

Het doel van het subjectieve recht

*M.E. Franke**

1. DE STELLING VAN WOLFSBERGEN

Het zevende hoofdstuk van *Onrechtmatige Daad* behandelt één centrale vraag: Wat is de invloed van het doel van het subjectieve recht op het onrechtmatigheidsoordeel? Voor de beantwoording ervan onderscheidt Wolfsbergen twee situaties.

Bij de *uitoefening* van een recht is het doel van het recht relevant voor het oordeel over de onrechtmatigheid van de handeling. Het gebruik van het recht is alleen geoorloofd voorzover het geschiedt in overeenstemming met het doel waartoe de bevoegdheid is gegeven.

‘Zelfs de in eens anders rechtssfeer ingrijpende Overheid moet zich, gelijk de particulier, tegenover haar beroep op een kwalificerend recht laten welgevalen, dat het beweerd prerogatief wordt getoetst aan het doel, waarmede het is verleend’.¹

In zo’n geval spreekt Wolfsbergen van de ‘agressieve functie’ van het subjectieve recht.

Gaat het echter om de *schending* van een subjectief recht dan is het doel van het recht niet van belang voor de onrechtmatigheidsvraag. De geciteerde passage vervolgt:

‘Daarentegen behoeven degenen, die zich over inbreuk op hun recht beklagen, zulk een toetsing niet te ondergaan’.²

Wolfsbergen noemt dit de ‘defensieve kracht’ van het subjectieve recht. Hij vat zijn bevindingen samen in de stelling:

* Mevr. mr. M.E. Franke is als universitair docent verbonden aan de Afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit Leiden.

1. Blz. 131.

2. T.a.p.

‘Het systeem blijkt dus: de agressieve functie van het subjectieve recht wordt binnen zekere grenzen beperkt, doch de defensieve kracht is onbepaald’.³

2. BEGRIPSBEPALING

In het zevende hoofdstuk van deze bundel wordt het doel van het subjectieve recht onderzocht. Uitgangspunt daarbij is de stelling van Wolfsbergen. Op een aantal punten wijk ik af van zijn terminologie.

Allereerst: Wolfsbergen spreekt van de agressieve functie en defensieve kracht van het subjectieve recht. Waarop het onderscheid tussen functie en kracht precies berust, wordt echter niet duidelijk. Daarom neem ik het hier niet over, evenmin als het begrippenpaar agressief en defensief. Zonder in dit opzicht een inhoudelijke verandering te beogen, spreek ik in het volgende van de actieve respectievelijk passieve zijde van een recht.

Verder beperk ik mij niet tot de betekenis die Wolfsbergen aan de term doel toekent. *Doel* is een meerduidig begrip. Men kan het opvatten als doel in de zin van strekking, of beschermingsomvang van een recht. Dat is de betekenis die Wolfsbergen voor ogen stond. Maar doel betekent ook: doeleinde, functie. Beide betekenissen worden hierna onderscheiden.

Niet alleen doel is een term die omlijning eist. Hetzelfde geldt voor inbreuk (schending) en subjectief recht. Wat een inbreuk is komt bij Wolfsbergen niet expliciet aan de orde. En van het subjectieve recht geeft hij bewust een zeer algemene, formele omschrijving:

‘Het minste, wat men kan verlangen, is m.i., dat het recht kan worden uitgeoefend en (...) tegen de inbreuk daadwerkelijk kan worden gehandhaafd’.⁴

Een definitie die daar niet veel van afwijkt, maar beter doet uitkomen waaróm het recht kan worden gehandhaafd, is die van Meijers: ‘een bijzondere door het recht iemand toegekende bevoegdheid, die hem verleend wordt om zijn belang te dienen’.⁵ Hieruit valt af te leiden wat een *inbreuk* op zo’n recht is; het verrichten van een handeling

3. T.a.p.

4. Blz. 59. In verkorte vorm terug te vinden in een van de meest recente definities: ‘Een subjectief recht is de mogelijkheid om in een rechtsgeschil succes te behalen’, J.H. Nieuwenhuis, Hoe bestaat een recht?, in: Confrontatie en compromis, Deventer 1992, blz. 65.

5. Algemene Begrippen, blz. 86.

waartoe alleen de rechthebbende bevoegd is.⁶ Deze omschrijving van het subjectieve recht, respectievelijk de inbreuk zal ik hier hanteren.

Tenslotte: de beschouwing van Wolfsbergen betreft alleen het subjectieve recht. Die beperking lijkt niet noodzakelijk waar het opgemerkte ook kan gelden voor de schending van een andere onrechtmatigheidsnorm of de uitoefening van een andere bevoegdheid dan het subjectieve recht. Zij blijft daar achterwege.

3. DE PASSIEVE ZIJDE: SCHENDING EN STREKKING

Aan de passieve zijde ziet Wolfsbergen geen verband tussen het subjectieve recht en zijn strekking. Schending van het recht leidt tot aansprakelijkheid.⁷ Een eventueel beperkt doel van dat recht brengt daarin geen verandering.

Een precieze omschrijving van subjectieve rechten ontbreekt, als gezegd. Maar de voorbeelden die Wolfsbergen geeft maken duidelijk aan welke rechten hij hier zeker heeft gedacht.

‘Toen het erom ging te beoordelen, of een merkgerechtigde inbreuk mocht afweren, ook wanneer hij zijn merkenrecht gebruikte voor een ander doel, dan de wetgever zich bij het scheppen van het Merkenrecht voor ogen had gesteld, antwoordde de H.R. met klem bevestigend, mits dat andere doel niet onoirbaar is’.⁸

Voor het merkenrecht en de andere industriële eigendomsrechten geldt inderdaad dat de bescherming van de gerechtigde zeer ver gaat. Zij is bijna ‘onbepaald’, om bij de woorden van Wolfsbergen te blijven. Betekent dit dat de strekking van het recht, dus het doel waartoe het is verleend, niet terzake doet? Die conclusie lijkt me niet

6. Vgl. Asser-Hartkamp III (1994), nr. 36. Daar wordt nog een tweede categorie onderscheiden; aantasten van het voorwerp van het recht (zo ook Streefkerk, elders in deze bundel). Deze categorie lijkt mij een onderdeel van de eerste. Daarom noem ik haar niet apart. Anders: Brunner in zijn noot onder HR 9 december 1994, NJ 1996, 403 (Werink/Hudepohl). Hij kwalificeert de tweede categorie niet als rechtsinbreuk.
7. Althans: in principe. De uitzondering op de regel komt hierna onder 4. aan de orde. Opgemerkt moet overigens worden dat Wolfsbergen nog twee andere voorbeelden geeft voor zijn stelling dat de defensieve kracht van het recht onbepaald is. Voor de strekking van het betoog maakt dat geen verschil. Daarom blijven ze onbesproken.
8. Blz. 129, onder verwijzing naar HR 14 juni 1940, NJ 1941, 109, m.o. P.S. (Pope’s/Barend) en HR 12 januari 1939, NJ 1939, 535, m.o. E.M.M. (Nedige-pha/Van Soest).

dwingend. Integendeel. In gevallen als deze dient het recht er *juist* toe de belangen van de gerechtigde (het exclusieve gebruik van een merk) te beschermen tegen inbreuken (het onbevoegde gebruik) door anderen. Dàt is de strekking van het recht. De bescherming van de gerechtigde is daarvan niet onafhankelijk. Zij is er geheel mee in overeenstemming.

Die conclusie houdt nauw verband met het karakter van de besproken rechten. Het betreft hier bijzondere rechten met een beperkte beschermingsomvang, waarbij de bevoegdheden van de rechthebbende vrij nauwkeurig omschreven zijn.⁹ Wanneer iemand anders dan de gerechtigde deze bevoegdheden uitoefent (bijvoorbeeld zonder diens toestemming zijn merk voert),¹⁰ handelt hij dus in strijd met de uitsluitende bevoegdheden van de rechthebbende. Daarmee staat de inbreuk vast.

Een andere kwestie is of de inbreuk automatisch aansprakelijkheid meebrengt. In gevallen als deze zou ik denken van wel. In het algemeen zou men kunnen zeggen: naarmate een recht scherper is geformuleerd, zal zijn invloed op het oordeel over de rechtmatigheid van de inbreukmakende handeling groter zijn. En de mogelijkheden van de inbreukmaker om zich aan aansprakelijkheid te onttrekken zijn navenant kleiner.¹¹

In dit opzicht is het jammer dat Wolfsbergen niet ook een voorbeeld bespreekt van de schending van een algemeen, zeer veel omvattend subjectief recht als het eigendomsrecht. Dan zou moeilijker aan te geven zijn waartoe het recht van de eigenaar precies strekt en in hoeverre het wordt ingeperkt door rechten van anderen. De stelling dat schending van het recht tot aansprakelijkheid leidt, onafhankelijk van het doel van het recht zou dan niet eenvoudig te verdedigen zijn. Wolfsbergen ontkomt aan dat probleem door te eisen dat de inbreuk tevens onzorgvuldig is. Die zorgvuldigheidstoets zal bij ruimer omschreven rechten van groter gewicht zijn.

Het lijkt mij de vraag of met die toets alles kan worden verklaard. In het slot van deze paragraaf kom ik daarop terug. Maar in veel gevallen is het stellen van zo'n extra eis ook helemaal niet nodig als men denkt vanuit de strekking, de beschermingsomvang, van de

9. Vgl. bijvoorbeeld artikel 13A Benelux Merkenwet.

10. Zoals het geval was in de door Wolfsbergen genoemde casus (zie noot 8).

11. Op die mogelijkheden kom ik terug bij de bespreking van de actieve zijde van het recht, onder 5.

overtreden norm. Geen enkele norm geldt absoluut. Zij dient altijd ter bescherming van bepaalde belangen, van bepaalde personen, tegen bepaalde wijzen van schadetoebrenging.¹² Dat geldt ook voor de norm 'gij zult het subjectieve recht van een ander niet schenden' (vgl. artikel 6:162 lid 2).

Een strekkingsonderzoek zal bij subjectieve rechten weinig nieuwe informatie opleveren over de door de norm beschermde personen (de subjectief gerechtigden). Maar het kan een verklaring bieden voor die gevallen waarin weliswaar een subjectief recht geschonden is, maar toch geen aansprakelijkheid bestaat.¹³ Bijvoorbeeld omdat het subjectieve recht niet beoogt de gerechtigde te beschermen tegen dit soort schade.¹⁴ Of omdat het recht geen bescherming biedt tegen de wijze waarop de schade is geleden. Te denken is aan de gerechtigde die zich, door zijn eigen gedrag, heeft onttrokken aan de bescherming die het recht hem bood.¹⁵

Op deze omstandigheden heeft de inbreukmaker geen invloed. Een eventuele afwijzing van de vordering kan dan ook niet worden verklaard uit (de zorgvuldigheid van) zijn gedrag. In hoeverre dit gedrag wel gevolgen heeft voor het onrechtmatigheidsoordeel, is een vraag die nu aan de orde komt.

4. INTERMEZZO: DE PLAATS VAN DE RECHTVAARDIGING

Het is tijd uitgebreider stil te staan bij de opvattingen van Wolfsbergen over de plaats van het subjectieve recht binnen de onrechtmatigheidstoets. De hierboven geciteerde zinsnede 'schending van een recht leidt tot aansprakelijkheid' doet op dit punt geen recht aan zijn visie.

Wolfsbergen was verdediger van de leer dat onrechtmatigheid eigenlijk is: onzorgvuldigheid. De rechtsinbreuk zelf leidt niet per

12. Zie daarover G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad*, diss. Leiden 1992, bijv. blz. 101-110.

13. Hierop wijst Asser-Hartkamp nr. 100-101.

14. Lankhorst noemt als voorbeeld stagnatieschade, a.w. blz. 67.

15. Vgl. ook J.P. Jordaans, *Over risico-aanvaarding, normaangepassing en eigen schuld*, in: *Ius novae curiae*, Maastricht 1992, blz. 41-42 en Hartkamp t.a.p., nr. 101. Een voorbeeld uit het merkenrecht is de mogelijkheid dat het recht vervallen wordt verklaard wanneer de gerechtigde gedurende zekere tijd geen normaal gebruik van dat merk heeft gemaakt, of het merk door zijn toedoen een gebruikelijke benaming is geworden (art. 5 lid 2 BNL Merkenwet).

definitie tot het oordeel dat de daad onrechtmatig is. Zij vormt hooguit een factor bij de beoordeling van de zorgvuldigheid van het gedrag.¹⁶ Dat betekent dat de inbreuk slechts bij overigens onzorgvuldig gedrag aansprakelijkheid meebrengt en wel, zoals hierboven bleek, ongeacht het doel van het recht. Maar: waardoor wordt de onzorgvuldigheid in het geval van een rechtsinbreuk gevormd? Volgens Wolfsbergen bestaat

‘bij de objectieve rechtsaantasting¹⁷ de onrechtmatigheid niet ook zonder onzorgvuldigheid, maar de onzorgvuldigheid bestaat daar behoudens (kort gezegd) fait d’excuse’.¹⁸

De rechtsinbreuk zèlf brengt mee dat de handeling als onzorgvuldig wordt aangemerkt. Alleen sommige omstandigheden aan de zijde van de inbreukmaker, zogenaamde faits d’excuse, kunnen dat gevolg beïnvloeden. Wolfsbergen denkt daarbij onder andere aan rechtvaardigingsgronden, handelen in het algemeen belang en het uitoefenen van een eigen recht.¹⁹

In deze redenering stuiten we op een moeilijkheid. Want het uitoefenen van een (subjectief) recht noemt Wolfsbergen nu juist de agressieve functie van dat recht. Ook de andere omstandigheden zijn redenen waarom de dader meent gerechtigd te zijn op te treden. Zij vormen de actieve zijde van een recht. Wanneer men deze omstandigheden bespreekt bij het onderzoek naar de passieve (defensieve) zijde van het recht gaat het onderscheid tussen beide zijden teloor.

Men moet hier consequent zijn. Ofwel men meent dat beide zijden geheel verweven zijn en verwerpt het onderscheid ertussen. Ofwel men ziet het nut van een onderscheid, maar dan houde men beide zijden goed uit elkaar. Het eerste doet bijvoorbeeld Schut in zijn bespreking van de oudere literatuur over het subjectieve recht:

‘Het uitgangspunt was verkeerd gekozen omdat daarin eenzijdig gekeken wordt naar de rechtspositie van de getroffene in plaats van ook naar die van de inbreukmaker. Onrechtmatigheid is echter een *relatief* begrip en wel relatief in die zin dat het iets zegt

16. Zie bijvoorbeeld blz. 61.

17. Wolfsbergen doelt op het schenden van een subjectief recht of handelen in strijd met een wettelijke verplichting.

18. Blz. 53.

19. Zoals het bouwen op eigen grond, waardoor schade wordt toegebracht aan een naburig erf. Zie voor de genoemde omstandigheden blz. 51-52.

van een verhouding en indirect ook iets van de polen dier verhouding'.²⁰

Bezwaar van die benadering is dat het mogelijk verklarende effect van de onderscheiding met de onderscheiding wegvalt. Laten we echter nog met Wolfsbergen aannemen dat het onderscheid wel degelijk nut heeft. In dat geval is het belangrijk passieve en actieve zijde zo scherp mogelijk tegen elkaar af te zetten. De rechtvaardiging van de inbreuk wordt dan behandeld waar zij hoort: bij de bespreking van de actieve zijde van het recht.

5. DE ACTIEVE ZIJDE: UITOEFENING EN STREKKING

Aan de actieve zijde maakt Wolfsbergen een koppeling tussen het gebruik van een bevoegdheid en het doel waartoe die bevoegdheid is gegeven. Als voorbeeld noemt hij:

'de Overheid werd, toen zij van een haar verleende bevoegdheid om over uitgegraven grond te beschikken voor andere (doch volkomen oirbare!) doeleinden gebruik maakte, dan waarvoor de wet die bevoegdheid had gegeven, in het ongelijk gesteld'.²¹

Zijn conclusie luidt: 'de uitoefening van het recht door zelfstandig handelen blijft (...) ondergeschikt aan het doel, waarmede de bevoegdheid werd verleend'.²² In dit opzicht ben ik het eens met Wolfsbergen. Een subjectief recht kan alleen worden uitgeoefend binnen de grenzen van dat recht. Mijns inziens geldt dat niet alleen voor subjectieve rechten, maar voor alle bevoegdheden tot optreden.

Hierboven stond de passieve zijde van een recht centraal: de schending ervan. Op het oordeel over de onrechtmatigheid daarvan bleek de beschermingsomvang van het geschonden recht van invloed. Niet ieder belang wordt beschermd tegen elke schending. Alleen wanneer een norm strekt tot bescherming van het gelaedeerde belang zal de benadeelde vergoeding van zijn schade krijgen (vgl. art. 6:163).

Precies hetzelfde geldt voor de actieve zijde van het recht. Dat is het spiegelbeeld van de normschending; de bevoegdheid om op te treden, dus de *rechtvaardiging* van dat optreden. Ook deze geldt niet

20. G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, Zwolle 1990, blz. 58.

21. Blz. 129, onder verwijzing naar HR 2 april 1942, NJ 1942, 467 (Waterschap De Regge).

22. Blz. 131.

ongelimiteerd. Zij is afhankelijk van het doel waartoe zij is verleend.²³

Aan de passieve zijde is geconcludeerd dat de onrechtmatigheid van een inbreuk beter is vast te stellen naarmate dat recht scherper is geformuleerd. Het lijkt aannemelijk dat iets dergelijks ook het geval is aan de actieve zijde: hoe specifiek de bevoegdheid, hoe groter haar invloed op het onrechtmatigheidsoordeel.

Toch is die gedachte niet juist. Een zeer algemene rechtvaardigingsgrond als noodtoestand (kortweg: nakoming van een hogere plicht dan de verzaakte) heeft een zeer krachtig effect. Zij leidt tot het oordeel dat deze daad rechtmatig is en de dader niet tot schadevergoeding verplicht. Een eveneens ruime rechtvaardiging als handelen in het algemeen belang heeft die werking daarentegen niet. Kennelijk is de mate van bepaaldheid van de bevoegdheid niet het onderscheidende criterium.

Kern van de zaak is mijns inziens of de dader zich op een sterker recht kan beroepen dan de benadeelde. Hij zal diens recht moeten 'overrulen'; een betere bevoegdheid moeten aanvoeren. Daartoe is van belang na te gaan waartoe zijn bevoegdheid strekt. Dat hangt nauw samen met de stelling van zijn wederpartij. De gedaagde moet immers *deze* normschending rechtvaardigen.

Dat zal bij een welomlijnd subjectief recht als het merkenrecht niet eenvoudig zijn. Ter rechtvaardiging van de inbreuk staat de dader slechts een beperkt aantal mogelijkheden ten dienste. Bij een veelomvattend recht als het eigendomsrecht is zijn kans van slagen groter. Dan zijn de bevoegdheden van de gerechtigde algemeen omschreven.²⁴ Daardoor is ook moeilijker aan te geven van welk gedrag de inbreukmaker zich precies moet onthouden. De inbreuk is hier weliswaar met de enkele schadetoebrenging gegeven. Maar daar staat tegenover dat veel ruimte is voor de toetsing van de rechtvaardiging die de inbreukmaker voor zijn handelen aanvoert. Die toets zal een zeer open karakter hebben.²⁵

23. Zie daarover uitgebreider M.E. Franke, Schadevergoeding na het binnentreden van woningen, AA 1991, blz. 1027-1032.

24. Hij mag bijvoorbeeld 'vrij van de zaak gebruik maken, mits dit gebruik niet strijdt met rechten van anderen' etc. Zie art. 5:1 lid 2.

25. Vgl. TM, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 614: 'zodanige gedraging is in het algemeen alleen onrechtmatig als zij in strijd was met een van de vele normen van geschreven of ongeschreven recht, strekkende om letsel of zaaksbeschadiging te

Een onderzoek naar de strekking van de ingeroepen bevoegdheid kan behulpzaam zijn bij het vaststellen van de onrechtmatigheid der inbreuk. Het kan ook verklaren waarom de eiser wordt beperkt in zijn mogelijkheid sommige zaken te vorderen of waarom gedaagde zich juist tegen bepaalde vorderingen niet kan verweren. Van beide een voorbeeld.

Wanneer is gehandeld op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen, behoudt de eiser weliswaar zijn recht op schadevergoeding wegens onrechtmatige daad, maar kan een verbodsvordering worden afgewezen (art. 6:168 lid 1). Dat is te verklaren uit het doel van de ingeroepen rechtvaardiging. Haar strekking is dat handelingen verricht in het algemeen belang doorgang moeten vinden, zelfs al wordt daarbij schade toegebracht. Zij strekt er niet toe die schade vervolgens voor rekening van de (toevallig) benadeelde te laten.

Stilstaan bij het karakter van de rechtvaardiging kan ook verhelderend zijn wanneer de mogelijkheden van de dader worden beschouwd. Te denken is aan die gevallen waarin iets bijzonders aan de hand is met de voor het handelen aangevoerde rechtvaardiging, zoals bij voorwaardelijke of voorlopige bevoegdheden.²⁶ De dader baseert zich dan op een wankele bevoegdheid. Deze is hem gegeven om een patstelling te voorkomen op het moment dat nog niet is vast te stellen wat de uiteindelijke juridische toestand tussen de partijen zal zijn. Het doel is niet ook bij voorbaat een schadevergoedingsactie te blokkeren voor het tijdstip waarop wel duidelijkheid bestaat over die verhouding.

Eigenlijk gaat het in de laatst besproken situatie en in het ervoor genoemde 168-geval om hetzelfde. De dader krijgt de bevoegdheid om schade toe te brengen; niet om deze onvergoed te laten (als voor vergoeding reden zou bestaan). Of een eventuele schadevergoedingsverplichting van de dader vervolgens gegrond wordt op rechtmatige, dan wel onrechtmatige daad, is een andere vraag. Mijns inziens hangt het antwoord ervan af hoever men de rechtvaardigingsgrond wil laten doorwerken. Met andere woorden: of men meent dat met de enkele bevoegdheid tot optreden de daad tot een rechtmatige is gemaakt.²⁷ Deze kwestie moet hier verder onbesproken blijven.

voorkomen?.

26. Bijvoorbeeld beslaglegging of executie van een appelabel vonnis.

27. Denkbaar is daarnaast te eisen dat de dader rekening houdt met de belangen van de benadeelde, bijvoorbeeld door het treffen van een schaderegeling.

Tenslotte. De noodzaak stil te staan bij het doel waartoe een bevoegdheid is gegeven, zal dringender zijn als de rechtvaardiging voor het optreden afkomstig is van buiten het civiele recht. In zo'n geval moet de sprong worden gemaakt van een niet-civiele rechtvaardigingsgrond naar het oordeel over de civiele rechtmatigheid of schadevergoedingsplicht. En die stap kan bij een niet-civiele rechtvaardigingsgrond te groot zijn. Zo heeft een publiekrechtelijke vergunning niet het doel de vergunninghouder te vrijwaren tegen een civielrechtelijke schadevergoedingseis.²⁸ En zo hoeft de aanwezigheid van een strafrechtelijke rechtvaardigingsgrond niet te betekenen dat de dader civielrechtelijk van aansprakelijkheid zou zijn ontheven.²⁹ Bij dit laatste is te denken aan op de art. 27 Sv. e.v. gebaseerde politiebevoegdheden, zoals een last tot binnentreding. Deze strekken ertoe opsporingsactiviteiten mogelijk te maken. Daarmee is niets gezegd over een eventuele schadevergoedingsverplichting.³⁰ Of over het rechtmatige dan wel onrechtmatige karakter van de daad.³¹

6. CONFRONTATIE VAN SCHENDING EN UITOEFENING

Het onderzoek van de strekking van het subjectieve recht komt tot een afronding. Zowel aan de passieve als de actieve zijde van een recht blijkt de omvang van de bevoegdheid bepalend voor de bescherming van degene die haar inroept. Daarbij werken de bevoegdheden aan beide zijden op elkaar in.

Het door de eiser ingeroepen recht duwt het proces een bepaalde kant op. Hierdoor versmallen de mogelijkheden van de gedaagde om

28. Zie reeds HR 30 januari 1914, NJ 1914, 497 (Bakker Krul). Vgl. ook HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278 (Vermeulen/Lekkerkerker).

29. Daarop is gewezen door G.E. Langemeijer, De betekenis van veroorlovenende normen in het strafrecht voor het privaatrecht, in: Naar eer en geweten (Remmelink-bundel), Arnhem 1987, blz. 301-307.

30. Voor het strafrecht is daarvoor de toets van art. 89 Sv. noodzakelijk. Voor het civiele recht is onrechtmatigheid van de handeling vereiste. Zie recentelijk: J. Spier, Preadvies NJV 1996, blz. 288-293.

31. Strafrechtelijk zal dit niet een groot probleem zijn. Civielrechtelijk is de grondslag onrechtmatige daad (zie de vorige noot). Daar doet zich echter een moeilijkheid voor. Voor civiele onrechtmatigheid gaat men uit van gebleken *onschuld* van de verdachte. Bezien vanuit het strafrecht is dat een onzinnige eis. In het strafproces kan hooguit de *schuld* van de dader blijken. Zijn onschuld wordt immers verondersteld. Hierop is laatstelijk gewezen door N.M. Dane, tijdens haar interventie op de jaarvergadering van de NJV (1996, nog ongepubliceerd).

zich te verweren. Maar het verweer van gedaagde kan vervolgens toewijzing van (een van) de vorderingen van de eiser in de weg staan. De stelling van de gedaagde stuwt het proces verder in de ingeslagen richting.

De standpunten van partijen volgen de wanden van een trechter. De beweging voert omlaag; van de abstracte norm die geschonden is tot het concrete oordeel over de rechtmatigheid van die schending.

Mijn visie op de hiërarchie van deze standpunten is al gegeven met de stelling dat het aan de gedaagde is de bevoegdheid van eiser te overstijgen. De eiser die zich bijvoorbeeld op een subjectief recht kan beroepen, staat sterk. 1-0 voor eiser. Meijers zegt het zo:

‘absolute rechten als de eigendom, het merkenrecht, het auteursrecht en het octrooi-recht, staan het verrichten van bepaalde handelingen bij uitsluiting aan den rechthebbende toe. Deze kan zich tegen iederen inbreuk met een rechtsvordering verdedigen. Hij behoeft daarbij niet te rechtvaardigen waarom hij optreedt; de inbreuk zelf is rechtvaardiging genoeg.’³²

En hiermee ben ik aangekomen bij het tweede deel van mijn betoog.

7. DE KLEREN VAN DE KEIZER; EEN POSTMODERNE BENADERING

De kwestie die nu aan de orde komt, is die van de functie van de rechtsinbreuk voor het oordeel over de rechtmatigheid van een handeling.

Welke rol is volgens Wolfsbergen weggelegd voor de rechtsinbreuk als onrechtmatigheidscategorie? Het antwoord kwam hierboven in een ander verband al ter sprake. Geen, als het gaat om een functie als zelfstandig criterium. Hooguit kan de inbreuk een rol vervullen als factor binnen een bredere onrechtmatigheidstoets.³³ Met deze visie sluit Wolfsbergen zich aan bij zijn tijdgenoot Smits.³⁴ Zij blijken de voorlopers van een generatie juristen, die de zorgvuldigheidsnorm beschouwt als de enig werkelijke onrechtmatigheidstoets.³⁵ Een van

32. In zijn onderschrift bij HR 12 januari 1939 (zie hierboven, noot 8).

33. Blz. 61.

34. P.H. Smits, Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten in hare beteeckenis voor de onrechtmatige daad, WPNR 3688-3690 (1940), bijv. op blz. 402.

35. C.C. van Dam, Zorgvuldigheid en aansprakelijkheid, diss. Utrecht 1989, passim; T. Hartlief & G.E. van Maanen, Hoe werkt de onrechtmatige daad? Nijmegen 1995, blz. 63-64 (enigszins anders op blz. 19); Jac. Hijma, in zijn annotatie onder Geerts/Ten Dam, AA 1991, blz. 338-343.

hen verwoordt het aldus:

‘In een rechtsstelsel dat als geheel steeds genuanceerder wordt, lijken de wetsstrijd en de rechtsinbreuk onnodig grofmazige criteria, die slechts kunnen overleven door zich zoveel mogelijk in het kleed der zorgvuldigheid te hullen’.³⁶

Wetsschending en rechtsinbreuk als de kleren van keizer Onzorgvuldigheid. De onrechtmatigheidstoets wordt zo gezien teruggebracht tot haar essentie: de zorgvuldigheidsnorm. De visie maakt indruk door haar elegante en efficiënte eenvoud.

Volgens haar voorstanders brengt zij een bevrijding uit het negentiende eeuwse keurslijf van abstracte, wettelijke normen, waarin een handeling geperst moest worden. En biedt zij ruimte voor een afweging van de concrete, bijzondere omstandigheden van het geval. De controverse tussen de vroegere benadering en deze is beschreven door Smits:

‘Eenerzijds de gedachte, welke de grens tusschen het al dan niet rechtens geoorloofde zoekt in verband met bepaalde, in de wet vastgelegde, algemeen geldende, objectieve kenteekenen voor de onrechtmatigheid eener handeling. Dit is de richting, die (...) de door den Hoogen Raad aanvaarde kenmerken bracht: strijd met een bepaald, in de wet of wettelijke verordening geformuleerd, gebod of verbod en inbreuk op een op de wet steunend subjectief recht. Daartegenover ziet men (...) de gedachte, welke los van zulke objectieve maatstaven voor het concrete geval wil zien uitgemaakt of degeen, die schade toebrengt, al dan niet rechtens toelaatbaar heeft gehandeld, waarmee de rechter (...) wordt verwezen naar de ongeschreven normen voor wat in het maatschappelijk verkeer in een gegeven geval betaamt’.³⁷

Zo’n benadering past, in een breder kader gezet, bij een postmoderne wetenschapsbeoefening.³⁸ Samengevat in de woorden van Toulmin: ‘The Return to the Oral; the Particular, the Local, the Timely’.³⁹

De visie heeft mooie papieren. Niettemin meen ik dat zij verworpen moet worden.

36. Hijma, t.a.p., blz. 342.

37. Smits, t.a.p., blz. 373.

38. Onlangs zeer algemeen over postmodernisme en civiel recht: Jan Smits, Een enkele aantekening bij een postmodern privaatrecht, *Ius Civile* 1996, blz. 21-31.

39. Stephen Toulmin, *Cosmopolis*, Chicago 1990, blz. 186-192. Voor ons onderwerp is vooral *The Return to the Particular* interessant: Toulmin signaleert een ‘revival of case ethics’: ‘Where, a generation ago, philosophers interested in law discussed theoretical questions about law-in-general, we now find them writing quite as much about practical problems of jurisprudence relevant to particular current cases’ (blz. 188).

8. KRITISCHE BESCHOUWING

Laten we nagaan waaruit de zorgvuldigheidsnorm precies bestaat. Volgens Smits gaat het om de ‘ongeschreven gedragsnormen, voor het gegeven geval opgesteld’.⁴⁰ Bij Van Dam is te lezen dat de elementen van de norm de vier Kelderluikcriteria zijn:⁴¹ aard en omvang van de schade; waarschijnlijkheid van die schade; aard van de gedraging en bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen.⁴² Het derde criterium speelt ‘een sleutelrol bij het vaststellen van de waarde van de andere elementen’.⁴³ Het omvat de rechtvaardigingen die de schadeveroorzaker zal aanvoeren voor zijn handelen. Daarbij denkt Van Dam voornamelijk aan gevallen waarin een beroep wordt gedaan op een hoger belang dan het gelaedeerde.⁴⁴

Mijn belangrijkste bezwaar tegen zo’n multi-factorbenadering betreft de hier omschreven methode. Een ‘norm’ waarin zowel de normschending zelf (het toebrengen van schade, vgl. Van Dams eerste criterium) als haar rechtvaardiging is opgenomen, is geen norm.⁴⁵ Zo’n norm valt niet te overtreden. Zorgvuldigheid is hooguit de *conclusie* die men trekt nadat alle omstandigheden van het geval zijn afgewogen.⁴⁶ Een maatstaf biedt zij niet.

Het hier gesignaleerde geldt niet alleen voor de zorgvuldigheidsnorm. Het is de moeilijkheid die aan alle vage normen kleeft. Daarop is gewezen door Barendrecht. De door hem genoemde nadelige gevolgen van vage normen doen zich ook voor bij de zorgvuldigheidsnorm. De regel mist voorspellende kracht;⁴⁷ zij geeft een grote

40. T.a.p., blz. 402.

41. A.w., blz. 107-130.

42. Deze vormen het zorgvuldige gedrag. Zij constitueren met de ‘persoonselementen’ kenbaarheid en vermijdbaarheid de zorgvuldigheidsnorm, vgl. bijv. blz. 105.

43. T.a.p., blz. 120.

44. Zoals politie- en brandweeractiviteiten en handelen in de medische sector.

45. Het bezwaar blijft bestaan wanneer men de rechtsinbreuk als (belangrijke) factor in de zorgvuldigheidstoets ziet (Van Dam blz. 99, Smits blz. 402, Wolfsbergen blz. 61). Dat kwam onder 4. al ter sprake. Zie ook H. Drion: ‘Het lijkt me het bezwaar van de leer van Smits (...) dat zij uiteenlopende overwegingen voor het aannemen of verwerpen van aansprakelijkheid op één hoop gooit’, in: 2000 weken rechtspraak, Zwolle 1978, blz. 37.

46. Vgl. Van Dam, a.w., blz. 99.

47. Vgl. J. Drion (n.b. naar aanleiding van het boek van Wolfsbergen): ‘een norm, die slechts voor één concreet geval geldt, is geen norm’, Een nieuwe koers in ’s Hoogen Raads Jurisprudentie over de onrechtmatige daad, WPNR 3992 (1947), blz. 246.

vrijheid aan de rechter, omdat zij kan worden gerechtvaardigd met elke verwijzing naar 'de omstandigheden van het geval'; de erop gebaseerde beslissing is altijd juist en daarom draagt zij niet bij aan de rechtsontwikkeling.⁴⁸ Barendrecht spreekt van: 'De aanvaarding van vage normen als vernietiging van kennis'.⁴⁹

Ook bezien vanuit het wetsstelsel zijn bezwaren aan te voeren tegen het principe dat de zorgvuldigheid de allesbeheersende maatstaf van artikel 6:162 is. Wie het primaat van de zorgvuldigheid als uitgangspunt kiest, verliest uit het oog dat het in artikel 162 gaat om ongelijksoortige categorieën, met een verschillende status. In alle drie gevallen worden belangen afgewogen. Maar niet alle belangen wegen even zwaar. Zo wordt met de omschrijving van een subjectief recht aangegeven 'dat bepaalde handelingen, die een inbreuk op deze rechten opleveren, rechtens verboden zijn'.⁵⁰ Hetzelfde geldt voor de wettelijke voorschriften. In deze twee categorieën zijn keuzen van de wetgever neergelegd.

Dat heeft gevolgen voor de positie van de partijen in het proces. Wie zich op een rechtsinbreuk of wetschending beroept, heeft de keuze van de wetgever achter zich. Hij beroept zich op de status quo en dat behoeft geen rechtvaardiging. De inbreukmaker of wetsovertreder tast die status quo aan. Dat is een ingrijpende daad, die gerechtvaardigd moet worden.⁵¹ Hierboven bleek hoe: door een beter recht aan te voeren dan de benadeelde heeft. In dit opzicht hebben de normen een effect dat te vergelijken is met de processuele functie van bezit.

Het subjectieve recht en de wettelijke plicht blijken te functioneren als, wat Nieuwenhuis heeft genoemd:⁵² agendapunten in het debat. Die status heeft de zorgvuldigheidsnorm niet. Het is een open categorie, waarin de omstandigheden van het geval worden afgewogen. Tevoren is niets te zeggen over de vraag welk belang in casu de doorslag zal geven.⁵³ Dat hangt samen met de aard van de vage

48. J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, diss. Tilburg 1992, blz.50.

49. A.w., blz. 63, zie verder blz. 66-77.

50. TM, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 614.

51. Zie over de rol van de status quo in het recht: I. Kisch, *Beschouwingen over de onderscheiding tusschen zakelijke en persoonlijke rechten*, diss. Amsterdam 1932, blz. 294 e.v.

52. T.a.p., blz. 73.

53. Daarop wees ook Bloembergen in zijn bespreking van het proefschrift van Van Dam, WPNR 5994 (1991), blz. 130, m.k.

norm die de zorgvuldigheid is.

Het ligt dan ook voor de hand dat de zorgvuldigheidstoets pas aan bod zal komen als de andere normen ontbreken of tekort schieten. Dat laatste kan, in het geval van een rechtsinbreuk, zijn omdat de inbreuk zelf ruimte laat voor een nadere toets (bij indirecte inbreuken als gevaarstelling en hinder of wanneer de inbreuk bestaat uit de enkele schadeveroorzaking). Of omdat tegenover het geschonden belang een even groot belang wordt gesteld (bij botsing tussen twee grondrechten).

9. 'IM KAMPFE SOLLST DU DEIN RECHT FINDEN'⁵⁴

Uit het voorgaande vloeit voort wat ik zie als de functie van het subjectieve recht en de wettelijk plicht. Beide normen hebben bij het zoeken naar een oordeel over de handeling van de gedaagde een stellende functie. Zij geven het debat een bepaalde richting. De bevoegdheden die de gedaagde inroept ter rechtvaardiging van zijn handelen, vervullen daarbij de weersprekende rol. Zij kunnen de gang van het proces keren. Een benadering als deze is al te vinden bij Eggens:

'Zo doet het doden van een ander zich in het algemeen voor onder het aspect der onrechtmatigheid, om eventueel te verkeren in het oordeel: noodweer, die de onrechtmatigheid opheft. Zo kan er ook een dubbele 'verkering' van oordeel plaats vinden indien b.v. bij de beoordeling van de aanvankelijk als onrechtmatig gekwalificeerde doodslag, deze handeling (nader) bepaald wordt als rechtmatig, gelet op het feit dat deze handeling gepleegd werd door een soldaat op wacht of een politieagent in achtervolging'.⁵⁵

'These, antithese, synthese. Men hoeft geen onverbeterlijk Hegelaar te zijn om te constateren dat het recht vaak deze gang gaat'.⁵⁶ Maar wat levert dit heen en weer redeneren op? Welk voordeel heeft een 'verkering van oordeel' als men de zaak in één keer kan afdoen met de zorgvuldigheidstoets?

Allereerst heeft de benadering een legitimerende functie in het proces. Aan de eiser kan worden toegegeven dat sprake is van een normschending. Daarmee zou hij in het algemeen ook slagen in de

54. Motto van Jherings Kampf um's Recht.

55. Over het wezen van misbruik van recht, VPO deel 2, blz. 122.

56. J.H. Nieuwenhuis, Recht en belang, in: Confrontatie en compromis, 1992, blz.41.

procedure. De norm blijft voor gebruik beschikbaar.⁵⁷ Zij behoudt haar ‘voorspellende kracht’.⁵⁸ Maar tevens kan worden aangegeven waarom in *dit* geval van het uitgangspunt moet worden afgeweken.

Ook op een abstracter niveau heeft deze methode voordelen. Een geldige weerspreking van een gestelde normschending levert informatie over de norm zelf. Als duidelijk is waar de norm niet meer geldt, is ook iets gezegd over het gebied waar zij wèl gelding heeft. Dit effect van het inroepen van rechtvaardigingen is door Binding voor het strafrecht beschreven als:

‘Die allgemeinen Gründe aufgehobener Rechtswidrigkeit wie Notwehr, Notstand, lassen alle Normen als Normen mit Ausnahmen erscheinen’.⁵⁹

In dialektische termen: door de negatie (de rechtvaardiging) wordt het abstracte principe (de norm die geschonden is) ‘bemiddeld’, wat ook wil zeggen: rijker.⁶⁰ De methode draagt kortom bij aan de rechtsontwikkeling.⁶¹

Tenslotte. Zojuist heb ik gesuggereerd dat een geval wellicht sneller is te beoordelen met een zorgvuldigheidstoets. Op die suggestie kom ik nu terug. Stellen wij ons een oer casus voor: een automobilist rijdt een tuinhokje (niet het zijne) omver. Daar gebeurt iets wat niet hoort. Niet omdat het zo onzorgvuldig is wat de automobilist doet. Maar omdat het hokje eigendom van een ander is en hij er af heeft te blijven. Doet hij dat niet, dan is hij voor de gevolgen aansprakelijk. Dat betekent niet dat daarmee het laatste woord is gezegd. Er zijn voor de automobilist zeker argumenten aan te voeren om aan aansprakelijkheid te ontkomen. We kwamen ze hierboven⁶² al tegen. Maar ter rechtvaardiging van de beschadiging van de eigendom moet de automobilist een goed verhaal hebben.⁶³ Heeft hij dat niet, of schiet het tekort,⁶⁴ dan blijft het bij de constatering dat eens anders

57. In dit opzicht biedt de benadering een voordeel boven de door Barendrecht gepropageerde falsificatie-methode.

58. Vgl. daarover hierboven, onder 8.

59. Die Normen und ihre Übertretung, erster Band, Leipzig 1890, blz. 130.

60. G.W.F. Hegel, Phänomenologie, Vorrede, blz. 19 (gebruikte uitgave: Hamburg 1980). Zie over de vertaling van *vermitteln*: P. Jonkers, noot 42 (blz. 122) bij Het wetenschappelijke kennen, Meppel 1978.

61. Vgl. daarover hierboven, onder 8.

62. Onder 5.

63. Bijvoorbeeld: ‘Ik moest uitwijken voor een kind’.

64. Bijvoorbeeld: ‘Ik was dronken.’

eigendom is vernield en treedt het eraan gekoppelde rechtsgevolg in: een schadevergoedingsplicht voor de dader.

Het voorbeeld is simpel. Maar waar het om gaat, is het patroon van het beredeneren van de aansprakelijkheid van de dader. Met de rechtsinbreuk of plichtschending kan men in veel gevallen volstaan. In alle situaties waarin de dader er niet een toereikende rechtvaardiging tegenover kan stellen, vormt de zorgvuldigheidstoets een zinloze exercitie. Beslissend voor het onrechtmatigheidsoordeel is dan slechts de vastgestelde normschending. Daarmee is deze benadering aanmerkelijk efficiënter dan de zorgvuldigheidstoets. Ook vanuit praktisch oogpunt verdient zij derhalve de voorkeur. Overigens heeft de rechter in deze benadering minder vrijheid dan wanneer hij alleen aan de zorgvuldigheid toetst.⁶⁵ Wanneer een inbreuk of plichtschending is vastgesteld, zal hij gedwongen zijn aan te geven waarom hij tot een andere conclusie komt dan: aansprakelijkheid van de gedaagde. Met andere woorden: ofwel hij moet stellen wat schort aan deze inbreuk of waarom het wettelijk voorschrift niet van toepassing is. Ofwel hij moet duidelijk maken waarom de bevoegdheid van de gedaagde zwaarder weegt dan die van de eiser. Voor de kwaliteit en legitimatie van het oordeel kan dat niet slecht zijn.

10. TERUG NAAR WOLFSBERGEN

'Het systeem blijkt dus: de agressieve functie van het subjectieve recht wordt binnen zekere grenzen beperkt, doch de defensieve kracht is onbepaald'.

Met de stelling van Wolfsbergen was ik het uiteindelijk slechts gedeeltelijk eens. Maar zij bracht mij tot een onderzoek naar de bevoegdheid van de beide partijen die bij een mogelijk onrechtmatige daad betrokken zijn. En ik dank er de conclusie aan dat alleen vanuit deze bevoegdheden te verklaren is waarom in een bepaald geval aansprakelijkheid aan te nemen, dan wel af te wijzen is.

65. Vgl. daarover hierboven, onder 8.