

Risicoaansprakelijkheid of ‘aanmerkelijk risico’ aansprakelijkheid?

HR 12 januari 2024, nummer 22/01886, ECLI:NL:HR:2024:17

NTBR 2024/11

1. Inleiding

De Hoge Raad heeft recent een arrest gewezen dat onder aansprakelijkheidsjuristen veel stof doet opwaaien.² Mede gelet op de door de Hoge Raad gebruikte bewoordingen, komt de vraag op of de Hoge Raad een koerswijziging beoogt en de deur op een kier zet voor het aannemen van aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW zonder geschonden norm. Ik probeer het arrest in deze annotatie te duiden.

2. Feiten en oordeel hof

Het arrest gaat over forse schade toegebracht aan een naastgelegen pand tijdens het afzinken van een kelder.

De aannemer Multi heeft zich verbonden tot het plaatsen van een afzinkkelder. Multi heeft voorafgaand aan de werkzaamheden onderkend dat dit risicovolle werkzaamheden zijn, die zouden kunnen leiden tot schade in de omgeving. Om het risico te beperken heeft zij onder meer onderzoeken gedaan en laten uitvoeren, alsmede een monitoringsplan opgesteld. Multi heeft de eigenaar van het naastgelegen pand daarnaast bij e-mailbericht van 11 december 2015 uitgenodigd voor een gesprek, maar deze eigenaar heeft daar niet op gereageerd.³

Op 15 juli 2016 is tijdens deze werkzaamheden een deel van de kelderwand van de afzinkkelder gescheurd, doordat een obstakel in de bodem was geraakt. De werkzaamheden zijn vervolgens stilgelegd en Multi heeft telefonisch contact opgenomen met haar *Construction All Risk*-verzekeraar (CAR-verzekeraar). Met een CAR-verzekering wordt kort gezegd materiële schade die ontstaat tijdens de bouw verzekerd. De omvang van de CAR-verzekering is mede afhankelijk van de afgesloten rubrieken. Zo wordt in de rubriek ‘Het Werk’ over het algemeen beschadiging, vernietiging of verlies van het werk, ongeacht de achterliggende oorzaak, gedekt en in de rubriek ‘Aansprakelijkheid’ de aansprakelijkheid van verschillende bij de bouw betrokken partijen jegens derden. De CAR-verzekeraar van Multi heeft laten weten dat de

ontstane situatie moest worden besproken met alle betrokkenen, waaronder de eigenaar van het naastgelegen pand en dat indien niet aan deze eis werd voldaan, de verdere werkzaamheden niet verzekerd zouden zijn. Op instructie van de opdrachtgever van Multi heeft het door de verzekeraar vereiste overleg niet plaatsgevonden. Multi heeft wel aanvullende maatregelen genomen. Zij heeft het obstakel gedeeltelijk verwijderd en grout in de grond aangebracht ter stabilisatie. Het afzinkproces is vervolgens op 18 juli 2016 hervat. Een paar dagen later heeft de advocaat van de benadeelden (eigenaar, huurder van de bedrijfsruimte op de begane grond en huurders van de bovenwoning) aan Multi en haar opdrachtgever gemeld dat een etalageruit was gesprongen en dat sprake was van ernstige scheurvorming in het naastgelegen pand. Nadat de gemeente een inspectie had uitgevoerd en de gemeente samen met de betrokkenen afspraken hadden gemaakt, waren de werkzaamheden in verband met het afzinken van de kelder op 29 juli 2016 afgerond. Uit metingen is gebleken dat het naastgelegen pand tijdens de werkzaamheden is verzakt.

De pandeigenaar en huurders van het naastgelegen pand hebben de aannemer en de opdrachtgever van de aannemer aansprakelijk gesteld voor de door de werkzaamheden geleden schade.

Het hof’s-Hertogenbosch heeft overwogen dat de benadeelden niet hebben gesteld dat de door Multi gekozen methode voor het plaatsen van de kelder onjuist of onveilig was. Verder is volgens het hof niet komen vast te staan dat sprake was van onzorgvuldig handelen door de aannemer bij de uitvoering van en de voorbereiding op de werkzaamheden. Het hof heeft de vorderingen daarom afgewezen; de aannemer had naar het oordeel van het hof niet onrechtmatig gehandeld.

Het hof heeft daarnaast geoordeeld dat de opdrachtgever evenmin onrechtmatig heeft gehandeld. De benadeelden hadden onder meer gesteld dat de opdrachtgever onrechtmatig had gehandeld door de eigenaar niet te informeren over de gebeurtenissen op 15 juli 2016 en Multi te instrueren om de werkzaamheden voort te zetten, ondanks sommaties van de benadeelden. Het hof heeft herhaald dat het voortzetten van de werkzaamheden na 15 juli 2016 door Multi niet onzorgvuldig is geweest jegens de benadeelden. Dit betekent volgens het hof dat de opdrachtgever evenmin onzorgvuldig heeft gehandeld jegens hen door de instructie om de werkzaamheden voort te zetten dan wel door de werkzaamheden niet te stoppen.

1 Citeerwijze: J.N. Potharst, ‘Risicoaansprakelijkheid of ‘aanmerkelijk risico’ aansprakelijkheid?’, *NTBR* 2024/11, afl. 4. Mr. J.N. (Josine) Potharst is werkzaam als advocaat bij Cox Ten Bruggencate Advocaten te Amsterdam. De auteur dankt haar kantoorgenoot mr. J.D. (Jacco) van de Meent voor zijn nuttige opmerkingen.

2 C.E. Drion, ‘Wanneer is een rechtsinbreuk onrechtmatig?’, *NJB* 2024/308 en HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:17, *JA* 2024/44 en 2024/45, m.nt. J. Verstoep.

3 Hof’s-Hertogenbosch 22 februari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:525.

3. Inbreuk op een recht bij zaaksbeschadiging

De benadeelden betoogden in cassatie onder meer dat de enkele beschadiging van de eigendom van een ander door bouwwerkzaamheden onrechtmatig is, nu daarmee inbreuk wordt gemaakt op het recht op het volle en onaangestaste genot van het eigendom. Zij deden hiermee een beroep op het onrechtmatigheids criterium 'inbreuk op een recht'.

In de parlementaire geschiedenis is het volgende over dit onrechtmatigheids criterium opgemerkt:

“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.”⁴

A-G Hartlief constateert dat hiermee de vraag opkomt wanneer een 'inbreuk door de gedraging zelf' plaatsvindt en wanneer – ter onderscheiding daarvan – een aantasting slechts het (voorzienbare) gevolg is van een gedraging.⁵ De wetsgeschiedenis biedt op deze vraag geen duidelijk antwoord.

Het onrechtmatigheids criterium inbreuk op een recht ziet volgens A-G Hartlief niet op handelingen die zaaksbeschadiging tot gevolg hebben,⁶ zoals bouwwerkzaamheden die tot scheuren en zakking van een naastgelegen pand leiden. Hij concludeert:

“Een zaaksbeschadiging levert geen inbreuk op een recht op. Er is alleen een inbreuk op een recht indien iemand het recht van een ander miskent, wat aan de orde is indien hij een handeling verricht waartoe de rechthebbende exclusief bevoegd is of een andere handeling van dien aard verricht dat de rechthebbende de uitoefening van zijn recht onmogelijk wordt gemaakt.”⁷

Dit is in lijn met de benadering van veel juristen, waaronder Sieburgh, die het stelen van een zaak, het versperren van

een terrein, het gebruiken van een merk zonder toestemming van de gerechtigde en het leggen van beslag op een goed als voorbeelden van rechtsinbreuken heeft genoemd.⁸ Door hen wordt de rechtsinbreuk vrij nauw afgebakend. Er zijn echter ook juristen die weliswaar uitgaan van een bredere toepassing van de rechtsinbreuk, maar betogen dat nadat deze is aangenomen nog nader moet worden getoetst of door de inbreuk een geschreven of ongeschreven gedragsnorm is overtreden,⁹ alsmede juristen die betogen dat een rechtsinbreuk alleen onrechtmatig is wanneer de inbreuk opzettelijk, rechtstreeks of direct is.¹⁰

De Hoge Raad verwerpt het middel en overweegt dat 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”. De Hoge Raad vervolgt: “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.”¹¹ Deze overweging komt bijna woordelijk overeen met de hiervoor geciteerde tekst over het onrechtmatigheids criterium in de parlementaire geschiedenis en brengt ons niet veel verder: uit dit arrest kan mijns inziens niet worden afgeleid welke van de drie hiervoor omschreven dogmatische benaderingen de Hoge Raad kiest.¹²

4. Aansprakelijkheid voor uitvoeren van bouwwerkzaamheden

De daaropvolgende overweging van de Hoge Raad (r.o. 3.2.2) maakt het arrest vooral interessant. Daar gaat de Hoge Raad in op het betoog van de benadeelden dat de zorgvuldigheidsverplichting meebrengt dat wanneer bij bouwwerkzaamheden, ondanks een zorgvuldige voorbereiding en uitvoering van die werkzaamheden, schade ontstaat aan de eigendommen van derden, de aannemer voor die schade aansprakelijk is. Volgens de Hoge Raad zijn in dit kader de volgende factoren van belang:

- aan de bouwwerkzaamheden was een aanmerkelijk risico verbonden dat aan het naastgelegen pand schade zou worden toegebracht, ook als maatregelen ter voorkoming van schade werden getroffen en de werkzaamheden zorgvuldig werden uitgevoerd.

Waar dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, kan niet zonder meer worden aanvaard dat de benadeelden de

4 C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981, p. 613.

5 Concl. A-G T. Hartlief 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:378, onder 3.30, bij HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:17.

6 Zie ook: 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 2023/47.

7 Concl. A-G T. Hartlief 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:378, onder 3.73, bij HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:17.

8 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 2023/47.

9 Concl. A-G T. Hartlief 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:378, onder 3.53, bij HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:17.

10 Zie voor een overzicht van de verschillende benaderingen m.b.t. de reikwijdte van de rechtsinbreuk: S.D. Lindenbergh, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (SBR 5)*, 2021/26 e.v.

11 HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:17, r.o. 3.1.2.

12 Drion stipt aan dat een uitgebreidere motivering nuttig zou zijn geweest, in: C.E. Drion, 'Wanneer is een rechtsinbreuk onrechtmatig?', *NJB* 2024/308.

daardoor veroorzaakte schade dienen te dragen. Hierbij is volgens de Hoge Raad het volgende van belang:

- de werkzaamheden waren in het belang van (de opdrachtgever van) de aannemer uitgevoerd en leverden voor de benadeelden geen voordeel op;
- de schade behoort niet zonder meer tot hetgeen door een derde moet worden geduld bij bouwwerkzaamheden van een ander; en
- het lag veeleer op de weg van de aannemer om zich tegen aansprakelijkheid voor het toebrengen van schade aan derden te verzekeren.

De Hoge Raad overweegt vervolgens dat het uitvoeren van deze werkzaamheden door de aannemer met schade aan het naastgelegen pand tot gevolg, een onrechtmatige daad van de aannemer kan opleveren die verplicht tot vergoeding van de schade die daarvan het gevolg is.

Het oordeel van het hof dat de opdrachtgever van Multi niet aansprakelijk is jegens de benadeelden, kan naar het oordeel van de Hoge Raad evenmin in stand blijven, nu dit oordeel mede berust op het met succes bestreden oordeel dat Multi niet onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld.¹³

5. Gedrags- of een risicoaansprakelijkheid?

Aansprakelijkheidsjuristen hebben kort na het wijzen van het arrest op het internet de vraag opgeworpen of het leerstuk van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad met dit arrest fundamenteel is gewijzigd. Sommige juristen lezen het arrest aldus dat een handeling onrechtmatig kan worden bevonden op basis van de schadelijke gevolgen ervan, in plaats van op basis van de gedraging.¹⁴ Andere juristen menen dat de Hoge Raad met dit arrest opschuift richting een risicoaansprakelijkheid voor bouwbedrijven.¹⁵ Ik snap deze gedachten. De Hoge Raad neemt als uitgangspunt dat Multi voldoende voorzorgsmaatregelen heeft getroffen en de werkzaamheden op zorgvuldige wijze heeft uitgevoerd. Het is niet zonneklaar welke norm Multi dan heeft geschonden. De vraag of een normschending niet meer noodzakelijk is voor het aannemen van een onrechtmatige daad, ligt daarmee voor de hand. Daarnaast is het opvallend dat het er, gelet op de bewoordingen, op lijkt dat de gevolgen van de gedraging bij de beoordeling van de onzorgvuldigheid dienen te worden meegewogen. De vraag of een bepaald risico zich heeft verwezenlijkt lijkt volgens r.o. 3.2.2 een rol te spelen,¹⁶ alsmede de vraag of de schade die zich in het concrete geval heeft voorgedaan moet worden geduld. Hier ga ik in paragraaf 7 uitgebreider op in.

Niettemin meen ik dat de Hoge Raad niets aan de fundamenten van de onrechtmatige daad heeft gewijzigd en een

normschending onverkort vereist is als door een gedraging schade ontstaat. Ik vind hiervoor een aanwijzing in r.o. 3.1.2, waar de Hoge Raad heeft overwogen dat een gedraging die letsel of 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 letsel of zaaksbeschadiging te voorkomen. Daarnaast gebruikt de Hoge Raad het woord 'onrechtmatig', hetgeen – mogelijk met uitzondering van de rechtsinbreuk – een normschending impliceert. Bovendien biedt de Hoge Raad middels verschillende bewoordingen ruimte aan een rechter om tot het oordeel te komen dat de handeling niet onrechtmatig is, hetgeen niet duidt op risicoaansprakelijkheid. Zo gebruikt de Hoge Raad in r.o. 3.2.2 een aantal keer de bewoordingen 'niet zonder meer' en overweegt hij in de slotzin van r.o. 3.2.2 dat het uitvoeren van de werkzaamheden een onrechtmatige daad op kan leveren en in r.o. 3.2.3 dat Multi aansprakelijk kan zijn. Een volgende aanwijzing dat de Hoge Raad niet beoogt om de fundamenten van de onrechtmatige daad te wijzigen, kan worden gevonden in voetnoot 3, waar de Hoge Raad verwijst naar het *Van Gastel/Van den Heuvel*-arrest.¹⁷ Ik zal dit arrest in paragraaf 6 bespreken, maar merk in dit kader alvast op dat de Hoge Raad in dit arrest heeft bevestigd dat er in ons rechtstelsel geen verplichting bestaat tot vergoeding van schade door rechtmatig handelen en de enkele weigering tot betalen van de schadevergoeding geen onrechtmatige handeling op kan leveren.¹⁸

6. Normschending

Ik ga er dus van uit dat een normschending onverkort vereist is voor het aannemen van een onrechtmatige daad in het geval waar een gedraging zaaksbeschadiging of letsel heeft veroorzaakt. De vraag blijft echter: welke norm heeft Multi dan (mogelijk) geschonden? Het antwoord op deze vraag lijkt te kunnen worden afgeleid uit de slotzin van r.o. 3.2.2: "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." Multi kan onrechtmatig hebben gehandeld door het uitvoeren van de werkzaamheden. Dit kan, als ik de Hoge Raad goed begrijp, jegens de eigenaar en de huurders van het naastgelegen pand onrechtmatig zijn (onder meer) omdat Multi wist dat deze werkzaamheden een aanmerkelijk risico op het toebrengen van schade met zich brachten.

Tegen deze lezing zou kunnen worden ingebracht dat de Hoge Raad niet heeft geoordeeld dat Multi zich, naar de eisen van de haar betamende zorgvuldigheid, van het

¹³ HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:17, r.o. 3.3.

¹⁴ www.linkedin.com/posts/bartvanderwiel_rechtspraaknl-zoeken-in-uitspraken-activity-7151675748318146560-QkWX/. Zie overeenkomstig: <https://ijzeradvocaten.nl/vormt-bouwen-een-aanmerkelijk-risico-op-schade/>.

¹⁵ www.tk.nl/nieuws/belangrijke-uitspraak-voor-bouwpraktijk/.

¹⁶ Zie hierover kritisch: HR 12 januari 2024, JA 2024/44 en 2024/45, m.nt. J. Verstoep.

¹⁷ HR 3 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5569, NJ 1987/703, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Van Gastel/Van den Heuvel*).

¹⁸ Zie over de toenmalige discussie over de rechtmatige daad onder meer de noot van Van der Grinten bij HR 3 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5569, NJ 1987/703, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Van Gastel/Van den Heuvel*).

uitvoeren van de werkzaamheden had behoren te onthouden.¹⁹ Indien Multi onzorgvuldig zou hebben gehandeld, had zij de werkzaamheden in beginsel, gelet op de risico's, niet mogen uitvoeren. In lijn hiermee komt de vraag op of de benadeelden met succes een verbod van de bouwwerkzaamheden hadden kunnen vorderen. Op grond van art. 3:296 BW dient een rechter een dreigende onrechtmatige gedraging dan wel voortzetting van een onrechtmatige gedraging op vordering van de (potentieel) benadeelde te verbieden.²⁰ Echter, ik kan mij voorstellen dat het grote gevolgen kan hebben voor de bouwpraktijk in Nederland en wellicht zelfs het woningtekort kan verergeren als omwonenden door middel van een verbod risicovolle bouwwerkzaamheden kunnen tegenhouden.

Mogelijk heeft de Hoge Raad met deze problematiek in zijn achterhoofd verwezen naar het *Van Gastel/Van den Heuvel*-arrest, dat ik hiervoor reeds noemde.²¹ Deze zaak draaide om bouwactiviteiten die leidden tot omzetschade voor een naburige winkel, omdat de ten behoeve van de bouw geplaatste schutting afbreuk deed aan de zichtbaarheid van deze winkel. Het hof had in die zaak geoordeeld dat Nomij, de opdrachtgever van de aannemer, weliswaar niet onrechtmatig had gehandeld door het laten plaatsen en handhaven van een schutting, maar haar weigering om de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden wél een onrechtmatige daad jegens de benadeelde opleverde. De Hoge Raad heeft het arrest van het hof vernietigd en overwogen:

“Weliswaar kan het zich voordoen dat particuliere bouwactiviteiten enerzijds plaatsvinden op zodanige wijze of leiden tot een zodanige omzetschade voor naburige winkelbedrijven dat zij een onrechtmatige daad opleveren die tot vergoeding van die schade verplicht, terwijl zij anderzijds wegens het zwaarwegende maatschappelijke belang dat normale bouwactiviteiten niet onnodig worden belemmerd, niet door de rechter kunnen worden verboden, zolang degene voor wiens rekening die activiteiten worden ondernomen, die schade voor zijn rekening neemt. Doch 's Hof's voormelde oordeel is niet op feiten van deze aard gegrond.”

Het lijkt erop dat de Hoge Raad in het *Afzinkkelder*-arrest met de verwijzing naar het *Van Gastel/Van den Heuvel*-arrest heeft willen verduidelijken dat Multi zich niet van het uitvoeren van de werkzaamheden had behoeven te onthouden, en dat haar geen verbod op het uitvoeren van de werkzaamheden had kunnen worden opgelegd, maar dat dat niet afdoet aan de (mogelijke) onrechtmatigheid van haar handelen jegens de eigenaar en de huurders van het naastgelegen pand.

19 HR 7 april 2006, NJ 2006/244 (*Der Bildtpollen/Miedema*), r.o. 3.3 en HR 9 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1576, NJ 1996/403 (*Zwiepende tak*).

20 C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2023/161.

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

Met het *Van Gastel/Van den Heuvel*-arrest werd geanticipeerd op art. 6:168 BW,²² waarin is bepaald dat een rechter een vordering, strekkende tot verbod van een onrechtmatige gedraging, kan afwijzen als deze gedraging op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoort te worden geduld. Art. 6:168 BW vormt dus een wettelijke uitzondering op art. 3:296 BW; op grond van art. 3:296 BW kan een verbod worden gevorderd, maar sommige gedragingen hebben zodanig maatschappelijk nut, dat deze, hoewel onrechtmatig, soms moeten worden geduld. Blijkens de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie kan bijvoorbeeld worden gedacht aan belangen als werkgelegenheid, milieu en voorkoming van besmetting onder het vee.²³ Als een onrechtmatige handeling moet worden geduld, behoudt de benadeelde blijkens art. 6:168 BW zijn recht op vergoeding van de schade.

Art. 6:168 BW was overigens geen onderwerp van discussie tussen Multi en haar opdrachtgever enerzijds en de benadeelden anderzijds, naar ik aanneem mede omdat de benadeelden geen verbod vorderden, maar schadevergoeding.

7. Factoren

Helder is dat het *Afzinkkelder*-arrest niet zover strekt dat aannemers altijd op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk zullen zijn als zij schade aan de omgeving toebrengen. Voor de praktijk is nu van belang wanneer de uitvoering van werkzaamheden onrechtmatig kan zijn. Daarvoor zijn de hiervoor genoemde door de Hoge Raad besproken factoren van belang. Zonder pretentie van volledigheid ga ik hierna uitgebreider in op de verschillende factoren.

7.1 Aanmerkelijk risico

Ik vermoed dat de eerstgenoemde omstandigheid het belangrijkste is: aan de bouwwerkzaamheden was een aanmerkelijk risico verbonden dat aan het naastgelegen pand schade zou worden toegebracht, ook als maatregelen ter voorkoming van schade werden getroffen en de werkzaamheden zorgvuldig werden uitgevoerd. Deze factor is in lijn met de aloude *Kelderluik*-criteria, waarbij onder meer de waarschijnlijkheid dat zich een ongeval zal voordoen als gevolg van bepaald gedrag en de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben van belang zijn bij de beoordeling van de onrechtmatigheidsvraag. Zonder een aanmerkelijk risico op schade, ligt de aansprakelijkheid van de aannemer voor het uitvoeren van werkzaamheden (die op zorgvuldige wijze zijn voorbereid en uitgevoerd) niet voor de hand. Daarmee

22 C.J.J.C. van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:168 BW, aant. 3 (online, bijgewerkt 30 november 2023) en C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2023/162.

23 C.J. van Zeven, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 5, Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981, p. 55; HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC4031, NJ 1992/638 (*Leffers/Staat (Varkenspest)*) en HR 15 februari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0150, NJ 1992/639.

komt de vraag op wanneer sprake is van een 'aanmerkelijk risico' dat schade wordt toegebracht.

Aan de meeste gedragingen is wel een bepaalde mate van gevaar verbonden. Als dat steeds een onzorgvuldige handeling zou opleveren, dan zou iedereen dagelijks meermaals onrechtmatig handelen. Uit vaste rechtspraak volgt echter:

“dat niet reeds de enkele mogelijkheid van schade als verwezenlijking van aan een bepaald gedrag inherent gevaar dat gedrag onrechtmatig doet zijn, maar dat zodanig gevaarscheppend gedrag slechts onrechtmatig is indien de mate van waarschijnlijkheid van schade als gevolg van dat gedrag zo groot is dat de betrokkene zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden.”²⁴

Van onrechtmatigheid is pas sprake wanneer men meer risico neemt dan redelijkerwijs verantwoord is, door Tjong Tjin Tai een 'risicodrempel' genoemd.²⁵ De Hoge Raad legt de lat, de risicodrempel, in dit geval hoger door de term 'aanmerkelijk' te gebruiken, dat volgens Van Dale 'belangrijk' of 'aanzienlijk' betekent. Het risico op het toebrengen van schade moet dus groot zijn. Hier valt wel iets voor te zeggen in gevallen als het onderhavige, waarbij werkzaamheden zorgvuldig zijn voorbereid en uitgevoerd en daarmee minder voor de hand ligt dat een norm is geschonden.

In de praktijk kan bij de invulling van het begrip wellicht gebruik worden gemaakt van reeds bestaande rechtspraak. De term doet denken aan de in het strafrecht gebruikte bewoordingen om voorwaardelijke opzet aan te nemen: iemand heeft binnen het strafrecht voorwaardelijk opzet als hij bewust de aanmerkelijke kans op het gevolg aanvaardt.²⁶ Ook binnen het civiele recht wordt deze term gebruikt voor ernstigere schuldvormen. Zo heeft de Hoge Raad de term gebruikt bij de uitleg van het begrip 'bewuste roekeloosheid' als bedoeld in art. 7:658 lid 2 BW. Een werkgever is niet aansprakelijk voor schade die een werknemer lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden als de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Voor het aannemen van bewuste roekeloosheid van de werknemer is volgens de Hoge Raad onder meer vereist dat er sprake is van een *aanmerkelijke kans* op schade en de werknemer zich direct voorafgaand aan zijn gedraging van deze aanmerkelijke kans daadwerkelijk bewust is geweest.²⁷ Verder heeft de Hoge Raad bij 'merkelijke schuld' vereist dat een *aanmerkelijke kans*

bestaat dat de gedragingen tot schade zullen leiden.²⁸ 'Merkelijke schuld' is een begrip dat stamt uit het oude Wetboek van Koophandel (art. 294 WvK (oud)), waarmee een ernstige mate van schuld wordt aangeduid.²⁹ Als daarvan onder het oude verzekeringsrecht sprake was, hoefde de brandverzekeraar geen schade uit te keren.

Hoewel de Hoge Raad daarover in dit arrest niets overweegt, neem ik aan dat voor het aannemen van aansprakelijkheid ook is vereist dat Multi wist of had behoren te weten dat aan haar handelen een aanmerkelijk risico op het ontstaan van schade was verbonden.³⁰

7.2 Belang bij werkzaamheden

Ten tweede benoemt de Hoge Raad dat de werkzaamheden in het belang van (de opdrachtgever van) de aannemer zijn uitgevoerd en geen voordeel opleverden voor de benadeelden. Deze factor sluit goed aan bij het rechtsgevoel; het zou lastig zijn om aan een leek uit te leggen dat de eigenaar en huurders van het naastgelegen pand met de schade zouden moeten blijven zitten. De aannemer heeft profijt van de werkzaamheden en het is redelijk dat hij dan ook de nadelen daarvan draagt. In zoverre lijkt deze factor op een van de redenen om een risicoaansprakelijkheid voor fouten van ondergeschikten en gebrekkige roerende zaken in het leven te roepen: het profijtbeginsel.³¹

Men zou wellicht kunnen betogen dat de vraag of sprake is van een normschending hiermee aan belang inboet en de aansprakelijkheid meer is gegrond op een risicoverdeling naar redelijkheid. Ik meen echter dat dat niet het geval is en dat de belangen over en weer een rol kunnen spelen bij de mate waarin zorgvuldig jegens de benadeelde moet worden gehandeld. Franke wijst er in haar proefschrift op dat "*het doel dat met de schadetoebrengende activiteit wordt nagestreefd*" een factor is die meespeelt bij onzorgvuldigheid, met name als het niet gaat om een gevaarzettende situatie.³² Zij leidt uit de jurisprudentie af dat gevallen waar een handeling vooral of uitsluitend in het belang van een van de partijen wordt uitgevoerd, eerder onrechtmatig is dan een handeling in het belang van beide partijen. Zo noemt zij het *Circusezel*-arrest dat handelde over een circus die tijdens een voorstelling iemand uit het publiek opriep om op een ongezadelde ezels een rondje door de piste te rijden.³³ De man die zich had opgegeven voor de rit werd vervolgens door de ezels afgeworpen met ernstig letsel van deze man tot gevolg. De Hoge Raad oordeelde dat het circus onzorgvuldig had gehandeld, waarbij mede een rol speelde dat het

24 Zie bijv. HR 7 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6934, NJ 2006/244 (*Der Bildtpollen/Miedema*), r.o. 3.3.

25 T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Gevaarzetting en risicoverhoging', *WPNR* 2005/6620, p. 366.

26 HR 19 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8716, NJ 1985/633 (*Aanmerkelijke kans*).

27 HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2142, NJ 1997/198 (*Pollemans/Hoondert*) en HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6175, NJ 2009/330 (*Maasman/Akzo Nobel*).

28 HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2831, NJ 2004/536, m.nt. M.M. Mendel (*Amev/Meyerink*), r.o. 3.5.

29 HR 12 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9428, NJ 2001/419, r.o. 3.5. Overigens wordt de term nog steeds in polisvoorwaarden gebruikt.

30 Concl. A-G G.R.B. van Peurseem 28 mei 2021, ECLI:NL:PHR:2021:517, onder 2.4, bij HR 4 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:121.

31 *Kamerstukken II* 1988/89, nr. 21202, nr. 3, p. 7 (MVT).

32 M.E. Franke, *Over de grens van de onrechtmatige daad. Een onderzoek naar de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 270 e.v.

33 O.m. HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0482, NJ 1989/729 (*Circusezel*).

hier ging om schade veroorzaakt door een dier waarvan het circus – als circusexploitant – zich bediende om het “*ter opluistering van de voorstelling*” ongezadeld door onervaren lieden als de benadeelde te doen berijden. In andere woorden: het circus had hier profijt van.

Handelingen in het belang van beide partijen, zoals vriendendiensten of sport- en spelsituaties, zullen volgens Franke minder snel tot onzorgvuldigheid leiden, evenals handelingen in het belang van een ander.³⁴ Ik kan mij hierin vinden. Diegene die hulp biedt zal dit over algemeen doen met goede bedoelingen. Hij moet niet al te veel worden ontmoedigd door een (te groot) aansprakelijkheidsrisico.³⁵

7.3 *Schade die niet hoeft te worden geduld*

De Hoge Raad noemt ten derde de omstandigheid dat de schade niet zonder meer behoort tot hetgeen door een derde moet worden geduld bij bouwwerkzaamheden van een ander. De lagere rechtspraak zal hier een verdere invulling aan moeten geven, maar ik kan mij voorstellen dat onder meer de aard en de ernst van de schade een rol spelen. Als de schade bijvoorbeeld louter esthetische gevolgen heeft, zal deze naar mijn inschatting eerder moeten worden geduld dan wanneer de schade de constructie van een gebouw aantast.

Op zich maakt de ernst die de gevolgen van het ongeval kunnen hebben onderdeel uit van de *Kelderluik*-criteria, maar de formulering van de onderhavige factor is niettemin opvallend. De Hoge Raad lijkt niet zozeer in de beoordeling te betrekken wat de omvang is van de *mogelijke* schade die naar aanleiding van de gedraging zou kunnen ontstaan, maar wat de omvang is van de schade die zich in het concrete geval heeft voorgedaan. Dat zou haaks staan op het uitgangspunt dat gedragingen ex ante moeten worden beoordeeld.³⁶ een gedraging moet onzorgvuldig zijn naar de opvattingen ten tijde van de gedraging.³⁷ Mogelijk bedoelt de Hoge Raad dat het erom gaat of voorafgaand aan de werkzaamheden een aanmerkelijk risico bestond op het ontstaan van schade die niet behoeft te worden geduld. Dan zou de gedraging alsnog ex ante worden beoordeeld, hetgeen beter zou passen in het recht.³⁸

Hier kan tegen worden ingebracht dat de Hoge Raad al vaker de concrete schade zoals die zich heeft voorgedaan lijkt te hebben meegenomen bij de onrechtmatigheidstoets, meer specifiek bij onrechtmatige hinder. Op grond van art. 5:37 BW mag de eigenaar van een erf niet in een mate of op een

wijze die volgens art. 6:162 BW onrechtmatig is, aan eigenaars van andere erven hinder toebrengen, zoals het verspreiden van rumoer, trillingen, stank, rook of gassen, door het onthouden van licht of lucht of door het ontnemen van steun. In een procedure over stank door de exploitatie van een pluimveebedrijf heeft de Hoge Raad overwogen:

“Of het veroorzaken van hinder – bijvoorbeeld door het verspreiden van stank – onrechtmatig is, is volgens vaste rechtspraak afhankelijk van de aard, de ernst en de duur van de hinder en de daardoor veroorzaakte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval, waaronder de plaatselijke omstandigheden.”³⁹

Ook hier vraag ik mij af of de Hoge Raad werkelijk bedoelt dat de onrechtmatigheid (deels) ex post moet worden beoordeeld. Ik kan mij voorstellen dat het erom gaat of voorafgaand aan of gedurende de gedraging(en) voorzienbaar was dat daarmee (een onaanvaardbare vorm van) hinder zou worden toegebracht.

7.4 *Verzekering*

Ten slotte noemt de Hoge Raad de omstandigheid dat het veeleer op de weg van de aannemer lag om zich tegen aansprakelijkheid voor het toebrengen van schade aan derden te verzekeren. Ook deze factor lijkt niet zozeer te passen bij een gedragingsaansprakelijkheid, maar lijkt meer een aansprakelijkheid op basis van de vraag wie het risico het beste kan dragen. De factor wordt bijvoorbeeld vaker gebruikt als argument om risicoaansprakelijkheden in het leven te roepen.

Om verschillende redenen vind ik deze factor van de Hoge Raad lastig te plaatsen. Volgens de Hoge Raad lag het op de weg van de aannemer om zich te verzekeren tegen *aansprakelijkheid*. Een aansprakelijkheidsverzekeraar hoeft alleen uit te keren als de verzekerde aansprakelijk is. Indien de aannemer niet onrechtmatig zou hebben gehandeld, zou de aannemer de schade dus niet hebben kunnen verleggen, ook al had hij de door de Hoge Raad bedoelde verzekering gehad. Een aansprakelijkheidsverzekering zou dan niet hebben geholpen bij het voorkomen van de schade van de benadeelden. Dit was wellicht anders geweest als het op weg van de aannemer had gelegen om mede ten behoeve van de benadeelden een *first party*verzekering af te sluiten; de benadeelden kunnen met zo een directe verzekering rechtstreeks de verzekeraar aanspreken en de aansprakelijkheid van de aannemer is dan geen vereiste.

De gedachte dat de verzekering een (belangrijke) rol kan spelen bij de vestiging van een buitencontractuele aansprakelijkheid stuit vaak op weerstand,⁴⁰ onder meer omdat – zoals eerder besproken – een normschending vereist is in ons aansprakelijkheidsrecht, maar bijvoorbeeld ook

34 M.E. Franke, *Over de grens van de onrechtmatige daad. Een onderzoek naar de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 276-279.

35 K.J.O. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.11.1 (online, bijgewerkt 1 december 2020).

36 Concl. A-G T. Hartlief 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:378, onder 3.21, bij HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:17 en K.J.O. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.1.7 (online, bijgewerkt 1 december 2020).

37 HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5809, NJ 2002/258, r.o. 4.5.2.

38 Zie overeenkomstig: <https://cassatieblog.nl/aansprakelijkheid-en-schadevergoeding/ook-zorgvuldig-bouwen-kan-onrechtmatig-zijn/>.

39 HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1106, NJ 2017/265, r.o. 3.3.2. Zie overeenkomstig HR 19 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Groningenveld*), r.o. 2.12.2.

40 Zie hierover ook T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 21 e.v.

omdat zowel verzekeraars als de samenleving als geheel belang hebben bij het behoud van verzekeraarbaarheid. Er zijn te veel nadelen verbonden aan een *assurance oblige*-systeem (waarbij aanwezigheid van een aansprakelijkheidsverzekering aan de zijde van de schadeveroorzaker bijv. leidt tot het oordeel dat hij aansprakelijk is).⁴¹

Toch heeft de Hoge Raad de aanwezigheid van een verzekering vaker direct of indirect een rol laten spelen bij de vestiging van de aansprakelijkheid.⁴² Als de verzekering een rol speelt bij de vestiging van een buitencontractuele aansprakelijkheid, ligt het wat mij betreft meer voor de hand om dit mee te wegen in het kader van de toerekening van de onrechtmatige daad aan de dader (art. 6:162 lid 3 BW). Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. In de literatuur wordt aangenomen dat bij de beoordeling van de verkeersopvattingen kan meespelen of de dader een aansprakelijkheidsverzekering had kunnen afsluiten, die de schade zou hebben gedekt.⁴³ Bij de toerekening op grond van verkeersopvattingen kan overigens ook een rol spelen of juist de benadeelden het desbetreffende risico hebben verzekerd.⁴⁴ Het is niet ongebruikelijk dat pandeigenaren een opstalverzekering hebben afgesloten, maar schade door werkzaamheden in de omgeving is daarop niet altijd gedekt.⁴⁵

Het is mijns inziens niet voor de hand liggend dat de mogelijkheid om een aansprakelijkheidsverzekering af te sluiten een factor is die mee zou spelen bij de vraag of in strijd met een *norm* is gehandeld.⁴⁶

8. Afronding

Ik verwacht dat dit arrest hierna nog vele pennen in beweging zal brengen en het laatste woord nog niet is gezegd. Hoewel ik meen dat het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht met dit arrest niet fundamenteel is gewijzigd,

neem ik aan dat het arrest – zeker bij bouwzaken – vaker onderwerp van discussie zal zijn. Dit zal echter niet steeds tot toewijzing van de vordering moeten leiden; mijns inziens is de factor dat aan de bouwwerkzaamheden een aanmerkelijk risico verbonden is dat schade zou worden toegebracht een belangrijke factor, en zal deze factor de toepassing van het arrest beperken. Los daarvan is het geen gegeven dat Multi en haar opdrachtgever in dit geval ook daadwerkelijk aansprakelijk zijn; de Hoge Raad overweegt in dit arrest dat het uitvoeren van de werkzaamheden een onrechtmatige daad op *kan* leveren en Multi aansprakelijk *kan* zijn.

Ik ben benieuwd in welke gevallen rechters dit arrest toepassen en ik sluit niet uit dat de Hoge Raad in een aanvullend arrest de lijnen zal verduidelijken.

41 J.H. Wansink, 'Bespiegelingen op de rode draden in het verzekeringsrecht na 10 jaar titel 7.17 BW', in: N. van Tiggele-van der Velde & H. Wansink (red.), *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 8 e.v. en T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 33.

42 Zie o.m. HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, NJ 2021/16 en de voorbeelden in: J.H. Wansink, 'Bespiegelingen op de rode draden in het verzekeringsrecht na 10 jaar titel 7.17 BW', in: N. van Tiggele-van der Velde & H. Wansink (red.), *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 8 e.v.

43 C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2023/123 en K.J.O. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 11.1.6.2 (online, bijgewerkt 1 december 2020).

44 C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2023/33.

45 Bij een allriskdekking zal de schade in principe verzekerd zijn, maar dat is anders bij de zogenoemde 'evenementen dekking'; dan is de dekking beperkt tot bepaalde gebeurtenissen, zoals brand en storm.

46 Zie ook <https://cassatieblog.nl/aansprakelijkheid-en-schadevergoeding/ook-zorgvuldig-bouwen-kan-onrechtmatig-zijn/>.