



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Zaakbeschadiging en onrechtmatigheid

Es, P.C. van; Verheul, E.F.

Citation

Es, P. C. van. (2024). Zaakbeschadiging en onrechtmatigheid. In E. F. Verheul (Ed.), *Op het spoor van het goederenrecht* (pp. 63-72). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4212464>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4212464>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Zaakbeschadiging en onrechtmatigheid

*Peter van Es**

1. Inleiding

Binnenkort zal de Hoge Raad een arrest wijzen waarin een, vanuit juridisch-dogmatisch perspectief bezien, principiële vraag aan de orde komt. De vraag luidt kort gezegd of het toebrengen van zaakschade kan worden aangemerkt als een inbreuk op een recht als bedoeld in artikel 6:162 lid 2 BW of dat het alleen dan onrechtmatig is wanneer gehandeld is in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

De onderliggende casus is betrekkelijk eenvoudig. Verkort en onvolledig weergegeven gaat het om B die eigenaar is van een pand dat deels gebruikt wordt voor bewoning en deels voor de exploitatie van een groot- en detailhandel in wijnen. A is eigenaar van het buurperceel; hij heeft een omgevingsvergunning verkregen voor het bouwen van een winkel met appartementen en een kelder. A heeft met Multi een aannemingsovereenkomst gesloten inzake het plaatsen van een zogeheten afzinkkelder. Bij het plaatsen van de afzinkkelder gaat het een en ander mis en er treedt ernstige scheurvorming op in het pand van B. De vraag is of A en/of Multi aansprakelijk zijn voor de schade. De rechtbank wijst de schadevergoedingsvordering af omdat B onvoldoende duidelijk heeft gemaakt waaruit het onrechtmatig handelen van A en/of Multi bestaat. In hoger beroep overweegt het Hof 's-Hertogenbosch in r.o. 2.6.1 het volgende:

“Het hof stelt voorop 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 ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Het is dan ook aan [B] om te stellen en zo nodig te bewijzen dat Multi een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden die zij jegens [B] in acht had moeten nemen en dat het gedrag van Multi (dus) onzorgvuldig was.”

Het is deze rechtsoverweging waartegen het principiële cassatiemiddel zich richt. De stelling van B is dat “reeds de enkele beschadiging van ‘het eigendom’ van B onrechtmatig is, want inbreuk makend op het recht van B op het volle en onaangetaste genot van haar eigendom”.

* Prof. mr. P.C. van Es is hoogleraar notarieel recht, Universiteit Leiden.

Het middel faalt volgens A-G Hartlief die concludeert tot verwerping van het cassatieberoep.

2. Plan van aanpak

Over de vraag wat een inbreuk op een recht is bestaat een schier eindeloze hoeveelheid literatuur.¹ In deze bijdragen wordt daar grotendeels aan voorbijgegaan omdat het mijn doel is om de materie eens van een iets andere kant te belichten. Ik wil twee stellingen bewijzen waarvan de eerste luidt dat het onjuist is om aan te nemen dat het toebrengen van zaakschade *per definitie* nooit een inbreuk op een recht kan zijn. De tweede stelling houdt in dat het aanmerken van het toebrengen van zaakschade als een inbreuk op een recht, niet tot grote verschuivingen in het aansprakelijkheidsrecht hoeft te leiden.

3. Kritische opmerkingen bij de leer van Drion, Sieburgh & Hartkamp

De in *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/47*² uiteengezette theorie dat het toebrengen van zaakschade niet onder het begrip rechtsinbreuk valt, is terug te voeren op een artikel van Sieburgh.³ Sieburgh heeft zich op haar beurt laten inspireren door H. Drion. Deze laatste schreef in 1959 het volgende:

“Dit betekent, dat men onder inbreuk op een subjectief recht twee verschillende groepen van gevallen pleegt te brengen:

1. dood of letsel, en zaakbeschadiging, dus de oudste gevallen van onrechtmatige daad;
2. inbreuk op exclusieve rechten.

Terwijl bij de eerste groep van gevallen de onrechtmatigheid bepaald is door de ongewenstheid van het gevolg, gaat het bij de tweede groep van gevallen om handelingen, die de wetgever, weliswaar met het oog op het belang van de rechthebbende, maar los van enig gevolg, tot onrechtmatig bestempelt.”⁴

¹ Zie de instructieve conclusie van A-G Hartlief (ECLI:NL:PHR:2023:378).

² Dit boek werd voorheen bewerkt door A.S. Hartkamp en dat is de reden dat ik mede zijn naam verbind aan deze theorie.

³ C.H. Sieburgh, ‘Wat is rechtsinbreuk?’, *NJB* 1997/4, p. 628-635.

⁴ L.C. Hofmann, *Het Nederlands verbintenissenrecht, de algemene leer der verbintenissen, tweede gedeelte* (artt. 1388-1492 B.W.), bewerkt door H. Drion & K. Wiersma, Groningen: J.B. Wolters 1959, p. 82-83.

Drion stelt dat bij zaakbeschadiging “*de onrechtmatigheid bepaald is door de ongewenstheid van het gevolg*”. Hierbij aansluitend schrijft Sieburgh:

“Het feit dat er sprake is van schadelijke gevolgen staat los van de vraag of de gedraging inbreuk is. Handelingen met als gevolg letsel of zaakschade vallen buiten dit inbreukbegrip. Zij zijn immers geen inbreuk.”⁵

Even verderop leest men:

“Het begrip ‘inbreuk’ kan dan gebruikt worden voor gevallen waarin de handeling zelf de inbreuk is, waarin namelijk de exclusieve rechten van de rechthebbende worden aangetast.”

Drion en Sieburgh maken een onderscheid tussen gevallen van zaakbeschadiging en gevallen waarin een inbreuk op een exclusief recht wordt gemaakt. Dit onderscheid is mijns inziens onzuiver omdat ook *het toebrengen* van zaakschade kan worden aangemerkt als een inbreuk op het exclusieve recht van de eigenaar.⁶ Het eigendomsrecht houdt volgens artikel 5:1 lid 2 BW de bevoegdheid in om *met uitsluiting van eenieder* van de zaak gebruik te maken. De gecursiveerde woorden geven het exclusieve karakter van het eigendomsrecht weer. Het ontwerp van het nieuwe BW (zoals vastgesteld bij wet van 9 mei 1980, *Stb.* 431) wijdde een aparte bepaling aan deze exclusiviteit in artikel 5:1.3:

“De eigenaar behoeft niet te dulden dat een ander op enige wijze van de zaak gebruik maakt, tenzij deze daartoe krachtens de wet, een hem toekomend recht of een rechtvaardigingsgrond bevoegd is.”

Het Ontwerp-Meijers sprak in plaats van ‘gebruik maken’ van een zaak over ‘zich op enige wijze bedienen’ van een zaak. Meijers merkt ten aanzien van dit begrip in zijn toelichting bij artikel 5:1.3 het volgende op:

“De gedragingen van derden, die de eigenaar op grond van de exclusiviteit van zijn recht niet behoeft te dulden, worden in de wetboeken van Duitsland en Zwitserland als ‘Einwirkung’ omschreven. Bij gebreke van een meer tekenend woord gebruikt het ontwerp de uitdrukking ‘zich bedienen van de zaak’. Deze uitdrukking bedoelt te omvatten zowel handelingen die de zaak niet intact laten – b.v. het beschadigen of vervormen – als

⁵ C.H. Sieburgh, ‘Wat is rechtsinbreuk?’, *NJB* 1997/4, p. 632.

⁶ Zie in deze zin ook F.J. van Velsen, *Aansprakelijkheid bij leidingschades* (diss. Delft), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2011, p. 13, noot 37.

handelingen die slechts kunnen worden beschouwd als een gebruik maken van de zaak.”⁷

Met de redactionele wijziging van artikel 5.1.3 werd geen inhoudelijke wijziging beoogd:

“In verband echter met de terecht door de Commissie geopperde redactionele bezwaren tegen de term ‘zich bedienen’ heeft de ondergetekende voor het gewijzigd ontwerp de voorkeur gegeven aan de uitdrukking ‘dat een ander op enige wijze van de zaak gebruik maakt’, waarmee evenals in de nieuwe redactie van artikel 1 lid 2 – waarin eveneens wordt gesproken van ‘gebruik maken’ – wordt bedoeld op ieder gebruik in de ruimste zin des woords, inbegrepen het verbruik, beschadigen, vervormen, enz.”⁸

Ter ondersteuning van het standpunt dat ‘het beschadigen’ van een zaak (zie de hierboven geciteerde toelichting van Meijers bij art. 5.1.3) een vorm is van ‘gebruik’ als bedoeld in artikel 5:1 lid 2 BW kan ook nog gewezen worden op het mondeling overleg tussen de vaste Commissie voor Justitie en de Minister van Justitie:

“Het onderhavige ‘gebruik maken’ is even ruim als de overeenkomstige uitdrukking in het tweede lid van art. 5.1.1 (...). Eigenlijk zou het Duitse begrip ‘Einwirkung’, gelet op zijn neutrale betekenis, hier beter passen maar onze taal is geen daarmee overeenkomende term rijk. In de uitdrukking ‘gebruik maken’ valt het accent op de positieve vormen van eigendomsgebruik maar zijn ook de negatiever gebruikshandelingen inbegrepen.”⁹

Ook Smelt laat zich in zijn proefschrift in kritische zin uit over de leer van Drion, Sieburgh & Hartkamp:

“Hartkamp gaat er mijns inziens terecht van uit dat er bij de hantering van het inbreukcriterium onderscheid moet worden gemaakt tussen de *gedraging* en de *gevolgen* van deze gedraging. De wijze waarop Hartkamp dit onderscheid toepast, is echter niet consequent. Hartkamp gaat er namelijk van uit dat er in gevallen van zaak- of letselschade geen sprake kan zijn van

7 C.J. van Zeben & J.W. du Pon (m.m.v. M.M. Olthof) (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 5, Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981, p. 65.

8 MvA II bij art. 5.1.3, C.J. van Zeben & J.W. du Pon (m.m.v. M.M. Olthof) (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 5, Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981, p. 69.

9 C.J. van Zeben & J.W. du Pon (m.m.v. M.M. Olthof) (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 5, Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981, p. 70.

rechtsinbreuk. Dit is niet terecht. Het gegeven dat zaak- of letselschade als zodanig geen rechtsinbreuk vormt, betekent immers niet dat de *gedraging* die deze zaak- of letselschade *veroorzaakt* geen rechtsinbreuk kan zijn.”¹⁰

De vraag rijst vervolgens hoe het bovenstaande zich verhoudt tot de navolgende toelichting bij artikel 6.3.1.1 (art. 6:162 BW):

“Er zij hier op gewezen dat niet iedere gedraging die als voorzienbaar gevolg letsel of zaakbeschadiging heeft, om die reden reeds onrechtmatig is als zijnde een inbreuk op een recht; zodanige gedraging is in het algemeen alleen onrechtmatig als zij in strijd was met een van de vele normen van geschreven of ongeschreven recht, strekkende om letsel of zaakbeschadiging te voorkomen. Indien echter de gedraging zelf de inbreuk oplevert, 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

Mijns inziens kan men – mede in het licht van de hierboven vermelde parlementaire geschiedenis bij artikel 5.1.3 – uit deze passage niet afleiden dat het toebrengen van zaakschade per definitie geen inbreuk op het eigendomsrecht kan zijn. De toelichting beoogt slechts duidelijk te maken dat niet *iedere* handeling die zaakschade tot gevolg heeft, een inbreuk op een recht inhoudt. Dit neemt niet weg dat een daad van zaakbeschadiging onder bepaalde omstandigheden kan worden aangemerkt als een gedraging die ‘zelf de inbreuk oplevert’, zoals bedoeld in het bovenstaande citaat.¹² Er is veel geschreven over de vraag hoe men hier de grens moet trekken. Ik volsta hier met een verwijzing naar slechts een enkele auteur. Rutten maakte in 1953 het onderscheid tussen een indirecte en een rechtstreekse inbreuk. Van een rechtstreekse inbreuk

¹⁰ A.A.J. Smelt, *Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 50. Vgl. ook P.C. van Es, *De actio negatoria* (diss. Leiden 2005), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 164-167.

¹¹ C.J. van Zeben & J.W. du Pon (m.m.v. M.M. Olthof) (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981, p. 614.

¹² Zo ook E.F. Verheul, ‘Rechtsinbreuk en onrechtmatigheid’, *WPNR* 2018/7215, p. 861-862. Verheul maakt mijns inziens terecht onderscheid tussen het object van het subjectieve recht en het recht zelf. Het subjectieve recht bestaat uit “*een bepaalde bundel van bevoegdheden ten aanzien van een rechtsobject*” die aan een rechtssubject wordt verleend (p. 856). Objectaantasting kan volgens Verheul tevens een aantasting van het subjectieve recht inhouden (p. 861-862). Anders dan Verheul (p. 862-863) meen ik dat hier bij het toebrengen van zaakschade door menselijk handelen per definitie sprake van is omdat – zoals uiteengezet in par. 3 hierboven – het subjectieve recht van de eigenaar het recht inhoudt om verschoond te blijven van handelingen door derden die schade tot gevolg hebben.

was in zijn ogen sprake als *“daad en inbreuk als het ware geïdentificeerd kunnen worden”*.¹³ C.H.M. Jansen pleit ervoor de categorie ‘rechtsinbreuk’ te beperken tot die gevallen *“waarin het schenden van een subjectief recht als kern van de gewraakte gedraging in het oog springt, waarin met andere woorden de onbevangen toeschouwer juist het schenden van een subjectief recht als de in geschil zijnde gedraging onderkent (...)”*.¹⁴

Het moge duidelijk zijn dat beide criteria veel ruimte laten voor twijfel. De leer van Drion, Sieburgh & Hartkamp schept duidelijkheid (het toebrengen van zaakschade is per definitie geen inbreuk op een recht), maar juist is zij in mijn ogen niet. In de volgende paragraaf draai ik de zaak – bij wijze van gedachte-experiment – diametraal om: wat als tot uitgangspunt wordt genomen dat het toebrengen van zaakschade in beginsel (behoudens het bestaan van een rechtvaardigingsgrond of het van toepassing zijn van de regel van art. 5:37 BW) altijd onrechtmatig is?

4. Een gedachte-experiment: wat als iedere vorm van toebrengen van zaakschade in beginsel onrechtmatig is?

De in paragraaf 1 geciteerde rechtsoverweging van het hof is in overeenstemming met de in paragraaf 3 geciteerde toelichting bij artikel 6.3.1.1 (art. 6:162 BW). In de concrete casus die aan de uitspraak van het hof ten grondslag ligt, pakt deze benadering wat onbevredigend uit. A-G Hartlief merkt hierover het volgende op onder 3.4 van zijn conclusie:

“Aan [eisers] moet worden toegegeven dat het intuïtief wellicht merkwaardig is als A bij een zelfgekozen activiteit, bouwwerkzaamheden, een zaak van B beschadigt en toch ‘vrijuit’ kan gaan indien zij voldoende zorgvuldig is geweest. De gedachte dat A de zaak van B simpelweg niet mocht beschadigen, althans dat A kennelijk niet voldoende zorgvuldig is geweest, gelet op de gevolgen van haar gedragingen, doemt gemakkelijk op.”

Onder 3.70 haalt de A-G het volgende citaat aan uit het proefschrift van Van Velsen:¹⁵

¹³ Zie L.E.H. Rutten, ‘Het onrechtmatigheids-criterium “inbreuk op eens anders recht”’, *WPNR* 1953/4313, p. 443.

¹⁴ C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen (Monografieën BW nr. B45)*, Deventer: Kluwer 2009/13.

¹⁵ Van Velsen 2011, p. 15.

“De voor het heien verantwoordelijke heeft – mede om schade aan belendingen te voorkomen – uitgebreid onderzoek laten doen; alle berekeningen zijn feilloos uitgevoerd; de heimethode is helemaal volgens de laatste inzichten en de uitvoering is gedaan volgens de regelen der kunst. Kortom er is ‘uiterst zorgvuldig’ te werk gegaan. Er zou dan geen sprake zijn van onrechtmatigheid en de eigenaar van het buurpand zou dus de schade moeten dragen terwijl zijn veroorzakingsbijdrage nihil was. Is dat een aanvaardbare uitkomst?”

In reactie hierop stelt A-G Hartlief, onder verwijzing naar het arrest over de zwiepende tak,¹⁶ dat “*pech nu eenmaal niet rechtvaardig [is], én niet uit te bannen (althans niet tegen een aanvaardbare prijs)*”.

Omdat ik hier zo mijn vraagtekens bij heb, komt hieronder de vraag aan de orde wat de gevolgen voor het aansprakelijkheidsrecht zouden zijn als wij – terugkerend naar de leer van Scholten¹⁷ – aannemen dat het toebrengen van zaakschade in beginsel altijd onrechtmatig is.

4.1 *Het burennrecht schept orde*

Artikel 5:37 BW (over hinder) wordt weleens als een overbodig artikel weggezet, maar is in wezen een artikel van niet te onderschatten belang. Ik schreef eerder over dit onderwerp¹⁸ en volsta hier met op te merken dat artikel 5:37 BW een eigendomsrecht-afbakende functie heeft. Aan de ene kant kan een eigenaar aan zijn recht van eigendom niet het recht ontleen om hinder aan het buurterf toe te brengen in een mate of op een wijze die volgens regels van ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer niet betaamt. Aan de andere kant volgt uit het artikel dat de eigenaar van het buurterf een bepaalde mate van hinder (en de daarmee eventueel gepaard gaande schade) moet dulden. Bezien vanuit dat laatste perspectief vormt artikel 5:37 BW een uitzondering op de in artikel 5:1 lid 2 BW tot uiting komende exclusiviteit van het eigendomsrecht.

Binnen een systeem waarin het toebrengen van zaakschade in beginsel altijd onrechtmatig is, zou derhalve een uitzondering gelden voor schade die wordt veroorzaakt door hinder (denk bijvoorbeeld aan trillingen of het ontnemen van steun) die de grens van het maatschappelijk betamelijke niet overschrijdt.

¹⁶ HR 9 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1347, NJ 1996/403.

¹⁷ Zie P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Tweede deel – Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1933, p. 112-114.

¹⁸ Zie P.C. van Es, ‘De betekenis van de hinderbepaling van art. 5:37 BW’, *WPNR* 2009/6810 en P.C. van Es, ‘De kat van de burens en de grenzen aan de exclusiviteit van het eigendomsrecht’, *NTBR* 2012/42.

Bij de toetsing van de vraag of de toegebrachte hinder toelaatbaar is (en daarom geen inbreuk maakt op het eigendomsrecht van het buurerf) spelen volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad diverse factoren een rol, waaronder de *“de aard, de ernst en duur van de hinder en daardoor veroorzaakte schade”*.¹⁹ Daarnaast moet rekening worden gehouden met *“het gewicht van de belangen die door de hinder toebrengende activiteit worden gediend”*, alsmede met *“de mogelijkheid, mede gelet op de daaraan verbonden kosten, en de bereidheid om maatregelen ter voorkoming van schade te nemen”*.²⁰ De rechter kan op grond van deze factoren – in ieder geval bij bouwactiviteiten en andere activiteiten die onder het hindercriterium kunnen worden gebracht – van geval tot geval een evenwichtige afweging maken.

Men zou mij kunnen tegenwerpen dat dus ook in deze theorie altijd getoetst moet worden aan een maatschappelijke betamelijkheidsnorm, maar de toetsing in het kader van hinder heeft een geheel eigen karakter – waarbij het in het bijzonder gaat om de vraag welke schade het buurerf in redelijkheid moet dulden – en verschilt van de toetsing aan de zorgvuldigheidsnorm in de theorie van Drion, Sieburgh & Hartkamp.

4.2 Toerekenbaarheid vereist voor schadevergoeding

Gesteld dat de hinder die schade aan een zaak veroorzaakt niet meer valt binnen de grenzen van het maatschappelijk betamelijke, dan moet de schadeveroorzakende activiteit (onder het in dit gedachte-experiment geldende recht) worden aangemerkt als een inbreuk op het eigendomsrecht en daarmee als onrechtmatig. Dit betekent niet dat de veroorzaker van de schade ook zonder meer voor de schade moet opdraaien. Voor schadevergoeding uit onrechtmatige daad is immers ook vereist dat de onrechtmatige daad aan de veroorzaker van de schade kan worden toegerekend.²¹ Dit biedt de rechter in mijn ogen voldoende mogelijkheden om aan de eventuele onwenselijke gevolgen van een starre regel *“het toebrengen van zaakschade = inbreuk”* tegemoet te komen.²²

4.3 Verbodsvordering en zwaarwegende maatschappelijk belangen

Het feit dat een bepaalde handeling onrechtmatig is omdat zij inbreuk maakt op het eigendomsrecht, betekent dat op grond van artikel 5:1 lid 2 BW jo. artikel 3:296 BW een verbod van deze handeling gevorderd kan worden. Deze

¹⁹ Zie HR 15 februari 1991, NJ 1992/639, m.nt. C.J.H. Brunner (*Aalscholvers*), r.o. 4.6.

²⁰ Zie HR 15 februari 1991, NJ 1992/639, m.nt. C.J.H. Brunner (*Aalscholvers*), r.o. 4.6.

²¹ Zie art. 6:162 lid 1 BW.

²² Sieburgh (*Asser/Sieburgh* 6-IV 2019/47) wijst er in waarschuwend zinnig op dat voor toerekening geen schuld is vereist. Mijns inziens geeft dit juist de nodige flexibiliteit om in concrete gevallen tot redelijke resultaten te komen.

mogelijkheid kan, binnen een systeem waarin iedere vorm van toebrengen van zaakschade in beginsel onrechtmatig is, uiterst ontwrichtend werken. Artikel 6:168 lid 1 BW voorziet hier echter in door te bepalen dat de rechter een vordering, strekkende tot verbod van een onrechtmatige gedraging, kan afwijzen *“op de grond dat deze gedraging op de grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoort te worden geduld”*.

5. Resumé

In deze bijdrage heb ik gepoogd aan te tonen dat het toebrengen van zaakschade – in weerwil van de ‘heersende’ leer – wel degelijk een inbreuk op een recht kan zijn. De in paragraaf 3 geciteerde toelichting bij artikel 6:3.1.1 (art. 6:162 BW) waarin wordt opgemerkt dat *“niet iedere gedraging die als voorzienbaar gevolg letsel of zaakbeschadiging heeft, om die reden reeds onrechtmatig is als zijnde een inbreuk op een recht”*, staat hieraan niet in de weg. De toelichting zorgt er wel voor dat men wordt uitgenodigd op zoek te gaan naar een criterium dat bepaalt of een bepaalde gedraging die zaakschade tot gevolg heeft, wel of niet *“om die reden reeds onrechtmatig is als zijnde inbreuk op een recht”*. Zo’n criterium is tot nu toe in mijn ogen niet gevonden. Het aantrekkelijke van de leer van Drion, Sieburgh & Hartkamp is dat zo’n criterium ook niet gevonden hoeft te worden omdat hierin het toebrengen van zaakschade per definitie nooit een inbreuk op een recht kan zijn. Bij wijze van gedachte-experiment heb ik in deze bijdrage de bovenbedoelde theorie diametraal omgedraaid door als uitgangspunt te nemen dat het toebrengen van zaakschade in beginsel altijd moet worden aangemerkt als ‘een inbreuk op een recht’ als bedoeld in artikel 6:162 lid 2 BW.

Wat betreft het aansprakelijkheidsrecht leidt deze omdraaiing tot accentverschuivingen, maar niet tot – wat wel gevreesd wordt²³ – het te wijd openzetten van de deur voor aansprakelijkheid. Het burennrecht biedt het instrumentarium voor de beantwoording van de vraag welke mate van hinder (met de daarbij behorende schade) al dan niet geduld moet worden. Daarnaast kunnen maatschappelijk gezien ongewenste verbodsvorderingen gepareerd worden met een beroep op artikel 6:168 lid 1 BW en is schadevergoeding pas aan de orde als sprake is van toerekenbaarheid van de onrechtmatige gedraging.

23 Zie Asser/Sieburgh 6-IV 2019/47.

6. Tot slot

Het is risicovol om in een liber amicorum te schrijven over een zaak die onder de rechter is. Onfatsoenlijk is het tegenwoordig geloof ik niet meer, maar het risico schuilt hierin dat de uitspraak vóór het moment van de publicatie van de bijdrage verschijnt. In dat geval kan deze bijdrage gelezen worden als een annotatie bij het arrest en ik hoop dat de emeritus Reehuis daarmee kan leven.

7. Naschrift

Op het moment van de ontvangst van de drukproeven, was het arrest van de Hoge Raad inmiddels gewezen (HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:17). De Hoge Raad houdt vast aan de leer uit de wetsgeschiedenis dat een gedraging die zaaksbeschadiging als voorzienbaar gevolg heeft, in het algemeen alleen onrechtmatig is als zij in strijd was met een norm van geschreven of ongeschreven recht die ertoe strekt zaaksbeschadiging te voorkomen (rov. 3.1.2). De uitspraak is echter zonder meer hoopgevend, omdat de Hoge Raad een (overkoepelende) zorgvuldigheidsnorm lijkt te erkennen die inhoudt dat bij de uitvoering van bouwwerkzaamheden dient te worden voorkomen dat aan eigendommen van derden schade ontstaat (rov. 3.2.1 en 3.2.2). Ook bij werkzaamheden die met de grootste zorgvuldigheid worden uitgevoerd, kan het zo zijn dat niet degene die de schade lijdt, maar de bouwer de schade dient te dragen. De Hoge Raad noemt als relevante factor onder meer “*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 (...)*”. Dat is interessant, want de vraag wat eigenaren onderling van elkaar moeten dulden in het maatschappelijk verkeer is typisch een vraag van burenenrecht waar de door de rechtspraak op grond van art. 5:37 BW ontwikkelde hindercriteria uitkomst kunnen bieden.