

Herfunderen van mandelige muren

BR 2016/16

Op een dag plaatsen de burens bouwhekken voor de woning. De buurvrouw doet een briefje in de brievenbus met de mededeling dat zij heeft besloten over te gaan tot funderingsherstel. Dat zal wat overlast geven en daarvoor biedt zij op voorhand excuses aan. Als de werkzaamheden zijn afgerond zal de buurvrouw een opgave doen van de kosten van het herstel van de mandelige muur en zij gaat ervan uit dat de burens de helft zullen voldoen.³ Kan dat zomaar?

1. Inleiding

In Nederland zijn ongeveer 750.000 woningen gefundeerd op houten palen.⁴ Een fundering op houten palen is in beginsel duurzaam. Diverse omstandigheden kunnen er echter toe leiden, dat de paalfundering het benodigde draagvermogen verliest.⁵ In dat geval zal funderingsherstel moeten plaatsvinden, wat veelal neerkomt op het realiseren, inpan-dig, van een nieuwe fundering op nieuwe funderingspalen, doorgaans stalen buissegmenten die met beton worden gevuld. Een zeer ingrijpende en kostbare operatie, die in veel gevallen noodzakelijk is om te voorkomen dat er schade ontstaat aan de woning. Is de woning vrijstaand, dan is er geen probleem. De eigenaar kan zelf een aannemer selecteren die voor het funderingsherstel zal zorgdragen. Is de woning een deel van een twee-onder-één-kapper of deel van een rijwoningen, dan kunnen er problemen ontstaan. Dan zal immers sprake zijn van mandeligheid, wat in het kader van het funderingsherstel tot complicaties kan leiden. Over deze juridische complicaties gaat dit artikel. Het funderingsherstel heeft ook een bestuursrechtelijke component, bijvoorbeeld de vraag of een fundering nog voldoet aan de voorschriften van het Bouwbesluit en hoe dat te bepalen⁶ maar deze bestuursrechtelijke kant is geen onderwerp binnen dit artikel. Na deze inleiding is het artikel als volgt opgebouwd:

2. Fundering, mogelijke gebreken aan de fundering en de wijze van herstel;
3. Wettelijk kader van mandeligheid;
4. Jurisprudentie;
5. Praktische conclusies.

2. Fundering, mogelijke gebreken aan de fundering en wijze van herstel

In Nederland staan veel woningen op palen. De grond zelf is te slap om daarop een pand te bouwen. Door middel van sonderingen wordt de grond onderzocht en wordt beoordeeld waar de draagkrachtige zandlaag zich bevindt. Vervolgens worden palen geheid (slaan of schroeven) tot op de draagkrachtige zandlaag.

Het sonderen bestaat pas sinds ongeveer 1960. Tot 1960 werd de benodigde lengte van de paal proefondervindelijk bepaald: het kalenderen. De heipaal werd de grond in gebracht. Men bepaalde hoeveel mm de paal per slag de grond in ging. Zo kon de weerstand van de grond worden bepaald. Werd het aantal mm kleiner, dan was er meer weerstand en was de draagkrachtige zandlaag gevonden. Zo kon de benodigde lengte van de paal worden vastgesteld.

Tot 1960 waren veel funderingspalen van hout. Dat is op zich een prima wijze van funderen, alleen is inmiddels komen vast te staan dat er diverse factoren bestaan die er voor kunnen zorgen dat de palen hun draagkracht verliezen. De belangrijkste oorzaken van het verliezen van de draagkracht zijn:

- de grondwaterstand daalt, paalkoppen en kespen komen droog te liggen en zijn vatbaar voor schimmels. De palen kunnen daardoor aangetast worden: bij continue droogstand kan een paal in een periode van ongeveer acht jaar het volledige draagvermogen kwijt zijn;
- hout kan vatbaar zijn voor bacteriële aantasting, waardoor palenpest kan plaatsvinden;
- overbelasting: de fundering is op een bepaald draaggewicht berekend. Door de jaren heen is het gebruik van een pand geïntensiveerd waardoor het gewicht van het pand, met alle inboedel, te zwaar is voor de fundering; denk aan verbouwingen waar bijvoorbeeld hout vervangen is door steenachtig/betonmateriaal;
- negatieve kleef: zand en klei plakken onder de grond aan de paal en geven daarmee aan de paal een extra gewicht dat de paal dieper de grond in trekt, dit ontstaat onder meer door het ophogen van straten en het dalen van de grondwaterstand;
- doorponsen: door het kalenderen is bepaald dat de draagkrachtige zandlaag op een bepaalde diepte is. Dat kan echter een relatief dunne zandlaag te zijn, waar op enig moment de paal doorheen kan zakken.

Als de fundering is bezweken, moet worden bepaald op welke wijze herstel dient plaats te vinden. Vroeger werd veelal gekozen voor paalkopverlaging. Het rotte deel van de fundering wordt verwijderd; op de afgezaagde palen worden vijzels geplaatst waardoor de palen weer op spanning worden gebracht. Paalkopverlaging wordt tegenwoordig minder vaak toegepast omdat het niet wordt gezien als een duurzame wijze van funderingsherstel. Het is geen remedie tegen negatieve kleef of bacteriële aantasting. Verder zal bij

1 Remco Smith is advocaat bij Fundament Advocatuur B.V. in Rotterdam en bestuurslid van het KCAF (Kennis Centrum Aanpak Funderingsproblematiek).

2 Dank aan Jasper Bresser van Envita-West voor het meelezen en doen van suggesties voor wat betreft het technische deel van dit artikel.

3 Rb. Rotterdam 8 februari 2013, TBR 2013/904.

4 Deltares, schades door watertekorten en -overschotten in stedelijk gebied.

5 Richtlijn onderzoek en beoordeling van houten paalfunderingen onder gebouwen, F30/CURNET/SBR.

6 ECLI:NL:RVS:2015:817 over de wijze van bepalen van de levensduur van de fundering in relatie tot het Bouwbesluit.

een verdere verlaging van de grondwaterstand het risico bestaan dat de bestaande paal na enige tijd onder de vijzel weer droog komt te staan en weer gaat rotten.

Tegenwoordig wordt vaker gekozen voor het algehele funderingsherstel: de tafelmethode. De onderste vloer (kelder of begane grond) wordt verwijderd. Op die plek wordt een ongewapende werkvloer aangebracht. Door segmentpalen worden in pandig heipalen tot op de draagkrachtige zandlaag gerealiseerd. In alle gefundeerde muren worden inkassingen gemaakt. De nieuwe funderingspalen dragen hun draagvermogen via de inkassingen af aan de bouwmuren. Het pand komt daarmee op de nieuwe palen te rusten. Dit geldt als een duurzame wijze van herfunderen.

Deze wijze van herfunderen heeft wel een nadeel, met name waar het ziet op mandelige panden. Veel panden op houten palen zakken op jaarbasis enkele millimeters, zonder dat dit tot problemen hoeft te leiden. Uiteindelijk zal de woning met de nieuwe fundering niet meer zakken. Het buurpand op houten palen zakt echter wel. Het naastgelegen pand wordt daarmee een zogeheten 'scharnierpand': de ene zijgevel is gefixeerd en de andere zakt nog. Dat kan op enig moment leiden tot schade: lekkages, scheuren in muren, klemmende kozijnen. De geschillen over mandeligheid spitsen zich toe op twee aspecten: 1) burens willen geen funderingsherstel bij de burens omdat zij vrezen dat hun pand een scharnierpand wordt, met alle mogelijke schade tot gevolg; en 2) degene die het pand wil herfunderen, wil de burens mee laten betalen aan de kosten van herstel van de mandelige muur.

3. Wettelijke regeling

De wettelijke regeling over de verdeling van de kosten van herstel van mandelige funderingen is te vinden in boek 5 en boek 3 van het Burgerlijk Wetboek.

De relevante wetsartikelen zijn:

Op grond van artikel 5:60 BW bestaat mandeligheid, wanneer een onroerende zaak gemeenschappelijk eigendom is van de eigenaars van twee of meer erven. Artikel 5:65 BW bepaalt dat mandelige zaken op kosten van alle mede-eigenaars moeten worden onderhouden, gereinigd en, indien nodig, vernieuwd.

Artikel 3:166 lid 1 BW definieert gemeenschap: die is aanwezig, wanneer een of meer goederen toebehoren aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk. Artikel 3:168 lid 1 BW bepaalt dat de deelgenoten het genot, het gebruik en het beheer van gemeenschappelijke goederen bij overeenkomst kunnen regelen. Voor zover een overeenkomst ontbreekt, bepaalt artikel 3:168 lid 2 dat de kantonrechter op verzoek van de meest gerede partij een zodanige regeling kan treffen. Hij houdt daarbij naar billijkheid rekening zowel met de belangen van partijen als met het algemeen belang.

Artikel 3:170 lid 1 BW biedt deelgenoten de bevoegdheid om die handelingen die geen uitstel kunnen lijden, zo nodig zelfstandig te verrichten. Voor het overige geschiedt het beheer door de deelgenoten tezamen, tenzij een regeling anders bepaalt (lid 2). Artikel 3:170 lid 3 BW bepaalt dat tot andere handelingen betreffende een gemeenschappelijk goed

dan in de vorige leden vermeld, uitsluitend de deelgenoten tezamen bevoegd zijn.

Deze wettelijke bepalingen geven aan hoe mede-eigenaren van mandelige muren moeten omgaan met funderingsproblemen. Zij zijn gezamenlijk eigenaar en moeten uit die hoofde gezamenlijk bijdragen aan de kosten van onderhoud, reiniging en, indien nodig, vernieuwing. De mandelige fundering is eigendom van twee eigenaren, zodat er sprake is van wettelijke gemeenschap. De mede-eigenaren regelen idealiter het beheer over de mandelige zaak. Maar wat nu als partijen daar gezamenlijk niet uitkomen?

4. Jurisprudentie

De gepubliceerde rechtspraak over mandeligheid en funderingsherstel ziet veelal op het kostenverhaal achteraf: de eigenaar van een woning beslist zelf tot funderingsherstel, en vordert achteraf de helft van de kosten van het funderingsherstel van de mandelige muur van de burens. In de jurisprudentie is de afgelopen jaren een duidelijke lijn ontwikkeld. In januari 2015 heeft het Gerechtshof te Amsterdam echter een arrest gewezen dat van deze in de rechtspraak ontwikkelde lijn mogelijk afwijkt. Uit de hierna behandelde rechtspraak zijn zo veel mogelijk in de praktijk bruikbare oordelen gestedilleerd. Verder volgt uit de behandelde rechtspraak hoe uiteindelijk de geldende lijn in de jurisprudentie is ontstaan.

Allereerst twee algemene regels: laat het funderingsonderzoek doen door een onafhankelijke deskundige. Aan de verklaring van een aannemer die verklaart dat funderingsherstel noodzakelijk is, hecht de rechtbank geen waarde⁷. Verder moet een funderingsonderzoek van recente datum zijn en betrekking hebben op het te herfunderen pand. Aan onderzoeken naar panden in de straat, waar enige tijd geleden funderingsherstel heeft plaatsgevonden, kan weinig waarde worden gehecht⁸.

Mandeligheid óf gemeenschap? Of mandeligheid én gemeenschap?

Nu de vraag hoe om te gaan met het funderingsherstel. De vraag waar het om gaat is: heeft de eigenaar van een pand met een slechte fundering zelf recht om zijn pand te herfunderen, of heeft hij daarvoor de medewerking van de buurman nodig. En als die medewerking niet komt, wat is dan de ruimte van de eigenaar die wil herfunderen? De crux zit in de vraag of de regels van de gemeenschap (art. 3:168 BW) van toepassing zijn op funderingsherstel. Is er een 'speciale' regeling (artikel 5:60 e.v. BW) die voor gaat op de 'algemene' regel (artikel 3:168 BW e.v.)? Of vullen deze regelingen elkaar aan?

Het Hof Amsterdam heeft op 11 oktober 2007⁹ een tussenarrest gewezen over de vraag of de regels van de gemeenschap (artikel 3:168 BW e.v.) wel van toepassing was op funderingsherstel en heeft geoordeeld dat de regeling over

7 ECLI:NL:RBOT:2006:AY3965.

8 ECLI:NL:RBAMS:2007:BB6624.

9 ECLI:NL:GHAMS:2007:BC0310.

mandeligheid een speciale wet is en niet een aanvulling op de regeling van de gemeenschap. Een oordeel dat enige tijd niet meer is gevolgd, maar met het arrest van januari 2015 lijkt het Hof Amsterdam weer aansluiting bij dit arrest te zoeken, waarover hierna meer.

Geen ruime uitleg van begrip “noodzaak”

Het Hof Amsterdam heeft op 21 april 2009 een arrest¹⁰ gewezen dat kan worden gezien als de basis hoe sindsdien aangekeken wordt tegen de wijze waarop burens met elkaar dienen om te gaan bij funderingsherstel:

“2.4 Terecht heeft [geïntimeerde] bepleit dat bij de uitleg van het begrip “noodzaak” uit artikel 5:65 BW terughoudendheid moet worden betracht. Vermeden dient te worden dat [geïntimeerde] door een ruime uitleg van het begrip “noodzaak” onverwacht en zonder voorafgaande waarschuwing met funderingskosten wordt geconfronteerd in een geval waarin voorafgaand overleg over eventuele vernieuwing van de fundering had kunnen en behoren plaats te hebben. Eerder overwoog het hof reeds dat eigenaren van naburige erven op zorgvuldige wijze met elkaars belangen moeten omgaan. Daarbij past te aanvaarden dat de in artikel 5:65 BW bedoelde noodzaak niet te snel wordt aangenomen.

Uit het arrest kan worden geconcludeerd is:

- De noodzaak om te komen tot funderingsherstel kan niet te snel worden aangenomen;
- Als voorafgaand overleg plaats kan vinden, dient dat ook plaats te vinden;
- De burens mogen niet onverwacht en zonder nadere waarschuwing te worden geconfronteerd met hoge kosten van funderingsherstel;
- Burens dienen zorgvuldig met elkaars belangen om te gaan.

Opvallend is dat het Hof niet de eis stelt dat partijen overeenstemming dienen te hebben over (de wijze van uitvoering van het) funderingsherstel. Waarschuwen en overleg zou genoeg moeten zijn, dit arrest volgend.

Herfunderen zonder toestemming onrechtmatig?

In latere rechtspraak zijn de mogelijkheden om zonder overleg over te gaan tot herfunderen en vervolgens, achteraf, de kosten van funderingsherstel bij burens te vorderen, verder beperkt. In het vonnis van 8 december 2010¹¹ heeft de Rechtbank Amsterdam geoordeeld dat funderingsherstel slechts plaats kan vinden na toestemming van de mandelige eigenaar, en als deze niet wordt gegeven, dient de gang naar de rechter gevolgd te worden. Laat de opdrachtgever die wil herfunderen dat na, dan handelt deze onrechtmatig. Dat laatste heeft vergaande consequenties. Eerder in dit artikel is het scharnierpand ter sprake gekomen: het pand dat nog zakt terwijl het naastgelegen pand door funderingsherstel is gefixeerd, en de schade die dat tot gevolg kan hebben. De

rechtbank Amsterdam volgend, zou in het geval iemand zelf over is gegaan tot funderingsherstel zonder toestemming van de burens of verkregen van de rechter, deze onrechtmatig hebben gehandeld en dientengevolge schadeplichtig zijn. De rechtbank nuanceert dat oordeel overigens meteen in hetzelfde vonnis:

“4.18 Zoals vermeld onder 4.12 hebben [A] c.s. onrechtmatig gehandeld door [C] c.s. niet om toestemming te vragen voor de werkzaamheden aan de funderingsmuur tussen nrs. 3 en 3a. [A] c.s. zijn op grond daarvan schadeplichtig tegenover [C] c.s., maar niet, althans niet zonder meer, voor alle schade die is ontstaan door de uitgevoerde funderingswerkzaamheden. Als [A] c.s. immers wel om toestemming hadden gevraagd, hadden [C] c.s. die niet mogen weigeren gelet op de noodzaak van de werkzaamheden. Dat betekent dat de schade die het gevolg is van het verrichten van het werk als zodanig niet is toe te rekenen aan [A] c.s., maar alleen de schade die er het gevolg van is dat is nagelaten de toestemming te vragen.”

Dit oordeel is wel voor discussie vatbaar. De rechtbank gaat eraan voorbij, dat als de burens toestemming hadden geweigerd, nog steeds ingevolge artikel 3:170 BW de gang naar de rechtbank gemaakt had kunnen worden. De rechtbank had er vermoedelijk beter aan gedaan in deze een duidelijk onderscheid te maken tussen de onrechtmatigheid van het handelen (herfunderen van de mandelige muur zonder toestemming van de burens is zonder meer onrechtmatig) en het causaal verband tussen handelen en schade (de schade is niet althans niet volledig ontstaan door het herfunderen, maar door de staat van de fundering van de burens) of eigen schuld (de burens dragen zelf schuld gezien de staat waarin de eigen fundering van hun pand zich bevindt). Nu heeft de rechtbank de schade gekoppeld aan het nalaten om toestemming te vragen en dat is voor de door het funderingsherstel overvallen burens wel een hele kleine strohalp om de op eigen initiatief herfunderende burens op aan te spreken. Uit de tot dan toe gewezen rechtspraak is langzamerhand wel duidelijk geworden dat herfunderen zonder overleg met en/of toestemming van de burens, waarna de helft van de kosten van funderingsherstel op de burens wordt verhaald, niet haalbaar is. Hierover is in de praktijk overigens vaak nog steeds onduidelijkheid. Het idee bestaat nog steeds dat een funderingsrapport, waarin een handhavingstermijn staat van vijf jaar of minder, de eigenaar van een pand een vrijbrief geeft om zijn pand te herfunderen, en de kosten vervolgens met succes op de burens kan verhalen. Dit ten onrechte.

Reëel en acuut gevaar

Met het vonnis van 8 juni 2011 van de Rechtbank Amsterdam¹² is meer duidelijkheid geschapen. In dit vonnis geeft de rechtbank een duidelijke regeling hoe zij, die hun woning willen herfunderen en worden geconfronteerd met een

¹⁰ ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ6267.

¹¹ ECLI:NL:RBAMS:2010:BP5506.

¹² ECLI:NL:RBAMS:2011:BR5848.

buurman die niet mee wil werken aan funderingsherstel, laat staan mee betalen:

"4.1. VVE 360 betwist dat zij gehouden is tot mee-betalen aan het funderingsherstel. Ingevolge artikel 5:65 BW is een mede-eigenaar gehouden om bij te dragen in de kosten van de herstelwerkzaamheden aan een mandelige fundering, indien het herstel van die fundering nodig is. Vermeden dient te worden dat een mede-eigenaar door een ruime uitleg van het begrip "nodig" onverwacht en zonder voorafgaande waarschuwing met funderingskosten wordt geconfronteerd in een geval waarin voorafgaand overleg over eventuele vernieuwing van de fundering had kunnen en behoren plaats te hebben. Daarom heeft de mede-eigenaar op basis van dit artikel, slechts indien er een reëel gevaar bestaat dat niet alleen de mandelige fundering zelf, maar ook daarmee verbonden huizen, ernstige schade zullen oplopen en zelfs verloren zullen gaan, de bevoegdheid om op eigen initiatief, en voor rekening van de andere mede-eigenaar, funderingsherstelwerkzaamheden te laten uitvoeren. Indien er weliswaar een noodzaak tot vervanging op afzienbare termijn bestaat, doch in redelijkheid een vooraf te geven beslissing van de rechter kan worden afgewacht, bestaat deze bevoegdheid niet. De rechtbank sluit hiermee, anders dan het vonnis van deze rechtbank van 8 december 2010 (LJN: BP5506), aan bij de arresten van het gerechtshof 's-Gravenhage van 22 mei 2008 (LJN: BD5907) en het gerechtshof Amsterdam van 21 april 2009 (LJN: BJ6267), waarin is uitgegaan van bovenvermelde maatstaf voor de uitleg van het begrip "nodig"."

De conclusies van dit vonnis:

- de mede-eigenaar moet mee betalen als funderingsherstel "nodig" is;
- de term "nodig" moet niet te ruim worden uitgelegd;
- vermeden moet worden dat de mede-eigenaar zonder voorafgaande waarschuwing en overleg wordt overvallen met hoge kosten van funderingsherstel;
- slechts indien er reëel gevaar is voor ernstige schade aan de mandelige fundering en de daarmee verbonden woningen, bestaat de bevoegdheid om op eigen initiatief en voor rekening van de andere mede-eigenaar funderingsherstel te laten plegen;
- indien er weliswaar een noodzaak tot vervanging op afzienbare termijn bestaat, doch in redelijkheid een vooraf te geven beslissing van de rechter kan worden afgewacht, bestaat deze bevoegdheid niet.

Kan de beslissing van de rechter worden afgewacht, dan bestaat er op grond van deze jurisprudentie geen bevoegdheid om zelfstandig en zonder toestemming van de buurman over te gaan tot funderingsherstel. De beslissing van de rechter is gebaseerd op artikel 3:168 lid 2 BW: de verzoekschriftprocedure bij de kantonrechter ter verkrijging van een regeling in het geval een regeling tussen de mede-eigenaren ontbreekt. Veelal leidt een dergelijke procedure binnen een afzienbare tijd (normaal gesproken binnen maximaal een jaar) tot een beschikking. In het geval een snellere beslis-

sing nodig is, bestaat de mogelijkheid om de rechter om een voorlopige voorziening te verzoeken¹³. Normaal gesproken moet een voorlopige voorziening binnen anderhalve à twee maanden kunnen worden verkregen. De bevoegdheid om zelfstandig, zonder dat een beslissing van de rechter hoeft te worden afgewacht en zonder dat er toestemming is van de burens, te herfunderen bestaat volgens deze rechtspraak dan ook slechts in uitzonderingsgevallen. Er dient sprake te zijn van een "reëel en acuut" gevaar op schade.¹⁴

Verder biedt het vonnis een richtsnoer voor rechters die moeten oordelen over de noodzaak van funderingsherstel. Indien een noodzaak tot vervanging binnen 'afzienbare termijn' kan worden aangetoond, zal de rechter het funderingsherstel toestaan. De rechter zal in dat geval worden verzocht de buurman te veroordelen "te gehengen en te gedogen" dat funderingsherstel plaatsvindt. "Afzienbare termijn" is een vage term die in de rechtspraak ingevuld zal moeten worden. Of funderingsherstel binnen afzienbare termijn noodzakelijk is, zal in alle gevallen afhangen van de omstandigheden van het geval. Als uit een onderzoek volgt dat een handhavingstermijn van vijf jaar geldt, zou daarmee aangenomen worden dat herstel binnen afzienbare termijn noodzakelijk is.

Door deze jurisprudentie is het funderingsherstel bij mandelige muren en funderingen wel gejuridiseerd: burens die het niet eens worden, rest slechts de weg naar de rechter, de uitzondering van het "reëel en acuut gevaar" daargelaten. Maar het is wel een hele duidelijke procedure. Kom je er samen uit, dan geldt dat als een regeling in de zin van artikel 3:168 lid 1 BW. Kom je er samen niet uit, dan moet de rechter om een beslissing worden gevraagd.

Het vonnis van de Rechtbank Amsterdam is daarna meermalen gevolgd, zie vonnissen van de Rechtbank Amsterdam¹⁵ en Rechtbank Rotterdam¹⁶. Daarmee is een min of meer bestendige lijn in de jurisprudentie ontwikkeld die voor burens duidelijke handvatten biedt op basis waarvan men weet hoe te handelen in het geval van voorgenomen funderingsherstel, en waaruit een regeling volgt hoe om te gaan met de kosten van het herstel van de mandelige fundering.

Arrest 27-1-2015 Hof Amsterdam

Het Hof Amsterdam heeft op 27 januari 2015 een arrest¹⁷ gewezen dat van deze lijn in de jurisprudentie afwijkt, en die degene die zijn woning wil herfunderen zonder toestemming van de burens meer ruimte biedt. Wat de reikwijdte is van dit arrest, zal in de praktijk moeten blijken. Bedacht moet worden dat met een vonnis of arrest niet in alle gevallen de vorming van jurisprudentie is beoogd, maar vooral geschilbeslechting. Als het arrest van het Hof vaste jurisprudentie wordt, leidt dat vermoedelijk tot minder dui-

¹³ Vonnis 6 mei 2015 rechtbank Rotterdam, 3734671VV EXPL15-2, niet gepubliceerd.

¹⁴ TBR 2013/133 met noot mr. O. Laan.

¹⁵ 25 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX4206, 23 oktober 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7987, 3 september ECLI:NL:RBAMS:2014:6299.

¹⁶ Rb. Rotterdam, 8 februari 2013, TBR 2013/133.

¹⁷ ECLI:NL:GHAMS:2015:94.

delijkheid voorafgaand aan funderingsherstel voor mede-eigenaren van mandelige funderingen.

Wat was er in dit geval aan de hand: de gemeente heeft bij brief van 28 juli 2009 bericht dat de fundering van het pand van de herfundeerder niet in overeenstemming was met de voorschriften in het Bouwbesluit. De gemeente heeft een last onder dwangsom of bestuursdwang aangekondigd die voorkomen kon worden door de start van het funderingsherstel binnen 40 weken en afronding binnen 58 weken na dagtekening van de brief. Op 7 oktober 2009 heeft de buurman eveneens een last onder dwangsom opgelegd gekregen. Dat de funderingen, waaronder ook de mandelige fundering, dienden te worden hersteld, stond dan ook vast. De herfundeerder heeft vervolgens een omgevingsvergunning aangevraagd, initiatief genomen voor overleg met de burens, offertes opgevraagd. De buurman was inmiddels overleden. Overleg, eerst met de buurman en later met diens nabestaanden, leidde niet tot afspraken. De buurman en, later, diens nabestaanden, hebben zelf geen stappen gezet om te komen tot funderingsherstel.

Op 4 oktober 2010 heeft de gemeente de herfundeerder bericht dat de begunstigingstermijn was verlopen, en heeft deze verlengd tot 1 mei 2011. Op 3 oktober 2011 heeft de gemeente de herfundeerder bericht de inmiddels verbeurde dwangsommen (€ 50.000) nog niet in te vorderen. Op 1 oktober 2011 is de herfundeerder met zijn werkzaamheden gestart; begin 2012 waren de werkzaamheden gereed.

Op 1 maart 2012 heeft hij de nabestaanden van de buurman een overzicht gestuurd van de kosten, de erfgenamen van de buurman hebben laten weten gezamenlijk tot een kostenverdeling te willen komen maar uiteindelijk is dat niet gelukt. De herfundeerder heeft de erfgenamen van de buurman in rechte betrokken.

Het Hof constateert dat de gemeente beiden heeft aangeschreven, maar dat slechts één van beiden heeft gehandeld, ondanks inmiddels verbeurde dwangsommen. "r.o. 3.5 (...) Naar aanleiding van de aanschrijvingen van het stadsdeel was het [appellant] die het initiatief heeft genomen tot funderingsherstel, voor zijn pand een monumentenvergunning heeft aangevraagd, offertes heeft gevraagd en – bij herhaling – met [X] (later [geïntimeerden]) in overleg is getreden. [X], hoewel eveneens aangeschreven, heeft zelf (behoudens het aanvragen van de benodigde omgevingsvergunning) geen noemenswaardige initiatieven tot herstel of overleg ontplooid." Als één van de twee mandelige eigenaren alle moeite doet om de fundering te laten herstellen, en daarmee voldoet aan de last onder dwangsom van de gemeente, kan aan de herfundeerder het ontbreken van ondubbelzinnige toestemming van de niet-actieve eigenaar in het kader van de kostenveroordeling niet worden tegengeworpen. Daarnaast hadden partijen al wel overeenstemming over een lager bedrag als bijdrage aan de kosten van funderingsherstel, waaruit de verschuldigdheid van de bijdrage aan de kosten van herfunderen afgeleid kon worden.

Maar voordat het Hof toekomt aan het bovenstaande oordeel, oordeelt hij over het herfunderen op eigen initiatief, zonder toestemming van de mede-eigenaren. De overwe-

gingen die aan dit arrest ten grondslag liggen, zijn een breuk met de eerder aangehaalde jurisprudentie:

"Bij de hiervoor gegeven uitleg van artikel 5:65 BW past het, gezien de financiële verplichtingen die die bepaling voor de mede-eigenaar in het leven roept, ook om te aanvaarden dat het bestaan van de in artikel 5:65 BW bedoelde noodzaak niet te snel wordt aangenomen (zie ook Hof Amsterdam 21 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ6267)."

Dit loopt nog synchroon met bestaande jurisprudentie. Maar dan komt het:

"Die terughoudendheid dwingt er echter niet toe om aan te nemen dat er pas sprake is van noodzakelijk funderingsherstel indien er een reëel en acuut gevaar bestaat voor ernstige schade aan de met de mandelige muur en fundering verbonden huizen, of één ervan, en de uitkomst van behoorlijk overleg tussen de mede-eigenaars en eventueel (op de voet van artikel 3:168, tweede lid, BW) van de kantonrechter niet kan worden afgewacht. Noch de tekst van de wet noch de wetsgeschiedenis nopen tot een dergelijke restrictieve uitleg."

Het Hof verwijst voorts naar de verhouding tussen artikelen 3:170 en 5:65 BW. Het Hof stelt dat voor regulier herstel de regeling van de gemeenschap voldoet, maar in het geval van een noodzaak tot funderingsherstel geldt de speciale regeling van artikel 5:65 BW en die kent geen bepaling dat de rechter verzocht moet worden om een regeling, vergelijkbaar met artikel 3:168 BW. Indien aangetoond kan worden dat funderingsherstel noodzakelijk is, dan is de gang naar de rechter overbodig, volgt uit dit arrest. De wettelijke bepaling over mandeligheid is niet aanvullend op de bepaling van gemeenschap, maar een speciale regel ten opzichte van een algemene regel. Daarmee zoekt het Hof aansluiting bij het arrest van 2007¹⁸.

Als gezegd, dit is een breuk met een bestendige lijn in de jurisprudentie. Vanuit geschilbeslechting is de uitkomst in dit geval te billijken. Het maakt de verhouding tussen mede-eigenaren wel meer diffuus. Wanneer is er immers sprake van noodzakelijk funderingsherstel? Is dat in het geval uit funderingsherstel een handhavingstermijn van 0 tot 5 jaar blijkt? Tijdens het KCAF-congres¹⁹ heeft een Woningcorporatie in een presentatie laten zien dat diverse onderzoeks bureaus, na zogeheten F30-onderzoek²⁰, voor exact dezelfde fundering een volstrekt verschillende handhavingstermijn hebben geconcludeerd. Funderingsonderzoek geeft dan ook mogelijk onvoldoende duidelijkheid. Geldt een aanschrijving van de gemeente als een bewijs van de noodzaak van het funderingsherstel? Dit arrest geeft daarvoor onvoldoende duidelijkheid.

18 ECLI:NL:GHAMS:2007:BC0310.

19 KCAF-Congres Fundament onder de Aanpak van 26 november 2015: <http://www.kcaf.nl/verslag-congres-2015-2/>.

20 <http://www.f3o.nl/index.html>.

In de praktijk is deze uitspraak wel toegejuicht²¹: gesteld wordt dat de mogelijkheden van de herfunderende eigenaar worden verruimd waarmee funderingsherstel met minder juridische rompslomp zou plaatsvinden. Het is de vraag of dat zo is. Op grond van de rechtspraak tot dit arrest van het Hof is na een beschikking van de rechtbank duidelijkheid over de rechtmatigheid van het funderingsherstel en de verdeling van de kosten. Zou het arrest van het Hof worden gevolgd, dan zal achteraf nog steeds discussie bestaan over de verschuldigdheid van de kosten van de mandelige muur. Verder is het mogelijk dat de rechter oordeelt dat er in het geheel geen bevoegdheid was om de muur te herfunderen, bijvoorbeeld omdat deze niet zo slecht was als de herfunderder heeft doen voorkomen. Maar in dat geval is er wel sprake van een nieuwe fundering: een situatie die niet meer kan worden teruggedraaid, met mogelijk schade voor de burens als gevolg. En minder juridisch wordt het daar niet van. Toekomstige rechtspraak zal uit moeten wijzen hoe hiermee omgegaan zal worden.

Na arrest Hof

Na het arrest van het Hof is er nog meer geprocedeerd over mandeligheid. De Rechtbank Midden-Nederland heeft bij vonnis van 7 oktober 2015²² geoordeeld dat de bepalingen van gemeenschap op het funderen van mandelige muren van toepassing. Partijen hebben niet gezamenlijk besloten tot funderingsherstel dus geen deling kosten. Daarmee zou de lijn van voorafgaand aan het arrest van 27 januari 2015 van het Hof Amsterdam weer worden opgepakt.

5. **Praktijk vanuit de rechtspraak**

Wat moet iemand nu doen, die graag de woning wil herfunderen?

In eerste instantie zal de eigenaar moeten bepalen of er sprake is van een mandelige, woningscheidende muur. Is dat niet het geval, dan staat de woning los en is er geen enkel privaatrechtelijk beletsel om tot herfundering over te gaan. Zijn de woningscheidende muren wel mandelig, dan zal overleg met de mede-eigenaar plaats moeten vinden. Komen partijen eruit, dan is er geen probleem en kan het herfunderen in gang worden gezet. Komen partijen er niet uit, dan zal de eigenaar onderzoek moeten laten verrichten om te bezien wat de staat is van de fundering.

Als daaruit blijkt dat funderingsherstel noodzakelijk is (rotte paalkoppen, verrotte kespen, negatieve kleef), dan zal die informatie met de mede-eigenaar moeten worden gedeeld en dient wederom overleg plaats te vinden. Leidt dat overleg niet tot overeenstemming, en de wens om de eigen woning te herfunderen blijft, dan zijn er twee verschillende mogelijkheden:

1. bij verzoekschrift wordt de rechter verzocht om een regeling te treffen, die inhoudt dat de mede-eigenaar moet gehangen en gedogen dat het funderingsherstel

wordt uitgevoerd, met veroordeling van de mede-eigenaar om bij te dragen in de kosten van funderingsherstel. Wordt dat verzoek toegewezen, dan is daarmee de rechtmatigheid van het funderingsherstel een gegeven en zal er geen sprake zijn van aansprakelijkheid voor eventuele schade door het ontstaan van een scharnierpand. Ondanks het arrest van het Hof Amsterdam, is dit nog steeds te prefereren;

2. de eigenaar gaat zelfstandig, zonder toestemming van de burens, over tot funderingsherstel. Dat zou onder omstandigheden in de lijn kunnen zijn met het arrest van het Hof Amsterdam. Deze weg is allerminst zonder risico. Het is immers mogelijk dat het arrest van het Hof een uitzondering zal blijven²³, mede ingegeven door de specifieke omstandigheden van het geval, en dat de eerder geconstateerde lijn in de jurisprudentie weer zal worden voortgezet. Dan zou de eigenaar onrechtmatig handelen door zonder toestemming van de burens te herfunderen: de kosten van het herstel van de mandelige muur komen dan niet voor rekening van de mede-eigenaar en het herstel zonder toestemming is in beginsel onrechtmatig. Datzelfde geldt indien de noodzaak van funderingsherstel wordt betwist. Uit het arrest van het Hof Amsterdam²⁴ blijkt immers dat de noodzaak van het funderen tussen partijen vast stond. Verder dient bedacht te worden dat uit de Amsterdamse zaak niet blijkt wat "noodzakelijk" is en hoe dat moet worden ingevuld.

De in de inleiding genoemde casus is echt gebeurd en onderwerp van een procedure bij de kantonrechter geweest, die de relatie tussen de burens zeer heeft verslechterd. Ongeacht wat de juridische mogelijkheden zijn, bedenk dat burens elkaar niet of nauwelijks kunnen ontwijken. Een gezamenlijk gevonden oplossing is daarom te prefereren.

21 <http://www.wintertaling.nl/nuancering-jurisprudentie-over-gemeenschappelijke-funderingen/>.

22 Rb. Midden-Nederland 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7091.

23 Zie de uitspraak van de Rb. Midden-Nederland 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7091.

24 ECLI:NL:GHAMS:2015:94.