

Het afzinkkelder-arrest: zorgvuldigheidsnorm onrechtmatige daad bij risicovolle bouwwerkzaamheden aangescherpt

Hoge Raad

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

(mr. Lock, mr. Ter Heide, mr. Schaafsma, mr. Salomons, mr. Teuben)

(Concl. A-G Hartlief onder «JIN» 2024/29)

Noot mr. F.J. Berkelder

Onrechtmatige daad. Maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. Inbreuk op een recht. Bouwwerkzaamheden met aanmerkelijk risico.

[BW art. 6:162 lid 2]

Essentie: De Hoge Raad oordeelt dat een enkele zaaksbeschadiging niet reeds onrechtmatig is als inbreuk op een recht. Daarnaast verhoogt de Hoge Raad de zorgvuldigheidsnorm waaraan moet worden voldaan bij bouwwerkzaamheden met aanmerkelijk risico. Ondanks een zorgvuldige voorbereiding en uitvoering kan een partij onrechtmatig handelen jegens derden.

Samenvatting: Bij de constructie van een nieuw pand wordt door aannemer Multi een afzinkkelder geplaatst. Die plaatsing wordt zorgvuldig voorbereid en uitgevoerd. Ook worden tijdens het bouwproces aanvullende maatregelen getroffen om verzakking te voorkomen. Toch verzakt het naastgelegen pand waardoor schade aan dit pand ontstaat. Omdat geen overleg is gepleegd met de eigenaar van het naastgelegen pand, terwijl de verzekeraar daartoe wel instructie had gegeven, vervalt verzekeringsdekking.

De eigenaar, exploitant en bewoners van het naastgelegen pand vorderen schadevergoeding wegens onrechtmatige daad. Zowel de rechtbank als het hof wijzen hun vorderingen af. Beide instanties oordelen dat niet is komen vast te staan dat verweerders onzorgvuldig hebben gehandeld, wat betekent dat geen sprake is van aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW.

In cassatie oordeelt de Hoge Raad 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. 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.

Verder overweegt de HR dat aan de bouwwerkzaamheden van Multi een aanmerkelijk risico verbonden was dat aan het naastgelegen pand schade zou worden toegebracht, ook indien de voorbereiding en uitvoering zorgvuldig waren. Indien dit risico zich verwezenlijkt, kan niet zonder meer worden aanvaard dat eiseressen achterblijven met de schade. Hierbij is van belang dat de werkzaamheden werden uitgevoerd in het belang van Multi c.s. en voor eiseressen geen voordeel opleverden, dat de schade niet zonder meer behoort tot het

geen door een derde in het maatschappelijk verkeer moet worden geduld bij bouwwerkzaamheden van een ander, en dat het veeleer op de weg van Multi lag om zich tegen aansprakelijkheid voor het toebrengen van schade aan derden te verzekeren. Het uitvoeren van de werkzaamheden door Multi met schade aan het pand van eiseressen tot gevolg kan daarom een onrechtmatige daad opleveren.

1. [Eiseres 1] B.V. (hierna: [eiseres 1]), gevestigd te [vestigingsplaats],
2. [eiseres 2] B.V. (hierna: [eiseres 2]), gevestigd te [vestigingsplaats],
3. [eiser 3] (hierna: [eiser 3]), wonende te [woonplaats],
4. [eiseres 4] (hierna: [eiseres 4]), wonende te [woonplaats], eisers tot cassatie, hierna gezamenlijk: [eiseressen], advocaten: M. Littooj en M.B.A. Alkema, tegen *Multi-Bouwsystemen B.V.*, gevestigd te Soest, verweerster in cassatie, hierna: Multi, advocaat: R.T. Wiegerink, en tegen [verweerder 2], wonende te [woonplaats], verweerder in cassatie, hierna: [verweerder 2], advocaat: M.S. van der Keur.

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. de vonnissen in de zaak C/01/320627 / HA ZA 17-310 van de rechtbank Oost-Brabant van 9 augustus 2017, 29 november 2017 en 19 september 2018;
- b. de arresten in de zaak 200.254.542/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 9 april 2019, 21 april 2020 en 22 februari 2022.

[eiseressen] hebben tegen het arrest van het hof van 22 februari 2022 beroep in cassatie ingesteld.

Multi en [verweerder 2] hebben ieder afzonderlijk een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal T. Hartlief strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaten van [eiseressen] hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [eiseres 1] is eigenaar van de onroerende zaak aan de [adres 1] te [plaats] (hierna: het pand). [eiseres 2] exploiteert in het pand een groot- en detailhandel in wijnen. [eiser 3] en [eiseres 4] bewonen de bovenwoning in het pand.

(ii) [verweerder 2] is sinds 2012 eigenaar van de naast het pand gelegen onroerende zaak ([adres 2] te [plaats]).

(iii) Op 22 juni 2015 is aan [verweerder 2] een omgevingsvergunning verleend voor het bouwen van een winkel met appartementen en een kelder op het perceel [adres 2]. [verweerder 2] heeft met Multi een aannemingsovereenkomst gesloten voor het plaatsen van een zogenoemde afzinkkelder.

(iv) Multi is op 12 juli 2016 gestart met het afzinken van de kelder.

(v) Op 15 juli 2016 is tijdens deze werkzaamheden een deel van de kelderwand gescheurd als gevolg van het raken van een obstakel in de bodem en zijn de werkzaamheden stilgelegd.

(vi) Multi heeft vervolgens contact opgenomen met haar CAR-verzekeraar. De CAR-verzekeraar heeft laten weten dat de ontstane situatie moest worden besproken met alle betrokkenen, waaronder de eigenaar van het pand ([eiseres 1]) en dat indien niet aan deze eis werd voldaan, de verdere werkzaamheden niet gedekt zouden zijn.

(vii) Hierna heeft [verweerder 2] Multi geïnstrueerd de werkzaamheden voort te zetten voor rekening en risico van [verweerder 2] en zonder overleg met [eiseres 1].

(viii) Multi heeft het obstakel gedeeltelijk verwijderd en twee zogenoemde groutinjecties in de grond gedaan ter stabilisatie. Het afzinkproces is vervolgens op 18 juli 2016 hervat.

(ix) Op 22 juli 2016 heeft de advocaat van [eiseressen] bij Multi en [verweerder 2] gemeld dat die dag een etalageruit in het pand van [eiseres 1] is gesprongen en dat sprake is van ernstige scheurvorming in het pand, en hen gesommeerd de werkzaamheden te staken. Multi heeft aan deze sommatie geen gehoor gegeven en de werkzaamheden voortgezet.

(x) Op 27 juli 2016 heeft de advocaat van [eiseressen] de gemeente [plaats] (hierna: de gemeente) over het voorgaande geïnformeerd. De gemeente heeft op 28 juli 2016 een inspectie uitgevoerd waarbij afspraken zijn gemaakt. De afspraken houden onder andere in dat dagelijks deformatiemetingen moeten plaatsvinden, dat meting van de scheurvorming moet plaatsvinden en dat er direct nadat de kelder op diepte is, beton moet worden gestort tussen de kelderwand en de fundering.

(xi) De werkzaamheden in verband met het afzinken van de kelder zijn op 29 juli 2016 afgerond.

(xii) Omdat uit de deformatiemetingen bleek dat het pand verder verzakte, heeft de gemeente op verzoek van [eiseressen] op 12 augustus 2016 spoedeisende bestuursdwang toegepast, onder andere inhoudende een bouwstop en ontruiming en verzegeling van het pand.

(xiii) Nadat Multi in overleg bepaalde maatregelen had getroffen, is de bouwstop op 18 augustus 2018 opgeheven en is de kelder afgebouwd.

2.2. [eiseressen] vorderen in deze procedure onder meer een verklaring voor recht dat Multi en [verweerder 2] onrechtmatig hebben gehandeld jegens [eiseressen] en veroordeling van Multi en [verweerder 2] om de door [eiseressen] geleden schade te vergoeden, nader op te maken bij staat.

2.3. De rechtbank heeft de vorderingen van [eiseressen] afgewezen.

2.4. Het hof¹ heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Het hof heeft daartoe, voor zover in cassatie van belang, het volgende overwogen.

Een gedraging is niet reeds onrechtmatig wegens 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 [eiseressen] om te stellen en zo nodig te bewijzen dat Multi een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden die zij jegens [eiseressen] in acht had moeten nemen en

dat [eiseressen] als gevolg daarvan schade hebben geleden. (rov. 2.6.1)

[eiseressen] hebben niet gesteld dat de door Multi gekozen methode voor het plaatsen van de kelder onjuist of onveilig is. Voorts is van belang dat Multi voorafgaand aan de uitvoering van de werkzaamheden de resultaten van de voorbereidingen van werkzaamheden door [verweerder 2] heeft ontvangen en ook zelf onderzoek heeft gedaan. In dat verband heeft Multi onder meer een bouwveiligheidsplan opgesteld. Hierin staat dat risicovolle werkzaamheden zullen worden uitgevoerd die mogelijk kunnen leiden tot schade in de omgeving en dat het opstellen van monitoringsplannen voor risicovolle werkzaamheden moet leiden tot objectief te meten randvoorwaarden waarbinnen de werkzaamheden mogen plaatsvinden, voorkomen dan wel beperken van schade aan naburige panden en de afhandeling van de schuldvraag mocht er toch schade zijn ontstaan. Dit is uitgewerkt in het monitoringsplan. Ter uitvoering van het bouwveiligheidsplan is een zogenoemde nulmeting van het pand van [eiseres 1] gemaakt waarbij de bouwkundige staat van het pand in kaart is gebracht. Voorts heeft Multi onderzoek gedaan naar de fundering van het pand van [eiseres 1] door de fundering in te meten en door steekproefsgewijs enkele proefsleuven te graven. Multi heeft hiermee de werkzaamheden voldoende zorgvuldig voorbereid. (rov. 2.6.3)

Verder is relevant dat Multi vanaf september 2014 via [verweerder 2] en de door [verweerder 2] ingeschakelde architect tevergeefs heeft getracht actuele gegevens over de fundering en de belastbaarheid van het pand boven water te krijgen. Pas op 15 augustus 2016, toen de werkzaamheden al in volle gang waren, hebben [eiseressen] tekeningen getoond waaruit de status en fundering van het pand op dat moment bleek. Onder die omstandigheden kunnen [eiseressen] het Multi niet verwijten dat het funderingsonderzoek te beperkt is geweest, omdat Multi niet beschikte over actuele tekeningen van het pand. Van [eiseressen], als eigenaar van een oud pand met een hoge zettingsgevoeligheid, mag verwacht worden dat zij relevante informatie over het pand deelt met Multi zodat hiermee bij de voorbereiding en uitvoering van de werkzaamheden rekening kan worden gehouden. (rov. 2.6.4)

Ook de overige verwijten van [eiseressen] over de voorbereiding van de werkzaamheden door Multi gaan niet op. (rov. 2.6.5-2.6.8)

De stellingen van [eiseressen], inhoudend dat Multi bij de uitvoering van de werkzaamheden onzorgvuldig jegens [eiseressen] heeft gehandeld, komen erop neer dat Multi haar bouwveiligheidsplan niet heeft nageleefd toen de signaal- en actiewaarden werden overschreden en dat zij de werkzaamheden desondanks heeft voortgezet, ook toen bij het afzinken een obstakel werd geraakt. (rov. 2.6.9)

In het monitoringsplan staat, onder de kop deformatiemetingen en afzinken, vermeld dat voor de deformatiemetingen een signaalwaarde wordt aangehouden van 3 mm. Bij het bereiken van deze waarde zal een afweging worden gemaakt op basis van uitgevoerde werkzaamheden en eventuele trends in de meting. Bij het bereiken van 5 mm wordt een actie verwacht. Afhankelijk van de werkzaamheden is dit bijvoorbeeld een aanvullende meting, overleg aangaande de uitvoering en/of aanpassen van de werkwijze. Uit het bouwveiligheidsplan volgt dat de werkzaamheden zullen worden stilgelegd bij calamiteiten en als er schade wordt gemeld. (rov. 2.6.10)

Multi heeft niet betwist dat de signaal- en actiewaarden op verschillende momenten vanaf 12 juli 2016 tijdens het afzinken van de kelder zijn overschreden. Ter onderbouwing van

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

haar betwisting dat zij in strijd met het bouwveiligheids- en monitoringsplan heeft gehandeld, heeft Multi aangevoerd dat zij, toen de deformatiewaarden de signaal- en actiewaarde overschreden en op 15 juli 2016 het obstakel werd geraakt, een deel van de kelderwand scheurde en de deformatie op die plek plotseling toenam van 7 mm naar 17 mm, conform het bouwveiligheids- en monitoringsplan de werkzaamheden heeft stilgelegd en overleg heeft gevoerd met [verweerder 2], de CAR-verzekeraar en deskundigen. Volgens Multi heeft dit overleg ertoe geleid dat een grondverbetering/stabilisatie heeft plaatsgevonden door het toepassen van twee groutinjectionen ter opvulling van holle ruimtes om schade aan het pand van [eiseres 1] te voorkomen, waarna, na het weghalen van een deel van het obstakel, het afzinkproces op 18 juli 2016 is doorgezet en de deformatie is verminderd tot de waarde van voor het raken van het obstakel. Hierna zijn de deformatiewaarden weer verder opgelopen en hebben [eiseressen] op 22 juli 2016 schade ten gevolge van gesprongen etalageruit gemeld. Volgens Multi is er op dat moment niet voor gekozen om de werkzaamheden stil te leggen omdat dit een groter risico op zettingen en scheefstand van het pand van [eiseres 1] zou opleveren dan wanneer het afzinkproces zou worden doorgezet, omdat de kelderwand juist zorgt voor de noodzakelijke stabiliteit. (rov. 2.6.11)

Hieruit volgt dat de handelwijze van Multi voldoende zorgvuldig is geweest. Zij heeft gehandeld conform het bouwveiligheids- en het monitoringsplan door op het moment dat signaal- en actiewaarden werden overschreden en zich een calamiteit/schade voordeed in actie te komen, overleg te voeren en te beoordelen of aanpassing van de werkwijze noodzakelijk was. Dat dit niet heeft geleid tot het definitief stilleggen van de werkzaamheden maakt dit niet anders. (rov. 2.6.12)

Het enkele feit dat de CAR-verzekeraar van Multi haar na het raken van het obstakel op 15 juli 2016 heeft laten weten dat er een gezamenlijke afspraak moest plaatsvinden met alle betrokkenen, waaronder [eiseressen], bij gebreke waarvan er geen dekking meer zou worden verleend, maakt het voorgaande niet anders. (rov. 2.6.13)

[eiseressen] hebben hun stelling dat vanwege de bodemsamenstelling en de funderingswijze van het pand extra zorgvuldigheid was vereist dan wel dat voor Multi een verhoogde zorgvuldigheidsnorm gold, onvoldoende onderbouwd. Hierbij komt dat het aan [eiseressen] zelf te wijten is dat Multi niet over gedetailleerde informatie over de fundering van het pand van [eiseres 1] beschikte en daarmee dus ook geen rekening heeft kunnen houden bij de voorbereiding en uitvoering van de werkzaamheden. (rov. 2.6.14)

Niet is komen vast te staan dat sprake is van onzorgvuldig handelen door Multi bij de uitvoering van haar werkzaamheden. Aangezien Multi ook bij de voorbereiding van haar werkzaamheden voldoende zorgvuldig heeft gehandeld, betekent dit dat geen sprake is van aansprakelijkheid van Multi jegens [eiseressen] op grond van art. 6:162 BW. (rov. 2.6.15)

Niet is komen vast te staan dat [verweerder 2] jegens [eiseressen] onzorgvuldig heeft gehandeld. Dit betekent dat geen sprake is van aansprakelijkheid van [verweerder 2] jegens [eiseressen] op grond van art. 6:162 BW. (rov. 2.7.1-2.7.3)

3. Beoordeling van het middel

3.1.1. Onderdeel 1 van het middel richt zich tegen het oordeel van het hof in rov. 2.6.1 dat een gedraging niet reeds onrechtmatig is vanwege het enkele feit dat zaaksbeschadiging zich voordoet en een (voorzienbaar) gevolg is van die gedraging. Volgens het onderdeel getuigt dit oordeel van een onjuiste

rechtsopvatting omdat in het algemeen, althans in gevallen waarin als gevolg van bouwwerkzaamheden (zaak)schade ontstaat in de omgeving, reeds de enkele beschadiging van het eigendom van een ander onzorgvuldig en dus onrechtmatig is, nu daarmee inbreuk wordt gemaakt op het recht op het volle en onaangetaste genot van het eigendom.

3.1.2. Deze klacht faalt. 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.² Het door onderdeel 1 bestreden oordeel van het hof is dus juist.

3.2.1. Onderdeel 2 richt zich tegen het oordeel van het hof dat Multi bij de voorbereiding en uitvoering van de bouwwerkzaamheden niet in strijd heeft gehandeld met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De onderdelen 2.1, 2.2 en 2.4 klagen in de kern dat het hof heeft miskend dat Multi bij de uitvoering van bouwwerkzaamheden dient te voorkomen dat aan eigendommen van derden schade ontstaat. Deze (overkoepelende) zorgvuldigheidsverplichting brengt volgens de onderdelen mee dat wanneer bij de bouwwerkzaamheden van Multi, ondanks een zorgvuldige voorbereiding en uitvoering van die werkzaamheden, toch schade ontstaat aan de eigendommen van derden, Multi voor die schade aansprakelijk is.

3.2.2. Uit hetgeen het hof in rov. 2.6.3 van zijn arrest heeft vastgesteld (zie hiervoor in 2.4) volgt dat aan de bouwwerkzaamheden van Multi een aanmerkelijk risico verbonden was dat aan het pand van [eiseres 1] schade zou worden toegebracht, ook indien maatregelen ter voorkoming van schade werden getroffen en de werkzaamheden zorgvuldig werden uitgevoerd. Waar dit risico zich vervolgens heeft verwezenlijkt, kan niet zonder meer worden aanvaard dat [eiseressen] de daardoor veroorzaakte schade dienen te dragen. Hierbij is van belang dat de werkzaamheden in het belang van (de opdrachtgever van) Multi werden uitgevoerd en voor [eiseressen] geen voordeel opleverden, dat de schade van [eiseressen] niet zonder meer behoort tot hetgeen door een derde in het maatschappelijk verkeer moet worden geduld bij bouwwerkzaamheden van een ander, en dat het veelmeer op de weg van Multi lag om zich tegen aansprakelijkheid voor het toebrengen van schade aan derden te verzekeren. Het uitvoeren van deze werkzaamheden door Multi met schade aan het pand van [eiseres 1] tot gevolg, kan daarom een onrechtmatige daad opleveren die verplicht tot vergoeding van de schade die daarvan het gevolg is.³

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

3.3. Het door onderdeel 3 bestreden oordeel van het hof (in rov. 2.7.1-2.7.3) dat [verweerder 2] als opdrachtgever niet aansprakelijk is jegens [eiseressen] kan niet in stand blijven nu dit oordeel mede berust op het door de onderdelen 2.1, 2.2

² Parl. Gesch. Boek 6, p. 614.

³ Vgl. HR 3 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5569, rov. 3.

en 2.4 met succes bestreden oordeel dat Multi niet onrechtmatig jegens [eiseressen] heeft gehandeld. De klachten van onderdeel 3 behoeven daarom geen behandeling.

3.4. Het slagen van de onderdelen 2.1, 2.2 en 2.4 brengt voorts mee dat rov. 2.9.1 en het dictum van het arrest niet in stand kunnen blijven. Ook onderdeel 4 is dus gegrond.

3.5. De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4. Beslissing

De Hoge Raad:

– vernietigt het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 22 februari 2022;

– verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing;

– veroordeelt Multi en [verweerder 2] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiseressen] begroot op € 7.328,72 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris.

NOOT

1. Inleiding

1.1. In dit arrest bevestigt de Hoge Raad dat een zaaksbeschadiging en letsel niet zonder meer gelden als inbreuk op een recht in de zin van art. 6:162 lid 2 BW, maar in het algemeen pas onrechtmatig zijn als de schade het gevolg is van een normschending. In het verlengde daarvan scherpt de Hoge Raad de zorgvuldigheidsnormen aan voor risicovolle bouwwerkzaamheden. Daarmee is het arrest van principieel belang voor het leerstuk van de onrechtmatige daad en tevens van groot praktisch belang voor de bouwindustrie.

1.2. In deze annotatie zullen eerst kort de relevante feiten worden geschetst, waarna het procesverloop wordt weergegeven, gevolgd door de overwegingen en het oordeel in cassatie. De annotatie wordt afgesloten met een beschouwing van het oordeel van de Hoge Raad.

2. Relevante feiten

2.1. In opdracht van de eigenaar van een nieuw te realiseren pand, plaatst aannemer Multi een afzinkkelder. Daarbij wordt op 15 juli 2016 een obstakel in de bodem geraakt, met als direct gevolg dat de kelderwand scheurt en de etalageruit in het naastgelegen pand springt. Hierop legt Multi de werkzaamheden onmiddellijk stil.

2.2. Multi informeert haar verzekeraar. Die laat weten dat Multi op straffe van het vervallen van verzekeringsdekking overleg dient te plegen met alle betrokkenen, waaronder de eigenaar van het naastgelegen pand. Multi besluit op instructie en voor risico van haar opdrachtgever echter niet in overleg te treden met de eigenaar van het naastgelegen pand. Multi verwijderd het geraakte obstakel en neemt voorzorgsmaatregelen om de bodem te stabiliseren, waarna Multi de werkzaamheden op 18 juli 2016 hervat.

2.3. Enkele dagen later, op 22 juli 2016, melden de eigenaren van het naastgelegen pand zich bij monde van hun advocaat. Multi en haar opdrachtgever worden gesommeerd om de werkzaamheden onmiddellijk te staken. Bij het naastgelegen pand is namelijk ernstige scheurvorming ontstaan.

2.4. Desondanks zet Multi de werkzaamheden voort omdat met de plaatsing van de kelderwand verdere verzakking – en daarmee verdere schade – wordt voorkomen. De advocaat informeert vervolgens de gemeente over de situatie. De gemeente laat op 28 juli 2016 een inspectie uitvoeren waarbij afspraken worden gemaakt om verdere schade te voorkomen. De werkzaamheden worden daarop voortgezet. Als uit metingen blijkt dat het naburige pand verder verzakt, past de gemeente op 12 augustus 2016 spoedeisende bestuursdwang toe en wordt een bouwstop opgelegd. Vervolgens worden nog verdere maatregelen getroffen, waarna de afzinkkelder wordt afgebouwd.

2.5. Ondanks de voorzorgsmaatregelen die Multi heeft getroffen, is het naburige pand ernstig verzakt waardoor schade aan dit pand is ontstaan. De eigenaar, exploitant en bewoners van het pand starten een procedure tegen Multi en haar opdrachtgever.

3. Procesverloop in eerste aanleg en in hoger beroep

3.1. In eerste aanleg wordt onder meer een verklaring voor recht gevorderd waarin wordt vastgesteld dat Multi en haar opdrachtgever onrechtmatig hebben gehandeld jegens de rechthebbenden van het naastgelegen pand en wordt een veroordeling van Multi en haar opdrachtgever gevorderd tot vergoeding van de schade die door de rechthebbenden van het naastgelegen pand is geleden ten gevolge van de schade die is opgetreden door het aanleggen van de afzinkkelder. De rechtbank wijst de vorderingen van eiseressen af omdat eiseressen niet concreet hebben gemaakt waaruit het onrechtmatige handelen van Multi c.s. bestaat.

3.2. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank. Het hof overweegt daartoe, voor zover in cassatie van belang, dat een gedraging niet reeds onrechtmatig is wegens 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 aan eiseressen om te stellen en zo nodig te bewijzen dat Multi een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden, welke zorgvuldigheidsnorm zij jegens eiseressen in acht had moeten nemen en dat eiseressen als gevolg daarvan schade hebben geleden (zie r.o. 2.6.1 van de uitspraak in hoger beroep). In het verlengde daarvan komt evenmin vast te staan dat de opdrachtgever onzorgvuldig heeft gehandeld.

4. Beoordeling in cassatie

4.1. Het cassatiemiddel richt zich ten eerste tegen het oordeel van het hof dat een gedraging niet reeds onrechtmatig is vanwege het feit dat zaaksbeschadiging zich voordoet als een voorzienbaar gevolg van die gedraging. Volgens de rechtsklacht getuigt dit van een onjuiste rechtsopvatting omdat in het algemeen, althans in gevallen waarin als gevolg van bouwwerkzaamheden (zaak)schade ontstaat in de omgeving, reeds de enkele beschadiging van het eigendom van een ander onzorgvuldig en dus onrechtmatig is, nu daarmee inbreuk wordt gemaakt op het recht op het volle en onaangestaste genot van het eigendom.

4.2. Deze klacht faalt. De Hoge Raad 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. Een zodanig gedraging is in het algemeen pas

onrechtmatig als zij in strijd was met een norm van geschreven of ongeschreven recht die ertoe strekt letsel of zaaksbeschadiging te voorkomen. Het oordeel van het hof is dus juist (r.o. 3.1.2).

4.3. Het tweede onderdeel van het cassatiemiddel klaagt tegen het oordeel van het hof dat Multi niet in strijd heeft gehandeld met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Het hof heeft daarmee volgens de klacht miskend dat Multi bij de uitvoering van bouwwerkzaamheden dient te voorkomen dat aan eigendommen van derden schade ontstaat. Deze (overkoepelende) zorgvuldigheidsverplichting brengt volgens het middel mee dat wanneer bij de bouwwerkzaamheden van Multi, ondanks een zorgvuldige voorbereiding en uitvoering van die werkzaamheden, toch schade ontstaat aan de eigendommen van derden, Multi voor die schade aansprakelijk is.

4.4. De Hoge Raad overweegt dat aan de bouwwerkzaamheden van Multi een aanmerkelijk risico verbonden was dat aan het naburige pand schade zou worden toegebracht, ook indien maatregelen ter voorkoming van schade werden getroffen en de werkzaamheden zorgvuldig werden uitgevoerd. Waar dit risico zich vervolgens heeft verwezenlijkt, kan niet zonder meer worden aanvaard dat eiseressen de daardoor veroorzaakte schade dienen te dragen. De Hoge Raad acht daarbij de volgende omstandigheden van belang:

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

Contrair aan de conclusie van A-G Hartlief, oordeelt de Hoge Raad dat het uitvoeren van de werkzaamheden door Multi met schade aan het pand van eiseressen tot gevolg daarom een onrechtmatige daad kan opleveren die verplicht tot vergoeding van de schade die daarvan het gevolg is (r.o. 3.2.2).

4.5. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 22 februari 2022 en verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing.

5. Beschouwing

Het arrest bevat belangrijke overwegingen voor het leerstuk van de onrechtmatige daad en in het bijzonder voor de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm voor bouwwerkzaamheden. Voordat ik hierop inga, geef ik eerst enkele inleidende opmerkingen over art. 6:162 lid 2 BW.

5.1. Juridisch kader

5.1.1. Een onrechtmatige daad vereist volgens art. 6:162 lid 2 BW een inbreuk op een recht, strijd met een wettelijke plicht of strijd met de maatschappelijke betamelijkheid (ook wel zorgvuldigheid). De invulling van het criterium 'inbreuk op een recht' is aan discussie onderhevig. De ontwerpers van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek hebben het idee verworpen dat iedere gedraging die als voorzienbaar gevolg letsel of zaaksbeschadiging heeft, om die reden reeds onrechtmatig is als een inbreuk op een recht.

5.1.2. Volgens de Toelichting Meijers is een zodanige gedraging in het algemeen alleen onrechtmatig als zij in strijd is met een norm van geschreven of ongeschreven recht. Echter,

van gedragingen die zélf de inbreuk opleveren, is de onrechtmatigheid wel gegeven (behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond). De wetgever heeft daarbij expliciet aan de 'wetenschap en rechtspraak' overgelaten wat kwalificeert als een gedraging die zélf de inbreuk oplevert (Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 614). De Hoge Raad heeft zich hier niet duidelijk over uitgesproken (zie verder A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 2.15).

5.1.3. In de rechtsontwikkeling is als grondslag voor onrechtmatigheid de nadruk komen te liggen op de maatschappelijke zorgvuldigheid. Wat zorgvuldig is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Hiervoor kan worden gekeken naar de maatschappelijke betamelijkheidsnormen, waaronder objectieve normen zoals professionele veiligheidsstandaarden (zie concl. A-G, par. 3.9-3.10). Zulke beroepsnormen zijn relevant voor de invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheid, maar niet doorslaggevend (K.J.O. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.1.10.1).

5.1.4. Naast de maatschappelijke betamelijkheidsnormen kan ook de zogeheten optimalisatiebenadering een rol spelen bij de beoordeling van wat als zorgvuldig kan worden aangemerkt. Hierbij geldt als uitgangspunt dat de kosten die gepaard gaan met handelen dat als zorgvuldig kan worden beschouwd in redelijke verhouding moeten staan tot de baten ervan. Hiertoe moet worden afgewogen (concl. A-G, par. 3.13 e.v.):

- de kans op schade;
- de aard en ernst van de schade die kan intreden;
- de mogelijke voorzorgsmaatregelen en de bezwaarlijkheid daarvan; en
- of de activiteit verminderd of aangepast moet worden, of zelfs dat er geheel van af zou moeten worden gezien.

5.1.5. Als op basis van de maatschappelijke betamelijkheidsnormen en/of de optimalisatiebenadering geconcludeerd kan worden dat zorgvuldig is gehandeld, zal de veroorzaker van schade in beginsel niet aansprakelijk zijn. Dan geldt het principe: 'pech bestaat, en in beginsel draagt ieder zijn eigen schade'. Een sprekend voorbeeld van dit principe wordt gegeven in het *Zwiepende tak*-arrest: het doen zwiepen van een tak door een wandelaar had tot gevolg dat de tak een andere wandelaar raakte die zo een oog verloor. De wandelaar die de tak liet zwiepen, was niet aansprakelijk omdat hij geen rekening had hoeven houden met het ingetreden gevolg (HR 9 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1576, NJ 1996/403, m.nt. Brunner).

5.2. Duiding van het arrest

5.2.1. Het oordeel van de Hoge Raad over het eerste middel is niet verrassend. Dat een gedraging die letsel of zaaksbeschadiging als voorzienbaar gevolg op zichzelf genomen niet kwalificeert als een inbreuk op een recht, volgt reeds uit de voornoemde Toelichting Meijers (Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 614). De Hoge Raad wijkt daar niet van af en weidt helaas niet verder uit over het criterium inbreuk op een recht.

5.2.2. Het blijft aldus een gegeven dat niet alle schade voor verhaal in aanmerking komt. Dat laat in maatschappelijke verhoudingen onder meer ruimte voor pech (vgl. het *Zwiepende tak*-arrest). Een dergelijke benadering vereist evenwel dat risicovolle gedragingen in het maatschappelijk verkeer adequaat worden genormeerd om onrechtvaardige situaties te voorkomen waarin benadeelden met hun schade blijven zitten.

5.2.3. Daarop ziet het tweede oordeel van de Hoge Raad dat strekt tot een aanscherping van de zorgvuldigheidsnorm die geldt bij risicovolle bouwwerkzaamheden. De Hoge Raad benoemt een aantal omstandigheden die ertoe leiden dat daarbij een hoge(re) mate van zorgvuldigheid moet worden betracht. Deze omstandigheden zijn:

1. dat aan de bouwwerkzaamheden een aanmerkelijk risico op schade voor derden is verbonden, ook indien zij zorgvuldig worden voorbereid en uitgevoerd;
2. dat de bouwactiviteit in het belang is van degene die verantwoordelijk is voor de bouwactiviteit en geen voordeel oplevert voor de getroffen derden;
3. dat de schade die een (voorzienbaar) gevolg is van de bouwactiviteit niet zonder meer behoort tot hetgeen door een derde in het maatschappelijke verkeer moet worden geduld bij bouwwerkzaamheden van een ander;
4. dat het op de weg van de aannemer ligt om zich te verzekeren tegen aansprakelijkheid voor het toebrengen van schade aan derden.

Mijns inziens scherpt de Hoge Raad de voor bouwwerkzaamheden geldende zorgvuldigheidsnorm aan om die meer in lijn te brengen met het risicoprofiel van de betreffende activiteiten. Het hof dient na verwijzing te toetsen of die hogere norm in dit geval is geschonden.

5.2.4. Het valt daarbij op dat de door de Hoge Raad benoemde omstandigheden bij benadering overeenkomen met de, volgens Verheij, meest gewichtige argumenten ter rechtvaardiging van risicoaansprakelijkheden (Verheij, *Onrechtmatige daad* 2023, par. 1.7). Dat rechtvaardigt de vraag of de Hoge Raad hier een risicoaansprakelijkheid voor bouwwerkzaamheden in het leven roept. Dat is naar mijn mening echter niet het geval.

5.2.5. De Hoge Raad gaat immers niet geheel mee in het cassatiemiddel dat in feite een risicoaansprakelijkheid voor schade uit hoofde van bouwwerkzaamheden voorstaat. De Hoge Raad overweegt daarentegen slechts dat het middel slaagt voor zover het klaagt dat het hof heeft miskend dat Multi ook bij een zorgvuldige voorbereiding en uitvoering van de werkzaamheden aansprakelijk kan zijn voor de geleden schade (r.o. 3.2.3). Daarnaast zou een risicoaansprakelijkheid voor bouwschade zich ook slecht verhouden met het eerste, principiële oordeel van de Hoge Raad dat niet iedere zaakschade voor verhaal in aanmerking komt.

6. Conclusie

6.1. Voor het leerstuk van de onrechtmatige daad is dit arrest belangwekkend omdat de Hoge Raad bevestigt dat een zaaksbeschadiging of letsel niet zonder meer onrechtmatig is. Daarnaast is het arrest ook van groot belang voor de bouwpraktijk omdat de Hoge Raad de zorgvuldigheidsnorm voor bouwwerkzaamheden lijkt aan te scherpen. De overwegingen van de Hoge Raad zijn weliswaar toegespitst op bouwwerkzaamheden, maar niet kan worden uitgesloten dat de aanscherping van de zorgvuldigheidsnorm breder getrokken wordt naar andere situaties. Het arrest is reeds besproken door Drion in *NJB* 2024/308, afl. 6.

mr. F.J. Berkelder
advocaat Ysquare

31

Ontvankelijkheid van partijen in cassatieberoepen tegen tussenarresten

Hoge Raad
19 januari 2024, nr. 22/03243, ECLI:NL:HR:2024:57
(mr. Polak, mr. Du Perron, mr. Lock, mr. Ter Heide, mr. Makkink)
(Concl. A-G Van Peurseem)
Noot mr. M.A.J.G. Janssen

Ontvankelijkheid cassatieberoep tegen tussenarrest. Tussenarrest. Deelarrest. Eindarrest. Voorlopige voorziening. Dictum.

[Rv art. 232, 337, 401a]

Essentie: Op grond van art. 337 lid 2 Rv is tussentijds hoger beroep van tussenvonnissen in beginsel uitgesloten. Hoger beroep is mogelijk van vonnissen waarbij een voorlopige (provisieonele) voorziening is getroffen (art. 337 lid 1 Rv).

Samenvatting: Voor cassatieberoep tegen tussenuitspraken geeft art. 401a lid 2 Rv een regeling die vrijwel gelijk is aan art. 337 lid 2 Rv. Behalve wanneer tussentijds cassatieberoep is opengesteld, kan cassatieberoep van andere tussenuitspraken dan provisieonele uitspraken pas worden ingesteld tegelijk met cassatie tegen de einduitspraak.

1. *Sonos Europe B.V.*, gevestigd te Hilversum,
2. *Sonos, Inc.*, gevestigd te Santa Barbara, Californië, Verenigde Staten van Amerika,
eiseressen tot cassatie, verweersters in het incidentele cassatieberoep,
hierna: Sonos,
advocaat: R.L.M.M. Tan,
tegen
Google LLC., gevestigd te Mountain View, Californië, Verenigde Staten van Amerika,
verweester in cassatie, eiseres in het incidentele cassatieberoep,
hierna: Google,
advocaat: H.J. Pot.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Van Peurseem)

1. Inleiding en samenvatting

1.1. Deze octrooizaak gaat in de nu voorliggende cassatieberoepen alleen over processuele kwesties¹. Google heeft, na daartoe verlof te hebben verkregen bij beschikking van 22 september 2020 (de VRO-beschikking), een zaak over octrooi-inbreuk aangebracht bij de rechtbank Den Haag con-

¹ Het is een klein schakeltje in een wereldwijde juridische strijd over *smart-speakers* technologie, zie bijv. plta cass Sonos 4 e.v. en <https://news.bloomberglaw.com/ip-law/google-sonos-slammed-for-ty-pifying-worst-of-patent-litigation>