetten indien er 'gewichtige redenen bestaan dit gebruik te weigeren'. Naar onze mening zal de vraag of er gewichtige redenen bestaan, mede afhangen van de zorgvuldigheid van onderzoek en uitvoering van de werkzaamheden.
95. Maar ook los van het burendrecht zou de gemeente – voor zover ervan uit kan worden gegaan dat er werkzaamheden aan mandelige zaken moeten worden verricht – uit hoofde van de

⁵⁸ Dat artikel luidt: *Wanneer het voor het verrichten van werkzaamheden ten behoeve van een onroerende zaak noodzakelijk is van een andere onroerende zaak tijdelijk gebruik te maken, is de eigenaar van deze zaak gehouden dit na behoorlijke kennisgeving en tegen schadeloosstelling toe te staan, tenzij er voor deze eigenaar gewichtige redenen bestaan dit gebruik te weigeren of tot een later tijdstip te doen uitstellen.*

wettelijke regeling omtrent de mandeligheid bevoegd (en de eigenaar van de werfkelder: gehouden) zijn om die werkzaamheden uit te voeren⁵⁹.

96. Mogen de werkzaamheden aan de kluismuur zich ook uitstrekken *onder* de fundering van de werfkelder?

Naar onze mening kan deze vraag bevestigend worden beantwoord.

Het grout wordt ingespoten onder de fundering in de grond die eigendom van de gemeente is⁶⁰. Alles zal daarbij afhangen van het antwoord op de vraag of deze wijze van versteviging van de draagkracht van de bodem technisch de juiste manier is, niet alleen ten aanzien van de kluismuur maar ook ten aanzien van het voorkómen van zettingschade tussen muur en kelder.

97. Indien technisch bezien het noodzakelijk is om de draagkracht van de bodem onder de werfkelder door het inbrengen van grout te vergroten omdat anders door zettingsverschillen schade aan de werfkelder ontstaat, zou die noodzakelijkheid mogelijk zich ook kunnen vertalen in een (juridisch afdwingbare) *verplichting* van de gemeente⁶¹. Of en in welke mate inspuiting van grout en tot hoever dat zou moeten zijn, is evenwel een technisch en niet zo zeer een juridisch te beantwoorden vraag. En ter verduidelijking: bij werkzaamheden aan de werfmuren zal – zo hebben wij begrepen – van het injecteren van grout onder de fundering van de werfkelder, geen sprake zijn.

Welke voorzorgsmaatregelen? Relatie met schade

98. De rechtspraak laat een diffuus beeld zien van *welke voorzorgsmaatregelen* (en dat kunnen dus ook andere (bouw)kundige maatregelen zijn dan de hiervoor gesuggereerde injectie van grout onder de fundering van de werfkelder) in het concrete geval zullen moeten worden getroffen. Die vraag is zowel bij werkzaamheden aan kluisuren als aan werfmuren van belang, maar zoals wij hiervoor al hebben opgemerkt ook wanneer werkzaamheden aan de werfkelder mogelijk gevolgen zouden kunnen hebben voor eigendommen van de gemeente.
99. Maar zelfs het nemen van voorzorgsmaatregelen neemt niet onder alle omstandigheden weg dat als er desondanks schade ontstaat er geen schadeplichtigheid zou kunnen zijn⁶². Het is dus met andere woorden niet zo dat wanneer er maar voorzorgsmaatregelen worden getroffen en er ondanks dat toch schade ontstaat, er geen aansprakelijkheid zou kunnen zijn.
100. Maar hoever gaat nu de plicht van degene die werkzaamheden in het wervengebied laat uitvoeren? In het onderstaande proberen wij daarvoor het uit de rechtspraak te kennen kader weer te geven waarbij wij ook de situatie van de inherente kwetsbaarheid van het wervengebied zullen betrekken. Een aantal illustratieve uitspraken zullen wij daarbij bespreken. Deze rechtspraak geeft kaders maar ook niet meer dan dat.
101. Aan de ene kant van het spectrum is naar onze mening van belang de uitspraak van de rechtbank Rotterdam⁶³ waaruit blijkt dat ook de bereidheid van de eigenaar van het belendende

⁵⁹ Dit vooronderstelt wel dát, zoals hier boven is uiteengezet, er sprake is van mandeligheid.

⁶⁰ Eerder in deze verkenning zijn wij al tot de slotsom gekomen dat de grond onder de werfkelder eigendom is van de gemeente omdat door de horizontale natrekking de kelder weliswaar eigendom is van de eigenaar van het daarachter gelegen pand maar dat horizontale natrekking, zijnde een uitzondering op het beginsel van de verticale natrekking, niet tot gevolg heeft gehad dat de eigenaar van de werfkelder op zijn beurt door verticale natrekking eigenaar van de boven de kelder gelegen weg en de onder de kelder gelegen grond is geworden.

⁶¹ Ook hierbij geldt de kanttekening dat een dergelijke verplichting *niet per definitie* inhoudt dat de gemeente ook steeds de volledige kosten voor haar rekening moet nemen. Ook hier kan uitvloeisel van de redelijkheid en billijkheid zijn dat (een deel van) de kosten voor rekening komen van de eigenaar van de werfkelder. In algemene zin is hier evenwel niets over te zeggen.

⁶² Chao-Duvis, Bouwrecht in kort bestek, blz 240-241.

⁶³ Rb. Rotterdam 19 september 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB6443

perceel om te investeren in maatregelen om verdere schade aan een *reeds zwaar beschadigde aanbouw* te voorkomen, relevant kan zijn voor het antwoord op de vraag of sloop- en bouwwerkzaamheden hadden mogen worden uitgevoerd.⁶⁴

102. In deze procedure werd schadevergoeding gevorderd van de ontwikkelaar van een naastgelegen gebouw met als rechtsgrondslag een gepleegde onrechtmatige daad daaruit bestaande dat men zou zijn tekortgeschoten in het onderzoek om schade aan het pand te voorkomen en dat de getroffen voorzorgsmaatregelen onvoldoende zijn geweest om die schade te voorkomen. Het ging met name om de vraag of voldoende onderzoek zou zijn gedaan naar de mogelijke invloeden van de sloop en bouwwerkzaamheden op de fundering van het naastgelegen pand.
103. De rechtbank stelt vast dat het niet duidelijk is of en zo ja welk onderzoek is verricht terwijl er toch diverse indicaties bestonden die aanleiding hadden moeten zijn tot het doen van dergelijk onderzoek. Juist het feit dat het belendende pand al ernstige zettingschade had, diende voor de bouwer een extra aanleiding te zijn om tot het doen van nader onderzoek. De rechtbank overweegt verder:

"3.11 De slechte toestand waarin de aanbouw van het pand verkeerde voorafgaande aan de in opdracht van HD Projecten vanaf december 1999 verrichte werkzaamheden kwam voor rekening en risico van [X]. Voor zover als gevolg van die slechte toestand kostbare maatregelen getroffen hadden moeten worden om verdere achteruitgang van de aanbouw door de sloop- en bouwwerkzaamheden te voorkomen, lag het niet zonder meer in de rede dat HD Projecten de daaraan verbonden kosten volledig voor haar rekening zou dienen te nemen. Uiteraard diende HD Projecten wel overleg te plegen met [X] omtrent de wijze waarop de werkzaamheden zouden worden uitgevoerd, zulks mede met het oog op het zoveel mogelijk voorkomen van extra beschadiging van de aanbouw van pand. In beginsel lag het echter op de weg van [X] om vervolgens maatregelen te treffen om verdere beschadiging van de aanbouw te voorkomen."

3.12 Uit de overgelegde stukken kan de rechtbank slechts afleiden dat [X] er niet toe bereid, dan wel niet toe in staat was, investeringen in de aanbouw van het pand te plegen. Immers, reeds in 1995 was sprake van een zeer gevaarlijke situatie die het wenselijk maakte dat [X] op korte termijn maatregelen zou treffen. Niettemin heeft [X] nadien geen maatregelen getroffen. Ook ten tijde van het overleg in 1998 met HD Projecten omtrent te treffen maatregelen heeft [X] op geen enkel moment de bereidheid geuit enigerlei deel van de aan eventueel te treffen maatregelen verbonden kosten voor zijn rekening te nemen.

3.13 De rechtbank is van oordeel dat [X] - en daarmee Lawa - in de gegeven omstandigheden HD Projecten niet kan verwijten dat als gevolg van de in haar opdracht verrichte sloop- en bouwwerkzaamheden extra schade aan de aanbouw van het pand is opgetreden. De verplichting van HD Projecten om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van [X] ging niet zover dat HD Projecten van de sloop- en bouwwerkzaamheden had dienen af te zien zolang [X] niet bereid was (ook) zijnerzijds te investeren in maatregelen om verdere schade aan de reeds zwaar beschadigde aanbouw van het pand te voorkomen.

⁶⁴ Kritisch over deze uitspraak is Chao-Duivis, die in *Bouwrecht in kort bestek*, 2016, p. 244 opmerkt dat er geen wettelijke grondslag is die maakt dat als A wat op zijn grond wil doen, B daartoe zijn medewerking dient te verlenen in die zin dat hij zijn eigendom bestand dient te maken tegen de activiteiten van A.

3.16 De rechtbank stelt op grond van hetgeen hiervoor is overwogen vast dat voor zover Lawa het HD Projecten al zou kunnen verwijten dat zij zonder voldoende onderzoek te doen verrichten vanaf december 1999 sloop- en bouwwerkzaamheden heeft doen uitvoeren waardoor extra beschadiging van de aanbouw van het pand is opgetreden, die extra beschadiging niet tot economische schade heeft geleid. Lawa heeft immers niet voldoende gemotiveerd weersproken dat herstel van de fundering en vervanging van de aanbouw reeds voorafgaande aan de vanaf december 1999 uitgevoerde sloop- en bouwwerkzaamheden noodzakelijk was."

104. Met die uitspraak in de hand zou verdedigd kunnen worden dat een eigenaar van een werfkelder die, aantoonbaar door achterstallig onderhoud, in bouwvallige staat verkeert, niet bereid is om minimale werkzaamheden te laten uitvoeren om te voorkomen dat de kelder door de werkzaamheden schade ondervindt, dan ook geen recht van spreken heeft en vervolgens die schade kan verhalen. Hieronder komen wij bij de bespreking van het arrest van de Hoge Raad waarin hij prejudiciële vragen beantwoordt over de aardbevingsschade in Groningen, op dat punt nog terug.
105. Voorts bespreken wij de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland⁶⁵ die overwoog dat de aannemer vanwege de ouderdom van een naastgelegen gebouw wist of redelijkerwijs had moeten begrijpen dat dit gebouw een kwetsbare fundering heeft of kan hebben en dat om die reden onderzoek had moeten worden gedaan naar de wijze van fundering voordat de aannemer op het belendende perceel zou gaan heien. Nadat aanvankelijk er op 'klassieke' wijze werd geheid (waardoor er schade ontstond⁶⁶) is uiteindelijk gekozen voor schroefpalen (waardoor er geen verdere schade meer ontstond). Het leek er sterk op dat er in de voorbereiding de nodige stappen waren overgeslagen.
106. Interessant is dan ook de overweging van de rechtbank over de verhouding tussen de aansprakelijkheid van de opdrachtgever (dat zou in casu de gemeente zijn⁶⁷) en de mate van zorgvuldigheid die de aannemer in het voortraject in acht heeft genomen. Dit leidde de rechtbank tot het oordeel dat de aannemer *wel* maar de (particuliere⁶⁸) opdrachtgever *niet* aansprakelijk was.⁶⁹
107. De rechtbank overweegt:
Voor [gedaagde 1] als eigenaar van [straat nr.] 4 geldt dat het veroorzaken van trillingen op zijn erf op zich niet onrechtmatig jegens [eiseres] is. Van schadevergoedingsplichtig handelen is pas sprake indien het handelen of nalaten van [gedaagde 1] als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd. Beide partijen voeren aan dat de drempel hoog is voordat een particuliere opdrachtgever aansprakelijk kan worden gehouden. Daarvan zou, bijvoorbeeld, sprake kunnen zijn indien [gedaagde 1] zorgvuldigheidsplichten jegens [eiseres] heeft geschonden. Dat dit het geval is, blijkt echter niet uit hetgeen [eiseres] heeft aangevoerd. Zo staat vast dat [gedaagde

⁶⁵ Rb. Noord-Holland 11 september 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:7672, r.o. 5.2

⁶⁶ Saillant detail is bijvoorbeeld dat in allerijl de schoorsteen van het dak moest worden gehaald omdat die dreigde naar beneden te vallen.

⁶⁷ Of in het spiegelbeeldige geval de eigenaar van de werfkelder die werkzaamheden aan de werfkelder laat uitvoeren.

⁶⁸ Of de beslissing anders zou zijn uitgevallen indien er sprake is van een opdrachtgever die zelf de nodige expertise in huis heeft, is uit de uitspraak niet af te leiden. Wij vinden het evenwel niet onaannemelijk dat het afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. In het wervengebied zal de gemeente toch meer als deskundige in het rechtsverkeer worden gezien dan de 'argeloze' particulier die vertrouwt op de deskundigheid van degenen die hij heeft ingehuurd (en ook zelf nauwelijks in staat is plannen, berekeningen en wijze van uitvoering op hun merites te beoordelen).

⁶⁹ Als toegift: stel- en bewijslast ligt op degene die stelt schade te hebben geleden maar in deze uitspraak stelt de rechtbank dat degene die de schade heeft veroorzaakt in de procedure de relevante gegevens in het proces moet inbrengen.

1] voor het ontwerp van de nieuw te bouwen woning een professioneel architect heeft ingeschakeld die op zijn beurt een professioneel constructeur, Dijkstra, heeft ingeschakeld voor het maken van de benodigde berekeningen e.d. Op basis van de plannen en het bestek van de architect heeft [gedaagde 1] vervolgens een professionele aannemer ingeschakeld voor het uitvoeren van het plan. Niet valt in te zien in welk opzicht [gedaagde 1] daarin enige (zorgvuldigheids)plicht jegens [eiseres] heeft geschonden.

Tijdens de comparitie is door Bouwbedrijf Koomen Haakman gesuggereerd (maar door [gedaagde 1] betwist), dat met [gedaagde 1] is besproken dat boren veiliger maar duurder was dan het slaan van palen en dat [gedaagde 1] daarom heeft gekozen voor heien. Dat leidt echter niet tot een andere conclusie. Nergens blijkt uit dat [gedaagde 1] is gewaarschuwd dat er een reële kans bestond dat de woning van [eiseres] ten gevolge van het heien (slaan) schade zou oplopen. [gedaagde 1] is derhalve niet aansprakelijk voor de door [eiseres] gestelde schade. De vordering tegen [gedaagde 1] zal worden afgewezen.

108. Dat de beoordeling of er aansprakelijkheid is erg van de omstandigheden van het concrete geval afhangt, blijkt ook uit de rechtspraak.
109. Zo overwoog het hof Amsterdam⁷⁰
3.6. In het rapport van [C] dat [appellanten] ten grondslag hebben gelegd aan hun stellingen ter zake van onrechtmatigheid en causaliteit zijn de eigenschappen van de bodemgesteldheid van de percelen en de eeuwenoude houten woning van [appellanten] omschreven. Vervolgens is aan de hand van een algemeen analytisch rekenmodel voor trillingsvoortplanting berekend dat de woning van [appellanten] voor wat betreft trillingen van bouwverkeer deels en voor wat betreft de heiwerkzaamheden bij de perceelgrens geheel binnen het zogenoemde 'invloedsgebied' ligt. Dat brengt echter nog niet mee – en uit het rapport kan ook niet worden opgemaakt – dat tijdens de bouwwerkzaamheden sprake is geweest van zodanige trillingen in de bodem (door bouwverkeer of door heiwerkzaamheden) dat daarbij normschendend jegens [appellanten] is gehandeld. Ook in de overige stellingen van [appellanten] of overgelegde bewijsstukken is voor dat normschendend handelen geen afdoende concreet aanknopingspunt te vinden.
110. En ook het hof Den Bosch⁷¹ nam geen aansprakelijkheid aan:
3.14 Het hof overweegt hierover het volgende. De constructieve stabiliteit van bouwsels langs de erfgrans van een perceel valt onder de verantwoordelijkheid van de eigenaar daarvan en niet onder die van de eigenaar het belendende perceel. Op [geïntimeerden c.s.] rust dan ook niet de verplichting om de constructieve stabiliteit van keermuren en/of schuttingen op het perceel van [appellant] te bewerkstelligen of te bevorderen en in verband daarmee af te zien van afgravingen ter plaatse op hun eigen perceel. Dit kan anders zijn wanneer zij bij werkzaamheden op hun perceel die vanwege hun eigendomsrecht op zich geoorloofd zijn, op zodanig onzorgvuldige wijze omgaan met de belangen van de eigenaar van het naastgelegen perceel dat gesproken kan worden van onrechtmatig handelen jegens die eigenaar. Dat daarvan in dit geval sprake is geweest, is door [appellant] evenwel onvoldoende met feitelijke gegevens onderbouwd.
111. Daarentegen werd de bouwer in de casus waarover de voorzieningenrechter van de rechtbank Arnhem⁷² moest oordelen een bouwverbod opgelegd:
4.7 De rechtbank is, gezien hetgeen door en namens de partijen naar voren is gebracht,

⁷⁰ Hof Amsterdam, 14 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4253

⁷¹ Hof Den Bosch 25 juni 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2271

⁷² Rb. Arnhem (vzr.) 14 maart 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AT4165

voorshands van oordeel dat de bouwwerkzaamheden aan de kelder van [gedaagde] risico voor het pand van [eiser 1] meebrengen. Ondanks tevoren gedane onderzoeken door constructeurs kan niet worden uitgesloten dat uitbreiding van de kelder van [gedaagde] schade voor [eiser 1] kan opleveren. Aannemelijk is dat – indien die schade zich zou verwezenlijken – deze aanzienlijk kan zijn en mogelijk (deels) moeilijk herstelbaar, bijvoorbeeld in het geval van zettingschade. Voorshands is niet vast te stellen of zich reeds schade heeft voorgedaan. Voor het gevorderde verbod is echter voldoende dat dreiging van schade bestaat.⁷³

112. Naar onze mening is de beantwoording van een aantal prejudiciële vragen door de Hoge Raad⁷⁴ in het kader van de aansprakelijkheid voor schade ontstaan door de gaswinning in Groningen van belang voor het wervengebied in verband met de vraag in hoeverre de latente kwetsbaarheid van gebouwen van belang is bij de bepaling van de schade die ontstaat ten gevolge van de (in dit geval: mijnbouw-) werkzaamheden.

113. Bij de Hoge Raad was een aantal vragen door de rechtbank neergelegd, waarvan met name voor de onderhavige kwestie vraag 6 relevant is:

6. Als bij de partij die schade lijdt als gevolg van mijnbouwactiviteiten waarvoor de exploitant aansprakelijk is, sprake is van een (al dan niet latente) kwetsbaarheid van hemzelf⁷⁵ en/of van de aan hem toebehorende onroerende zaak, dient de exploitant dan alle schade te vergoeden die als gevolg van de mijnbouwactiviteiten is ontstaan of verergerd of is er ruimte voor het oordeel dat vanwege die (al dan niet latente) kwetsbaarheid niet alle schade op de voet van art. 6:98 BW naar redelijkheid aan de exploitant kan worden toegerekend dan wel dat de schade deels voor rekening komt van de eigenaar vanwege eigen schuld of voordeelverrekening?

114. De Hoge Raad oordeelt als volgt:

2.10.7. Ook wat betreft schade die is geleden aan een onroerende zaak met een bijzondere kwetsbaarheid dient onderscheid te worden gemaakt tussen het geval waarin niet aannemelijk is dat de bijzondere kwetsbaarheid zonder de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis in de toekomst zou hebben geleid tot (een deel van) de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd, en het geval waarin aannemelijk is dat de bijzondere kwetsbaarheid ook zonder de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis op enig moment in de toekomst zou hebben geleid tot (een deel van) de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd.

115. Hoewel de overige overwegingen specifiek aansluiten bij de gaswinning⁷⁶, lijkt in deze rechtsoverweging wel een algemeen geformuleerde regel besloten te liggen die uiteindelijk ook

⁷³ Bij het lezen van deze uitspraak is het van belang in het achterhoofd te houden dat de voorzieningenrechter een voorlopig oordeel inneemt in het kader van een te treffen ordemaatregel.

⁷⁴ HR 19-07-2019, ECLI:NL:HR:2019:1278

⁷⁵ In deze procedure speelt ook het aspect van personenschade (immateriële schade) door de aardbevingen een rol.

⁷⁶ 2.10.8. Voor schade die als gevolg van bodembeweging door mijnbouwactiviteiten waarvoor de exploitant aansprakelijk is, is geleden aan een onroerende zaak met een bijzondere kwetsbaarheid waarvan niet aannemelijk is dat zij zonder de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis in de toekomst zou hebben geleid tot (een deel van) die schade, geldt dat ook het deel van de schade dat (mede) is ontstaan of verergerd door die bijzondere kwetsbaarheid in beginsel op grond van art. 6:98 BW aan de exploitant moet worden toegerekend. Deze bijzondere kwetsbaarheid rechtvaardigt evenmin een vermindering van de schadevergoedingsverplichting van de exploitant op grond van art. 6:101 BW.

2.10.9 Voor schade die als gevolg van bodembeweging door mijnbouwactiviteiten waarvoor de exploitant aansprakelijk is, is geleden aan een onroerende zaak met een bijzondere kwetsbaarheid waarvan aannemelijk is dat zij ook zonder de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis op enig moment in de toekomst zou hebben geleid tot (een deel van) de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd, geldt dat het desbetreffende deel van de schade niet in condicio sine qua non-verband staat met bodembeweging als gevolg van mijnbouwactiviteiten en dus niet voor vergoeding in aanmerking komt. Als een ander deel van de

terugkomt in de door de Hoge Raad gegeven beantwoording van de vraag:

Ontbreken condicio sine qua non-verband

Echter, voor zover de schade bestaat in fysiek of geestelijk letsel van een benadeelde met een persoonlijke predispositie of in schade aan een onroerende zaak met een bijzondere kwetsbaarheid, en aannemelijk is dat deze schade ook zonder de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis op enig moment in de toekomst zou zijn opgetreden, geldt dat deze schade niet in condicio sine qua non-verband staat met bodembeweging als gevolg van mijnbouwactiviteiten en dus niet voor vergoeding in aanmerking komt. (de onderstreping hebben wij in de tekst geplaatst).

Met andere woorden: wanneer aannemelijk is dat de opgetreden schade ook zou zijn ontstaan als de werkzaamheden niet zouden zijn uitgevoerd, dan is hoeft degene die de werkzaamheden heeft uitgevoerd, die schade niet te vergoeden. En nog anders gezegd: als de kelder toch op enig moment zou zijn ingestort dan is het feit dat de instorting heeft plaatsgevonden door de werkzaamheden niet voldoende om de ontstane schade te verhalen op degene die de werkzaamheden heeft uitgevoerd of laten uitvoeren.

116. Bovenstaande uitspraken maken duidelijk dat het van de omstandigheden van het geval zal afhangen welke maatregelen kunnen worden geleverd van de partij die werkzaamheden wenst uit te voeren. Dus in zijn algemeenheid is er geen duidelijk antwoord te geven.
117. Wel kan uit de rechtspraak een aantal lijnen worden getrokken die van belang zijn:
- van degene die werkzaamheden wil uitvoeren mag een hoge mate van zorgvuldigheid wordt verwacht, zowel ten aanzien van de planvorming als bij de uitvoering
 - een particuliere opdrachtgever zal minder snel aansprakelijk zijn dan een professionele bouwer (al kunnen wij ons voorstellen dat ook de mate van zorgvuldigheid bij het maken van een keuze voor een bepaalde bouwer/aannemer wel degelijk relevant kan zijn)
 - wanneer de werkzaamheden nabij een kwetsbaar gebouw plaatsvinden, zijn de eisen hoger
 - de bijzondere kwetsbaarheid van een gebouw is op zich zelf geen argument om te betogen dat schade niet voor vergoeding in aanmerking komt. Relevant criterium is of de schade ook in de toekomst zou zijn ontstaan als de werkzaamheden niet zouden hebben plaatsgevonden; pas dan zou bij bijzonder kwetsbare gebouwen volgens de Hoge Raad er geen schadevergoedingsplicht op de bouwer rusten
 - een zeer slechte staat van onderhoud en de weigering van de eigenaar om zo nodig een deel van de kosten van werkzaamheden die nodig zijn om schade te voorkomen voor zijn rekening te nemen, kunnen omstandigheden zijn die van invloed zijn op de vraag of aanspraak bestaat op schadevergoeding indien er schade ten gevolge van werkzaamheden optreedt en hoe hoog die vergoeding dan is.

schade wel in condicio sine qua non-verband staat met bodembeweging als gevolg van mijnbouwactiviteiten, geldt voor dat deel hetgeen hiervoor in 2.10.8 is overwogen.

2.10.10. Beoordelingen als hiervoor in 2.10.8 en 2.10.9 bedoeld, dienen plaats te vinden aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval, ook als het gaat om de vaststelling van de omvang van de verplichting tot vergoeding van schade aan een onroerende zaak als gevolg van bodembeweging door mijnbouwactiviteiten ten behoeve van het winnen van gas uit het Groningenveld.

PUBLIEKRECHTELIJK KADER

118. In dit deel van ons memo bespreken wij een aantal uit de vraagstelling aan de commissie blijkende vragen die kennelijk spelen op het gebied van het publiekrecht.
119. Naast de bevoegdheden op grond van het privaatrecht zijn aan de gemeente ook publiekrechtelijke bevoegdheden toegekend. Wij zijn van mening dat het bespreken van deze mogelijk aan de orde zijnde vragen op het publiekrechtelijke terrein, ook moeten worden gezet in de sleutel van de hiervoor besproken privaatrechtelijke verhoudingen. Immers, naar onze mening zal voor een aantal zaken zoals onderhoudsverplichtingen kunnen worden teruggesproken op het privaatrecht, Gebruik van het privaatrecht kan ook aan de orde zijn in gevallen waarin hetzelfde resultaat ook via de publiekrechtelijke weg kan worden bereikt. Onder omstandigheden zou in een dergelijke situatie het gebruik van het privaatrecht in strijd met de zogenaamde doorkruisingsleer kunnen zijn.⁷⁷
120. Onderstaande uiteenzetting wordt derhalve gedaan meer in algemene zin om het bestuursrechtelijke kader van regelgeving en mogelijkheden te schetsen. Daarin zit, zoals de lezer zal merken, geen beoordeling vervat over wenselijkheid en mogelijkheid in het concrete geval. Indien en voor zover de gemeente dergelijk instrumentarium zou willen inzetten dan vormt dat een apart onderdeel ter overweging die evenwel het bestek van deze verkenning te boven gaat (althans op dit moment).

Welke verplichtingen vloeien er uit de Woningwet voort voor de eigenaar van een werfkelder en de gemeente als eigenaar van de weg

Woningwet - eigenaar

121. De Woningwet bepaalt dat de eigenaar of gebruiker van een werfkelder ervoor moet zorgen dat de staat van de werfkelder of het gebruik daarvan geen gevaar voor de gezondheid of veiligheid oplevert. Een werfkelder mag ook niet in een staat worden gebracht of gehouden die in strijd is met het Bouwbesluit 2012 voor bestaande bebouwing of de bouwverordening. In het hiernavolgende wordt dit antwoord verder uitgewerkt.
122. Op grond van artikel 1a, lid 1, Woningwet dient de eigenaar van een bouwwerk, open erf of terrein of degene die uit anderen hoofde bevoegd is tot het daaraan treffen van voorzieningen ervoor zorg te dragen dat als gevolg van de staat van het bouwwerk, open erf of terrein geen gevaar voor de gezondheid of veiligheid ontstaat of voortduurt.

⁷⁷ Soms kan een gemeente ter bereiking van een bepaald doel zowel de privaatrechtelijke als de publiekrechtelijke weg kiezen. Soms heeft de gemeente die keuze niet, omdat de publiekrechtelijke regeling bepaalt dat de overheid uitsluitend gebruik mag maken van haar publiekrechtelijke bevoegdheid. Als de wet of regeling niets bepaalt, dan dient aan de hand van de criteria van de doorkruisingsleer die de Hoge Raad in de zogenaamde Windmill-zaak heeft geformuleerd, te worden beoordeeld of de overheid toch gebruik mag maken van het privaatrecht, ook al staat er een publiekrechtelijke regeling open ter bereiking van hetzelfde resultaat.

123. Ook het bouwen van een bouwwerk, of het gebruiken of slopen daarvan of door het gebruiken van een open erf of terrein mag geen gevaar voor de gezondheid of veiligheid opleveren (artikel 1a, lid 2, Woningwet.) Of sprake is van een gevaar voor de gezondheid of veiligheid (en dus sprake is van een overtreding van de Woningwet) zal per concreet geval moeten worden beoordeeld.
124. Op grond van artikel 1b, lid 2, Woningwet is het voorts verboden een bestaand bouwwerk, open erf of terrein in een staat te brengen, te laten komen of te houden die in strijd is met de voorschriften die het Bouwbesluit 2012 ten aanzien van bestaande bebouwing en de staat van erven en terreinen bevat. Het verbod is in ieder geval gericht aan de eigenaar en in bepaalde gevallen ook aan een ander die bevoegd is tot het treffen van de noodzakelijke bouwkundige voorzieningen (bijvoorbeeld een exploitant of beheerder).⁷⁸ Zowel het actief in strijd met die voorschriften handelen als het in strijd laten handelen en het in stand houden van een bouwwerk in strijd met de voorschriften is in deze bepaling verboden.
125. Het Bouwbesluit 2012 bevat legio voorschriften waaraan bestaande bebouwing moet voldoen. Wij lichten er een aantal uit, waarvan wij menen dat die in dit geval extra aandacht verdienen.
- Algemene sterkte van de bouwconstructie (artikel 2.5 voor verbouw, artikel 2.6 t/m 2.8 Bouwbesluit 2012 voor bestaande bouw): een bestaand bouwwerk moet voor gedurende de restlevensduur voldoende bestand zijn tegen de daarop werkende krachten. Een bouwconstructie mag gedurende de restlevensduur niet bezwijken bij zogenoemde fundamentele belastingscombinaties.
 - De restlevensduur, het niet bezwijken en de fundamentele belastingcombinaties zijn vastgelegd in de norm NEN 8700. Dit betekent onder meer dat in NEN 8700 de ondergrenswaarden zijn vastgelegd waaraan een constructie moet voldoen
 - Waterdichtheid (artikel 3.24 voor verbouw, artikel 3.25, lid 1, t/m 3.27 Bouwbesluit 2012 voor bestaande bouw): bestaande bouwwerken dienen zodanige scheidingsconstructies te hebben dat de vorming van allergenen door vocht in verblijfsruimten, toiletruimten en badruimten voldoende wordt beperkt. De norm voor waterdichtheid waaraan moet worden getoetst, is NEN 2778. De waterdichtheidsvoorschriften gelden niet voor bouwwerken die geen gebouw zijn⁷⁹ en gebouwen met een overige gebruiksfunctie⁸⁰ (activiteiten waarbij het verblijven van personen een ondergeschikte rol speelt). In gevallen waarin de werkelder slechts dient als opslag(kelder), is aannemelijk dat sprake is van een overige gebruiksfunctie en dat niet hoeft te worden voldaan aan de waterdichtheidsvoorschriften van het Bouwbesluit 2012. Indien de werkelder een bijeenkomstfunctie heeft, zoals bijvoorbeeld een restaurant, gelden deze voorschriften wel.

⁷⁸ Tekst & Commentaar Ruimtelijk bestuursrecht, Verbodsbepalingen bij: Woningwet, artikel 1b [Algemeen bouwverbod]; Lexplicatie, Bronnen en citaten bij: Woningwet, artikel 1b [Algemeen bouwverbod].

⁷⁹ Volgens artikel 1, lid 1, Woningwet is een gebouw als volgt gedefinieerd: "*bouwwerk dat een voor mensen toegankelijke overdekte geheel of gedeeltelijk met wanden omsloten ruimte vormt*". In gevallen waarin een werkelder niet voor mensen toegankelijk is, bijvoorbeeld bij weeskelders, is mogelijk geen sprake van een gebouw en hoeft niet te worden voldaan aan de voorschriften voor waterdichtheid.

⁸⁰ Een overige gebruiksfunctie is een gebruiksfunctie die niet in artikel 1, lid 2, Bouwbesluit 2012 is genoemd, voor activiteiten waarbij het verblijven van personen een ondergeschikte rol speelt.

126. Een slechte fundering kan strijd opleveren met artikelen 2.6, lid 1, Bouwbesluit 2012 jo. artikel 1b, lid 2, Woningwet.⁸¹ Voor een overtreding wegens onvoldoende onderhoud is vereist dat het onderhoud zodanig achterstallig is dat het bouwwerk niet voldoet aan de eisen die het Bouwbesluit daaraan stelt. Daartoe is nodig dat door het college op deugdelijke, deskundige wijze wordt vastgesteld dat de normen die in het Bouwbesluit worden gesteld, zijn overtreden.⁸² Het college dient aan de hand van de desbetreffende NEN-norm (of een andere bepalingsmethode)⁸³ door een deskundig persoon te laten onderzoeken of het onderhoud (bijvoorbeeld aan de constructie) zodanig achterstallig is dat niet meer wordt voldaan aan de eisen die artikel 1b Woningwet en het Bouwbesluit daaraan stellen.

Woningwet – Gemeente (als eigenaar van de weg)

127. De Woningwet is niet van toepassing op de weg en bevat geen verplichtingen voor de gemeente als eigenaar van de weg. De Woningwet bevat bepalingen voor een bouwwerk, open erf of terrein. De weg kwalificeert niet als bouwwerk, open erf of terrein.⁸⁴ Een brug kwalificeert wel als bouwwerk, maar in het kader van de toepasselijkheid van de Woningwet is dit niet relevant omdat de gewelven op zichzelf al kwalificeren als bouwwerk en om die reden de Woningwet van toepassing is.

Kan het college eigenaren op grond van de Woningwet verplichten medewerking te verlenen aan onderzoek?

128. De Woningwet bevat uitsluitend een onderzoeksverplichting voor zover het bouwwerk behoort tot bij ministeriële regeling vast te stellen categorieën bouwwerken waarvan is vast komen te staan dat die een gevaar voor de gezondheid of de veiligheid kunnen opleveren (artikel 1a, lid 3, Woningwet). De categorieën bouwwerken waarvoor een onderzoeksverplichting geldt, zijn geregeld in hoofdstuk 5a van de Regeling Bouwbesluit 2012, en betreffen: galerijflats, zwembaden en gebouwen met breedplaatvloeren. De werfkelders zijn niet aangewezen in de Regeling Bouwbesluit 2012, zodat daarvoor op grond van de Woningwet geen onderzoeksverplichting geldt.
129. Op grond van artikel 5.13 Wabo⁸⁵ zijn ambtenaren die belast zijn met het toezicht op de naleving van onder andere de Woningwet (hoofdstukken I tot en met III) bevoegd een woning te betreden zonder toestemming van de bewoner. In zoverre kan onderzoek aan een woning dus worden afgedwongen zonder dat de eigenaar daar toestemming voor geeft.
130. Indien het gaat om toezicht⁸⁶ op de naleving van een andere wettelijke bepalingen die niet zijn aangewezen in een bijzondere wet, mag een toezichthouder niet zonder toestemming een

⁸¹ ABRvS 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:817.

⁸² ABRvS 24 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV7265.

⁸³ ABRvS 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:817.

⁸⁴ ABRvS 1 april 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH9230; ABRvS 19 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1099. Een brug kwalificeert wel als bouwwerk, maar in het kader van de toepasselijkheid van de Woningwet is dit niet relevant omdat de gewelven op zichzelf al kwalificeren als bouwwerk en om die reden de Woningwet van toepassing is.

⁸⁵ Wet algemene bepalingen omgevingsrecht.

⁸⁶ Een persoon bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van wet- en regelgeving (artikel 5:11 Abw).

woning betreden (artikel 5:15 Awb⁸⁷). Indien het noodzakelijk is om de woning te betreden en de bewoner geeft geen toestemming, dan zal de toezichthouder een schriftelijke machtiging moeten worden gevraagd (zie artikel 2 lid 1 Awbi⁸⁸). Een dergelijke machtiging kan uitsluitend worden verleend indien het doel waartoe wordt binnengetreden het binnentreden zonder toestemming redelijkerwijs vereist. Er moet worden voldaan aan de vereisten van dringende maatschappelijke noodzaak en evenredigheid.⁸⁹

131. In beginsel is eenieder verplicht om toezichthouders desgevraagd alle medewerking te verlenen, mits de medewerking redelijkerwijs nodig is voor de uitoefening van hun taak, zo bepaalt artikel 5:20 Awb. Op grond van artikel 5:18, lid 1, Awb is een toezichthouder bevoegd zaken te onderzoeken, aan opnemings te onderwerpen en daarvan monsters te nemen.

Kan het college eigenaren op grond van de Woningwet verplichten medewerking te verlenen aan herstel van de werfkelders?

132. Het college is op grond van artikel 13 Woningwet bevoegd om de eigenaar (of degene die uit andere hoofde bevoegd is tot het treffen van voorzieningen) een verplichting op te leggen om, in aanvulling op de voorschriften van het Bouwbesluit 2012, ten aanzien van de staat van een bestaand bouwwerk extra voorzieningen (zoals herstelmaatregelen)⁹⁰ te treffen, mits die voorzieningen naar het oordeel van het college noodzakelijk zijn.⁹¹ Een dergelijke verplichting kan ertoe strekken dat de staat van het gebouw ten aanzien waarvan de verplichting wordt opgelegd, komt te liggen op een niveau dat hoger is dan het niveau dat overeenkomt met het Bouwbesluit voorgeschreven kwaliteitsniveau voor een bestaand bouwwerk (bijvoorbeeld de NEN-norm voor de sterkte van de bouwconstructie of waterdichtheid, zoals hierboven besproken). Van de bevoegdheid van artikel 13 Woningwet kan het college slechts gebruik maken indien zij kan motiveren dat de aanvullende voorzieningen noodzakelijk zijn.⁹² Of het treffen van voorzieningen aanvullende noodzakelijk is, hangt uiteraard af van de concrete omstandigheden van het geval.
133. Aan eigenaren die niet bereid zijn om de voorzieningen te verrichten kan op grond van artikel 15 Woningwet een last onder dwangsom of een last onder bestuursdwang worden opgelegd. In een last onder bestuursdwang kan worden opgenomen dat het college de voorzieningen van gemeentewege laat uitvoeren indien de eigenaar na afloop van de gestelde termijn niet aan de last heeft voldaan. De kosten voor de toepassing van bestuursdwang, te weten het laten uitvoeren van de voorzieningen van gemeentewege, worden in beginsel verhaald op de eigenaar, tenzij deze kosten redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoren te komen (artikel 5:25 Awb).

⁸⁷ Algemene wet bestuursrecht.

⁸⁸ Algemene wet op het binnentreden

⁸⁹ ABRvS 19 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6701.

⁹⁰ Bijvoorbeeld het aanbrengen van een nieuwe fundering, ABRvS 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3240.

⁹¹ Ofwel de voorzieningen onderdeel zijn van een onderhoudsplan voor een gebouw als bedoeld in artikel 12d, eerste lid, Woningwet en niet binnen de daarvoor in het onderhoudsplan gestelde termijn zijn uitgevoerd.

⁹² Kamerstukken II 2003/04, 29 392, nr. 3, p. 6 (MvT).

Regeling Wegenwet relevant voor de verhouding eigenaar werfkelder – eigenaar (beheerder) weg?

134. Uit artikel 13, lid 1, Wegenwet volgt dat de eigendom van wegen, zolang en voor zover niet het tegendeel blijkt, vermoed wordt bij de provincie, de gemeente of het waterschap te zijn die de weg onderhoudt. Het college is op grond van de Wegenverkeerswet en het Besluit administratieve bepalingen inzake het wegverkeer bevoegd om verkeerstekens te plaatsen en maatregelen te nemen ter regeling van het verkeer.
135. Artikel 15, lid 1, Wegenwet bepaalt dat de gemeente verplicht is een weg te onderhouden, wanneer zij deze tot openbare weg heeft bestemd.⁹³ Artikel 15, lid, 2 Wegenwet bevat de onderhoudsverplichting voor de gemeente van een weg indien de gemeente deze weg gedurende tien achtereenvolgende jaren heeft onderhouden. In dit geval gaan wij ervan uit dat de gemeente de weg gedurende tien jaren heeft onderhouden, zodat op de gemeente een onderhoudsplicht rust. Artikel 15, lid 3, bevat ook een onderhoudsverplichting voor een tot de weg behorende berm.
136. Artikel 16 Wegenwet bevat de zorgplicht voor de gemeente dat binnen haar gebied gelegen wegen – met uitzondering van de wegen die door het Rijk, de provincie of het waterschap worden onderhouden en van wegen waarop door een ander tol wordt geheven – in goede staat verkeren. Artikel 18 Wegenwet bepaalt wanneer de gemeente wordt geacht aan artikel 16 te hebben voldaan, namelijk wanneer de weg goed is onderhouden en de aard, breedte en lengte van de verharding gelijk zijn aan hetgeen daarover in de wegenlegger is bepaald.
137. Op grond van artikel 1, lid 2, Wegenwet wordt onder wegen mede verstaan:
- I. voetpaden, rijwielpaden, jaagpaden, dreven, molenwegen, kerkwegen en andere verkeersbanen voor beperkt gebruik;
 - II. bruggen.
138. Hoewel bovenstaande bepaling geen uitputtende definitie bevat voor het begrip 'weg', biedt de wet noch de wetsgeschiedenis aanknopingspunten voor de conclusie dat werfkelders kwalificeren als 'weg' in de zin van de Wegenwet.
139. Men zou zich nog kunnen afvragen of de werfkelders kwalificeren als onderdeel van de weg. De Wegenwet beantwoordt die vraag niet. In de jurisprudentie is bepaald dat de werfkelders dan zodanig met de openbare weg zouden moeten zijn verbonden dat het daarvan niet kan worden afgezonderd zonder schade van enige betekenis wordt aangebracht aan de weg of de werfkelders.⁹⁴ Zou men uitgaan van zodanige verbondenheid, dan is echter nog steeds de vraag of de Wegenwet relevante bepalingen bevat die de verhouding tussen de eigenaar van de werfkelder en de eigenaar (beheerder) van de weg regelen. Wij menen dat de casuïstiek die zich in dit geval voordoet met betrekking tot eigendom en onderhoud van de werfkelders is

⁹³ We zijn niet bekend met wanneer en hoe die bestemmingshandeling heeft plaatsgevonden, maar wij gaan er voor dit advies vanuit dat de gemeente de weg op enig moment tot openbare weg heeft bestemd ofwel de onderhoudsverplichting voortvloeit uit artikel 15, lid 2, Wegenwet.

⁹⁴ Gerechtshof Amsterdam 7 oktober 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AM7962; bekrachtigd in HR 6 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9491; Gerechtshof Den Haag 30 juni 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:AQ5847.

gelegen in de privaatrechtelijke sfeer en de Wegenwet daarop geen aanvullende bepalingen bevat die soelaas bieden.

140. Vooralnog zien wij derhalve niet dat de Wegenwet op dit specifieke punt een regeling bevat.

Erfgoedwet en Monumentenverordening Utrecht

141. De Erfgoedwet, de Monumentenwet 1998 en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht bevatten verplichtingen met betrekking tot de instandhouding van rijksmonumenten en gemeentelijke monumenten. Voor zover een werf, werfmuur, kluismuur of werfkelder is aangewezen als gemeentelijk monument of rijksmonument of daarvan onderdeel uitmaakt, zijn voornoemde wetten van toepassing.
142. De werfkelders zijn deels een rijksmonument, waarop de Erfgoedwet van toepassing is, deels een gemeentelijk monument op grond van de Monumentenverordening Utrecht en voor het overige werfkelders niet als monument beschermd. Of een object is aangewezen als rijksmonument of gemeentelijk monument, dient in het concrete geval te worden onderzocht. Wij hebben zelf geen onderzoek gedaan naar de monumentale status van de afzonderlijke objecten.
143. In artikel 11, lid 1, Monumentenwet 1988⁹⁵ is bepaald dat het verboden is om een rijksmonument te beschadigen of te vernielen, of daaraan onderhoud te onthouden dat voor de instandhouding daarvan noodzakelijk is.⁹⁶
144. In artikel 11, lid 2, is bepaald dat het verboden is om zonder of in afwijking van een vergunning een beschermd archeologisch monument (a) te slopen, te verstoren, te verplaatsen, in enig opzicht te wijzigen; of (b) te herstellen, te gebruiken of te laten gebruiken waardoor het wordt ontsierd of in gevaar wordt gebracht (waaronder ook nalaten waardoor het voortbestaan van het monument gevaar loopt).⁹⁷ Deze vergunningplicht is per 1 oktober 2010 onderdeel van de Wabo (zie artikel 2.1, lid 1, aanhef en onder f en h, Wabo). Een nalaten waardoor het voortbestaan van een beschermd monument gevaar loopt, valt daarom ook onder het in artikel 2.1, lid 1, aanhef en onder f, Wabo opgenomen verbod.⁹⁸
145. Naast handhaving op grond van een overtreding van de Erfgoedwet is ook handhaving van een overtreding op grond van het Bouwbesluit 2012 mogelijk.⁹⁹ Een slechte toestand van schilderwerk van een monument kan bijvoorbeeld strijd met artikel 2.6 Bouwbesluit 2012 opleveren. Bij een overtreding op grond van het Bouwbesluit 2012 geldt niet het vereiste dat het voortbestaan van het monument in gevaar is.

⁹⁵ Dit artikel is gewijzigd door artikel 10.18 Erfgoedwet en is nog geldend recht op grond van het overgangsrecht van de Erfgoedwet. Artikel 9.1, lid 1, sub a, Erfgoedwet bepaalt dat onder meer hoofdstuk II paragraaf 2 van de Monumentenwet 1988 nog van toepassing is tot het tijdstip waarop de Omgevingswet in werking is getreden. Artikel 11 is opgenomen in hoofdstuk II 'Beschermd monumenten', paragraaf 2 'Vergunningen tot wijziging, sloop of verwijdering' van de Monumentenwet 1988. In de Omgevingswet is ook een instandhoudingsplicht opgenomen, namelijk in artikel 4.28 lid 2.

⁹⁶ TBR 2018/55.

⁹⁷ ABRvS 1 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV2414. Uit de memorie van antwoord bij de Monumentenwet 1988 volgt dat het langdurig openlaten van daken, dakramen, ramen en deuren, waardoor hemelwater ongehinderd naar binnen gaat, strafbare verwaarlozing van het monument kan opleveren. Dit geldt ook voor het niet goed laten functioneren van goten en afvoeren. Op grond van artikel 11, lid 2, onder b, Monumentenwet 1988 kan dan ook een last onder dwangsom worden opgelegd tot het wind- en waterdicht maken van een monument.

⁹⁸ ABRvS 20 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3059.

⁹⁹ ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1594.

146. Bij gemeentelijke monumenten ligt de kwestie iets anders. Op grond van artikelen 3.16 en 3.17 Erfgoedwet kunnen gemeenten en provincies verordeningen vaststellen ter bescherming van hun erfgoederen. In artikel 6, lid 1, van de Monumentenverordening van de gemeente Utrecht is bepaald dat het verboden is een beschermd gemeentelijk monument te beschadigen of te vernielen.¹⁰⁰ Op grond van artikel 2.2, lid 1, sub b, Wabo is het verboden een gemeentelijk monument te slopen, te verstoren, in enig opzicht te wijzigen, te herstellen, te gebruiken of te laten gebruiken op een andere wijze waardoor het wordt ontsierd of in gevaar wordt gebracht.
147. Artikel 11 van de Monumentenwet 1988 geldt niet voor gemeentelijke monumenten. Echter kan ook voor gemeentelijke monumenten handhaving plaatsvinden op grond van het Bouwbesluit 2012, zoals hierboven voor rijksmonumenten is omschreven.
148. Uit bovenstaande bepalingen volgt dat rijksmonumenten en gemeentelijke monumenten deugdelijk dienen te worden onderhouden. Voor ingrijpend onderhoud is evenwel op grond van de genoemde artikelen uit de Wabo een omgevingsvergunning nodig. Van geval tot geval zal moeten worden beoordeeld of een omgevingsvergunning noodzakelijk is.

ASLASTBEPERKING EN AANSPRAKELIJKHEID GEMEENTE

149. Of de gemeente aansprakelijk is voor schade die ontstaat door de gevolgen van het mogelijk niet-handhaven van de aslast- en/of snelheidsbeperking in het wervengebied is minst genomen erg afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval.
150. Er zijn voor die aansprakelijkheid twee grondslagen te duiden:
- uit hoofde van onrechtmatig handelen (art. 6:162 BW)
 - uit hoofde van een gebrekkige opstal (art. 6:174 BW juncto artikel 16 Wegenwet)

Aansprakelijkheid op grond van onrechtmatig handelen (art. 6:162 BW)

151. Wil de gemeente aansprakelijk kunnen worden gesteld uit hoofde van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) dan moet worden voldaan aan de volgende vereisten:
- een normschending (een onrechtmatige daad) zijnde een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (artikel 6:162 lid 2 BW);
 - toerekenbaarheid (door schuld of een oorzaak die volgens de wet of de verkeersopvattingen voor rekening van de gemeente komt) (artikel 6:162 lid 3 BW);
 - causaal verband tussen de onrechtmatige daad en de schade ('dientengevolge', artikel 6:162 lid 1 BW jo. artikel 6:98 BW)
 - schade (artikel 6:95 e.v. BW).
152. Hoofdregel is dat de bewijslast in beginsel rust op degene die de gemeente aansprakelijk stelt en die stelt schade te hebben geleden (zie artikel 150 Wetboek van Rechtsvordering)..
153. Degene die de gemeente aansprakelijk stelt, zal voorts moeten aantonen dat er causaal verband bestaat tussen de onrechtmatige daad en de schade. Om causaal verband aan te kunnen nemen moet allereerst sprake zijn van een conditio sine qua non-verband tussen de

¹⁰⁰ In de Monumentenverordening van de gemeente is dus niet de ruimer geformuleerde instandhoudingsplicht opgenomen conform artikel 13 van het VNG-model Erfgoedverordening 2016.

fout en de schade. Ten tweede komt slechts die schade voor vergoeding in aanmerking, die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend) (artikel 6:98 BW).

154. Als de schade evenwel voor een deel aan uitsluitend één oorzaak kan worden toegerekend en voor een ander deel uitsluitend aan een andere, dan zal toerekening van dat deel van de schade plaatsvinden aan die betreffende schadeoorzaak. Maar voor schade waarvan niet duidelijk is aan welke onrechtmatige daad deze kan worden toegerekend (de zo wel genoemde mengschade) is iedere schadeveroorzaker ten volle aansprakelijk te stellen¹⁰¹.
155. Het is ook mogelijk dat meerdere factoren ertoe hebben geleid dat er schade is opgetreden (bijvoorbeeld het gebrek aan handhaving van de aslastbeperking/fysieke belasting van verkeer onder 2 ton/de constructie van de werfkelder/achterstallig onderhoud). In het kader van aansprakelijkheid wordt dit aangeduid als een causaliteitsprobleem. Er zijn meerdere oorzaken te duiden als mogelijke schadeoorzaak.
156. Een causaliteitsprobleem, ook wel aangeduid als meervoudige causaliteit, kan worden opgelost middels verschillende leerstukken. Indien de schade óók kan zijn veroorzaakt door een andere omstandigheid dan de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis, dan kan bijvoorbeeld het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid¹⁰² wordt toegepast. Dit heeft tot gevolg dat slechts dat gedeelte/percentage van de schade wordt vergoed dat door de fout is veroorzaakt, terwijl de overige schade voor rekening van de benadeelde blijft.
157. Indien echter wordt vastgesteld dat meerdere oorzaken afzonderlijk (onafhankelijk van de andere oorzaak) de *gehele* schade kunnen hebben veroorzaakt (alternatieve causaliteit), dan kan eenieder die de schade heeft veroorzaakt voor het geheel van de schade aansprakelijk zijn.
158. Wij wijzen er voorts op dat de rechter bij een onzeker verband (bijvoorbeeld: het gebrek zou kunnen zijn veroorzaakt door te zwaar verkeer maar misschien ook door een andere oorzaak) ook de aansprakelijkheid proportioneel kan vaststellen. De rechter bepaalt dan een in een percentage uitgedrukte kans dat de normschending de schade heeft veroorzaakt¹⁰³.
159. Een rol kan ook nog spelen dat de gemeente weliswaar een aslastbeperking heeft ingesteld juist ter voorkoming van schade aan de onder de weg gelegen werfkelders, maar dat zij die aslastbeperking niet heeft gehandhaafd. Dit kan een rol spelen omdat de overheid in het bestuursrecht in beginsel een plicht heeft tot handhaving.
160. Voorts wijzen wij op het leerstuk van de secundaire aansprakelijkheid dat inmiddels ook bij onvoldoende toezicht en handhaving door de overheid kan leiden tot aansprakelijkheid voor door derden (in dit geval zijn dat de eigenaren van de werfkelders) geleden schade ten gevolge van onvoldoende toezicht en handhaving¹⁰⁴. Wij wijzen in dat verband onder meer naar het arrest van de Hoge Raad van 02-06-2017¹⁰⁵, Of onvoldoende toezicht en handhaving ook leidt tot aansprakelijkheid hangt af van de vraag of het betreffende bestuursorgaan in redelijkheid

¹⁰¹ Zie recentelijk nog Rechtbank Utrecht, 12-05-2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM9151,263187 / HA ZA 09-501.

¹⁰² Zie bijv. HR 24 december 2010, LJN BO1799; NJ 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*).

¹⁰³ Als op die wijze de aansprakelijkheid wordt bepaald, dan is er geen ruimte meer voor een billijkheidscorrectie.

¹⁰⁴ Vergelijk de rechtspraak over het schietincident in Alphen aan den Rijn: Gerechtshof Den Haag, 27-03-2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:541, 200.171.422/01; HR 20-09-2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, NJ 2020/233 m.nt. S.D. Lindenbergh; Mr. K.L. Maes, Het hoger beroep inzake het schietincident in Alphen aan den Rijn: hoe gerechtigheid zegevierde, en de geest in de fles bleef; Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade 2018/3.

¹⁰⁵ ECLI:NL:HR:2017:987

tot haar oordeel met betrekking tot toezicht en controle dan wel tot haar optreden in een concreet geval heeft kunnen komen, gegeven het aan de orde zijnde risico en de haar bekende omstandigheden. De lijn in de rechtspraak is dat de overheid een grote mate van beleidsvrijheid toekomt.

161. Het zal dus van een weging van de door de gemeente naar voren te brengen argumenten waarom zij niet heeft gehandhaafd dan wel kunnen handhaven, afhangen in hoeverre dat nalaten in civielrechtelijke zin kwalificeert als een normschending die aansprakelijkheid met zich mee brengt. Volledigheidshalve merken wij nog op dat de Hoge Raad aan degene die meent schade te hebben geleden door het tekortschieten van toezicht en handhaving hoge eisen stelt waar het gaat om de stelplicht en de bewijslast. Dat geldt zowel ten aanzien van de vraag of het tekortschieten van het toezicht onrechtmatig is (geweest) alsook ten aanzien van de vraag of de schade in een voldoende causaal verband daarmee staat.
162. Onze voorlopige conclusie is dat zonder nadere gegevens, die momenteel ontbreken, er over de aansprakelijkheidsvraag in zijn algemeenheid weinig te zeggen valt. Zo is onduidelijk welke schade (al) is opgetreden of door werkzaamheden zal optreden, welke schadeoorza(a)k(en) is/zijn aan te wijzen et cetera. Op basis van de concrete omstandigheden zal deze vraag onderdeel (moeten) uitmaken van nader onderzoek¹⁰⁶.

Aansprakelijkheid uit hoofde van een gebrekkige opstal (art. 6:174 BW juncto artikel 16 Wegenwet)

163. De aansprakelijkheid van de gemeente op grond van artikel 6:174, lid 1 en 2, BW (jo. artikel 16 Wegenwet in verband met de verantwoordelijkheid van de gemeente als wegbeheerder) is beginsel een risicoaansprakelijkheid doch handelt over de schade die een derde lijdt. Deze vorm van aansprakelijkheid speelt evenwel niet rechtstreeks tussen de gemeente en de eigenaren van de werfkelders¹⁰⁷. Om die reden laten wij deze vorm van aansprakelijkheid op dit moment verder buiten beschouwing.

Mrs. J.M. van Noort
M. Rus-van der Velde

¹⁰⁶ Wij hebben begrepen dat er momenteel nader onderzoek wordt gedaan naar de mate waarin het berijden van de gracht door (te) zwaar verkeer zou kunnen bijdragen aan het ontstaan van schade aan de werfkelders. Mogelijk dat op basis van dat onderzoek over de aansprakelijkheid voor schade aan de werfkelders nadere uitspraken kunnen worden gedaan, maar dat zal op basis van de uitkomsten van dat onderzoek pas kunnen worden beoordeeld.

¹⁰⁷ Schuld van de gemeente als wegbeheerder speelt in beginsel geen rol. Wel zal vast moeten komen te staan waardoor de schade wordt veroorzaakt (causaal verband). De benadeelde zal moeten aantonen dat hij schade heeft geleden doordat de weg niet voldeed aan de eisen die daaraan in de gegeven omstandigheden mochten worden gesteld (artikel 6:174, lid 1, BW). De weg moet met andere woorden gebrekkig zijn. Bij het antwoord op de vraag of de opstal voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, en dus niet gebrekkig is, komt het aan op de - naar objectieve maatstaven te beantwoorden - vraag of de opstal, gelet op het te verwachten gebruik of de bestemming daarvan, met het oog op voorkoming van gevaar voor personen en zaken deugdelijk is, waarbij ook van belang is hoe groot de kans op verwezenlijking van het gevaar is en welke onderhouds- en veiligheidsmaatregelen mogelijk en redelijkerwijs te vergen zijn. Daarbij kan voor het geval de aansprakelijkheid op een overheidslichaam rust mede betekenis toekomen aan de hem toekomende beleidsvrijheid en ter beschikking staande financiële middelen. De aansprakelijkheid van de wegbeheerder op grond van artikel 6:174 BW betreft (de toestand van) de openbare weg, waaronder ingevolge art. 6:174 lid 6 BW mede zijn te verstaan het weglichaam en de weguitrustings.