

Inbreuk op een recht en (on)zorgvuldig gedrag

Prof.mr. A.G. Castermans & mr. C.W. Demper

Hoge Raad 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:17, *RvdW* 2024/105 (*Afzinkkelder*)

1 Inleiding

Kan een aannemer die schade veroorzaakt door bouwwerkzaamheden aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) ook al ging hij zorgvuldig te werk in de voorbereiding en uitvoering van de klus? Deze vraag staat centraal in het hier te bespreken *Afzinkkelder*-arrest van 12 januari 2024. Kort gezegd is het antwoord: ja. De motivering vergt aandacht voor de fundamenteën van het aansprakelijkheidsrecht, zoals de onrechtmatigheidscategorieën ‘inbreuk op een recht’ en ‘strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’, en hun onderlinge verhouding. De vraag is of de Hoge Raad een nieuwe weg is ingeslagen wat betreft de onrechtmatigheidstoets van artikel 6:162 lid 2 BW. Wij gaan na of dit het geval is en plaatsen de uitspraak in een breder kader. Wij bespreken allereerst de feiten en procedure (paragraaf 2) en gaan vervolgens in op verschillende aspecten van de overwegingen: de verhouding tussen inbreuk op een recht en strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (paragraaf 3), de invulling van de zorgvuldigheidsnorm (paragraaf 4), de betekenis van de referentie door de Hoge Raad aan het arrest *Van Gastel/Van den Heuvel* (paragraaf 5) en de betekenis van de verzekeraar voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm (paragraaf 6). De slotsom is dat het arrest voortbouwt op wat er al was. De categorie inbreuk op een recht staat nog steeds. Wat ons betreft was de beslissing van de Hoge Raad beter uit de verf gekomen indien hij ervoor had gekozen de inbreuk op een recht centraal te stellen (paragraaf 7).

2 Feiten en procedure

Bouwbedrijf Multi-Bouwsystemen B.V. (hierna: Multi) plaatst in opdracht van de eigenaar van een perceel (hierna: de opdrachtgever) een afzinkkelder. Kenmerkend voor een afzinkkelder is dat eerst een kelderconstructie wordt geplaatst, de kelder vervolgens van binnenuit wordt ontgraven en de constructie tot slot wordt afgezonken tot de juiste hoogte.

Op 12 juli 2016 begint Multi met het afzinken van de kelder. Drie dagen later worden de werkzaamheden gestaakt, omdat de constructie een obstakel in de bodem raakt als gevolg waarvan een deel van de kelderwand scheurt. Multi bespreekt de ontstane situatie met zowel haar verzekeraar als haar opdrachtgever. De verzekeraar eist overleg met alle betrokkenen, waaronder de eigenaar van het naastgelegen winkelpand, bij gebreke waarvan de verdere werkzaamheden niet door de desbetreffende verzekering zijn gedekt. De opdrachtgever instrueert Multi echter de werkzaamheden te vervolgen zonder overleg met de eigenaar van het naastgelegen pand, voor rekening en risico van de opdrachtgever. Hierop gaat Multi verder aan het werk. De grond wordt verstevigd, het obstakel wordt verwijderd en op 18 juli 2016 wordt het afzinken hervat.

Op 22 juli 2016 slaan de eigenaar van het naastgelegen pand en de gebruikers ervan – de uitbater van een wijnhandel en de bewoners van de bovengelige bovenwoning – alarm. Zij laten Multi en de opdrachtgever weten dat een etalageruit van het winkelpand is gesprongen en dat sprake is van ernstige scheurvorming. Multi en de opdrachtgever worden gesommeerd de werkzaamheden te staken. Multi geeft hieraan geen gehoor en zet de

werkzaamheden voort. Na inspectie door de gemeente op 28 juli 2016 worden afspraken gemaakt over dagelijks te verrichten metingen en over de verdere uitvoering van de werkzaamheden. De volgende dag worden de afzinkwerkzaamheden afgerond. In de periode daarna blijkt het pand verder te verzakken. De gemeente past daarom op 12 augustus 2016 spoedeisende bestuursdwang toe, wat leidt tot een bouwstop en de ontruiming en verzegeling van het pand. Pas twee jaar later – nadat Multi in overleg bepaalde maatregelen heeft getroffen – wordt de bouwstop opgeheven en wordt de kelder afgebouwd.

De schade aan het pand vormt aanleiding voor een juridische procedure tussen enerzijds de eigenaar en de gebruikers van het pand (samen de eiseressen in de procedure, ook in cassatie) en anderzijds Multi en de opdrachtgever (samen de verweerders in de procedure, ook in cassatie). De eiseressen vorderen onder meer een verklaring voor recht dat verweerders onrechtmatig hebben gehandeld en een veroordeling tot vergoeding van de geleden schade, nader op te maken bij staat.

In eerste aanleg wijst de rechtbank Oost-Brabant de vorderingen af. Het hof 's-Hertogenbosch bekrachtigt dat vonnis op 22 februari 2022.¹ Het hof stelt voorop dat een gedraging met zaaksbeschadiging als gevolg pas onrechtmatig is als er sprake is van maatschappelijk onbetamelijk gedrag. Het onderzoekt vervolgens of Multi bij de voorbereiding en uitvoering van de werkzaamheden onzorgvuldig heeft gehandeld. Het hof komt tot de conclusie dat dit niet het geval is. Zo was de gekozen methode voor het plaatsen van de kelder niet onjuist of onveilig, beschikte Multi over de juiste vergunningen en relevante tekeningen, berekeningen, onderzoeken en adviezen, had het bedrijf een bouwveiligheidsplan met een monitoringsplan opgesteld en had het onderzoek gedaan naar de fundering van het naastgelegen winkelpand door de fundering in te meten en door steekproefsgewijs enkele proefsleuven te graven. Daarmee zijn de werkzaamheden volgens het hof voldoende zorgvuldig voorbereid. Verder wijst het hof erop dat Multi meerdere keren heeft geprobeerd contact op te nemen met eiseressen om de werkzaamheden toe te lichten en informatie te krijgen over de fundering en belastbaarheid van het pand. Eiseressen hebben daarop niet gereageerd. Pas later – toen de werkzaamheden al in volle gang waren – hebben eiseressen tekeningen getoond waaruit de status en fundering van het pand bleek. Het hof oordeelt daarom dat het Multi niet te verwijten valt dat het funderingsonderzoek te beperkt was. Ook de uitvoering van de werkzaamheden was volgens het hof niet onzorgvuldig. Zelfs toen bepaalde 'signaal- en actiewaarden' overschreden werden, handelde Multi zorgvuldig door 'in actie te komen, overleg te voeren en te beoordelen of aanpassing van de werkwijze noodzakelijk was'. Dat de werkzaamheden hierna niet definitief stilgelegd werden maakt dat niet anders, aldus het hof. Ook in het contact dat Multi met haar verzekeraar had,

ziet het hof geen reden om aan te nemen dat Multi onzorgvuldig heeft gehandeld. Zodoende acht het hof Multi niet aansprakelijk op grond van artikel 6:162 BW. In het verlengde van dit oordeel is volgens het hof ook niet komen vast te staan dat de opdrachtgever onzorgvuldig heeft gehandeld en jegens eiseressen aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad.

Eiseressen stellen cassatieberoep in tegen het arrest van het hof. Hun klachten richten zich allereerst tegen wat het hof vooropstelt, dat een gedraging met zaaksbeschadiging als gevolg pas onrechtmatig is als er sprake is van maatschappelijk onbetamelijk gedrag. Op dit punt vangen eiseressen bot bij de Hoge Raad. Met hun klachten over de toepassing van de betamelijkheidsnorm hebben ze wel succes: volgens de Hoge Raad kan Multi ook aansprakelijk zijn voor de schade die eiseressen door de bouwwerkzaamheden hebben geleden wanneer zij bij de voorbereiding en uitvoering van de werkzaamheden voldoende maatregelen heeft getroffen ter voorkoming van schade aan derden en de werkzaamheden op zorgvuldige wijze heeft uitgevoerd. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en verwijst het geding voor verdere behandeling en beslissing naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.² Daarmee wijkt de Hoge Raad af van de conclusie van advocaat-generaal Hartlief. Na een zeer uitgebreide en rijke beschouwing van de onrechtmatigheidscategorieën inbreuk op een recht en strijd met de zorgvuldigheidsnorm concludeerde Hartlief tot verwerping van het cassatieberoep.³

Wij spitsen de annotatie toe op de aansprakelijkheid van Multi. De aansprakelijkheid van Multi's opdrachtgever en de vrijwaringszaak tussen Multi en haar opdrachtgever laten wij buiten beschouwing.⁴

3 Inbreuk op een recht en/of strijd met de maatschappelijke betamelijkheid

Inbreuk op een recht in de Afzinkkelder-zaak (1)

Voor een goed begrip van het arrest is het nodig te weten wat eiseressen van Multi hebben gevorderd en wat zij hieraan ten grondslag hebben gelegd. Zij vragen een verklaring voor recht dat Multi jegens hen onrechtmatig heeft gehandeld en vergoeding van de schade die zij als gevolg van dat handelen hebben geleden. Het hof vat de grondslag van deze vorderingen samen:

'[Eiseressen] hebben aan hun vorderingen, kort samengevat, ten grondslag gelegd dat Multi onrechtmatig jegens [hen heeft] gehandeld en aansprakelijk [is] voor de schade die [zij] daardoor hebben geleden en nog zullen lijden. Volgens [eiseressen] zijn tijdens de in opdracht van [de opdrachtgever] door Multi uitgevoerde werkzaamheden in verband met het afzinken van de kelder, verzakkingen en scheurvorming in het pand ontstaan. Dit is veroorzaakt door de door Multi uitgevoerde werkzaamheden, althans doordat Multi haar werkzaamheden onvoldoende zorgvuldig heeft voorbereid en uitgevoerd, en daarom is Multi jegens [eiseressen] aansprakelijk, aldus [eiseressen]' (arrest van het hof, r.o. 2.3.2).

1 Hof 's-Hertogenbosch 22 februari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:525.

2024/105.

2 HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:17, *RvdW*

3 Concl. A-G T. Hartlief 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:378, *RvdW* 2024/105.

4 Zie voor de vrijwaringszaak HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:20, *RvdW* 2024/114.

Achter deze weergave van de grondslag van de vordering gaan twee van de drie in artikel 6:162 lid 2 BW genoemde typen onrechtmatige daad schuil. Ten eerste zou het enkele veroorzaken van schade aan het pand door de bouwwerkzaamheden al een onrechtmatige daad opleveren (inbreuk op een recht). Ten tweede zou de schade zijn ontstaan doordat Multi een zorgvuldigheidsnorm heeft overtreden (strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt).

De eerst geformuleerde onrechtmatige daad kan volgens het hof de vordering niet dragen. Het hof overweegt:

‘dat een gedraging niet reeds onrechtmatig is vanwege het enkele feit dat zaaksbeschadiging zich voordoet en een (voorzienbaar) gevolg is van die gedraging. Vereist is dat de gedragingen die hebben geleid tot de zaaksbeschadiging kunnen worden gekwalificeerd als in strijd met hetgeen volgens maatschappelijk verkeer betaamt’ (arrest van het hof, r.o. 2.6.1).

Tegen deze overweging hebben eiseressen het eerste onderdeel van hun cassatiemiddel gericht. Volgens hen heeft het hof miskend dat zaaksbeschadiging in het algemeen, of in ieder geval in de context van bouwwerkzaamheden, onzorgvuldig en dus onrechtmatig is, omdat daarmee inbreuk wordt gemaakt op het recht op het volle en onaangestaste genot van de eigendom.⁵

De Hoge Raad verwerpt deze klacht:

‘Uit de wetsgeschiedenis van art. 6:162 BW blijkt dat van een inbreuk op een recht als bedoeld in art. 6:162 lid 2 BW niet reeds sprake is op grond van de enkele omstandigheid dat een gedraging letsel of zaaksbeschadiging als voorzienbaar gevolg heeft; een zodanige gedraging is in het algemeen alleen onrechtmatig als zij in strijd was met een norm van geschreven of ongeschreven recht die ertoe strekt letsel of zaaksbeschadiging te voorkomen’ (r.o. 3.1.2).⁶

De klacht en de verwerping ervan raken aan een principiële discussie over de verhouding tussen de drie typen onrechtmatigheid van artikel 6:162 lid 2 BW. De vraag is of (a) een inbreuk op een recht kan volstaan om een onrechtmatige daad aan te nemen, dan wel of (b) daarnaast sprake moet zijn van strijd met een wettelijke plicht of strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.⁷

Inbreuk op een recht als zelfstandige categorie

Op het oog wijst de kernoverweging van het arrest *Lindenbaum / Cohen* de weg. Daarin worden de drie onrechtmatigheidscategorieën uitdrukkelijk naast elkaar gepresenteerd:

‘onder onrechtmatige daad is te verstaan een handelen of nalaten, dat *of* inbreuk maakt op eens anders recht, *of* in strijd is met des daders rechtsplicht *of* indruischt, hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijke verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed’ (ons cursief, AGC & CWD).⁸

In artikel 6:162 lid 2 BW is dezelfde nevenschikking te lezen, zij het dat zij minder uitdrukkelijk is verwoord:

‘Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht *en* een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht *of* met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’ (ons cursief, AGC & CWD).

De toelichting op artikel 6:162 lid 2 BW neemt tot uitgangspunt dat de inbreuk op een recht van toegevoegde waarde is ten opzichte van de twee andere onrechtmatigheidscategorieën, althans ‘zolang de rechtsorde door het toekennen of omschrijven van subjectieve rechten indirect te kennen geeft dat bepaalde handelingen, die een inbreuk op deze rechten opleveren, rechtens verboden zijn’.⁹ Het criterium ziet daarmee niet slechts op ‘het effect van de daad’ maar op de onderliggende norm die wordt geschonden.¹⁰ Verder maakt de toelichting duidelijk dat een gedraging op zichzelf een inbreuk kan opleveren. Dan is ‘behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, de onrechtmatigheid daarmee gegeven en is een nader onderzoek naar een eventuele overtreding van concrete wettelijke plichten of normen van ongeschreven recht overbodig’.¹¹

In de rechtspraak zijn voorbeelden te vinden van gedragingen die op zichzelf een inbreuk opleveren, zoals in de zaak over het gebruik door Ab.Fab van de exclusieve rechten van XS4ALL op een computersysteem (de computercapaciteit, de transmissiecapaciteit en het klantenbestand, tegen de wil van XS4ALL). De Hoge Raad overweegt:

‘Indien iemand zonder daartoe gerechtigd te zijn gebruik maakt van een goed waarop een ander een exclusief recht heeft, en hij daardoor – zoals in de regel het geval zal zijn – inbreuk maakt op dat exclusieve recht, handelt hij onrechtmatig tegenover die rechthebbende, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond’.¹²

En in het kader van de aansprakelijkheid voor onterecht beslag geldt dat:

‘degene die een beslag legt op eigen risico handelt en dat, bijzondere omstandigheden daargelaten, de beslaglegger wiens beslag ten onrechte blijkt te zijn gelegd, aansprakelijk is uit onrechtmatige daad jegens degene op wiens recht het beslag inbreuk heeft gemaakt’.¹³

⁵ Zie het eerste onderdeel van het cassatiemiddel, zoals weergegeven in r.o. 3.1.1.

⁶ De Hoge Raad refereert aan *Parl. Gesch. Boek 6 BW* 1981, p. 614 (Toelichting Meijers).

⁷ Zie voor de discussie over deze vraag onder velen K.J.O. Jansen, art. 6:162 BW, aant. 4.1.3.2 en 4.6.4, in: *GS Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer 2020; S.D. Lindenbergh, in: T. Hartlief e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2021/30; C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenissen uit de wet*, Deventer:

Wolters Kluwer 2023/83; A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (Mon. Privaatrecht 4), Deventer:

Wolters Kluwer 2023, par. 2.15; M.E. Franke, *Over de grens van de onrechtmatige daad* (diss. Leiden; Meijers-reeks 383), Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 323-333, alle met verdere verwijzingen.

⁸ HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, *NJ* 1919, p. 161, m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (*Lindenbaum / Cohen*).

⁹ *Parl. Gesch. Boek 6 BW* 1981, p. 614 (Toelichting Meijers).

¹⁰ *Parl. Gesch. Boek 6 BW* 1981, p. 614, voetnoot 5 (Toelichting Meijers).

¹¹ *Parl. Gesch. Boek 6 BW* 1981, p. 614 (Toelichting Meijers).

¹² HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8483, *NJ* 2009/549, m.nt. P.B. Hugenholtz (*XS4all / Ab.Fab*), r.o. 3.16; zie ook HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7537, *NJ* 2007/270 (*Unocal / Conoco*), r.o. 8.4.2.

¹³ HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6196, *NJ* 2008/92 (*Bruns / Golden Anchor Club*), r.o. 5.4.3, met verwijzing naar HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, *NJ* 1997/366, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger / Bos*).

Er is dus sprake van een inbreuk op het subjectieve recht van de ander, ook als de beslaglegger niet over één nacht ijs is gegaan en ten tijde van het leggen van beslag zorgvuldig handelde. Dat overkwam de Ontvanger van de Belastingen die – zo bleek achteraf – ten onrechte beslag had gelegd op vermogensbestanddelen van Bos:

‘Bij de beoordeling van het middel van de Ontvanger dient te worden vooropgesteld dat het Hof [...] terecht ervan is uitgegaan dat degene die een beslag legt op eigen risico handelt en, bijzondere omstandigheden daargelaten, de door het beslag geleden schade dient te vergoeden, indien het beslag ten onrechte blijkt te zijn gelegd, zulks ook in het geval dat hij, op verdedigbare gronden van het bestaan van zijn vorderingsrecht overtuigd, bij het leggen van het beslag niet lichtvaardig heeft gehandeld [...] Bijzondere omstandigheden daargelaten, is de beslaglegger wiens beslag ten onrechte blijkt te zijn gelegd, aansprakelijk uit onrechtmatige daad jegens degeen op wiens recht het beslag inbreuk heeft gemaakt.’¹⁴

Ten slotte kan een klassiek arrest over hinder aan dit rijtje worden toegevoegd: *Vermeulen / Lekkerkerker*. Daarin overweegt de Hoge Raad over hinder in het algemeen:

‘dat de vraag of de hinder die iemand door de gedragingen van een ander in het genot van de eigendom van een onroerende zaak kan onder vinden, als inbreuk op zijn eigendomsrecht kan worden beschouwd, afhangt van de ernst van die hinder en de omstandigheden waaronder deze plaatsvindt’.¹⁵

Het lijkt er misschien op dat de Hoge Raad in de laatstgenoemde zaak hint op een aanvullende zorgvuldigheidstoets.¹⁶ De zaak zelf leert anders. Vermeulen dempt de Mastwijkerplas met stadsvuilnis. Deze activiteit trekt vogels aan die schade aanrichten aan de nabijgelegen boomgaard van Lekkerkerker, zodanig, dat een lonende exploitatie van de boomgaard onmogelijk is geworden. Het hof acht de door Vermeulen veroorzaakte hinder onrechtmatig. Volgens de Hoge Raad kon het hof tot deze conclusie komen zonder te onderzoeken:

‘of partij Vermeulen daardoor in strijd heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die haar in het maatschappelijk verkeer ten aanzien van de boomgaard van partij Lekkerkerker betaamde;

dat toch, ook indien partij Vermeulen [een voorwaarde uit de Hinderwetvergunning] niet heeft overtreden en zij bij het dempen van de plas niet anders te werk heeft kunnen gaan dan zij heeft gedaan, en

indien, zoals partij Vermeulen had gesteld, bij dat werk het aanwezig zijn van vogels in grote getale onvermijdelijk is en niet kan worden voorkomen, het Hof heeft kunnen oordelen dat partij Vermeulen er in de gegeven omstandigheden een verwijt van kan worden gemaakt dat zij [...] zich van de activiteiten welke deze [vogelplaag] – volgens partij Vermeulen zelf noodzakelijk – veroorzaakten, niet heeft onthouden’.

In deze gevallen is, in lijn met de toelichting, geen aanvullend onderzoek naar schending van geschreven of ongeschreven recht nodig geacht.¹⁷

Een zorgvuldigheidstoets bij de inbreuk op een recht

Toch kan een aanvullend onderzoek naar schending van geschreven of ongeschreven recht niet altijd achterwege blijven. Denk aan het geval waarin de inbreukmaker een beroep doet op een eigen recht of bevoegdheid, of waarin andere belangen dan die van de rechthebbende erom vragen in de beoordeling te worden betrokken. Zo volgt uit de zaak *Breda / Nijs* dat een eigenaar soms, tegen zijn wil, gebruik van zijn eigendom door een ander moet dulden. De gemeente Breda levert energie aan een kraakpand, waarvan Nijs de eigenaar was. De vraag is of het enkele gebruik door de gemeente van de aan Nijs toebehorende leidingen tegen diens wil al een onrechtmatige daad van de gemeente jegens Nijs oplevert. De Hoge Raad oordeelt van niet:

‘Niet elk gebruik [...] dat een ander tegen de wil van de eigenaar van diens zaak maakt, kan als een inbreuk op diens eigendomsrecht worden beschouwd. Of het onderhavige gebruik van de voormelde leidingen door de gemeente een zodanige inbreuk opleverde, kan niet worden beoordeeld los van de vraag of de gemeente door de voortzetting van de voormelde levering jegens Nijs onzorgvuldig handelde.’¹⁸

Zo heeft binnen het inbreukcriterium een zorgvuldigheidstoets plaats aan de hand van alle omstandigheden van het geval.

Een zorgvuldigheidstoets bij de rechtvaardigingsgrond

Verder kan een zorgvuldigheidstoets nodig zijn wanneer sprake is van een inbreuk op een recht, maar deze inbreuk mogelijk gerechtvaardigd is. Dat was bijvoorbeeld het geval toen een verzekeraar de gezondheidsklachten van een verzekerde onderzocht door hem buiten zijn weten te fotograferen en filmen. De Hoge Raad stelde voorop dat een

14 HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, *NJ* 1997/366, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger / Bos*), r.o. 4.2; nader HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6196, *NJ* 2008/92 (*Bruns / Golden Anchor Club*), r.o. 5.4.3.

15 HR 10 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AC1311, *NJ* 1972/28, m.nt. G.J. Scholten (*Vermeulen / Lekkerkerker*).

16 Die suggestie is nog sterker in HR 15 februari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0150, *NJ* 1992/639, m.nt. C.J.H. Brunner (*Aalscholvers*), waarin de Hoge Raad aan het criterium toevoegt: dat daarbij onder meer moet worden rekening gehouden met het gewicht van de belangen die door de hinder toebrengende activiteit worden gediend, en de mogelijkheid, mede gelet op de daaraan verbonden kosten, en de bereidheid om maatregelen ter

voorkoming van schade te nemen (r.o. 4.6). Het blijft hierbij overigens in het midden in welke onrechtmatigheidscategorie de belangenafweging plaats heeft; in de conclusie van A-G Mok (onder 4.4.2) wordt een parallel met *Vermeulen / Lekkerkerker* getrokken, maar uit HR 18 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2704, *NJ* 1999/69, m.nt. A.R. Bloembergen (*Bijenspat II*) zouden we volgens Bloembergen – met verwijzing naar het mede door hemzelf gewezen arrest HR 3 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0235, *NJ* 1991/476 (*overwaaiende onkruidzaden*) – kunnen afleiden dat de kwestie voor de praktijk niet belangrijk wordt geacht. Volgens Asser/Sieburgh 6-IV 2023/49 verdient het de voorkeur hinder in de sleutel van de zorgvuldigheidsnorm te plaatsen en in deze gevallen niet van rechtsinbreuk te

spreken.

17 Asser/Sieburgh 6-IV 2023/47 en 52 betoogt dat de categorie inbreuk op een recht zou moeten worden beperkt tot gevallen waarin sprake is van gedragingen die op zichzelf, ongeacht de schadelijke gevolgen, inbreuk maken op een subjectief recht. Vgl. C.J.H. Brunner in zijn noten onder HR 25 september 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4237, *NJ* 1982/315 (*Breda / Nijs*), onder 1 en HR 9 december 1994, *NJ* 1996/403 (*zwiepende tak*), onder 2. Zie hierover S.D. Lindenbergh, in: Hartlief e.a. 2021/29; K.J.O. Jansen, art. 6:162 BW, aant. 4.6.5, in: *GS Onrechtmatige daad* 2020.

18 HR 25 september 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4237, *NJ* 1982/315, m.nt. C.J.H. Brunner (*Breda / Nijs*), r.o. 2.

inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in beginsel een onrechtmatige daad oplevert, maar voegde daaraan toe:

‘De aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond kan aan een inbreuk het onrechtmatige karakter ontnemen. Of zulk een rechtvaardigingsgrond zich voordoet, kan slechts worden beoordeeld in het licht van de omstandigheden van het geval door tegen elkaar af te wegen enerzijds de ernst van de inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en anderzijds de belangen die met de inbreuk makende handelingen redelijkerwijs kunnen worden gediend.’¹⁹

Wanneer sprake is van een inbreuk op een recht, zal dus soms nog ruimte zijn voor een nadere belangenafweging aan de hand van normen van ongeschreven recht bij de vraag of de inbreuk gerechtvaardigd was.²⁰

Inbreuk op een recht en zorgvuldigheid

Al met al rijst de vraag of (a) een zaak kan of moet worden afgedaan op de enkele aantasting van een subjectief recht, dan wel (b) of de zorgvuldigheid van het gedrag van de aangesproken persoon moet worden beoordeeld. In het laatste geval rijst een vervolgvraag, of de zorgvuldigheid kan of moet worden beoordeeld (b1) in het kader van de inbreuk op een recht, zoals het geval lijkt te zijn in *Breda / Nijss*, dan wel (b2) in het kader van de rechtvaardigingsgrond, dan wel (b3) in het kader van de derde onrechtmatigheidscategorie, strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

Achter de indeling gaat een verschil in stelplicht en bewijslast schuil. Bij geval (a) en (b2) zal de benadeelde slechts hoeven te stellen dat hij beschikt over een subjectief recht en dat het handelen van zijn wederpartij daarop inbreuk maakt. Dat brengt een sterkere bewijspositie met zich dan wanneer hij aan de hand van alle omstandigheden van het geval zou moeten aantonen dat het handelen van de inbreukmaker onzorgvuldig is.²¹ In geval (b2) is het vervolgens aan de inbreukmaker om aan te tonen dat de inbreuk gerechtvaardigd was door te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat zijn handelen zorgvuldig was. De verdeling van stelplicht en bewijslast is anders bij de categorieën (b1) en (b3). Daar zal de benadeelde immers per definitie moeten stellen, en zo nodig bewijzen, dat het handelen van de aangesproken persoon onzorgvuldig is.

Een afbakening zou kunnen worden gezocht in een materieelrechtelijk criterium, op grond waarvan partijen en rechters de keuze maken tussen de gevalstypen (a), (b1), (b2) en (b3). Maar het is lastig een sluitend criterium te formuleren. Dat heeft er niet alleen mee te maken dat de categorieën inbreuk op een recht en strijd met de zorgvuldigheidsnorm elkaar onderling beïnvloeden.²² De beoordeling van gedragingen die op het eerste gezicht rechtstreeks inbreukmakend lijken, vergt soms toch een

zorgvuldigheidstoets, terwijl de aanwezigheid van een subjectief recht een relevante omstandigheid kan zijn bij het beoordelen van de zorgvuldigheid die in een concreet geval moet worden betracht. Bovendien moet er rekening mee worden gehouden dat het criterium niet dwingend is. Als blijkt dat er sprake kan zijn van een inbreuk op een subjectief recht, zal de benadeelde er immers voor kunnen en mogen kiezen zijn vordering ook of in plaats daarvan te gronden in de schending van een zorgvuldigheidsnorm.

In veel gevallen zal het afhangen van hoe partijen hun vordering en verweer hebben gepresenteerd. Wanneer de benadeelde de vordering enkel baseert op schending van de zorgvuldigheidsnorm zal de rechter zich niet hoeven te buigen over een al dan niet gerechtvaardigde inbreuk op een recht. En wanneer een op de inbreuk gericht verweer achterwege blijft, zal de rechter eerder kunnen oordelen dat het geval valt onder type (a) dan wanneer een uitgebreid verweer wordt gevoerd dat schreeuwt om een nadere belangenafweging. Een materieelrechtelijke benadering blijft in sommige gevallen evenwel onafwendbaar, waar de aard van het geschonden subjectieve recht (*XS4ALL / Ab.Fab*) of de context (onterecht beslag, hinder) kunnen meebrengen dat een op een zorgvuldigheidsnorm gebaseerd verweer niet relevant is en de zaak zal kunnen worden beoordeeld als een inbreuk op een recht.

Inbreuk op een recht in de Afzinkkelder-zaak (2)

Terug naar de overweging uit het *Afzinkkelder*-arrest. Volgens de Hoge Raad levert de enkele omstandigheid dat een gedraging letsel of zaaksbeschadiging als voorzienbaar gevolg heeft nog geen inbreuk op een recht op. Een zodanige gedraging is in het algemeen alleen onrechtmatig als zij in strijd was met een norm van geschreven of ongeschreven recht die ertoe strekt letsel of zaaksbeschadiging te voorkomen, zo spreekt de Hoge Raad de toelichting op artikel 6:162 lid 2 BW na.

De overweging houdt niet in dat naast inbreuk op een recht *steeds* sprake moet zijn van strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Dat zou haaks staan op de wetsgeschiedenis, die juist tot uitgangspunt neemt dat een gedraging zélf inbreukmakend kan zijn, zodat geen nader onderzoek naar de strijdigheid met geschreven of ongeschreven recht hoeft te worden verricht, als ook met de hiervoor besproken jurisprudentie waarin zulk onderzoek achterwege bleef. De overweging is uitdrukkelijk toegespitst op gedragingen met letsel of zaaksbeschadiging als voorzienbaar gevolg. Daarmee blijft zij niet alleen in de pas met de wetsgeschiedenis, maar ook met de in de literatuur heersende opvatting dat het toebrengen van letsel- of zaakschade niet voldoende is om inbreuk op een subjectief recht aan te nemen.²³

19 HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9609, NJ 2003/589, m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 3.5.2; HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, NJ 2015/20, m.nt. M.M. Mendel & H.B. Krans (*Achmea / Rijnberg*), r.o. 5.2.1.

20 Vgl. S.D. Lindenberg, in: Hartlief e.a. 2021/26.

21 S.D. Lindenberg, in: Hartlief e.a. 2021/31; K.J.O.

Jansen, art. 6:162 BW, aant. 4.1.4, in: *GS Onrechtmatige daad* 2020; Asser/Sieburgh 6-IV 2023/54.

22 J.H. Nieuwenhuis, *Onrechtmatige daden*, Deventer: Kluwer 2008, p. 20, ziet de twee categorieën als communicerende vaten.

23 In dezelfde zin: K.J.O. Jansen, ‘Het enigma van de Afzinkkelder: subjectieve rechten als bron van

aansprakelijkheid’, *NTBR* 2024/6. Zie verder over de inbreuk op een recht bij letsel- en zaakschade bijv.: K.J.O. Jansen, art. 6:162 BW, aant. 4.7.1 en 4.7.4, in: *GS Onrechtmatige daad* 2020; Asser/Sieburgh 6-IV 2023/47 en 52; Verheij 2023, par. 2.15.

Zo gezien komt het arrest op dit punt niet uit de lucht vallen. Toch was het denkbaar dat de Hoge Raad op dit punt anders had geoordeeld. Dat heeft te maken met het in de wetsgeschiedenis geformuleerde en door de Hoge Raad herhaalde uitgangspunt. Gedragingen met letsel of zaaksbeschadiging als voorzienbaar gevolg zijn *in het algemeen* pas onrechtmatig bij strijdigheid met geschreven of ongeschreven recht. Ons inziens had de Hoge Raad in deze zaak af kunnen wijken van dit uitgangspunt. Wij komen daarop in paragraaf 7 terug.

Tot slot merken wij op dat de Hoge Raad, net als de wetsgeschiedenis, in het midden laat of de toets aan geschreven of ongeschreven recht onderdeel is van de onrechtmatigheidscategorie inbreuk op een recht. Toegespitst op de zorgvuldigheidstoets is de vraag of deze moet plaatsvinden in het kader van de inbreuk op een recht (b1) of in het kader van de onrechtmatigheidscategorie strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (b3). Het belang hiervan kan worden gerelativeerd. De stelplicht en bewijslast van het onzorgvuldig handelen rusten in zowel (b1) als (b3) op de benadeelde. Belangrijk is ook dat de beschermwaardigheid van het aangetaste subjectieve recht als gezichtspunt mag meewegen binnen beide onrechtmatigheidscategorieën.²⁴ In de volgende paragraaf richten wij ons op de invulling van de zorgvuldigheidstoets.

4 De (overkoepelende) zorgvuldigheidsnorm

Welk lot treft het tweede type onrechtmatige daad dat eiseressen aan hun vorderingen ten grondslag hebben gelegd? Volgens hen heeft Multi haar werkzaamheden onvoldoende zorgvuldig voorbereid en uitgevoerd, en is Multi daarom jegens eiseressen aansprakelijk. Het hof heeft ook deze grondslag onvoldoende geoordeeld. Volgens het hof handelde Multi zorgvuldig bij de voorbereiding en uitvoering van de werkzaamheden. Eiseressen kunnen haar dus niet aansprakelijk stellen en de schade blijft voor hun risico. Samengevat door de Hoge Raad komt het oordeel van het hof erop neer ‘dat Multi bij de voorbereiding en uitvoering van de bouwwerkzaamheden niet in strijd heeft gehandeld met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’ (r.o. 3.2.1).

Het tweede onderdeel van het cassatiemiddel is hiertegen gericht, in de woorden van de Hoge Raad:

‘De onderdelen 2.1, 2.2 en 2.4 klagen in de kern dat het hof heeft miskend dat Multi bij de uitvoering van bouwwerkzaamheden dient te voorkomen dat aan eigendommen van derden schade ontstaat. Deze (overkoepelende) zorgvuldigheidsverplichting brengt volgens de onderdelen mee dat wanneer bij de bouwwerkzaamheden van Multi, ondanks een zorgvuldige voorbereiding en uitvoering van die werkzaamheden, toch schade ontstaat aan de eigendommen van derden, Multi voor die schade aansprakelijk is’ (r.o. 3.2.1).

De term ‘deze (overkoepelende) zorgvuldigheidsverplichting’ is meerduidelijk. Zij lijkt te verwijzen naar een door de cassatieklacht bepleite norm, die inhoudt dat moet worden voorkomen dat aan eigendommen van derden schade wordt toegebracht, en die de normen voor het zorgvuldig voorbereiden en zorgvuldig uitvoeren van de werkzaamheden overkoepelt. Maar zij roept ook de associatie op met een overkoepelende zorgvuldigheidsnorm die van toepassing is bij alle vormen van onrechtmatig handelen, waaronder de inbreuk op een recht en schending van een wettelijke plicht.²⁵ Tegelijkertijd moeten wij er rekening mee houden dat er geen betekenis behoeft te worden toegedacht aan het woord ‘overkoepelend’, nu de Hoge Raad (en niet de eiseressen) dat tussen haakjes heeft geplaatst. In welke lezing ook, de klacht over de zorgvuldigheidsnorm kan zowel in de sleutel van de inbreuk op een recht (b1) als de strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt (b3) worden geplaatst.

Met deze klacht vinden eiseressen gehoor bij de Hoge Raad:

‘Uit hetgeen het hof [...] heeft vastgesteld [...] volgt dat aan de bouwwerkzaamheden van Multi een aanmerkelijk risico verbonden was dat aan het pand van [eiseres 1] schade zou worden toegebracht, ook indien maatregelen ter voorkoming van schade werden getroffen en de werkzaamheden zorgvuldig werden uitgevoerd. Waar dit risico zich vervolgens heeft verwezenlijkt, kan niet zonder meer worden aangenomen dat [eiseressen] de daardoor veroorzaakte schade dienen te dragen. Hierbij is van belang dat de werkzaamheden in het belang van (de opdrachtgever van) Multi werden uitgevoerd en voor [eiseressen] geen voordeel opleverden, dat de schade van [eiseressen] niet zonder meer behoort tot hetgeen door een derde in het maatschappelijk verkeer moet worden geduld bij bouwwerkzaamheden van een ander, en dat het veeleer op de weg van Multi lag om zich tegen aansprakelijkheid voor het toebrengen van schade aan derden te verzekeren. Het uitvoeren van deze werkzaamheden door Multi met schade aan het pand van [eiseres 1] tot gevolg, kan daarom een onrechtmatige daad opleveren die verplicht tot vergoeding van de schade die daarvan het gevolg is’ (r.o. 3.2.2).

De slotsom luidt:

‘De onderdelen slagen dan ook voor zover zij klagen dat het hof heeft miskend dat ook wanneer Multi bij de voorbereiding en uitvoering van de bouwwerkzaamheden voldoende maatregelen heeft getroffen ter voorkoming van schade aan zaken van derden en de werkzaamheden op zorgvuldige wijze heeft uitgevoerd, zij aansprakelijk kan zijn voor de schade die [eiseressen] door de bouwwerkzaamheden hebben geleden’ (r.o. 3.2.3).²⁶

Zo lijkt de Hoge Raad te zeggen dat er geen sprake is van schending van een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm, maar dat tegelijkertijd toch sprake kan zijn van een onrechtmatige gedraging aan de zijde van Multi.²⁷ Het kan ook zijn dat de Hoge Raad een ‘overkoepelende’ zorg-

24 S.D. Lindenbergh, in: Hartlief e.a. 2021/35; K.J.O. Jansen, art. 6:162 BW, aant. 4.1.5, in: *GS Onrechtmatige daad* 2020.

25 Zie in deze zin Franke 2022, p. 325. Zij wijst erop dat het criterium daarnaast ook overkoepelend is in de zin dat het de positie van zowel de veroorzaker als de benadeelde in de beoordeling betreft.

26 Ook het oordeel van het hof dat de opdrachtgever niet aansprakelijk was jegens eiseressen, kan niet in stand blijven, omdat het voortbouwt op het oordeel dat Multi niet aansprakelijk was jegens hen; zie r.o. 3.3.

27 Aldus P.J.B. van Deurzen & D. Britsemmer in hun noot onder het arrest, *JIN* 2014/29. Zie

ook A.Ch.H. Franken, ‘Schadevergoeding bij rechtmatig handelen via art. 6:162 BW’, *AV&S* 2024/7, afl. 2, p. 30-39, die het arrest plaatst in de sleutel van schadevergoeding bij rechtmatig handelen.

vuldigheidsnorm introduceert die is losgezongen van de door de aannemer te betrachten zorgvuldigheid. Bij nader inzien is een andere uitleg mogelijk.

De Hoge Raad laat zich namelijk niet uit over de onrechtmatigheid van het gedrag van Multi.²⁸ 's Hofs beoordeling was gefocust op een tweetal facetten van het gedrag van Multi: het zorgvuldig voorbereiden en het zorgvuldig uitvoeren van de bouwwerkzaamheden. Op de beoordeling van die twee facetten is klaarblijkelijk weinig aan te merken, want de Hoge Raad wijst de klachten van eiseressen over de door het hof gehanteerde zorgvuldigheidsmaatstaven af (onderdeel 2.3 van het cassatiemiddel en de twee onderdelen 2.5). Wat de Hoge Raad het hof aanrekent, is dat in zijn redenering bepaalde omstandigheden onderbelicht zijn gebleven: Multi heeft bouwwerkzaamheden verricht waaraan 'een aanmerkelijk risico verbonden was', zij heeft dit ten eigen nutte gedaan, terwijl de werkzaamheden voor eiseressen geen voordeel opleverden, de daardoor ontstane schade niet zonder meer behoeft te worden geduld, en het veeleer op de weg van Multi lag zich tegen de eventuele nadelige gevolgen te verzekeren.

Men kan zich afvragen hoe de zorgplicht met het oog op deze omstandigheden zou kunnen worden ingevuld. Wij zien twee mogelijkheden. In de eerste blijft centraal staan of Multi anders had kunnen en moeten handelen. De vraag is dan of Multi voldoende zorgvuldigheid heeft betracht *naast* hetgeen in deze procedure onder de zorgvuldige voorbereiding en uitvoering van de bouwwerkzaamheden is verstaan. Zo is denkbaar dat bij zeer risicovolle werkzaamheden een plicht kan ontstaan voorzieningen te treffen met het oog op de eventuele negatieve effecten van het handelen en deze voorzieningen in te zetten als de negatieve effecten zich manifesteren. Deze verplichting zou kunnen zien op het onderzoek naar de schadelijke gevolgen, het redresseren ervan en het faciliteren van een vlotte afhandeling. Zo bezien gaat het niet slechts om voorzorg, maar ook om een zekere nazorg.²⁹ Voor het oordeel over de onrechtmatigheid is dan bijvoorbeeld relevant of een aannemer met zijn armen over elkaar blijft zitten nadat de schade is ingetreden. Een dergelijke invulling doet denken aan het *Aalscholvers*-arrest, waarin de benadeelde naar een oplossing voor door de Staat veroorzaakte hinder heeft gezocht en daarin veel tijd, energie en geld heeft gestoken. Het hof verwijt de Staat dat hij financieel niets heeft willen bijdragen en zich tijdens het onderzoek zelfs heeft teruggetrokken. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand, met de overweging dat de onrechtmatigheid van hinder mede afhankelijk is van de mogelijkheid, mede gelet op de daaraan verbonden kosten, en de bereidheid om maatregelen ter voorkoming van schade te nemen.³⁰ 'Ter voorkoming' suggereert dat de omstandigheid zich voordoet vóór het manifesteren

van de hinder. Maar in het *Aalscholvers*-arrest gaat het in feite om het adresseren van voortdurende schade en dus deels om nazorg.

De tweede mogelijkheid die wij zien legt de nadruk op de bescherming van het subjectieve recht van eiseressen.³¹ Zoals gezegd, kan de te betrachten zorgvuldigheid worden beïnvloed door de aanwezigheid van het subjectieve recht. Een aantasting van het voorwerp van het subjectieve recht, hier: het pand, zal sneller leiden tot het oordeel dat de gedraging onzorgvuldig is, ook als die gedraging niet zelfstandig een inbreuk op een recht oplevert.³² In zaken als deze, over bouwwerkzaamheden waaraan een aanmerkelijk risico verbonden is, kan bescherming tegen aantasting van het eigendomsrecht van de burens aangewezen zijn. In de woorden van Kasper Jansen:

'Wat de Hoge Raad volgens mij heeft willen of had moeten zeggen in r.o. 3.2.2, is dat sommige risicovolle activiteiten, ook als zij zorgvuldig zijn voorbereid en uitgevoerd, een zodanige bedreiging kunnen vormen van (het voorwerp van) andermans subjectieve rechten, dat zij juist om die reden – of althans mede om die reden – als maatschappelijk onbetamelijk hebben te gelden.'

Wij denken dat het oordeel van de Hoge Raad aan overtuigingskracht had gewonnen als de bescherming van het subjectieve recht nadrukkelijker op de voorgrond was geplaatst. Dat had beter kunnen verklaren waarom op zich zorgvuldige werkzaamheden van de aannemer die hebben geleid tot aantasting van het eigendomsrecht – in het licht van de drie genoemde gezichtspunten – toch onrechtmatig kunnen zijn. Ons inziens had de Hoge Raad zelfs een stap verder mogen gaan door aan te nemen dat dergelijke bouwactiviteiten op zichzelf inbreuk kunnen maken op een recht. Wij werken dat verder uit in paragraaf 7.

5 Schadevergoedingsplicht als zorgvuldigheid?

De verwijzing naar Van Gastel/Van den Heuvel

Bij de kernoverweging die in paragraaf 4 is besproken, plaatst de Hoge Raad een noot: 'Vgl. HR 3 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5569, rov. 3'. De zaak waaraan de Hoge Raad refereert, *Van Gastel/Van den Heuvel*, draait om een schutting die door een projectontwikkelaar was geplaatst om een bouwput af te schermen. Van den Heuvel stelt omzetschade te hebben geleden doordat zijn winkel door de schutting minder goed zichtbaar was voor het winkelend publiek. In die zaak oordeelt het hof dat het plaatsen van de schutting niet onrechtmatig was. De schutting was nodig voor beveiliging van het publiek en de aanwezige bouwwerktuigen. Niettemin overweegt het hof dat de projectontwikkelaar onrechtmatig handelde door te weigeren Van den Heuvels eventuele omzetschade te vergoeden. De Hoge Raad is niet gecharmeerd van deze

28 Vgl. F.J. Berkelder in de noot onder het arrest in *JIN* 2024/30, onder 5.2.5.

29 Vgl. Franken 2022, par. 4.3.2 en verder onder meer p. 235, zij het dat Franken een dergelijke verhoogde zorgplicht ziet als een vorm van risico-

toerekening via de zorgvuldigheid.

30 HR 15 februari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0150, *NJ* 1992/639, m.nt. C.J.H. Brunner (*Aalscholvers*), r.o. 4.6; zie voor het hof r.o. 25 van zijn eindarrest.

31 Zie ook Jansen 2024, p. 41-45.

32 Jansen spreekt van de 'nevenwerking' van subjectieve rechten; K.J.O. Jansen, art. 6:162 BW, aant. 4.1.5, in: *GS Onrechtmatige daad* 2020; Jansen 2024, p. 44.

benadering, waarin de onrechtmatigheid wordt gezocht in het niet vergoeden van geleden schade. Het hof noemt weliswaar ook als omstandigheid dat de aannemer ‘met de bouw welke de schutting nodig maakte haar eigen belang diende’, maar de Hoge Raad acht dat onvoldoende om een onrechtmatige daad aan te nemen. Volgens de Hoge Raad is denkbaar dat bouwwerkzaamheden enerzijds op zodanige wijze kunnen plaatsvinden of kunnen leiden tot een zodanige omzetschade voor naburige winkelbedrijven dat zij een onrechtmatige daad opleveren die tot schadevergoeding verplicht, maar dat deze werkzaamheden anderzijds wegens het zwaarwegend belang dat normale bouwactiviteiten niet onnodig worden belemmerd, niet door de rechter kunnen worden verboden. Vereist is dan wel dat degene voor wiens rekening die activiteiten worden ondernomen, die schade voor zijn rekening neemt. Het oordeel van het hof is volgens de Hoge Raad ‘niet op feiten van deze aard gegrond’ en daarom vernietigt hij de beslissing van het hof.³³

De Hoge Raad laat in *Van Gastel/Van den Heuvel* in het midden waaruit de onrechtmatigheid aan de kant van de aannemer kon bestaan.³⁴ Volgens annotator Van der Grinten blijft het ‘in het duister’ wanneer er sprake is van onrechtmatigheid. Hij stelde dat de omheining van een bouwplaats met een schutting in de regel niet onrechtmatig is tegenover omwonenden. Wel kon de omheining van de bouwplaats onrechtmatig zijn indien deze ‘op voor de omwonenden nodeloos hinderlijke wijze is aangebracht’ of ‘de bouwtijd veel langer duurt dan redelijkerwijs voor het bouwen nodig is’.³⁵ Wij denken dat het *Afzinkkelder*-arrest aanwijzingen bevat voor de verdere invulling van de onrechtmatige daad van de aannemer: de zorgplicht van de aannemer zou verder kunnen reiken dan de voorbereiding en uitvoering van de bouwwerkzaamheden, terwijl voorts het belang van het subjectieve recht van de burens meer nadruk verdient (zie paragraaf 4). Beide mogelijkheden hangen samen met het risico dat de aannemer neemt, de verzekeraarbaarheid ervan, de verwezenlijking van het risico en, wat in *Van Gastel/Van den Heuvel* op zichzelf beschouwd nog onvoldoende werd geacht, dat de werkzaamheden in het belang van (de opdrachtgever van) de aannemer werden uitgevoerd en voor de benadeelden geen voordeel opleverden.³⁶

Te dulden onrechtmatig gedrag

De vraag rijst waarom de Hoge Raad zijn overwegingen in het *Afzinkkelder*-arrest heeft willen vergelijken met *Van Gastel/Van den Heuvel*. Hij lijkt te zeggen dat de onrechtmatigheid van Multi's gedrag niet slechts moet worden gezocht in het niet vergoeden van de schade van eiseressen, en dat evenmin mag worden aangenomen dat Multi's gedrag afgezien van het niet vergoeden van de schade overigens rechtmatig is.

De gedachte dat het niet vergoeden van de schade beslissend is voor het onrechtmatigheidsoordeel is gerezen naar aanleiding van twee arresten van de Hoge Raad uit 1943 en 1944. Het eerste geval betreft de gemeente Tilburg die chemisch gezuiverd rioolwater loost in de rivier de Voorste Stroom. Het water blijkt toch nog verontreinigd te zijn. Daardoor lijdt slager Van Oss schade. Het hof oordeelt dat door toedoen van de gemeente het genot van de bewoning van de panden in de omgeving van het vervuilde water wordt verminderd en de panden zelf zijn beschadigd. De gemeente maakt daarmee ‘een ongeoorloofde inbreuk op den eigendom dier panden’ en pleegt dus een onrechtmatige daad. Het hof verwerpt het verweer van de gemeente dat zij niet anders kan handelen dan zij doet, omdat zij naar eigen zeggen de keuze had tussen een meer en minder effectieve reinigingsmethode en om budgettaire redenen had gekozen voor de laatste, goedkopere, hoewel bij voorbaat vaststond dat door deze methode het water niet volledig werd gereinigd, en slechts opheffing van de te veroorzaken overlast in het vooruitzicht werd gesteld. Het arrest houdt stand in cassatie. Daarbij overweegt de Hoge Raad onder meer:

‘dat de Gemeente dusdoende een gedragslijn volgde, welke wel is waar van uit het oogpunt der door haar te behartigen gemeentebelangen volkomen gerechtvaardigd en zelfs geboden kon zijn, doch waarvan tegenover den eigenaar van een bedreigd perceel de eventuele nadelige gevolgen, die daaruit voor dezen mochten voortvloeien, voor haar rekening behooren te komen’.³⁷

Het tweede geval draait om de gemeente Den Haag die water wint in de duinen ten noorden van Den Haag en daarbij water onttrekt aan het land van Jochems. Laatstgenoemde is genoodzaakt maatregelen te treffen om het waterpeil op orde te houden. De gemeente is volgens de rechtbank aansprakelijk voor Jochems' schade, omdat er sprake is van een onrechtmatige daad. Ook al behartigt de gemeente een ‘zeer prijzenswaardig doel’, zij moet de schadelijke effecten van haar handelen van meet af aan hebben kunnen voorzien en zij had kunnen kiezen voor een alternatief, zoals waterwinning elders of onteigening. De uitspraak houdt stand bij het hof. Het arrest blijft op zijn beurt overeind in cassatie. De Hoge Raad overweegt daarbij dat:

‘dat de Gemeente [...] aldus een gedragslijn heeft gevolgd, welke weliswaar vanuit het oogpunt der gemeentelijke belangen volkomen gerechtvaardigd of zelfs geboden kon zijn, doch waarvan zij tegenover de eigenaren der bedreigde percelen eventuele nadelige gevolgen, die daaruit voor deze mochten voortvloeien, voor hare rekening behoorde te nemen’.³⁸

In beide zaken is het handelen van de gemeente dus onrechtmatig geoordeeld, onafhankelijk van de vraag of de gemeente de schade van de benadeelde had vergoed.

33 HR 3 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5569, *NJ* 1987/703, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Van Gastel q.q./Van den Heuvel*), r.o. 3.

34 Vgl. de noot van W.C.L. van der Grinten, *NJ* 1987/703, onder 3.

35 Van der Grinten, *NJ* 1987/703, onder 3.

36 Over het voordeel als relevante omstandigheid: HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0482, *NJ* 1989/729, m.nt. C.J.H. Brunner (*Circus Mulens*), r.o. 3.3, waarover Franke 2022, p. 275-276.

37 HR 19 maart 1943, *NJ* 1943/312 (*Voorste Stroom VI*).

38 HR 18 februari 1944, *NJ* 1944/226 (*Haagse Waterleiding*).

De twee citaten hebben echter, los beschouwd van de tevergeefs bestreden uitspraken van de feitenrechters, aanleiding gegeven tot de gedachte dat het verrichten van een handeling onbetamelijk kan worden geacht, omdat de handelende partij niet bereid of in staat is de eventuele schade te vergoeden. Die gedachte stuitte destijds op logische en dogmatische bezwaren. ‘Dus de gerechtvaardigde of zelfs geboden handeling is tegelijk in strijd met de zorgvuldigheid, de rechtmatige tegelijk onrechtmatig’, schreef Paul Scholten.³⁹ In de woorden van Rudolf Jan Polak: ‘gij moet de schade vergoeden omdat gij de schade niet hebt vergoed’.⁴⁰ Jan Drion trachtte evenwel de gedachte te plaatsen in het systeem van de wet, door het niet-vergoeden van de schade te zien als onderdeel van de handeling, terwijl de zorgvuldigheidsnorm ook ziet op dit onderdeel van het gedrag.⁴¹ Bregstein nam de onrechtmatigheid van het gedrag als uitgangspunt en stelde voor de bereidheid om de schade te vergoeden aan te merken als een ‘rechtvaardigingsgrond in wording’ voor het gedrag. De rechtvaardigingsgrond wordt ‘volledig’ door het betalen van de schadevergoeding en daarmee verliest het gedrag zijn onrechtmatig karakter. Zo kan een verbodsactie als het ware worden ‘afgekocht’.⁴²

De laatste suggestie, van het afkopen van de verbodsactie, raakte de kern van de discussie destijds. Enerzijds is sprake van gedrag waarmee zwaarwegende maatschappelijke belangen zijn gemoeid en dat daarom zou moeten worden geduld. Anderzijds bestaat aanleiding de aan dat gedrag verbonden nadelen te compenseren. Voor het eerste is nodig dat het gedrag als rechtmatig wordt bestempeld, voor het tweede moet juist sprake zijn van een onrechtmatige daad. Dit dilemma komt scherper in beeld in een andere, latere zaak over de afvalwaterlozing in de Voorste Stroom, met als inzet een verbod van de afvalwaterlozingen. Rechtbank en hof wijzen het gevraagde verbod toe, ongetwijfeld onder de indruk van de beschrijving van de gruwelijke stank die het dagelijkse leven van eiser Van Roessel beheerst. Het cassatieberoep van de gemeente wordt verworpen. Uit de uitspraak van de Hoge Raad wordt wel afgeleid dat de Hoge Raad het voor mogelijk hield dat het aanbieden van schadevergoeding vooraf de onrechtmatigheid van het handelen kan doen wegnemen.⁴³

Uiteindelijk heeft de wetgever het dilemma opgelost met de invoering van artikel 6:168 lid 1 BW. Die bepaling luidt:

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

Vooruitlopend op de inwerkingtreding van artikel 6:168 BW heeft de Hoge Raad in *Van Gastel / Van den Heuvel* voor het eerst uitdrukkelijk afstand kunnen nemen van de constructie waarin het handelen zelf rechtmatig is, maar het niet vergoeden van de schadevergoeding onrechtmatig. Uit het arrest valt af te leiden dat de onrechtmatigheid niet slechts mag worden gezocht in het niet-aanbieden van schadevergoeding. Daarnaast wordt in *Van Gastel / Van den Heuvel* en in artikel 6:168 BW afgerekend met de visie dat onrechtmatig handelen gerechtvaardigd en dus rechtmatig wordt door het aanbieden van schadevergoeding; het handelen blijft onrechtmatig.

Wat betekent dit voor bouwwerkzaamheden? Het is waarschijnlijk dat bouwwerkzaamheden in beginsel niet vooraf verboden kunnen worden als de aannemer aan nemelijk maakt dat de voorbereiding en uitvoering van de werkzaamheden zorgvuldig zal zijn. Zelfs als bouwwerkzaamheden op basis van het oordeel in de *Afzinkkelder*-zaak zouden kwalificeren als onrechtmatig, kan een verbodsvordering worden afgewezen op grond van artikel 6:168 lid 1 BW.⁴⁴ Er is namelijk een zwaarwegend belang gemoeid met het kunnen uitvoeren van bouwwerkzaamheden.⁴⁵ Niet alleen vervullen gebouwen, zoals woningen en winkels, een nuttige maatschappelijke functie, ook het recht op ongestoorde uitoefening van het eigendomsrecht is in het geding wanneer niet meer – binnen de publiek- en privaatrechtelijke grenzen – op eigen grond gebouwd mag worden. Dat de bouwwerkzaamheden primair de private belangen van de opdrachtgever en de aannemer dienen, neemt niet weg dat daarnaast ook sprake kan zijn van zwaarwegende maatschappelijke belangen.⁴⁶ Van invloed kan wel zijn hoe groot het risico op schade is die de bouwwerkzaamheden met zich brengen. Naar mate dat risico groter is zal de aannemer aan hogere zorgvuldigheidseisen moeten voldoen. Bovendien kan het risico op schade zo groot zijn dat het belang van opdrachtgever en aannemer hiervoor redelijkerwijs moet wijken. In dat laatste geval zal het beroep op artikel 6:168 lid 1 BW niet slagen en zullen omwonenden onrechtmatige werkzaamheden kunnen laten verbieden op grond van artikel 3:296 BW.

Te dulden schade

In het *Afzinkkelder*-arrest ging het niet om een verbod van de bouwwerkzaamheden, maar om de schade. Hier refereert de Hoge Raad aan de mogelijkheid dat bepaalde schade wel of niet zou moeten worden geduld: de door eiseressen geleden schade behoort niet zonder meer tot hetgeen door een derde in het maatschappelijk verkeer moet worden geduld bij bouwwerkzaamheden van een ander, aldus de Hoge Raad.

39 P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Tweede deel – Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1945, p. IX (aanvullingen).

40 R.J. Polak, *Aanspraak en Aansprakelijkheid uit Onrechtmatige Daad* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949, p. 95.

41 J. Drion, ‘Een nieuwe koers in ’s Hoogen Raads jurisprudentie over de onrechtmatige daad’, *WPNR* 1947, afl. 3995, p. 270.

42 M.H. Bregstein, ‘De arresten van de Hoge Raad van 19 Maart 1943 en 18 Februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad’, *RMThesis* 1951, p. 302-303.

43 HR 19 december 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1997, NJ 1953/642, m.nt. Ph.A.N. Houwing (Voorste Stroom VII).

44 Vanzelfsprekend tast dat het recht schadevergoeding te vorderen als het misgaat niet aan, zo onderstreept ook art. 6:168 lid 1 BW.

45 De Hoge Raad spreekt in *Van Gastel / Van den Heuvel* van het zwaarwegend belang dat normale bouwactiviteiten niet onnodig worden belemmerd; HR 3 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5569, NJ 1987/703, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Van Gastel q.q. / Van den Heuvel*), r.o. 3.

46 Zie over de samenloop van private en maatschappelijke belangen *Parl. Gesch. Boek 5 BW* 1981, p. 40.

Die overweging doet allereerst denken aan het hinderleerstuk, dat ook relevant kan zijn bij de vraag of overlast door bouwwerkzaamheden moet worden geduld. Een zekere mate van overlast bij bouwwerkzaamheden zal geduld moeten worden, zolang geen sprake is van onrechtmatige hinder. Of hinder onrechtmatig is hangt daarbij af van de weging van meerdere gezichtspunten, zoals de aard, de ernst en de duur van de hinder en de daardoor toegebrachte schade.⁴⁷ Dit kader zal bijvoorbeeld van belang zijn wanneer het gaat om hinder ‘door het verspreiden van rumoer, trillingen, stank, rook of gassen, door het onthouden van licht of lucht of door het ontnemen van steun’ (vergelijk art. 5:37 BW).

Daarnaast wijzen wij op een vergelijkbaar criterium, dat een rol speelt bij schadevergoeding wegens overheidshandelen in strijd met het *égalité*-beginsel. Daar draait het om de gevolgen van overheidshandelen die vallen ‘buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico’.⁴⁸ De invulling van het normale maatschappelijke of bedrijfsrisico vindt plaats aan de hand van ‘alle van belang zijnde omstandigheden van het geval’:

‘Van belang kan hierbij onder meer zijn enerzijds de aard van de overheidshandeling en het gewicht van het daarmee gediende belang alsmede in hoeverre die handeling en de gevolgen daarvan voorzienbaar zijn voor de derde die als gevolg daarvan schade lijdt, en anderzijds de aard en de omvang van de toegebrachte schade.’⁴⁹

Of dezelfde dan wel vergelijkbare gezichtspunten ook hebben te gelden bij schade als gevolg van zorgvuldig voorbereide en uitgevoerde werkzaamheden door een private partij, moet blijken. Er is wel wat voor te zeggen.

Zo zou bij de *aard van de handeling* kunnen meewegen dat het gaat om bouwwerkzaamheden waaraan een aanmerkelijk risico verbonden is dat schade ontstaat aan een naburig pand. Bij het *belang dat met de handeling gediend is* kan betekenis toekomen aan de omstandigheid dat de bouwwerkzaamheden primair de belangen van de opdrachtgever en de aannemer dienen. De benadeelde heeft daarentegen geen direct, individueel belang bij de bouwwerkzaamheden, algemene maatschappelijke belangen even daargelaten; hij ondervindt daarvan echter wel nadeel. Bij de *aard van de schade* zou onderscheid kunnen worden gemaakt tussen zaakschade en zuivere vermogensschade als omzetschade. Door bouwwerkzaamheden veroorzaakte zaakschade zou dan eerder kwalificeren als in het maatschappelijk verkeer niet te dulden schade. Bij zuivere vermogensschade zou onderscheid kunnen worden gemaakt tussen omzetschade die bijvoorbeeld het gevolg ervan is dat de winkel door de bouwwerkzaamheden tijdelijk minder in trek is, en omzetschade die het

gevolg is van verplichte sluiting van de winkel wegens een door de bouwwerkzaamheden veroorzaakt verzakkingsgevaar. De tweede vorm van omzetschade zou dan sneller voor vergoeding in aanmerking komen. Ook de *omvang van de schade* kan van belang zijn. Naar mate de geleden schade groter is, kan er meer aanleiding bestaan te concluderen dat het niet meer gaat om in het maatschappelijk verkeer te dulden schade. Bij de *voorzienbaarheid van de gevolgen* zou mee kunnen wegen dat de aannemer doorgaans met het risico bekend zal zijn, althans zal moeten zijn. Hoewel het niet ondenkbaar is dat het risico ook voor de benadeelde is te voorzien, ligt het voor de hand het risico eerder voor rekening van de aannemer te laten komen. Daarbij weegt mee dat de benadeelde mag veronderstellen dat de bouwwerkzaamheden zorgvuldig verricht zullen worden en dat hij slechts beperkt de mogelijkheid heeft de door hem gelopen risico’s te beperken.⁵⁰

Al met al zou het voorzichtige voorlopige oordeel van de Hoge Raad, dat de schade van eiseressen niet zonder meer behoort tot hetgeen door een derde in het maatschappelijk verkeer moet worden geduld bij bouwwerkzaamheden van een ander, aan de hand van bovenstaande gezichtspunten nader onderbouwd kunnen worden.

6 Verzekerbareid als nevenargument

Het lag ‘veeleer’ op de weg van Multi om zich te verzekeren, aldus de Hoge Raad. Zo vergelijkt hij – impliciet – de mogelijkheid dat de aannemer zich verzekert (een zogenaamde third-party-verzekering, tegen aansprakelijkheid van de verzekerde) met de mogelijkheid dat de benadeelde dat doet (een zogenaamde first-party-verzekering, die schade van de verzekerde vergoedt) en ziet in het resultaat één van de redenen om de aannemer aansprakelijk te achten.

Deze wijze van redeneren is niet nieuw. De wetgever gebruikte de verzekerbareid als argument bij de invoering van diverse risicoaansprakelijkheden.⁵¹ De Hoge Raad borduurt hierop voort in zijn antwoord op de vraag of de opstalaansprakelijkheid (art. 6:174 BW) en de aansprakelijkheid voor dieren (art. 6:179 BW) zich ook uitstrekken tot medebezitters. Ten aanzien van de opstalaansprakelijkheid overweegt de Hoge Raad dat het voor benadeelden, gelet op de onbekendheid van het risico op schade, niet voor de hand ligt ‘vanwege dit specifieke risico een (ongevallen)verzekering af te sluiten’. Daarentegen ligt het wel voor de hand ‘dat de bezitter van een opstal zich verzekert tegen de – potentieel grote – gevolgen van aansprakelijkheid’. Daarom acht de Hoge Raad het ‘maatschappelijk gewenst dat ook het slachtoffer dat medebezitter van de opstal is, een andere medebezitter en daarmee vaak diens aansprakelijkheidsverzekeraar kan

47 Zie hiervoor, par. 3.

48 HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, *NJ* 2003/615, m.nt. M. Scheltema (*Staat / Lavrijsen*), r.o. 3.8; HR 20 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7902, *NJ* 2005/189, m.nt. M.R. Mok (*Staat / Harrida*), r.o. 3.5.2.

49 HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:

AO7887, *NJ* 2005/392, m.nt. J.B.M. Vranken (*Uzi*), r.o. 3.3. Zie over deze gezichtspunten M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, par. 8.5.

50 Wanneer de benadeelden weigeren informatie

over de fundering te verstrekken, kan dat wel in hun nadeel meewegen op grond van eigen schuld (art. 6:101 BW).

51 Zie *Parl. Gesch. Boek 6 BW* 1981, p. 679 (art. 6:169 lid 1 BW), p. 745 (art. 6:173 en art. 6:179 BW), p. 753 (art. 6:174 BW).

aanspreken voor een deel van de schade'.⁵² Ten aanzien van de aansprakelijkheid voor dieren komt de Hoge Raad tot een tegengesteld oordeel. De medebezitter van een dier wordt geacht bekend te zijn met de mogelijkheid dat hij schade lijdt als gevolg van onvoorspelbaar gedrag van het dier. Daarom 'kan van hem, eerder dan van de medebezitter van een gebouw, worden verwacht dat hij zich tegen het risico van zodanige schade verzekert'.⁵³ De kenbaarheid van het risico en de voorzienbaarheid van de schade kunnen dus de vraag beïnvloeden op wiens weg het ligt zich te verzekeren.

Andersom kan de onmogelijkheid zich tegen aansprakelijkheid te verzekeren, een argument vormen om aansprakelijkheid af te wijzen. Dat blijkt uit een prejudiciële procedure over de contractuele aansprakelijkheid van een medisch hulpverlener voor de plaatsing van door fraude gebrekkige borstimplantaten. De hulpverlener bleek niet aansprakelijk, omdat de tekortkoming in de nakoming van de geneeskundige behandelingsovereenkomst niet aan de hulpverlener kon worden toegerekend. De Hoge Raad wees er daarbij op dat 'voor de hulpverlener hier te lande slechts een beperkte mogelijkheid bestaat zich te verzekeren' tegen de 'grote hoeveelheid, deels omvangrijke, schadeclaims' die het gevolg zou zijn van aansprakelijkheid van de hulpverlener jegens de benadeelde patiënten.⁵⁴

In het verlengde hiervan zou het verzekeringsargument in de *Afzinkkelder*-zaak zo kunnen worden gelezen dat aan de bouwwerkzaamheden van Multi het voor haar kenbare, voorzienbare en verzekerbare risico was verbonden dat aan het buurpand schade zou worden toegebracht. Voor eiseressen was het risico verbonden aan eventuele bouwactiviteiten naast hun pand niet of minder kenbaar, en voorzienbaar, en waarschijnlijk moeilijk verzekerbaar gelet op de veelheid van potentiële risico's. Daarom ligt het voor de hand dat degene die zich het makkelijkst kan indekken tegen de verwezenlijking van een risico, de gevolgen van de verwezenlijking van het risico draagt. Dat bouwwerkzaamheden in de praktijk vrijwel steeds verzekerd zijn – zoals ook in deze zaak een zogenoemde 'construction all risk'-verzekering aanwezig was – is een aanwijzing dat de aannemer zich inderdaad goed kan indekken tegen aansprakelijkheid.

De vraag is of de aandacht voor het verzekeringsaspect nodig was. De Hoge Raad lijkt immers nog ruimte te laten voor een nadere invulling van de zorgvuldigheidsnorm. Zou de 'nazorg' in de overwegingen worden betrokken en blijkt Multi alsnog een verwijt te kunnen worden gemaakt, dan is de aandacht voor het verzekeringsaspect strikt genomen overbodig. Als daarentegen uiteindelijk de bescherming van de subjectieve rechten van de burenhet zwaarste moeten wegen, zonder concreet verwijt aan de aannemer, dan komt de vraag op of het toch redelijk is om de schade voor risico van de aansprakelijke persoon

te brengen. Waar het, zoals hier, veeleer op de weg van de aannemer ligt zich te verzekeren, dan is dat, in de woorden van Verheij, 'een krachtig *nevenargument* [...] om aansprakelijkheid ook buiten schuld te funderen'.⁵⁵

7 Slot

Als we de inzet van de procedure en de beoordeling daarvan volgen, bouwt het arrest voort op de bestaande lijn van wetgeving en jurisprudentie.

Ten eerste – corresponderend met de eerste grondslag van de vordering en het eerste onderdeel van de cas-satieklacht – is het veroorzaken van schade op zichzelf nog geen inbreuk op een recht. Dat staat al zo in de parlementaire geschiedenis van artikel 6:162 lid 2 BW. Er is eenvoudigweg behoefte aan de mogelijkheid om de bescherming van het subjectieve recht af te wegen tegen de andere betrokken belangen. Uit de jurisprudentie blijkt dat dat kan in het kader van de categorie inbreuk op een recht, maar ook in het kader van een rechtvaardigingsgrond en de categorie strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer betaamt. Welk kader centraal staat, zal afhangen van het betrokken subjectieve recht en de wijze waarop de vordering en het verweer zijn ingekleed. De Hoge Raad laat niet blijken afbreuk te willen doen aan zijn uitspraken waarin de onrechtmatigheid is gevonden in een inbreuk op een recht als zelfstandige categorie.

Ten tweede – corresponderend met de tweede grondslag van de vordering en het tweede onderdeel van de cas-satieklacht – is de invulling van de zorgvuldigheidstoets ook terug te voeren op eerdere uitspraken. De Hoge Raad attendeert ons op *Van Gastel / Van den Heuvel*, waaruit wij afleiden dat het hier geen geval betreft van onrechtmatigheid louter vanwege het niet-vergoeden van de schade. Wij zien twee andere mogelijke invullingen, waarbij het handelen van de aannemer wel degelijk als onzorgvuldig kan worden gezien. Allereerst kan het handelen van de aannemer, naast de zorgvuldige voorbereiding en uitvoering van de bouwwerkzaamheden, overigens onzorgvuldig zijn, bijvoorbeeld omdat niet genoeg 'nazorg' is betracht. Daarin weerklinken overwegingen uit de hinderjurisprudentie, waar een gebrek aan bereidheid om bij te dragen aan het dempen van de hinder – lees: aan het voorkomen of redresseren van de schadelijke gevolgen – een relevante omstandigheid oplevert voor het onrechtmatigheidsoordeel. Ten tweede kan de zorgvuldigheidstoets worden beïnvloed door de aantasting van het subjectief recht van benadeelden, ook als dat op zichzelf nog geen *inbreuk* op een recht vormt. In deze twee benaderingen blijft de onrechtmatigheid van het handelen voorop staan. De rechter kan dan wegblijven van het oordeel (i) dat het handelen niet onzorgvuldig (en evenmin inbreukmakend of wets-

52 HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162, *NJ* 2016/173, m.nt. T. Hartlief (*Imagine*), r.o. 3.5.2, waarin de Hoge Raad zijn beslissing in HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*), r.o. 4.3.5 nader motiveert.

53 HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162, *NJ* 2016/173, m.nt. T. Hartlief (*Imagine*), r.o. 3.6.3.
54 HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, *NJ* 2021/16, m.nt. S.D. Lindenberg (*PIP-borstimplantaten*), r.o. 2.9.1. Zie voor een voorbeeld waarin een gestelde 'onbeheersbare toename

van claims' niet aannemelijk werd geacht HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*), r.o. 4.3.5.
55 Verheij 2023, par. 1.7.

schendend), maar toch onrechtmatig was; of (ii) dat sprake is van een onzorgvuldigheid die geheel is losgezongen van het handelen van de aannemer.

Zelf denken wij dat de aantasting van het subjectief recht in de motivering nadrukkelijker op de voorgrond had mogen staan. Meer specifiek menen wij dat de beoordeling overtuigender was geweest als deze was geplaatst in de sleutel van handelen dat rechtstreeks inbreuk maakt op een recht, in plaats van in het kader van de zorgvuldigheidstoets. Dat was ook mogelijk geweest. De Hoge Raad had technisch gezien die mogelijkheid door de eerste twee onderdelen van het cassatiemiddel in onderling verband te beoordelen, zoals ook was gevraagd.⁵⁶ Ook inhoudelijk biedt het kader van de inbreuk op een recht voldoende flexibiliteit, niet in de laatste plaats omdat de wetgever de invulling van het criterium heeft willen laten aan wetenschap en rechtspraak.⁵⁷ De door de Hoge Raad aangehaalde passage uit de wetsgeschiedenis – dat gedragingen met letsel of zaaksbeschadiging als voorzienbaar gevolg in het algemeen alleen onrechtmatig is als zij in strijd was met een norm van geschreven of ongeschreven recht die ertoe strekt letsel of zaaksbeschadiging te voorkomen – betreft een uitgangspunt, zoals ook blijkt uit de woorden *in het algemeen*. Dat uitgangspunt laat ruimte voor uitzonderingen, waarbij zulke gedragingen in bepaalde gevallen

toch rechtstreeks inbreukmakend zijn. De Hoge Raad had kunnen aannemen dat risicovolle bouwwerkzaamheden rechtstreeks inbreukmakend kunnen zijn, mede gelet op de genoemde omstandigheden. Dat had het voordeel gehad dat de Hoge Raad was weggebleven van de schijnbare tegenstelling van onzorgvuldigheid bij zorgvuldig voorbereide en uitgevoerde werkzaamheden. Ook was de schijn voorkomen dat de zorgvuldigheidsnorm hier uitsluitend een risicoverdelingsnorm is die niets met de zorgvuldigheid van het handelen te maken heeft. In plaats daarvan hadden de aangehaalde argumenten die kunnen pleiten vóór verplaatsing van het risico van eiseressen naar Multi nadrukkelijker kunnen worden verbonden met de beschermwaardigheid van het subjectieve recht van eiseressen.

Wellicht is het een fictie dat de aannemer beter had kunnen doen,⁵⁸ maar de aansprakelijkheid kan worden gemotiveerd met een beroep op het voorzienbare risico dat hij ten eigen nutte heeft genomen, de verzekerbaarheid van de schade en bovenal: de bescherming van het subjectieve recht van de burens. En mocht toch nog behoefte bestaan aan een nadere belangenafweging, dan kan die plaatsvinden bij de vraag of zich een rechtvaardigingsgrond voordoet. Daarbij zal de aannemer niet kunnen volstaan met het argument dat hij de werkzaamheden zorgvuldig voorbereidde en uitvoerde. ◀

⁵⁶ Zie de aanhef van het cassatiemiddel.

⁵⁷ Zie *Parl. Gesch. Boek 6 BW* 1981, p. 614 (Toelichting Meijers).

⁵⁸ Vergelijk ten aanzien van onterecht gelegd beslag de noot van C.J.H. Brunner onder HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, *NJ* 1997/366

(*Ontvanger/Bos*), met verwijzing naar de conclusie van P-G Langemeijer in zijn conclusie voor HR 6 april 1962, *NJ* 1965/116.