

Gebreken – schadevergoeding – algemene voorwaarden: instorten dak supermarkt; uitleg; exoneraties; strijdigheid met Bouwbesluit; sparingen zonder toe...

Hof Arnhem-Leeuwarden 23-07-2019, ECLI:NL:GHARL:2019:6038, m.nt. mr. J.A. Tuinman

Essentie

Gebreken – schadevergoeding – algemene voorwaarden: instorten dak supermarkt; uitleg; exoneraties; strijdigheid met Bouwbesluit; sparingen zonder toestemming verhuurster aangebracht; causaal verband

Samenvatting

Huurster spreekt verhuurster aan tot vergoeding van de schade vanwege instorting van een deel van het dak van de supermarkt na een zware regenbui.

Tijdens een zware regenbui is een deel van het dak ingestort waarbij ernstige schade is ontstaan. De gehuurde bedrijfsruimte voldeed niet aan de bouwnormen doordat geen noodoverlopen op het dak waren aangebracht. En huurster heeft zonder de vereiste toestemming van verhuurster twee openingen in het dak laten maken en dakkappen op het dak geplaatst ten behoeve van airco-units. Art. 7:209 BW staat in de weg aan het uitsluiten van aansprakelijkheid voor gebreken die de verhuurder bij het aangaan van de overeenkomst kende of behoorde te kennen. Indien op het moment dat de huurovereenkomst tot stand komt, het gehuurde nog moet worden (af)gebouwd mag de huurder ervan uitgaan dat het gehuurde op het moment van ingebruikgeving vrij is van gebreken. Huurster kan zich dan ook jegens de opvolgend verhuurder op art. 7:209 BW beroepen. Een huurder mag verwachten dat het door hem gehuurde gebouw voldoet aan de bouwnormen voor de dakconstructie. Wanneer de dakconstructie niet aan de bouwnormen voldoet, verschaft het gebouw de huurder reeds om die reden niet het genot van het gebouw dat hij bij het aangaan van de overeenkomst van een goed onderhouden zaak mag verwachten. Er was sprake van een gebrek aan de dakconstructie en verhuurster kan zich niet beroepen op de exoneraties in art. 6.5 en 6.6 Algemene Bepalingen, die aansprakelijkheid voor een dergelijk gebrek uitsluiten. Dat betekent nog niet dat de vordering tot schadevergoeding van huurster toewijsbaar is. Op grond van art. 2.12.3 Algemene Bepalingen is de verhuurder op geen enkele wijze aansprakelijk met betrekking tot de voorzieningen die zonder toestemming van de verhuurder door de huurder in, op of aan het gehuurde zijn aangebracht. Deze bepaling betreft niet alleen de aansprakelijkheid voor een beperking van het genot en wijst op een ruime causaliteit. Tussen de aangebrachte voorziening en de van aansprakelijkheid van de verhuurder uitgesloten schade dient conditio sine qua non verband te bestaan, maar voor de eis dat voor de toepasselijkheid van art. 2.12.3 de voorziening de enige oorzaak van de schade dient te zijn, biedt het artikel geen aanknopingspunt. Wanneer art. 2.12.3 van toepassing is, is verhuurster niet aansprakelijk voor de schade ten gevolge van de instorting van het dak, ook als de instorting mede het gevolg is geweest van een gebrek aan het dak. Voor schadevergoeding voor huurster is noodzakelijk dat alleen het gebrek aan de dakconstructie de instorting heeft veroorzaakt en dus geen (niet ook) sprake is van conditio sine qua non verband tussen de sparingen en het instorten van het dak. Het gaat om de schade door instorting zoals die daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, de gedeeltelijke instorting van het dak bij de door huurster aangebrachte airco's en sparingen. Stelplicht en bewijslast van het causaal verband rusten op huurster. Huurster heeft onvoldoende onderbouwd dat de instorting van het dak ook zou hebben plaatsgevonden indien zij de sparingen niet zou hebben aangebracht en heeft niet onderbouwd dat de instorting van het dak enkel het gevolg is van de gebrekkige constructie van het dak. Het noodzakelijke causale verband ontbreekt. Geen schadevergoeding voor huurster. (Cassatieberoep ingesteld)

Partij(en)

Appellante in het principaal hoger beroep, geïntimeerde in het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep:

Albert Heijn B.V., gevestigd te Zaandam

Advocaat:

mr. S. van der Kamp

tegen

Geïntimeerden in het principaal hoger beroep, appellanten in het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep:

1. C. en J. K. Vastgoed Beheer B.V., gevestigd te Heerhugowaard

hierna: K. Vastgoed

2. J. K. en Zn. Beheer Heerhugowaard B.V., gevestigd te Heerhugowaard

Uitspraak

Hof Arnhem-Leeuwarden (locatie Leeuwarden) 23 juli 2019

(...)

3. De vaststaande feiten

3.1

Het hof gaat uit van de volgende feiten.

3.2

In mei/juni 2000 is een huurovereenkomst tot stand gekomen tussen de projectontwikkelaar Germie Beleggingen B.V. (hierna: Germie) als verhuurder en De Boer Unigro Groothandel B.V. (hierna: Unigro) als huurder. De huur betrof een op dat moment nog te bouwen bedrijfsruimte, bestemd voor een supermarkt, op het Postilsterrein te Winschoten. De huurovereenkomst is vastgelegd in een huurcontract dat op 16 mei 2001 is ondertekend door Unigro en op 26 juni 2000 door Germie. De huurovereenkomst wordt aangegaan voor de duur van 10 jaar (met de mogelijkheid van verlenging voor steeds 5 jaar) met ingang van de dag van opening. De supermarkt is op 1 mei 2001 in gebruik genomen door Unigro.

3.3

Op de huurovereenkomst zijn van toepassing de 'Algemene Bepalingen Huurovereenkomst Winkelruimte en andere bedrijfsruimte ex artikel 7A:1624 BW', volgens het model van de raad voor Onroerende Zaken vastgesteld op 28 januari 1994 (hierna: de Algemene bepalingen).

In deze Algemene bepalingen is onder meer het volgende vermeld:

“2.12.2

Het is huurder niet toegestaan zonder voorafgaande toestemming van verhuurder:

- a. in, op of aan het gehuurde wijzigingen of voorzieningen aan te brengen, waaronder mede wordt verstaan het maken van gaten in de gevels,
- b. in, op of aan het gehuurde danwel de directe omgeving daarvan, zaken aan te brengen of te hebben (...)

2.12.3

Met betrekking tot de onder 2.12.2 a en b bedoelde wijzigingen of voorzieningen is verhuurder op geen enkele wijze aansprakelijk.

(...)

6.5

Verhuurder is niet aansprakelijk voor schade toegebracht aan de persoon of goederen van huurder of van derden – en huurder vrijwaart verhuurder voor aanspraken van derden terzake – door het optreden en de gevolgen van zichtbare en onzichtbare gebreken aan het gehuurde of het gebouw of complex waarvan het gehuurde deel uitmaakt of ontstaan door het optreden en de gevolgen van weersomstandigheden (...), alles behoudens in geval van schade als gevolg van grove schuld of ernstige nalatigheid van verhuurder ten aanzien van de staat van het gehuurde of van het gebouw of complex waarvan het gehuurde deel uitmaakt.

6.6

Verhuurder is niet aansprakelijk voor bedrijfsschade van huurder of voor schade als gevolg van andere huurders of van belemmeringen in het gebruik van het gehuurde die derden veroorzaken, tenzij in geval van grove schuld of ernstige nalatigheid van verhuurder dienaangaande.

(...)

14.1

De betaling van de huurprijs en van al hetgeen verder krachtens deze huurovereenkomst is verschuldigd, zal uiterlijk op de

vervaldata in wettig Nederlands betaalmiddel – zonder enige korting, aftrek of verrekening met een vordering welke huurder op verhuurder heeft of meent te hebben – geschieden door storting dan wel overschrijving op een door verhuurder op te geven rekening.(...) Verhuurder is gerechtigd te bepalen op welke openstaande vordering uit de overeenkomst een door hem van huurder ontvangen betaling in mindering komt, tenzij huurder bij de betaling uitdrukkelijk anders aangeeft. In het laatste geval is het gestelde in artikel 6:50 BW niet van toepassing.

14.2

Telkens indien een uit hoofde van de huurovereenkomst door huurder verschuldigd bedrag niet prompt op de betaaldag is voldaan, verbeurt huurder aan verhuurder van rechtswege vanaf de vervaldag een direct opeisbare boete van 2% per maand van het verschuldigde met een minimum van f 250 per kalendermaand, waarbij elke ingetreden maand als een volle maand geldt.”

3.4

Germie heeft de bedrijfsruimte verkocht aan K. Beheer. De levering vond op 30 maart 2001 plaats. In de akte van levering is vermeld dat de koopovereenkomst tussen Germie en K. Beheer in december 1996 is gesloten.

3.5

Op grond van een schriftelijke overeenkomst van indeplaatsstelling van 9 november 2006 is AH met ingang van 26 november 2006 huurder van de supermarkt. (Partijen zijn het erover eens dat in deze overeenkomst abusievelijk de naam van K. Vastgoed in plaats van K. Beheer als verhuurder is vermeld). Sindsdien exploiteert AH in het gehuurde een supermarkt. Een deel van het gehuurde is onderverhuurd aan slijterij Gall&Gall B.V.

3.6

AH heeft in 2006 twee openingen in het dak laten maken en dakkappen van ieder 26 kg op het dak geplaatst ten behoeve van airco-units.

3.7

Op 19 augustus 2013 is ter plaatse van de airco-units tijdens een zware regenbui een deel van het dak ingestort. Daarbij is ernstige (water)schade ontstaan. Het interieur van de supermarkt is deels vernield en de winkelvoorraad is afgekeurd. De inrichting is geheel vervangen. De supermarkt en de slijterij zijn ongeveer 5 weken gesloten geweest voor het publiek.

3.8

Beide partijen hebben onderzoek laten doen naar de oorzaak van het instorten van het dak.

[...]

4. De vorderingen, het verweer en de beslissing in eerste aanleg

4.1

AH heeft K. c.s. gedagvaard voor de kantonrechter en hoofdelijke veroordeling van hen gevorderd tot betaling van een bedrag van € 1.855.441,68, te vermeerderen met rente en proceskosten. Aan haar vordering heeft AH primair ten grondslag gelegd dat het dak is ingestort door een gebrek in het gehuurde in de zin van artikel 7:204 lid 2 BW, waarvoor K. c.s. op grond van artikel 7:208 BW aansprakelijk zijn. Volgens AH staat artikel 7:209 BW aan een geslaagd beroep op de artikelen 6.5 en 6.6 van de Algemene Bepalingen in de weg. Subsidiar heeft AH haar vordering gebaseerd op de risicoaansprakelijkheid voor opstallen van artikel 6:174 BW.

4.2

K. c.s. hebben verweer gevoerd. Zij hebben aangevoerd dat K Vastgoed geen eigenaar en geen verhuurder is van het gehuurde, zodat de vorderingen tegen haar niet toewijsbaar zijn. Ook de vorderingen tegen K. Beheer zijn volgens hen niet toewijsbaar, allereerst omdat AH niet heeft voldaan aan haar klachtplicht op grond van artikel 6:89 BW, vervolgens omdat de exoneratiebedingen van de artikelen 6.5, 6.6 en 2.12.3 uit de Algemene Bepalingen aan toewijsbaarheid in de weg staan, verder omdat geen sprake is van een gebrek en evenmin is voldaan aan het toerekenbaarheidsvereiste, terwijl bovendien de dakinstorting niet is veroorzaakt door een gebrek aan het dak maar door het, zonder toestemming van K. c.s., door AH aanbrengen van spelingen in het dak. K. c.s. hebben ook bezwaren tegen de door AH gestelde schadeomvang.

4.3

In het *tussenvonnis van 26 juli 2016* heeft de kantonrechter een comparitie van partijen gelast. Nadat de comparitie had plaatsgevonden, heeft de kantonrechter in het *tussenvonnis van 27 december 2016* (voor zover van belang – het hof laat de beslissing over een door de kantonrechter afgewezen incidentele vordering van AH buiten beschouwing) de feiten vastgesteld, overwogen dat AH niet-ontvankelijk is in haar vordering tegen K. Vastgoed en het beroep op schending van de klachtplicht en op de exoneraties afgewezen, omdat artikel 7:209 BW daaraan in de weg staat. Volgens de kantonrechter voldeed het dak vanwege het ontbreken van noodoverlopen niet aan de bouwnormen. Om die reden was sprake van een gebrek aan het gehuurde. Dat geen noodoverlopen zijn aangebracht, is voor risico van K. Beheer als verhuurder en is ook aan haar toe te rekenen, aldus de kantonrechter, die van oordeel is dat K. Beheer in beginsel op grond van artikel 6:174 BW aansprakelijk is omdat de dakconstructie niet in orde was. De kantonrechter heeft vervolgens overwogen dat ervan moet worden uitgegaan dat de door AH, volgens hem zonder toestemming van K. Beheer, aangebrachte sparingen 500 mm (in het vonnis staat 50 mm, maar dat is een kennelijke schrijffout) bij 875 mm bedroegen en dat de door de fabrikant geadviseerde versterking niet is aangebracht. Ten slotte heeft de kantonrechter vastgesteld dat de deskundigen van partijen elkaar tegenspreken over de oorzaak van de instorting, te weten de dakconstructie, de besparingen of een combinatie van beide. Indien de constructie ondanks het gebrek bij de ontstane waterbelasting van 0,40 of 0,45 kN/m² niet zou zijn ingestort, is de dakinstorting niet het gevolg van de constructie van het dak, maar van de aangebrachte sparingen. In dat geval ontbreekt het causale verband tussen het gebrek en de door AH geleden schade. Indien de constructie onvoldoende was voor de genoemde belasting, zijn er twee oorzaken die samen hebben bijgedragen aan de schade en is de schade mede het gevolg van eigen schuld van AH. De kantonrechter heeft partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de benoeming van een deskundige die zal moeten rapporteren over de mogelijke oorzaken van de instorting en de eventuele samenloop daarvan.

4.4

Nadat partijen zich hadden uitgelaten over de benoeming van een deskundige, heeft de kantonrechter in het *tussenvonnis van 9 mei 2017* allereerst overwogen dat, en waarom, hij niet terugkomt op zijn oordeel dat sparingen zijn aangebracht van 500 bij 875 mm zonder dat een raveelconstructie is aangebracht. De kantonrechter heeft vervolgens de deskundige benoemd. Het rapport van de deskundige is in r.o. 3.11 weergegeven.

4.5

In het *eindvonnis van 20 maart 2018* heeft de kantonrechter de kritiek van AH op het rapport van de deskundige verworpen en geoordeeld dat vast is komen te staan dat de instorting van het dak is veroorzaakt doordat het wateropvoerend vermogen van het dak vanwege het aanbrengen van de sparingen onvoldoende is geweest om het regenwater over de dakrand te kunnen voeren. Omdat de sparingen door AH zijn aangebracht, komt de schade die het gevolg is geweest van de instorting voor haar eigen rekening. De kantonrechter heeft de vorderingen van AH dan ook afgewezen en heeft AH veroordeeld in de proceskosten.

5. De bespreking van de grieven

5.1

Het hof stelt bij de bespreking van de grieven voorop dat AH geen grief heeft gericht tegen de afwijzing van de vorderingen op K. Vastgoed. In hoger beroep kan er dan ook van worden uitgegaan dat de vorderingen tegen K. Vastgoed niet toewijsbaar zijn en dat het appel voor zover het K. Vastgoed betreft ongegrond is.

5.2

K. c.s. hebben voorwaardelijk incidenteel appel ingesteld. Met het incidentele appel komen zij onder meer op tegen het passeren van het door hen gedane beroep op de exoneratiebedingen uit de Algemene Bepalingen. K. c.s. hebben geen grief gericht tegen de verwerping van het door hen in eerste aanleg gedane beroep op de klachtplicht. Bij gelegenheid van de comparitie in hoger beroep heeft de advocaat van K. c.s. ook bevestigd dat K. c.s. zich niet langer op schending van de klachtplicht beroepen. Dat beroep kan bij de beoordeling in hoger beroep dan ook onbesproken blijven.

5.3

K. c.s. hebben zich allereerst op de exoneraties van artikel 6.5 en 6.6 Algemene Bepalingen beroepen. Met grief III in het voorwaardelijk incidenteel appel komen K. c.s. op tegen de verwerping door de kantonrechter van dit beroep. Het hof zal deze grief eerst behandelen. Indien de grief slaagt, en K. c.s. zich terecht op de exoneraties hebben beroepen, zijn de vorderingen van AH om die reden immers al niet toewijsbaar en kunnen de andere grieven onbesproken blijven.

5.4

Op grond van artikel 7:208 BW is de verhuurder aansprakelijk voor schade die de huurder heeft geleden ten gevolge van de in die bepaling vermelde gebreken. In artikel 6.5 en 6.6 (hierna: de exoneraties) wordt deze aansprakelijkheid uitgesloten. Artikel 7:209 BW bepaalt echter dat niet ten nadele van de huurder van artikel 7:208 BW kan worden afgeweken voor zover het gaat om gebreken die de verhuurder bij het aangaan van de overeenkomst kende of behoorde te kennen. K. c.s. betogen dat K. Beheer als al sprake was van een gebrek aan het dak, wat K. c.s. ontkennen, het gebrek kende noch behoorde te kennen. Zij wijzen erop dat K. Beheer geen partij was bij de huurovereenkomst op het moment dat deze werd aangegaan. Op dat moment was het gehuurde ook nog niet gebouwd. K. Beheer heeft een bestaand gebouw gekocht en is bij de realisatie ervan niet betrokken geweest, zodat zij zich op de genoemde exoneraties kan beroepen. De kantonrechter is daar ten onrechte aan voorbijgegaan, aldus K. c.s.

5.5

Het hof volgt K. c.s. niet in dit betoog. De ratio van artikel 7:209 BW is dat de verhuurder in het algemeen beter dan de huurder bekend is dan wel behoort te zijn met de toestand van de te verhuren zaak. Het gaat immers om zijn zaak die hij tegen een vergoeding (de huur) in gebruik geeft aan iemand anders (de huurder) die het pand niet kent en ervan mag uitgaan dat dit vrij is van gebreken. Dit uitgangspunt geldt onverminderd als het gehuurde, op het moment dat de huurovereenkomst tot stand komt, nog moet worden (af)gebouwd. Ook dan moet immers het moment van ingebruikgeving door de verhuurder aan de huurder nog plaatsvinden en mag de huurder ervan uit gaan dat het gehuurde op het moment van ingebruikgeving vrij is van gebreken. De verhuurder zal zich achteraf niet kunnen bevrijden van zijn hier geschetste aansprakelijkheid, als hij door een eenvoudig onderzoek, het gebrek aan het verhuurde had kunnen (doen) vaststellen. K. Beheer was op het moment van de ingangsdatum van de huurovereenkomst, 1 mei 2001, wel eigenaar en dus opvolgend verhuurder (vgl. 7:226 lid 1 BW) was. Op haar rustte toen, gelet op wat hiervoor is overwogen, de verplichting om zich voordat het gehuurde aan de huurder beschikbaar werd gesteld inzicht te verschaffen in de staat van het gehuurde. Het gehuurde was toen, anders dan K. c.s. betogen, nog niet in gebruik. Het betrof een net opgeleverd nieuwgebouwd gebouw, bestemd voor gebruik als supermarkt, dat nog niet als supermarkt in gebruik was geweest. In dat licht gezien is de kwalificatie door K. c.s. van het door K. Beheer gekochte gebouw als een 'bestaand gebouw' niet adequaat. Uit het voorgaande volgt al dat niet relevant is dat K. Beheer de huurovereenkomst niet is aangegaan.

Los daarvan dient naar het oordeel van het hof een opvolgend verhuurder artikel 7:209 BW tegen zich te laten gelden. De huurder kan zich niet verzetten tegen een overdracht van het gehuurde. Indien een opvolgend verhuurder de beperkingen van artikel 7:209 BW, anders dan de oorspronkelijke verhuurder, niet tegen zich zou hoeven laten gelden, zou de rechtspositie van de huurder buiten zijn toedoen verslechteren door de overdracht van het gehuurde, doordat de nieuwe verhuurder zich, in tegenstelling tot de oorspronkelijke verhuurder, wel op een beding kan beroepen dat aansprakelijkheid voor de in artikel 7:209 BW bedoelde gebreken uitsluit. De bescherming die artikel 7:209 BW de huurder wil bieden, zou daardoor worden tenietgedaan. Dat ligt, mede gezien het bepaalde in artikel 7:226 BW, niet voor de hand. De huurder kan zich dan ook jegens een opvolgend verhuurder op artikel 7:209 BW beroepen. Ook om die reden faalt het betoog van K. c.s.

5.6

K. c.s. hebben het oordeel van de kantonrechter dat K. Beheer zich niet op de exoneratie van de artikelen 6.5 en 6.6 van de Algemene bepalingen kan beroepen alleen aangevochten met het betoog dat K. Beheer een bestaand gebouw heeft gekocht en het gebrek, als daarvan al sprake was, om die reden bij het aangaan van de huurovereenkomst niet kende of behoorde te kennen. Uit wat hiervoor is overwogen, volgt dat dit betoog faalt. Daarmee faalt de grief en blijft het oordeel van de kantonrechter dat K. Beheer zich niet op de artikelen 6.5 en 6.6 kan beroepen in stand.

5.7

Omdat het beroep van K. c.s. op de exoneraties van artikel 6.5 en 6.6 van de Algemene Bepalingen niet slaagt, zal het hof de vordering van AH inhoudelijk beoordelen. Het zal eerst het meest vergaande inhoudelijke verweer van K. c.s. behandelen, te weten dat geen sprake is van een gebrek aan het dak. De kantonrechter heeft dat verweer verworpen. Volgens de kantonrechter voldeed het gehuurde niet aan de bouwnormen doordat geen noodoverlopen waren aangebracht. Dat levert volgens de kantonrechter een gebrek op. Met grief I in het voorwaardelijk incidenteel appel komen K. c.s. tegen dit oordeel op. De enkele en bovendien minimale overschrijding van de NEN norm voor regenbelasting levert volgens hen geen gebrek als bedoeld in artikel 7:204 lid 2 BW op. De overschrijding valt binnen de veiligheidsmarges. AH kon in het gehuurde een supermarkt exploiteren en heeft dan ook het genot verkregen waarin de huurovereenkomst voorzag. Dat het dak is ingestort door het zonder voorafgaande goedkeuring plaatsen van condensatoren en het aanbrengen van (gebrekkige) sparingen wettigt niet de conclusie dat sprake is van een gebrek, aldus K. c.s.

5.8

Het hof stelt bij de bespreking van deze grief voorop dat bij het antwoord op de vraag of sprake was van een gebrek dient te worden geabstraheerd van de door AH aangebrachte wijzigingen aan het dak. Die wijzigingen spelen een rol bij het antwoord op de vraag wat de oorzaak is van de instorting van het dak, maar staan los van de vraag of de door K. Beheer

aan AH ter beschikking gestelde zaak een staat of eigenschap had waardoor deze AH niet het genot verschaft die AH bij het aangaan van de huurovereenkomst mocht verwachten.

5.9

K. c.s. bestrijden niet dat het gehuurde ten tijde van het instorten van het dak niet aan de toepasselijke bouwnormen voldeed, doordat geen noodoverlopen waren aangebracht. Volgens hen is per saldo slechts sprake van een minimale overschrijding van de bouwnorm, doordat het dak bij hevige regenval kon vollopen tot aan de dakrand waarna het water over de dakrand had kunnen worden afgevoerd zonder dat bij dat waterniveau de maximale belasting van het dak werd overschreden. Het hof volgt K. c.s. niet in dit betoog. Het gaat hier om een norm die is ontwikkeld met het oog op de (constructieve) veiligheid van het gebouw en die erop gericht is te voorkomen dat het dak van het gebouw instort als gevolg van (onder meer) de belasting met grote hoeveelheden water door hevige regenval. Het instorten van een dak leidt tot acuut gevaar voor de degenen die zich in het gebouw bevinden en zal de huurder van dat gebouw doorgaans grote schade berokkenen. Een huurder mag dan ook verwachten dat het door hem gehuurde gebouw voldoet aan de bouwnormen voor de dakconstructie. Wanneer de dakconstructie niet aan de bouwnormen voldoet, verschaft het gebouw de huurder reeds om die reden niet het genot van het gebouw dat hij bij het aangaan van de overeenkomst van een goed onderhouden zaak mag verwachten. De huurder mag verwachten dat het door hem gehuurde gebouw bestand is tegen de belasting waartegen het op grond van de geldende bouwnormen bestand dient te zijn, dat deze 'basisveiligheid' die welbeschouwd een essentiële is voor het gebruik van het gebouw, is gegarandeerd. Dat het gevaar waartegen het bouwvoorschrift beoogt te beschermen zich (nog) niet heeft gerealiseerd, en de huurder er nog geen 'last' van heeft gehad, staat er niet aan in de weg dat van een gebrek sprake is (vgl. Hoge Raad 3 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM3980), dat het gevaar zich (mede) heeft verwezenlijkt door een andere oorzaak, bijvoorbeeld een door de huurder aangebrachte verandering, evenmin.

5.10

De grief faalt dan ook.

5.11

Uit het voorgaande volgt dat sprake was van een gebrek aan de dakconstructie en dat K. Beheer zich niet kan beroepen op de artikelen 6.5 en 6.6 van de Algemene Bepalingen, die aansprakelijkheid voor een dergelijk gebrek uitsluiten. Dat betekent niet dat de vordering tot schadevergoeding van AH toewijsbaar is. K. c.s. hebben het causaal verband tussen het gebrek en het instorten van het dak (en daarmee de schade van AH) gemotiveerd betwist. Kort gezegd komt het verweer van K. c.s. erop neer dat de instorting van het dak het gevolg is van de door AH aangebrachte sparingen in het dak en niet van het feit dat de constructie van het dak niet aan de bouwnormen voldeed. De kantonrechter heeft dit verweer van K. c.s. gehonoreerd. De grieven van AH in het principaal appel hebben vooral betrekking op het oordeel over het causaal verband.

5.12

Het hof stelt bij de bespreking van de grieven over het causaal verband voorop dat stelplicht en bewijslast ten aanzien van de aanwezigheid van causaal verband tussen het gebrek aan het dak (de dakconstructie) en de instorting van het dak op AH rusten. Dat betekent dat, voor zover bij het antwoord op de vraag of sprake is van causaal verband de invloed van de sparingen van belang is, ook de stelplicht en bewijslast ten aanzien van de grootte en de (beschermings)constructie van de sparingen en de invloed daarvan op de dakconstructie als geheel, op AH rust.

5.13

In het kader van de vraag of sprake is van causaal verband komt ook betekenis toe aan het beroep van K. c.s. op artikel 2.12.3 van de Algemene Bepalingen. Het hof zal eerst op de betekenis van deze bepaling voor het geschil betreffende het causaal verband ingaan. Op grond van die bepaling is de verhuurder "op geen enkele wijze" aansprakelijk "met betrekking tot" de onder 2.12.2 a aangebrachte voorzieningen, dat wil zeggen voorzieningen die zonder toestemming van de verhuurder door de huurder in, op of aan het gehuurde zijn aangebracht. Volgens K. c.s. staat deze bepaling aan toewijzing van de vordering van AH in de weg. Met grief IV in het voorwaardelijk incidenteel appel komen K. c.s. op tegen het passeren door de kantonrechter van het beroep op deze bepaling.

5.14

Partijen verschillen van mening over de reikwijdte van artikel 2.12.3 van de Algemene Bepalingen. K. c.s. hebben gesteld dat deze bepaling inhoudt dat de verhuurder op geen enkele wijze aansprakelijk is voor de gevolgen van door de huurder aangebrachte wijzigingen, of deze wijzigingen nu met of zonder toestemming van de verhuurder zijn aangebracht. Dat brengt volgens K. c.s. mee dat K. Vastgoed niet aansprakelijk is voor de schadelijke gevolgen van de door AH aangebrachte sparingen en de daardoor veroorzaakte extra belasting. AH heeft deze uitleg bestreden. Volgens haar ziet artikel 2.12.3 op door de huurder aangebrachte wijzigingen die een genotsbeperking veroorzaken en daarvan is hier geen

sprake.

5.15

Het hof stelt voorop dat voor het antwoord op de vraag welke zin partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijze mochten toekennen aan de omstreden woorden van de overeenkomst en wat zij te dien aanzien redelijkerwijze van elkaar mochten verwachten, betekenis toekomt aan de aard van de transactie, de omvang en gedetailleerdheid van het contract en de wijze van totstandkoming ervan. In het onderhavige geval is sprake is van een overeenkomst tussen zakelijke partijen inzake een zuiver commerciële transactie. Als uitgangspunt zal het hof daarom overwegend gewicht toekennen aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de woorden van deze bepaling, gelezen in het licht van de overige, voor de uitleg relevante bepalingen van de overeenkomst.

Het hof volgt K. c.s. niet in het betoog dat artikel 2.12.3 van de Algemene Bepalingen ziet op alle door de huurder aangebrachte wijzigingen, ongeacht of de verhuurder wel of geen toestemming heeft gegeven. Artikel 2.12.3 verwijst naar artikel 2.12.2 onder a en die bepaling betreft, gelezen in combinatie met de aanhef van artikel 2.12.2, zonder toestemming van de verhuurder aangebrachte wijzigingen.

Ook AH kan niet in haar uitleg van artikel 2.12.3 worden gevolgd. De bepaling sluit iedere aansprakelijkheid ("op geen enkele wijze") van de verhuurder uit voor door de huurder zonder toestemming aangebrachte wijzigingen aan het gehuurde. De bepaling biedt geen aanknopingspunt voor de gedachte dat de bepaling alleen de aansprakelijkheid voor een beperking van het genot betreft. Daarmee staat het de rechter vrij om in afwijking van de door partijen verdedigde standpunten die niet eensluidend zijn, zelfstandig de overeenkomst uit te leggen, ook al is deze uitleg door geen der partijen aangevoerd of verdedigd (HR 21 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2107, NJ 1997/327 en HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6100, NJ 2002/607). De beperking van de aansprakelijkheid betreft schade "met betrekking tot" door de huurder zonder toestemming aangebrachte voorzieningen. De geciteerde woorden wijzen op een ruime causaliteit. Tussen de aangebrachte voorziening en de van aansprakelijkheid van de verhuurder uitgesloten schade dient *conditio sine qua non* verband te bestaan, maar voor de eis dat voor de toepasselijkheid van artikel 2.12.3 de voorziening de enige oorzaak van de schade dient te zijn, bieden deze woorden – mede in het licht van de eerder aangehaalde woorden "op geen enkele wijze" – geen aanknopingspunt.

5.16

K. c.s. hebben betoogd dat artikel 2.12.3 niet onder het bereik van artikel 7:209 BW valt. AH heeft dat terecht niet weersproken. De bepaling ziet niet op gebreken in de zin van artikel 7:204 BW en sluit om die reden de verplichting tot schadevergoeding van de verhuurder voor gebreken niet uit. Het hof laat dan nog daar dat artikel 7:209 BW alleen in de weg staat aan het uitsluiten van aansprakelijkheid voor gebreken die de verhuurder bij het aangaan van de overeenkomst kende of behoorde te kennen, terwijl de voorzieningen ruimschoots na het aangaan van de overeenkomst zijn aangebracht.

5.17

Uit het voorgaande volgt dat wanneer artikel 2.12.3 van toepassing is – dat is het geval als de sparingen zonder voorafgaande toestemming van K. Beheer zijn aangebracht en sprake is van een *conditio sine qua non* verband tussen de sparingen en het instorten van het dak – K. Beheer niet aansprakelijk is voor de schade ten gevolge van de instorting van het dak, ook als de instorting mede het gevolg is geweest van een gebrek aan het dak. Artikel 2.12.3 heeft dan ook het effect dat in de situatie waarin zowel de sparingen (mits zonder voorafgaande toestemming van K. Beheer aangebracht) als het gebrek aan het dak hebben bijgedragen aan het instorten van het dak K. Beheer niet aansprakelijk is voor de door AH geleden schade, dus ondanks het bestaan van een gebrek aan het dak en van *conditio sine qua non* verband tussen het gebrek en de instorting. Voor toewijzing van de vordering van AH is noodzakelijk dat alleen het gebrek aan de dakconstructie de instorting heeft veroorzaakt en dus geen (niet ook) sprake is van *conditio sine qua non* verband tussen de sparingen en het instorten van het dak. Het hof tekent daarbij aan dat het gaat om de instorting zoals die daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, de gedeeltelijke instorting van het dak bij de door AH aangebrachte airco's en sparingen. Die instorting heeft de schade veroorzaakt waarvan AH vergoeding vordert.

5.18

Partijen verschillen van mening over het antwoord op de vraag of AH toestemming heeft verkregen van K. Beheer voor het aanbrengen van de sparingen. De kantonrechter is er vanuit gegaan dat AH, zoals K. c.s. hebben aangevoerd, geen toestemming heeft gevraagd en verkregen. AH komt met grief III in het principaal appel op tegen dat oordeel. Volgens haar is wel toestemming gevraagd en verkregen. Zij heeft weliswaar geen bewijs kunnen terugvinden van de door K. Beheer verleende toestemming, maar AH vraagt altijd toestemming voor het aanbrengen van wijzigingen. Dat is een standaard onderdeel van haar voorbereiding, aldus AH.

5.19

Het hof stelt vast dat AH slechts verwijst naar een gebruik, maar niets aanvoert waaruit volgt dat (en zo ja door wie en

wanneer) in dit geval toestemming is gevraagd. Bovendien geeft Interbuilding, die in opdracht van AH de voorzieningen heeft aangebracht, in het in r.o. 3.8.4 aangehaalde e-mailbericht van 22 juli 2015, aan dat geen toestemming is gevraagd. Onder deze omstandigheid heeft AH onvoldoende onderbouwd dat zij toestemming heeft gevraagd (en verkregen) voor het aanbrengen van de besparingen. De grief van AH faalt dan ook en het hof zal er dan ook met de kantonrechter vanuit gaan dat AH de noodzakelijke voorafgaande toestemming niet heeft gevraagd. Dat betekent ook dat de grief van K. c.s. over de toepasselijkheid van artikel 2.12.3 van de Algemene bepalingen wel slaagt.

5.20

Uit het voorgaande volgt, gelet op wat hiervoor is overwogen over de betekenis van artikel 2.12.3 van de Algemene Bepalingen, dat de vordering van AH alleen toewijsbaar is indien geen sprake is van *conditio sine qua non* verband tussen het (gedeeltelijk) instorten van de dak en de aangebrachte sparingen, het dak in de omstandigheden waaronder het is ingestort dus ook (gedeeltelijk) zou zijn ingestort ten gevolge van het gebrek aan de dakconstructie indien de sparingen niet zouden zijn aangebracht. Stelplicht en bewijslast van het bestaan van dit causaal verband rusten, zoals hiervoor is overwogen, op AH.

5.21

In haar memorie van grieven (nr. 28) stelt AH dat aan de deskundige ten onrechte niet de vraag is voorgelegd of het dak *met de sparingen* ook zou zijn ingestort indien het dak wel conform de afgegeven vergunning zou zijn gerealiseerd. Uit wat hiervoor is overwogen over (de betekenis van artikel 2.12.3 van de Algemene Bepalingen voor) het causaal verband volgt dat die vraag niet van essentieel belang is. Essentieel is of het dak ook *zonder de sparingen*, dus alleen ten gevolge van de constructie ervan gedeeltelijk zou zijn ingestort. De door AH geformuleerde vraag betreft weliswaar het *conditio sine qua non* verband tussen de instorting van het dak en de constructie ervan, maar het bestaan van dat *conditio sine qua non* verband is niet voldoende om te concluderen tot het bestaan van het in dit geval vereiste causale verband. Er dient ook vast te staan dat geen sprake is van *conditio sine qua non* verband tussen de sparingen en de instorting. Alleen om die reden gaat het beroep dat AH doet op de omkeringsregel niet op. AH gaat bij dit beroep ten onrechte uit van een situatie waarin artikel 2.12.3 van de Algemene Bepalingen niet van toepassing is en waarin voor het bestaan van causaal verband voldoende is dat sprake is van *conditio sine qua non* verband tussen het gebrek aan het dak en de schade (in het kader waarvan de omkeringsregel mogelijk zou kunnen worden toegepast) en aan de eisen van artikel 6:98 BW is voldaan.

5.22

Met grief IA in het principaal appel betoogt AH dat de kantonrechter de gebrekkige dakconstructie ten onrechte buiten beschouwing heeft gelaten. In de toelichting op de grief stelt AH dat de relevante en doorslaggevende vraag niet is of het dak zonder de sparingen zou zijn ingestort, maar of het dak bij een niet gebrekkige constructie ook zou zijn ingestort. Uit wat het hof heeft overwogen, volgt dat de vraag of het dak ook zonder de sparingen zou zijn ingestort net zo relevant is als de vraag of het dak ook zou zijn ingestort wanneer de constructie ervan niet gebrekkig zou zijn geweest. De vordering van AH is pas toewijsbaar wanneer beide vragen ontkennend worden beantwoord. Alleen dan is er wel *conditio sine qua non* verband tussen de gebrekkige constructie van het dak en de gedeeltelijke instorting ervan en is er geen *conditio sine qua non* verband tussen de sparingen en die instorting.

5.23

Grief IB in het principaal appel betreft de bijdrage van de sparingen aan de instorting van het dak. De bijdrage van de sparingen aan de instorting is volgens AH zo marginaal dat niet kan worden gesproken van samenlopende oorzaken. In dat verband merkt AH op dat de sparingen niet zouden hebben geleid tot instorting indien het dak niet gebrekkig zou zijn geweest (MvG nr. 46). AH stelt in de toelichting in de grief dan ook niet, en in elk geval niet ondubbelzinnig, dat het dak ook zonder de sparingen zou zijn ingestort. Integendeel uit haar verwijzing naar het eerder aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 3 september 2010, waarin sprake was van samenlopende oorzaken van schade (te weten de aanwezigheid van asbest en een inbraak waarbij de asbest vrijkwam), waarvan de overeenkomsten met de zich hier voordoende situatie helder is, volgt dat AH meent dat sprake is van samenlopende oorzaken, waarbij volgens AH de aan K. Beheer toe te rekenen oorzaak (de gebrekkige dakconstructie) veruit de belangrijkste oorzaak is en de aan haar toe te rekenen oorzaak slechts van ondergeschikte betekenis is. Het hof laat daarbij nog buiten beschouwing dat AH eraan voorbij ziet dat in genoemd arrest de schade niet (ook) was veroorzaakt door een huurder, maar door een derde, dat in dat arrest artikel 2.12.3 van de Algemene Bepalingen geen rol speelde en de Hoge Raad geen causaliteitsoordeel gaf maar het geschil tussen partijen in de sleutel van artikel 7:204 lid 2 BW plaatste (vgl. de door AH in noot 10 van de MvG zelf aangehaalde analyse van dat arrest), zodat de betekenis van het arrest voor het geschil tussen partijen over de causaliteit gering is.

5.24

De toelichting op de grief biedt dan ook weinig duidelijkheid over de reikwijdte ervan, meer in het bijzonder of AH met de

grief ingang wil doen vinden dat geen sprake is van conditio sine qua non verband tussen de sparingen en de instorting. In de paragraaf "conclusie" van de memorie van grieven stelt AH echter onder meer:

"Het aanbrengen van de sparingen door Albert Heijn heeft er niet toe geleid dat de opneembare (water)belasting lager is geworden dan de in de bouwvergunning vastgelegde belastingen (inclusief belastingfactor) waarop het dak is berekend, zelfs niet indien wordt uitgegaan van de grootte van de sparing waar de rechtbank ten onrechte van uitgaat."

en

"Als het dak wél conform de tekeningen en berekeningen van de bouwvergunning zou zijn gerealiseerd, zou het dak – met de door Albert Heijn aangebrachte sparingen en met of zonder versteviging – niet zijn ingestort."

en

"De oorzaak van de dakinstorting zijn dus niet de sparingen van Albert Heijn, maar het feit dat het dak niet conform de vergunde tekening was gebouwd."

In het licht van deze conclusies gaat het hof ervan uit dat AH wel bedoelt te stellen dat alleen de dakconstructie en (dus) niet (ook) de sparingen de instorting heeft veroorzaakt.

5.25

AH heeft deze stelling naar het oordeel van het hof onvoldoende onderbouwd. Daarbij is het volgende van belang:

- AH heeft in hoger beroep notities overgelegd van Royal Haskoning. In deze notities staat de vraag centraal of sprake is van conditio sine qua non verband tussen het gebrek aan het dak (het ontbreken van noodoverstorten) en het instorten van het dak, maar wordt de vraag of het dak ook zonder de sparingen zou zijn ingestort niet beantwoord. Weliswaar concludeert Royal Haskoning in een van de notities dat het aanbrengen van sparingen niet tot resultaat heeft gehad dat het draagvermogen van de dakplaten is gereduceerd tot onder het uitgangspunten niveau dat door de hoofdconstructeur voor het dak is vastgelegd, maar zij geeft daarmee niet aan dat de sparingen niet hebben bijgedragen aan het instorten van het dak. Indien de sparingen wel hebben geleid tot een vermindering van het draagvermogen (weliswaar zonder dat dit leidt tot een reductie onder het niveau dat door de constructeur tot uitgangspunt is genomen), is niet onaannemelijk (en zeker niet uit te sluiten) dat de sparingen in combinatie met een gebrekkige constructie ertoe hebben geleid dat het draagvermogen wel onder het vereiste niveau is geraakt. In dit verband overweegt het hof dat AH niet heeft gesteld dat uit de notities blijkt dat de sparingen niet hebben geleid tot een reductie van het draagvermogen van het dak en op deze manier niet hebben bijgedragen aan de instorting die heeft plaatsgevonden. Daarbij merkt het hof op dat het dak juist ter plaatse van de sparingen is ingestort.
- Zoals de advocaat van AH bij gelegenheid van de comparitie in hoger beroep heeft opgemerkt, is aan de deskundige gevraagd of het dak het zou hebben 'gehouden' als er geen sparingen waren aangebracht. De advocaat van AH heeft het antwoord van de deskundige als volgt samengevat (spreekaantekeningen mr. Van der Kamp nr. 6):

"Volgens ABT [hof: de deskundige] zou dat net het geval zijn geweest. Dat is dan toeval maar beslist geen wijsheid. Door de sparingen werden de ribben naast de sparingen overbelast, wat 'lokaal bezwijken van het dak initieerde' "

- AH heeft deze, door haar advocaat correct samengevatte en door de kantonrechter aan zijn eindvonnis ten grondslag gelegde conclusie van de deskundige (vgl het antwoord op de vragen 1 en 2), in de memorie van grieven niet (kenbaar) bestreden. Ook bij gelegenheid van de comparitie van partijen heeft AH deze conclusie niet onder kritiek gesteld, maar lijkt zij van de juistheid daarvan uit te gaan. AH heeft ook niet gesteld dat de conclusie van de deskundige een andere zou zijn (en al helemaal niet wat de conclusie dan zou zijn) indien zou worden uitgegaan van andere afmetingen en van de aanwezigheid van verstevigingen van de sparingen). Het hof merkt in dit verband op dat stelplicht en bewijslast van de afmetingen van de sparingen en van de aanwezigheid van verstevigingen op AH rusten – het betreft immers feiten waarop AH het bestaan van causaal verband baseert –, dat K. c.s. de stellingen van AH op dit punt gemotiveerd hebben betwist en dat een bewijsaanbod van AH ontbreekt.

Er moet dan ook van worden uitgegaan dat de sparingen hebben bijgedragen aan de instorting van het dak, zoals deze zich heeft voorgedaan en daarmee van conditio sine qua non verband tussen de sparingen en de dakinstorting.

- Bij gelegenheid van de comparitie van partijen heeft de advocaat van AH ook opgemerkt (spreekaantekeningen mr. Van der Kamp nr. 7):

"Als dit 'lokaal bezwijken' niet was gebeurd dan kon er nog meer water cumuleren en was het risico levensgroot dat er een veel grotere instorting was opgetreden. ABT berekent weliswaar dat dit net niet was gebeurd maar het komt heel erg dichtbij."

- AH miskent met dit betoog dat in deze procedure de vraag centraal staat of sprake is van causaal verband tussen enerzijds de instorting van het dak zoals die daadwerkelijk heeft plaatsgevonden (een gedeeltelijke instorting, ter plaatse van de door AH aangebrachte voorzieningen) en tot schade bij AH heeft geleid en anderzijds de constructie van het dak en/of de aangebrachte sparingen. De vraag naar de mogelijke oorzaak van een volledige instorting van het dak, een situatie die zich niet heeft voorgedaan en (dan ook) niet tot de door AH gevorderde schade heeft geleid, is niet aan de orde.

5.26

De slotsom is dat AH onvoldoende heeft onderbouwd dat de instorting van het dak die heeft plaatsgevonden ook zou hebben plaatsgevonden indien zij de sparingen niet zou hebben aangebracht. AH heeft alleen daarom al niet onderbouwd dat de instorting van het dak enkel het gevolg is van de gebrekkige constructie van het dak. Ook grief IB faalt.

5.27

Bij deze stand van zaken heeft AH geen belang bij de bespreking van de grieven IV en V in principaal appel, over de versteviging en de omvang van de sparingen.

5.28

AH heeft nog aangevoerd dat zij er bij het aanbrengen van de sparingen op heeft vertrouwd dat het gehuurde voldeed aan de van overheidswege geldende bouwregelgeving c.q. dat het gehuurde was gebouwd volgens de bouwvergunningstekeningen. Het hof leest in dit betoog een verholen grief. Deze grief faalt. Allereerst is het aan het hof niet duidelijk welke juridische consequenties AH aan dit betoog verbindt. Vervolgens miskent AH met de grief dat zij K. Beheer niet, zoals op grond van artikel 2.12.3 is vereist, voorafgaand aan het aanbrengen van de sparingen om toestemming heeft gevraagd. Daarmee heeft zij K. Beheer de mogelijkheid ontnomen om na te gaan wat de consequenties van de aan te brengen sparingen waren voor de stevigheid en het wateropvoerende vermogen van het dak. Bovendien mocht AH er juist vanwege het ontbreken van de noodzakelijke toestemming niet, en zeker niet zonder onderzoek, vanuit gaan dat de dakconstructie geheel volgens de bouwvergunningstekeningen was uitgevoerd, zeker niet omdat – zoals K. c.s. ook aanvoeren – op die tekeningen voor de detaillering van de noodoverstort naar de constructeur wordt verwezen.

5.29

Wat het hof hiervoor heeft overwogen over het (ontbreken van) voor toewijzing van de vordering van AH noodzakelijke causale verband geldt zowel voor de primaire (artikel 7:208 BW) als de subsidiaire grondslag van de vordering van AH (6:174 BW). Bij deze stand van zaken kan in het midden blijven of artikel 6:181 BW aan aansprakelijkheid op deze grondslag in de weg staat, zoals het hof (onder aanvulling van rechtsgronden) in de toelichting op grief II in het incidenteel appel leest. Aan de bespreking van grief I in het incidenteel appel komt het hof niet toe.

5.30

De vordering van AH is niet toewijsbaar. Het hof zal het vonnis van de kantonrechter bekrachtigen. De kantonrechter heeft AH terecht in de proceskosten veroordeeld. Grief VI in het principaal appel, die is gericht tegen de proceskostenveroordeling van AH, faalt dan ook

AH zal worden veroordeeld in de proceskosten in (principaal en incidenteel) hoger beroep (geliquideerd salaris van de advocaat: 2,5 punten, tarief VIII), te vermeerderen met de wettelijke rente.

6. De beslissing

Het gerechtshof, rechtdoende in hoger beroep:
bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt AH in de proceskosten van het hoger beroep en bepaalt deze kosten, voor zover tot nu toe aan de zijde van K. c.s. gevallen op € 5270 aan verschotten en op € 13.752,50 voor geliquideerd salaris van de advocaat, te betalen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest en, voor het geval betaling niet binnen deze termijn plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na dagtekening; wijst het meer of anders gevorderde af.

Noot

Auteur: mr. J.A. Tuinman

Noot

1. Inleiding

In de zomer van 2013 is tijdens zware regelval het dak van een Albert Heijn-filiaal in Winschoten ingestort. De schade bij zowel verhuurder als huurder (Albert Heijn) is groot. Is er één oorzaak voor de schade, of hebben meerdere omstandigheden de schade veroorzaakt? Deze vraag wordt door de partij-deskundigen verschillend beantwoord. De deskundigen van Albert Heijn komen grofweg tot de conclusie dat de instorting in overwegende mate, althans mede, is veroorzaakt door de gebrekkige constructie van het dak. Het dak voldeed niet aan de toepasselijke normen van het Bouwbesluit, onder andere omdat geen noodoverlopen waren aangebracht. De deskundigen van de verhuurder wijzen als oorzaak voor het ontstaan van de schade op twee sparingen in het dak, precies op de plaatsen waar de instorting heeft plaatsgevonden. Deze sparingen waren zeven jaar vóór de instorting door Albert Heijn, zonder toestemming van verhuurder, op onvakkundige wijze aangebracht en dit had de draagkracht van het dak ernstig verminderd. Zij achten de kans verwaarloosbaar klein dat de instorting ook zou hebben plaatsgevonden indien Albert Heijn de sparingen niet had aangebracht.

Albert Heijn stelt de verhuurder aansprakelijk voor de schade als gevolg van de instorting ter grootte van bijna 2 miljoen euro. De verhuurder verweert zich hier tegen met (i) een beroep op de exonaties uit de toepasselijke algemene bepalingen; (ii) de stelling dat strijd met het Bouwbesluit geen gebrek oplevert; en (iii) het standpunt dat de verhuurder niet aansprakelijk is, omdat de instorting is veroorzaakt door de sparingen, die Albert Heijn zonder zijn toestemming op onvakkundige wijze heeft aangebracht. Deze drie verweren leveren de interessantste overwegingen van het hof op.

2. Het weten of behoren te weten (ex art. 7:208 en 7:209 BW) in geval van rechtsopvolging (ex art. 7:226 BW).

De verhuurder werpt in incidenteel appel een grief op tegen het passeren van het door hem gedane beroep op exonaties uit de toepasselijke algemene bepalingen. Artikel 7:209 BW verhindert in beginsel dit beroep als het veronderstelde gebrek bij het aangaan van de overeenkomst bekend was, of behoorde te zijn bij de verhuurder. Het verweer van de verhuurder is dat zijn rechtsvoorganger bij het aangaan van de overeenkomst het gebrek aan het dak helemaal niet kon kennen, omdat het gehuurde toen nog gebouwd moest worden. In dit arrest (r.o. 5.7) wordt het moment van "*het aangaan van de overeenkomst*" in de zin van art. 7:208 en 7:209 BW door het hof echter uitgelegd als het moment waarop het gehuurde aan de huurder ter beschikking wordt gesteld en dus niet als het moment waarop de huurovereenkomst juridisch tot stand komt; zoals de verhuurder bepleitte en het Hof Den Bosch vorig jaar nog besliste.^[1] Een uitleg die beter strookt met de beschermingsgedachte van art. 7:208 en 7:209 BW, aangezien de verhuurder normaliter ook tussen het moment dat de overeenkomst tot stand komt en het moment waarop het gehuurde aan de huurder beschikbaar wordt gesteld beter in staat zal zijn zich een beeld te vormen over de (fysieke) eigenschappen van de zaak.^[2] Een verhuurder kan zijn aansprakelijkheid uitsluiten voor een gebrek dat ontstaat ná ter beschikking stelling van het gehuurde, omdat hij ten aanzien van dit gebrek geen mededelingsplicht zal schenden. Op grond van dit arrest kan de verhuurder echter niet zijn aansprakelijkheid uitsluiten voor een gebrek dat ontstaat tussen het aangaan van de overeenkomst en het moment van ter beschikking stelling (indien het gebrek op dat moment bij de verhuurder bekend is of had behoren te zijn). De verhuurder is in zo'n geval op het moment dat hij de overeenkomst sluit te goeder trouw. Maar op het moment dat hij de zaak feitelijk (op)levert is hij dat niet meer.^[3] Wat mij betreft gaat het hof er daarom terecht van uit dat het peilmoment voor het "*aangaan van de overeenkomst*" in de zin van art. 7:208 en 7:209 BW zou moeten zijn het moment van het ter beschikking stellen van de zaak.^[4]

In r.o. 5.7 komt het hof dan vervolgens toe aan de vraag of de verhuurder zich niettemin kan beroepen op de exonaties uit de toepasselijke algemene bepalingen. Volgens de verhuurder komt hem dit beroep toe omdat hij zelf geen bemoeienis had gehad met de bouw van het gehuurde. Hij heeft pas in een later stadium op de voet van art. 7:226 BW de rechtsverhouding met de huurder voortgezet. Het hof beslist dat kennis die de oorspronkelijke verhuurder bij het aangaan van de huur over gebreken heeft gehad of behoorde te hebben integraal moet worden toegerekend aan zijn rechtsopvolger (in de zin van art. 7:226 BW). In 2013 werd door de andere locatie van het hof^[5] geoordeeld dat kennis juist niét overgaat op de rechtsopvolger onder bijzondere titel en voor deze opvatting kan steun gezocht worden in de parlementaire geschiedenis.^[6] Het hof beslist nu dus anders en bedient zich van een principiële argument: dat art. 7:209 BW alleen maar bescherming zou bieden richting de oorspronkelijke verhuurder en bij rechtsopvolging teniet gaat is in strijd met de beschermingsgedachte die uitgaat van art. 7:209 BW. Daarbij laat het hof zwaar wegen dat de huurder zich niet kan verzetten tegen de overdracht, zodat de rechtspositie van de huurder buiten zijn toedoen zou verslechteren. In zijn noot onder het arrest uit 2013 (*WR* 2014/44) wees Huydecoper er daarnaast op dat het systeem van art. 7:226 BW ertoe strekt dat de opvolgend verhuurder de huurverhouding overneemt met alle bijzonderheden die zij vertoont. De geobjectiverde wetenschap van de oorspronkelijke verhuurder hoort daar ook bij.

3. Levert een zaak die niet voldoet aan alle wet- en regelgeving per definitie niet het genot dat de huurder

bij aanvang van de huur mag verwachten?

De verhuurde zaak beschikte in strijd met de toepasselijke bouwnormen niet over noodoverlopen. Het hof overweegt in r.o. 5.7 dat een huurder van een gebouw mag verwachten dat de zaak bestand is tegen de belasting zoals volgt uit de geldende bouwvoorschriften en dat deze 'basisveiligheid' één van de essentialia is voor het gebruik van de zaak en dus is gegarandeerd. Of het gevaar waartegen het overtreden bouwvoorschrift beoogt te beschermen zich heeft verwezenlijkt acht het hof niet relevant. Als de zaak niet voldoet aan de geldende bouw- en veiligheidsvoorschriften is er een genotsbeperking en kleeft aan de zaak een gebrek. Dit laatste volgt volgens het hof uit het arrest *KPN/Tamminga*,^[7] waarin de Hoge Raad – verpakt in de sleutel van een motiveringsgebrek – niet veel meer zei dan dat als een verhuurde zaak een eigenschap bezit waarvan voor de huurder een onaanvaardbaar risico uitgaat en het toegestane gebruik meebrengt dat dit risico zich eenvoudig kan verwezenlijken, er normaal gesproken sprake zal zijn van een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW. Betekent dat nu inderdaad dat iedere overtreding van een bouwvoorschrift ook automatisch een gebrek ex art. 7:204 lid 2 BW oplevert? Daarmee ligt tevens de vraag weer eens op tafel wanneer een latent gebrek een gebrek is in de zin van artikel 7:204 lid 2 BW.^[8]

Een andere uitleg van het arrest *KPN/Tamminga* ligt misschien wel meer voor de hand. Een uitleg waarbij pas sprake is van een gebrek (ex 7:204 lid 2 BW), als een sluimerende omstandigheid of eigenschap van de verhuurde zaak een onaanvaardbaar risico oplevert en in dat geval tevens een genotsbeperkend effect heeft (ware het bij de huurder bekend geweest). Of zoals A-G Huydecoper het in zijn conclusie voor het arrest verwoordde: van een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW is pas sprake als het daarmee verband houdende risico bij normaal gebruik van de zaak (en onder omstandigheden die niet al te ver gezocht zijn) zich kan verwezenlijken en daarmee het risico dat het huurgentot beperkt kan worden voldoende groot is.^[9] Dit zal bij de overtreding van veiligheidsnormen vaak het geval zijn, maar hoeft niet zo categorisch te zijn als het hof aanneemt. Bijvoorbeeld: het Bouwbesluit staat zelf ook toe dat de functionele eisen (de doelstellingen) uit het Bouwbesluit (zoals: een dak bezwijkt gedurende de levensduur van een pand niet onder de daarop werkende krachten) op een andere, gelijkwaardige wijze worden bereikt dan door het strikt voldoen aan de prestatienormen uit het Bouwbesluit (concrete bouwkundige veiligheidsvoorschriften zoals: de aanwezigheid van noodoverlopen). Dit gelijkwaardigheidsbeginsel is tegenwoordig vastgelegd in art. 1.3 Bouwbesluit 2012. Ten tijde van de bouw van de verhuurde zaak gold met art. 193 Bouwbesluit 1992 een vergelijkbare (gelijkwaardigheids)regeling. Daarmee is overigens niet gezegd dat in de onderhavige zaak een beroep gedaan had kunnen worden op de gelijkwaardigheidsbepaling. Het laat alleen wel zien dat het enkele niet-voldoen aan de prestatienormen ook onder het Bouwbesluit onder omstandigheden niet tot een onaanvaardbaar risico leidt en dan in beginsel ook niet het huurgentot beperkt.

Wat pleit voor deze 'risico-benadering' is dat een tekortkoming in de prestatie die een huurder op grond van de overeenkomst mag verwachten gekoppeld blijft aan een daarmee samenhangende genotsvermindering.^[10] Dit doet recht aan de formulering van art. 7:204 BW waarin de wetgever de klemtoon heeft gelegd op het huurgentot dat de huurder mag verwachten en niet op de eigenschappen van de verhuurde zaak.^[11] Op dit punt wijkt het begrip "gebrek" uit het huurrecht af van het begrip "conformiteit" uit het kooprecht. Het lijkt erop dat de wetgever bewust een verschillend uitgangspunt heeft gekozen voor de formulering van beide begrippen. Een argument daarvoor zou kunnen zijn dat het genot dat de huurder mag verwachten op grond van de overeenkomst de kernprestatie vormt, omdat de huurder alleen tot het genot is gerechtigd en niet tot de zaak. Terwijl voor een koper van een zaak het daarnaast even (of veel meer) relevant kan zijn dat de zaak over alle eigenschappen beschikt die hij op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Reden waarom de kernprestatie van conformiteit zich toespitst op de eigenschappen van de zaak. Tevens is een voordeel van deze benadering dat met de vaststelling dat sprake is van een gebrek in de zin van artikel 7:204 lid 2 BW, het vrijwel ook een gegeven is dat de huurder aanspraak kan maken op één van de remedies die de wet hem aanreikt (via de gebrekenregeling of Boek 6 BW).

Daar staat tegenover dat ook verdedigbaar is dat, net zoals bij het wettelijk begrip "conformiteit", het bij het begrip "gebrek" draait om de vraag of de verhuurde zaak die eigenschappen bezit die de huurder op grond van de overeenkomst mocht verwachten.^[12] Of een gebrek daadwerkelijk het te verwachten huurgentot vermindert, is dan ondergeschikt en hoeft voor het bestaan van een gebrek niet te worden aangetoond. Als je van deze benadering uitgaat dan komt de klemtoon bij lezing van art. 7:204 lid 2 BW niet te liggen op het te verwachten huurgentot, maar op het daarin opgenomen woord *kan*. Als een niet voor rekening van huurder komende omstandigheid het huurgentot dat een huurder op grond van de overeenkomst mocht verwachten in theorie zou kunnen verminderen is sprake van een gebrek. Het daadwerkelijk bestaan van een genotsstoornis is dan alleen relevant voor de toepasselijkheid van art. 7:206, 7:207 en 7:208 BW (en voor wat betreft 7:206 BW kan daarnaast relevant zijn dat de kans op een genotsstoornis tot een onaanvaardbaar risico leidt, hetgeen tevens aanspraak zal geven op herstel).^[13] Als deze tweede benadering van het begrip gebrek de juiste is, dan had het hof misschien zelfs een stap verder kunnen gaan door aan te sluiten bij het arrest *Fabels/Meerdink*.^[14] In dat arrest besliste de Hoge Raad dat de koper van een woonhuis in beginsel, behoudens andersluidende afspraak, erop mag vertrouwen dat de bouw van de woning (of een verbouwing) destijds is geschied met inachtneming van de op dat moment geldende voorschriften. Niet van belang zijn daarbij de aard en inhoud van de voorschriften waarvan is afgeweken en evenmin de ernst van de gevolgen (voor de veiligheid of bruikbaarheid) van die afwijking. Ook als de draagkracht van het dak binnen de

veiligheidsmarges van de NEN-norm voor regenbelasting valt, doet dat niets af aan het oordeel van het hof dat aan het dak een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW kleefde (omdat het dak nu eenmaal niet voldeed aan de bestaande bouwvoorschriften).^[15]

In de praktijk is het maken van verschil tussen beide benaderingen met name relevant voor het op juiste wijze toedelen van of voldoen aan de stel- en bewijsplicht. Bovendien valt het volgende op. Als het eerste spoor (de risico-benadering) door het hof was gevolgd, dan had Albert Heijn als huurder tevens moeten aantonen dat de overtredingen van de bouwvoorschriften een onaanvaardbaar risico meebrachten, waardoor het op grond van de overeenkomst te verwachten huurgenot werd beperkt. Het is de vraag of Albert Heijn in die bewijslast zou zijn geslaagd.^[16] Zie in dit verband bijv. r.o. 5.25, waaruit blijkt dat het hof, net zoals als de door de kantonrechter benoemde deskundige en de kantonrechter zelf, tot uitgangspunt neemt dat het dak zonder de door Albert Heijn aangebrachte sparingen niet zou zijn bezweken. De noodoverlopen ontbraken weliswaar, hetgeen in strijd was met het Bouwbesluit, maar regenwater zou – zonder de sparingen – altijd vóórdat de maximale belasting zou zijn bereikt over de dakrand afvloeien (zie ook r.o. 3.11). Reeds op grond hiervan zouden dan de vorderingen tot schadevergoeding zijn afgewezen. Als daarentegen het tweede spoor wordt gevolgd om te bepalen of sprake is van een gebrek, lijkt de verhuurder direct op achterstand gezet te worden. De overtreding van een veiligheidsnorm brengt mee dat de zaak gebrekkig is in de zin van art. 7:204 lid 2 BW. Echter, hoe makkelijker je aanneemt dat sprake is van een gebrek, hoe minder vanzelfsprekend het wordt dat dit daadwerkelijk leidt tot aansprakelijkheid aan de zijde van de verhuurder.

4. Causaal verband en artikel 2.12.3 van de toepasselijke algemene bepalingen.

Het hof zit in deze zaak op het spoor van de tweede benadering^[17] en besliste dus dat aan het dak wél een gebrek in de zin van artikel 7:204 lid 2 kleefde en dat de verhuurder ter zake van dit gebrek zijn aansprakelijkheid niet kan uitsluiten (ingevolge art. 7:209 BW). Deze conclusie levert Albert Heijn echter niet veel meer op dan de schijn dat de verhuurder aansprakelijk is. Het hof oordeelt namelijk vervolgens dat Albert Heijn niet heeft aangetoond dat er een andere oorzaak voor de instorting van het dak is dan de door haar (zonder toestemming van de verhuurder) aangebrachte sparingen.^[18] Ten aanzien van deze sparingen heeft de verhuurder zich beroepen op artikel 2.12.3 van de algemene bepalingen, waarin staat dat verhuurder *op geen enkele wijze* aansprakelijk is *met betrekking tot* door de huurder zonder toestemming aangebrachte wijzigingen aan het gehuurde. In r.o. 5.15 wordt deze bepaling door het hof op een zeer ruime manier uitgelegd: óók bij alternatieve causaliteit waarbij de sparingen één schadeoorzaak zouden zijn, is het gevolg van artikel 2.12.3 dat de huurder volledig aansprakelijk is voor de schade. Volgens het hof heeft artikel 2.12.3 geen betrekking op gebreken in de zin van art. 7:204 BW. Hoewel tussen de zonder toestemming aangebrachte voorziening en de schade *conditio sine qua non* verband bestaat, is voor de toepasselijkheid van artikel 2.12.3 niet vereist dat de zonder toestemming aangebrachte voorziening de enige oorzaak van de schade moet zijn, aldus het hof. Dit betekent volgens het hof, dat zelfs als de schade tevens veroorzaakt zou zijn door het gebrek aan het dak (de ontbrekende noodoverlopen), de huurder toch volledig aansprakelijk is, ook al staat art. 7:209 BW in de weg aan beperking van aansprakelijkheid van de verhuurder voor het gebrek aan het dak (zie m.n. r.o. 5.15-5.17). Hoewel het hof dat niet met zoveel woorden zegt, lijkt de volgende juridische redenering hierachter te zitten. Voor het aannemen van een causaal verband is zowel een *conditio sine qua non*-verband, als toerekening vereist.^[19] Het hof lijkt tot uitgangspunt te nemen dat art. 2.12.3 van de algemene bepalingen tot gevolg heeft dat de schade die wordt veroorzaakt door een gebrek niet langer aan de verhuurder is toe te rekenen als een zonder toestemming aangebrachte huurdersaanpassing in de causale keten is betrokken. Deze uitleg van art. 2.12.3 van de algemene bepalingen van het hof overtuigt niet. Uit de bewoording van de bepaling blijkt niet dat zij ziet op causaliteit, maar op aansprakelijkheid, terwijl het hierdoor voor de verhuurder mogelijk wordt om zich te onttrekken aan de beschermende werking van art. 7:209 BW. In dit opzicht had het hof beter over de band van art. 6:101 BW kunnen spelen.

J.A. Tuinman

Voetnoten

[1]

Zie Hof 's-Hertogenbosch 4 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5105, *WR* 2019/85, r.o. 3.7 en 3.8 waarin het peilmoment voor het "aangaan de overeenkomst" juist werd gelegd op het moment waarop de huurovereenkomst juridisch tot stand komt; gebreken die daarna, maar vóór het moment van ter beschikking stellen van het gehuurde (ex art. 7:203 BW) aan de dag treden, kunnen bij het aangaan van de overeenkomst niet bekend zijn.

[2]

Vgl. [Kamerstukken II 1997/98, 26089, 3](#), p. 20.

[3]

Zie verder over de invulling van "behoren te kennen" in de zin van art. 7:208 en 7:209 BW en (de controverserige in de literatuur over) contractuele afwijkingen: Asser/Rossel&Heisterkamp 7-II 2017/43 en 45.

[4]

Zie ook Ktr. Amsterdam 6 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA0559, *TvHB* 2013/14, m.nt. E.D. Engelsman.

[5]

Hof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4296, *WR* 2014/44, m.nt. Huydecoper.

[6]

Vgl. [Kamerstukken I, 2001/02, 26089, 162](#), p. 37, waarin de mogelijkheid dat de opvolgend verhuurder zich op onwetendheid kan beroepen aan de orde wordt gesteld in een vraag van de Eerste Kamer. De regering ontkent deze mogelijkheid niet, maar wijst erop dat het niet zo'n vaart zou lopen aangezien bij woonruimte geheel niet kan worden afgeweken van art. 7:206, 7:207 en 7:208 BW, terwijl de huurder in andere gevallen nog altijd een vordering kan hebben op de oorspronkelijke verhuurder.

[7]

HR 3 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM3980, *WR* 2010/102, *KPN/Tamminga*, r.o. 4.1.

[8]

Zie over het onderwerp 'latent gebrek' ná *KPN/Tamminga* o.a.: L. Vrakking, 'Contractueel afwijken in het huurrecht: over verwachtingen, risico's en exonerationen in de gebrekenregeling', *WR* 2015/1, de noot van Huydecoper bij Hof Amsterdam 1 mei 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW9640, *TvHB* 2013/2 en J.M. Winter-Bossink & E.T. de Boer, 'Workshop: de gebrekenregeling', *TvHB* 2018/6.

[9]

Zie de conclusie van A-G Huydecoper voor *KPN/Tamminga*, ECLI:NL:PHR:2010:BM3980, alinea's 12-19.

[10]

Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6635, waarin deze risico-benadering wél wordt toegepast bij de bepaling of de aanwezigheid van asbest een gebrek oplevert. In r.o. 5.10 wordt gesteld dat de enkele aanwezigheid van asbest – ongeacht soort en gevaar – geen gebrek oplevert. Op basis van de concrete feiten en omstandigheden, zoals contractuele bestemming en verklaringen van verhuurder bij aangaan van de huur, moet op basis van de omvang van het risico bepaald worden of sprake is van een gebrek.

[11]

Vgl. [Kamerstukken II 1997/98, 26089, 3](#), p. 14 en [Kamerstukken I 2001/02, 26089, 162](#), p. 11 en 12. Zie verder ook HR 23 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:284, *WR* 2018/121, *mr. J.J. Schelling q.q./KAV* r.o. 3.3.3 en 3.3.4, waaruit volgt dat onbevoegdheid van de verhuurder tot verhuur volgens de Hoge Raad pas een gebrek oplevert op het moment dat het tot een genotsstoornis komt.

[12]

Zie de noot van Huydecoper bij Hof Amsterdam 1 mei 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW9640, *TvHB* 2013/2.

[13]

Zie L. Vrakking, *WR* 2015/1.

[14]

Vgl. HR 25 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5383, *JOR* 2005/168, *Fabels/Meenderink*, r.o. 3.5.2 en 3.5.3. (met de kanttekening dat de Hoge Raad waarschijnlijk non-conformiteit baseert op het derde lid van art. 7:17 BW, wat geen direct equivalent kent in art. 7:204 BW).

[15]

In meer algemene zin over overheidsvoorschriften en gebreken in het huurrecht zie het artikel van J.A. van Strijen, '(Gewijzigde) overheidsvoorschriften bij bedrijfsruimte; gebrek of geen gebrek?', *WR* 2010/87.

[16]

Gelet op de algemeen aanvaarde regel dat indien sprake is van schending van een 'verkeers- of veiligheidsnorm' en het gevaar tot voorkoming waarvan die norm strekt, zich verwezenlijkt heeft, het causaal verband tussen de 'normschendende' gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven, zou hier wellicht ook de omkeringsregel kunnen worden toegepast. Vgl. HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4200, *RvdW* 2007/705 (*Hoofdaannemer/Fortis*) en HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7264, *NJ* 2012/669 (*Erven A/B en C*) en A.J. Akkermans & C.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregels, bewijslastverdeling en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012/17.

[17]

Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6635 in welke zaak het hof wél een risico-benadering kiest voor de vaststelling van een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW.

[18]

Zie voetnoot 16.

[19]

Zie C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2* (Mon. BW nr. B35), 2017/18 en A.J. Akkermans & C.H. van Dijk, *AV&S* 2012/17.