

Deze website maakt gebruik van cookies (meer informatie). Als u deze site blijft gebruiken, gaan wij er vanuit dat u hiermee akkoord gaat.

Akkoord



# Afzinkkelder-arrest - een jaar later

VAST 2025 / P-001

6 januari 2025

Ongeveer een jaar geleden heeft de Hoge Raad het veelbesproken *Afzinkkelder*-arrest (HR 12 januari 2024, [ECLI:NL:HR:2024:17](#)) gewezen. Het lijkt erop dat de Hoge Raad met het arrest een baksteen in de spreekwoordelijke vijver van het aansprakelijkheidsrecht heeft gegooid. Helder is dat het aansprakelijkheidsrecht met het arrest in beweging is gebracht. Het is momenteel echter nog onduidelijk welke kant het precies opgaat. Het arrest is door veel auteurs besproken en daaruit blijkt dat er veel verschillende visies zijn op het arrest. Ik zal in dit artikel ingaan op mijn visie en kort ingaan op verschillende andere visies.

## Feiten en oordeel hof

Het *Afzinkkelder*-arrest gaat over een aannemer (Multi), die zich heeft verbonden tot het plaatsen van een afzinkkelder. Voordat de werkzaamheden zouden worden uitgevoerd is gesignaleerd dat dit risicovolle werkzaamheden zouden zijn, die zouden kunnen leiden tot schade in de omgeving. Om het risico te beperken heeft Multi onder meer onderzoeken laten uitvoeren en een monitoringsplan laten opstellen.

Tijdens de werkzaamheden is een etalageruit van het naastgelegen pand gesprongen en zijn in dat pand scheuren ontstaan. Uit metingen is verder gebleken dat het naastgelegen pand tijdens de werkzaamheden is verzakt.

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

Het gerechtshof Den Bosch heeft overwogen dat de benadeelden niet hadden 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.

## Inbreuk op een recht bij zaaksbeschadiging

De benadeelden hebben cassatie ingesteld. Zij betoogden daar onder meer dat de enkele beschadiging van de eigendom van een ander door bouwwerkzaamheden onrechtmatig is, omdat daarmee inbreuk wordt gemaakt op het recht op het volle en onaangetaste genot van het eigendom. Zij deden hiermee dus een beroep op het onrechtmatigheidscriterium 'inbreuk op een recht'.

De Hoge Raad gaat hier niet in mee. Ik zal de overweging niet uitgebreid bespreken; de daaropvolgende rechtsoverweging is interessanter. Ik citeer de rechtsoverweging niettemin, mede omdat de overweging relevant kan zijn voor de uitleg van de rest van het arrest: *'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.'*

## Onzorgvuldigheid

De benadeelden hebben daarnaast betoogd 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.

De Hoge Raad overweegt naar aanleiding hiervan (en ik zal straks uitgebreider ingaan op de verschillende factoren, maar eerst in het kort):

- 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 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.

De benadeelden hadden ook een vordering ingesteld tegen de opdrachtgever van Multi. Het oordeel van het hof dat deze opdrachtgever niet aansprakelijk is jegens de benadeelden, kan naar het oordeel van de Hoge Raad evenmin in stand blijven, omdat dit oordeel mede berust op het met succes bestreden oordeel dat Multi niet onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld.

## Gedrags- of risicoaansprakelijkheid?

Het arrest is inmiddels volop geanalyseerd, en ook al kort na het wijzen van het arrest ontstond een discussie: is met het arrest nu een gedragsaansprakelijkheid of een risicoaansprakelijkheid aangenomen?

Aan de ene kant: 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 moeten worden meegewogen. De vraag of een bepaald risico zich heeft verwezenlijkt lijkt bijvoorbeeld een rol te spelen, en ook de vraag of de schade die zich in het concrete geval heeft voorgedaan moet worden geduld. Hier ga ik straks uitgebreider op in.

Toch meen ik dat een normschending onverkort vereist is. Ik vind hiervoor een aanwijzing in de rechtsoverweging over inbreuk op een recht, waarin 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, dus kennelijk is een normschending vereist.

Daarnaast gebruikt de Hoge Raad meerdere keren het woord 'onrechtmatig'. Bovendien biedt de Hoge Raad ruimte aan een rechter om tot het oordeel te komen dat de handeling niet onrechtmatig is. Zo gebruikt de Hoge Raad een aantal keer de bewoordingen 'niet zonder meer' en overweegt dat het uitvoeren van de werkzaamheden een onrechtmatige daad op 'kan' leveren. Dat lijkt niet op een risicoaansprakelijkheid; dan ligt het meer voor de hand dat aansprakelijkheid volgt als aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Overigens is het ook mogelijk is dat de Hoge Raad er op dit moment voor heeft gekozen om voorzichtige bewoordingen te gebruiken, omdat de Hoge Raad vooralsnog moeilijk kan overzien wat de gevolgen van een bredere toepassing zijn.

In de literatuur wordt ook wel betoogd dat in het arrest een aansprakelijkheid op grond van rechtmatig handelen is aangenomen, zoals de overheid soms aansprakelijk kan zijn op grond van een zogeheten 'rechtmatige overheidsdaad', en dat het arrest moet worden toegepast op gevallen waarin een onevenredige verdeling van nadelen en voordelen moet worden gecorrigeerd.<sup>1</sup>

Ik vind het een interessante gedachte, maar het sluit volgens mij niet goed aan bij de bewoordingen van de Hoge Raad en evenmin bij de verwijzing van de Hoge Raad in het *Afzinkkelder*-arrest naar het *Van Gastel/Van den Heuvel*-arrest.<sup>2</sup> Ik zal het arrest straks iets uitgebreider bespreken, maar noem voor nu dat de Hoge Raad met dit *Van Gastel/Van den Heuvel*-arrest juist heeft bevestigd dat er in ons rechtsstelsel geen verplichting bestaat tot vergoeding van schade door rechtmatig handelen en de enkele weigering tot betalen van schadevergoeding geen onrechtmatige handeling op kan leveren.

Als de lezing dat het hier gaat om schadevergoeding bij 'rechtmatig handelen' toch zou kloppen, dan kan dat overigens ook invloed hebben op de omvang van de schade die zou moeten worden vergoed, zo heeft Franken uitgelegd.<sup>3</sup> Het gaat dan mogelijk niet om herstel van de benadeelde in zijn oude toestand ('volledige schadevergoeding'), maar om schadevergoeding waarbij slechts

sprake is van het wegnemen van het onevenredig nadeel ('onevenredigheidsvergoeding'). De omvang tussen beide vormen van schadevergoeding zou kunnen verschillen.

## Normschending

Ik ga er dus vanuit dat een normschending onverkort vereist is. De vraag blijft alleen: welke norm heeft Multi dan (mogelijk) geschonden?

Het lijkt erop dat de Hoge Raad bedoelt dat Multi onrechtmatig kan hebben gehandeld doordat zij werkzaamheden heeft *uitgevoerd*, ondanks dat de werkzaamheden een aanmerkelijk risico op het toebrengen van schade met zich brachten en de schadelijdende partij geen voordeel bij de werkzaamheden had. Verheul heeft dit mooi verwoord: in essentie is de onzorgvuldigheid gelegen in het ten eigen voordele ontplooiën van risicovolle activiteiten ten kosten van een ander.<sup>4</sup>

Hier kan tegen worden ingebracht dat de Hoge Raad niet heeft geoordeeld dat Multi de werkzaamheden niet had mogen uitvoeren gelet op risico's. Oftewel, zoals de Hoge Raad het formuleerde in het *Zwiepende tak*-arrest: dat Multi zich naar de eisen van de haar betamende zorgvuldigheid, van het uitvoeren van de werkzaamheden had behoren te onthouden.<sup>5</sup> Indien Multi onzorgvuldig zou hebben gehandeld door het uitvoeren van de werkzaamheden, ligt het voor de hand dat zij zich van deze gedragingen had moeten onthouden.

In lijn hiermee komt de vraag op of de benadeelden met succes een verbod van de bouwwerkzaamheden hadden kunnen vorderen bij de rechter op grond van artikel 3:296 lid 1 BW. 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 al noemde.<sup>6</sup> Deze zaak draaide om bouwactiviteiten die leidden tot omzetschade voor een naburige winkel, omdat de voor de bouw geplaatste schutting afbreuk deed aan de zichtbaarheid van deze winkel. Het gerechtshof 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. Dat zou dus een schadevergoedingsverplichting op grond van een rechtmatige daad opleveren.

De Hoge Raad heeft dit 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.'* Dus: het kan zijn dat een bouwbedrijf in zo een geval onrechtmatig handelt.

Als dat zo is kunnen de werkzaamheden niet worden verboden vanwege het zwaarwegende maatschappelijke belang dat kan worden gebouwd, maar de onrechtmatige handeling brengt dan wel een verplichting tot vergoeden van schade mee. Dit is vergelijkbaar met het huidige artikel 6:168 BW.

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.

## Factoren

Helder is dat het *Afzinkkelder*-arrest niet zover strekt dat aannemers altijd op grond van artikel 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 onder meer de hiervoor genoemde factoren van belang, waar ik hierna op in zal gaan.

## 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. 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. Deze factor is wat mij betreft 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 onrechtmatigheid.

Maar wanneer is nu sprake van een 'aanmerkelijk risico'? 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 (...)'*.<sup>7</sup>

Van onrechtmatigheid kan pas sprake zijn wanneer men meer risico neemt dan redelijkerwijs verantwoord is, door prof. Tjong Tjin Tai een 'risicodrempel' genoemd.<sup>8</sup> 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.

Bij de invulling van het begrip kan misschien gebruik worden gemaakt van al bestaande rechtspraak. De term doet mij denken aan het in het strafrecht gebruikte begrip om voorwaardelijke opzet aan te nemen: iemand heeft binnen het strafrecht voorwaardelijk opzet als hij bewust de aanmerkelijke kans op het gevolg aanvaardt. 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 artikel 7:658 lid 2 BW. 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.<sup>9</sup> Verder heeft de Hoge Raad bij 'merkelijke schuld' vereist dat een *aanmerkelijke kans* bestaat dat de gedragingen tot schade zullen leiden. Merkelijke schuld is een begrip dat stamt uit het oude Wetboek van Koophandel (meer specifiek artikel 294 WvK (oud)) waarmee een ernstige mate van schuld werd bedoeld.<sup>10</sup> 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.

### **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 wat mij betreft goed aan bij het rechtsgevoel. De aannemer heeft profijt van de werkzaamheden en het is redelijk dat hij dan ook de nadelen daarvan draagt. Deze factor lijkt overigens ook op een van de redenen om een risicoaansprakelijkheid voor fouten van ondergeschikten en gebrekkige zaken in het leven te roepen: namelijk het profijtbeginsel.

Je zou kunnen zeggen dat de vraag of sprake is van een normschending hiermee minder belangrijk is en de aansprakelijkheid meer is gegrond op een soort risicoverdeling naar redelijkheid. Ik denk toch 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. Er valt wel iets voor te zeggen dat iemand meer rekening moet houden met diegene die geen belang heeft bij de handeling.

Ik sluit niet uit dat het proefschrift van Franke uit 2022 bij deze factor een rol heeft gespeeld.<sup>11</sup> Zij wees erop dat 'het doel dat met de schadetoebrengende activiteit wordt nagestreefd' een factor is die meespeelt bij onzorgvuldigheid en zij leidt uit de jurisprudentie af dat gevallen waarin 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.

### **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 het lijkt mij logisch dat onder meer de aard en de ernst van de schade een rol spelen. Als de schade bijvoorbeeld alleen 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: een gedraging moet onzorgvuldig zijn naar de opvattingen ten tijde van de gedraging. 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. Maar, dat staat er niet.

Bovendien lijkt het niet helemaal nieuw dat de gevolgen kunnen worden meegenomen bij de onrechtmatigheidsvraag. Denk bijvoorbeeld aan de rechtspraak over 'onrechtmatige hinder', neergelegd in artikel 5:37 BW. Volgens artikel 5:37 BW mag de eigenaar van een erf niet in een mate of op een wijze die onrechtmatig is, aan eigenaars van andere erven hinder toebrengen. Over de toepassing van dit artikel 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.'*<sup>12</sup> Bij de toepassing van dit artikel lijken de gevolgen van het handelen dus een belangrijke plaats in te nemen.

## 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. Deze factor vond ik aanvankelijk het moeilijkst te plaatsen, omdat ik ervan uitging dat de factor meespeelde bij de beoordeling van de onrechtmatigheid. De factor past niet zozeer bij een gedragsaansprakelijkheid, maar lijkt meer een aansprakelijkheid op basis van de vraag wie het risico het beste kan dragen, ook gelet op de bewoordingen. De Hoge Raad overweegt niet dat Multi gehouden was om een verzekering af te sluiten, maar dat het 'veeleer op de weg' van Multi lag om een verzekering af te sluiten.

Daarnaast heeft de Hoge Raad in r.o. 3.1.2 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. Het afsluiten van een verzekering strekt niet tot voorkoming van letsel of zaaksbeschadiging.

Toch kan ik mij voorstellen dat een verzekering kan meespelen bij de vestiging van aansprakelijkheid op grond van een onrechtmatige daad, maar dan ligt het wat mij betreft voor de hand om dit mee te wegen in het kader van een ander vereiste: bij de toerekening van de onrechtmatige handeling aan de dader. Een onrechtmatige handeling kan aan de dader worden toegerekend, als zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak die krachtens de wet of de verkeersopvattingen voor zijn rekening komt. Bij de beoordeling van de verkeersopvattingen is het logischer om mee te laten spelen wie het risico het beste kan dragen. Daarbij wordt vaker aangenomen dat kan meespelen of de dader een aansprakelijkheidsverzekering had kunnen afsluiten, die de schade zou hebben vergoed.

Misschien bedoelt de Hoge Raad ook dat deze factor meespeelt bij de toerekening. De rechtsoverweging volgt weliswaar op de klacht van de benadeelden tegen het oordeel van het hof dat niet onzorgvuldig was gehandeld, maar de Hoge Raad komt na het noemen van de factoren tot de volgende conclusie: *'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.'* De Hoge Raad heeft het hier mogelijk over alle vijf de vereisten van de onrechtmatige daad, en niet specifiek alleen het vereiste dat onrechtmatig is gehandeld.

## Verklaring

Om na te gaan wanneer de uitvoering van werkzaamheden onrechtmatig kan zijn is naast de hiervoor besproken factoren ook relevant wat de verklaring is of kan zijn van het arrest. Daarom ga ik hierna kort in op enkele andere visies op het arrest.

Jansen gaat ervan uit dat de verklaring toch moet worden gezocht in het *subjectieve recht* van de buurman (het eigendomsrecht), waarvan het voorwerp (het naastgelegen pand) door de risicovolle bouwactiviteiten is aangetast.<sup>13</sup> Hij signaleert dat het belang van subjectieve rechten – en daarmee de rechtsinbreuk – voor het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in de afgelopen decennia is toegenomen door de opkomst van grondrechten in het privaatrecht. Wat de Hoge Raad volgens hem heeft willen of had moeten zeggen 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 als maatschappelijk onbetamelijk hebben te gelden.

Verheul betoogt dat de uitspraak van de Hoge Raad goed verklaarbaar is wanneer men haar plaatst in de sleutel van het burenenrecht, meer specifiek het hinderleerstuk.<sup>14</sup> Verheul betoogt aan de hand van rechtspraak dat de onrechtmatigheidstoets in het kader van het hinderleerstuk enigszins van kleur verschiet, omdat hierbij meer de nadruk ligt op de *gevolgen* van het handelen dan op de vraag of dit handelen zelf onrechtmatig is. Zo stond bij de beoordeling door de Hoge Raad van de vraag of bijenspat (ontlasting van bijen) op de kassen van een glastuinder onrechtmatige hinder oplevert, niet zozeer centraal of het houden van bijen in overeenstemming is met de maatschappelijke zorgvuldigheid, maar komt het opnieuw aan op de vraag of de aard, duur en ernst van de bijenspat en de daardoor veroorzaakte schade zodanig is dat sprake is van onrechtmatige hinder. Verheul concludeert dus dat het vanuit een burenenrechtelijk perspectief niet verwonderlijk is dat in het *Afzinkkelder*-arrest de gevolgen van het handelen een prominente rol spelen; ook bij het *Afzinkkelder*-arrest zijn de burenen aangesproken (naast de aannemer van de burenen).

Tot slot noem ik dat Kolder meent dat de reikwijdte van het arrest nog niet duidelijk is, maar twee mogelijkheden ziet: ofwel er is in meer algemene zin een nieuwe jurisprudentiële aansprakelijkheid ingeluid voor allerhande op zichzelf zorgvuldige maar 'aanmerkelijk risicovolle' activiteiten, ofwel het arrest biedt slechts een 'a-typische' route naar een rechtvaardige uitkomst in wel heel bijzondere individuele gevallen, waarin het 'fout-vereiste' van artikel 6:162 BW niet tot een billijke uitkomst leidt.<sup>15</sup>



## Tot slot

Inmiddels is het – in ieder geval in de zaken die ik behandel – merkbaar dat vaak een beroep wordt gedaan op het *Afzinkkelder*-arrest. 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. Zoals hiervoor is gebleken zijn er ook andere visies op het arrest.

Het arrest is inmiddels al enkele keren toegepast door rechtbanken,<sup>16</sup> maar daaruit kan nog geen duidelijke lijn worden getrokken. Vermoedelijk zal de Hoge Raad de reikwijdte van het arrest in een later arrest verder verduidelijken, waarbij de Hoge Raad tegen die tijd ook gebruik kan maken van de sinds het *Afzinkkelder*-arrest verschenen literatuur en rechtspraak. Ik ben heel benieuwd welke kant het opgaat.

*Dit artikel is deels een bewerking van het eerder in NTBR gepubliceerd artikel over dit arrest: J.N. Potharst, 'Risicoaansprakelijkheid of "aanmerkelijk risico" aansprakelijkheid?', NTBR 2024/11.*

## Noten

- <sup>1</sup> A.Ch.H. Franken, 'Schadevergoeding bij rechtmatig handelen via art. 6:162 BW', *AV&S* 2024/7.
- <sup>2</sup> 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*).
- <sup>3</sup> A.Ch.H. Franken, 'Schadevergoeding bij rechtmatig handelen via art. 6:162 BW', *AV&S* 2024/7.
- <sup>4</sup> E.F. Verheul, 'Het Afzinkkelder-arrest in burenenrechtelijk perspectief', *NTBR* 2024/16.
- <sup>5</sup> HR 9 december 1994, [ECLI:NL:HR:1994:ZC1576](#), *NJ* 1996/403 (*Zwiepende tak*).
- <sup>6</sup> 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*).
- <sup>7</sup> Zie bijv. HR 7 april 2006, [ECLI:NL:HR:2006:AU6934](#), *NJ* 2006/244 (*Der Bildtpollen/Miedema*), r.o. 3.3.
- <sup>8</sup> T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Gevaarzetting en risicoverhoging', *WPNR* 2005/6620, p. 366
- <sup>9</sup> HR 20 september 1996, [ECLI:NL:HR:1996:ZC2142](#), *NJ* 1997/198 (*Pollemans/Hoondert*).
- <sup>10</sup> 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.
- <sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> K.J.O. Jansen, 'Het enigma van de Afzinkkelder: subjectieve rechten als bron van aansprakelijkheid', *NTBR* 2024/6.

<sup>14</sup> E.F. Verheul, 'Het Afzinkkelder-arrest in buretrechtelijk perspectief', *NTBR* 2024/16.

<sup>15</sup> A. Kolder, 'Het Afzinkkelder-arrest en personenschade?', *AV&S* 2024/19.

<sup>16</sup> Rb. Rotterdam 5 juni 2024, [ECLI:NL:RBROT:2024:5358](#) en rb. Den Haag 15 mei 2024, [ECLI:NL:RBDHA:2024:7462](#).

## Keywords

Aanmerkelijk risico  
Aansprakelijkheidsrecht  
Afzinkkelder  
Bouwrecht  
Onrechtmatige daad  
Verbintenissenrecht  
Zorgvuldigheidsnorm

## Auteur(s)

**Josine Potharst**

Advocaat bij Cox Ten Bruggencate Advocaten

[LinkedIn](#)