

AANSPRAKELIJKHEID IN DRIEVOUD

Prof. mr. J.H. Nieuwenhuis*

I INLEIDING

Recht en verandering zijn inniger verbonden dan Vroom en Dreesman. Recht *is* verandering:

‘Es gibt für das Recht keinen Augenblick eines absoluten Stillstandes. (...). Das Recht wächst also mit dem Volke fort, bildet sich aus mit diesem, und stirbt endlich ab.’¹

Zo is het: met de laatste der Salische Franken stierf ook hun overzichtelijke aansprakelijkheidsrecht met zijn heldere normen: wie een ander uitscheldt voor ‘vos’, betaalt drie solidi.² Onder de titel ‘Levend en stervend recht’ constateerde Suijling een halve eeuw geleden de ondergang van de klassieke wilstheorie en voorspelde hij, op grond daarvan, het einde van de subjectieve schuld als vereiste voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.³ Hij kreeg gelijk: een geestelijke tekortkoming vormt geen beletsel om de onrechtmatige daad aan de dader toe te rekenen, zo bepaalde de wetgever in 1992 (art. 6:165 BW).

Recht en verandering; vooraf ook nog een observatie van ontledende aard.

Recht; wie meent dat recht een positief begrip *moet* zijn, en tracht het aldus te definiëren, bereikt niets; hij wil een schim vastgrijpen, hij achtervolgt een spook. Recht is net als vrijheid een negatief begrip. *Onrecht* is het positieve begrip; het betekent schending, *laesio*. Schending van een persoon of van een goed.

Een snipper gevallen van de schrijftafel van Schopenhauer, een van zijn *paralipomena*, zoals hij zijn intellectuele snippers noemde. Een diepe wijsheid.⁴ De betekenis van het begrip recht is gelegen in wat het *niet* is: onrecht.

Verandering; Narcissus, dodelijk verliefd op zijn eigen gelaat, weerspiegeld in het water van een bron. Als hij het wil kussen, verdwijnt het. Narcissus sterft en verandert in een gele bloem. Een van de *metamorfosen* van Ovidius. Niet iedere verandering is tevens een *metamorfose*: een transformatie, een overgang naar een andere *vorm*. Dit geldt ook voor het recht. Strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, is als *vorm* van onrechtmatigheid sinds 1919 (Lindenbaum/Cohen)⁵ niet veranderd; wat wel veranderde, is haar inhoud.

* Hoogleraar Privaatrecht Rijksuniversiteit Groningen

1 Friedrich Karl von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, p. 77

2 *Leges Barbarorum*, *Pactus legis Salicae*, edidit H F W D Fischer, Leiden 1948, XXX

3 J Ph Suijling, *Levend en stervend recht*, deel 2, Haarlem 1952, p. 42

4 *Parerga und Paralipomena*, II, I, § 121

5 HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161

Het recht kent verschillende vormen van vormen.

In de eerste plaats de *constitutieve* vormen: hoe zullen wij onze toekomstige samenwerking in het vat gieten; in de vorm van een maatschap, of in de vorm van een besloten vennootschap? Het kookboek is hier het voorbeeld.⁶ Hoe maak ik een *Bavarois*? Men neme een vuurvaste schaal... Hoe maak ik een olografisch testament? Men neme een vel papier. Of in Groningen, de stad van Belcampo:⁷ een naakte vrouw. Tatoeëer op haar rug uw laatste wil. Wikkel haar in een Perzisch tapijt en geef haar in bewaring bij uw notaris.

Bij constitutieve vormen zullen het vaak technische ontwikkelingen zijn die leiden tot een metamorfose. Kan in het nieuwe erfrecht een geldig olografisch testament worden gemaakt door verzending van een gecodeerd e-mailbericht aan: vandermeulen@notar.wveen.nl?

In de tweede plaats kent het recht *discursieve* vormen. Sinds het verschijnen van Vrankens Algemeen Deel** is recht in Nederland 'een discursieve grootheid', 'het altijd voorlopige resultaat van een proces van meningsvorming en overtuiging'.⁸ Hoe moet het debat worden gevoerd? De dakgoot van het huis van mijn buurman is op mijn auto gevallen. Moet ik aanvoeren dat dit voorval aan mijn buurman valt te *verwijten*? Of kan ik volstaan met de constatering dat de bevestiging van de dakgoot kennelijk gebrekkig was? Met andere woorden: hebben we hier te maken met een vorm van schuld- of met een vorm van risicoaansprakelijkheid?

Tot slot nog een opmerking omtrent het gebruik van de term 'aansprakelijkheidsrecht'. In de meest ruime zin zouden we van aansprakelijkheidsrecht kunnen spreken in alle situaties waarin iemand door een ander in rechte wordt *aangesproken*, bijvoorbeeld tot teruggave van een in bruikleen gegeven schilderij. Als de term zo ruim wordt opgevat, is vrijwel het gehele burgerlijke recht aansprakelijkheidsrecht.

Geïnspireerd door de 'Rechtskundige significa' van Jacob Israël de Haan, heeft Schut de reikwijdte van het begrip 'aansprakelijkheid' drastisch ingeperkt. Onder aansprakelijkheid moet uitsluitend worden begrepen: de gehoudenheid tot het vergoeden van schade.⁹ De verplichting tot teruggave van het geleende schilderij behoort in deze opvatting *niet* tot het aansprakelijkheidsrecht; *wel* wordt daartoe gerekend: de contractuele verplichting van de verzekeraar om de schade te vergoeden als het verzekerde schilderij door brand tenietgaat.

Het heeft zin het semantisch domein van het begrip 'aansprakelijkheidsrecht' nog verder in te perken, en de op de schadeverzekeraar rustende verbintenis tot schadevergoeding daarvan uit te sluiten. We hebben hier te maken met 'discursieve grootheden' van onderscheiden aard. Het debat over de vraag of de brand-

6 H Drion spreekt in dit verband van 'recept-regels', in J F Glastra van Loon e a, *Speculum Langemeyer*, Zwolle 1974, p 55

7 Belcampo, 'Het olografisch testament', in *Nieuwe verhalen van Belcampo*, tweede druk, Amsterdam 1947

8 J B M Vrankens, *Algemeen Deel***, Zwolle 1995, p 69

9 G H A Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid*, Zwolle 1963, p 13

verzekeraar gehouden is de schade te vergoeden die is ontstaan als gevolg van een door brand veroorzaakte bodemverontreiniging, heeft een geheel andere structuur dan het debat over de vraag of de producent van een strijkijzer aansprakelijk is voor de brandschade aan een trouwjurk (schade f 1263, 95). In het eerste geval gaat het om de uitlegging van de verzekeringsovereenkomst, in het tweede geval om de vraag of het strijkijzer een aan de producent toerekenbaar gebrek vertoonde. Juist omdat in dit opstel de nadruk ligt op het verschil tussen schadevergoeding door middel van een rechtstreekse schadeverzekering en schadevergoeding door middel van - al dan niet verzekerde - aansprakelijkheid, is het van belang beide vormen van discursiviteit, ook terminologisch, uiteen te houden.

2 VAN SCHADEVERPLAATSING NAAR SCHADESPREIDING

Binnen het aansprakelijkheidsrecht hebben zich ontegenzeggelijk grote veranderingen voltrokken; is in die gevallen steeds tevens sprake van een metamorfose, het ontstaan van een nieuwe - discursieve - vorm?

De som der veranderingen kan gemakkelijk onder één noemer worden gebracht: van schadeverplaatsing naar schadespreiding. Verplaats de schade van de benadeelde naar de veroorzaker; dit is de oorspronkelijke taak van het aansprakelijkheidsrecht. Spreid de schade over zoveel mogelijk schouders; dit is de nieuwe kernactiviteit.

Twee hooggekwalficeerde schadespreiders hebben inmiddels een prominente rol verworven binnen het aansprakelijkheidsrecht: de verzekeraars en de overheid. In hun gevolg hebben twee nieuwe vormen van discursiviteit hun opwachting gemaakt: risicoaansprakelijkheid en aansprakelijkheid wegens *rechtmatige* daad. Beide begrippen zijn in de terminologie van Schopenhauer negatief geladen; zij geven aan wat zij niet zijn. De term 'risicoaansprakelijkheid' (*no fault liability*) verwijst slechts naar wat de basis van deze vorm van aansprakelijkheid *niet* is: schuld. Iets dergelijks geldt ook voor het begrip 'aansprakelijkheid wegens rechtmatige daad'. Deze uitdrukking maakt wél duidelijk waarop de aansprakelijkheid in dat geval *niet* is gebaseerd: niet op een onrechtmatige daad. Maar zij bevat geen aanwijzingen omtrent de gronden waarop de aansprakelijkheid wél rust. De enkele omstandigheid dat de overheid een *rechtmatige* daad heeft gepleegd, vormt geen verklaring, laat staan een rechtvaardiging voor haar aansprakelijkheid. 'U is aansprakelijk, *want* u heeft een *rechtmatige* daad gepleegd' is geen sterk betoog.

3 VAN AANSPRAKELIJKHEIDSVERZEKERING NAAR RECHTSTREEKSE SCHADEVERZEKERING

Ruim tachtig procent van de bevolking is goed voor één miljoen. Althans wanneer het aankomt op aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Wie in een moment van onoplettendheid een ongeval veroorzaakt, kan, door zich te beroepen op zijn aansprakelijkheidsverzekering, in de regel tot ten minste dat bedrag

de schade van het slachtoffer vergoeden. Slechts door de ruime verkrijgbaarheid van aansprakelijkheidsverzekeringen is het aansprakelijkheidsrecht, zeker waar het gaat om letselschade, opgewassen tegen zijn primaire taak: het vergoeden van de schade van het slachtoffer.

Op dit punt dreigt het aansprakelijkheidsrecht te bezwijken onder zijn eigen succes.

De eerste stap is het loslaten, althans uithollen, van het schuldvereiste. De rechtspraak heeft automobilisten opgezadeld met een regime dat in feite neerkomt op risicoaansprakelijkheid ten opzichte van jeugdige voetgangers en fietsers. Dit regime is slechts aanvaardbaar, omdat deze aansprakelijkheid wordt gedekt door de verplichte aansprakelijkheidsverzekering.

Het begrip 'risico' heeft nog een tweede, ditmaal positieve, betekenis: kans op onheil, een toekomstige onzekere gebeurtenis van onfortuinlijke aard. In deze betekenis is risico het specifieke domein van verzekeraars. Onlangs heeft een vooraanstaand verzekeringsjurist, mr. Kamp van de Nationale Nederlanden, ons een blik gegund in de keuken van het verzekeringsbedrijf.¹⁰ De kunst van het verzekeren bestaat in het zo nauwkeurig mogelijk berekenen van de omvang van de te verzekeren risico's. Vervolgens is het de kunst om voldoende gegadigden te vinden, die bereid zijn zoveel premie te betalen dat de te verwachten uitkeringen door de premie-opbrengst toereikend worden gedekt. De rest is franje: schuld, risico; u zegt het maar, als het maar wordt betaald.

Ook de aansprakelijkheidsverzekering is een soort schadeverzekering. Het verzekerd risico is in dat geval de kans dat de verzekerde schade lijdt doordat hij door een derde met succes wordt aangesproken. Dit risico is uit zijn aard gecompliceerder dan het verzekerd risico bij een rechtstreekse schadeverzekering.

Een kruidenier kan zich verzekeren tegen de financiële gevolgen van arbeidsongeschiktheid. Het risico is in dat geval samengesteld uit twee onzekere factoren: hoe groot is de kans dat hij arbeidsongeschikt raakt? Hoe groot is dan zijn inkomensderving?

De kruidenier kan zich ook verzekeren tegen de kans dat hij wordt aangesproken door een derde die stelt dat hij is uitgegleden over een plasje slaolie dat was achtergebleven op de vloer van de winkel. Het aantal onzekere factoren is nu veel groter. Had de kruidenier de slaolie eerder moeten opmerken? Wie was de derde? Een jonge *upward moving* IT'er die arbeidsongeschikt raakt, of een bijklussende bejaarde die drie maanden lang zijn krantenwijk niet kan bedienen?

Uit een oogpunt van risicotaxatie verdient een stelsel waarin vergoeding en spreiding van schade plaatsvinden door middel van een rechtstreekse schadeverzekering verre de voorkeur boven het systeem waarin vooral een beroep wordt gedaan op de *loss spreading capacity* van de aansprakelijkheidsverzekering. Dit leidt onvermijdelijk tot een afslanking van het aansprakelijkheidsrecht. De veranderingen binnen het verkeersongevallenrecht illustreren dit.

10 Bij gelegenheid van het op 4 en 5 februari 1999 in Den Haag gehouden congres '200 jaar Justitie'.

Een automobilist botst met zijn auto tegen een volwassen fietser (letselschade f 150.000). Op het rijgedrag van de automobilist viel niets aan te merken, op dat van de fietser wel, die sloeg linksaf zonder een hand uit te steken.

Hoe moet de schade worden verdeeld?

Naar huidig recht is dit een ingewikkeld verhaal waarin een indrukwekkende reeks arresten van de Hoge Raad aan bod komt: de 50%-regel,¹¹ de plaats van de billijkheidscorrectie,¹² de positie van de regreszoekende schadeverzekeraar van de fietser.¹³ Zoveel is zeker: het huidige recht is *a lawyer's paradise*. Zo de Mededingingsautoriteit het wil, binnenkort op basis van *no cure, no pay*, een pragmatische oplossing, kenmerkend voor het Anglo-Amerikaanse taalgebied: *no cure, no pay; no woman, no cry*.

Maar het wordt allemaal wellicht een stuk simpeler: de fietser krijgt zijn schade volledig vergoed. Noch het rijgedrag van automobilist, noch dat van de fietser vormt daarbij voorwerp van debat. Dit resultaat kan op twee manieren worden bereikt.

In de eerste plaats kan de weg worden gevolgd die door minister Sorgdrager is ingeslagen in het door haar ingediende voorstel van wet: vestig ten laste van de - verplicht verzekerde - automobilist een risicoaansprakelijkheid, ook ten opzichte van volwassen voetgangers en fietsers.¹⁴ De vergoeding van de letselschade van voetgangers en fietsers wordt dan gefinancierd door autorijdend Nederland.

In de tweede plaats is er het systeem Hartlief c.s.:¹⁵ de verkeersverzekering. Verzeker de letselschade van verkeersslachtoffers. Dit hoeft niet te betekenen dat zij in dat geval zelf, groepsgewijs, via premiebetaling, opdraaien voor de vergoeding van hun schade. Het is heel goed mogelijk om de premies voor een dergelijke verkeersverzekering te laten betalen door het gemotoriseerd verkeer.

Zo, op het eerste gezicht, twee manieren om geld rond te pompen, evenveel geld bovendien. Wat kan het schelen? Toch heb ik een uitgesproken voorkeur voor het systeem Hartlief c.s. Deze voorkeur is ingegeven door het volgende: redelijk recht houdt rekening met 'de in Nederland levende rechtsovertuigingen' (art. 3:12 BW), en dit ook dan, indien die overtuigingen stoelen op een niet geheel rationele grondslag. De emoties losgemaakt door de plannen van minister Sorgdrager hebben duidelijk gemaakt dat automobiel Nederland zichzelf niet ziet als een louter assurantietechnische grootheid: houder van een kentekenbewijs van een voorwerp dat ook bij zorgvuldig gebruik bijzondere gevaren oplevert, met name voor niet-gemotoriseerde verkeersdeelnemers. Een automobilist neemt zichzelf letterlijk: hij beweegt zichzelf. Zijn auto maakt deel uit van zijn identiteit. Als hij aansprakelijk wordt gesteld, is dat altijd een aanslag op zijn persoon. En dit wordt niet anders door de omstandigheid dat hij de financiële consequen-

11. HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566.

12. HR 24 december 1993, NJ 1995, 236.

13. HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566.

14. Haar opvolger, minister Korthals, heeft bij zijn aantreden te kennen gegeven het wetsvoorstel te willen intrekken.

15. RM Themis 1999, p. 52 e.v.

ties kan afwentelen op een verzekeraar. De in automobiel Nederland levende rechtsovertuiging staat haaks op het 'depersonaliserend' spraakgebruik van de rechtspraak: 'De billijkheid eist dat tenminste vijftig procent van de schade ten laste wordt gebracht van het motorrijtuig.'¹⁶

Maar ook als in de toekomst de weg van de risicoaansprakelijkheid wordt ingeslagen, betekent dit in wezen een afscheid van het aansprakelijkheidsrecht. Zui-vere risicoaansprakelijkheid is een discursieve grootheid waarin noch het al dan niet tekortschieten van het gedrag van de gedaagde, noch het al dan niet tekortschieten van een zaak die hij in zijn bezit heeft, of van een product dat hij in het verkeer heeft gebracht, voorwerp van debat vormt. Productenaansprakelijkheid is dus geen echte risicoaansprakelijkheid. Daar moet immers worden gedebatteerd over de vraag of het product al dan niet gebrekkig was. In dat debat is relevant de vraag of een andere, zorgvuldigere, producent dan de gedaagde, zou hebben gekozen voor een ander ontwerp dat de veiligheid van het product zou hebben verhoogd. Een echte risicoaansprakelijkheid is slechts in naam aansprakelijkheidsrecht; in wezen is het een vorm van (wettelijke) verzekering. De gedaagde moet opkomen voor de schade, indien een bepaald, in de wet omschreven risico zich verwezenlijkt. Bijvoorbeeld: een fietser botst tegen zijn auto.

Dit brengt mij tot de volgende stelling:

Het systeem Hartlief verdient de voorkeur bij iedere vorm van *echte* risicoaansprakelijkheid: vervang het stelsel van schadevergoeding door middel van - verzekerde - aansprakelijkheid door een systeem van rechtstreekse verzekering van de schade van de benadeelde.

De ontwikkelingen op het terrein van de vergoeding van milieuschade laten zien hoezeer 'risicoaansprakelijkheid' slechts de uiterlijke vorm is van wat in wezen verzekering is. Een uiterlijke vorm die kan worden prijsgegeven zodra het recht op dit punt is uitgegroeid tot zijn volwassen vorm: de rechtstreekse verzekering van de schade.

Op de exploitant van een (milieu)gevaarlijke stof rust sinds kort een echte risicoaansprakelijkheid. Als het gevaar zich verwezenlijkt, is hij aansprakelijk (art. 6:175 lid 1 BW). Anders dan bij productenaansprakelijkheid, is niet van belang of de stof in enig opzicht gebrekkig was.

A is exploitant van een milieugevaarlijke vloeistof, die is opgeslagen in een van B gehuurde opslagtank. Doordat de tank onverwacht openscheurt, komt een grote hoeveelheid van die vloeistof terecht in de bodem, ook in de bodem van het perceel van C.

Langs welke weg kan C vergoeding van zijn schade (kosten van bodemsanering) verkrijgen?

De lezer van mijn 'De Ramp op het Pikmeer'¹⁷ zal zich herinneren dat de route via de in de art. 6:174, 175 en 178 BW geregelde risicoaansprakelijkheid vol val-

16. HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566.

17. J.H. Nieuwenhuis, *De ramp op het Pikmeer*, Deventer 1997.

kuilen zit. C's voornemen om B, op de voet van art. 6:174 (bezitter van een gebrekkige opstal) aansprakelijk te stellen, strandt op de 'kanalisatiebepaling' van art. 6:175 lid 5: slechts de exploitant van de gevaarlijke stof (A) is aansprakelijk. Als C om die reden zijn vordering instelt tegen A, loopt hij de kans te worden geconfronteerd met het verweer dat het openscheuren van de opslagtank is veroorzaakt door windstoten die moeten worden aangemerkt als 'een natuurgebeuren van uitzonderlijke, onvermijdelijke en onweerstaanbare aard' (art. 6:178 onder b). In beide gevallen is de uitsluiting van de aansprakelijkheid ingegeven door de wens van de wetgever om de aansprakelijkheid verzekeraar te houden, uitgaande van de gedachte dat 'een niet verzekerbare aansprakelijkheid, althans uit een oogpunt van slachtofferbescherming, goede zin mist'.¹⁸

Nu valt op dit laatste wel het een en ander af te dingen. Ook indien verzekeraars niet bereid zouden zijn dekking te verlenen voor milieuvervuiling, veroorzaakt door het zojuist vermelde natuurgebeuren van uitzonderlijke aard, heeft het uit een oogpunt van slachtofferbescherming 'goede zin' de exploitant van de milieugevaarlijke stof aansprakelijk te houden voor de schade. Het valt niet goed in te zien waarom het uitstromen van de milieugevaarlijke vloeistoffen als gevolg van het uitzonderlijke natuurgebeuren minder een bedrijfsrisico zou zijn van de exploitant van die vloeistoffen dan van het belendende bedrijf dat als gevolg daarvan wordt geconfronteerd met zeer omvangrijke saneringskosten.

De exclusieve aansprakelijkheid van de exploitant van de milieugevaarlijke stof, met uitsluiting van de aansprakelijkheid van de bezitter van de opstal, berust op de wens ondernemers te bevrijden van 'de noodzaak één zelfde risico meermalen te verzekeren, hetgeen onnodig zware lasten op het bedrijfsleven legt'.¹⁹ Consequentie van deze keuze is wel dat een ander deel van het bedrijfsleven wordt geconfronteerd met een onnodig zware last, in ons voorbeeld: C, indien A geen adequate aansprakelijkheidsverzekering heeft en ook overigens geen verhaal biedt.

De kans is groot dat in de toekomst slechts een zeer bescheiden gebruik zal worden gemaakt van het discursieve parcours van de art. 6:175 en 178: een gekanaliseerde risicoaansprakelijkheid met een reeks uitsluitingen. Dit niet door een daling van het aantal gevallen van milieuvervuiling, maar als gevolg van ontwikkelingen binnen het verzekeringsbedrijf.

De verzekeraars hebben hun krachten gebundeld in een 'milieupool'. Nadat zij eerst een milieu-aansprakelijkheidsverzekering (MAS-polis) hadden ontwikkeld, is onlangs het roer radicaal omgegooid. De Beursbengel weet te melden dat de verzekeringsmarkt is verrijkt met een nieuw product: de MSV, een milieuschadeverzekering die een rechtstreekse dekking biedt voor de door derden te lijden schade:

18. TK 1988-1989, 21 202, nr. 3, p. 7.

19. Het in de vorige noot aangehaalde kamerstuk, p. 8.

‘Daarmee is de MSV het eerste product op de Nederlandse markt, dat een risico, dat van oudsher als een aansprakelijkheidsrisico werd beschouwd, op basis van een directe verzekering verzekert.’²⁰

Zo biedt de markt de mogelijkheid tot een aantrekkelijke afslanking van het aansprakelijkheidsrecht.

Deze marktconforme afslanking wordt uiteraard nog versterkt als de overheid haar stimuleert door aan de verlening van de vereiste vergunningen de voorwaarde te verbinden dat de exploitant van de milieugevaarlijke stof aantoonde dat hij de eventuele schade van derden adequaat heeft verzekerd, niet door de verzekering van zijn wettelijke aansprakelijkheid jegens hen, maar door de door derden te lijden schade rechtstreeks te verzekeren.

4 DE OVERHEID ALS SCHADESPREIDER

Is de overheid gehouden compensatie te verschaffen aan een varkensmester die onevenredig zwaar wordt getroffen door een plotseling, in het belang van de volksgezondheid uitgevaardigd verbod om slachtafval te vervoeren?

Haar rol als ideale schadespreider wordt wel heel prominent als de overheid wordt geconfronteerd met het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten, beter bekend als *égalité devant les charges publiques*. Soms leidt een overheidsmaatregel, die het belang dient van velen, tot een opeenhoping van nadeel bij enkelen. Spreiding van dit onevenredige nadeel door overheveling naar de openbare financiën is dan geboden. Openbare financiën die bijeen worden gegaard naar draagkracht, dat wil zeggen met inachtneming van het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten: *ubi commoda, ibi onera*; de samenleving is een *gemeenschap* van winst en verlies.

Het bestuursrecht wil volwassen worden. Het is driftig op zoek naar een eigen recht voor zijn eigen rechter.²¹ Is er met betrekking tot de nadeelcompensatie een aantrekkelijk, publiekrechtelijk alternatief voor de traditionele lijn van de burgerlijke kamer van de Hoge Raad: door nadeelcompensatie achterwege te laten pleegt de overheid een *onrechtmatige* daad.²²

Velen ontwaren in de door de Hoge Raad getrokken lijn een cirkel: ‘De overheid moet schade vergoeden, omdat zij onrechtmatig handelt door de schade niet te vergoeden.’²³ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft zich deze kritiek blijkbaar aangetrokken. Zij heeft het debat over nadeelcompensatie in een nieuwe discursieve vorm gegoten: op grond van het beginsel van gelijkheid voor openbare lasten zijn bestuursorganen gehouden tot compensatie van onevenredige schade, veroorzaakt in een rechtsverhouding die is ontstaan door de *rechtmatige* uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid.²⁴

20. D.J. van Munster van Heuven, *De Beursbengel*, januari 1998, p. 26 e.v.

21. Zie N. Verheij, *Naar een eigen recht(er)*, preadvies voor de Vereniging voor Bestuursrecht, 1999.

22. HR 18 januari 1991, AB 1991, 241.

23. N. Verheij, a.w., 2.2.2.

24. ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229.

Berust de aansprakelijkheid van de overheid op een onrechtmatige daad, of is zij aansprakelijk wegens de rechtmatige uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid? Een discursieve kortsluiting dreigt wanneer onvoldoende onderscheid wordt gemaakt tussen de plicht van de overheid tot compensatie en de taak van de rechter in een geschil over het achterwege blijven van nadeelcompensatie.

De compensatieplicht van de overheid berust inderdaad niet op een door haar gepleegde onrechtmatige daad, maar ook niet op een door haar gepleegde rechtmatige daad: de afkondiging van het verbod om slachtafval te vervoeren bijvoorbeeld. Die plicht vloeit voort uit de situatie die het *gevolg* is van deze rechtmatige daad: een enkeling lijdt onevenredig nadeel door het verbod. Als hoedster van het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten moet de overheid nu handelend optreden door compenserende maatregelen te treffen. De taak van de rechter bestaat erin na te gaan of de overheid deze plicht heeft geschonden, en zo ja, in welke omvang de schadelijke gevolgen van deze schending (een faillissement bijvoorbeeld) aan de overheid moeten worden toegerekend. Het is van belang een helder onderscheid aan te brengen tussen twee rechtsplichten: de (primaire) plicht tot nadeelcompensatie en de (subsidiare) verbintenis tot schadevergoeding, die ontstaat indien die plicht niet wordt nagekomen.

Het civielrechtelijk parcours loopt langs een evenwijdige lijn. Ook daar moet worden onderscheiden tussen de plicht van burgers om elkaars belangen te respecteren, en de taak van de rechter in een geschil over de schending van deze plicht.

De plicht om een vuilnisophaler te waarschuwen dat de vuilniszak een plastic emmertje bevat met een onbekende vloeistof - natronloog, naar blijkt als het te laat is - berust niet op een onrechtmatige daad. Zij vloeit voort uit het civielrechtelijk beginsel dat we anderen niet mogen blootstellen aan gevaren waarop zij niet bedacht kunnen zijn. De taak van de rechter is ook hier: nagaan of deze plicht is geschonden, en zo ja, in welke omvang de schade van de vuilnisophaler moet worden toegerekend aan degene die de vuilniszak op de stoep zette. Moet wellicht een deel van de schade voor rekening van de benadeelde blijven, omdat hij had nagelaten beschermende kleding te dragen?

5 AANSPRAKELIJKHEID IN DRIEVOUD; EEN SAMENVATTING

Het spectrum van de buitencontractuele aansprakelijkheid is opgebouwd uit drie segmenten. Het zijn discursieve vormen; zij bepalen de wijze waarop het debat moet worden gevoerd. Waarop moet de eiser zijn pijlen richten? Met welke argumenten kan de gedaagde zich hiertegen verweren?

Het klassieke discours is nog springlevend; de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Schoot het gedrag van de gedaagde tekort? Deze vraag vormt hier de inzet van het debat. Ter zake van de aantasting van zuivere vermogensbelangen, door ongeoorloofde mededinging of op andere wijze, zal dit ook in de toekomst de dominante aansprakelijkheidsvorm blijven. Vrijwel dagelijks ontdekt de rechter nieuwe vormen van gedrag, strijdig met hetgeen volgens ongeschreven

recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Rust op burgers en bedrijven een ongeschreven rechtsplicht om de Ontvanger van 's Rijksbelastingen niet te hinderen in zijn mogelijkheden om verhaal te nemen op de goederen van de belastingplichtige? Onder omstandigheden, zeer zeker.²⁵

De status van lekkende kruiken en andere gebrekkige producten onderging wel een metamorfose. Het brandpunt van het debat over de vergoeding van letselschade veroorzaakt door gebrekkige producten werd verplaatst. In 1973 werd dat brandpunt nog gevormd door het gedrag van de producent; schoot zijn gedrag tekort, omdat hij niet had verhinderd dat een kruik met dit gebrek in het verkeer was gekomen?²⁶ Sedert 1990 staat de kruik zelf in het centrum van de belangstelling; schoot de kruik tekort, omdat zij niet de veiligheid bood die men van een kruik mag verwachten (art. 6:186 lid 1 BW)?

De nieuwe regeling van de productenaansprakelijkheid blijft in de volle zin van dat woord: *aansprakelijkheidsrecht*. Het is niet zo dat de producent door de wetgever is aangewezen als verzekeraar van alle letselschade die ontstaat bij het gebruik van zijn product. Voor zijn aansprakelijkheid is immers vereist dat het letsel is veroorzaakt doordat zijn product *tekortschoot*.

Een dertienjarige fietser zwenkt plotseling naar links, botst tegen een tegemoetkomende auto, valt en breekt een been. De (aansprakelijkheidsverzekeraar van de) automobilist moet de letselschade vergoeden. De omstandigheid dat noch het rijgedrag van de automobilist, noch de remmen van de auto in enig opzicht tekortschoten, doet aan die vergoedingsplicht niet af.²⁷ Hier is de geest van het aansprakelijkheidsrecht geweken en waart alleen zijn schim nog rond.

25. HR 26 juni 1996, NJ 1997, 102.

26. HR 2 februari 1973, NJ 1973, 315.

27. HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721.