



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Onrechtmatige daad

Franke, M.E.; Jordaans, J.P.; Reurich, L.; Valk, W.L.; Wissink, M.H.

Citation

Franke, M. E., Jordaans, J. P., Reurich, L., Valk, W. L., & Wissink, M. H. (1996). *Onrechtmatige daad*. Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36721>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36721>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Onrechtmatige daad

BW-krant jaarboek 1996

Redactie

M.E. Franke

J.P. Jordaans

L. Reurich

W.L. Valk

M.H. Wissink

Gouda Quint — Deventer

1996

ISBN 90-387-0429-1
NUGI 692

© 1996, Mr. A.J. Akkermans, Mr. A.R. Bloembergen, Mr. A.G. Castermans, Mr. M.E. Franke, Prof. mr. T. Hartlief, Mr. W.J.G. Oosterveen, Mr. J.M. Polak, Mr. G.H.A. Schut, Prof. mr. C.J.J.M. Stolker, Mr. C.A. Streefkerk, Mr. A.J. Van, Prof. mr. J.B.M. Vranken.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotocopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Voorwoord

‘In 1911 achtte Prof. Scholten (...) het moeilijk om over 1401 iets nieuws te zeggen; de H.R. is in 1919 de auteurs een weinig te hulp gekomen! Doch nu zijn wij misschien weer zover, dat er niet veel nieuws meer valt te zeggen; dat moge het ogenblik zijn om het oude samen te vatten.’

Met deze bescheiden woorden begon Wolfsbergen zijn boek over de onrechtmatige daad. Het was het eerste werk in Nederland dat het leerstuk systematisch behandelde. Dit jaar is het precies vijftig jaar geleden dat het verscheen; het boek werd postuum uitgegeven door de Universitaire Pers Leiden in 1946. Die gebeurtenis was beslissend voor de keuze van het thema van het BW-kraant Jaarboek 1996.

De redactie vroeg twaalf auteurs een bijdrage te schrijven naar aanleiding van een hoofdstuk uit *Onrechtmatige Daad*. Men was daarbij geheel vrij in de behandeling van het hoofdstuk. Sommige schrijvers namen de visie van Wolfsbergen tot uitgangspunt van hun beschouwing. Anderen richtten zich meer op het thema van het hoofdstuk of op de ontwikkeling van het erin behandelde leerstuk gedurende de laatste vijftig jaar. Voor de lezer die geïnteresseerd is in de oorspronkelijke titels van de hoofdstukken uit het boek van Wolfsbergen en het boek niet onmiddellijk bij de hand heeft, is achterin dit Jaarboek een vermelding van die titels opgenomen.

Het traditionele BW-kraant interview vond ditmaal plaats met mr H. Drion. Voor de uitwerking ervan is de redactie veel dank verschuldigd aan Kyong Rijnders. Danken wil de redactie ook Lodewijk Valk. Hij gaat de afdeling burgerlijk recht en daarmee de redactie van de BW-kraant verlaten. In hem verliezen wij een gedreven redacteur, vaardig “computeraar” (hij ontwierp bijvoorbeeld de stijl waarin de bijdragen aan de BW-kraant worden gezet) en gewaardeerd auteur. Wij

hopen dat zijn nieuwe functie in de rechterlijke macht hem niet zal beletten te blijven publiceren over de vele onderwerpen op civielrechtelijk gebied die zijn aandacht hebben.

Tot slot is het woord aan Wolfsbergen zelf. Uit Westerbork verzond hij zijn laatste brief, gedagtekend 31 augustus 1944; nog geen drie maanden voor zijn dood op 41-jarige leeftijd in Auschwitz op 21 november. Wolfsbergen schreef de brief aan zijn vrouw. Dankzij zijn zoon kunnen wij er de volgende passage uit citeren.

‘Tenslotte mijn boek. Ik zou het erg graag gedrukt hebben, als dat kan. Als ik mij niet erg vergis zou het voor Leonard niet kwaad zijn, later aangezien te worden als de zoon van “De man 1401”. Zou je met Aad¹ in deze zin willen opnemen. Denkelijk wil hij er wel voor zorgen. Dat geldt voor direct na de vrede; daar ik pas later terugkom, zou het toch dan vermoedelijk te laat zijn, er mee te beginnen.

Het lijkt waarachtig of ik een soort testament schrijf, en toch ligt het mij helemaal niet “op de leden” dat zo iets nodig is, het is alleen mijn verlangen, alle gebeurlijkheden zo mogelijk vooruit te regelen.’

1. Mr. A. Schadee (1903-1954), advocaat en notaris te Rotterdam, boezemvriend van Wolfsbergen, aan wie het manuscript van Onrechtmatige Daad was toevertrouwd.

Inhoud

‘Daar zit verder niets juridisch aan’ <i>Interview met mr. H. Drion</i>	9
Wolfsbergen en de rechtseconomie <i>A.R. Bloembergen</i>	25
Oorzakelijk verband <i>A.J. Akkermans</i>	39
De onrechtmatigheid van de rechtsinbreuk <i>C.A. Streefkerk</i>	67
Misbruik van recht als overgangsfiguur <i>J.B.M. Vranken</i>	87
De relativiteit der onrechtmatigheid <i>A.J. Van</i>	97
De onrechtmatige daad der overheid <i>J.M. Polak</i>	111
Het doel van het subjectieve recht <i>M.E. Franke</i>	129
Terugtrek van het schuldvereiste <i>G.H.A. Schut</i>	147

Beroepsaansprakelijkheid en haar pernicieuze financiële consequenties <i>C.J.J.M. Stolker</i>	163
Enige internationale ontwikkelingen op het gebied van milieuschade en de grenzen van het civielrechtelijk schadebegrip <i>W.J.G. Oosterveen</i>	171
Regels voor regres <i>A.G. Castermans</i>	189
De aansprakelijkheid voor zaken <i>T. Hartlief</i>	201
Wolfsbergens Onrechtmatige daad <i>De titels van de hoofdstukken</i>	227

Wolfsbergen en de rechtseconomie

*A.R. Bloembergen**

1. INLEIDING

Toen het boek van Wolfsbergen verscheen, studeerde ik in Utrecht. Ik weet zeker dat ik het tijdens mijn studie niet in handen heb gehad, niet omdat Leidse geschriften in Utrecht niet welkom zouden zijn, maar omdat onze geestelijke bagage voor het verbintenissenrecht niet meer omvatte dan het bekende leerboek van Van Brakel, voor zover nodig aangevuld door wijsheid van de in Utrecht al even bekende repetitor Schenk. Maar ik weet ook zeker dat ik kort na mijn afstuderen met het boek heb kennis gemaakt. In 1952 schreef ik — ter beantwoording van een door de toenmalige Nederlandse Advocaten Vereniging uitgeschreven prijsvraag — als eersteling een opstel over De omvang der schadevergoeding bij wanprestatie en onrechtmatige daad¹; in het notenapparaat hiervan zijn herhaaldelijk verwijzingen naar Wolfsbergen te vinden.

Weer enige jaren later mocht ik, alweer in Utrecht, onderwijs geven over onrechtmatige daad. Wolfsbergens boek zal daarbij niet vaak ter sprake gekomen zijn (al gebruikte ik het natuurlijk wel bij mijn voorbereiding). Maar ik herinner mij dat ik aan het eind van de serie heb aangehaakt aan zijn voorwoord. Hij schrijft daarin (blz. VII) dat er ook in Nederland aanleiding is om degenen die zich ertoe zet het recht der onrechtmatige daad te gaan studeren met De Page (II no. 901) Dantes voor de hellepoort bestemde woorden toe te roepen: *Lasciate ogni speranza, voi che entrate*. Maar ik heb mijn studenten toegeroepen dat een tocht door het aansprakelijkheidsrecht niet een

* Mr. A.R. Bloembergen is raadsheer in buitengewone dienst in en waarnemend advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden.

1. Bijlage bij het Advocatenblad van 15 oktober 1952 blz. 36 e.v.

hellevaart is, maar veeleer een bezoek aan een *lawyers' paradise*, aan een stuk recht dat ook voor beginners fascinerend kan zijn.

Zie hier ter introductie een paar persoonlijke herinneringen aan Wolfsbergens boek. Maar ik moet natuurlijk niet in het verleden blijven verwijlen. De opdracht van de redactie is om naar aanleiding van het boek over de huidige stand van zaken te schrijven. Ik kies daarvoor een, althans in mijn ogen, bij uitstek modern thema, te weten de rechtseconomie (al was het maar om me zelf te dwingen het een en ander op dit terrein te lezen). Mijn veronderstelling is dat iemand anno 1996 een nieuwe, geheel herziene uitgave van de Wolfsbergen mag bezorgen (voor een mooi nieuw boek over de onrechtmatige daad is er best nog plaats!). En mijn vraagstelling is of deze bezorger — anders dan Wolfsbergen, begrijpelijkerwijze, heeft gedaan — aandacht moet besteden aan de rechtseconomie (en, zo ja, hoeveel aandacht). Daarbij ga ik ervan uit dat de bewerker niet alleen het positieve recht bespreekt, maar ook iets gaat doen aan de context van de onrechtmatige daad.

2. IETS OVER DE (RECHTS-)ECONOMIE

Het is evident dat mijn vraagstelling mij dwingt mijn aandacht te richten op de rechtseconomie en meer in het bijzonder op haar toepassing in het (buiten-contractuele) aansprakelijkheidsrecht.² Het zal voorts duidelijk zijn dat ik binnen het mij toegemeten bestek geen enkele aanspraak op volledigheid kan maken. Dat geldt ook voor de door mij geraadpleegde literatuur.³

Het is allereerst nodig onderscheid te maken tussen de (gewone) economie als hulpwetenschap van het recht en de eigenlijke rechtseconomie, tussen de Old Law and Economics en de New Law and Economics.⁴

De (gewone) economie kan in het aansprakelijkheidsrecht in het

2. De contractuele aansprakelijkheid laat ik rusten.

3. Wat Nederland betreft steun ik vooral op R.W. Holzhauser en R. Teijl, Inleiding rechtseconomie, Arnhem 1995, Themanummer Rechtseconomie, AA 1990, blz. 603 e.v. en E.H. Hondius e.a. (red.) Rechtseconomie en recht, Zwolle 1991. Voor Amerika raadpleegde ik het klassieke handboek R.A. Posner Economic analysis of law, Boston 1992. Zie voor meer op het ongevalrecht toegespitste literatuur hierna noot 10.

4. Zie over dat onderscheid bijv. R. van den Bergh, Rechtseconomie en recht blz. 10 e.v.

algemeen en in het schadevergoedingsrecht in het bijzonder een nuttig hulpmiddel zijn. Zo is tijdens de parlementaire behandeling van art. 6:96 de bedrijfseconomie te hulp geroepen om het omstreden probleem van de aan het gereedhouden van reservematerieel verbonden kosten op te lossen.⁵ Zo kan de bedrijfseconomie (de leer van de kostprijs) steun bieden bij de berekening van de gedeerde winst, bijv. die als gevolg van inbreuk op intellectuele eigendomsrechten.⁶ Overigens zal bij dit soort exercities, net als bij de fiscale winstberekening,⁷ de jurist het laatste woord houden.

De economie kan ook nuttig, zo niet onmisbaar, zijn in het debat over meer algemene vragen. Ik vind me al vele jaren op over de regresrechten van sociale verzekeraars (en volksverzekeraars).⁸ Een van de argumenten tegen deze regresrechten is dat regres een buitengemeen kostbare operatie is. Hoe kostbaar het is, kan je als jurist ook wel berekenen, maar het kan prettig zijn, als economen over de schouder meekijken. In het debat over deze regresrechten, maar ook meer algemeen in het debat over de vernieuwing van vooral het verkeersongevallenrecht spelen, zoals we hierna (onder 5) nog zullen zien, ook andere meer economisch getinte vragen een rol. Het spreekt vanzelf dat economen in dit soort discussies van harte welkom zijn, al was het alleen maar omdat zij vaak betere rekenmeesters zijn dan juristen.

Het hier aangestipte belang van de economie voor het aanspraaklijke recht is, dunkt me, niet omstreden. Ook de bewerkster van Wolfsbergen zou dus, als hij de genoemde vragen zou gaan bespreken, hierbij steun kunnen zoeken.

Maar nu de eigenlijke rechtseconomie, de New Law and Economics,

5. Zie MvA, PG Boek 6, blz. 335 e.v. Ik laat nu daar dat de poging weinig geslaagd is. Zie over dit probleem Schadevergoeding (Hartlief/Tjittes) aant. 48 op art. 96 met verdere gegevens.
6. Zie hierover Schadevergoeding (Deurvorst) aant. 96 op art. 96.
7. Vergelijk HR 8 mei 1957, BNB 1957, 208: 'dat een stelsel van jaarlijkse winstberekening voor de belastingheffing (...) behoort te worden aanvaard, indien dat stelsel is gegrond op hetgeen de bedrijfseconomie (...) leert, doch deze regel uitzondering moet lijden niet alleen in geval (dit) tot strijd met enig voorschrift der belastingwetgeving zou voeren, maar evenzeer indien daardoor aan de algemene opzet of een beginsel van de belastingwet te kort zou worden gedaan.' Zie ook Hofstra/Stevens Inkomstenbelasting, Deventer 1994 nr. 17.2, die uitgaan van autonoom fiscaal winstbegrip.
8. Zie laatstelijk NJB 1994, blz. 117 e.v.

die verdergaande pretenties heeft. Zij is in de jaren zestig en zeventig in de Verenigde Staten, vooral in Chicago, opgekomen en vandaar uit naar Europa en uiteindelijk ook naar Nederland is overgewaaid. Deze tak van wetenschap beoogt, ontoelaatbaar kort gezegd, de meest uiteenlopende rechtsverschijnselen — van de regeling van sex en prostitutie tot het civiele proces, van adoptie tot de doodstraf — door te lichten om te bekijken of zij al dan niet efficiency bevorderen. Met efficiency wordt dan bedoeld de grootst mogelijke bevrediging van menselijke verlangens, zoals die wordt uitgedrukt in de bereidheid te betalen voor goederen en diensten. Waaraan ik meteen toevoeg dat rechtseconomen, waaronder de grote Posner, tegenwoordig — het is wel eens anders geweest — begrijpen dat ‘there is more to justice than economics’.⁹

Ik laat de algemene theorie rusten en maak een grote sprong naar het aansprakelijkheidsrecht. Aldaar aangekomen constateer ik dat vooral de Nederlandstalige literatuur¹⁰ (vrijwel) uitsluitend aandacht besteedt aan het ongevallenrecht, aan de gevallen van dood, letsel en zaaksbeschadiging. Zoals men weet, is dat maar een segment, zij het ook een belangrijk segment, van het hele aansprakelijkheidsrecht: grote terreinen, zoals de overheidsdaad, de ongeoorloofde mededinging en de bescherming van de eer en goede naam, blijven aldus buiten het beeld. Niettemin zal ik mij ook tot het ongevallenrecht

9. Posner a.w. blz. 27.

10. Zie voor wat betreft Nederland Holzhauser/Teijl a.w. Hoofdstuk 6, M. Faure Rechtseconomie en privaatrecht: kunnen rechtsregels bijdragen tot de reductie van ongevalskosten?, Rechtseconomie en recht, blz. 51-93, E. Mackaay, Veranderingen in het stelsel van vergoeding en verhaal, Economische kanttekeningen in M.J.P. Verburgh (red), Schade lijden en schade dragen, Zwolle 1980, blz. 147-174 en de opstellen van Mackaay en Van Schilfgarde in het hiervoor genoemde bijzondere nummer van *Ars Aequi* 1990.

Het standaardwerk in de Verenigde Staten is S. Shavell *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge (Mass)/Londen, 1987. Zie voorts het klassieke G. Calabresi, *The Cost of Accidents, A Legal and Economic Analysis*, New Haven/Londen 1970 (waarover ik al iets heb gezegd in *NJB* 1971, blz. 998 e.v. en in *NJB* 1973, blz. 968; wellicht ben ik inderdaad, zoals E.H. Hondius, *Rechtseconomie en recht*, blz. 997 heeft opgemerkt, een voorloper op het terrein van de rechtseconomie). Zie voorts — voortreffelijk, maar vooral ten aanzien van de theorieën van Calabresi zeer kritisch — P. Cane, *Atiyah's Accident, Compensation and the Law*, Londen enz. 1993, blz. 374-394.

Overigens besteedt Posner a.w. wel kort aandacht aan enige andere onderwerpen, zoals *Intentional Torts* en *Defamation* (par. 6.15 en 6.16).

beperken. Het is niet aan mij om nieuwe terreinen in kaart te brengen! Bovendien is dat voor mij efficiënt, nu ik me al tientallen jaren bezig houdt met het ongevallenrecht.

Welke boodschap brengt de nieuwe economische theorie ons over het ongevallenrecht? In het meest eenvoudige model wordt uitgegaan van de volgende veronderstellingen: dat — overeenkomstig het hiervoor al genoemde uitgangspunt — de betrokken partijen (potentiële daders en slachtoffers) hun verwachte nut proberen te maximaliseren; dat daders en slachtoffers inspanningen kunnen doen, die de kans dat zich een ongeval voordoet verminderen en die waardeerbaar zijn in geld; en dat er een omgekeerde relatie bestaat tussen de preventiekosten en de verwachte ongevalskosten (meer zorg zal het ongevalsrisico doen dalen). Uitgaande van deze veronderstellingen wordt bekeken of de rechtsregels, vooral de ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, de efficiency-doelstelling dienen. Die doelstelling kan hier aldus worden geconcretiseerd dat het besteden van meer zorg efficiënt is zolang de marginale kosten van het uitoefenen van deze additionele zorg lager zijn dan de additionele reductie in verwachte ongevalskosten. Het is dus niet efficiënt om zo veel zorg te eisen dat alle of vrijwel alle ongevallen worden voorkomen. Als we de snelheid van het gemotoriseerde verkeer zouden terugbrengen tot die van de trekschuit, zouden we het aantal verkeersongevallen waarschijnlijk drastisch verlagen, maar efficiënt is deze handelwijze niet; de maatschappelijk kosten die met deze verlaging zijn gemoeid, zijn te hoog. Dat een constatering als deze voor een jurist 'schokkend' kan zijn, zoals Faure zegt,¹¹ zie ik niet zo direct. Juristen zijn niet zo wereldvreemd dat zij denken dat alle ongevallen moeten worden vermeden.

Ik ga geen algemene beschouwingen ten beste geven over deze theorie, maar ga, overeenkomstig mijn bestek, vertellen wat ik met de theorie aan zou moeten in een handboek over onrechtmatige daad. Ik doe dat aan de hand van een drietal thema's.

3. PREVENTIE

In de nieuwe Wolfsbergen zal iets moeten worden gezegd over de doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht. Waarschijnlijk zal de bewerker de verschillende doelstellingen, zoals het aansprakelijk

11. Rechtseconomie en recht, blz. 57/8.

stellen van schulddigen, slachtofferbescherming, allocatie van risico's, preventie van ongevallen enz. de revue laten passeren. Zal hij hierbij ook de rechtseconomie ter sprake brengen?

Dat ligt wel voor de hand, want in de rechtseconomie wordt het aansprakelijkheidsrecht gezet in de sleutel van de efficiency-doelstelling. En bij de uitwerking hiervan is de preventie-gedachte uitgangspunt: potentiële daders — mensen die activiteiten ondernemen, welke tot schade kunnen leiden — zullen een min of meer rationele keuze maken en additionele zorg toevoegen, zolang de kosten hiervan lager zijn dan de additionele reductie van ongevalskosten waarvoor zij aansprakelijk zullen zijn.

Bij dit uitgangspunt komen mijn juristentwijfels op. Ik heb er begrip voor dat rechtseconomen werken met modellen waarin de werkelijkheid vereenvoudigd wordt weergegeven. Maar het moet toch wel blijven gaan om de werkelijkheid. Wat is het realiteitsgehalte van een theorie die ervan uitgaat dat mensen zich in hun handelen laten leiden door de mogelijkheid van aansprakelijkstelling?

In mijn denken en schrijven over het ongevallenrecht heb ik mij regelmatig bezig gehouden met de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht.¹² Bij anderen is dat niet anders.¹³ Door-gaans leidt al deze arbeid tot de slotsom: (i) dat over het algemeen het aansprakelijkheidsrecht — zeker nu de aansprakelijkheid, als die iets om het lijf heeft, vrijwel altijd wordt gedekt door een verzekering — als financiële prikkel tot het voorkomen van ongevallen (en schade) weinig effectief is (wat onverlet laat dat het op onderdelen anders kan zijn); en (ii) dat andere prikkels, zoals ethische overwegingen van

12. Zie de bibliografie in Bloembergens Werk, Deventer 1992, onder 9. Meer specifiek verwijs ik naar Bloembergens Werk blz. 59 e.v., 186 en 402 e.v. en voorts naar mijn Praeadvies NJV 1967, i.h.b. nr. 23, NJB 1980 blz. 925 e.v., i.h.b. nr. 16 en naar VR 1995 blz. 1 e.v., i.h.b. onder 3.

13. Ik verwijs voor een mooie samenvatting naar Atiyah, i.h.b. blz. 361-369. Hij vat de stand van zaken aldus samen dat 'there are reasons to doubt the effectiveness of tort law as a deterrent to negligent conduct and as an effective mechanism for reducing accidents and injuries.' Over de aansprakelijkheidsverzekering schrijft hij: 'There is no doubt that the prevalence of liability insurance greatly reduces the deterrent potentiality of tort law.' En: 'There is no real evidence that fear of the loss of a no-claims bonus or of having to pay the excess under a policy has any significant effect on the incidence of accidents.' Zie voor ons land eveneens genuanceerd (maar wellicht iets positiever dan Atiyah) C.C. van Dam Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid, diss. Utrecht 1989, Hoofdstuk 15.

potentiële daders, de angst voor eigen lijf en goed en de angst voor straf- en tuchtsancties, als regel veel belangrijker zijn.

Als deze slotsom juist is, is het fundament van de rechtseconomie voor het ongevallenrecht niet deugdelijk, in ieder geval niet voor al die terreinen waar de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht zwak of afwezig is. De rechtseconomie gaat ervan uit dat mensen rationele keuzes maken en dat die keuzes voor een flink deel worden bepaald door de kans dat zij aansprakelijk worden gesteld. Maar zo er al sprake zou zijn van rationele keuzes en van prikkels die de keuzen beïnvloeden, speelt de kans van aansprakelijkstelling daarbij veelal maar een marginale rol. Een automobilist kijkt niet of er verkeer van rechts komt, omdat hij anders wel eens aansprakelijk gesteld zou kunnen worden. Ik heb jaren geleden het vijftertje in mijn tuin dichtgegooid (echt waar!), maar echt niet omdat ik wel eens aansprakelijk zou kunnen worden gesteld door ouders van bevriende kindertjes die in de vijver zouden kunnen verdrinken. Een piloot vliegt niet accuraat, omdat hij anders wel eens aansprakelijk zou kunnen zijn voor schade op de grond.¹⁴ Natuurlijk zijn er terreinen (zoals waarschijnlijk de produktaansprakelijkheid), waar aansprakelijkheid wel preventief werkt. Maar dat neemt niet weg dat het model niet klopt op al die terreinen waar dat niet geval is.

Hebben rechtseconomen dit fundamentele bezwaar niet gezien? Belangrijke auteurs, zoals Posner, Shavel en Faure/Van den Bergh¹⁵ hebben het wel gezien (en anderen misschien ook wel), maar zij doen

14. In zijn Rotterdamse oratie over Verzekering en aansprakelijkheidsrecht zegt H. Drion (Geschriften van Drion Deventer 1982 blz. 57/8): ‘Zet men tegenover het voorbeeld van het parkeerterrein (waar er wel preventieve werking zou kunnen zijn; A.R.B.) het geval van de vlieger die door roekeloos te vliegen met zijn vliegtuig naar beneden stort en schade op de grond veroorzaakt. Slechts een schrijver die voor de juistheid van zijn theorieën over de rechtsgrond der aansprakelijkheid irrelevant acht of de mensheid bereid is zich aan zijn theorieën te houden — en zulke schrijvers bestaan er — kan volhouden dat de vlieger, door de kans van aansprakelijkheid voor mogelijke schade op de grond, geremd zou worden in zijn neiging om te pletter te vallen.’ Faure/Van den Bergh a.w. lijken enigszins in de richting van de door Drion gewraakte schrijvers te denken. Aan het slot van hun bespreking van het Verdrag van Rome (betreffende door luchtvaartuigen aan derden op de grond veroorzaakte schade) zeggen zij immers (nr 257) dat aan ‘de aansprakelijkheidsregels uit het Verdrag van Rome, een functie van ongevallenpreventie’ toekomt!

15. Zie Posner a.w. blz. 203 e.v., Shavell a.w. blz. 292 en Faure/Van den Bergh a.w. nr 18.

het, gezien de fundamentele karakter van het bezwaar, merkwaardig kort af. Zij zeggen eigenlijk niet veel meer dan dat het met die preventieve werking van de aansprakelijkheid wel meevalt en dat er enige, zij het weinig, empirische steun voor die werking is.¹⁶ Ik moet helaas zeggen dat een en ander voor mij voorlopig veel te mager is tegenover alles wat er door juristen is gezegd over de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht. Ik blijf denken dat het op vele terreinen volstrekt irreëel is om tot uitgangspunt te nemen dat de kans op aansprakelijkstelling het menselijk gedrag in belangrijke beïnvloedt. Maar misschien kan een rechtseconoom mij nog eens uitleggen dat ik het allemaal verkeerd zie.

Wat hiervan ook zij, in ieder geval zou de bewerker van Wolfsbergen bij zijn bespreking van de doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht iets over de invalshoek van de rechtseconomie moeten zeggen.

4. ZORGVULDIGHEID

De rechtstoepasser — vooral de rechter — die wordt geroepen tot het concretiseren van de zorgvuldigheidsnorm zal zo veel mogelijk naar objectieve aanknopingspunten voor zijn beslissing zoeken. Een auteur van een eigentijds boek over de onrechtmatige daad zal er goed aan doen iets over die aanknopingspunten te zeggen. Hartkamp doet dat dan ook in zijn meest recente bewerking van Asser.¹⁷ De vraag rijst of ook de rechtseconomie in dit verband ter sprake zou moeten komen.

Nederlandse rechtseconomen plegen, op het voetspoor van hun Amerikaanse broeders, de zorgvuldigheidsnorm, zoals die in de rechtspraak is uitgewerkt, in hun beschouwingen te betrekken. Neem bijvoorbeeld de Inleiding van Holzhauser en Teijl.¹⁸ Zij zetten eerst

16. Overigens vermeldt Atiyah Amerikaans onderzoek op het terrein van de arbeidsongevallen dat in andere richting wijst. Bovendien zou het kunnen zijn dat de Amerikaanse bevindingen niet gelden voor Europa, omdat de claims consciousness in Amerika waarschijnlijk groter is dan in Europa.
17. Asser-Hartkamp IV-3 nr. 51h e.v. Achtereenvolgens passeren de revue: wets- en verdragsbepalingen, algemene rechtsbeginselen en rechtsovertuigingen, branchegebruiken e.d. en de vergelijking met verwante gevallen.
18. Hoofdstuk 6, i.h.b. 6.4. Zie ook het opstel van E. van Schilfgaarde, AA 1990, blz. 750 e.v. Van de juristen heeft vooral C.C. van Dam a.w., i.h.b. Deel III, aandacht besteed aan de economische analyse van de zorgvuldigheidsnorm. Zie

uiteen hoe in een economische analyse van ongevalsituaties het niveau van efficiënte zorg wordt bepaald en gaan daarna in op de vraag hoe de rechter in de praktijk met deze optimale zorg omgaat. Uitgangspunt bij dit laatste is een beroemde beslissing van Learned Hand (niet, zoals ik ooit heb gedacht, het wijze opperhoofd van een legendarische Indianenstam, maar een bekende Amerikaanse federale rechter van vlees en bloed). De beslissing¹⁹ gaat over een duwbak die als gevolg van een storm los raakt en aanzienlijke schade veroorzaakt. Hand oordeelt dat een beslissing in een geval als dit afhankelijk is van drie variabelen, te weten de waarschijnlijkheid van schade, de ernst van een mogelijke schade en de kosten van voorzorgsmaatregelen (het neerzetten van een uitkijkpost) en legt dat neer in een formule: 'if the probability be called P, the injury L and the burden B, liability depends upon whether B is less than L multiplied by B; i.e. whether $B < PL$ '. Holzauer en Teijl zeggen dat de Hand-formule opgevat kan worden als een economisch criterium, dat echter uitgedrukt zou moeten worden in marginale termen (en niet in absolute getallen). Vervolgens laten zij de Nederlandse rechtspraak, te beginnen met het bekende kelderluik-arrest,²⁰ de revue passeren en komen tot de conclusie dat ook in deze rechtspraak de factoren kunnen worden herkend die in de economische analyse zijn gevonden.

Wat moet ik als jurist met deze conclusie (zelfs als ik veronderstellenderwijs de efficiency tot enig richtsnoer neem en uitga van de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht)? Het is natuurlijk prettig te horen dat rechtseconomen kunnen instemmen met regels die juristen — op basis van common sense en niet gehinderd door enige kennis van de rechtseconomie — hebben ontwikkeld. Wellicht kan ook de economische analyse iets beter zichtbaar maken wat juristen hier aan het doen zijn. Maar biedt de economische analyse de rechter — of een andere rechtstoepasser — nu werkelijk nieuwe aanknopingspunten om de zorgvuldigheidsnorm te concretiseren? Ik beantwoord deze vraag bij de huidige stand van de rechtseconomie ontkennend. Als ik moet zeggen of degene die de zorg heeft voor een terrein, moet waarschuwen voor een voor het publiek niet steeds waarneembaar natuurlijk gevaar, dan wel of een buurvrouw voor

hierover — nog al kritisch — mijn bespreking in WPNR 5994 (1991), onder 4.

19. US v. Carroll Towing 159 F 2d 169.

20. HR 5 november 1965, NJ 166, 136 (GJS).

paarden giftige taxus mag gooien op een mestvaalt, grenzend aan buurmans paardenwei (om twee moeilijke gevallen te noemen, waar ik in de praktijk mee heb moeten worstelen),²¹ heb ik weinig of niets aan de rechtseconomische theorie. Ik denk dat dit vooral komt doordat de theorie, die zich beweegt op een nog al abstract niveau, in de praktijk niet of nauwelijks extra informatie geeft, omdat de rechtstoepasser niet de beschikking heeft over de voor de toepassing nodige kwantitatieve gegevens.²² De rechtstoepasser moet dan zijn heil zoeken bij de in de rechtspraak ontwikkelde, vagere formules en andere aanknopingspunten die het recht hem aanreikt.

Maar ondanks deze bezwaren zou ik denken dat de mijn Wolfsbergen-bewerker bij de behandeling van de zorgvuldigheidsnormen in het algemeen en bij de veiligheids- en verkeersnormen in het bijzonder, al was het maar voor de theorie, iets zou kunnen zeggen over de Hand-formule als mogelijk aanknopingspunt.

5. VERKEERSONGEVALLEN EN VERZEKERING

Rechtseconomen plegen vrij uitvoerig te schrijven over de verhouding van schuld- (fout-) en risico-aansprakelijkheid. Korthedshalve ga ik hier niet op in. In ons land (maar ook in het buitenland) wordt er al tientallen jaren een verwant debat gevoerd. Dat gaat over de vraag of we met name in het wegverkeer niet de aansprakelijkheid achter ons moeten laten en moeten overgaan tot de invoering van een verkeersverzekering. Beschouwingen over die vraagstelling van de hand van Nederlandstalige rechtseconomen ben ik niet tegengekomen. Maar ik wil er hier iets over zeggen, omdat het onderwerp mij dierbaar is.

Ik stel voorop dat in ieder geval de klassieke economie hier steun kan bieden. Aan schadevergoedingssystemen zijn uitvoeringskosten (in het jargon van rechtseconomen: transactiekosten) verbonden. Deze kosten kunnen, vooral in een klassiek aansprakelijkheidssysteem, hoog oplopen; zij zouden bijna even hoog kunnen zijn als de aan de slachtoffers ten goede komende bedragen. Juristen kunnen deze

21. HR 27 mei 1988, NJ 1989, 29 (G) en HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 (CJHB) met mijn conclusie.

22. In deze geest ook Posner a.w. blz. 550: 'Of course, as with the Hand Formula itself, it is rarely possible (or at least efforts are not made) to quantify the terms. But the formula is valuable even when used qualitatively rather than quantitatively'.

kosten wel benaderen, maar het behoeft geen betoog dat economen hierbij behulpzaam kunnen zijn. Verder is er het moeilijke probleem van de allocatie van kosten.²³ Men vindt dat de kosten van het gemotoriseerde verkeer, waaronder de kosten van verkeersongevallen, aan dat verkeer moeten worden toegerekend: motoring should pay its way. Anders gezegd: deze kosten mogen niet worden geëxternaliseerd. Het beginsel is wel duidelijk, maar de uitwerking is moeilijk. Opnieuw spreekt het vanzelf dat economen vanuit hun discipline een nuttige bijdrage aan de discussie kunnen leveren.

Maar nu de echte rechtseconomie. De discussie over de verkeerschade spitst zich de laatste tijd vooral toe op de vraag of er voor persoonlijke schade een risico-aansprakelijkheid dan wel een verkeersverzekering moet komen.²⁴ (Misschien heeft de discussie, als dit jaarboek verschijnt, zelfs al een voorlopig eindpunt bereikt in de vorm van een wetsvoorstel, maar daarmee kan ik nu nog geen rekening houden.) Deze vraag spitst zich weer toe op de positie van de bestuurders van motorrijtuigen (en die van hun levenspartners en minderjarige kinderen, maar die laat ik verder buiten beschouwing). Want een ook door fietsers en voetgangers af te sluiten verkeersverzekering is weinig aantrekkelijk; dus zal er jegens hen wel een risico-aansprakelijkheid van het gemotoriseerde verkeer moeten komen. Voor passagiers geldt iets dergelijks.

Schadevergoedingssystemen zijn in onze tijd goeddeels verzekeringsystemen. Tegen deze achtergrond kan onze vraag ook als een vraag van verzekering worden geformuleerd: is het beter te verzekeren aan de kant van de bestuurder als potentieel slachtoffer dan wel aan de kant van de potentiële wederpartij? Anders gezegd: is een first party- dan wel een third partyverzekering te prefereren? Ik heb in het verleden betoogd²⁵ dat een (verkeers-)verzekering aan de kant van het slachtoffer verre te prefereren is.

Ook de rechtseconomie houdt zich, onder meer op het terrein van de ongevallen, bezig met verzekeringen,²⁶ ook met de vraag aan

23. Ik heb in de loop der jaren veel over dit soort kostenproblemen geschreven. Zie de bibliografie in Bloembergens Werk (onder 9). Zie recentelijk nog mijn opstel Het SER-rapport over regresrechten: een fout verhaal, NJB 1994, blz. 117 e.v.

24. Ik volsta op dit punt met een algemene verwijzing naar de Notitie Verkeersaansprakelijkheid (TK 21528 1989-1990 nr 2).

25. Zie met name Bloembergens Werk 1992, blz. 416 e.v.

26. Zie met name R. van den Bergh en M. Faure De invloed van verzekering op de

welke kant er het beste kan worden verzekerd. Het aardige is nu dat sommige van de door juristen gebruikte argumenten in meer gearticuleerde vorm in de rechtseconomische literatuur zijn terug te vinden. Ik stip een paar punten aan.

(i) Rechtseconomen wijzen erop dat het van groot belang is dat verzekeraars hun risicogroepen zo eng mogelijk houden, vooral om averechtse selectie te vermijden; een enge definitie van risicogroepen is makkelijker te realiseren bij first party-verzekeringen, omdat daarbij veel meer omtrent de potentiële slachtoffers bekend is dan bij aansprakelijkheidsverzekeringen (waarbij men tevoren niet weet wie het slachtoffer is).

(ii) Verzekeringen, aldus de rechtseconomie, kunnen de welvaart verhogen doordat zij risico wegnemen van personen die een afkeer van risico hebben. Dit in aanmerking genomen kan een *verplichte* verzekering makkelijk contra-productief (welvaartsverminderend) werken. Zij kan immers mensen dwingen tot het afdekken van risico's die zij best zelf willen dragen (ook al omdat het afdekken gepaard gaat met aanzienlijke transactiekosten). Deze benadering wijst in de richting van een verkeersverzekering. Een aansprakelijkheidsverzekering moet haast wel verplicht worden gesteld. Maar bij een verkeersverzekering kan het aan bestuurders worden overgelaten of en, zo ja, in hoeverre zij zich en de zijnen willen verzekeren. Zoals gezegd werkt dat welvaartsverhogend. Maar bovendien, zeg ik als jurist, wordt aldus aan mensen meer vrijheid gelaten. Dat was een van mijn argumenten voor een verkeersverzekering.

(iii) De aansprakelijkheidsverzekering heeft, vergeleken met een verkeersverzekering, ook een niet te verwaarlozen herverdelend effect. De door alle houders van motorrijtuigen, dus door vrijwel het hele Nederlandse volk, opgebrachte premies zullen voor een niet onbelangrijk deel worden gebruikt om de inkomensschade van hogere inkomensgroepen te vergoeden. Kortom, de lagere inkomensgroepen betalen voor de hogere. In een verkeersverzekering is dat anders: de bestuurder zal dan een premie betalen die is aangepast aan *zijn* inkomen.

Hopelijk zijn deze (te) korte kanttekeningen voldoende om te laten zien dat de rechtseconomie een waardevolle bijdrage aan de discussie

civiele aansprakelijkheid: een rechtseconomische analyse, Praeadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 1990 en M. Faure VA 1993 blz. 1 e.v.

over de verkeersverzekering kan leveren. Voor mij persoonlijk is het een aardige bijkomstigheid dat de rechtseconomie mijn vroegere betogen lijkt te ondersteunen.

6. SLOTSOM

De vraagstelling is: wat moet mijn legendarische Wolfsbergen-bewerker doen aan de rechtseconomie? Aan het einde van mijn verkenningstochtje durf ik nu een antwoord te geven.

Ik zou bij enige onderwerpen — de besproken, maar ook nog wel andere onderwerpen, zoals de produktenaansprakelijkheid — een plaatsje inruimen voor de rechtseconomische benadering. Ik zou hier en daar iets zeggen over de rechtseconomische invalshoek en haar betekenis voor de rechtsvorming en de rechtstoepassing.

Aldus zou ik de rechtseconomie in ieder geval niet minder eer geven dan in haar land van herkomst, de Verenigde Staten, gebruikelijk is. In het nog altijd gezaghebbende handboek van Prosser²⁷ wordt, als ik goed heb gezien, vrijwel niets gezegd over de rechtseconomie; zelfs de Hand-formule wordt in een noot afgedaan. In zijn meer op studenten gerichte boek zegt Fleming hier en daar iets over de rechtseconomische benadering, maar niet zo heel veel.²⁸ Ik denk dat de grote goeroe van de rechtseconomie, Posner, hier niet tevreden mee zal zijn, want hij heeft meer pretenties:²⁹ ‘The economic theory of law is the most promising positive theory of law extant. While anthropologists, sociologists, psychologists, political scientists, and other social scientists beside economists also make positive analyses of the legal system, their work is insufficiently rich in theoretical or empirical context to create serious competition for the economist.’ Maar de goeroe is ook charmant, want hij voegt er tussen haakjes aan toe: ‘The reader is challenged to adduce evidence contradicting this presumptuous, sweeping and perhaps uninformed judgment.’ Enig bewijs heb ik misschien in dit opstel aangedragen. Maar wat hiervan zij, het zou in de nieuwe Wolfsbergen gaan om een bescheiden plaatsje, omdat in mijn ogen de betekenis van de rechtseconomie voor de onrechtmatige daad vooralsnog bescheiden is. Het ongevallenrecht,

27. Prosser and Keeton on the Law of torts, St. Paul Minn. 1984. De in de tekst genoemde noot is noot 46 op blz. 173.

28. J.G. Fleming The law of torts 8e druk 1992. Zie blz. 11/2 en 118/9.

29. A.w. blz. 26.

waar de rechtseconomie zich hier vooral op richt, is maar een segment van de onrechtmatige daad en in dit segment moet de betekenis van de rechtseconomie niet worden overschat. Bovendien zou het in de nieuwe Wolfsbergen, evenals in de oude, vooral moeten gaan over (de theorie van) het positieve recht. Voor de kontekst zou er maar in beperkte mate ruimte zijn. Wat dit betreft is er verschil met het prachtige boek van Atiyah, dat binnen 25 jaar vijf drukken beleefde: hij behandelt alleen het ongevallenrecht en dat in een brede kontekst en kan dan ook aan de rechtseconomie meer aandacht besteden.

Nederlandstalige rechtseconomen zullen, net als Posner, wel meer willen. Ik hoop dat zij, als zij dit opstel lezen (wat niet zo waarschijnlijk is), daaruit zullen begrijpen dat ik — naast kritiek — ook waardering voor hun werk heb. Die waardering zou groter kunnen worden, als onze rechtseconomen zich iets meer zouden kunnen ontworstelen aan hun Amerikaanse broeders, als zij ter toetsing van hun theorieën met eigen empirisch onderzoek zouden komen, als zij zouden willen kennis nemen van het werk van juristen en als zij zo veel mogelijk zouden proberen in voor gewone juristen begrijpelijke taal te schrijven. Maar wie ben ik dat ik aan rechtseconomen zou mogen vertellen wat zij moeten doen...

Oorzakelijk verband

A.J. Akkermans*

1. INLEIDING

In de tijd waarin Wolfsbergen zijn boek schreef stond de discussie over het juridische causaal verband nog in het teken van de controverse tussen de ‘natuurwetenschappelijke’ benadering zoals in de leer van de *conditio sine qua non*, en het ‘eigen juridische’ oorzaakbegrip zoals in de leer van de adequate veroorzaking. In zijn hoofdstuk over oorzakelijk verband kiest Wolfsbergen nadrukkelijk partij tégen de natuurwetenschappelijke benadering, en breekt hij een lans voor een zijns inziens verbeterde formule voor het criterium van de adequate veroorzaking. De rechtsontwikkeling op dit punt heeft de afgelopen vijftig jaar bepaald niet stilgestaan. Het ‘natuurwetenschappelijke’ CSQN-verband heeft de betekenis behouden die het ook door Wolfsbergen werd toegedacht, namelijk die van een minimum-vereiste voor het aannemen van oorzakelijk verband, waarop onder bijzondere omstandigheden een uitzondering kan worden gemaakt. De aan de hand van dit criterium verkregen resultaten vallen echter zodanig ruim uit — men spreekt wel van ‘Adam en Eva-causaliteit’¹ — dat een nadere inperking noodzakelijk is, en het is de juiste maatstaf daarvoor die vele jaren de discussie over causaal verband heeft beheerst, zowel in ons land als daarbuiten.² Voor het eigen recht veronderstel ik de geschiedenis als bekend.³ Van 1927 tot 1970 heeft de Hoge

* Mr. A.J. Akkermans is advocaat bij Kennedy Van der Laan Advocaten te Amsterdam.

1. Volgens het CSQN-criterium zou dit ongelukkige stel door het begaan van de ‘erfzonde’ aansprakelijk kunnen worden gesteld voor alle sindsdien aan de mensheid overkomen onheil.
2. Zie H.L.A. Hart & A.T. Honoré, *Causation in the law* (1985); A.M. Honoré, *Causation and remoteness of damage*, Int.Enc.Comp.L. XI, Torts (1971) ch. 7.
3. Een beknopt overzicht is ondermeer te vinden in Asser-Hartkamp I (1996) nrs.

Raad de leer van de adequate veroorzaking toegepast, die na de vermaarde kritiek van Köster en Bloembergen werd vervangen door de toerekeningsleer, zoals thans neergelegd in artikel 6:98. De aan rechtspraak en literatuur toegedachte taak om deelregels te ontwikkelen voor onderscheiden groepen van gevallen, is inmiddels in zoverre vervuld dat een omstandighedencatalogus kan worden opgesteld die de voor toerekening relevante gezichtspunten bevat,⁴ en sindsdien is het relatief stil geworden aan het toerekenings-front.⁵ Dit in tegenstelling tot de problematiek rond het CSQN-vereiste die de laatste jaren juist sterk in de belangstelling is komen te staan, niet alleen in ons land maar ook in andere rechtsstelsels. In Wolfsbergen's tijd speelden al een aantal problemen op dit terrein, zoals de mededaderschap en de klassieke breinbreker van de dubbele veroorzaking. Voor een deel zijn deze en andere vormen van meervoudige causaliteit inmiddels verder uitgekristalliseerd, maar vooral worden ook allerlei nieuwe causale figuren onderscheiden waarbij een bepaalde problematiek speelt met betrekking tot het CSQN-verband — wat overigens niet wegneemt dat zij soms gerust onder de vlag van de redelijke toerekening kunnen worden aangepakt. In het navolgende zal ik trachten een overzicht te geven van de huidige stand van zaken. In het bestek van deze bijdrage kom ik slechts toe aan een opsomming van de causale figuren die thans kunnen worden onderscheiden en het aanstippen van enkele vragen die zij oproepen. Daarbij zij opgemerkt dat ook een andere indeling denkbaar was geweest, en dat de gebruikte terminologie soms voor discussie vatbaar is omdat echt algemeen gangbare begrippen (nog) ontbreken.

2. ONTWIKKELINGEN MET BETREKKING TOT DE 'KLASSIEKE' VORMEN VAN MEERDADERSCHAP.

Het leerstuk van de 'mededaderschap' (men spreekt ook wel van 'meerdaderschap' of van 'medeschuld') zoals dit vóór de invoering van het nieuwe BW in de jurisprudentie werd toegepast, had zowel betrekking op gevallen waarbij een bewuste samenwerking tussen de verschillende daders bestond, als op gevallen waarbij een dergelijke

424-441b.

4. Zie Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98 aant. 26 e.v.
5. Dit tot verdriet van J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid* (diss. 1992) blz. 109-112.

samenwerking ontbrak en de schade het gevolg was van twee of meer afzonderlijk gepleegde onrechtmatige daden.⁶ De eerste vorm, mededaderschap met bewuste samenwerking, is na de inwerkingtreding van het nieuwe BW in feite opgeslokt door de *groepsaansprakelijkheid* van artikel 6:166. Dit artikel vereist dat sprake is van gedragingen in groepsverband van zodanige aard dat de kans op het aldus toebrengen van schade de deelnemers van die gedragingen had behoren te weerhouden. Dit criterium zou geen verruiming meebrengen ten opzichte van het oude recht⁷ — al wordt ook wel anders beweerd⁸ — maar bij bewuste samenwerking staat redelijkerwijs buiten twijfel dat eraan is voldaan. Een voorbeeld is het geval waarover werd geoordeeld door de Arnhemse rechtbank.⁹

Pol werd opgewacht door een groep personen, waaronder Beukhof, met de kennelijke bedoeling hem een lesje te leren. Er ontstond een schermutseling waarbij Pol een gebroken neus opliep. De door Pol aangesproken Beukhof verweerde zich ondermeer met de stelling dat het neusletsel niet door hem, maar door een ander lid van de groep was toegebracht.

Zowel de casus (een z.g. ‘turba’) als het verweer waren klassiek. In dit soort gevallen zijn alle groepsdeelnemers hoofdelijk aansprakelijk ongeacht door wie van hen de geleden schade daadwerkelijk werd toegebracht, met een onderling regresrecht voor gelijke delen of volgens een andere maatstaf indien de billijkheid dat vordert. Zelfs wanneer vast was komen te staan dat het neusletsel inderdaad door een ander groepslid werd toegebracht had dat Beukhof niet kunnen baten.

Bij de tweede vorm van ‘mededaderschap’ ontbreekt een bewuste samenwerking en is slechts sprake van een min of meer toevallige *samenloop van onzelfstandige oorzaken* die elk in CSQN-verband staan met de gehele schade. Zoals bijvoorbeeld in het *aanrijding-arrest* uit 1955:¹⁰

6. Zie Onrechtmatige daad I (oud) (De Groot) nrs. 352 e.v.

7. In deze zin R.J.B. Boonekamp, Onrechtmatige daad in groepsverband volgens NBW (diss. 1990) blz. 7 alsmede NTBR 1993 blz. 68 r.k.

8. Zie A. Louman, Rechtshulp 1993 blz. 2 e.v.

9. Rb. Arnhem 16 april 1992, NJ kort 1992, 44, m.nt. R.J.B. Boonekamp in NTBR 1993 blz. 68 e.v.

10. HR 4 nov. 1955, NJ 1956, 1 m.nt. LEHR (Londen en Lancashire/Huygen).

De Lange en Huygen reden elk in een auto met een snelheid van 50 à 60 km per uur. Huygen reed op een afstand van 5 à 10 meter achter de auto van De Lange. Het wegdek was nat. Op een gegeven moment wou De Lange een vrachtauto inhalen, die werd bestuurd door Beek. Toen Beek onverwacht linksaf sloeg moest De Lange fors remmen, waarop hij van achteren werd aangereden door Huygen.

Hier waren de verkeersfouten van zowel Beek (plotseling linksaf slaan terwijl hij werd ingehaald) als van Huygen (onvoldoende afstand houden) noodzakelijk voor het ontstaan van de schade: denkt men het handelen van één van hen weg, dan was er in het geheel geen schade ontstaan. Beide onrechtmatige gedragingen staan in CSQN-verband met de gehele schade, maar hebben elkaar nodig om haar te doen ontstaan.

In 1927 meende Wolfsbergen nog dat in dit soort gevallen wel wat voor een verdeling van de schadevergoedingsplicht valt te zeggen.¹¹ Ook de rechtbank in de *aanrijding*-zaak was die mening toegedaan, en wees de vordering tegen Huygen slechts toe naar rato van zijn schuld, gesteld op 20%. De Hoge Raad oordeelde echter anders. De aan De Lange toegebrachte schade was weliswaar het gevolg van de samenloop van Huygen's rijfout met die van Beek, maar dat nam niet weg dat Huygen's fout 'in de zin der wet' oorzaak was van die schade. Huygen was dan ook tot vergoeding van de gehele schade gehouden, en moest zijn heil maar zoeken in verhaal op Beek.¹²

Bij samenloop van onzelfstandige oorzaken zijn beide veroorzakers dus voor het geheel aansprakelijk. Deze regel is in overeenstemming met het recht in andere landen.¹³ Anders dan soms wordt gesuggereerd is hij niet gecodificeerd in artikel 6:102 lid 1,¹⁴ maar

11. WPNR 3004 (1927) blz. 512 r.k.

12. Hij loopt daarbij wel een verhaalsrisico, zo voegde de HR hieraan toe, maar het is minder onbevredigend wanneer dat risico op de aangesprokene rust dan wanneer het door de benadeelde zou worden gedragen (zoals in het systeem van de rechtbank).

13. Zie T. Weir, *Complex liabilities*, Int.Enc.Comp.L. XI, Torts (1971) ch. 12 nrs. 79-81; E. von Caemmerer, ZfRV 1968 81, 85.

14. Deze bepaling heeft slechts tot gevolg dat de aansprakelijkheid van meerdere vergoedingsplichtigen een hoofdelijke is voorzover zij — krachtens rechtsregels die elders moeten worden gevonden — samenloopt. Zij houdt geen zelfstandige vestigingsgrond voor aansprakelijkheid in. Evenzo Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) nr. 13. Een andere opvatting is wel denkbaar, maar dwingt tot een heilloze exegese van het begrip 'dezelfde schade' en leidt niet tot een ander resultaat, in elk geval niet in de hier bedoelde gevallen. Zie A.J. Akkermans, WPNR 6043 (1992) blz. 251 m.k. en in het bijzonder noot 48.

volgt hij uit de toepassing van de hoofdregel van artikel 6:98. Bezien vanuit het CSQN-verband lijkt hij eigenlijk ook voor de hand te liggen. Schade heeft altijd meer dan één ‘oorzaak’ in de zin van feiten en omstandigheden die noodzakelijk zijn voor het uiteindelijke resultaat.¹⁵ Niet valt in te zien waarom het aan iemands verantwoordelijkheid zou afdoen dat een van die omstandigheden is gelegen in de onrechtmatige daad van een derde, aldus ook A-G Langemeijer in zijn conclusie voor het arrest. Dit is pas anders wanneer zo’n omstandigheid aan de benadeelde kan worden toegerekend in de zin van artikel 6:101 (‘eigen schuld’). Dan vindt wél een verdeling van de schade plaats, en wel ‘*in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen*’, tenzij de billijkheid een andere verdeling eist.

Van de voorgaande figuur moet worden onderscheiden de *veroorzaking van deelschade*. Hierbij is elk der oorzaken slechts causaal voor een deel van de in totaal bij de benadeelde ontstane schade, en bestaat dus géén CSQN-verband tussen de ene oorzaak en het deel van de schade dat uitsluitend aan de andere oorzaak is te wijten. Een voorbeeld is de casus van het *Kalimijnen*-arrest.¹⁶

Enkele kwekers in het Westland ondervonden schade van het hoge zoutgehalte van het water van de Rijn. Voor een deel werd dit hoge zoutgehalte veroorzaakt door lozingen van gedaagde, de Franse *Mines de Potasse d’Alsace* (MDPA), voor een deel door natuurlijke oorzaken en lozingen van anderen. Eisers hadden hun vordering beperkt tot een zodanig deel van hun totale schade als overeenkwam met het aandeel van MDPA in de totale zoutbelasting van de Rijn.

De rechtbank stelde vast dat er een *lineair verband* bestond tussen de toeneming van het zoutgehalte van het rijwater en de verminderde opbrengst van de daarmee besproeide gewassen (hoe minder zout, hoe minder schade). De belangrijkste schadepost bestond echter niet uit die verminderde opbrengst, maar uit de kosten verbonden aan de aanleg en het onderhoud van ontziltingsapparatuur. Een lineair verband tussen zoutbelasting en déze schade bestond niet (bij bijv. 10% minder zout zouden deze kosten waarschijnlijk even hoog blijven, mogelijk ook lager, maar hooguit bij toeval juist 10% lager). Niettemin konden ook deze kosten volgens de Hoge Raad naar rato van het aandeel in de zoutbelasting ten laste van MDPA worden ge-

15. Zie Asser-Hartkamp I (1996) nr. 439.

16. HR 23 sept. 1988, NJ 1988, 783 m.nt. JHN & JCS (MDPA/Bier e.a.).

bracht. Ook in de literatuur wordt aangenomen dat bij de veroorzaking van deelschade slechts aansprakelijkheid bestaat voor een overeenkomstig deel van de totale schade,¹⁷ hetgeen overeenstemt met het recht van andere landen.¹⁸ Ook deze regel ligt gezien vanuit het CSQN-criterium min of meer voor de hand. Toch kan dit criterium niet strak worden gehanteerd bij de verdeling van de totale schade, zoals de schadepost van de ontziltingsapparatuur illustreert.¹⁹

Een volgende figuur is die van de *sluipende schade*. Hierbij gaat het om schade als gevolg van een geleidelijk proces, waarbij elk der oorzaken weliswaar zelfstandig verantwoordelijk is voor een bepaalde 'beschadiging' (en in zoverre verwantschap bestaat met veroorzaking van deelschade) maar zij slechts gezamenlijk, na het overschrijden van een kritische drempel, schade veroorzaken in juridische zin (en in zoverre bestaat verwantschap met samenloop van onzelfstandige oorzaken). Ik ontleen het volgende voorbeeld aan Spier:²⁰

A, B en C oefenen achtereenvolgens hun bedrijf uit op een bepaald terrein. Zij maken gebruik van een aantal tanks, waarin olie is opgeslagen. Een daarvan lekt. De lekkage begon in 1960 (toen A de scepter ter plaatse zwaaide), ging voort tot in 1970 (B was toen heer en meester ter plaatse) en zelfs tot in 1980 toen C haar ontdekte en stopte. In de loop der jaren is veel olie in de grond gelopen. Eerst in 1978 (toen C daar zijn bedrijf uitoefende) is de concentratie olie in de grond zodanig groot dat deze moet worden gesaneerd. Pas deze saneringsnoodzaak heeft rechtens relevante vermogensschade doen ontstaan.

Spier heeft bepleit om in dit soort gevallen geen hoofdelijke, maar slechts een pro-rata-aansprakelijkheid aan te nemen,²¹ een opvatting die in de literatuur over het algemeen wordt ondersteund.²² Wel plaatsen sommigen vraagtekens bij de toepassing van de pro-rata-

17. Zie Schadevergoeding (Boonekamp) art. 102 aant. 6.2; Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) nr. 15.

18. Zie A.J. Akkermans, WPNR 6043 (1992) blz. 250-251.

19. Zie nader A.J. Akkermans, t.a.p. blz. 253.

20. Zie Mon. Nieuw BW B-26 (Spier) nr. 52.

21. Zie J. Spier, Sluipende schade (oratie Tilburg 1990); Mon. Nieuw BW B-26 (Spier) nrs. 51 e.v.

22. Zie A.J.O. van Wassenaer van Catwijck, RM-Themis 1992 blz. 246 e.v.; P. Clausing, NTBR 1992 blz. 50 e.v.; P.A. Kottenhagen-Edzes, M&R 1991 blz. 253 e.v. Eveneens positief, maar toch wat voorzichtiger: R.A. Salomons, VA 1991 blz. 345; W.Th. Braams, VR 1991 blz. 312 e.v. Afwijzend: Ph.H.J.G. van Huizen, WPNR 6027 (1991) blz. 822 e.v.

methode bij letselschade, zoals in het door Spier gebruikte voorbeeld van een werknemer die na jaren aan schadelijke stoffen te zijn blootgesteld — deels in een periode waarin zijn werkgever daarmee wegens de onbekendheid van het gevaar niet tekortschoot — uiteindelijk ziek wordt.²³ In Engeland zijn juist in deze context een aantal uitspraken gedaan die een pro-rata-aansprakelijkheid inhouden,²⁴ een benadering die in de Engelse literatuur wel als ‘*obvious*’ wordt gekenschetst.²⁵ De Nederlandse rechter heeft zich over deze problematiek nog niet uitgesproken.²⁶ Omdat sluipende schade een soort tussenfiguur vormt tussen samenloop van onzelfstandige oorzaken en veroorzaking van deelschade lijkt men hier qua systematiek ook beide kanten (hoofdelijkheid zowel als pro-rata) op te kunnen. Een pro-rata-oplossing schijnt mij in elk geval bij milieuschade zoals in het voorbeeld in principe het meest redelijk. Bij letselschade is het echter zeer de vraag of de Hoge Raad daar, gezien zijn bijzonder slachtoffer-vriendelijke uitspraken van de laatste jaren, wel aan zal willen.

De figuur van de *alternatieve veroorzaking* heeft in het nieuwe BW een plaats gevonden in artikel 6:99. Het ‘klassieke’ voorbeeld is de noodlottige jachtpartij:

Drie jagers schieten in de richting van X, die door één kogel wordt getroffen, niet kan worden uitgemaakt door de kogel van wie.

X kan jegens geen der jagers causaal verband bewijzen, en om te voorkomen dat hij met lege handen zou blijven staan, verplaatst artikel 6:99 het ‘wie van de drie’-probleem naar de jagers. Ieder van hen is aansprakelijk, tenzij hij kan bewijzen dat de eigen kogel niet

23. Zo P. Clausing, t.a.p. blz. 51 r.k.; P.A. Kottenhagen-Edzes, t.a.p. blz. 255.

24. Zie *Crookall v. Vickers-Armstrong* [1955] 1 W.L.R. 659; *Thompson v. Smiths Shiprepairers (North Shields)* [1984] Q.B. 405.

25. Aldus *McGregor on Damages* (1988) § 380. Voor verdere rechtsvergelijkende gegevens zie Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) nr. 52.

26. In het bekende arrest van 25 juni 1993, NJ 1993, 696 m.nt. PAS (Cijssouw/De Schelde) speelde wel eenzelfde temporeel causaliteitsprobleem als in het door Spier gebruikte voorbeeld, maar ging het niet om een schade die het gevolg is van een voortdurend proces. Het ontstaan van de betreffende asbestziekte — mesothelioom — werd zodanig voorgesteld dat dit het gevolg zou zijn van het inademen van één fataal asbestkristal, of tijdens de nalatigheidsperiode, of daarvoor, zodat werd uitgegaan van alternatieve oorzaken. Overigens doet deze voorstellingswijze maar beperkt recht aan de werkelijke samenhang tussen mesothelioom en een langdurige blootstelling aan asbest.

causaal was voor de schade. In de praktijk dient de regel van artikel 6:99 zich pas aan wanneer geen grondslag aanwezig is voor het aannemen van groepsaansprakelijkheid. Was in het jagervoorbeeld de 'kans op het aldus toebrengen van schade' zodanig dat zij zich hadden behoren te weerhouden van hun gedragingen, dan kan hun aansprakelijkheid worden gebaseerd op artikel 6:166. Het bewijs dat de eigen kogel niet causaal was kan hen dan niet baten. Aan artikel 6:99 komen wij niet toe.

Artikel 6:99 is door de Hoge Raad ook toegepast op een geval van massaschade in het bekende DES-arrest.²⁷ Daar was echter een bijzondere causale figuur in het geding die naar mijn mening niet zomaar met de standaard-figuur van alternatieve veroorzaking kan worden vereenzelvigd. Zij komt in § 3 aan de orde. En in § 4 bespreek ik de mogelijke toepassing van het principe van artikel 6:99 in combinatie met dat van artikel 6:101 ('eigen schuld') voor het geval dat één van de mogelijke oorzaken in de risicosfeer van de benadeelde ligt.

Het principe van de alternatieve veroorzaking kan naar mijn mening eveneens worden toegepast op het geval van *twijfel over de omvang van deelschades* (in Duitsland spreekt men van *Anteilszweifel*):

Vastgesteld kan worden dat A en B ieder in elk geval 30% van de in totaal door X geleden schade hebben veroorzaakt, maar niet wie van hen de overige 40% heeft veroorzaakt. Dat kan A of B zijn, maar ook ieder weer voor een deel.²⁸

Voor de toepasselijkheid van artikel 6:99 wordt algemeen vereist dat elk der alternatieve oorzaken de gehele schade heeft kunnen doen ontstaan. Daarvan is hier juist geen sprake, en het artikel lijkt daarom niet te kunnen worden toegepast, in elk geval niet zodanig dat daaruit de hoofdelijke aansprakelijkheid van A en B zou volgen.²⁹ De rechter kan het bij een schatting laten (bijvoorbeeld ieder 50%). Wie de benadeelde verder tegemoet wil komen kan naar mijn mening tóch artikel 6:99 toepassen, mits wordt onderscheiden tussen tenminste drie schadedelen:

27. HR 9 okt. 1992, NJ 1994, 535 m.nt. CJHB.

28. Ik merk op dat *Anteilszweifel* zich ook bij ingewikkelder causale figuren kan voordoen. Voor de eenvoud laat ik hen hier buiten beschouwing.

29. Enigszins anders, zij het aarzelend: R.J.B. Boonekamp, BW-krant jaarboek 1991 blz. 90, bijgevallen door T. Hartlief, TVVS 1992 blz. 313.

1. Het deel waarvan *vastgesteld* kan worden dat het werd veroorzaakt door A en dus niet door B (in het voorbeeld 30%).
2. Het deel waarvan *vastgesteld* kan worden dat het werd veroorzaakt door B en dus niet door A (in het voorbeeld eveneens 30%).
3. Een deel groot 100% min (1 plus 2) (in het voorbeeld dus 40%), waarvan niet kan worden vastgesteld door wie het werd veroorzaakt.

Volgens de hoofdregel van artikel 6:98 is A aansprakelijk voor deel 1 en B voor deel 2. Maar met betrekking tot deel 3 staat niets de toepasselijkheid van artikel 6:99 in de weg. In het voorbeeld leidt dat ertoe dat A aansprakelijk kan worden gesteld voor 30% (krachtens artikel 6:98) plus 40% (krachtens artikel 6:99), dat is samen 70%. En idem voor B. Daarmee is het maximum van ieders aansprakelijkheid bereikt. Uiteraard kan de benadeelde slechts schadevergoeding vorderen tot het maximum van de door hem geleden schade, in totaal dus 100%. Het gaat hier om ‘gedeeltelijk overlappende aansprakelijkheid’, een tussenfiguur tussen totaal- en deelaansprakelijkheid.³⁰

Behalve de alternatieve veroorzaking heeft nog een tweede figuur in artikel 6:99 een plaatsje gevonden, namelijk die van de *gelijktijdige veroorzaking*.³¹ Anders dan bij ‘zuivere’ alternatieve veroorzaking sluiten de mogelijke oorzaken elkaar hier *niet* wederzijds uit: er is niet sprake van meer dan een *mogelijke* oorzaak maar van meer dan een *zekere* oorzaak. Om in de jagers-sfeer te blijven:

Twee jagers raken gelijktijdig X, elk der kogels was voldoende om diens overlijden te bewerkstelligen.

Artikel 6:99 bepaalt dat de schade door *ten minste* één van de gebeurtenissen moet zijn ontstaan. Dat kunnen dus ook alle gebeurtenissen zijn. In theorie zou ieder der daders zich op het ontbreken van CSQN-verband kunnen beroepen: de schade zou immers eveneens zijn ontstaan wanneer men zijn handeling wegdenkt. Deze figuur werd ook door Wolfsbergen besproken, zij het niet voorzien van een bepaalde benaming.³² Het door hem voorgestane resultaat volgt thans uit de toepasselijkheid van artikel 6:99: beide jagers zijn voor de gehele schade aansprakelijk.

30. Zie J. Spier en A.J. Akkermans, TMA 1991 blz. 160.

31. Zie Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98 aant. 22, waar wordt gesproken van *gelijktijdig werkende oorzaken*.

32. Wolfsbergen, Onrechtmatige daad, blz. 36.

In dit verband bestaat ook nog een tussenfiguur die naar mijn mening eveneens onder de reikwijdte van artikel 6:99 valt,³³ namelijk de *samenloop van zekere en mogelijke oorzaken*. In het jagervoorbeeld:

Het staat vast dat X dodelijk is getroffen door de kogel van A, maar mogelijk is hij tevens dodelijk getroffen door de kogel van B.

Ook nu zijn zowel A als B krachtens artikel 6:99 aansprakelijk. Ik wijs op het bestaan van deze figuur omdat zij zich geregeld voordoet in de constellatie waarbij één van beide oorzaken in de risicosfeer van de benadeelde ligt, waarover nader in § 4. Overigens valt buiten de wat academisch aandoende jagervoorbeelden het onderscheid tussen de verschillende figuren vaak niet eenvoudig te maken.

Met de figuur van de gelijktijdige veroorzaking zijn wij inmiddels het terrein betreden van de *dubbele veroorzaking*. Onder deze noemer worden nog meer vormen van meervoudige causaliteit onderscheiden waarbij een probleem bestaat met het CSQN-vereiste.³⁴ Net als bij gelijktijdige veroorzaking gaat het telkens om 'zekere' oorzaken die zelfstandig in staat waren om de gehele schade te weeg te brengen, maar het tijdsverloop ligt anders. In verband met de cruciale rol die de factor tijd hier speelt bestaat ook een belangrijk verschil tussen moment- en voortdurende schade.

Bij momentschade - zoals in de jagervoorbeelden - is de vraag beslissend of een tijdsverloop tussen de oorzaken kan worden vastgesteld. Is dat niet het geval, dan is sprake van gelijktijdige veroorzaking. Maar wanneer oorzaak A eerder zijn uitwerking vond dan oorzaak B, dan spreekt men wel van *hypothetische veroorzaking*:

A steekt het huis van X in brand, dat volledig afbrandt. Even later stort het vliegtuig van B neer, precies op de plaats waar de overblijfselen van het huis van X zich bevinden.

Vrij algemeen wordt aangenomen dat alleen A, en niet B aansprakelijk is. B veroorzaakte immers geen schade (meer). Dat is weer anders bij *elkaar inhalende oorzaken* (in Duitsland spreekt men van *überho-*

33. Ik hoop dit nader te onderbouwen in mijn nog te verschijnen proefschrift, dat handelt over aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband.

34. Zie Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98 aant. 18-23; A.R. Bloembergen, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad (diss. 1965) nr. 155 e.v.

lende Kausalität).³⁵ Wolfsbergen besprak deze figuur aan de hand van het volgende voorbeeld:³⁶

A zendt giftige bonbons aan X, die tien minuten na nuttig effect hebben. Zover komt het echter niet, want reeds vijf minuten na nuttiging wordt X gedood door B.

Allebei aansprakelijk, zo meende Wolfsbergen, een andere opvatting zou *'heel dwaas'* zijn.³⁷ Ik zal hem dan ook maar niet tegenspreken.³⁸ Wolfsbergen merkt nog op dat dit soort figuren minder academisch zijn dan zij lijken, en wijst op een Franse zaak waarin door een fout van een apotheker een giftige drank werd toegediend aan een kind dat reeds stervende was door longontsteking.³⁹

Een figuur die in de praktijk relatief vaak voorkomt is de *dubbele veroorzaking van voortdurende schade*:⁴⁰

X loopt bij een aanrijding waarvoor A aansprakelijk is letsel op als gevolg waarvan hij zeker een jaar arbeidsongeschikt zal zijn. Na enkele maanden overkomt hem een tweede ongeval waarvoor B aansprakelijk is, waarbij hij een tweede letsel oploopt waardoor hij lange tijd arbeidsongeschikt zal zijn.

Aangenomen wordt dat A en B ieder voor de gehele schade aansprakelijk zijn gedurende de periode dat beide oorzaken samenlopen. Ik zou menen dat men deze uitkomst ook op de (analoge) toepasselijkheid van artikel 6:99 kan baseren. Komt de latere oorzaak van een voortdurende schade echter voor rekening van de benadeelde, dan komt de vergoedingsplicht van de oorspronkelijke veroorzaker vanaf dat moment te vervallen, aldus de Hoge Raad in het arrest Vermaat/Staat:⁴¹

Vermaat was aansprakelijk voor een verkeersongeval waardoor Van Ruijven in 1976 arbeidsongeschikt was geraakt. De Staat nam regres op Vermaat wegens aan Van Ruijven betaalde uitkeringen. Vermaat verweerde zich tegen de hoogte van de regresvordering, stellende dat Van Ruijven in 1983 een hartinfarct had gehad en, het ongeval weggedacht, daardoor toch definitief arbeidsongeschikt zou zijn geworden.

35. De losbladige Schadevergoeding (Boonekamp) gebruikt de weinig specifieke aanduiding *onderbreking van de causaliteit* (art. 98. aant. 21).

36. A.w., blz. 37.

37. A.w., blz. 38.

38. Vgl. Asser-Hartkamp I (1996) nr. 440.

39. A.w., blz. 37.

40. Zie Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98. aant. 23.

41. HR 2 feb. 1990, NJ 1991, 292 m.nt. CJHB.

Volgens de Hoge Raad was er geen reden om de inkomensschade van Van Ruijven vanaf het tijdstip dat de voor diens eigen risico komende arbeidsongeschiktheid zou zijn ingetreden, nog toe te rekenen aan Vermaat. Diens vergoedingsplicht kwam dus vanaf 1983 volledig te vervallen. Deze oplossing vindt vrij algemeen steun in de literatuur. In dit soort gevallen zou de hoofdregel weer moeten gaan gelden dat CSQN-verband is vereist. De uitzondering op die regel zou alleen gelden voor het geval dat meer daders onafhankelijk van elkaar de schade toebrengen en alleen noodzakelijk zijn om apert onbillijke resultaten te voorkomen. Als een van de oorzaken voor rekening van de benadeelde komt zou die uitzondering niet langer in de rede liggen. Zelf ben ik van deze redenering niet erg onder de indruk. Ik vraag mij af waarom artikel 6:101 ('eigen schuld') hier — maar ook in andere gevallen van dubbele veroorzaking — niet (analoog) zou kunnen worden toegepast, zoals bepleit door Spier⁴² en Van Wasse-naer van Catwijk.⁴³

3. MEERDERE BENADEELDEN ('MASSASCHADE')

Van recenter datum is de aandacht voor de causaliteitsproblematiek bij een aantal figuren die gemeen hebben dat daarin meerdere benadeelden zijn betrokken. Veelal gaat het om gevallen van zogenaamde 'massaschade', maar noodzakelijk is dat niet. Een eerste te onderscheiden figuur is die van de *alternatieve benadeelde*, een benaming die is ingegeven door de omstandigheid dat deze figuur in zeker opzicht het spiegelbeeld vormt van de alternatieve veroorzaking.⁴⁴ Gaat het in artikel 6:99 om het geval waarin onbekend is wie van twee of meer mogelijke veroorzakers de schade daadwerkelijk op zijn geweten heeft, hier speelt het probleem dat onbekend is wie van twee of meer personen daadwerkelijk werd gelaedeerd. In de Engelstalige rechtsstelsels spreekt men veelal van *the indeterminate plaintiff*, in de

42. Althans naar resultaat, want bij zijn pleidooi voor een 'pro-rata-verdeling' doet hij geen (expliciet) beroep op het beginsel van art. 6:101. Zie Sluipende Schade, blz. 22.

43. Eigen schuld en medeschuld, § 15. Hij onderscheidt drie categorieën oorzaken, waarvan nr. 3 op gevallen van dubbele veroorzaking ziet, al gebruikt hij deze term niet.

44. Zie A.J. Akkermans, VA 1995 blz. 44 e.v. alsmede NJB 1995 blz. 1278 e.v.; J.H. Wansink, Causaliteit en (on)verzekeraarbaarheid, in: Is verzekeren nog verzekerd?, voordrachten seminar Houthoff 28 sept. 1995 blz. 21 e.v.

Duitstalige rechtsstelsels spreekt men wel van *alternative Opferschaft*, of van *Alternativität auf Geschädigtenseite*. In zijn eenvoudigste vorm deed deze figuur zich voor in een geval dat werd voorgelegd aan het Duitse *Bundesgerichtshof*:⁴⁵

Een drietal expediteurs was in verband met een onrechtmatig overheidsvoorschrift enige tijd ten onrechte niet voor een bepaald soort opdrachten in aanmerking gekomen. Zij vorderden een vergoeding voor gederfde winst. In appel spitste het debat zich toe op een concrete opdracht die volgens de betreffende opdrachtgever zonder twijfel aan één van de drie expediteurs zou zijn gegund, maar onzeker was aan wie van hen. De waarschijnlijkheid van opdrachtverlening aan elk van de drie firma's was even groot.

Hier speelde het 'wie van de drie'-probleem dus niet aan de kant van de veroorzakers maar aan de kant van de benadeelden. *Dat* er schade was geleden waarvoor de overheid in beginsel aansprakelijk was stond vast, onbepaalbaar was alleen *wie* van de drie expediteurs daadwerkelijk was benadeeld.

In de praktijk doet deze figuur zich vooral voor bij toxische schadeveroorzaking. Zoals in de Engelse *Sellafield*-zaak,⁴⁶ waar in de omgeving van de nucleaire installatie te Sellafield een verhoogd aantal gevallen van leukemie bij kinderen werd geconstateerd, en in de Amerikaanse zaak over het verhoogde aantal gevallen van kanker bij omwonenden in het gebied in Nevada waar de Amerikaanse overheid van 1951 tot 1963 bovengrondse kernproeven hield.⁴⁷ Een voorbeeld dichter bij huis zou de situatie in het bij Nijmegen gelegen dorpje Weurt kunnen zijn.⁴⁸

In Weurt zou het aantal inwoners met kanker onevenredig hoog zijn. In een door de GGD verricht onderzoek werd geconstateerd dat in de periode 1989-1992 bij mannen 50% meer gevallen voorkwamen dan het landelijke gemiddelde. De bewoners wijten dit aan de nabijheid van een kolenvergasser, een waterzuiveringsinstallatie en de Afvalverwerking Regio Nijmegen.

In dit soort gevallen speelt tevens de problematiek van het *statistisch*

45. BGH 16 maart 1959, BGHZ 29, 393.

46. *High Court of Justice, Queens Bench Division*, 8 okt. 1993, *Elizabeth Reay v. British Nuclear Fuels Plc*, 1990 R. No. 860 en *Jane Hope v. British Nuclear Fuels Plc*, 1989 H. No. 3689, waarover A.J. Van, *Onzekerheid over daderschap en causaliteit* (diss. 1995) blz. 145 e.v. alsmede TMA 1994 blz. 109 e.v.; A.J. Akkermans, VA 1995 blz. 46.

47. *Allen v. United States*, 588 F.Supp. 247 (D. Utah).

48. Zie A.W. Jongbloed en M.L. Simon, NJB 1995 blz. 891 e.v.; A.J. Akkermans, NJB 1995 blz. 1278 e.v.

causaliteitsbewijs, vooral in verband met de *preliminaire* vraag of de gedaagde überhaupt wel schade heeft veroorzaakt. In het expediteursgeval stond dat zonder meer vast, maar bij toxische schadeveroorzaking gaat het veelal om een essentiële voorvraag. Zijn die vijftig procent extra gevallen van kanker in Weurt inderdaad te wijten aan de omliggende industriële installaties, of gewoon een kwestie van toeval en/of andere factoren uit de risicosfeer van de betrokkenen zelf? Bij de beantwoording van deze vraag moeten hoge eisen aan het statistische bewijsmateriaal worden gesteld.⁴⁹ Pas daarna kan de vervolgvraag aan de orde komen of ook op *individueel* niveau causaal verband kan worden aangenomen. Stel dat inderdaad kan worden aangenomen dat die vijftig procent extra kankergevallen in Weurt aan de omliggende industriële installaties zijn te wijten.⁵⁰ Het dilemma dat dan ontstaat is hetzelfde als in het expediteursgeval. Geen van de benadeelden kan causaal verband met het door hem geleden nadeel bewijzen. Kanker komt nu eenmaal ook ‘van nature’ voor, en niet kan worden vastgesteld of een bepaald ziektegeval aan dit ‘achtergrondrisico’ of aan de blootstelling aan milieuverontreiniging valt te wijten. Het spreekt echter niet aan om daarom maar alle aansprakelijkheid af te wijzen. Het staat immers vast dat de gedaagde daadwerkelijk schade veroorzaakte, en tevens dat één of meer van de benadeelden daadwerkelijk een recht op vergoeding toekomt, al weet men niet wie van hen. Maar onverkorte aansprakelijkheid jegens ieder der alternatieve benadeelden spreekt al evenmin aan, omdat de gedaagde dan tevens zou moeten opkomen voor nadeel dat hij niet veroorzaakt kan hebben, én dat gewoon tot de risicosfeer van de benadeelden behoort.

In Nederland zowel als daarbuiten is dan ook gepleit voor een proportionele aansprakelijkheid van de gedaagde jegens ieder der alternatieve benadeelden.⁵¹ Als (voornaamste) maatstaf voor de

49. Zie voor de voorwaarden waaraan minimaal moet worden voldaan A.J. Akkermans, VA 1995 blz. 44 e.v.

50. Overigens lijkt een dergelijk bewijs in dit geval op het eerste gezicht niet haalbaar, vooral vanwege de beperkte omvang van de ‘populatie’ van zieke bewoners, maar ook vanwege de beperkte periode waarover het onderzoek zich tot dusver heeft uitgestrekt.

51. Voor Nederland zie o.a. J.M. Auping, AA 1990 blz. 929 e.v.; L. Dommering van Rongen, Produktenaansprakelijkheid (diss. 1991) blz. 310-312; M. Faure, (G)een schijn van kans (oratie RL1 1993) alsmede NJB 1995 blz. 1232; N. Frenk, NJB 1995 blz. 484; A.J. Akkermans, VA 1995 blz. 50 e.v. alsmede NJB 1995 blz. 1279; A.J. Van, a.w. (zie noot 46) op diverse plaatsen alsmede NJB 1995 blz.

omvang van die aansprakelijkheid zou de veroorzakingswaarschijnlijkheid van het individueel geleden nadeel moeten dienen. In beide voorbeelden zou dat neerkomen op een aansprakelijkheid jegens alle 3 de expediteurs, respectievelijk jegens alle ziek geworden bewoners, voor 1/3 van het individueel geleden nadeel. Alleen zo bereikt men de gebruikelijke evenredigheid tussen schadevergoeding en schadeveroorzaking: in een proportionele benadering wordt de gedaagde in totaal niet voor meer, maar ook niet voor minder aansprakelijk gehouden dan wat hij redelijkerwijs kan worden geacht te hebben veroorzaakt, terwijl ook de benadeelden als groep precies het bedrag aan schadevergoeding ontvangen waar zij daadwerkelijk recht op hebben. Ook op individueel niveau kan een proportionele schadeloosstelling alleszins worden gerechtvaardigd, waarover meer in § 4. De rechter heeft zich over deze materie nog niet uitgelaten.

Een volgende figuur deed zich voor in het bekende geval van de zogenaamde ‘DES-dochters’:⁵²

In de periode van 1953 tot medio 1967 brachten diverse farmaceutische bedrijven het middel DES (‘diëthylstilbestrol’) op de Nederlandse markt. Dit preparaat zou de kans op miskramen en vroeggeboorten verkleinen. Later bleek het gebruik van DES door de moeder tot bepaalde aandoeningen bij de dochter te kunnen leiden, waaronder een bijzondere vorm van kanker (adenocarcinoom of ‘clear-cell’ kanker van het urogenitale stelsel). In 1985 spraken zes van een groot aantal door deze aandoeningen getroffen ‘DES-dochters’ een tiental farmaceutische bedrijven aan tot vergoeding van hun materiële en immateriële schade. Zij voerden aan dat gedaagden onrechtmatig hadden gehandeld door DES in het verkeer te brengen voor gebruik tijdens zwangerschap, terwijl niet vaststond dat het middel doeltreffend was en er onvoldoende onderzoek was verricht naar eventuele schadelijke bijwerkingen. Centrale probleem was echter dat geen der DES-dochters kon aangeven van welk bedrijf de DES afkomstig was die destijds door haar moeder was gebruikt. De betreffende DES kon zelfs door een ander dan een van de tien gedaagden op de markt gebracht zijn.

Door de Hoge Raad is deze problematiek in de sleutel gezet van artikel 6:99. Voor ieder der DES-dochters gold dat ieder der gedaagden haar schade had *kunnen* veroorzaken, men wist alleen niet wie van hen haar daadwerkelijk op zijn geweten had. In zoverre is in dit soort gevallen inderdaad sprake van alternatieve veroorzaking in de

1467; J.H. Wansink, a.w. (zie noot 44) blz. 22; R.P.J.L. Tjittes, inleidingen LSA 1996 blz. 33. Anders: H.O. Kerkmeester, TMA 1994 blz. 47; A.W. Jongbloed en M.L. Simon, NJB 1995 blz. 897 alsmede blz. 1279-1280.

52. Zie HR 9 okt. 1992, NJ 1994, 535 m.nt. CJHB.

zin van artikel 6:99. Toch bestaat een essentieel verschil met het ‘standaardgeval’ van dat artikel. Bij de hier te bespreken figuur is namelijk óók aan de kant van de *benadeelden* sprake van alternativiteit, zij het dat de daaruit voortvloeiende problematiek (deels) van een andere aard is dan bij de figuur van de alternatieve benadeelde. In de Duitstalige rechtsstelsels spreekt men dan ook wel van *Alternativität auf Schädiger- und Geschädigtenseite* of van *kombinierter alternativer Täter/Opferschaft*. In navolging daarvan zou ik willen spreken van *alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden* of kortweg van *tweezijdige alternativiteit*.

Dat deze benaming inderdaad het meest kenmerkende aspect van deze figuur weergeeft wordt het duidelijkst wanneer men haar terugbrengt van de grootschalige en relatief gecompliceerde DES-casus naar een kleinschaliger voorbeeld:⁵³

In een parkeergarage wordt op een kwade dag door drie, onafhankelijk van elkaar opererende dieven, telkens één auto van hetzelfde merk en type gestolen. Elk van de drie gestolen wagens behoort een andere eigenaar toe. Wanneer later de dieven zijn gevat, kan niet meer worden vastgesteld wie van hen welke auto heeft ontvreemd.

Zoals dit voorbeeld laat zien speelt de vraag ‘Wie van de drie?’ bij tweezijdige alternativiteit zowel aan de kant van de veroorzakers als aan de kant van de benadeelden. Enerzijds is sprake van alternatieve veroorzaking: voor iedere benadeelde geldt dat (tenminste) één van de veroorzakers zijn schade op zijn geweten heeft, maar dat niet te achterhalen valt om welke veroorzaker het gaat. Anderzijds is ook aan de kant van de benadeelden sprake van alternativiteit: voor iedere veroorzaker geldt dat hij de schade van één benadeelde op zijn geweten heeft, maar dat niet te achterhalen valt om welke benadeelde het gaat (autodieven-voorbeeld), c.q. dat hij met een zekerheid grenzende waarschijnlijkheid een deel van de totale groep benadeelden heeft gelaedeerd, maar dat niet te achterhalen valt om welke benadeelden het gaat (DES-casus).

Kenmerkend voor beide gevallen is dat redelijkerwijs kan worden uitgesloten dat één veroorzaker alle schade op zijn geweten heeft. Anders dan in de DES-context wel is verondersteld is dat geen gevolg van het ‘massale karakter’ van de schade, maar enkel van de omstan-

53. Ik ontleen dit voorbeeld aan T. Bodewig, *Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden*, AcP 185 (1985) blz. 505 e.v. (op blz. 525).

digheid dat ook aan de zijde van de benadeelden sprake is van alternativiteit. In het autodieven-voorbeeld kan de door iedere individuele dief veroorzaakte schade redelijkerwijs worden gesteld op 1/3 van het totaal, in de DES-casus kan het door iedere individuele producent veroorzaakte deel van de totale schade redelijkerwijs worden gelijk gesteld aan zijn aandeel in de totale hoeveelheid op de markt gebrachte DES.

Zoals bekend besloot de Hoge Raad in het DES-arrest dat de gedaagde producenten krachtens artikel 6:99 hoofdelijk aansprakelijk waren voor de door de DES-dochters geleden schade, een beslissing die — naast bijval — de nodige kritiek heeft opgeroepen.⁵⁴ De voornaamste steen des aanstoots is dat voor individuele producenten een aansprakelijkheid in het leven wordt geroepen voor méér schade dan door hen redelijkerwijs *kan* zijn veroorzaakt. Ook ik meen dat niet met het arrest kan worden ingestemd. Mijn bezwaren betreffen niet zozeer de uitkomst — daar valt in dit specifieke geval nog wel mee te leven — maar vooral de door de Hoge Raad gehanteerde grondslag. Ik meen dat in het DES-arrest sprake is van een onvoldoende doordachte toepassing van artikel 6:99, waarbij ten onrechte niet over de papieren muur van het individuele dossier heen wordt gekeken.

Bij de hier besproken causale figuur doet zich de bijzonderheid voor dat het resultaat van een onverkorte toepassing van het principe van de alternatieve veroorzaking op de individuele schadevergoedingsvorderingen één voor één, in haar totaliteit tot een resultaat leidt dat onverenigbaar is met de inhoudelijke strekking van dat principe. Dit laat zich eenvoudig illustreren aan de hand van het autodieven-voorbeeld. Stel dat eigenaar X zich op dief A wenst te verhalen. Vaststaat dat A onrechtmatig heeft gehandeld, en mogelijk X's schade heeft veroorzaakt. Op het eerste gezicht staat niets de toepasselijkheid van artikel 6:99 in de weg. Nemen wij daarom aan dat A de schade van X moet vergoeden. Wat is dan rechtens wanneer vervolgens ook eigenaar Y zich op A wenst te verhalen? Tussen Y en A afzonderlijk bezien geldt eveneens dat A onrechtmatig heeft gehandeld, en mogelijk Y's schade heeft veroorzaakt. Opnieuw lijkt niets aan de toepassing van artikel 6:99 in de weg te staan, met als gevolg dat A ook de schade van Y zou hebben te vergoeden. Hetzelfde zou gelden voor

54. Voor de vele reacties zie het overzicht in Schadevergoeding (Boonekamp) art. 99 aant. 2 alsmede E.H. Hondius, NTBR 1995 blz. 70 r.k.

een vordering van eigenaar Z. Het resultaat van dit alles zou zijn dat A alle drie de bestolen eigenaren schadeloos zou moeten stellen, terwijl vaststaat dat hij slechts de schade van één van hen heeft veroorzaakt.

Dit resultaat is in zoverre onverenigbaar met de inhoudelijke strekking van het in artikel 6:99 gecodificeerde principe dat dit artikel aansprakelijkheid in het leven roept voor de *mogelijke* veroorzaking van schade, niet voor schade die *onmogelijk* kan zijn veroorzaakt.⁵⁵ Wanneer men, zoals de Hoge Raad, artikel 6:99 wil typeren als een regel van bewijslastverdeling, zal men toch moeten toegeven dat het een merkwaardig resultaat geeft wanneer door toepassing van het artikel de bewijslast wordt ‘omgedraaid’ voor schade waarvan *vaststaat* dat zij niet door de gedaagde kan zijn veroorzaakt. Toch is dit wonderlijke resultaat onvermijdelijk wanneer men de relaties tussen benadeelden en gedaagden uitsluitend één voor één in ogenschouw wenst te nemen. In deze context zou dan ook een totaalbeschouwing moeten prevaleren.⁵⁶

Het resultaat van de één-voor-één-benadering van de Hoge Raad is niet alleen strijdig met de inhoudelijke strekking van artikel 6:99, maar ook moeilijk verenigbaar met de rest van het systeem van het aansprakelijkheidsrecht. Bij alle hier besproken causale figuren waarbij een uitzondering wordt gemaakt op het CSQN-vereiste is minimaal sprake van gedragingen die in principe volledig *geëigend* waren om de te vergoeden schade te veroorzaken. Voorzover een gedraging een schade niet eens *mogelijk* had kunnen veroorzaken wordt nergens aansprakelijkheid aangenomen. Een andersoortige uitzondering doet zich voor bij de groepsaansprakelijkheid, maar daarvan is hier juist geen sprake.⁵⁷ Voorzover men bij de hier besproken figuur door hantering van de één-voor-één-benadering aansprakelijkheid in het leven roept voor schade waarvan vaststaat dat de aansprakelijke haar niet eens heeft kunnen veroorzaken, maakt men zich dus schuldig aan een precedentloze breuk met het vereiste van causaal verband. Terecht spreekt Hijma in dit verband van een gehoudenheid die ‘atypisch’ is voor het aansprakelijkheidsrecht.⁵⁸

Naar mijn mening moet artikel 6:99 hier zodanig worden toege-

55. Ook hier geldt hetgeen opgemerkt in noot 33.

56. Evenzo T. Bodewig, a.w. (zie noot 53) blz. 548.

57. Zo ook de Hoge Raad in het arrest. Zie de r.o. 3.9 en 3.10.

58. AA 1993 blz. 130 r.k.

past dat de totale aansprakelijkheid van iedere individuele gedaagde niet verder reikt dan het deel van de totale schade dat hij ook werkelijk veroorzaakt kan hebben. In het autodieven-voorbeeld betekent dit dat ieder der bestolen eigenaren A slechts voor 1/3 van zijn schade kan aanspreken, in de DES-casus komt dit neer op de veel besproken aansprakelijkheid naar rato van marktaandeel. Wel dient het uitgangspunt te zijn dat niet de benadeelden, maar de gedaagden moeten worden belast met het bewijs van het bestaan en de omvang van de verschillende schadedelen. Voorzover niet bekend is hoeveel schade elk der gedaagden precies veroorzaakte hebben wij te doen met het hiervoor besproken geval van twijfel over de omvang van deelschades, waarbij toepassing van artikel 6:99 kan leiden tot aansprakelijkheid tot een zodanige omvang als dat niet-veroorzaking door de betrokken individuele gedaagde niet is komen vast te staan. In verband met de grote onzekerheid over de omvang van de verschillende marktaandelen had men zo in de DES-context vermoedelijk in wezen hetzelfde resultaat kunnen bereiken als in het arrest van de Hoge Raad, maar dan zonder het systeem van het aansprakelijkheidsrecht te ontzetten.⁵⁹

Maar ook wanneer men zich wél in de uitkomst van het *DES*-arrest kan vinden blijft er voldoende reden om zich af te vragen of bij de figuur van de alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden *altijd* een aansprakelijkheid voor het geheel zou moeten worden aangenomen. Een bijzonder kenmerk van de DES-casus was dat het achtergrondrisico verwaarloosbaar kon worden geacht.⁶⁰ Adenocarcinoom of 'clear-cell' kanker van het urogenetiale stelsel komt namelijk 'van nature' nauwelijks voor. Om deze reden kon worden aangenomen dat elke zieke DES-dochter daadwerkelijk werd gelaedeerd - al wist men niet door welke producent. Eigenlijk is dat tamelijk uitzonderlijk. Vermoedelijk zal bij toxische schadeveroorzaking in een meerderheid van gevallen tevens de reële mogelijkheid bestaan dat het geleden nadeel is ontstaan door een oorzaak die in de risicosfeer van de benadeelde zelf ligt. In dat geval is niet alleen onbekend wie van de benadeelden door wie werd gelaedeerd, maar tevens wiens nadeel in werkelijkheid uit de eigen risicosfeer stamt. Een praktijkvoorbeeld

59. Over deze problematiek valt nog veel meer te zeggen. Ik verwijs opnieuw naar hetgeen opgemerkt in noot 33.

60. Althans daar gaat men in de literatuur doorgaans vanuit. In de Nederlandse procedure is dit echter nog niet expliciet vastgesteld.

van de hier bedoelde figuur - ik zou willen spreken van *alternativiteit bij veroorzakers en benadeelden met een significant achtergrondrisico* - is de casus van de Amerikaanse *Agent Orange*-zaak.⁶¹

Het tijdens de oorlog in Vietnam in grote hoeveelheden gebruikte ontbladeringsmiddel *Agent Orange* bleek verontreinigingen te hebben bevat met het uiterst giftige dioxine. Door deze dioxine-verontreiniging was sprake van een gebrekkig product. Op grond daarvan spraken eisers zeven producenten van *Agent Orange* aan. Zij stelden als gevolg van blootstelling aan *Agent Orange* te lijden aan verschillende ziektes, waaronder diverse vormen van kanker en afwijkingen in hun genetisch materiaal. Dat laatste zou weer hebben geleid tot miskramen bij hun vrouwen en genetische afwijkingen bij hun kinderen. Behalve dat eisers niet konden aangeven van welke producent de *Agent Orange* waaraan zij waren blootgesteld afkomstig was, speelde tevens het probleem dat al hun klachten ook konden zijn veroorzaakt door achtergrondfactoren zoals natuurlijke oorzaken en blootstelling aan andere schadelijke stoffen dan *Agent Orange*.

Wanneer zoals hier op één of meer van de mogelijke oorzaken van de geleden schade geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd, is de keuze voor een proportionele oplossing nog veel dringender. Een hoofdelijke aansprakelijkheid zou betekenen dat de gedaagden niet alleen zouden moeten opkomen voor meer schade dan zij hebben kunnen veroorzaken, maar ook voor nadeel dat zonder meer tot de risicosfeer van de benadeelden behoort. Het klakkeloos overnemen van de uitkomst van het DES-arrest ligt dan ook bepaald niet voor de hand. Maar ook het categorisch afwijzen van alle aansprakelijkheid spreekt niet aan, omdat van iedere gedaagde redelijkerwijs vaststaat dat hij in een bepaalde omvang schade veroorzaakt heeft — al weet men niet bij welke benadeelde(n) — en tevens vaststaat dat sommige van de benadeelden daadwerkelijk een recht op vergoeding toekomt — al weet men niet wie van hen.

Aanvaardt men eenmaal de hiervoor verdedigde opvatting dat zowel bij de figuur van de alternatieve benadeelde als bij de figuur van de tweezijdige alternativiteit de oplossing in beginsel moet worden gezocht in een proportionele aansprakelijkheid, dan levert het bestaan van een significant achtergrondrisico eigenlijk geen bijzondere problemen meer op. De kans dat het geleden nadeel in werkelijkheid uit de risicosfeer van de benadeelde stamt kan in principe eenvoudig worden verrekend in het beloop van de proportionele

61. *In re 'Agent Orange' Product liability litigation*, 597 F.Supp. 740 (E.D. New York 1984).

schadevergoeding. Men kan dit ook zo voorstellen dat het achtergrondrisico wordt behandeld als een ‘marktaandeel’ dat voor rekening blijft van de benadeelde.

Het DES-arrest biedt — bedoeld of onbedoeld — ook een duidelijk aanknopingspunt voor een proportionele benadering bij het bestaan van een significant achtergrondrisico. In de DES-casus moest rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat sommige kleinere producenten niet konden worden aangesproken omdat zij bij het in het verkeer brengen van DES geen fout hadden gemaakt. De Hoge Raad overwoog in dit verband dat wanneer het bestaan van één of meer niet-aansprakelijke producenten in een latere procedure inderdaad zou komen vast te staan, dit de andere producenten niet van hun aansprakelijkheid voor de gehele schade zou ontheffen, tenzij:

‘zo een aansprakelijkheid in de gegeven omstandigheden, waaronder de grootte van de kans dat de schade van de betrokken Des-dochter door Des van een niet-aansprakelijke producent is veroorzaakt, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.’⁶²

Dit roept de vraag op wat zou dienen te gebeuren wanneer — in verband met de grootte van de betreffende kans — de totaalaansprakelijkheid van de overige producenten *niet* langer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar zou zijn. De Hoge Raad geeft dat niet aan, maar het lijkt voor de hand te liggen dat dan alsnog een proportionele aansprakelijkheid moet worden aangenomen.⁶³ De beslissing van de Hoge Raad kan zo worden opgevat, dat zodra vaststaat dat een significant achtergrondrisico in het geding is, een aansprakelijkheid voor het geheel niet langer aanvaardbaar is, en er naar een andere oplossing moet worden omgezien. Naar mijn mening is de enige oplossing die dan wél ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid’ aanvaardbaar is, de proportionele schadevergoedingsplicht van de wel-aansprakelijke gedaagden.

4. ONZEKER CAUSAAL VERBAND IN INDIVIDUELE GEVALLEN

Een laatste ontwikkeling die ik hier wil signaleren heeft eveneens betrekking op onzeker causaal verband, maar dan niet in de context

62. R.o. 3.7.6.

63. In dezelfde zin J. Gras, NJB 1993 blz. 103 m.k. en T. Hartlief, TVVS 1992 blz. 311 l.k.

van 'massaschade', maar in individuele schadegevallen. De omstandigheid dat een schade het gevolg kan zijn van twee of meer oorzaken, waarvan tenminste één in de risicosfeer van de benadeelde ligt, kan zich uiteraard ook in individuele gevallen voordoen. Ook hier lijkt het terrein bij uitstek de gezondheidsschade te zijn. Het probleem speelt daar onder andere bij beroepsziekten en bij medische fouten. Op wat (uiterst interessante) uitzonderingen na, heeft de Nederlandse rechter zich tot dusver voornamelijk beholpen met het doorhakken van knopen: òf CSQN-verband wordt aangenomen, en dan is de gedaagde voor de volledige schade aansprakelijk, of niet aangenomen, en dan gaat de benadeelde met lege handen naar huis. Onder omstandigheden kan CSQN-verband worden aangenomen op basis van vermoedens, of kan de bewijslast worden omgekeerd.⁶⁴

Ook met betrekking tot individuele schadegevallen gaan de laatste jaren in binnen- en buitenland in toenemende mate stemmen op om niet altijd krampachtig vast te houden aan het alles-of-niets, maar in bepaalde gevallen een proportionele aansprakelijkheid aan te nemen. Juridisch-technisch gezien worden daarbij verschillende wegen voorgesteld — en in toenemende mate ook door de rechter bewandeld — die gemeen hebben dat de grootte van de kans dat de schade daadwerkelijk door de gedaagde werd veroorzaakt fungeert als de (belangrijkste) maatstaf voor de omvang van de schadeloosstelling.

Internationaal gezien het belangrijkste is het leerstuk van *het verlies van een kans*. Het bestaan van onzekerheid over het CSQN-verband wordt dan niet benaderd als een causaliteitsprobleem, maar als een geval met een specifiek soort schade. Een voorbeeld is de recente uitspraak van het Hof Amsterdam inzake Wever/De Kraker c.s.:⁶⁵

Door een diagnosefout werd een hersenbloeding bij een baby van 3 weken te laat als zodanig herkend. Hierdoor vond medisch ingrijpen pas een dag later plaats dan mogelijk was geweest. De moeder van de baby vorderde namens haar kind schadevergoeding wegens de door de hersenbloeding ontstane hersenbeschadiging, die had geleid tot blijvende afwijkingen. De kans dat bij een vroegere diagnosestelling een significante vermindering van deze restverschijnselen zou zijn bewerkstelligd, werd door deskundigen echter 'niet groot' geacht. De rechtbank oordeelde dat de baby door het uitblijven van tijdige diagnose een kans had verloren op een beter behandelingsresultaat die in elk geval niet nihil of verwaarloosbaar klein was, en begrootte deze op 25%. Tot dit percentage waren gedaagden aansprakelijk voor de door de hersenbloeding

64. Zie Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98 aant. 13 en 14.

65. Hof Amsterdam 4 jan. 1996, A&V 1996 blz. 67 m.nt. A.J. Akkermans.

ding veroorzaakte schade. In hoger beroep werd deze beslissing door het Hof bekrachtigd.

De essentie van de doctrine van het verlies van een kans is het uitgangspunt dat veel kansen een waarde hebben die op geld waardeerbaar is. Het verlies van zo'n kans vormt dan een vermogensschade, en die moet worden vergoed. Per saldo maakt men zo een gedachten-sprong van de ene schade naar de andere. Men laat de vraag naar het causaal verband met de 'definitieve schade' (hier: de restverschijnselen die bij de baby waren overgebleven) voor wat zij is, en richt zich op de 'kansschade' (hier: de verloren kans op een beter behandelingsresultaat). Het causaal verband met *deze* schade staat wél vast.

In de literatuur wordt het principe van het verlies van een kans in de regel positief beoordeeld,⁶⁶ al wordt toepassing ervan wel getypeerd als een uitzondering.⁶⁷ Een vonnis uit 1942 van de Rechtbank Utrecht gaf aanleiding tot enige kritiek.⁶⁸ De benadeelde was door een fout van zijn advocaat niet-ontvankelijk verklaard. De afloop die de procedure zou hebben gehad was onbekend. De Rechtbank was van oordeel dat de waarde van de verloren proceskans moest worden vergoed. Bij de begroting daarvan maakte zij het zich wel heel erg makkelijk, door te overwegen:

'Tusschen partijen staat vast, dat beide vorderingen op feitelijke gronden werden weersproken. De kans op slagen moet in het algemeen en bij het ontbreken van verdere gegevens gesteld worden op 50%. Aan de vordering groot *f* 610 moet dus een waarde van 50% of *f* 305 worden toegekend, die door gedaagde's fout verloren is gegaan.'

Dat was 'er met de baret naar gooien', zo meende Wolfsbergen.⁶⁹

66. Zo F.J. de Jong, NJB 1944 blz. 87 e.v.; G.H.A. Schut, Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid (diss. 1963) blz. 160; J. van Schellen, Juridische causaliteit (diss. 1972) blz. 47; C.J.J.M. Stolker, Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties (diss. 1988) blz. 123-127 alsmede NJB 1995 blz. 690 r.k.; M. de Ridder, AA 1995 blz. 548 e.v.; C.J.H. Brunner, AA 1995 blz. 936-937 alsmede zijn noot onder HR 23 okt. 1987, NJ 1988, 1017 (blz. 3624 r.k.); A.T. Bolt, preadvies NJV 1996 blz. 144; A.J. Akkermans, A&V 1996 blz. 67 e.v. Voor een poging om kansen en/of mogelijkheden centraal te stellen in de definitie van het begrip schade zie Hofmann-Van Opstall I (1976) blz. 174-176, waarover Bloembergen de staf breekt in Mon. Nieuw BW B-34, blz. 56, en Brunner bijval betoont in AA 1995 blz. 936.

67. In deze zin Onrechtmatige daad II (oud) (Bloembergen) nr. 154.

68. Rb. Utrecht 28 okt. 1942, NJ 1943, 231.

69. A.w., blz. 172.

Ook Schut, expliciet voorstander van toepassing van het kansleerstuk, meende dat de rechter zich er zo niet van af mocht maken.⁷⁰ Deze kritiek lijkt echter vooral ingegeven door de weinig overtuigende wijze waarop de Rechtbank de grootte van de verloren kans bepaalde. Het *principe* van het verlies van een kans is wel degelijk solide. Naar Nederlands recht lijkt de kernvraag of het verlies van een kans kan worden aangemerkt als een vergoedbare vermogensschade in de zin van artikel 6:95 BW. Dat lijkt in de regel het geval, al doet dit bij een gezondheidskans — zoals de kans op een beter behandelingsresultaat in *Wever/De Kraker c.s.* — wel een iets groter beroep op het voorstellingsvermogen dan bij kansen die rechtstreeks betrekking hebben op overdraagbare vermogensbestanddelen.⁷¹ Staat eenmaal vast dat door het verlies van een kans een vermogensschade werd geleden, dan kunnen de — evidente — moeilijkheden bij de begroting daarvan geen beletsel zijn om daadwerkelijk schadevergoeding toe te wijzen. Dat volgt uit het beginsel dat wanneer een schade voldoende zeker is in haar bestaan, de moeilijkheid om haar omvang te bepalen niet aan haar vergoeding in de weg kan staan.⁷² Bij de begroting van schade komt de Nederlandse rechter een zeer grote vrijheid toe. Desnoods kan hij haar omvang *ex aequo et bono* vaststellen.⁷³

In veel gevallen zal een proportionele benadering zoals het leerstuk van het verlies van een kans rechtvaardiger resultaten opleveren dan de alles-of-niets-benadering. Mijn verwachting is dat de uitspraak in *Wever/De Kraker c.s.* nog veel navolging zal krijgen, op het terrein van de medische fouten maar ook daarbuiten. De suggestie van enkele schrijvers om op het terrein van de medische fouten aan te sluiten bij de omkering van de bewijslast met betrekking tot het causaal verband bij de schending van verkeers- en veiligheidsnormen,⁷⁴ zou ik dan ook hooguit in beperkte zin willen volgen. Namelijk in zoverre dat de overtreding van een medische veiligheidsnorm kan worden vermoed de oorzaak van de schade te zijn, tenzij voldoende aannemelijk is

70. A.w. (zie noot 66) blz. 160.

71. Zie A.J. Akkermans, A&V 1996 blz. 70.

72. Zie artikel 6:97 tweede zin.

73. Voor bezwaar tegen het gebruik van deze uitdrukking zie Asser-Hartkamp I (1996) nr. 416: zij zou te ruim kunnen worden opgevat. Met name het onderscheid tussen de schatting ex art. 6:97 en de matigingsbevoegdheid ex art. 6:109 zou er onvoldoende uit blijken.

74. Zo W.D.H. Asser, TvG 1991 blz. 75; L.H. Pals, Adv.bl. 1989 blz. 72.

— bij voorkeur op grond van een onpartijdig deskundigenbericht — dat er een reële kans bestaat dat de schade is ontstaan door een andere oorzaak die in de risicosfeer van de benadeelde thuishoort. Wanneer dit ‘gedeeltelijk tegenbewijs’ wordt geleverd is dat aanleiding om niet een volledige, maar slechts een proportionele aansprakelijkheid tot uitgangspunt te nemen.⁷⁵ Of geformuleerd in termen van het verlies van een kans: dit ‘gedeeltelijk tegenbewijs’ leidt tot het afwijzen van causaal verband met de *definitieve* schade, en het aannemen van causaal verband met de *kansschade*.⁷⁶

Zoals gezegd staan bij onzeker causaal verband nog meer wegen open om bij een proportionele aansprakelijkheid uit te komen. Een daarvan zou ik hier nog willen aanstippen, namelijk de benadering via de principes van *alternatieve veroorzaking en ‘eigen schuld’*. Deze benadering werd gehanteerd in een uitspraak van het Duitse *Oberlandesgericht* in Celle:⁷⁷

X, 7 jaar oud, raakte ernstig aan het oog gewond toen hij met A en B, 12 respectievelijk 7 jaar oud, tijdens een spel op een binnenplaats stenen aan het gooien was. Het was niet uitgesloten dat de fatale steen door X zelf was geworpen en tegen een boom was teruggekaatst. X sprak A aan.

Het OLG achtte A aansprakelijk krachtens § 830 Abs. 1 S. 2 BGB, het Duitse equivalent van artikel 6:99, onder analoge toepassing van § 254 BGB, het Duitse equivalent van artikel 6:101 BW (‘eigen schuld’). De schadevergoedingsverplichting van A werd bepaald op 75% van het totaal. Niet op 66%, omdat de verdeling mede was gebaseerd op het leeftijdsverschil tussen A en X op grond waarvan A een verhoudingsgewijs groter verwijt kon worden gemaakt. Na aanvankelijk in de literatuur vrij algemeen te zijn bijgevallen, werd deze benadering later door het Bundesgerichtshof afgewezen.⁷⁸ Tot op heden wordt zij echter door verschillende auteurs hardnekkig verdedigd, niet alleen voor het geval dat de benadeelde zijn schade mogelijk zelf heeft veroorzaakt, maar voor *alle* gevallen waarin op één van de mogelijke oorzaken van de schade geen aansprakelijkheid kan

75. In dezelfde geest N. Frenk, NJB 1995 blz. 489.

76. Ook hier geldt hetgeen opgemerkt in noot 33.

77. OLG Celle 13 juli 1950, NJW 1950, 951, m. Anm. Reinicke in NJW 1951, blz. 316 e.v.

78. BGH 30 jan. 1973, BGHZ 60, 177 = NJW 1973, 993 m. Anm. Heinze op 2021 = JuS 1973, 575 nr. 2.

worden gebaseerd.⁷⁹ In Oostenrijk is deze benadering inmiddels geldend recht. Na een principeuitspraak uit 1993 inzake een vechtpartij,⁸⁰ past het *Oberster Gerichtshof* haar eveneens toe bij medische fouten.⁸¹

Ook voor het Nederlandse recht lijkt mij een benadering vanuit de principes van de artikelen 6:99 en 6:101 een aanbevelenswaardige oplossing. Omdat het in casusposities zoals dat van de uitspraak van het OLG Celle gaat om *elkaar uitsluitende* alternatieve oorzaken ('zuivere' alternatieve veroorzaking), zou de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans hier uiterst gekunsteld zijn. Niettemin leidt een proportionele benadering ook in dit soort gevallen tot rechtvaardiger resultaten dan het alles of niets. De 'Wortlaut' van artikel 6:101 staat weliswaar aan een rechtstreekse toepasselijkheid op alternatieve oorzaken in de weg, maar een analoge toepassing is uiteraard wel mogelijk, en lijkt ook alleszins in de rede te liggen. Over de grondslag van de vermindering van de schadevergoedingsplicht bij 'eigen schuld' lopen de meningen uiteen.⁸² Deze vermindering vindt in elk geval haar wortels (mede) in de billijkheid.⁸³ Van Wassenaer van Catwijck wil artikel 6:101 niet alleen toepassen op samenloop van onzelfstandige oorzaken en veroorzaking van deel-schade, maar ook op dubbele veroorzaking.⁸⁴ Boonekamp wil artikel 6:101 ook toepassen bij onrechtmatige daad in groepsverband, dus wanneer de benadeelde tot de deelnemers aan het onrechtmatige groepsgebeuren behoorde.⁸⁵ Welnu, wanneer bij al deze causale figuren de billijkheid kan meebrengen dat de schadevergoedingsplicht wordt verminderd omdat één van de relevante oorzaken in de risico-

79. De literatuur over dit onderwerp is overvloedig. Ik beperk mij tot een verwijzing naar F. Bydlinski, *Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität*, in: Festschrift Beitzke (1979) blz. 3-34.

80. OGH 4 juni 1993, EvBl 1994/13 (OJZ 1994, blz. 94 e.v.).

81. OGH 7 okt. 1995, JBL 1996, 181.

82. Zie Onrechtmatige daad I (oud) (de Groot) nr. 369 e.v.; A.J. O. van Wassenaer van Catwijck, Eigen schuld en medeschuld § 3 alsmede Eigen schuld (diss. 1971) blz. 19 e.v.

83. Aldus ondermeer Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) blz. 2; Asser-Hartkamp I (1996) nr 449.

84. Zie de verwijzing in noot 43.

85. A.w. (zie noot 7) blz. 68. Dit zowel wanneer de benadeelde schade werd toegebracht door een mededeelnemer als wanneer hij schade toebrengt aan zichzelf.

sfeer van de benadeelde ligt, dan zou het toch vreemd zijn wanneer dat bij alternatieve veroorzaking niet mogelijk zou zijn. Voor zo'n onderscheid zouden sprekende argumenten nodig zijn. Ik zie die niet. Integendeel, uit het oogpunt van billijkheid bestaat bij onzeker causaal verband evenveel aanleiding voor de bedoelde vermindering als bij de andere causale figuren. Ik meen daarom dat bij alternatieve veroorzaking artikel 6:101 analoog kan worden toegepast. Dit niet alleen wanneer één van de mogelijke oorzaken is gelegen is een gedraging van de benadeelde zelf (zoals het voorbeeld met de stenen gooiende kinderen) maar in alle gevallen waarin een mogelijke oorzaak aan de benadeelde kan worden 'toegerekend' omdat zij in diens risicosfeer ligt.⁸⁶

5. BESLUIT

Het leerstuk van het oorzakelijk verband is er sinds Wolfsbergen's tijd niet eenvoudiger op geworden. Lijkt de discussie over de juiste formule voor de toerekening van (gevolg)schade voorlopig te zijn uitgewoed, op het terrein van het CSQN-verband is zij inmiddels — vooral rond een aantal nieuwe thema's — heviger opgelaaid dan ooit tevoren. De nieuwe ontwikkelingen zijn niet alleen theoretisch erg interessant, ook voor de praktijk lijken zij van groot belang. Wij gaan nog een aantal boeiende jaren tegemoet.

86. Ook hier geldt hetgeen opgemerkt in noot 33.

De onrechtmatigheid van de rechtsinbreuk

*C.A. Streefkerk**

INLEIDING

1. Wie anno 1996 voor het eerst het boek van Wolfsbergen ter hand neemt, bekruipt een tweeslachtig gevoel.

Enerzijds treft de actualiteit van het besprokene en van de wijze waarop dat gebeurt. Vele probleemstellingen zijn nog steeds onderwerp van een levendige discussie (relativiteitsleer; overheidsaansprakelijkheid; onrechtmatigheid en schuld; schuld en risico). En bij de behandeling van zijn onderwerpen weet Wolfsbergen soms uiterst scherp aan te geven waartoe de 'ruime leer' (zoals hij de onrechtmatigheidsformule uit het arrest Lindenbaum-Cohen noemt) leidt of naar zijn mening dient te leiden.

Anderzijds doet de analyse van de probleemstelling soms nog onvoldragen aan. Ook Beekhuis heeft er in zijn recensie (RM Themis 1948, blz. 383 e.v.) op gewezen dat het boek nog te veel een samenvoeging van deelstudies is en te weinig een werk uit een stuk. Ongewijfeld komt dat mede door de moeilijke omstandigheden waarin hij het boek geschreven heeft (zie het voorwoord van Meijers).

2. Het bovenstaande komt zeker tot uiting in het hoofdstuk over de onrechtmatigheid. Het hoofdstuk beslaat in totaal 32 bladzijden, maar is onevenwichtig gecomponeerd.

Na enkele paragrafen over de ontwikkeling van de enge naar de ruime leer, de verhouding tussen moraal en recht, en een 'Fremdkörper' over uitzonderingen op de aansprakelijkheid krachtens artikel 1401 dat evengoed gemist had kunnen worden, is het grootste deel van het hoofdstuk (ongeveer 18 blz.) gewijd aan de vraag of er in de ruime leer naast het nieuwe criterium van strijd met de zorgvuldig-

* Mr. C.A. Streefkerk is raadsheer in het gerechtshof te Amsterdam.

heid nog plaats is voor de ‘oude’ onrechtmatigheidscategorieën (inbreuk op een recht en strijd met des daders rechtsplicht) als *zelfstandige* gronden voor aansprakelijkheid. Daarbij wordt dan nog vrijwel alle aandacht gericht op de inbreuk op een subjectief recht, waarbij wel moet worden opgemerkt dat het handelen in strijd met een rechtsplicht uitgebreid ter sprake komt in het hoofdstuk over de relativiteit.

Het hoofdstuk wordt afgesloten met enige bladzijden over ‘de onrechtmatigheid van het niet vergoeden van rechtmatig toegebrachte schade’, waarin — uiterst schetsmatig — enige gevallen worden besproken van schadevergoeding bij rechtmatige daad.

Ik miste met name een bredere uiteenzetting over de ‘nieuwe’ grond voor onrechtmatigheid. Na 25 jaar werken met de ruime leer omtrent de onrechtmatige daad zou er alle aanleiding geweest zijn een balans op te maken waartoe die leer had geleid en te analyseren wat het begrip van de maatschappelijke (on)zorgvuldigheid behelst. De fundamentele betekenis van het arrest Lindenbaum-Cohen wordt echter niet duidelijk in het licht gesteld. Onvoldoende komt tot uitdrukking dat de onrechtmatige daad — juist door de toetsing aan de zorgvuldigheidsnorm — een terrein is waarop maatschappelijke conflicten en tegenstellingen worden ‘uitgevochten’: in een zich steeds ontwikkelende samenleving moet van geval tot geval beslist worden welk gedrag maatschappelijk aanvaardbaar is, hoe men zich in het handelsverkeer heeft te gedragen, hoe de risico’s van techniek en technologie verdeeld moeten worden, enz. enz.

3. In het hieronderstaande zal ik mij in navolging van Wolfsbergen bezondigen aan dezelfde onevenwichtigheid, door mij voornamelijk te richten op de rechtsinbreuk als grond voor onrechtmatigheid.

Ik merk meteen op dat ik de categorie van het handelen in strijd met een rechtsplicht buiten beschouwing laat. Weliswaar betoogt Wolfsbergen ook hierover — in navolging van P.H. Smits — dat de categorie in wezen overbodig is, maar zulks komt aan de orde in een ander hoofdstuk van zijn boek — en dus ook in een ander hoofdstuk van deze bundel. Bovendien is de probleemstelling daar ook anders geaard dan bij de inbreuk op het recht van een ander.

WOLFSBERGEN EN ANDERE AUTEURS

4. Bezien wij nu eerst wat Wolfsbergen betoogt ten aanzien van de categorie inbreuk op een subjectief recht. Tezamen met de categorie

van strijd met een rechtsplicht vat hij zulks ook wel samen onder de benaming 'objectieve rechtsaantasting' (blz. 53).

Wolfsbergen wijst er in de eerste plaats op dat een schadeveroorzakend gedrag, dat inbreuk op eens anders recht maakt, niet altijd onrechtmatig is. Dat is namelijk niet het geval indien gehandeld is onder invloed van noodtoestand (overmacht), uit noodweer, in verschoonbare dwaling, op grond van ambtelijk bevel, etc. Voorts — en daarmee raakt hij de kern van zijn stelling — lijkt het hem niet juist dat bij schade door schending van eens anders recht de handeling *wegens* die schending onrechtmatig is; hoewel bij objectieve rechtsaantasting de onrechtmatigheid meer in het oog springt, is ook daar 'in wezen de onzorgvuldigheid het eigenlijk onrechtmatige'; beide vormen van objectieve rechtsaantasting 'zijn slechts factoren voor het vaststellen van de ware onrechtmatigheid, de onzorgvuldigheid, de onbetamelijkheid' (blz. 52). In het begrip inbreuk op een subjectief recht is stilzwijgend verondersteld de afwezigheid van 'faits d'excuse'. Wolfsbergen vat het pregnant samen in de zin: 'Dus bestaat bij de objectieve rechtsaantasting de onrechtmatigheid niet ook zonder onzorgvuldigheid, maar de onzorgvuldigheid bestaat daar behoudens fait d'excuse' (blz. 53). Daarbij zal wel vaak op de wederpartij (de aangesprokene) de bewijslast rusten van factoren die tot afwezigheid van onrechtmatigheid voeren.

Gevolg van deze beschouwingwijze is, dat bij nauwkeurig onderscheiden ook in de inbreukgevallen herhaaldelijk geen norm is geschonden, indien de norm welke overtreding men onderzoekt maar voldoende concreet wordt geformuleerd: 'er is geen norm welke verbiedt eens anders kind uit een brandend huis te redden; de op het eerste gezicht geschonden norm blijkt bij individualisering van het geval geen stand te houden' (blz. 56).

5. Met het bovenstaande is de kern van het betoog van Wolfsbergen weergegeven.

Het is duidelijk dat hij met zijn beschouwingen geheel in de lijn ligt van hetgeen Smits enkele jaren tevoren in zijn bekende opstel in WPNR (1940) 3688-3690 aan gedachten had ontwikkeld, welke gedachten tot op de dag van vandaag als de 'leer-Smits' te boek staan.

Deze leer heeft in de jaren na de Tweede Wereldoorlog wel ahang verworven, maar is (nog?) niet als heersend te beschouwen — tenminste indien men daarvoor als maatstaf neemt hetgeen in de

Asser-serie als opvatting wordt gehuldigd. H.J. Sniijders¹ merkt echter op dat de leer de laatste tijd terrein begint te winnen, en verwijst daarbij onder andere naar de dissertaties van Van Maanen² en Van Dam.³ Zo verdedigt Van Dam dat de rechtsinbreuk en de strijd met een wettelijke plicht slechts als 'bakens' of 'tussennormen' (blz. 99) beschouwd moeten worden op weg naar het eindoordeel omtrent de vraag of met de gedraging de zorgvuldigheidsnorm is geschonden; die laatste norm is het algemene vereiste voor de persoonlijke aansprakelijkheid.

Het is opmerkelijk om te zien hoe deze hernieuwde belangstelling voor de leer-Smits wordt beoordeeld door enkele erkende coryfeeën op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht. Zowel Brunner als Bloembergen hekelen in hun recensies⁴ van het proefschrift van Van Dam het door deze verdedigde standpunt. Brunner (a.w., blz. 1626) noemt het 'een ontoelaatbare simplificatie' om vervolgens te stellen: 'maar het recht is niet meer zo primitief dat we nog steeds op de toepassing van die vage basisnorm zijn aangewezen'.

Al aanstonds kan worden opgemerkt dat Brunner hiermee een onjuiste suggestie wekt. Het is veeleer zo dat in de ontwikkeling van het (onrechtmatige daads)recht algemene, soepele aansprakelijkheidsnormen pas tot ontwikkeling zijn gekomen nadat eeuwenlang was gewerkt met een aantal naast elkaar staande specifiek omschreven delicten. Men denke slechts aan de verschillende 'actiones' die uit het Romeinse recht gerecipieerd werden en die pas in en na de Middeleeuwen langzamerhand werden uitgebouwd tot algemene bepalingen. Historisch gezien is het werken met een categorie als inbreuk op een subjectief recht dan ook met meer recht 'primitief' te noemen, dan het werken met het moderne begrip van de maatschappelijke zorgvuldigheid!

6. Wat nu verder te denken van deze controverse die al ruim een halve eeuw de schrijvers⁵ verdeeld houdt?

In het kader van dit artikel laat ik buiten beschouwing de vraag,

1. WPNR (1995) 6180, blz. 305.
2. G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad*, diss. Groningen 1986.
3. C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, diss. Utrecht 1989.
4. C.J.H. Brunner, *De zorgvuldigheid op de troon*, NJB 1991, blz. 1624 e.v.; A.R. Bloembergen, WPNR (1991) 5994, blz. 128 e.v.
5. Zie voor een literatuuropgave *Onrechtmatige daad I* (oud) (Jansen), nrs. 31 en 32, en *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 3.

wat hier onder het begrip ‘subjectief recht’ verstaan moet worden. Zoals Hartkamp opmerkt,⁶ ontglipt dat begrip aan een nauwkeurige definitie. Dat heeft in de rechtspraak echter geen problemen opgeleverd. Vooral absolute vermogensrechten (eigendom en andere zakelijke rechten en intellectuele eigendomsrechten) en verschillende persoonlijkheidsrechten (lichamelijke integriteit, vrijheid, privacy) worden hier erkend.

Ik zal in het hieronderstaande — mede aan de hand van de rechtspraak — de meest voorkomende situaties bespreken waarin met een beroep op rechtsinbreuk betoogd zou kunnen worden dat sprake is van een onrechtmatige daad. Steeds zal bezien worden of het onrechtmatigheidsoordeel wel op die ‘norm’ gebaseerd kan worden.

Eerst zal ik ingaan op de gevallen waarin de inbreuk bestaat in de fysieke aantasting van het voorwerp van het recht, bijv. letsel en zaaksbeschadiging (nrs. 7-10); daarna wordt de blik gericht op handelingen die inbreuk maken op de exclusiviteit van het recht (nrs. 11-15).

LETSEL EN ZAAKSBSCHADIGING

7. Het valt al direct op dat zowel Brunner⁷ als Bloembergen⁸ toegeven dat de inbreuk op een recht voor deze gevallen niet als onrechtmatigheidsgrond gehanteerd kan worden. Deze haast terloops gedane concessie is echter veelbetekenend. Daarmee wordt in één klap een enorm scala van onrechtmatige daden onttrokken aan deze bijzondere onrechtmatigheidstoets!

Dat lijkt mij voor deze gevallen inderdaad een onontkoombare conclusie. De vraag of iemand aansprakelijk is voor door hem veroorzaakte zaaksbeschadiging of letsel kan toch immers niet afgedaan worden door een simpele verwijzing naar de door hem veroorzaakte gevolgen? Aldus zou een pure causaliteitsaansprakelijkheid gevestigd worden, ongeacht de vraag of de veroorzaakte schade wel redelijkerwijze door de dader voorkomen had kunnen en moeten worden.⁹

6. Asser-Hartkamp III, nr. 35.

7. A.w., blz. 1625, linkerkolom.

8. A.w., blz. 129, rechterkolom.

9. E. Bauw, Buitencontractuele aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging (diss. Amsterdam 1994), blz. 69-70, wijst er op dat zo’n stelsel in strijd is met de regeling van de onrechtmatige daad in de afdelingen 6.3.1-3, en uitdrukkelijk door de wetgever is verworpen; verg. Parl. Gesch. Boek 6, blz. 613.

Hierin blijkt meteen de zwakte van het criterium van de rechtsinbreuk: het legt (te) eenzijdig de nadruk op het *gevolg* van de te beoordelen gedraging, zonder te beoordelen of de dader met het oog op dit gevolg zijn gedrag had behoren aan te passen.¹⁰ En om dit laatste gaat het toch bij de onrechtmatige daad. Men denke alleen al aan de vele verkeersongevallen: het enkele feit dat iemand persoon of goed is aangetast door een gedraging van een verkeersdeelnemer, maakt laatstgenoemde nog niet aansprakelijk voor de veroorzaakte schade. Dat dient beoordeeld te worden aan de hand van het rijgedrag, de verkeersregels en de overige omstandigheden van het geval.

Ook buiten het gebied van de verkeersongevallen is dit vaste rechtspraak. Als voorbeeld kan gewezen worden op de jurisprudentie met betrekking tot de gevaarzetting. De vraag of iemand, door wiens gedraging schade of letsel bij een derde is ontstaan, aansprakelijk is uit hoofde van onrechtmatige daad, is afhankelijk van een aantal omstandigheden, zoals de waarschijnlijkheid dat de derde zelf de gevaren kon voorzien en daarmee rekening zou houden, de hoegrootheid van de kans op schade, de mogelijke ernst van de schade, en de mate van bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen. Het gaat dan ook steeds om de vraag of de dader, gelet op de omstandigheden van het geval, met voldoende mate van maatschappelijke zorgvuldigheid heeft gehandeld.

8. Sommigen hebben gepoogd de leer van de rechtsinbreuk te redden door binnen dat begrip meer accent te leggen op het *gedrag* van de aangesprokene. Zo leert Paul Scholten¹¹ dat alleen van rechtsinbreuk sprake is bij een *opzettelijke* inbreuk op het recht van een ander. En Rutten¹² betoogt dat slechts sprake is van rechtsinbreuk indien de inbreuk *rechtstreeks* door de handeling is veroorzaakt. Deze laatste opvatting lijkt ook gevolgd te worden door de wetgever in Parl. Gesch. Boek 6, blz. 614.

Deze zienswijzen hebben de charme van een soort vanzelfsprekende zeggingskracht, maar kunnen bij nadere beschouwing geen stand houden. Afhankelijk van de context waarin de gedraging plaatsvond, verliest het oordeel zijn evidentie en rijst toch de vraag: was het gedrag wel onrechtmatig? En dan blijkt dat het antwoord

10. Zo ook Van Dam, a.w., blz. 95; G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad* (1990), blz. 58.

11. WPNR (1911) 2152; Asser-Scholten II, 8e dr. (1945), blz. 115 e.v.

12. WPNR (1953) 4313; Asser-Rutten III, 6e dr. (1983), blz. 61.

weer afhangt van aan de zorgvuldigheidsnorm ontleende criteria.

Een voorbeeld van een gedraging die ‘rechtstreeks’ inbreuk maakt op het recht van een ander biedt HR 11 december 1987, NJ 1988, 393 (bushalte). Iemand die bij de ingang van een bus een stap achteruit doet om de doorgang voor anderen vrij te maken en daarbij tegen een ander aanbotst die ten val komt en zijn heup breekt,¹³ handelt niet zonder meer onrechtmatig. Dat is volgens de Hoge Raad mede afhankelijk van de mate van waarschijnlijkheid dat men, door een stap terug te doen, een ander omver loopt.¹⁴

Ook bij opzettelijke inbreuk op het recht van een ander zijn omstandigheden denkbaar waarin de handeling niet zonder meer onrechtmatig is. Men denke aan gevallen waarin de dader de rechtsinbreuk verrichtte ter bereiking van een hoger doel (noodtoestand; vergelijk het citaat van Wolfsbergen aan het slot van nr. 4). Voorts aan gevallen waarin de dader handelde onder invloed van verontschuldigbare dwaling omtrent eigen bevoegdheid of omtrent het recht van de ander.¹⁵ Een ander voorbeeld betreft de situatie dat iemand boor- en sloopwerkzaamheden in zijn huis uitvoert en door zijn buurman gewaarschuwd wordt dat door de veroorzaakte trillingen kostbare vazen van de vensterbank en tafels gaan schuiven; wanneer hij de buurman voldoende tijd heeft gegeven om de kostbare spullen ‘veilig’ te stellen en daarna doorgaat met zijn werkzaamheden, is hij niet aansprakelijk, ook als hij weet dat de buurman halsstarrig weigert voorzorgsmaatregelen te nemen en dus schade zal oplopen.

Smits¹⁶ merkt terecht op dat in al deze gevallen, net als bij de culpose rechtsinbreuk, het gedrag uiteindelijk getoetst wordt aan de maatschappelijke betamelijkheid. Daarbij is het slechts voor de vorm, maar niet voor de inhoud van de toetsing van belang of dat nu geschiedt onder de paraplu van de zorgvuldigheidsnorm, een rechtvaar-

13. Wie vindt dat hier door de val het ‘rechtstreekse’ verband met het letsel wordt verbroken, verandere het voorbeeld lichtelijk: door de stap terug stapt de dader op de voet van een ander en veroorzaakt aldus een breuk van een bot in de voet van de ander. Het onrechtmatigheidsoordeel wordt er niet anders door.
14. Iets soortgelijks werd aangenomen in HR 20 juni 1986, NJ 1986, 780 (schouderduw).
15. Vergelijk HR 4 februari 1983, NJ 1983, 546 (Aret-gem. Amsterdam): de gemeente is niet aansprakelijk voor het vernietigen van de auto van Aret, nu zij op redelijke gronden mocht menen dat een ander die een afstandsverklaring had ondertekend rechthebbende was.
16. P.H. Smits, WPNR (1940) 3688, blz. 376-377 (met nog andere voorbeelden).

digingsgrond, de verwijtbaarheid, of enig ander gezichtspunt (zie ook nr. 16).

TUSSENBALANS EN PERSPECTIEF

9. We hebben gezien dat steeds waar door een schade- of letseltoebrengende handeling ‘inbreuk’ gemaakt wordt op het recht van een ander, getoetst moet worden of het inbreukmakende gedrag door de beugel van de maatschappelijke zorgvuldigheid kan.

Het is belangrijk om hier dieper op in te gaan. Waarom is een rechtsinbreuk niet ‘eo ipso’ onrechtmatig? Wetgever en rechtspraak hebben toch door het toekennen c.q. erkennen van bepaalde subjectieve rechten te kennen gegeven dat die waarden van zodanig belang zijn dat zij beschermd dienen te worden tegen aantasting door derden?

Inderdaad is door de erkenning van subjectieve rechten een terrein geschapen waarop de autonomie van de rechthebbende geëerbiedigd moet worden. Het is in beginsel aan de rechthebbende¹⁷ om te bepalen hoe zijn eigendom of octrooi behandeld moet worden, in hoeverre zijn privéleven openbaar gemaakt mag worden, etc. Iemands geestelijke en lichamelijke integriteit moet in beginsel zonder meer gerespecteerd worden. Dit zijn fundamentele waarden in onze samenleving.

Tegelijk moet echter duidelijk zijn dat het gaat om waarden in onze *samenleving*. Niemand leeft op zichzelf of op een eilandje. De sfeer van autonomie, die onder meer tot uitdrukking komt in eigendom en lichamelijke integriteit, is niet absoluut maar staat altijd in relatie tot de omgeving en de ander. In moreel en ethisch opzicht komt dat onder meer tot uiting in het gebod om naastenliefde en gerechtigheid te betrachten; in juridisch opzicht onder meer in het leerstuk van ‘misbruik van recht’.

Inbreuk op een recht is dan ook niet ‘eo ipso’ onrechtmatig. Juist omdat het subjectieve recht ook in relatie tot de ander en de omgeving staat kan de rechtsinbreuk niet automatisch onrechtmatig worden geoordeeld. De ‘relativering’ van het subjectieve recht wordt hier bewerkt door de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm, die bepaalt

17. Dit is overigens niet in absolute zin juist; met name t.a.v. de eigendom van grond gelden vele (publiekrechtelijke) wettelijke beperkingen op de eigendomsbevoegdheid.

hoe met andermans belangen en subjectieve rechten moet worden omgegaan. Het subjectieve recht is niet zelf een 'norm' die kan worden overtreden; het is een bevoegdheid van de rechthebbende die door andere rechtsnormen wordt beschermd.¹⁸ Die normen gebieden om andermans persoon en goed zoveel mogelijk te ontzien en 'in hun waarde te laten'; 'zoveel mogelijk' wil zeggen: zoveel als dat maatschappelijk gezien redelijkerwijze gevergd kan worden. Het is de overtreding van die (zorgvuldigheids)norm die de onrechtmatigheid constitueert. De onrechtmatigheid wordt dan ook niet *geconstitueerd* door de rechtsinbreuk, maar daar hooguit door getypeerd.¹⁹ De norm is gericht op bescherming van het recht van de ander, maar valt niet samen met dat recht. Binnen die norm spelen immers ook andere factoren een rol, die het mogelijk maken om te oordelen dat de 'inbreukmakende' gedraging desondanks uit maatschappelijk oogpunt niet veroordeeld kan worden — of zelfs gebillijkt moet worden. Alleen dat verklaart waarom onder bepaalde omstandigheden zelfs een opzettelijke inbreuk toch niet onrechtmatig geoordeeld wordt. Zie de voorbeelden die hierboven en hieronder genoemd worden.

PERSOONLIJKHEIDSRECHTEN EN HINDER

10. De hier verdedigde zienswijze blijkt ook in andere gevallen dan letsel en zaakschade gevolgd te moeten worden. Bij inbreuk op *persoonlijkheidsrechten* biedt een mooi voorbeeld het geval van HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 (Edamse bijstandsvrouw). Een ambtenaar van de Sociale Dienst doet — als 'gewoon' burger — gedurende enkele jaren met een zekere regelmaat constatering over het privéleven van zijn buurvrouw die bijstand ontvangt en geeft die informatie door aan de Sociale Dienst, waarop haar uitkering wordt stopgezet. Volgens de Hoge Raad heeft de ambtenaar daardoor inbreuk gemaakt op het recht van de buurvrouw op eerbiediging van haar persoonlijke levenssfeer. (Dat subjectieve recht leidt de Hoge Raad af uit art. 8 EVRM, dat aldus een vrijwel directe horizontale werking wordt verleend.) Volgens de Hoge Raad handelt de ambtenaar door

18. Bauw (a.w., blz. 76) merkt op dat zich om het subjectieve recht veel eerder en intensiever dan bij 'gewone' belangen een stelsel van geschreven en ongeschreven normen vormt die dat hoogwaardige belang beogen te beschermen.

19. Binnen de algemene zorgvuldigheidsnorm kunnen immers vele categorieën onderscheiden worden; zie bijv. voor een mogelijke indeling Asser-Hartkamp III, nr. 45-51e.

die inbreuk in beginsel onrechtmatig; niettemin kan zijn gedrag gerechtvaardigd worden door een uit geschreven of ongeschreven recht voortvloeiende rechtvaardigingsgrond. Of dat zo is hangt — aldus nog steeds de Hoge Raad — o.a. af van enerzijds de ernst van de inbreuk op het recht op privacy en anderzijds de belangen die door het verzamelen en aan de overheid doorgeven van de gegevens worden gediend of redelijkerwijze kunnen worden gediend. Valt die toetsing uit in het voordeel van de ambtenaar, dan is ‘per saldo’ dus geen sprake van een onrechtmatige inbreuk op het recht van de buurvrouw.

Weliswaar wordt deze toetsing uitgevoerd onder de paraplu van een rechtvaardigingsgrond, maar daarbij wordt in wezen getoetst of het handelen, gegeven alle onderling conflicterende belangen en omstandigheden, maatschappelijk zorgvuldig genoemd kan worden. Terecht wijst Alkema in zijn annotatie (sub 3 en 6) onder het arrest erop, dat de Hoge Raad net zo goed — en wellicht zelfs beter — had kunnen kiezen voor een indirecte horizontale werking van het grondrecht op privacy; de gehele problematiek zou dan binnen het kader van de zorgvuldigheidsnorm beoordeeld zijn. Het toont duidelijk aan dat de ‘status’ van subjectief recht niet beslissend is voor het onrechtmatigheidsoordeel. Of een hoogwaardig belang nu wel of geen subjectief recht is, in beide gevallen wordt het beschermd door op de bescherming van dat belang gerichte zorgvuldigheidsnormen (en vaak ook door wettelijke regels).

Een ander voorbeeld hiervan biedt HR 1 juli 1988, NJ 1988, 1000: de vraag of openbaarmaking van een foto in een weekblad, waarop eiseres ‘in een zekere mate van intimiteit’ gefotografeerd is met haar toenmalige vriend, inbreuk maakt op het haar toekomende recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, ‘hangt af van de feitelijke omstandigheden, met name de aard en mate van intimiteit waarin de geportretteerde is afgebeeld, terwijl ook het karakter van de foto en de context van de publicatie van belang kunnen zijn’. Ook hier dus een toetsing aan de zorgvuldigheidsnormen die het persoonlijkheidsrecht beschermen, zij het nu geconstrueerd als criterium *ofer* sprake is van inbreuk op zo’n recht.

Deze laatste constructie is bekend uit de jurisprudentie over *hinder*. Ook indien de hinder bestaat in de aantasting van subjectieve rechten van anderen,²⁰ is daarmee niet automatisch de onrechtmatig-

20. Dat is niet altijd het geval; men denke o.a. aan hinder jegens huurders van een huis

heid van de hinderveroorzakende gedragingen gegeven. Of er sprake is van zo'n (onrechtmatige) hinder hangt volgens de Hoge Raad af van 'de aard, de ernst en de duur van de hinder en de daardoor toegebrachte schade, in verband met de verdere omstandigheden van het geval'.²¹ En onder de noemer van de 'verdere omstandigheden van het geval' kan een afweging van de wederzijdse belangen plaatsvinden.²²

De rechthebbende zal dus, afhankelijk van de omstandigheden in de concrete situatie, in meerdere of mindere mate hinder — en de daarmee gepaard gaande 'aantasting' van subjectieve rechten — van anderen hebben te accepteren. Hetzelfde geldt zoals gezien ook voor inbreuken op de persoonlijke levenssfeer. Waar de 'inbreuk' de grens van de onrechtmatigheid overschrijdt, is niet in abstracto aan te geven maar wordt telkens bepaald aan de hand van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm in het licht van de bijzondere omstandigheden van het geval.²³

INBREUK OP DE EXCLUSIVITEIT VAN HET RECHT

11. Bij de inbreuk op de exclusiviteit van het recht gaat het om situaties waarin een ander bevoegdheden uitoefent die alleen de rechthebbende heeft of waarin de uitoefening dan wel het genot van het recht wordt belemmerd. Brunner en Bloembergen noemen als voorbeelden waar de rechtsinbreuk in ieder geval zonder meer onrechtmatigheid meebrengt het zonder toestemming lopen op andermans terrein en het inbreuk maken op merk-, auteurs- en octrooirechten.

Alvorens deze gevallen nader te analyseren, moet eerst aandacht geschonken worden aan het arrest HR 25 september 1981, NJ 1982, 315 (Breda-Nijs). Het arrest wordt steevast aangevoerd ter ondersteuning van het betoog dat een rechtsinbreuk niet automatisch onrechtmatig is. De vraag is echter of de schijn hier niet bedriegt. Met Brunner in zijn annotatie onder het arrest meen ik dat het probleem hier onjuist gesteld wordt door het handelen van het gemeentelijk

of jegens gebruikers van een weg of natuurgebied.

21. HR 23 september 1988, NJ 1989, 743; HR 15 februari 1991, NJ 1992, 639; HR 3 mei 1991, NJ 1991, 476.

22. Asser-Hartkamp III, nr. 39.

23. Uiteraard speelt bij die beoordeling ook een rol of geschreven normen overtreden zijn (zoals bij hinder overtreding van vergunningsvoorschriften: HR 9 januari 1981, NJ 1981, 227 en HR 17 september 1982, NJ 1983, 278).

nutsbedrijf te betitelen als ‘gebruik’ van de leidingen. Het gaat hier immers slechts om het door het nutsbedrijf onder druk c.q. spanning houden van de leidingen en niet om een gebruik dat aan de eigenaar is voorbehouden (en dat dus inbreuk maakt op diens eigendomsrecht). Het echte ‘gebruik’ van de leidingen — in de zin van inbreukmakend gebruik — vindt dan ook slechts plaats door de bewoners (krakers) die door middel van de leidingen gas, water en electra afnemen van het nutsbedrijf. Alleen de krakers eigenen zich een stukje van Nijs’ eigendomsbevoegdheid toe, maar niet het nutsbedrijf. Hier is dan ook zelfs geen sprake van een ‘kale’ inbreuk (zie nr. 12) door de gemeente op het recht van Nijs.

In zijn arrest weet de Hoge Raad op elegante wijze aan de verkeerde probleemstelling te ontsnappen en de vraag precies toe te spitsen op datgene waar het werkelijk om draait: handelt het nutsbedrijf in strijd met de jegens Nijs in acht te nemen zorgvuldigheid door in de gegeven situatie door te gaan met de levering van energie?

Het arrest biedt m.i. dan ook geen steun voor mijn betoog dat de rechtsinbreuk niet automatisch onrechtmatig is.

12. Bij inbreuken op de exclusiviteit van een recht dient goed onderscheiden te worden tussen tweeërlei vordering die op de inbreuk gebaseerd kan worden.²⁴ In de eerste plaats kan de rechthebbende vorderen dat de inbreukmaker de inbreuk opheft: hij dient zich te verwijderen van andermans terrein en de inbreuk op de (intellectuele) eigendomsrechten van de rechthebbende te beëindigen. Hiertoe kan een rechterlijk gebod of verbod verkregen worden. In de tweede plaats kan de rechthebbende schadevergoeding vorderen.

Een rechterlijk bevel tot het staken van de inbreukmakende handeling zal zonder meer verkregen kunnen worden. Dat impliceert echter allerminst dat de inbreukmaker ook onrechtmatig heeft gehandeld! Het rechterlijk gebod of verbod is hier niet — en in ieder geval niet zonder meer — gebaseerd op onrechtmatige daad, maar primair op de eigendom zelf.²⁵ De rechthebbende claimt de volledige beschikkingsbevoegdheid, die ten dele door een derde was ‘toegeëigend’, terug; in zoverre is de vordering vergelijkbaar met de revindicatie van roerende zaken of met de bezitsactie. De eiser kan dan ook

24. Zie Smits, WPNR (1940) 3689, blz. 386, l.k. In dezelfde zin m.i. Van Nispen, Het rechterlijk verbod en bevel (diss. Leiden 1978), nrs. 47 en 48.

25. Zie o.a. Meijers, VPO II, blz. 69/70; Van Nispen, a.w., nr. 44-46; noot van Brunner onder HR 7 mei 1982, NJ 1983, 478 (Trechsel-Laméris).

volstaan met te stellen dat de ander bevoegdheden uitoefent die slechts aan hem als rechthebbende toekomen, dan wel dat de ander hem in de uitoefening van zijn rechten stoort. Het is niet nodig om te stellen dat de ander — tevens — onrechtmatig handelt.

Dit geldt echter niet voor een vordering tot schadevergoeding: voor die vordering is wél onzorgvuldig handelen en dus schuld (in objectieve zin) vereist. Indien degene die zonder toestemming op andermans terrein loopt bijv. heeft gehandeld in de verontschuldigbare dwaling dat hij daartoe gerechtigd was op grond van een erf dienstbaarheid, zal een verbodsvordering in beginsel worden toegevozen, maar een schadevordering niet zonder meer. Het ‘onrechtmatig’ betreden van andermans grond wil hier dus alleen zeggen: zonder recht of titel.

Dit kan ook geïllustreerd worden aan de hand van de ‘takken- en bomenjurisprudentie’: is degene wiens boom door een storm op het huis en de tuin van de buurman is omgevallen, gehouden die boom te verwijderen? De Hoge Raad overwoog:²⁶ ‘De zorgvuldigheid die Trechsel (de eigenaar van de boom) in het maatschappelijk verkeer jegens de goederen van Laméris (de buurman) in acht behoorde te nemen, bracht immers mee dat hij terstond nadat hij van de situatie op de hoogte was, maatregelen behoorde te nemen om aan deze situatie, die een inbreuk op de eigendom van Laméris insloot, een einde te maken door de hem toebehorende boom te verwijderen.’

De verwijderingsplicht wordt hier door de Hoge Raad gebaseerd op de maatschappelijke zorgvuldigheid; tevens blijkt dat die zorgvuldigheidsnorm (‘gij zult uw omgevallen boom van het terrein van de buurman verwijderen’) pas voor Trechsel ontstond ‘terstond nadat hij van de situatie op de hoogte was’. Derhalve is bekendheid met de situatie nodig om onrechtmatig handelen (nalaten) aan te kunnen nemen.

Wat geldt echter indien de eigenaar van de boom — bijv. door afwezigheid wegens vakantie — pas twee weken later van de situatie op de hoogte geraakt? Moet de buurman die noodgedwongen de verwijdering zelf ter hand neemt die verwijderingskosten dan maar

26. HR 7 mei 1982, NJ 1983, 478 (Trechsel-Laméris). Zie voorts HR 4 november 1988, NJ 1989, 854 (Schols-Heijnen), die hierop voortbouwt. De uitspraken zijn genuanceerd met het oog op de verwijdering van voorwerpen van de bodem van een vaarwater: HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 720 (Staat-August de Meijer), waarover nr. 14.

zelf dragen? Het zou niet alleen bijzonder onredelijk zijn,²⁷ maar ook onjuist. In de overwegingen van de Hoge Raad ligt immers besloten, dat ook voordat de boomeigenaar van de situatie op de hoogte was — en dus los van enig (laat staan onrechtmatig) handelen of nalaten — reeds sprake is van een ‘situatie die een inbreuk op de eigendom van Laméris insloot’. Een dergelijke inbreuk-situatie, los van enige onrechtmatigheid, noem ik verder ook een ‘kale’ inbreuk.²⁸ De buurman heeft ook in zo’n situatie van ‘kale’ inbreuk een rechtsvordering tot verwijdering; die is nu echter niet gebaseerd op een zorgvuldigheidsnorm voor de wederpartij, maar puur op het eigendomsrecht van de buurman. Het is een zakelijke vordering, vergelijkbaar met de revindicatie of bezitsactie. Met die vordering correspondeert voor de wederpartij een ‘kale’ plicht tot verwijdering, d.w.z. een verplichting zonder enige grondslag in eigen (laat staan onrechtmatig) handelen of nalaten doch louter als sequeel van de eigendomsbevoegdheid van de buurman.

Alleen zo is verklaarbaar dat de eigenaar van de omgevallen boom de verwijderingskosten ook moet dragen, indien de boom is verwijderd voordat hij van de situatie op de hoogte raakte. De vordering van de buurman is nu echter niet gebaseerd op onrechtmatige daad, maar op zaakwaarneming.²⁹

13. Uit het voorgaande volgt m.i. dat de vordering op grond van rechtsinbreuk, slechts strekkende tot opheffing van de storing in het genot of tot verwijdering van personen of zaken, niet (noodzakelijk) voortvloeit uit de onrechtmatigheid van de inbreuk, maar primair uit de eigendomsbevoegdheid zelf.

27. Zo ook J. Spier, in: *Quod Licet* (Kleijn-bundel 1992), blz. 401; Spier biedt echter geen oplossing.

28. De door de Hoge Raad gebezigde terminologie doet weliswaar denken aan de inbreuk op een recht als onrechtmatigheidscategorie (art. 6:162 lid 2 BW), maar ten onrechte: het gaat niet om een daad die inbreuk maakt, maar om een *situatie*. Elke associatie met een onrechtmatige daad is dan ook niet op zijn plaats.

29. Spier heeft de mogelijkheid geopperd dat de ‘takken- en bomenjurisprudentie’ ook toegepast kan worden op gevallen van bodemverontreiniging (in: *Quod Licet*, Kleijn-bundel 1992, blz. 395 e.v.; WPNR 6168 (1995), blz. 111 e.v.), doch m.i. ten onrechte. Daar gaat het immers niet om inbreuken op eigendomsbevoegdheden van de rechthebbende, maar om aantasting van het voorwerp van het recht (zaaksbeschadiging, waardevermindering). De aansprakelijkheid voor opruimingskosten (sanering) moet dan ook geheel beoordeeld (blijven) worden aan de hand van de criteria voor onzorgvuldig handelen en hinder, zoals de bestaande rechtspraak op dat gebied in wezen ook al doet.

Natuurlijk zal ook bij dergelijke vorderingen de inbreuk in concreto veelal tevens onrechtmatig zijn;³⁰ maar dat is niet altijd het geval en voor toewijzing van de verbodsvordering is het niet nodig. Toewijzing van zo'n vordering impliceert dan ook niet dat de inbreuk 'eo ipso' onrechtmatig was. Wil de inbreuk onrechtmatig zijn, dan moet behalve de 'kale' inbreuk ook het gedrag van de inbreukmaker beoordeeld worden, zulks in het licht van zijn (on)bekendheid met het recht van de ander, zijn mogelijkheden de inbreuk te voorkomen en de overige omstandigheden van het geval.

Wanneer Brunner stelt:³¹ 'Wie zonder mijn toestemming mijn jas meeneemt (...) handelt per definitie onrechtmatig, ongeacht of hem onzorgvuldigheid kan worden verweten' is dat dan ook niet altijd juist. Weliswaar maakt de ander inbreuk op mijn eigendomsrecht en moet hij de jas op eerste vordering weer aan mij afgeven, maar zijn gedrag was niet onrechtmatig indien hij redelijkerwijze kon menen dat het zijn eigen jas was (bijv. omdat beide jassen in een onbewaakte garderobe hingen, uiterlijk volkomen identiek waren en zijn eigen jas — naar hij toen nog niet wist — gestolen was door een derde). Bij gebreke van onzorgvuldig handelen komt in deze situatie een schadevordering tegen de ander dan ook niet aan de orde. Soortgelijke voorbeelden zouden ook aan te voeren zijn m.b.t. het bouwen op andermans terrein; men denke aan de situatie dat een bouwende grondeigenaar te goeder trouw is afgegaan op foutieve kadastrale gegevens, waardoor hij deels op het terrein van de buurman heeft gebouwd. In al deze situaties is er wel sprake van een 'kale' inbreuk (die in beginsel aanleiding geeft tot een zakelijke rechtsvordering tot verwijdering of tot revindicatie), maar die inbreuk is *niet* 'eo ipso' onrechtmatig.

14. Overigens moet er op gewezen worden dat ook de op herstel gerichte vordering die louter gebaseerd is op het subjectieve recht

30. Dat geldt zeker bij inbreuken op 'intellectuele eigendomsrechten' als octrooi, merkrecht en auteursrecht. In de praktijk is daarbij steeds sprake van bewust, althans verwijtbaar inbreuk maken op de rechten van de rechthebbende, veelal vanuit concurrentiemotieven in het economisch verkeer. In het kader van dit opstel past een verdere uitweiding over de inbreuk op deze rechten minder, nu daar ook bijzondere aspecten aan verbonden zijn: de rechten zijn vaak geregistreerd (octrooi, merkrecht) en kennen een uitgebreide wettelijke regeling die precies afbakt welke bevoegdheden de rechthebbende heeft. Rechtsinbreuk heeft daardoor vaak tevens trekken van handelen in strijd met een rechtsplicht.

31. NJB 1991, blz. 1625.

(dus op een ‘kale’ inbreuk), niet volledig ‘vrij’ is van een toetsing aan de zorgvuldigheid. In specifieke situaties is ook die vordering te ‘onmaatschappelijk’ en derhalve niet voor toewijzing vatbaar.

Bekend is de toetsing aan misbruik van bevoegdheid.³² Bij die toetsing is onder meer van belang of de inbreukmaker — kort gezegd — te goeder trouw was en of hij door toewijzing van de vordering niet onevenredig zwaar gedupeerd wordt in vergelijking met het belang van eiser. Ook hier blijkt dus weer dat de grenzen van het subjectieve recht mede worden bepaald door de interactie met anderen (zie nr. 9).

Dit blijkt ook uit het arrest HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 720 (Staat-August de Meijer). Hierin bepaalde de Hoge Raad dat de regel uit het omgewaaide boom-arrest (zie noot 26) ‘niet zonder meer van toepassing is in de situatie dat een voorwerp is terechtgekomen op de bodem van een vaarwater, zonder dat de eigenaar van dat voorwerp daarvan een verwijt valt te maken. In dat geval zal voor diens aansprakelijkheid voor de kosten van opruiming in beginsel vereist zijn dat de beheerder van het water stelt, en zo nodig bewijst, dat de gevaren verbonden aan het niet verwijderen van dat voorwerp zo groot zijn dat zij hem redelijkerwijs tot verwijdering noopten.’ Ook hier speelt derhalve een soort belangenafweging een rol voor de vraag of de op de eigendom van de grond gebaseerde³³ vordering tot verwijdering toewijsbaar is.

BESLAG, EXECUTIE EN STRAFVORDERLIJKE MAATREGELLEN

15. Ik besteed nog — kort — aandacht aan gevallen waarin beslag-, executie- of strafvorderlijke maatregelen worden getroffen die achteraf onjuist blijken te zijn. Algemeen aanvaard is dat in deze gevallen respectievelijk de beslaglegger, de executant en de overheid aansprakelijk zijn voor de schadelijke gevolgen van de — achteraf gezien ongegronde — maatregelen.

De vraag is echter waarop deze aansprakelijkheid berust. Op het gebied van het conservatoir beslag is voorstelbaar om te redeneren dat

32. HR 17 april 1970, NJ 1971, 89 (Kuipers-De Jongh) bij bouwen op andermans grond.

33. In de procedure was de vordering van de Staat gebaseerd op onrechtmatige daad (onzorgvuldigheid). Het zou echter geen verschil hebben gemaakt indien de vordering puur op de eigendom van de grond (‘kale inbreuk’) gebaseerd was.

het beslag inbreuk maakt op (de exclusiviteit van) het subjectieve recht van de wederpartij en dat zulks onrechtmatig is nu — achteraf — blijkt dat de daarvoor gepretendeerde rechtvaardigingsgrond ontbreekt. Ik herinner echter aan het hierboven betoogde: een inbreuk op de exclusiviteit van een recht geeft in beginsel slechts aanspraak op een vordering tot herstel in het volle genot (hier: nadat gebleken is dat het beslag ten onrechte is gelegd); voor een schadevordering moet de inbreuk echter getoetst worden op zijn onrechtmatigheidsgehalte. Die onrechtmatigheid (in de zin van onzorgvuldigheid) is bij een inbreuk wel meestal aanwezig, maar nooit 'automatisch'. En juist bij het leggen van beslag is het onrechtmatige karakter bepaald geen vanzelfsprekende zaak: de beslaglegger handelt vaak op volkomen redelijke gronden.

Het is dan ook opvallend dat de Hoge Raad³⁴ de aansprakelijkheid van de beslaglegger niet grondt op onrechtmatig gedrag, maar op de risico-gedachte: de beslaglegger handelt voor eigen risico, ook als hij bij het leggen van het beslag niet lichtvaardig (lees: niet onzorgvuldig) handelt.

Ik denk dat de door de Hoge Raad gebruikte redengeving maatschappelijk aanvaardbaarder is en op een groter draagvlak kan rekenen, dan een beroep op de recht-toe-recht-aan (en daardoor soms tekortschietende) redenering: 'inbreuk op een recht is — behoudens rechtvaardigingsgronden — zonder meer onrechtmatig'. Het subjectieve recht wordt door de Hoge Raad niet als absolute waarde gezien, maar als een beschermwaardig belang dat wordt afgewogen tegen het — evenzeer beschermwaardige — belang van de zorgvuldige beslaglegger. De resultante van die afweging is een risico-aansprakelijkheid voor de beslaglegger indien het beslag onterecht blijkt te zijn gelegd; de aansprakelijkheid is daardoor losgekoppeld van onzorgvuldigheid en onrechtmatigheid.

Het ligt voor de hand om dezelfde lijn te volgen bij gevallen waarin een rechterlijke uitspraak geëxecuteerd wordt die (hetzij in hoger beroep, hetzij — indien het een kort geding betrof — in een bodemprocedure) naderhand terzijde wordt gesteld. Hier heeft de Hoge Raad echter in een aantal gevallen de aansprakelijkheid van de executant wel op onrechtmatig handelen gegrond.³⁵

34. HR 15 april 1965, NJ 1965, 331.

35. HR 16 november 1984, NJ 1985, 547 (Ciba Geigy-Voorbraak) en HR 12 mei

Lang niet altijd zal in dit soort gevallen sprake zijn van inbreuk op het recht van een ander (bijv. bij een verbod bepaalde handelingen te verrichten). De enige in aanmerking komende toetssteen is dan de zorgvuldigheidsnorm; ook gemeten aan die norm zal echter niet altijd tot maatschappelijk onzorgvuldig handelen geconcludeerd kunnen worden.³⁶ Ik blijf de motivering voor de aansprakelijkheid die de Hoge Raad in 1965 gaf ten aanzien van conservatoir beslag dan ook bevredigender vinden.

Ook in de recente serie arresten betreffende de aansprakelijkheid van de Staat voor het treffen van strafvorderlijke maatregelen (huiszoeking, arrestatie, inverzekeringstelling, e.d.) die achteraf onterecht bleken te zijn, heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk vastgehouden aan de onrechtmatige daad als grondslag voor de aansprakelijkheid.³⁷ Met anderen³⁸ ben ik echter van mening dat het in wezen een (risico)aansprakelijkheid bij rechtmatige daad betreft. Indien iemand op voldoende gronden als verdachte wordt aangemerkt, is de overheid niet alleen gerechtigd, maar veelal ook gehouden over te gaan tot strafvorderlijke maatregelen. Het gaat dan niet aan om te zeggen dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld, wanneer achteraf — veelal pas nadat nader onderzoek nieuwe feiten heeft opgeleverd — blijkt dat de verdenking ten onrechte was.

DE RECHTSINBREUK ALS ‘TUSSENNORM’ OF ‘BAKEN’?

16. We hebben gezien dat de inbreuk op een recht niet automatisch

1989, NJ 1990, 130 (Ontvanger-AaBe). De uitspraken betreffen de executie van een kort geding-vonnis dat in een bodemprocedure terzijde wordt gesteld; hetzelfde zal echter gelden voor de executie van een bij voorraad uitvoerbaar verklaard vonnis dat in hoger beroep wordt vernietigd (anders: Van Schaick, De aansprakelijkheid voor het executeren van een kort geding vonnis dat in de bodemprocedure terzijde wordt gesteld (Zwolle 1987), blz. 67-68).

36. Zie over deze problematiek, met een overzicht van meningen in literatuur en rechtspraak: A.A. van Rossum, Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen (diss. Nijmegen 1990), blz. 21-69.
37. HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794 (CJHB); HR 23 november 1990, NJ 1991, 92; HR 1 oktober 1993, NJ 1993, 761; HR 29 april 1994, NJ 1995, 727 (CJHB en EAA); HR 23 december 1994, NJ 1995, 512 (C); HR 22 december 1995, NJ 1996, 301. Het pleidooi van wnd. A-G Bloembergen voor eerstgenoemd arrest, om de aansprakelijkheid voor strafvorderlijk optreden te baseren op *rechtmatige* (overheids)daad, heeft de Hoge Raad niet gevolgd.
38. Zie J. Spier, Preadvies NJV 1996, blz. 290 met verwijzingen in noot 552.

betekent dat de laedens onrechtmatig heeft gehandeld. Zowel bij aantasting van het voorwerp van het recht, als bij de inbreuk op de exclusiviteit van het recht, dient zijn gedrag steeds nader getoetst te worden aan de maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen.

Dit betekent echter niet dat het *feit* dat er sprake is van een dergelijke inbreuk geheel zonder betekenis is voor het onrechtmatigheidsoordeel. Dat feit kan onder omstandigheden zo zwaar wegen dat reeds daaruit een vermoeden van onrechtmatigheid voortvloeit. In zoverre zou men de inbreuk op het recht kunnen zien als ‘tussennorm’ of ‘baken’ op weg naar het definitieve onrechtmatigheidsoordeel.³⁹ Dat oordeel krijgt daardoor een gelaagde structuur, die ook doorwerkt naar de stelplicht en bewijslast in een procedure. Als voorbeeld kan gewezen worden op het in nr. 10 besproken arrest inzake de Edamse bijstandsvrouw: nu de ambtenaar inbreuk had gemaakt op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van zijn buurvrouw, is daarmee *in beginsel* de onrechtmatigheid gegeven, behoudens door de ambtenaar te stellen (en te bewijzen) rechtvaardigingsgronden.

Men zij echter voorzichtig deze benadering als algemeen schema te hanteren bij alle gevallen van rechtsinbreuk. Met name bij de meeste gevallen van zaakschade en letsel zal de gelaedeerde niet kunnen volstaan met het stellen van de inbreuk; daarnaast moeten bijkomende omstandigheden gesteld en bewezen worden waaruit voortvloeit dat de laedens heeft gehandeld in strijd met geschreven en/of ongeschreven (zorgvuldigheids)normen. Zo bijv. in het geval van de bushalte (zie nr. 8) of van de openbaarmaking van een foto (zie het in nr. 10 genoemde arrest HR 1 juli 1988, NJ 1988, 1000). Het zal dan ook sterk van de context afhangen of men kan volstaan met het stellen (en bewijzen) van de rechtsinbreuk.

De gelaagde structuur biedt dus in sommige gevallen een ‘patroon’, waarlangs het onderzoek naar de onrechtmatigheid van de gedraging gestructureerd wordt. Ook hier blijft echter per saldo de toets van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm beslissend voor het antwoord op die vraag.

BESLUIT

17. Bij het afsluiten van deze bijdrage verscheen de annotatie van Brunner onder het arrest HR 9 december 1994, NJ 1996, 403 (terug-

39. Aldus Van Dam, a.w., blz. 99.

zweepende tak). Hij betoogt daarin — als ik het goed zie — dat de in art. 162 Boek 6 BW bedoelde ‘inbreuk op een recht’ slechts ziet op ‘een gedraging die zelf inbreuk op een recht maakt, omdat zij in strijd komt met de exclusieve bevoegdheden van de subjectief gerechtigde, of met diens persoonlijkheidsrechten’. Hij wil van dat begrip met name de gevallen van letsel en zaakschade uitsluiten, omdat anders tot een ‘absurd resultaat’ gekomen wordt.

Een zo stringente inperking van de gevallen die onder ‘inbreuk op een recht’ vallen is meen ik niet eerder bepleit.⁴⁰ Na het bovenstaande zal het echter geen verrassing zijn dat ik meen dat aldus in ieder geval een groot deel van de problemen voorkomen wordt.

40. Alleen C.H.M. Jansen, Mon. Nieuw BW B-45, nr. 19, betoogt ongeveer hetzelfde.

Misbruik van recht als overgangsfiguur

*J.B.M. Vranken**

1. In dit huldenummer van het Leidse BW-krant jaarboek 1996 ter gelegenheid van het vijftigste verschijningsjaar van Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, heeft de redactie mij het onderwerp misbruik van recht toebedeeld. Blijkens het Voorwoord heeft Wolfsbergen in zijn boek alleen geschreven over onderwerpen waarvan hij vond dat ze tot dan toe ofwel stiefmoederlijk waren bedeed, ofwel te veel in een vals licht waren geplaatst. Hoofdstuk 4 over misbruik van recht behoorde voor hem zonder twijfel tot de laatste categorie. Er was sprake van een ver doorgevoerde onderscheidingsdrift die het leerstuk onhanteerbaar dreigde te maken, althans in de wetenschap, want de rechtspraak wist zich naar zijn zeggen wel te redden.

2. Ik zal het debat dat Wolfsbergen met andere auteurs is aangegaan, niet heropenen. Dat heeft weinig zin. Ook de voor Wolfsbergen en zijn tijdgenoten nog grote betekenis van het begrip subjectief recht laat ik buiten beschouwing. Evenmin behoef ik nader in te gaan op de richting die Wolfsbergen¹ gewezen heeft, aangezien deze inmiddels de gangbare is geworden: rechtsuitoefening dient redelijk te zijn, hetgeen betekent dat men behoort te letten op de gerechtvaardigde be-

* Prof. mr. J.B.M. Vranken is advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden en hoogleraar burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant. Hij dankt mr. J.G.A. Linssen en mr. J.M. Smits van de vakgroep privaatrecht van de Juridische Faculteit KU Brabant voor hun kritische op- en aanmerkingen bij een eerdere versie van deze bijdrage.

1. Overigens niet als enige. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw*, diss. 1972 noemt op p. 62-63 voor de periode tot 1946 — het jaar waarin het boek van Wolfsbergen verscheen — de namen van Wijnstroom, Meijers, R.J. Polak, De Haan, Okma, Helmich en Suyling. Van de in 1945 verschenen dissertaties van Okma en Helmich heeft Wolfsbergen geen kennis meer kunnen nemen. Hij was toen al gestorven (Auschwitz, november 1944).

langen van derden die erbij betrokken zijn of erdoor geraakt kunnen worden.²

Mijn aandacht gaat uit naar de methodologische kant van de gevolgde benadering. Ik onderken daarin een aanzet van wat in de tweede helft van deze eeuw is uitgegroeid tot een betrekkelijk algemeen aanvaarde wijze van rechtsvinding in civiele zaken, maar die er tegelijkertijd voor heeft gezorgd dat misbruik van recht in grote delen van het vermogensrecht als afzonderlijk leerstuk vrijwel heeft afgedaan. Het verschijnsel doet zich nog steeds voor.³ Misbruik van recht lijkt daarmee gedoemd te zijn de functie te vervullen van een soms nuttig breekijzer, dat echter, zodra het met succes is ingezet, gemakkelijk door andere leerstukken en ontwikkelingen geabsorbeerd, overvleugeld of opzijgezet kan worden.

3. De toelichting op deze stelling vergt een ietwat langere aanloop dan gebruikelijk. Zij voert mij vooral naar de jaren twintig van deze eeuw toen misbruik van recht in Nederland vaste(re) voet aan de grond begon te krijgen.⁴ Omstreeks die tijd tekenden zich ook andere ontwikkelingen af die zich aan dezelfde of aan nauw verwante bronnen laafden. Ik begin met een schets van deze samenhang.

THE ROARING TWENTIES

4. Misbruik van recht is bij uitstek een relatie-begrip, aldus Eggens. Het benadrukt en verfijnt het besef van 'even-maat' in de verhouding tussen mensen⁵ en daarmee van de niet-absoluutheid of, misschien beter, van de sociale dimensie van rechten en bevoegdheden. Op andere terreinen was dit besef al eerder doorgedrongen. Met name de parallel met de verruiming van het begrip onrechtmatige daad tot maatschappelijke onzorgvuldigheid in 1919 (Lindenbaum/Cohen) en van het begrip natuurlijke verbintenis tot dringende verplichtingen van moraal en fatsoen in 1926 (Goudse Bouwmeester), springt in het

2. T.a.p., 1946, p. 75-81. In de slotparagrafen legt hij een verbinding met het doel van het subjectieve recht (p. 89-92 jo hoofdstuk VII).

3. Hierna in de tekst onder 10-12.

4. Het begin wordt meestal gelegd bij HR 17 februari 1927, NJ 1927, 391 en HR 15 juni 1928, NJ 1928, 1604. Rechtsvergelijkend liep Nederland achter bij België, Frankrijk, Duitsland en Zwitserland. Zie over de historische wortels van misbruik van recht onder meer Meijers, *Misbruik van recht en wetsontduiking*, 1937 (VPO I, p. 68-69, met verdere verwijzingen).

5. Eggens, *Over het wezen van misbruik van recht*, 1947 (VPO deel 2, p. 116-132).

oog. De parallelle is hierin gelegen dat in al deze gevallen eisen van positieve moraal worden aangemerkt als geldend recht.

Minder bepaald door eisen van moraal en fatsoen is de ongegronde vermogensvermeerdering waarvoor Bregstein in zijn dissertatie van 1927 aandacht vroeg. Ongegronde vermogensvermeerdering fungeert als het sluitstuk van het goederen- en verbintenissenrecht en biedt een oplossing in gevallen die anders zouden kunnen stuklopen op de strakheid van het systeem. Vanuit deze optiek, gevoed door de maatschappelijke behoefte aan een soepeler zekerheidsrecht dan het wettelijk pandrecht, zijn ook de Bierbrouwerij-arresten van 1929 te begrijpen.

5. Een duidelijk voorbeeld van het besef van ‘even-heid’ is de erkenning, reeds in 1916,⁶ dat in gevallen van eigen schuld het alles-of-niets-principe niet meer past en vervangen moet worden door een evenredige verdeling. In dezelfde sfeer ligt de rechtspraak over partiële nietigheid⁷ en over gedeeltelijke ontbinding.⁸ De eerste is meteen vanaf het begin gebaseerd op uitleg van de overeenkomst, de tweede heeft het lange tijd moeten doen met de fictie van de stilzwijgende wilsverklaring en is pas later⁹ in verbinding gebracht met een redelijke, bij de aard van de overeenkomst aansluitende, uitleg van art. 1302 en 1303 (oud) BW. Overigens waren en zijn ficties in het recht niet ongebruikelijk. Scholten schreef in zijn Algemeen Deel¹⁰ dat ze van groot belang zijn voor de rechtsontwikkeling, omdat ze er mede toe dienen de voortdurende botsing tussen nieuwe eisen en het bestaande systeem op te vangen. Wel meende hij dat ze waardeloos worden zodra ze als zodanig worden erkend. Bij sommige ficties uit de jaren twintig heeft dit echter verrassend lang geduurd. Zo bijvoorbeeld bij de rechtsverwerking, die als een stilzwijgende afstand van recht werd geconstrueerd. Het heeft tot het arrest Maaskant/De Oude

6. HR 4 februari 1916, NJ 1916, 450.

7. HR 14 maart 1929, NJ 1929, 1382.

8. HR 5 maart 1926, NJ 1926, 504 en HR 11 maart 1926, NJ 1926, 508 met kritische noten van Paul Scholten.

9. Een beschrijving van de verdere ontwikkeling is te vinden bij Bakels, Ontbinding van wederkerige overeenkomsten, diss. 1993, p. 292-297.

10. Asser-Scholten, Algemeen Deel, 1931, p. 71 (1974, p. 53). Over dit thema ook de Akademierede van Meijers, Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring, 1937 (VPO III, p. 277-300, met name de voorbeelden op p. 287-292) en de oratie van Eggens, Over het fingeren van rechtsficties, 1958 (VPO deel 2, p. 314-328).

van 1952¹¹ geduurd voordat deze fictie openlijk is afgelost door de goede trouw van art. 1374 lid 3 (oud) BW.

Eerder al, in 1926,¹² had art. 1374 lid 3 (oud) BW aan de wieg gestaan van het schuldeisersverzuim en de onmogelijkheid van rechtsuitoefening. In deze leerstukken komt tot uitdrukking dat een crediteur niet alleen *recht* heeft op nakoming, maar dat op hem soms ook de uit de goede trouw voortvloeiende *plicht* rust de debiteur in staat te stellen na te komen c.q. te accepteren dat de debiteur zich op een bepaalde manier van zijn verbintenis kwijt. Vergeleken met voordien is op deze manier meer evenwicht gebracht in de verhouding van schuldeiser en schuldenaar.

Ook de sedert 1924 gevestigde rechtspraak¹³ inzake bindend advies steunt rechtstreeks op art. 1374 lid 3 (oud) BW. De Hoge Raad heeft hierin de inhoud en de wijze van totstandkoming getoetst aan de redelijkheid en billijkheid en heeft beslist dat indien het advies deze toets niet kan doorstaan, de benadeelde partij er niet aan gehouden kan worden. Meijers had verdedigd — en bleef ook daarna verdedigen¹⁴ — dat in een dergelijk geval het advies tussen partijen desondanks bindend was en de benadeelde genoeg moest nemen met een vordering tot schadevergoeding tegen de bindend adviseur.

6. Tegenover deze positieve notities staan evenzovele negatieve. Anders gezegd: ook in het recht zijn de jaren twintig van deze eeuw niet alleen maar ‘roaring’ geweest. Opschortingsrechten bleven beperkt tot de in de wet genoemde gevallen.¹⁵ Nietigheidssancties werden, ondanks de vehemente pleidooien voor het tegendeel van

11. HR 14 november 1952, NJ 1953, 135. Zie over de situatie vóór dit arrest onder meer Houwing, Rechtsverwerking, preadvies BCN 1968, p. 2-20 met vermelding van veel rechtspraak vanaf de jaren twintig.

12. HR 18 juni 1926, NJ 1926, 1078 (Spoorwegkamp Andruicq).

13. Asser-Hartkamp II, 1993, nr. 326 en 327.

14. Meijers, Art. 1374 lid 3 B.W. en het zogenaamde bindend advies, 1924 (VPO III, p. 131-142). Een soortgelijke strikte opvatting huldigde Meijers ten aanzien van de executie van vonnissen die onjuist zijn: de kort geding-rechter mag hier niet ingrijpen (Meijers, Het kort geding, bew. door J. Vermeulen, 1967, p. 136-143). Inmiddels is juist voor deze gevallen misbruik van recht nog steeds een nuttig breekijzer: zie onder meer Oudelaar, Civielrechtelijke executiegeschillen, 1992, p. 272 e.v.

15. Streefkerk, Opschortingsrechten, Mon. NBW B-32b, 1995, p. 1-2.

onder meer Van Oven,¹⁶ niet gemitigeerd door de goede trouw. Ook anderszins erkende men buiten de hierboven genoemde gevallen van bindend advies en schuldeisersverzuim de beperkende werking van de goede trouw niet of nauwelijks: situaties van tijdelijke overmacht als gevolg van oorlog bijvoorbeeld deden niet af aan de verbindende kracht van de overeenkomst — de Sarong- en Weefgetouwjurisprudentie¹⁷ — en bij het betalen van geldschulden werd ook in geval van vèrgaande geldontwaarding strak vastgehouden aan het nominaliteitsprincipe: Mark is Mark.¹⁸ In het onrechtmatige daadsrecht werd de in 1919 aanvaarde categorie van de maatschappelijke onzorgvuldigheid nog niet toepasselijk geoordeeld op het handelen van de overheid.¹⁹ Ook voor een preventief verbod en bevel stond deze categorie nog lange tijd buiten spel.²⁰

DE HUIDIGE METHODE VAN RECHTSVINDING: CONCRETISERING EN RELATIVERING

7. De voorgaande schets, hoe onvolledig ook, maakt duidelijk dat in Nederland de groei van het leerstuk misbruik van recht niet op zichzelf heeft gestaan, maar zich ingebed wist in een bredere stroom van nauw verwante ontwikkelingen. Trefwoorden waren goede trouw, zorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer en oog voor gerechtvaardigde belangen van anderen.

Ook methodologisch heeft misbruik van recht zich niet op een eiland bevonden. Eén van de meest omstreden discussiepunten betrof de vraag of men — in de woorden van Wolfsbergen²¹ — eerst moest beginnen met het vaststellen van de inhoud van het recht om vervolgens in bepaalde gevallen aan te nemen dat daarvan een als misbruik te diskwalificeren gebruik was gemaakt — dit wil zeggen de visie dat

16. Zie voor een beschrijving hiervan met name Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen, diss. 1988, p. 64-69 jo p. 82 met de uitwerking op p. 83 e.v.
17. De bekende arresten van HR 8 januari 1926, NJ 1926, 203 en HR 19 maart 1926, NJ 1926, 441.
18. HR 2 januari 1931, NJ 1931, 274. Zie voor veel meer gegevens Abas, Beperkende werking van de goede trouw, diss. 1972, passim.
19. HR 29 juni 1928, NJ 1928, 1138 (Strooppot). Voor meer achtergrondinformatie verwijs ik naar de beschouwingen van Van der Hoeven, De drie dimensies van het bestuursrecht, 1989, p. 142-144, 155-158 en 191-194.
20. Van Nispen, Het rechterlijk verbod en bevel, 1978, p. 49-52.
21. T.a.p., 1946, p. 73, 81 en, meer in het algemeen, p. 129-131.

het handelen op zichzelf geoorloofd was, maar in de concrete omstandigheden van het geval ongeoorloofd werd —, of dat men in dergelijke gevallen, na uitleg, moest concluderen dat het recht de gewraakte handeling niet eens omvatte en er dus ook geen sprake kon zijn van misbruik.

Okma heeft in zijn proefschrift de twee benaderingswijzen achtereenvolgens de correctieve en de interpretatieve genoemd. Zijn keuze voor de correctieve methode haalde hem de gramschap van Eggens op de hals. Met de hem kenmerkende scherpte en overtuiging van het eigen gelijk,²² verweet Eggens Okma dat deze het probleem niet voldoende had laten rijpen en dat hij, als hij dat wel zou hebben gedaan, zou hebben vastgesteld dat de gepretendeerde tegenstelling geen stand kòn houden.²³ Met instemming verwees Eggens daarom onder meer naar Wolfsbergen die dit volgens hem beter had gezien.²⁴

8. Het is niet moeilijk in dit debat de discussie te proeven die naderhand is losgebarsten over de beperkende werking van de goede trouw versus de normatieve uitleg. Die discussie bestrijkt een zo breed terrein dat vergelijkbare themata over deelonderwerpen als misbruik van recht er vrijwel volledig door zijn geabsorbeerd.

De wetgever heeft, zoals bekend, in art. 6:2 BW en art. 6:248 BW gekozen voor de beperkende werking. Dit standpunt is fel bestreden door met name Schoordijk en Van Dunné. Ik heb mij hierover nooit kunnen opwinden. Niet omdat ik de theoretische impact van de tegenstelling niet zie (geloof ik), maar omdat de tegenstelling naar mijn mening inmiddels is voorbijgestoken door wat thans, met name in het verbintenissenrecht, als de meest gangbare wijze van rechtsvinding in civiele zaken moet worden beschouwd. Essentieel hierin is de verbinding van twee elementen. Het eerste is inhoudelijk en kan omschreven worden met behulp van dezelfde trefwoorden die ik hierboven onder 7 heb genoemd. In het arrest Baris/Riezenkamp van 1957 heeft de Hoge Raad dit element bijna programmatisch verankerd door

22. J.M. Smits, Eggens als recensent, *Ius Civile*, 1995, nrs. 1 en 2.

23. Vergelijk de in noot 6 vermelde boekbespreking, alsmede zijn kort tevoren (oktober 1946) uitgesproken inaugurele rede over Transpositie en conversie, 1946 (VPO deel 2, p. 82-102).

24. De wetgever nieuw BW heeft uiteindelijk ook gekozen voor de opvatting dat 'het misbruik in wezen de grenzen van de bevoegdheid zelf nader bepaalt' (PG Invoeringswet boek 3, p. 1048), maar gaat niet zo ver als bijvoorbeeld Van Dunné had gewild die het leerstuk overbodig achtte.

te eisen dat men zich mede moet laten leiden door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Van daaruit is het steeds verder verspreid.

Het tweede element is methodisch van aard en houdt in dat in de huidige rechtspraak meestal niet meer, zoals vroeger, beslist wordt aan de hand van abstracte regels, maar aan de hand van, zonedig in de uitspraak zelf nog te formuleren, lijsten van relevante gezichtspunten, vuistregels of sub-regels. Alle feiten en omstandigheden van het concrete geval die hieronder gerangschikt kunnen worden of die aanleiding geven voor een nieuw gezichtspunt, vuistregel of sub-regel, worden in de oordeelsvorming betrokken. In zoverre hangt de beslissing over wat in een concreet geval rechtens is, mede af van de feiten en omstandigheden van het concrete geval zelf. Met name sinds het arrest *Saladin/HBU* van 1967 is deze wijze van beslissen ingeburgerd.

9. Het voorgaande in twee zinnen samenvattend: rechten en bevoegdheden zijn gerelativeerd doordat ze onder het banier zijn geplaatst van hun verhouding tot anderen. Deze relativering veronderstelt evenwel een concretisering van de norm, omdat anders onvoldoende recht kan worden gedaan aan de bijzonderheden van de verhouding waarin partijen tot elkaar staan.

TUSSEN BREEKIJZER EN VERGETELHEID

10. De wetgever heeft in 1992 deze wijze van rechtsvinding voor grote delen van het vermogensrecht min of meer gecodificeerd. Normen zijn meer dan in het oude BW concreet gemaakt. Dat is gebeurd door middel van verwijzingen naar de omstandigheden van het geval, de verkeersopvattingen en, vooral, naar de redelijkheid en billijkheid, waarbij mede rekening moet worden gehouden met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen (art. 3:12 BW). Met de aard van de wetgevende taak hangt samen dat de verwijzingen in overwegende mate bij wege van algemene voorziening zijn getroffen en niet per wetsartikel, al komen ze ook daarin wel voor.

Concretisering van normen is overigens niet (nooit) afhankelijk van een wettelijk keurstempel. De rechter kan er ook zelf toe besluiten. Dat heeft hij in het verleden veelvuldig gedaan en hij doet het nog steeds. Wel is het inmiddels zo dat wanneer een beroep kan worden gedaan op redelijkheid en billijkheid en maatschappelijke

zorgvuldigheid — en die gevallen zijn de afgelopen decennia in rechtspraak en wetgeving sterk toegenomen —, misbruik van recht niet meer aan de orde komt. Concretisering geschiedt dan in de vorm van een uitwerking van redelijkheid en billijkheid of van maatschappelijke zorgvuldigheid. Inhoudelijk bestaat tussen deze beide begrippen geen relevant verschil.

11. Er zijn echter rechtsgebieden waar de redelijkheid en billijkheid en maatschappelijke zorgvuldigheid (nog) niet of nauwelijks, althans minder dominant aanwezig zijn²⁵ en waar ook anderszins nog geen vèrgaande concretisering heeft plaatsgevonden. Ik denk met name aan het personen- en familierecht, het procesrecht en het overheidsprivaatrecht c.q. aan het privaatrecht voor instanties of organisaties die publieke taken vervullen.²⁶ Voor die gebieden kan misbruik van recht nog steeds een nuttige functie vervullen.²⁷ Niet omdat de toetsingsmaatstaven van misbruik van recht en redelijkheid en billijkheid of maatschappelijke zorgvuldigheid zo van elkaar verschillen,²⁸ maar omdat de toets meestal begint bij gevallen waarin sprake is van louter dwarszitten of van een evident niet bedoeld gebruik van rechten of bevoegdheden. Daaraan moet paal en perk worden gesteld. Natuurlijk kan men dit doen met behulp van de redelijkheid en billijkheid of de maatschappelijke zorgvuldigheid, maar dat is een veel ruimere maatstaf dan voor het te beslissen (type) geval nodig is. Men is dan vaak aan zo'n ruimere maatstaf nog niet toe, omdat men nog niet kan overzien waartoe de ontwikkeling leidt. In een dergelijke situatie verdient een stap-voor-stap-aanpak de voorkeur: de rechter behoudt de leiding en kan aan de hand van nieuwe gevallen die zich

25. Dat kan te maken hebben met het sterkere publiekrechtelijke karakter van het rechtsgebied of met het meer doelgebonden karakter van de bevoegdheden.

26. Zeer kritisch over dit criterium is overigens Zijlstra in o.m. een noot onder AB 1996, 136, waarin tevens verdere verwijzingen.

27. Blijkens een klein rechtspraak-onderzoek vervult het die nuttige functie ook inderdaad. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad van 1994 en 1995 volgt dat de meeste uitspraken over misbruik van recht (bevoegdheid) betrekking hadden op het terrein van het procesrecht en het personen- en familierecht. Ik dank mr. drs. A.F. Salomons van het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad voor zijn hulp bij het verzamelen van deze gegevens.

28. Anders Rodenburg, Misbruik van bevoegdheid, Mon. NBW A-4, 1985, waartegen terecht Schoordijk, Vermogensrecht in het algemeen naar boek 3, 1986, p. 23-37. Ook wetgever deelt de visie van Rodenburg niet (PG Invoeringswet boek 3, p. 1040, 1049 en 1051).

voordoen en aan de hand van het commentaar in de juridische literatuur, beoordelen of de ingezette koers de juiste is of moet worden bijgesteld.

Misbruik van recht is voor deze aanpak precies het juiste instrument. Het kan zich zowel beperken tot een louter tegengaan van dwarsheid en willekeur (de beginfase) als een volledige afweging van belangen mogelijk maken. Uiteindelijk komt men meestal bij dit laatste uit. Althans is dit de ontwikkelingslijn op de drie genoemde rechtsgebieden. In de laatste fase bestaat inhoudelijk geen verschil meer met de redelijkheid en billijkheid of de maatschappelijke zorgvuldigheid. Alleen heet het anders: in het procesrecht de goede procesorde en in het overheidsprivaatrecht de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zodra de ontwikkeling helemaal voltooid is, heeft misbruik van recht als algemeen leerstuk zijn werk gedaan en kan het terugvallen in vergetelheid, wachtend op nieuwe toepassingsgebieden.

De relativiteit der onrechtmatigheid

*A.J. Van**

Teneinde de waarde der relativiteitsleer te kunnen toetsen, zullen wij hebben na te gaan, of hetgeen te haren voordele is aangevoerd juist kan worden bevonden. Is dat immers niet het geval, dan is voor aanvaarding uiteraard geen grond aanwezig. (A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige Daad*, Leiden, 1946, p. 94).

I. INLEIDING

Wolfsbergen was geen voorstander van de relativiteitsleer. Sterker nog, samen met onder anderen Smits en Van Dunné behoort hij tot de meest uitgesproken tegenstanders van dit uit het Duitse recht afkomstige leerstuk. Deze afwijzende houding vloeit in hoofdzaak voort uit de door Wolfsbergen gehanteerde methode van rechtsvinding. Hierin staat — evenals in de latere leer van de toerekening naar redelijkheid — niet de relativiteit of enig ander vereiste voor het ontstaan van civiele aansprakelijkheid voorop, maar draait het veeleer om de vraag of er aansprakelijkheid is, of de eiser in concreto recht heeft op schadevergoeding. Er is, in de woorden van Wolfsbergen, 'niet aansprakelijkheid, omdat een Schutznorm is geschonden, maar er blijkt een Schutznorm op te stellen, omdat aansprakelijkheid wordt aangenomen.'¹ In de door hem bestudeerde jurisprudentie ziet Wolfsbergen geen aanleiding voor afwijking van dit standpunt. Nu de relativiteitsleer kennelijk niets heeft toe te voegen aan hetgeen ook zonder haar zou gelden en zij bovendien het gevaar oproept van onjuiste beslissingen, moet zij volgens Wolfsbergen als 'overbodig en

* Mr. A.J. Van werkt als advocaat bij Beer Advocaten te Amsterdam. De auteur dankt zijn kantoorgenoten John Beer, Atty Vogelzang en Josée van de Laar voor hun waardevolle suggesties op een eerdere versie van dit artikel.

1. A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Universitaire pers, Leiden, 1946, p. 106.

onbruikbaar' worden verworpen.

Na een periode van 'relatieve' stilte, mag de relativiteitsleer zich thans in een hernieuwde belangstelling verheugen. Een belangrijke aanleiding daarvoor zijn de vele procedures geweest die in de afgelopen jaren zijn gevoerd over milieu-aansprakelijkheid bij bodemvervuiling in het verleden. Daarnaast mag uiteraard niet onvermeld blijven de invoering van artikel 6:163 BW. De jurisprudentie van de Hoge Raad inzake bodemverontreiniging² heeft mij niet kunnen overtuigen van het onmisbare karakter van het relativiteitsvereiste. Omdat over dit onderwerp reeds genoeg inkt is gevloeid, volsta ik hier met een verwijzing naar eerdere geschriften waarin deze mening door mij naar voren is gebracht.³

Een geheel ander terrein waarop het relativiteitsvereiste in de toekomst wellicht een belangrijke rol kan gaan spelen, is dat van het psychische letsel. Bekend is het geval van de ouders van baby Joost die vier maanden na zijn geboorte aan een liesbreuk wordt geopereerd.⁴ Door een medische fout raakt Joost lichamelijk en geestelijk zwaar gehandicapt. Bestaat voor de ouders van Joost recht op vergoeding van immateriële schade, of is de fout jegens hen niet onrechtmatig? Iets verder in de toekomst, omdat in ons land op dit terrein nog geen uitspraken bekend zijn, ligt de problematiek van het prenatale letsel. Als gevolg van een medische fout die voor of tijdens de zwangerschap is gemaakt, komt een lichamelijk en geestelijk gehandicapt kind ter wereld. Bestaat voor dit kind een zelfstandig vorderingsrecht tegen de verantwoordelijke medicus, of mist de onrechtmatige daad hier relativiteit? In dit artikel zal ik een aantal gevallen van psychisch en prenatiaal letsel bespreken; gedeeltelijk zullen deze afkomstig zijn uit de praktijk van het kantoor waar ik als advocaat werkzaam ben. De vraag die bij de bespreking steeds centraal zal staan, is welke rol in deze zaken mogelijk is weggelegd voor het relativiteitsvereiste.

2. HR 30 september 1994, NJ 1996, 196-199, m.nt. CJHB; Staat/Gemeente Ouderkerk en Shell Ned. Raffinaderij B.V.; Staat/Solvay Duphar B.V.; Staat/Fasson Ned. B.V. en Van den Brink; Van den Brink/Staat.
3. Zie A.J. Van, Collectieve verantwoordelijkheid in het civiele aansprakelijkheidsrecht, Tijdschrift voor Rechtsfilosofie & Rechtstheorie 1993, p. 102-124 en idem, Onzekerheid over ouderschap en causaliteit, diss. Rotterdam, Gouda Quint, Arnhem, 1995, p. 196.
4. Rb. Amsterdam 5 juli 1995, NJkort 1995, 35.

2. PSYCHISCH LETSEL

Psychisch letsel wordt in de literatuur vaak onderverdeeld in schrik-schade (of ook wel shockschade) en affectieschade.⁵ Onder *schrik-schade* wordt dan verstaan het psychische letsel dat ontstaat door de confrontatie met een ongeval waarbij een ander ernstig letsel oploopt of overlijdt. De oorzaak van de schade is hier vooral gelegen in de verstoring van het psychische evenwicht van degene die getuige is geweest van een schokkende gebeurtenis. Een typische vorm van schrik-schade is *Post Traumatic Stress Disorder* (PTSD), een syndroom dat zich kenmerkt door een voortdurende herinnering aan een bepaalde gebeurtenis in de vorm van gedachten, dromen, nachtmerries en herbeleving van het trauma indien zich een soortgelijke situatie voordoet.⁶ Uit een onderzoek naar de psychische gevolgen van de Bijlmerramp is gebleken dat een aantal van de personen die deze aangrijpende gebeurtenis van nabij heeft meegemaakt anderhalf jaar daarna nog steeds last heeft van PTSD.⁷

Hiervan te onderscheiden is *affectieschade*, de psychische schade die iemand lijdt door het ernstige letsel of overlijden van een dierbaar persoon. De oorzaak van deze vorm van schade ligt hoofdzakelijk in de verstoring van de affectieve relatie die bestaat tussen degene die de vordering instelt en de gelaedeerde; hierin gaan een aantal waarden verloren, zoals liefde, genegenheid, gezelschap en soms ook seks. Een voorbeeld van affectieschade vormt de uitspraak van de rechtbank Assen van 14 juni 1994.⁸ Hierin verloor een vrouw haar echtgenoot als gevolg van een verkeersongeval waarvan zij zelf geen getuige was.

Een derde categorie gevallen van psychisch letsel die tot dusverre nog nauwelijks als zodanig is onderkend, is die waarin degene die de vordering instelt zowel schrik- als affectieschade heeft opgelopen.

5. Zie onder anderen H.Th. Bouma, *Psychische schade, smartegeld en verplichting tot schadebeperking*, VR 1995, p. 207-210 en F.C. Schirmeister, *Amerikaanse toestanden in het schadevergoedingsrecht?*, diss. Amsterdam, Vermande, Lelystad, 1996, p. 335 v.
6. Zie voor een uitgebreide beschrijving van dit syndroom Schirmeister, a.w., p. 340 v.
7. Zie Schirmeister, a.w., p. 344. Andere voorbeelden van schrik-schade — vooral afkomstig uit het Engelse recht — zijn te vinden bij R.J.P. Kottenhagen, *Shock-schade: een rechtsgebied in beweging*, NTBR 1996, p. 119-127.
8. Rb. Assen 14 juni 1994, rolnr. 269/1993, Booij-Kruize/Univé.

Een voorbeeld hiervan vormt het arrest Van der Heijden/Holland.⁹ Hierin verloor een moeder haar twee jaar oude dochtertje doordat een andere automobilist de auto waarin zij zich met haar kind bevond ten onrechte geen voorrang gaf. Ook het geval van de ouders van baby Joost reken ik tot deze groep gevallen. Er is hierin weliswaar geen sprake van een directe confrontatie met een schokkende gebeurtenis, maar de ouders van Joost waren wel getuige van het onzorgvuldige gedrag van de artsen en de verwoestende uitwerking die de door hen gemaakte medische fouten hadden op de gezondheid van hun kind.¹⁰ Het typerende — en tegelijkertijd problematische — van deze groep gevallen is dat het in de praktijk vaak niet mogelijk is om te zeggen welk deel van het psychische letsel een gevolg is van de confrontatie met een schokkende gebeurtenis en welk deel voortkomt uit de verstoring van een affectieve relatie. In wezen gaat het hier om een geheel nieuwe categorie psychisch letsel; hieronder zal deze worden aangeduid met de naam ‘gecombineerde schrik- en affectieschade’.

3. DE ROL VAN HET RELATIVITEITSVEREISTE BIJ DE VERGOEDING VAN PSYCHISCH LETSEL

In het Nederlandse recht is lange tijd als uitgangspunt gehanteerd dat geen recht bestaat op vergoeding van immateriële schade, indien deze het gevolg is van letsel of overlijden van een ander. De strekking van de artikelen 6:107 en 6:108 BW zou aan toekenning van een dergelijke schadevergoeding in de weg staan, reden waarom Lankhorst in dit verband spreekt van een ‘wettelijk gefixeerde relativiteit’.¹¹ In 1983 komt in deze situatie verandering. Uit de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Van der Heijden/ Holland kan volgens annotator Brunner worden afgeleid, dat psychisch letsel dat zijn oorzaak vindt in de confrontatie met of de waarneming van een ernstig ongeval voor vergoeding in aanmerking komt. In de parlementaire geschiedenis van

9. HR 8 april 1983, NJ 1984, 717, m.nt. CJHB.

10. In de vergelijkbare Amerikaanse zaak *Ochoa v. Superior Court* (703 P.2d 1 (Cal. 1989)) werd het ontbreken van een directe confrontatie met een schokkende gebeurtenis evenmin gezien als een belemmering voor vergoeding van psychische schade. Een bespreking van deze zaak is te vinden bij Schirmeister, a.w., p. 382.

11. G.H. Lankhorst, De relativiteit van de onrechtmatige daad, diss. Leiden, Kluwer, Deventer, 1992, p. 32. In artikel 6:107 BW wordt weliswaar gesproken van geestelijk letsel maar dit betreft het letsel van de direct gekwetste, niet dat van de vorderingsgerechtigde derde.

het huidige artikel 6:106 BW wordt deze visie uitdrukkelijk bevestigd: volgens het Eindverslag valt onder lid 1 sub b van dit artikel ook het toebrengen van psychische storingen ‘mits deze ernstig genoeg zijn om van “aantasting” van de persoon te spreken.’¹² Opvallend daarbij is dat de Minister geen bijzondere eisen stelt aan de kring van gerechtigden: ieder die schrikschade heeft, kan in beginsel in aanmerking komen voor vergoeding daarvan. Artikel 6:106 lid 1 sub b (aantasting van de persoon ‘op andere wijze’) prevaleert op dit gebied derhalve boven de artikelen 6:107 en 6:108 BW.

Tot zo ver lijkt alles duidelijk, maar dan wordt bij de behandeling van de Invoeringswet van de boeken 3, 5 en 6 BW in de Eerste Kamer aan de Minister gevraagd of de Memorie van Antwoord zo mag worden begrepen, dat naar nieuw recht in een geval als Van der Heijden/Holland een vergoeding van ‘shock’-schade mogelijk is. Het cryptische antwoord van de Minister luidt dat dit arrest zich onder het nieuwe recht zonder bezwaar onder artikel 6:106 lid 1 sub b laat brengen. Wel is daarbij terughoudendheid op zijn plaats: alleen in ‘zeer ernstige gevallen’ mag volgens de Minister schadevergoeding worden toegekend en de kring van gerechtigden mag ‘niet al te ruim’ worden getrokken.¹³

Over de strekking van dit antwoord bestaat in de literatuur groot verschil van mening. Volgens Bolt heeft de Minister het hier uitsluitend over vergoeding van schrikschade; zij leidt dit af uit het gebruik van het woord ‘shock’. Zo opgevat houden de woorden van de Minister een bevestiging in van het eerder door de regering ingenomen standpunt en brengen zij daarop zelfs een extra beperking aan: alleen indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan — onder meer met betrekking tot de kring van gerechtigden — komt schrikschade voor vergoeding in aanmerking. In de ogen van Bolt bestaat er dan ook geen grond om aan te nemen dat vergoeding van zuivere affectieschade mogelijk is.¹⁴

Tegen dit standpunt pleit dat de Minister spreekt over een ‘beperkte kring van gerechtigden’. Dit moet aldus worden opgevat, dat een vorderingsrecht alleen toekomt aan personen met wie het slacht-

12. Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 389.

13. Eerste Kamer, vergaderjaar 1988-1989, 17451, nr. 46a, punt 5.

14. Bolt, a.w., p. 25. Dit oordeel is eveneens te vinden in Rb. Assen 14 juni 1994, rolnr. 269/1993, Booij-Kruize/Univé, een zaak waarbij Bolt betrokken was als advocaat van de gedaagde partij.

offer een duidelijke affectieve relatie onderhoudt of heeft onderhouden.¹⁵ Een dergelijke beperking van de kring van gerechtigden is alleen zinvol, wanneer de schade waarvoor vergoeding wordt gevorderd een affectief element bevat. Bij schrikschade is dat niet het geval. Het lijkt derhalve niet waarschijnlijk, dat de Minister in zijn antwoord aan de Eerste Kamer de kring van vorderingsgerechtigden bij schrikschade op deze wijze heeft willen inperken. Meer voor de hand liggend is dat hij bij deze vorm van psychisch letsel beperkingen heeft willen aanbrengen door eisen te stellen aan de ernst van de opgelopen psychische stoornis. Voorstelbaar is dat een recht op vergoeding van schrikschade uitsluitend wordt toegekend aan personen die een medisch-vaststelbare, abnormale psycho-pathologische reactie vertonen op het waargenomen ongeval. In het Amerikaanse recht staat deze regel bekend als de *serious injury rule*.¹⁶ De beperking van de kring van vorderingsgerechtigde personen die hierdoor ontstaat, is gebaseerd op het schadebegrip; het relativiteitsvereiste speelt hierbij geen enkele rol.

Een geheel andere interpretatie van de woorden van de Minister wordt gegeven door Bouma. Naar zijn oordeel verwijst de bewindsman in zijn antwoord aan de Kamer naar de casus Van der Heijden/Holland. In deze zaak werd uitsluitend vergoeding van affectieschade gevorderd; de aanwezigheid van schrikschade was daarin niet vastgesteld. Bouma concludeert hieruit dat de Minister 'om' is en dat thans ook affectieschade voor vergoeding in aanmerking komt.¹⁷

Deze uitleg is in overeenstemming met de beperking die de Minister aanbrengt in de kring van gerechtigden. Het is echter zeer de vraag of de Minister met zijn antwoord inderdaad heeft beoogd een recht op vergoeding van affectieschade in het leven te roepen. Tegen deze zienswijze pleit het uitdrukkelijke gebruik van het woord 'shock' in zijn antwoord aan de Kamer. Aannemelijker lijkt dat de Minister slechts een beperkt recht op vergoeding van affectieschade heeft willen creëren, namelijk alleen voor gevallen van gecombineerde schrik- en affectieschade.¹⁸ Steun hiervoor biedt de verwijzing naar het arrest Van der Heijden/Holland, een duidelijk geval van

15. In deze zin ook Bolt, a.w., p. 33 v.

16. Zie hierover Schirmeister, a.w., p. 337 v.

17. Bouma, a.w., p. 208.

18. In deze zin ook: Schirmeister, a.w., p. 397.

gecombineerde schrik- en affectieschade.

Op grond van de hier verdedigde opvatting heeft de rechtbank Assen terecht geoordeeld dat de weduwe geen recht had op vergoeding van het psychische letsel dat zij leed als gevolg van het overlijden van haar echtgenoot. Zij was geen getuige geweest van zijn ongeval, zodat haar geestelijke letsel moest worden aangemerkt als zuivere affectieschade.¹⁹ In dit type situaties geldt derhalve nog steeds een wettelijk gefixeerde relativiteit. Deze vloeit echter niet voort uit artikel 6:163 BW, zodat ook hier geen rol van betekenis is weggelegd voor het relativiteitsvereiste.²⁰

De ouders van baby Joost zullen naar alle waarschijnlijkheid wél in aanmerking komen voor een schadevergoeding op grond van artikel 6:106 lid 1 sub b.²¹ Zoals hiervoor is betoogd, is verdedigbaar dat in hun geval sprake is van gecombineerde schrik- en affectieschade. Het relativiteitsvereiste zal hierbij waarschijnlijk geen belemmering vormen. Weliswaar wordt hier voor het ontstaan van aansprakelijkheid een bepaalde relatie vereist, doch deze betreft het directe slachtoffer en degene die de vordering instelt en niet de onrechtmatigheid en degene die de vordering instelt.

4. PRENATAAL LETSEL

Het tweede terrein waarop het relativiteitsvereiste in de toekomst mogelijk een rol van betekenis zal gaan spelen, is dat van het zogenaamde prenatale letsel. In de Amerikaanse jurisprudentie worden hierbij twee situaties onderscheiden.²² De eerste is dat rechtstreeks letsel wordt toegebracht aan een in beginsel gezonde, ongeboren

19. Zie Rb. Assen 14 juni 1994, rolnr. 269/1993, Booij-Kruize/Univé.

20. In deze zin H.A. Bouman en A.J.O. van Wassenae van Catwijck, Schadevergoeding: personenschade, Monografieën Nieuw BW, B-37, Kluwer, Deventer, 1991, p. 30.

21. De rechtbank Amsterdam was in deze zaak eveneens tot het oordeel gekomen dat voor de ouders van Baby Joost recht op vergoeding van hun psychische letsel bestond, zij het op andere gronden: geoordeeld werd dat de ouders *pro se* een overeenkomst met de behandelende artsen hadden afgesloten. Hun recht op schadevergoeding berustte derhalve op een tekortkoming in de nakoming van een contractuele verbintenis. Op de rol van het relativiteitsvereiste in contractuele relaties kan hier niet verder worden ingegaan. Zie over dit onderwerp: G.H. Lankhorst, De relativiteitseis in het aansprakelijkheidsrecht, *Ars Aequi* 1987, p. 378.

22. Zie *Turpin v. Sortini*, 182 Cal.Rptr 337 (1982).

vrucht; hieronder zal ik dit type gevallen behandelen onder de naam 'rechtstreeks toegebracht prenataal letsel'. Illustratief hiervoor is de volgende casus. Een jonge vrouw gebruikt wegens psychische problemen het antidepressivum penfluridol. In de bijsluiter wordt het gebruik van dit geneesmiddel tijdens de zwangerschap afgeraden, omdat het mogelijk invloed kan hebben op het nageslacht. De vrouw raakt zwanger en raadpleegt haar arts. Deze deelt mee dat zij zonder problemen penfluridol kan blijven gebruiken. Na negen maanden bevalt de vrouw van een ernstig misvormd kind. Hoewel dit in werkelijkheid niet vaststaat, ga ik er hier van uit dat tussen dit letsel en het gebruik van penfluridol een causaal verband aanwezig is.

De tweede groep gevallen van prenataal letsel zijn die waarin door onrechtmatig handelen of nalaten een kind wordt geboren dat tijdens de zwangerschap (mogelijk) reeds 'beschadigd' was. Een voorbeeld is het volgende geval. Een vrouw die draagster is van het gen van een ongeneeslijke spierziekte, besluit na overleg met een klinisch genetisch centrum een poging te doen om zwanger te raken. Haar was verzekerd dat door DNA-onderzoek kon worden vastgesteld of de ongeboren vrucht het aangedane chromosoom van haar had geërfd. Indien dat het geval was, zou een abortus volgen. De vrouw raakt in verwachting. Uit het onderzoek blijkt dat de vrucht niet erfelijk belast is. Drie jaar na de geboorte van het kind wordt duidelijk dat de uitslag van het onderzoek onjuist was. Het kind lijdt wèl aan de gevreesde spierziekte en zal na een periode van toenemende invaliditeit een vroegtijdige en wrede dood sterven. Deze categorie gevallen zal ik aanduiden met de term 'reeds aanwezig prenataal letsel'.

5. DE ROL VAN HET RELATIVITEITSVEREISTE BIJ DE VERGOEDING VAN PRENATAAL LETSEL

Gevalen van prenataal letsel kunnen aanleiding geven tot verschillende civielrechtelijke vorderingen. De meest voor de hand liggende zijn de schadevergoedingsacties van de ouders, respectievelijk het kind tegen de arts door wiens handelen of nalaten het letsel is ontstaan. Daarnaast kan in een aantal situaties worden gedacht aan een schadevergoedingsactie van het kind tegen de eigen ouders.

In gevallen van *rechtstreeks toegebracht prenataal letsel* leveren de vorderingsmogelijkheden van het *kind* de minste relativiteitsproblemen op: het kind is in dit soort gevallen immers de rechtstreeks gelaedeerde. De enige vraag die men zich in dit verband zou kunnen

stellen, is of het kind ook een vorderingsrecht heeft tegen de eigen ouders indien het letsel niet het gevolg is van een medische fout, maar van een onrechtmatige daad van de ouders jegens het kind. Een voorbeeld hiervan biedt de Australische zaak *Lynch v. Lynch and Government Insurance Office of New South Wales*.²³ Hierin reed een zwangere vrouw met hoge snelheid over een slecht begaanbare weg. Zij verloor de controle over het stuur, gleed met haar wagen van een helling en kwam uiteindelijk tot stilstand tegen een aarden wal. Vier maanden later beviel zij van een kind met spastische verlamming. De echtgenoot van de vrouw stelde namens zijn pasgeboren dochtertje een vordering tot schadevergoeding tegen haar in. Het Australische Court of Appeal wees de claim toe, nadat deskundigen hadden verklaard dat tussen het ongeluk en het letsel van het kind een causaal verband aanwezig was.

In de zojuist beschreven zaak werd de aansprakelijkheid van de vrouw gedekt door een verzekeringsmaatschappij. Naar Nederlands recht zou dat eveneens het geval zijn geweest.²⁴ Onder deze omstandigheid is er in mijn ogen veel voor te zeggen om het kind inderdaad een vorderingsrecht toe te kennen.²⁵ De Hoge Raad sluit de toewijsbaarheid van dergelijke interfamiliale vorderingen niet geheel uit.²⁶ Wel zal binnen familieverhoudingen waarschijnlijk minder snel dan daarbuiten sprake zijn van onrechtmatigheid.²⁷

Voor de *ouders* van een kind waaraan op rechtstreekse wijze prenataal letsel is toegebracht, bestaat op grond van artikel 6:107 BW recht op vergoeding van zogenaamde 'verplaatste schade'. Hiermee worden bedoeld de kosten die de ouders moeten maken om hun kind de zorg te geven die met het oog op diens toestand gewenst is. Een vordering van de ouders tot vergoeding van door hen zelf geleden psychische schade zal in de hier behandelde gevallen van prenataal letsel waarschijnlijk niet snel toewijsbaar zijn. Als indirect gelaedeer-

23. [1992] 3 Med LR 62.

24. In het verleden konden naaste familieleden op grond van artikel 4 lid 2 WAM van het recht op uitkering worden uitgesloten. Onlangs is deze bepaling komen te vervallen.

25. In deze zin ook: R.M. Schoonenberg, Zijn 'wrongful birth' en 'wrongful life' acties naar Nederlands recht toewijsbaar?, in: J.K.M. Gevers en H.J.J. Leenen, Rechtsvragen rond voortplanting en erfelijkheid, Kluwer, Deventer, 1986, p. 74.

26. Zie HR 31 mei 1985, RvdW 1985, 117.

27. H.C.F. Schoordijk, Boekbespreking, NJB 1985, p. 1098.

den komen de ouders voor een dergelijke vergoeding alleen in aanmerking, indien door hen schrikschade of gecombineerde schrik- en affectieschade is geleden.²⁸ Buiten gevallen waarin het letsel van het kind een direct gevolg is van een door de moeder waargenomen schokkende gebeurtenis, zal dit vrijwel nooit het geval zijn.

In gevallen van *reeds bestaand prenataal letsel* staat niet zozeer het toebrengen van letsel aan de ongeboren vrucht, als wel de ongewenste geboorte van een gehandicapt kind centraal. De onrechtmatige daad van de arts bestaat er in dit soort gevallen uit dat hij, door een onzorgvuldige behandeling of de verstrekking van geen of onjuiste informatie, de ouders de mogelijkheid heeft ontnomen om de conceptie of geboorte van een door hen niet gewenst kind te voorkomen. De rechtstreeks gelaedeerden zijn hier dan ook in eerste instantie de ouders en niet het kind. Dit betekent dat de vordering tot schadevergoeding van de *ouders* — in de literatuur staat deze bekend als de ‘wrongful birth’ actie — door het relativiteitsvereiste niet wordt belemmerd.

Omstreden is of in de hier behandelde gevallen ook aan het *kind* een vordering tot schadevergoeding tegen de arts — een zogenaamde ‘wrongful life’ actie — toekomt. Niet in de laatste plaats is dit te wijten aan het relativiteitsvereiste. De vraag waarom het volgens dit vereiste draait, is of een arts die aan de ouders de mogelijkheid heeft ontnomen om weloverwogen te kiezen voor het voorkomen of beëindigen van een zwangerschap, daarmee tevens een onrechtmatige daad heeft gepleegd tegenover het nog ongeboren kind. Het Duitse Bundesgerichtshof heeft deze vraag in 1983 in ontkennende zin beantwoord.²⁹ Een andersluidend oordeel zou volgens het Hof impliceren dat voor het kind een recht op abortus bestond.³⁰ Dit argument berust in mijn ogen op een onjuiste invulling van de op de arts rustende zorgverplichting. Deze luidt immers niet dat hij ervoor had moeten zorgen dat het kind nooit was geboren, maar dat hij de ouders had behoren te waarschuwen tegen het risico van de geboorte van een geestelijk en/of lichamelijk gehandicapt kind. Deze verplichting vloeit voort uit de overeenkomst tussen de ouders en de arts, een overeen-

28. Zie § 3 van dit artikel.

29. BGH 18 januari 1983, Juristenzeitung 1983, p. 450.

30. In dezelfde zin: G.H.A. Schut, Redactionele kanttekeningen: wrongful life, RM Themis 1987, p. 3 en R. Kruithof, Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?, Rechtskundig Weekblad 1987, p. 2746 v.

komst die behalve in het belang van de ouders ook is gesloten in het belang van het kind. Ik ben het dan ook met Stolker eens dat in dit soort gevallen door de arts tevens jegens het kind een norm is geschonden, namelijk een contractuele norm.³¹ Het relativiteitsvereiste kan naar mijn idee dan ook niet in de weg staan aan de 'wrongful life' actie van het kind tegen de arts.

Het voorgaande betekent niet dat de vordering van het kind tegen de arts zonder meer toewijsbaar is. Een niet onaanzienlijk dogmatisch probleem is hoe de omvang van de schade in dit soort gevallen moet worden vastgesteld. In de regel geschiedt dit aan de hand van een vergelijking tussen de werkelijke toestand van de benadeelde (gehandicapt-leven) en die waarin hij zich zou hebben bevonden indien de onrechtmatige daad niet had plaatsgevonden (niet-leven). Deze laatste situatie biedt evenwel geen geschikt vergelijkingspunt, omdat daarover niets bekend is; het vaststellen van de schade-omvang is daardoor onmogelijk. Voor een aantal auteurs vormt dit een belangrijk argument om te kiezen voor afwijzing van de 'wrongful life' vordering.³² Met Schoonenberg en Schoordijk ben ik geneigd hierover anders te denken.³³ Het immateriële karakter van de schade dwingt hier in mijn ogen tot een meer normatieve benadering, waarin het vergelijkingselement niet noodzakelijkerwijs voorop hoeft te staan.³⁴ Hoewel daarover veel meer is te zeggen, moet ik het onderwerp van de schadevaststelling hier verder laten rusten.

Een interessante slotvraag is of het kind ook een vordering geldend zal kunnen maken tegen de eigen ouders, indien dezen ten tijde van de verwekking of zwangerschap wisten of behoorden te weten dat zij (mogelijk) een gehandicapt kind ter wereld zouden brengen. Te denken valt hierbij aan situaties waarin een van beide ouders erfelijk belast is of besmet is met het aidsvirus. In de Amerikaanse zaak *Curlender v. Bio Science Laboratories*³⁵ werd deze vraag door het

31. Zie C.J.J.M. Stolker, Een onrechtmatig bestaan. Over de grenzen van de aansprakelijkheid, in: A.M. Hol en M.A. Loth (red.), Dilemma's van aansprakelijkheidsrecht, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1991, p. 13; Stolker baseert zijn standpunt mede op het Verstekeling-arrest (HR 27 januari 1984, NJ 1984, 536, m.nt. G).

32. Zie Stolker, a.w., p. 13 v. en Kruithof, a.w., p. 2751 v.

33. Zie Schoonenberg, a.w., p. 68 v. en Schoordijk, a.w., p. 130.

34. Zie Van, diss., p. 209.

35. 106 Cal. App. 3d 811; 165 Cal. Rptr 477 (1980).

Californische Court of Appeals bevestigend beantwoord: 'Under such circumstances, we see no sound public policy which should protect those parents from being answerable for the pain, suffering and misery which they have wrought upon their offspring.' Hoe controversieel dit standpunt is, moge blijken uit het feit dat de wetgever in California niet veel later een regeling vaststelde waarin ouders werden ontheven van iedere aansprakelijkheid voortvloeiend uit de weigering een abortus te ondergaan.³⁶

In wezen gaat het hier niet zozeer om een vraag van relativiteit; de Hoge Raad staat immers, zoals hiervoor reeds bleek, niet zonder meer afwijzend tegenover interfamiliale vorderingen. Veel meer aan de orde is hier of het verwekken van een kind of het afzien van abortus *überhaupt* kan worden gekwalificeerd als een onrechtmatige daad. Een bevestigende beantwoording van deze vraag houdt een ernstige beperking in van de fundamentele vrijheid van de ouders om zelf te beslissen over voortplanting. Daar staat tegenover dat het zelfbeschikkingsrecht van de ouders in de praktijk behoorlijk is uitgehold. Voor een aantal erfelijkheidsonderzoeken moeten de ouders van tevoren toezeggen dat zij abortus zullen laten plegen, indien de test een positief resultaat oplevert.³⁷ Een negatief oordeel over de onrechtmatigheidsvraag is strijdig met het recht van het kind om als een geheel gezond wezen ter wereld te komen. Dit recht is een logisch uitvloeisel van de morele en maatschappelijke verplichting van de ouders om te waken over de gezondheidstoestand van het ongeboren kind.³⁸ Het zal, kortom, duidelijk zijn dat het hier gaat om een zeer ingewikkelde problematiek, waarin zowel ethische, politieke, godsdienstige en juridische argumenten een rol spelen. Het relativiteitsver-eiste kan hiervoor geen passende oplossing bieden.

36. Zie A.T. Bolt, Loterij of rechtspraak: een rechtsvergelijkend onderzoek naar het Amerikaanse recht inzake schadevergoeding bij letsel en overlijden, Kluwer, Deventer, 1992, p. 87.

37. Dit is bijvoorbeeld het geval voor erfelijkheidsonderzoek naar de ziekte van Huntington. Zie A.M. Vogelzang, Winkelen in patiëntenrechten, in: L. Boon (red.), Managementethiek in de gezondheidszorg, Stichting Sympos, Amstelveen, 1991, p. 90.

38. In deze zin: H.J.J. Leenen, Rechten van mensen in de gezondheidszorg, Samsom Uitgeverij, Alphen a/d Rijn/Brussel, 1978, p. 103.

6. CONCLUSIE

Aansprakelijkheidsuitbreiding en relativiteit gaan hand in hand: overall waar wordt getornd aan de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht, wordt het relativiteitsvereiste ingezet om te trachten het tijt te keren. Een goed voorbeeld hiervan vormt het terrein van de aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging uit het verleden. Het relativiteitsvereiste leidde hier tot een aanzienlijke verkorting van de periode waarover deze aansprakelijkheid zich kon uitstrekken.

Met dit in het achterhoofd is niet ondenkbaar, dat de relativiteitsleer binnen afzienbare tijd ook op andere terreinen tot bloei zal komen. Daarbij valt met name te denken aan de aansprakelijkheid voor het toebrengen van psychisch en prenataal letsel, omdat in die gevallen sprake lijkt te zijn van een verruiming van het aantal situaties waarin een schadevergoeding kan worden gevorderd. Zo heeft de Rechtbank Amsterdam in de zaak van de ouders van baby Joost de deur geopend voor personen die immateriële schade lijden als gevolg van letsel toegebracht aan een naast familielid. De eerste gevallen waarin schadevergoedingen worden toegekend wegens het toebrengen van prenataal letsel zullen waarschijnlijk niet lang op zich laten wachten.

Toepassing van het relativiteitsvereiste in deze situaties zal volgens Lankhorst voor sommige juristen wat archaisch aandoen. Wolfsbergen zou zeker hebben behoord tot degenen die deze mening zijn toegedaan. Het gebruik van de relativiteitsleer op het terrein van het psychische en prenatale letsel zou hij hoogstwaarschijnlijk hebben afgedaan als 'slechts een complicatie van toch al niet eenvoudige stof'. Ook zonder dit vereiste is het namelijk heel goed mogelijk om een balans te vinden tussen 'Amerikaanse toestanden' enerzijds, en 'archaische toestanden' anderzijds. Geheel in de traditie van Wolfsbergen rest in zo'n geval slechts één conclusie: op de hier besproken gebieden is voor aanvaarding van de relativiteitsleer geen grond aanwezig.

De onrechtmatige daad der overheid

*J.M. Polak**

HOOFDSTUK VI. VAN ONRECHTMATIGE DAAD VAN WOLFSBERGEN

De behandeling van de onrechtmatige daad der overheid in hoofdstuk VI (p. 112-128) van het boek van Wolfsbergen bestaat uit de bespreking van een lange reeks van arresten van de Hoge Raad. Eerst komen de arresten zoals de vrouwe Elske en de Rhedense koe, die van aansprakelijkheid wegens schending van een publiekrechtelijke plicht niet wilden weten. De ommekeer komt in 1924 met het Ostermann-arrest, als wordt uitgemaakt dat ook de schending van een publiekrechtelijk voorschrift als civielrechtelijk overheidsonrecht moet worden aangemerkt. Dan volgt het commentaar op drie arresten die ik weergeef in de opschriften van de paragrafen 4, 5 en 6. Het zijn achtereenvolgens Strooppot-arrest: schending door overheid als zodanig van betamelijkheidsregel niet onrechtmatig, Meerboei-arrest: betamelijkheidsregel geldt wel voor overheid als privépersoon handelend, arrest de Boer: invoering criterium 'vrijheid van oordelen'. In § 7 wordt onder het kopje latere rechtspraak aandacht besteed aan onder meer het Heldenkermis-arrest, het Ontvanger-arrest en de Voorste Stroom-arresten. De jurisprudentie is daarmee nog niet geheel behandeld. Er volgt nog een paragraaf 8 over de betekenis van de schending van een subjectief recht en een paragraaf 9 waarin het Zuiderhaven-arrest met zijn onderscheid tussen waarborgnormen en instructienormen wordt besproken.

In § 10 wordt dan een samenvatting gegeven. Ik laat die volgen.

'Het thans verkregen beeld is wellicht niet meer geheel scherp; het kan als volgt worden omschreven:

De Overheid is aansprakelijk, telkens als zij:

* Mr. J.M. Polak is oud-staatsraad.

- 1) een als waarborgnorm te beschouwen rechtsplicht schendt, onverschillig of dezelve publiek- of privaatrechtelijk is;
- 2) inbreuk maakt op een burgerlijk recht zonder beroep te kunnen doen op omstandigheden, die ook de particulier disculperen (waaronder echter bij de Overheid het algemeen belang in staat is, als noodtoestand zodanige disculperende werking te oefenen);
- 3) een betamelijkheidsnorm overtreedt, wanneer zij zich beweegt op een gebied waar haar geen vrijheid van oordeel kan worden toegekend, of de grenzen der haar toekomende vrijheid overschrijdt, dan wel, zonder dat te doen, misbruik maakt van haar bevoegdheid.'

Met een toevoeging in § 11 getiteld Aansprakelijkheid Overheid ex 1403 lid 3 BW is niet meer omvattend dan ex 1401 — dus als de Overheid van aansprakelijkheid wordt vrijgesteld, kan die aansprakelijkheid niet langs een omweg toch worden bereikt door haar als verantwoordelijk voor de handelende persoon aan te spreken — wordt het hoofdstuk afgesloten.

VIJFTIG JAAR IN VOGELVLUCHT

De monografie van Wolfsbergen is met dankbaarheid door de praktijk en de rechtswetenschap aanvaard. Zeker de eerste jaren toen de jurisprudentie die het leeuwendeel vormt nog niet ingrijpend was veranderd. Voor wat de onrechtmatige overheidsdaad betreft, komen we in de literatuur veelvuldig verwijzingen tegen. Ik denk dan onder meer aan het bekende WPNR-artikel van G.J. Scholten van 1949 (4071 en 4072) waarin wordt geopponeerd tegen het 'knappe boek' van Wolfsbergen. Ook in de bewerking van Asser-Hartkamp III van 1994 wordt hoofdstuk VI nog geciteerd.

Er is in de verstreken periode veel gebeurd en veranderd. Overigens niet in de wetgeving. Toen in 1952 de eerste en tweede reeks vraagpunten inzake het Nieuwe Burgerlijk Wetboek door de Minister van Justitie L.A. Donker aan de Tweede Kamer werden voorgelegd, was er ook een bij over de onrechtmatige overheidsdaad. Vraag 13 luidde: Moeten in het burgerlijk wetboek bijzondere bepalingen worden opgenomen omtrent de aansprakelijkheid van de overheid voor de door haar organen gepleegde onrechtmatige daden? Het voorlopige antwoord van de Minister luidde ontkennend: 'De rechtspraak ten aanzien van deze aangelegenheid verkeert in een bepaalde fase van ontwikkeling. Het is niet raadzaam de rechtspraak in die fase te bevriezen. Verdere ontwikkeling van de rechtspraak naar de zich wijzigende omstandigheden ware open te laten.' De betreffende

conclusie werd in de formulering dat 'het — althans voor het tegenwoordige — niet gewenst en ook niet wel mogelijk is' door de Tweede Kamer aangenomen. En zo is het gebleven. In de tekst die bijna 40 jaar later art. 1401 BW kwam vervangen, is geen speciale regeling voor de onrechtmatige overheidsdaad opgenomen. De veranderingen ten opzichte van art. 1401 die in art. 162 van Boek 6 zijn aangebracht, gelden algemeen, dus ook voor de onrechtmatige overheidsdaad.

Wel is er veel veranderd in de jurisprudentie. De Hoge Raad heeft in een groot aantal arresten nieuwe lijnen uitgezet en daarmee niet veel heel gelaten van het stelsel dat door Wolfsbergen is beschreven. Bij deze ontwikkeling is het niet gebleven. Zij is niet alleen door de civielrechtelijke jurisprudentie bepaald. Daaraan is ook bijgedragen door de bestuursrechtwetgeving en de daarop berustende bestuursrechtspraak. Over beide vermeld ik het volgende.

DE JURISPRUDENTIE VAN DE HOGE RAAD

In deze bijdrage kan uiteraard maar heel globaal op de ontwikkelingen in de jurisprudentie van de Hoge Raad worden ingegaan. Met verwijzing naar de Leidse dissertatie van W.G. Huijgen¹ en de bewerking van A.S. Hartkamp in de Asser-serie meen ik verder te mogen volstaan met het volgende.

Hoewel in beginsel geen verschil moet worden gemaakt tussen de aansprakelijkheid van de overheid en van een particulier persoon en voor beide aansprakelijkheden eerst 1401 en daarna 6:162 de grondslag biedt, lopen de maatstaven die de rechter aanlegt bij de beoordeling van de onrechtmatigheid uiteen. Met name op twee punten manifesteren zich de verschillen.

Het eerste was al bij Wolfsbergen bekend. In de door hem besproken arresten de Boer en Heldenkermis² was door de Hoge Raad erkend dat de taak van de overheid een ruime mate van vrijheid van oordelen en handelen vereist. Op die weg is het college voortgegaan. Het staat de rechter niet vrij de doelmatigheid van de aangevochten

1. Aansprakelijkheid van de overheid. Graadmeter voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht, 1991.
2. Respectievelijk 13 november 1936, NJ 1937, 182 en 29 maart 1940, NJ 1940, 1128 beide met noot E.M. Meijers.

handeling te beoordelen. Hij moet zich beperken tot een rechtmatigheidsoordeel.

Daarmee is nog niet veel gezegd. Om te bepalen wat wel en niet mag is gaandeweg in de jurisprudentie van de Hoge Raad toepassing gegeven aan beginselen van behoorlijk bestuur. Wat in het tweede lid van art. 6:162 wordt aangeduid met 'hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt' is voor wat de overheid betreft identiek met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De burgerlijke rechter erkent met de invoering en toepassing van deze beginselen dat niet louter civielrechtelijke criteria het oordeel over de onrechtmatigheid bepalen.

De aansprakelijkheid van de overheid verschilt ook in zoverre van die van particulieren dat nog al eens twijfelachtig is of er bij de overheid wel sprake is van onrechtmatigheid. De overheid moet vaak maatregelen treffen die inbreuk maken op rechten van particulieren en schade teweegbrengen maar die eerder als rechtmatig dan als onrechtmatig moeten worden aangemerkt. Omdat rechtmatige overheidsdaden alleen maar een recht op schadevergoeding meebrengen als daarvoor een wettelijke grondslag is aan te wijzen, is nogal eens door de Hoge Raad geprobeerd er een onrechtmatige daad van te maken om zo tot schadevergoeding te kunnen komen.³

De onrechtmatige overheidsdaad betreft de overheid als bestuursorgaan. Daarover gaan de geschillen en de rechterlijke uitspraken. Maar de overheid zorgt ook voor wetgeving en rechtspraak. Kan een vordering ex art. 6:162 BW met succes worden ingesteld als ter zake van die functies van onrechtmatigheid kan worden gesproken? Voor Wolfsbergen waren die vragen nog onbekend. Jurisprudentie was er voor de oorlog niet. Dat is nu wel anders.

De overheid kan voor onrechtmatige wetgeving worden aangesproken. Men zal dan vooral aan algemeen verbindende voorschriften moeten denken zoals algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen en verordeningen van provincies, gemeenten e.d. Want de wetten in formele zin zijn dankzij art. 120 Grondwet dat de beoordeling van de grondwettigheid van de wet niet aan de rechter maar aan de wetgever zelf opdraagt, van toetsing vrijgesteld. Voor 1983, toen

3. Zie onder meer HR 26 januari 1990, NJ 1990, 251 (schadevergoeding ter zake van — achteraf bezien — onrechtmatig politie-optreden) met instructieve conclusie van wnd Adv. Gen. Bloembergen.

dit artikel zijn huidige formulering kreeg, was het niet anders.

Van de jurisprudentie vermeld ik het arrest van de Hoge Raad van 16 mei 1986, NJ 1987, 251 dat bekend staat als Landbouwvliegers. In twee op art. 13 Bestrijdingsmiddelenwet 1962 berustende regelingen (een algemene maatregel van bestuur en een ministeriële regeling) waren afstandseisen voor sproeivliegtuigen vastgesteld. Daartegen werd opgekomen door enkele verenigingen namens de landbouwluchtvaart, die economisch nadeel voor hun leden vreesden. Na bij de president van de Haagse rechtbank en het Haagse hof succes te hebben geboekt, ging het voor de eisers bij de Hoge Raad mis. Wel werd aanvaard dat algemeen verbindende voorschriften door de rechter getoetst mogen worden aan algemene rechtsbeginselen, maar er moet dan wel sprake zijn van willekeur en de rechter moet bij die toetsing terughoudendheid betrachten. Een uitspraak die nog steeds tot discussie over de betekenis en over de te verwachten komende jurisprudentie aanleiding geeft.⁴

Nieuw is ook de jurisprudentie inzake de onrechtmatige rechtspraak. Duidelijk is het uitgangspunt, verwoord in het arrest van de Hoge Raad van 3 december 1971, NJ 1972, 137. Er is een gesloten stelsel van rechtsmiddelen. Daarmee is onverenigbaar dat de in het ongelijk gestelde partij de gelegenheid zou hebben langs de weg van art. 1401 (nu 6:162) de juistheid van een rechterlijke beslissing nogmaals tot onderwerp van een nieuw geding te maken. Maar het is anders indien fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd. Die slag om de arm is wel een invite. Er wordt dan ook nog steeds geprobeerd de Staat aansprakelijk te stellen op grond van onrechtmatige rechtspraak.

HET BESTUURSRECHT

Zowel de praktijk als de wetenschap van het bestuursrecht doen volop mee aan de ontwikkeling van het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad. Het leerstuk is niet meer het exclusieve domein van het privaatrecht en van de daarin werkzame juristen en rechterlijke

4. Er is nog bijgekomen de zgn. Francovich-aansprakelijkheid. Het Hof van Justitie EG heeft in de betreffende zaak uitgemaakt dat de overheid aansprakelijk is bij niet tijdige omzetting van een niet-rechtstreeks werkende richtlijn. Zie daarover laatstelijk het preadvies van R.J.G.M. Widdershoven, Naar een bestuurs(proces)rechtelijk *Ius Commune* in Europa, uitgebracht voor de Algemene Vergadering van de Vereniging voor Administratief Recht op 10 mei 1996.

colleges. Een exclusiviteit die tot in de zeventiger jaren heeft voortgeduurd. Het is dan ook niet bijzonder dat in het boek van Wolfsbergen het bestuursrecht nauwelijks ter sprake komt. Alleen wordt in § 2 even herinnerd aan het Conflictenbesluit van 1822. Volgens dat besluit konden door het opwerpen van een 'conflict' aanspraken tegen de overheid aan de burgerlijke rechtspraak worden onttrokken.

Begrijpelijk was deze uitsluiting van het bestuursrecht overigens wel. Vooreerst waren privaatrecht en bestuursrecht al in de juridische opleiding gescheiden disciplines. De daarop volgende rechtspraktijk en wetenschappelijke rechtsbeoefening hadden weinig redenen om de op art. 1401 BW gebaseerde civielrechtelijke jurisprudentie uit te breiden en te compliceren met bestuursrechtelijke overwegingen. Bovendien was er van die kant ook niet veel te melden. Het bestuursrecht — vroeger veelal bekend onder de naam administratief recht — ontbeerde een algemene civiele rechtspraak met aan de top de Hoge Raad die voor richtinggevende jurisprudentie kon zorgen. Er was wel in de loop der jaren gepoogd om tot een algemene administratieve rechtspraak te komen maar het was er niet van gekomen. Achtereenvolgens zijn voorstellen gedaan voor een administratief hooggerechtshof in Utrecht (commissie Kappeyne van de Copello, 1894), administratieve kamers bij de gewone rechterlijke colleges (Loeff, 1905), uitbreiding van de Centrale Raad van Beroep tot administratief gerechtshof (Koolen, 1932) en verruiming van het administratief beroep op de Kroon, in plaats van algemene administratieve rechtspraak (de Monchy, 1950)

Inmiddels waren wel specialistische met bestuursrechtspraak belaste colleges in het leven geroepen. Het oudste is de Centrale Raad van Beroep met een onderbouw van Raden van Beroep (1902). Van na de oorlog zijn het College van Beroep voor het bedrijfsleven (1954) en de belastingkamers van de gerechtshoven (1956) die hun statuut vonden in de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie en de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken. Maar ook die colleges konden het bestuursrechtelijk isolement niet doorbreken. Dat is pas gebeurd toen in 1976 de Afdeling rechtspraak van de Raad van State en de daarbij behorende Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen van start gingen en een begin werd gemaakt met algemene bestuursrechtspraak. Krachtens die wet kon beroep bij de Afdeling rechtspraak worden ingesteld tegen beschikkingen die niet tot de competentie van de specialistische bestuursrechtcolleges

behoorden. De vier gronden waren als volgt in art. 8 van de Wet Arob verwoord:

- a. de beschikking met een algemeen verbindend voorschrift strijdt;
- b. het administratieve orgaan bij het geven van de beschikking van zijn bevoegdheid kennelijk tot een ander doel gebruik heeft gemaakt dan tot de doeleinden, waartoe die bevoegdheid gegeven is;
- c. het administratieve orgaan bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot de beschikking heeft kunnen komen;
- d. het administratieve orgaan anderszins heeft beschikt in strijd met enig in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur.

Alleen reeds afgemeten naar de hoeveelheid beroepen die sinds 1 juli 1976 bij de Afdeling zijn binnengekomen, kan gezegd worden dat deze aanvullende rechtsbescherming in een duidelijke behoefte heeft voorzien. De toestroom was zo groot dat mede daarom de rechterlijke organisatie op dit terrein moest worden herzien. Met ingang van 1 januari 1994 is deze zgn. Arob-rechtspraak overgebracht naar de 19 rechtbanken en heeft de Afdeling rechtspraak die sindsdien Afdeling bestuursrechtspraak is gaan heten, moeten terugtreden als bestuursrechter in eerste en enige instantie en is zij belast met het hoger beroep. Overigens moet hier dadelijk aan worden toegevoegd dat de Afdeling een belangrijk pakket zaken wel in eerste en enige aanleg berecht. Onder meer de milieugeschillen behoren tot dat pakket.

Ik laat verder een bespreking van de herziening van de administratieve rechtspraak rusten.⁵

Verderop in mijn bijdrage komt de Algemene wet bestuursrecht, die per 1 januari 1994 in werking is getreden, nog ter sprake. Te dezer plaatse nog twee opmerkingen. Ook de specialistische colleges zijn — met uitzondering van de belastingrechtspraak waarvoor de aansluiting in de maak is — aan het in de Awb geregelde uniforme bestuursprocesrecht onderworpen. En de vier beroepsgronden zijn in de tekst van de Awb niet terug te vinden. Deze beroepsgronden, die tevens als gronden van vernietiging fungeerden, zijn namelijk in de Awb op verschillende plaatsen gecodificeerd. Wel zegt art. 8:77 lid 2 Awb dat, indien de uitspraak strekt tot gegrondverklaring van het beroep, in de uitspraak wordt vermeld welke geschreven of onge-

5. Zie in de reeks Monografieën Awb het Leidse boek van G.P. Kleijn, A.E. Schilder, G.A.C.M. van Ballegooy en D.W. Bruil over Rechtsbescherming: bestuursrechtspraak en bestuursprocesrecht, 1994.

schreven rechtsregel of welk algemeen rechtsbeginsel geschonden wordt geoordeeld. Door dit lid 2 vonden de ontwerpers het niet nodig om de speciale toetsingsgronden (beroepsgronden) zoals onder meer in art. 8 Wet Arob te vinden, op te nemen.

Ik sluit dit uitstapje naar het bestuursrecht af, maar maak nog wel melding van het instituut van de Nationale ombudsman. Hoewel de rapporten van deze functionaris niet zoals rechterlijke uitspraken, besluiten van bestuursorganen ongedaan kunnen maken, zijn er wel degelijk bestuursrechtelijke gevolgen aan verbonden. In het jaarverslag 1995 zijn daarvan de nodige voorbeelden te vinden. Met name is belangrijk wat wordt gerapporteerd over klachten van burgers die stelden schade te hebben geleden door handelen of nalaten van de overheid. Het blijkt dat de Nationale ombudsman beslissingen op schadeclaims in beginsel aan de hand van het burgerlijk recht beoordeelt, maar ook nogal eens overwegingen van *coulance* laat meespreken en weet te bereiken dat overheidsorganen op die grond financiële tegemoetkomingen toekennen (p. 30-41).

DE ONTMOETINGEN

Onrechtmatige overheidsbesluiten kunnen dus in beginsel langs twee wegen worden aangevochten. Naast de civielrechtelijke weg van de onrechtmatige daad (art. 1401 eerst, thans art. 6:162) is er de mogelijkheid bij de bestuursrechter de vernietiging te verkrijgen. Waar de beroepen moeten worden aangebracht is niet altijd direct duidelijk. Maar er is in de verstreken twintig jaar wel veel opgehelderd. Met name de Hoge Raad, die voorheen grotendeels monopoliehouder was, heeft in een aantal arresten de terreinen afgebakend. De samenloop doet zich met name in vier situaties voor.

Als de bestuursrechter bevoegd is maar de burgerlijke rechter wordt benaderd, zal de laatstgenoemde de vordering niet ontvankelijk moeten verklaren. Bij de bestuursrechter wordt immers aan de belanghebbende voldoende rechtsbescherming geboden. De aanschrijving bestuursdwang hoort thuis bij de Arob-rechter en niet bij de burgerlijke rechter. Aldus HR 25 november 1977, NJ 1978, 255 in de zaak die bekend staat als het Loosdrechtse Plassenschap.

Kan een geschil bij de bestuursrechter met succes aanhangig worden gemaakt maar wordt dat nagelaten dan kan niet alsnog door de burgerlijke rechter daarover worden geoordeeld. We spreken dan van de formele rechtskracht van het betreffende bestuursbesluit. Die

formele rechtskracht is in een aantal arresten van de Hoge Raad neergelegd. Het is begonnen met het arrest van 16 mei 1986, dat bekend staat als Heesch-Van de Akker. Ik citeer uit een arrest van 8 september 1995, AB 1996, 57 (Utrecht-Budinovski):

‘Zoals de Hoge Raad heeft overwogen in zijn arrest van 16 mei 1986, NJ 1986, 723, dient de burgerlijke rechter, “wanneer tegen een beschikking een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan (zoals die ingevolge de Wet Arob)”, zo deze beroepsgang niet is gebruikt, in beginsel ervan uit te gaan dat die beschikking zowel wat haar wijze van tot stand komen als wat haar inhoud betreft in overeenstemming is met de wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen. Deze ook in latere uitspraken van de Hoge Raad tot uitdrukking gebrachte regel, berust op de gedachte dat een doelmatige taakverdeling tussen de administratieve rechter en de burgerlijke rechter geboden is.’

Is het besluit wèl bij de bestuursrechter aangevochten en met succes, dan moet de burgerlijke rechter van de juistheid van de door de bestuursrechter gedane uitspraak uitgaan. Dit is onder meer uitgemakt in de zaak St. Oedenrode (HR 24 februari 1984, NJ 1984, 669): het oordeel over de vraag of de beschikkingen in strijd met het recht — als nader bepaald in art. 8 lid 1 Wet Arob — zijn genomen, berust bij de Afdeling rechtspraak. De onrechtmatigheid van art. 6:162 staat vast. In het arrest Van Gog-Nederweert (31 mei 1991, AB 1992, 290) gaat de Hoge Raad een stap verder:

‘Indien een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een beschikking te nemen en te handhaven die naderhand door de rechter wordt vernietigd wegens strijd met de wet of op enige andere in art. 8 lid 1 Wet Arob vermelde grond — dan wel een overeenkomstige grond vermeld in enige andere administratieve wet —, is daarmede de schuld van het overheidslichaam in beginsel gegeven. Zelfs wanneer het overheidslichaam geen enkel verwijt treft moet worden aangenomen dat deze onrechtmatige daad in beginsel — in de terminologie van art. 6:162 NBW — voor rekening van het overheidslichaam komt. Niet uitgesloten is dat hierop in bijzondere omstandigheden een uitzondering moet worden gemaakt, ook dan wanneer het niet gaat om een vernietiging wegens strijd met de wet.’

In de hier besproken gevallen dat de burgerlijke rechter wordt ingeschakeld nadat de bestuursrechter over het geschil al zijn oordeel heeft gegeven, pleegt de inzet te zijn het verkrijgen van schadevergoeding. Op dat punt vinden tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter sinds 1 januari 1994 nieuwe ontmoetingen plaats. Hoewel voor die datum, onder de oude regimes, de onderscheidene bestuursrechters bij vernietiging van besluiten ook wel in uitzonder-

lijke gevallen schadevergoedingen konden toekennen, is nu die mogelijkheid aanzienlijk verruimd. Art. 8:73 Awb zegt het zo:

1. Indien de rechtbank het beroep gegrond verklaart, kan zij, indien daarvoor gronden zijn, op verzoek van een partij de door haar aangewezen rechtspersoon veroordelen tot vergoeding van de schade die die partij lijdt.
2. Indien de rechtbank de omvang van de schadevergoeding bij haar uitspraak niet of niet volledig kan vaststellen, bepaalt zij in haar uitspraak dat ter voorbereiding van een nadere uitspraak daarover het onderzoek wordt heropend. De rechtbank bepaalt daarbij op welke wijze het onderzoek wordt voortgezet.

KOMENDE WET- EN REGELGEVING

Met dit globale overzicht van jurisprudentie en recente ontwikkelingen in het burgerlijk recht en het bestuursrecht meen ik te mogen volstaan. Het is in elk geval voldoende voor het inzicht in de komende wet- en regelgeving met betrekking tot de onrechtmatige overheidshandelen. Er staat ons nog het een en ander te wachten.

In de eerste plaats maak ik melding van de evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht. Die zal er toe kunnen leiden dat wijzigingen in die wet worden aangebracht. Ingevolge art. 9:1 Awb moeten de Ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken binnen drie jaren na de inwerkingtreding van deze wet — dat is dus vóór 1 januari 1997 — en vervolgens telkens om de vijf jaren aan de Staten-Generaal een verslag zenden over de wijze waarop zij is toegepast. Aan de uitvoering van deze opdracht wordt thans hard gewerkt. Een aantal vakgroepen bestuursrecht waaronder de Leidse is belast met het voorbereidend onderzoek. Met name de werking en het lot van een aantal bepalingen uit hoofdstuk 8, dat het bestuursprocesrecht inhoudt, zijn voor ons onderwerp van belang.

Daartoe behoort onder meer het reeds besproken art. 8:73. Wie beslist na vernietiging van een besluit van een bestuursorgaan over de daardoor geleden schade? Is dat de bestuursrechter zelf of wordt de afdoening overgelaten aan de burgerlijke rechter? De uitkomst van het onderzoek zou tot een aanpassing van de wetstekst kunnen leiden. Maar nodig is dat niet. Reeds nu kan al worden verondersteld dat zal worden gekozen voor een afwachtende houding en voor het vertrouwen in de jurisprudentie. De tekst van het artikel laat in elk geval alle ruimte. Maar dat sluit niet uit dat toch enige ordening wordt aangebracht. Het gaat er bij deze evaluatie niet alleen maar om of de Awb al dan niet moet worden gewijzigd. Ten minste zo belangrijk is dat

wordt nagegaan of de praktijk, en dan speciaal de jurisprudentie, naar aanleiding van de resultaten van de evaluatie moet worden bijgesteld. De rechterlijke colleges kunnen uit het verslag lering trekken en, zo nodig, overstag gaan of retouches aanbrengen. Zij kunnen dat uit eigen beweging doen, mogelijk is ook dat zij — uiteraard met behoud van de rechterlijke onafhankelijkheid — beleidsafspraken maken en zo de rechtseenheid bevorderen. Ook dat is regelgeving.⁶

Er zijn nog andere artikelen in hoofdstuk 8 die de competentie van de bestuursrechter en de burgerlijke rechter raken en die dus onze speciale aandacht bij het kennisnemen van het evaluatieverslag vragen. Zo sluit de concentratie op het besluit-begrip in art. 8:1 uit dat bij de bestuursrechter kan worden opgekomen tegen feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen van bestuursorganen. Daarvoor moet degene die deze wil aanvechten terecht bij de burgerlijke rechter. Die is de restrechter.

Dit is ook het geval met de besluiten inhoudende een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel. Die uitzondering is te vinden in art. 8:2. Ook hier dus weer de burgerlijke rechter die, zoals we hebben gezien, al langer met dat bijltje heeft gehakt. Bij de indiening van het wetsvoorstel werd de uitzondering met verschillende argumenten verdedigd. Gevreesd werd een overvloed van zaken. Die moest worden vermeden in de eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie waarin de nieuwe bestuursrechtelijke colleges — met name de sectoren bestuursrecht van de 19 rechtbanken — toch al met vele nieuwe ontwikkelingen werden geconfronteerd. En rechtstreeks beroep tegen regels zou het openbaar bestuur belemmeren in de uitvoering van zijn beleid en zou veel onzekerheid geven. Die argumenten hebben de Tweede Kamer niet overtuigd. Een amendement Jurgens-Biesheuvel is aangenomen inhoudende dat vijf jaar na de inwerkingtreding van de wet — dus per 1 januari 1999 — de uitzondering vervalft.

Een merkwaardige vorm van wetgeving! Een ingrijpende wijziging treedt automatisch in werking. Merkwaardig niet alleen vanwege het automatisme dat elke fundamentele discussie in het licht van nieuwe ontwikkelingen en inzichten — onder meer verkregen door

6. B.M.J. van der Meulen, De bestuursrechtelijke schadevordering is exclusief, Jurisprudentie bestuursrecht (JB), aflevering 5, 19 april 1996, bepleit dat de bestuursrechter het onderhavige terrein geheel onder zijn hoede neemt en dat de burgerlijke rechter zich daarvan geheel terugtrekt.

de evaluatie — al bij voorbaat uitsluit. Vreemd is ook dat niet is nagegaan of deze wijziging nog voorzieningen nodig of wenselijk maakt in de Awb of elders in de wetgeving. Gebeurt er niets dan zal de bestaande Awb de vragen die zeker zullen opkomen, moeten beantwoorden.

Intussen is het inzicht doorgebroken dat aanvullende wetgeving noodzakelijk is. Niets doen en dus de Awb onbeperkt laten gelden voor deze twee bijzondere categorieën van besluiten, willen de insiders niet. Maar over de inhoud van deze aanvullende wetgeving, bestaat allermindst eenstemmigheid. De discussie over een preadvies van H.G. Lubberdink voor de Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid op 29 maart 1996 liet dat al blijken. Moet het beroep tegen deze besluiten worden geconcentreerd bij één rechterlijk college dat in eerste en enige instantie oordeelt, moet de bezwaarschriftprocedure ook voor deze besluiten verplicht worden gesteld, moeten voorzieningen worden getroffen voor de kring van belanghebbenden die tegen deze besluiten kunnen opkomen? Er is nog wel meer. In elk geval is wel duidelijk dat niet zozeer de rijksoverheid met haar algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen maar vooral de provincies en gemeenten last zullen krijgen van deze uitbreiding.

Er komt nog meer wetgeving op ons af. De eerste en tweede tranche van de Awb die nu aan een evaluatie worden onderworpen, zijn inmiddels door een derde gevolgd. Het betreffende wetsvoorstel is door de Tweede Kamer aangenomen en zal, naar verwachting, de eindstreep halen en op 1 juli 1997 in werking kunnen treden. Omdat er geen onderwerpen in worden behandeld die van direct belang zijn voor de onrechtmatige overheidsdaad, kan ik er aan voorbijgaan. Dat geldt — zo blijkt uit een brief van de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken van 19 juni 1996 aan de Tweede Kamer — ook voor de komende vierde tranche. Voor wat de vijfde betreft is het de bedoeling dat daarin een regeling voor de bestuurscompensatie zal worden opgenomen. Met een regeling van de bestuurscompensatie kan een einde worden gemaakt aan de onduidelijkheden rond de vraag of en zo ja onder welke omstandigheden schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaden kan worden toegekend. De vice-voorzitter van de commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht P.J.J. van Buuren heeft al een voorzet gegeven. In de aan de voorzitter van die commissie M. Scheltema in

1993 aangeboden bundel Beschouwingen over de Algemene wet bestuursrecht, getiteld Aantrekkelijke gedachten, heeft hij een drietal artikelen ontworpen die de hoofdmoot zouden kunnen vormen van een afdeling in hoofdstuk 4 van de Awb over nadeelcompensatie of schadevergoeding (p. 91-108).

Tenslotte maak ik gewag van de herziening van de rechterlijke organisatie. We hebben gezien dat de eerste fase van de herziening per 1 januari 1994 de bestuursrechtspraak heeft betroffen. Voor de tweede is op 21 maart jl. een omvangrijk wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend (24 651). Ik citeer uit de considerans:

'dat het wenselijk is ... in de tweede fase van de herziening van de rechterlijke organisatie de kantongerechten en de rechtbanken te integreren, het hoger beroep in alle daarvoor vatbare civiele zaken en strafzaken op te dragen aan de gerechtshoven, het burgerlijk procesrecht aan de integratie aan te passen en ook overigens te herzien ...'.

Met de derde fase zal de bestuursrechtspraak verder worden herzien. Het zal dan met name gaan om het hoger beroep dat nu nog over verschillende colleges is verdeeld. Moet dat worden geconcentreerd en bij welke colleges? Over die vragen wordt binnenskamers maar ook daarbuiten druk gediscussieerd en gespeculeerd. We mogen aannemen dat op korte termijn de voornemens van Justitie naar buiten komen. Voor de berechting van geschillen over onrechtmatige overheidsdaden zijn die van groot belang.

RECHTER EN WETGEVER

Een onderzoek naar de rechtsontwikkeling ter zake van de onrechtmatige overheidsdaad kan ook leerzaam zijn voor ons inzicht in de verhouding tussen rechter en wetgever.⁷

Die verhouding ligt telkens weer anders. In het privaatrecht wordt daar doorgaans anders over gedacht dan in het bestuursrecht. Civilisten zijn vanouds vertrouwd met de toepassing van jurisprudentierecht, zeker in het vermogensrecht. De lange, telkens weer oplaaiende strijd rond de totstandkoming van het nieuwe BW en dan speciaal de boeken 3, 5 en 6, laat zien hoe moeilijk civilisten het hebben met het

7. Ik mag wel verwijzen naar de bijdrage van J.M. Polak en M.V. Polak, *Faux pas ou pas de deux? Recent developments in the relationship between the legislature and the judiciary in the Netherlands*, *Netherlands International Law Review*, 1986, p. 371-411.

codificeren van het ongeschreven, grotendeels door rechterlijke uitspraken gevormde, recht. In het bestuursrecht ligt het zwaartepunt bij de wetgever. Dat is daarom zo, omdat de rechtspraak — zoals we hebben gezien — tot voor kort zeer verspreid lag en weinig op algemene gelding aanspraak kon maken. Pas door de Wet Arob en — naar te verwachten is — in sterkere mate nog door de Awb krijgt de jurisprudentie als rechtsbron meer kansen.

Voor wat het privaatrecht betreft, is de voorkeur voor rechtspraak niet over de gehele linie aanwijsbaar. Vranken heeft terecht een onderscheid gemaakt. ‘Mijn indruk is’ — zo lezen we in nr. 223 van zijn Algemeen Deel — ‘dat de praktijk in het algemeen beter weerstand weet te bieden aan de Sirenenzang van het rechtersrecht dan de literatuur. Ik wijs op de rechtspraak waaruit blijkt dat ook in gevallen waarin de druk om het voortouw te nemen sterk is, de rechter zich regelmatig zeer terughoudend heeft opgesteld.’

In die gevallen gaat het om vragen die niet van louter technische aard maar van maatschappelijke of levensbeschouwelijke aard zijn. De democratische legitimatie die de onafhankelijke rechter mist, dwingt ertoe de beslissing te laten aan regering en Staten-Generaal die gezamenlijk de wetgever vormen. Alleen als die het laat afweten en aan een beslissing door de rechter niet kan worden ontkomen, mag en moet die ingrijpen. Maar dan wel met alle voorbehoud en zonder zich in algemene zin uit te spreken.

Is er dus reden voor deze categorie rechtsvragen bij voorkeur het voortouw te laten aan de wetgever, naar mijn mening moet men verder gaan en in beginsel ook voor technische vragen kritisch staan tegenover langdurige vorming van jurisprudentie. Maar ik ben en was dan ook een warm voorstander van de codificatie van ons BW.⁸ De vrijheid die aan de jurisprudentie op het stuk van de onrechtmatige overheidsdaad is gelaten, is in een aantal opzichten, ik besef het ten volle, aantrekkelijk. Het leidt tot boeiende hersengymnastiek en het geeft de beoefening van het civiele recht een eigen plaats die buitenstaanders uitsluit en tot verheffing van het vak leidt. Maar men zal moeten erkennen dat de jurisprudentie veel meer onzekerheid biedt dan een wettelijke regeling waarin die jurisprudentie is vastgelegd en die kan steunen op een parlementaire wordingsgeschiedenis. Bij de

8. Zie onder meer mijn bijdrage in het NBW-special van Ned. Juristenblad 1993, p. 28.

arresten van de Hoge Raad missen we die authentieke interpretatie. De annotatoren en andere exegeten zijn er ook niet op uit om de handen ineen te slaan en een communis opinio uit te dragen waaraan we ons allen verder kunnen houden. De jurisprudentie op het stuk van de onrechtmatige overheidsdaad is een sprekend voorbeeld van deze onzekerheid.

DE EENHEID VAN HET RECHT EN DE INTERNE RECHTSVERGELIJKING

De ontwikkeling van de jurisprudentie en van de wet- en regelgeving ter zake van de onrechtmatige overheidsdaad leert ons nog iets anders. Het is zaak ernst te maken met de eenheid van het recht en met de interne rechtsvergelijking.⁹ De praktijk en de wetenschap die zich bezighouden met het privaatrecht en het bestuursrecht doen er goed aan deze disciplines in hun onderlinge samenhang toe te passen en te onderzoeken. En daarbij moet het niet blijven. Ook het strafrecht behoort er bij.

Het spreekt vanzelf dat ik in dit opstel dat over de onrechtmatige overheidsdaad moet gaan, een zo algemeen en veel omvattend onderwerp moet laten liggen. Laat mij mogen volstaan met enkele citaten uit twee boeken die als sieraden van het privaatrecht en het bestuursrecht mogen worden aangemerkt.

In het Algemeen Deel van Asser-Vranken lezen we dat eenheid van recht 'geen illusie is, maar een eis van behoren: vergelijkbare posities dienen door alle rechters, ongeacht hun rechtsgebied, vergelijkbaar te worden beoordeeld. Verschillen zijn alleen te rechtvaardigen indien en voor zover zij steunen op zakelijke argumenten' (p. 125) en even verderop (p. 128): 'Het belang van interne rechtsvergelijking is dat zij dwingt tot een openheid voor wat elders in het Nederlandse recht gebeurt. Meer dan ooit heeft zij het tij mee. Ik acht dit pure winst.'

Ook de bestuursrechtwetenschappers P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout oordelen in hun Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat positief over de eenheid. Maar zij relativieren evenals Vranken wel. 'Bij alle waardering voor het uitgangspunt eenheid van recht is het naar onze mening wel zaak de typerende en onderscheiden kenmerken van de diverse vakgebieden in het oog te houden.' (deel I, 1996, p. 47).

9. Die term is van Bloembergen (Bouwwrecht 1977, p. 125 e.v.).

Er zijn verschillen. Dat is bij de totstandkoming van de Awb ook onderkend. Hoewel het bestuursprocesrecht en het burgerlijk procesrecht naar elkaar toe groeien, zijn er verschillende vertrekpunten. Voor bestuursrechters is een geschil met de overheid niet een geschil als alle andere. Bestuursrechters zijn georiënteerd op het gevoerde beleid, terwijl een civiele rechter een geschil, ook als daarin de overheid partij is, eerder beschouwt als een geïsoleerde casus waarin een rechtvaardige oplossing moet worden gevonden. Het verschil uit zich ook bij het omgaan met vage normen. Civiele rechters veroorloven zich bij de toepassing daarvan grotere vrijheden dan bestuursrechters.

TERUG NAAR WOLFSBERGEN

Uitgangspunt van mijn bijdrage is hoofdstuk VI van het boek van Wolfsbergen waarin hij de onrechtmatige daad der overheid behandelt. Vandaag de dag is er niet veel van dit hoofdstuk dat nog van direct praktisch belang is. De jurisprudentie die de hoofdmoot van zijn beschouwingen vormde, is door andere jurisprudentie achterhaald. En er zijn ook nieuwe vraagstukken die een beantwoording door de Hoge Raad vergden bijgekomen. De Hoge Raad en de daaronder ressorterende civiele rechtspraak van de lagere rechterlijke colleges hebben het niet meer alleen voor het zeggen. De bestuursrechters die in de tijd door Wolfsbergen beschreven, onopgemerkt door civilisten, hier en daar bescheiden bijdragen leverden, zijn thans door steun van de wetgever en eigen bijdragen in het volle licht komen te staan. De ontmoetingen tussen civiele rechters en bestuursrechters vragen alle aandacht van de praktijk en de wetenschap.

Een vergelijking van de situatie toen met die van nu is niettemin zinvol. Zoals externe en interne rechtsvergelijking onze inzichten verrijken, zo doet het de historische. Zij leert ons relativeren en vormt een goed tegenwicht tegen een dogmatische behandeling van het privaatrecht. Zij laat ontwikkelingen zien die niet alleen de onrechtmatige overheidsdaad raken maar voor het gehele privaatrecht van belang zijn. Ik denk dan met name aan de symbiose met het bestuursrecht en de groeiende betekenis van algemene beginselen.

Interessant en nuttig is de vergelijking ook omdat zij ons toont hoe belangrijk de feiten zijn voor de beslissingen van rechters en dus voor de ontwikkeling van de jurisprudentie. De plaatsruimte liet niet toe de feiten die aan de vermelde uitspraken ten grondslag lagen, te beschrij-

ven. Dat is jammer, want de feitelijke grondslagen bepalen voor een belangrijk deel de uitkomsten. Zij behoren daarom in de juridische opleiding en scholing alle aandacht te krijgen, zoals ook het geval is met de omzetting van de vastgestelde feiten in juridische vormen en conclusies. Het is leerzaam kennis te nemen van kritiek of commentaar op de aanpak van geschillen die de Hoge Raad hebben gehaald en bekendheid hebben gekregen. Ik geef twee voorbeelden, één ontleend aan Wolfsbergen, de ander aan H. Drion in een beschouwing uit 1970.¹⁰

De kritiek van Wolfsbergen betrof de aanpak in het Strooppot-arrest. De scheepsbouwer Rijdsdijk met zijn bedrijf aan het water 'de Strooppot' sprak de overheid die door baggerwerken in de nabij gelegen Noord het vaarwater van de Strooppot liet verzanden aan wegens onzorgvuldig handelen. De eis van zorgvuldigheid, zo liet de Hoge Raad weten, ziet slechts op

'het verkeer tusschen bijzondere personen onderling, daaronder begrepen het verkeer waaraan de Overheid op gelijke voet als een bijzonder persoon deelneemt, zoodat voormelde norm niet beheerscht die gevallen, waarin aan de Overheid niet anders of meer wordt verweten, dan dat zij door te kort te schieten in haar verplichting om de taak, die op haar als zoodanig rust naar behooren te vervullen — in dit geval door onvoldoende te zorgen voor de bevaarbaarheid van openbaar vaarwater onder haar beheer — belangen heeft gekrenkt'.

Een overweging waarmede de commentatoren nogal in hun maag zaten. Ook Wolfsbergen had problemen en wees erop dat Rijdsdijk had moeten stellen dat zijn eigendom was aangetast en dat hij het dus 'over een andere boeg gooiend, op toewijzing een behoorlijke kans had gehad' (p. 116).

Drion toont aan dat de casus van de Rhedense koe ook nu nog bruikbaar is voor de discussie over de onrechtmatige overheidsdaad. Ik laat hem aan het woord: 'Wat het arrest ook nu nog interessant maakt, is dat het zo goed illustreert, hoe het mogelijk is langs verschillende juridische wegen in concreto tot een zelfde resultaat te komen, en hoe belangrijk dan toch, als precedent de keuze tussen de ene of de andere weg kan zijn. Het is nl. niet onwaarschijnlijk, dat als het geval van de hoornwoeste koe zeventig jaar later beslist had moeten worden, de vordering óók zou zijn afgewezen, maar dan niet

10. Overheid en onrechtmatige daad, Jubileumnummer WPNR 1870-1970, 'De overheid in het privaatrecht' (5067).

op grond van het simpele feit dat de burgemeester en zijn veldwachters een publiekrechtelijke taak uitoefenden en dus alleen publiekrechtelijke verplichtingen zouden hebben kunnen schenden, maar op grond van de overweging dat de burgemeester “bij afweging van alle in aanmerking komende belangen in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen”, om de klassieke naoorlogse formulering van de afwezigheid van “kennelijke willekeur” te citeren’.

De vergelijking tussen toen en nu is ook waardevol als postuum eerbetoon. Ook in de andere bijdragen die in deze bundel zullen worden opgenomen, zal dat ongetwijfeld naar voren worden gebracht. Mede daarom heb ik het verzoek van de redactie om aan een onderdeel van de monografie van Wolfsbergen aandacht te besteden, gaarne aanvaard.

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 rechtsgeschied 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 gezien 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.

Terugtrek van het schuldvereiste

*G.H.A. Schut**

1. Het boek van A. Wolfsbergen, in 1946 postuum verschenen en voorzien van een In memoriam van Meijers (de schrijver overleed in 1944 in Auschwitz), is het eerste zelfstandige werk dat in Nederland de rechtsfiguur van de onrechtmatige daad in haar geheel bespreekt. Terugkijkende op de nadien verschenen literatuur over dit onderwerp, moet geoordeeld worden dat het maar een beperkte invloed op de meningsvorming heeft uitgeoefend, wellicht omdat het daarvoor te vooruitstrevend en te weinig in lijn met de destijds heersende opvattingen was. Nu, vijftig jaar later, leert herlezing van dit boek dat veel van wat toen door deze scherpzinnige jurist is bedacht en overwogen, inmiddels in ruime kring is aanvaard en praktisch geworden. Dit blijkt in het bijzonder met betrekking tot schuld als voorwaarde voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

2. In het Voorwoord zet de schrijver uiteen dat de gevolgde gedachtingengang drieledig is. Uitgangspunt (en voornaamste stelling) is dat de constituerende elementen van de onrechtmatige daad zeer nauw met elkaar samenhangen. Daarbij zit de rechtspraak op het juiste spoor door dezelfde feiten nu eens vanuit de causaliteit, dan weer vanuit de onrechtmatigheid of de schuld te bezien en te behandelen. Daarnaast stelt hij dat historische interpretatie niet boven andere methoden van uitleg mag worden geplaatst. Ten slotte betoogt hij dat de rechter zich bij zijn beslissing niet door knellende wetsteksten of wetenschappelijke begrippen moet laten belemmeren. Hieraan voegt hij toe tot de slotsom te zijn gekomen dat de rechter geen gewrongen constructies behoeft te gebruiken en dat hij 'met enige verbazing' heeft kunnen constateren dat in ons door de rechtspraak gevormd recht op diverse

* Mr. G.H.A. Schut is raadsheer in het gerechtshof te Amsterdam.

onderdelen de motivering al door de beslissing en in de beslissing gereed ligt.

3. In het eerste inleidende hoofdstuk wordt kort ingegaan op de grondslag van de aanspraak op schadevergoeding (A) en de betekenis van de in artikel 1401 oud BW gebezigde begrippen (B). Ten aanzien van de strijdvraag 'schuld of risico' betoogt hij niet zover te gaan met het aanvaarden van de risicoleer dat ook toeval of overmacht voor rekening wordt gebracht van degene die het gevaar heeft doen ontstaan. Wanneer iemands hoed door een onverwachte rukwind afwaait en een ander in het gelaat treft waardoor diens bril breekt, is er naar zijn oordeel geen grond de man ook de schade van de bijziende te doen dragen. Hij tekent hierbij aan dat het dragen van een bril (of het hebben van een dunne schedel) evenzeer een 'risico' scheidt. Met betrekking tot de betekenis van de gebruikte begrippen spreekt hij van een terminologische verwarring en noemt hij daarbij 'schuld' als de ergste zondares. Immers, nu eens wordt hiermee de onmaatschappelijkheid/onbetamelijkheid bedoeld, dan weer een zekere geestestoestand (tegenover opzet), en ten slotte wordt ook de (eis van) toerekeningsvatbaarheid daarmee aangeduid. Tegenover de opvatting van onder meer Meijers (ten onrechte steeds gespeld als Meyers), die verschil maakt tussen de begrippen onrechtmatigheid en schuld en daarbij schuld aanduidt als het 'innerlijk bestanddeel' van de daad, omvattende opzet en onvoorzichtigheid, stellen anderen, onder wie ook de schrijver zelf, dat tussen beide begrippen geen verschil van betekenis bestaat. Maar om het zoveel misverstand wekkende woord schuld niet meer te gebruiken, bezigt de auteur een viertal vervangende begrippen, te weten *onbetamelijkheid* (schuld in objectief maatschappelijke zin), *onbehoorlijkheid* (schuld in subjectieve zin; anders handelen dan van de dader mocht worden verwacht), *onvoorzichtigheid* (psychische schuld) en *ontoerekeningsvatbaarheid*. Belangrijk is nog zijn opmerking dat de onrechtmatigheid van een daad samenhangt met het van die daad te verwachten gevolg en dat bij elke normschending de te verwachten nadelige gevolgen een intrinsiek element van de geschonden norm vormen.

4. Hoofdstuk VIII handelt over het schuldbegrip. Daarin wordt betoogd dat schuld niet is 'onbehoorlijkheid' in eerder genoemde zin, toerekeningsvatbaarheid niet veronderstelt en in de betekenis van

‘onvoorzichtigheid’ (culpa) feitelijk samenvalt met ‘onbetamelijkheid’, dus met schuld in objectief maatschappelijke zin. Deze onbetamelijkheid verschilt in wezen niet van de ‘onzorgvuldigheid’ in het maatschappelijk verkeer: of men een handeling onrechtmatig noemt, dan wel vaststelt dat zij aan ‘schuld’ te wijten is, komt op hetzelfde neer. Een wezenlijk verschil tussen beide begrippen ontbreekt derhalve. Alle onrechtmatigheid bestaat in zorgvuldigheid; met onvoorzichtigheid aan de zijde van de dader wordt in werkelijkheid niet meer dan deze onzorgvuldigheid bedoeld. Daarbij merkt de schrijver wel op dat deze leer niet die van de Hoge Raad is, zodat in de praktijk in gevallen van objectieve rechtsaantasting ook nog naar de schuld in objectieve zin (‘onbetamelijkheid’) dient te worden gekeken.

5. Niet onaardig is te bezien in welke opzichten deze onrechtmatigheidsleer overeenstemt met de huidige wetgeving en rechtspraak. Want duidelijk zal zijn dat veel van wat toen als onverdedigbare nieuwlichterij zal zijn beschouwd, nu — 50 jaar later — een alom aanvaarde gedachte is geworden. In het hierna volgende zal eerst onderzocht worden welke betekenis naar geldend recht nog toekomt aan de voorwaarde dat de dader toerekeningsvatbaar is, vervolgens of en zo ja welke andere schuldfactoren een zelfstandige rol naast onrechtmatigheid zijn blijven vervullen, en tenslotte of Wolfsbergen gelijk heeft met zijn hoofdstelling dat tussen onrechtmatigheid en schuld geen wezenlijk verschil bestaat. Hierbij dient de toerekeningsvatbaarheid van de *dader*, ruim of meer beperkt opgevat, duidelijk te worden onderscheiden van de toerekenbaarheid van de *daad* en de *schade*.

6. De eis van toerekeningsvatbaarheid van de dader in algemene en dus de meest ruime zin, kan duiden op:

- a. het vermogen om de draagwijdte van zijn handelingen in te zien (‘Zurechnungsfähigkeit’);
- b. het vermogen om zijn handelingen met het oog op de voorzienbare gevolgen anders te sturen en te leiden (‘Schuldfähigkeit’);
- c. het vermogen om het geoorloofde of het ongeoorloofde van zijn handelingen te onderkennen (idem).

Bij ontbreken van element *a* kan in geval van schadeveroorzaking niet van echte daderschap worden gesproken. Een fysiek toedoen is daartoe onvoldoende. Om als dader te kunnen worden aangemerkt,

moet men toch tenminste zich bewust kunnen zijn van hetgeen men doet en in de buitenwereld teweegbrengt. Evenmin als een bijtende hond of een op hol geslagen paard bij aangerichte schade als dader kan worden aangemerkt, zullen ook een baby of peuter en de volslagen gek deze positie kunnen innemen in de context van het aansprakelijkheidsrecht. ‘Geheel zinnelozen’ werden dan ook al in het Ontwerp-Kemper van 1820 van aansprakelijkheid vrijgesteld.

In meer beperkte zin heeft de eis betrekking op de voorwaarde van schuldbequaamheid in het concrete geval van schadeveroorzaking, dus op de elementen *b* en *c*. De gedachte is dat men ‘culpa capax’ moet wezen om ‘culpatus’, dus schuldig te kunnen zijn. Zo oordeelde ook de Hoge Raad in zijn arrest van 9 dec. 1960,¹ toen beslist werd ‘dat art. 1401 geen toepassing kan vinden wanneer de dader ten gevolge van geestesziekte ieder inzicht miste in het geoorloofde of ongeoorloofde van zijn handeling, alsmede wanneer hij door gelijke oorzaak buiten staat was anders te handelen dan hij gedaan heeft’. In dat concrete geval mag schuld (toerekenbaarheid van de daad) niet worden aangenomen reeds omdat bij de persoon in kwestie elke vatbaarheid daarvoor ontbreekt. Aan beantwoording van de schuld-vraag zelf komt met dan uiteraard niet toe.

7. De gedachte dat ook ontoerekeningsvatbaarheid in meer beperkte zin vrijmaakt van aansprakelijkheid, stuitte al in 1960 op toenemend verzet. Niet alleen de rechtbank had in genoemde zaak geoordeeld ‘dat ontoerekingsvatbaarheid civielrechtelijke aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad niet uitsluit’, ook de annotator Veegens oordeelde anders. Hij stelde: ‘Een “schuld”-begrip waarin de morele verwijtbaarheid zo sterk is gereduceerd, verdraagt ook de aansprakelijkstelling van geestelijk gestoorden, indien dit tot herstel van het verbroken maatschappelijk evenwicht noodzakelijk is’. De normbeseffclausule — die door verzekeraars in 1973 in hun w.a.-polissen werd opgenomen en behalve op jeugdigen ook betrekking had op personen met een geestesstoornis of een lichamelijke handicap, en uitkering mogelijk maakte ook buiten schuld — heeft tot deze zienswijze verder bijgedragen. Zo kwam de weg vrij naar de in artikel 6:165 opgenomen bepaling dat de omstandigheid dat een (als een doen te beschouwen) gedraging van een persoon in de leeftijd van 14

1. HR 9 december 1960, NJ 1963, 1 (Jaguar I).

jaar of ouder verricht is onder invloed van een geestelijke (of lichamelijke) tekortkoming, geen beletsel is voor toerekening van de daad aan de dader. Hiermee werd een nadere invulling gegeven aan de regel van artikel 6:162 lid 3 dat een onrechtmatige daad aan de dader kan worden toegerekend indien zij te wijten is aan zijn schuld of een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. Het gestoord zijn van de geest kan daarmee niet meer — of alleen in uitzonderlijke gevallen — gelden als een grond die aansprakelijkheid (bij een doen) uitsluit.

8. Tegen de destijds heersende opvatting in had Wolfsbergen reeds betoogd dat, wanneer men het handelen van de normale mens als toetssteen neemt, geestesziekte geen grond is voor uitsluiting van aansprakelijkheid, zo min als lichamelijke ziekte of gebrekkigheid dit behoort te zijn. Een vasthouden aan de eis van toerekeningsvatbaarheid zag hij als een ongerechtvaardigde poging toch nog het morele aspect van de schuld te behouden en/of als een slaafs buigen voor de wil van de toenmalige wetgever. Zelfs de door Langemeijer² (onder de schuilnaam Van Gestel) verdedigde tussenopvatting dat een uitzondering moet worden gemaakt voor ‘geheel zinnelozen’, werd door hem verworpen. Alleen wanneer sprake is van een (in de persoon van de dader gelegen) oorzaak die overmacht oplevert, bijv. een attaque, en de dader met de mogelijkheid daarvan geen rekening behoefde te houden, zal geen aansprakelijkheid van deze persoon zelf (maar mogelijk wel aansprakelijkheid van anderen) mogen worden aangenomen. Met anderen (zie noot 1 op p. 137 van zijn boek) was Wolfsbergen hiermee zijn tijd ver vooruit.

9. Het is echter de vraag of met het algeheel schrappen van dit aansprakelijkheidsvereiste toch niet iets teveel werd weggestreept. Zo kan men zich afvragen of aansprakelijkheid van ook ‘geheel zinnelozen’ een aanvaardbare optie is, en of het nieuw BW zover gaat dat ook zij voor aangerichte schade aansprakelijk zijn. Uit de — onder meer door C.C. van Dam³ en H.J. Vetter⁴ weergegeven — wetsgeschiedenis valt af te leiden dat ten tijde van de parlementaire behan-

2. NJB 1943, p. 337 e.v.

3. Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid, diss. Utrecht 1989, par. 11.5.

4. Geestelijke stroomis, Mon. Nieuw BW, 1992, hfdst. 6.

deling van art. 6:165 voornamelijk of alleen gedacht is aan geestelijk gestoorden die bij het ontstaan van de gevaarlijke situatie ‘actief betrokken’ waren, waartoe toch nodig zal zijn dat zij onder normale omstandigheden zich van hun handelen bewust konden zijn. Weliswaar werd in de slotfase van deze behandeling van regeringszijde nog opgemerkt dat genoemde wetsbepaling niet alleen bewuste handelingen betreft, ‘maar ook bij voorbeeld onwillekeurige reflexbewegingen en vallen als gevolg van bewusteloos raken’,⁵ doch daarmee werd kennelijk nog steeds gedacht aan abnormale gedragingen waarbij de persoon van de dader zelf min of meer buiten het gezichtsveld blijft. Naar mijn mening gaat het te ver om ook de volslagen gek (ontsnapt uit de inrichting of — tijdens verlof — uit het ouderlijk huis) persoonlijk aansprakelijk te houden voor de schade die hij aanricht. Overigens kan maar in een zeer beperkt aantal gevallen worden aangenomen dat iemand algeheel ontoerekeningsvatbaar is. Bovendien zal meestal bij hem het financiële vermogen ontbreken om daarop geleden schade te verhalen.

10. Een tweede beperking, afwijkend van het standpunt van Wolfsbergen, is gelegen in de toevoeging van het woord ‘doen’ in art. 6:165. J.B.M. Vranken had in *De Gelderlander/de Nieuwe Krant* van 28 april 1984 erop gewezen dat het vreemd zou zijn als bijvoorbeeld ook een dove die op het hulpgeroep van een voor hem onzichtbare drenkeling niet reageert, uit hoofde van genoemde bepaling (in haar oorspronkelijke vorm) aansprakelijk zou zijn. Daarmee geconfronteerd, oordeelde ook de minister dat dit te ver zou gaan. In een dergelijk geval mag immers geen rechtsplicht tot handelen worden aangenomen. Het wetsartikel werd toen (in 1988) alsnog aangepast, zodat een ‘zuiver nalaten’ daaronder niet meer kon worden begrepen. Hierna (sub 17) zal worden betoogd dat deze toevoeging m.i. op een dogmatisch misverstand berust en in de rechtspraktijk nodeloos verwarring schept.

11. Ingevolge art. 450 WvSr is strafbaar degene die getuige is van het directe levensgevaar waarin een ander verkeert maar niettemin nalaat — zonder te duchten gevaar voor hemzelf of anderen — hulp te verlenen of te verschaffen indien de dood van de hulpbehoevende

5. MvA II Inv., PG 6, p. 1351.

volgt. In deze bepaling ligt een wettelijke plicht besloten die bij schending daarvan ertoe leidt dat men hierdoor ook naar burgerlijk recht onrechtmatig handelt. Schoordijk heeft bepleit deze specifieke plicht tot hulpverlening civielrechtelijk uit te breiden tot een algemene verplichting om bij, kort en dus onnauwkeurig gezegd, dreigende schade van ernstige aard hulp te verlenen.⁶ Voor de opvatting dat zulk een algemene rechtsplicht mag worden verondersteld, bestaat echter onvoldoende grond. Daarvoor is de huidige maatschappij te individualistisch ingesteld. Dit doet de vraag rijzen aan welke voorwaarden moet zijn voldaan om ook buiten genoemde strafrechtelijke casus een hulpverleningsplicht te mogen aannemen.

12. Dit opstel biedt niet de ruimte hierop uitvoerig in te gaan. In een recent verdedigd preadvies heeft C.C. van Dam vier voorwaarden geformuleerd waaraan moet zijn voldaan om een verplichting tot doen (ingrijpen of waarschuwen) te mogen aannemen. Deze voorwaarden vat ik samen onder de woordverbindingen ‘concrete kennis van de bedreiging met ernstige schade’, ‘de mogelijkheid van hulpverlening’, ‘de bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen’ en ‘het onvermogen van zelfredzaamheid bij het slachtoffer’. Pas bij voltoening daaraan acht hij een actief ingrijpen gerechtvaardigd.⁷ Deze visie grondt hij op ‘de verantwoordelijkheid om anderen voor schade te behoeden’, zelfs indien men bij het ontstaan van de gevaarlijke situatie niet actief betrokken is geweest (p. 106). Hieraan voegt hij echter toe dat ‘een levensvisie met een individualistisch accent’ tot een andere benadering kan leiden. Genoemde vier voorwaarden acht ik echter ook in de eigen opvatting nog te weinig uitgewerkt om in de rechtspraktijk voldoende houvast te bieden.

13. Ook buiten de gevallen van nodig geachte hulpverlening kan de vraag rijzen of een ingrijpen of waarschuwen door direct bij het gevaar betrokkenen rechtens geboden is en dus niet achterwege mag worden gelaten. Neem het geval van het 18-jarig meisje dat met een bankovervaller samenwoonde maar geen pogingen ondernam om overvallen te voorkomen. De benadeelde banken stelden zich op het

6. De verbintenis uit en de plicht tot altruïsme, Mededelingen KNAW, deel 50, nr. 8, 1987.
7. Aansprakelijkheid voor nalaten, Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr. 52, 1995, p. 98.

standpunt dat wie ervan op de hoogte is dat op onrechtmatige wijze schade aan personen of goederen zal worden toegebracht, rehtens verplicht is zich de belangen van derden aan te trekken door al het mogelijke te doen om de onrechtmatige daad en de schade te voorkomen. In hoger beroep werd geoordeeld dat dit standpunt in zijn algemeenheid juist is, maar dat in de gegeven omstandigheden (het meisje stond in sterke mate onder invloed van de bankovervaller en was van hem afhankelijk) toch niet van de schending van een tot aansprakelijkheid leidende rechtsplicht kan worden gesproken.⁸ Van Dam⁹ stelt daartegenover dat in een dergelijk geval de vriendin verplicht is de politie of de bedreigden in te lichten en dat het nalaten in beginsel tot aansprakelijkheid had moeten leiden. Dit voorbeeld laat weer zien hoe moeilijk het is om los van de concrete omstandigheden van het geval een scheidslijn aan te brengen tussen geoorloofd nalaten en de rechtsplicht om te doen.

14. Dezelfde moeilijkheid betreft ook het te houden toezicht op een (al dan niet minderjarige) geestelijk gestoorde die in een psychiatrisch ziekenhuis verblijft. In een recent berecht geval betreffende een uit een open inrichting weggelopen 13-jarig meisje heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de vereiste zorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer, in verband met de aard van psychisch gestoorde minderjarigen, meebrengt dat de toezichthouder gehouden is zoveel mogelijk erop toe te zien dat zij derden (of zichzelf) geen schade toebrengen. Hoever dit toezicht behoort te gaan en welke voorzorgsmaatregelen genomen moeten worden, hangt af van de bijzonderheden van het gegeven geval. Daarbij zijn van belang enerzijds de grondrechten van het kind en de aan zijn behandeling uit medisch oogpunt te stellen eisen en anderzijds de grootte van de kans van schadetoebrenging.¹⁰ Dit oordeel sluit aan bij de door AG Hartkamp opgesomde relevante omstandigheden, die als twee hoofdfactoren noemt: 1. het gevaar van de geestelijk gestoorde voor derden en de waarschijnlijkheid dat dit gevaar zich zal verwezenlijken (met als subfactoren: de aard van de geestesziekte, de persoonlijkheid en leeftijd van de geestelijk gestoor-

8. Hof Amsterdam 5 nov. 1992, NJ 1994, 163.

9. Preadvies, p. 96 en 100.

10. HR 12 mei 1995, NJ 1996, 118 m.nt. JdB.

de, mogelijk eerder schadeveroorzakend gedrag) en 2. de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen.¹¹

15. Is handelend optreden geboden, maar heeft de dader dit nagelaten, dan is door hem onrechtmatig gehandeld, ook als hij als gevolg van ontoerekeningsvatbaarheid schuldtekwaamheid mist en dus geen schuld kan hebben. Dit nalaten kan ‘onzuiver’ worden genoemd omdat een voorafgaande plicht tot handelen, dus een doen, bestond. Het schenden van deze plicht is onrechtmatig jegens de schadelijder. Er is dan ook geen beletsel zo’n passieve gedraging als een onrechtmatige daad aan de dader toe te rekenen in de zin van art. 162 lid 3. Het ontbreken van schuld staat aan deze toerekening niet in de weg, terwijl men zich ook niet behoeft te verdiepen in de vraag of er wel een oorzaak was ‘welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt’, nu de wet in art. 6:165 al het antwoord daarop geeft. Wel is, gelet op de aard van deze aansprakelijkheid, matiging mogelijk (art. 6:109).

16. Denkbaar is het verweer ‘dat de tekortkoming de onrechtmatigheid van de gedraging zelf reeds wegneemt’. Hiertegen kan de bepaling van art. 162 lid 3 ook worden ingeroepen, aldus de minister tijdens de parlementaire behandeling.¹² Als voorbeeld wordt genoemd de persoon die onder invloed van een lichamelijke tekortkoming bewusteloos raakt en aldus oorzaak van een ongeval tussen twee of meer anderen wordt. ‘Deze gedraging kan bezwaarlijk als rechtens verboden worden aangemerkt’, aldus Hartkamp.¹³ Bedoeld verweer lijkt mij ondeugdelijk reeds omdat door bedoelde subjectieve omstandigheid de onrechtmatigheid van de daad niet wordt weggenomen. Het onrechtmatigheidsoordeel heeft immers geen betrekking op de mens in zijn volle individualiteit, maar op zijn persoon als deelnemer in het rechtsverkeer. In die positie mag hij geen dingen doen die rechtens zijn verboden, ook al treft hem geen schuld. Wel moet daderschap bestaan om onrechtmatigheid te kunnen aannemen.

17. Van ‘zuiver nalaten’ (‘pure omission’, ‘bloße oder reine Unter-

11. Deze factoren zijn mede ontleend aan HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (Kelderluik) en HR 9 december 1960, NJ 1963, 2 (Jaguar II).

12. MvA II, PG 6, p. 661.

13. Asser-Hartkamp III, 1994, nr. 89.

lassung') is sprake indien een daaraan voorafgaande rechtsplicht ontbreekt. In art. 6:165 zelf wordt deze woordcombinatie niet gebruikt, wel echter in de toelichting daarbij,¹⁴ te weten als samenvattende aanduiding voor de gevallen waaraan toen werd gedacht. Daarmee is tevens de zwakte van deze terminologie aangeduid: in losse vorm (zonder koppeling aan een rechtsplicht) mist het begrip nalaten in het rechtssysteem een duidelijke verankering en voldoende begrenzing. Door 'zuiver nalaten' kan een man of vrouw een drenkeling laten verdrinken maar ook de zon laten ondergaan. Het gebruik van de term leidt alleen maar tot onvruchtbare discussies, bijvoorbeeld over de vraag of de weigering van een grondeigenaar zijn buurman toe te laten op het erf om noodzakelijke werkzaamheden te verrichten als een doen danwel als een laten is op te vatten.¹⁵ Het bestaan van een voorafgaande rechtsplicht tot handelen (in genoemd voorbeeld: het verlenen van toestemming) is en blijft een onmisbare voorwaarde voor een nalaten dat tot aansprakelijkheid leidt. Misschien is het goed het stokoude arrest inzake de Zutphense waterkraan¹⁶ nog eens in herinnering te roepen. De weigering om ondanks het verzoek daartoe de kraan in het pakhuis af te sluiten werd niet onrechtmatig geoordeeld omdat geen wettelijke plicht (art. 450 WvSr) geschonden was en door bedoelde 'bloot passieve houding' geen inbreuk op rechten van de eigenaar van het pakhuis werd gemaakt, ook al viel niet uit te sluiten dat het verzuim naar maatschappelijke of zedelijke maatstaf zou moeten worden veroordeeld. Welnu, de in 1919 aanvaarde zorgvuldigheidsnorm is zo'n maatstaf, zodat naar die maatstaf geoordeeld de weigering wel onrechtmatig was. Bedacht moet worden dat al in de term nalaten de gedachte van de daaraan voorafgaande rechtsplicht besloten ligt. Dit betekent dat laten pas relevant wordt als een plicht tot handelen mag worden aangenomen. De gevallen van 'zuiver laten' blijven daarmee buiten beschouwing. Hieraan kan nog worden toegevoegd dat de woordcombinatie 'zuiver nalaten' niet deugt daar hier sprake is van een *contradictio in terminis*.

18. Van onrechtmatigheid kan geen sprake zijn indien een handelend

14. MvA II, Inv., PG 6, p. 1350.

15. Vgl. Vetter a.w. (noot 4), p. 60.

16. HR 10 juni 1910, W 9038.

optreden niet is geboden. Laten is dan geen nalaten en vestigt daarmee geen aansprakelijkheid uit hoofde van afdeling 6.3.1 BW. In dat geval komt men aan de vraag van de toerekenbaarheid van de daad niet toe en derhalve ook niet aan die van de toepasselijkheid van art. 6:165 lid 1 in verbinding met art. 6:162 lid 3. Eerst bij een verplichting tot actief optreden is het passieve gedrag als onrechtmatig te kwalificeren. Ook eerst dan is er ruimte voor hetgeen ten aanzien van de persoon met een geestelijke of lichamelijke tekortkoming in de wet is bepaald.

19. De toevoeging ‘als een doen te beschouwen’ bij het woord gedraging acht ik overbodig en verwarringwekkend. Een redelijke toepassing van genoemde bepaling brengt mee dat ook zonder deze toevoeging de dove uit ons voorbeeld vrijuit gaat. Van overtreding van de strafwet of schending van een zorgvuldigheidsnorm zal dan immers geen sprake kunnen zijn.

Wellicht heeft de wetgever bij deze aanvulling van de oorspronkelijke tekst het geval van de struikelende broodbezorger voor ogen gehad.¹⁷ Dit geval, berecht onder het regime van het oude BW, betrof een situatie waarin rechtens niet is komen vast te staan dat de twee kleine kinderen het touwtje, waarover de bakker struikelde, zelf hadden gespannen. De vraag was nu of deze kinderen onrechtmatig handelden door het touwtje te laten hangen en de bezorger niet te waarschuwen. Anders dan de rechtbank en het hof — die wel onrechtmatigheid aannamen maar geen schuld — oordeelde de Hoge Raad dat geen rechtsplicht tot opheffing van het gevaar bestond omdat daartoe, ook bij volwassenen, de ernst van het gevaar tot het bewustzijn van de waarnemer moet zijn doorgedrongen. Daarvan was in het onderhavige geval geen sprake. Dat deze subjectieve benadering van de onrechtmatigheid niet deugt, is door mij al eerder bevestigd.¹⁸ Ook indien was komen vast te staan dat de kinderen het touwtje zelf hadden bevestigd, zou dan niet onrechtmatig zijn gehandeld. Plotseling overstekende kinderen zouden dan evenmin onrechtmatig handelen. Steun in dit arrest had de wetgever in ieder geval niet te zoeken.

17. HR 22 november 1974, NJ 1975,149.

18. Zie de studiepocket Onrechtmatige daad, 3e druk 1985, p. 132-134.

20. Zeer belangrijk voor het oordeel over schuld — of ruimer geformuleerd: de toerekenbaarheid van de daad — is, in het bijzonder ook bij een ‘tekortkoming’ (eigenlijk een vreemd woord in dit verband) als doofheid, de kwestie van welke bijzondere omstandigheden die de gewraakte (actieve of passieve) gedraging omgeven en/of de persoon van de dader zelf betreffen, mag worden geabstraheerd, dus buiten het oordeel mogen worden geplaatst om tot een verantwoorde rechtsbeslissing te komen. Anders gezegd: in hoeverre mag het oordeel worden geobjectiveerd door bijvoorbeeld ‘de normale mens’ of ‘een type als de dader’ in de plaats te stellen van de dader zelf met al zijn persoonlijke kenmerken en eigenschappen. Het zal duidelijk zijn dat naarmate van meer omstandigheden wordt geabstraheerd en de schuld daarmee wordt geobjectiveerd, de factor risico toeneemt en dus minder van de oude schuldeis overblijft.

21. Wolfsbergen heeft, zoals gezegd (sub 4), de zienswijze verdedigd dat toerekeningsvatbaarheid geen schuldvoorwaarde meer dient te zijn en voorts dat schuld niet wezenlijk verschilt van onzorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer. De voorwaarde van toerekeningsvatbaarheid is, zo bleek, thans inderdaad goeddeels vervallen. Betekent dit nu dat ook schuld in engere zin geen werkelijke betekenis meer heeft naast de onrechtmatigheid als grondvoorwaarde voor de persoonlijke aansprakelijkheid? Een bevestigend antwoord lijkt steeds meer te passen.¹⁹ De gevallen waarin het schuldvereiste nog een zelfstandige functie vervult ter nadere bepaling van de aansprakelijkheid, worden zeldzaam. Daartoe werkt ook mee dat art. 6:162 lid 3 onder de toerekenbaarheid van de daad ‘risico’ (‘een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen’) begrijpt. Dit element verdringt in toenemende mate de schuldgedachte, te meer nu ook die gedachte zelf van haar vroegere lading wordt ontdaan.

22. Het gevolg daarvan is dat de civielrechtelijke schuld niet meer subjectief wordt opgevat maar kleurloos is geworden, zonder bouwstenen van psychische en morele aard.²⁰ Doch ook als men het in art. 6:162 gestelde schuldvereiste subjectief wil blijven opvatten,²¹ heeft

19. Anders nog D.H.M. Jansen in Mon. Nieuw BW, B-145, nrs. 23 en 24 en de losbladige uitgave *Onrechtmatige daad I* (nieuw), art. 162 lid 3, nr. 7.

20. Vgl. voor deze reeds in 1969 voorziene ontwikkeling de schets in WPNR 5045.

21. Zo Asser-Hartkamp III, 1994, nrs. 71 en 76, zulks in het voetspoor van L.E.H.

deze eis in de rechtspraak nog maar een uiterst beperkte functie. Voor schuld als zelfstandige voorwaarde voor aansprakelijkheid is hierdoor steeds minder ruimte.

23. De terugtred van de schuld als zelfstandig vereiste naast de onrechtmatigheid is niet alleen manifest bij gezondheidsproblemen van geestelijke aard maar ook bij zuiver lichamelijke ‘tekortkomingen’; zie weer art. 6:165 lid 1. Gebreken als gehele of gedeeltelijke doofheid of blindheid vormen dus net zo min een ‘fait d’excuse’ als plotselinge bewusteloosheid. Bij slipgevaar en in noodsituaties wordt van betrokkenen steeds meer een adequaat gedrag verwacht en zal het beroep op het ontbreken van schuld de dader dus steeds minder vrijpleiten. Een sprekend voorbeeld is nog altijd het arrest van HR 11 november 1983²² inzake de plotseling de weg overstekende ree. Nu een minder gevaarlijke reactie van de automobilist mogelijk was, kon niet geoordeeld worden dat hem van zijn wijze van rijden rechtens geen enkel verwijt te maken viel ‘hoezeer zijn reactie op de plotselinge kritieke situatie menselijkerwijs ook begrijpelijk moge zijn’. Met schuld in subjectieve zin heeft een beslissing als deze weinig meer te maken. Bij kinderen beneden de leeftijd van 14 jaar — een voorheen belangrijke categorie in dit kader — speelt de schuldvraag helemaal geen rol meer nu art. 6:164 hen vrijstelt van elke aansprakelijkheid. Al met al blijft nog maar een zeer klein terrein over waarop in incidentele gevallen de schuldvraag in eigenlijke zin nog aan de orde kan komen.

24. Ook laat zich de vraag stellen of er nog ruimte is voor gronden die schuld opheffen of uitsluiten. Men denke aan noodweerexces en dwaling. Dogmatisch gezien is het natuurlijk mogelijk deze gronden direct in het schuldoordeel te betrekken, hetgeen Wolfsbergen, p.56 en 152 ook voor rechtvaardigingsgronden bepleit.²³ In de praktijk gebeurt dit meestal ook zo, waardoor deze schulduitsluitingsgronden onzichtbaar blijven. Maar als een plotseling optredende beroerte, anders dan Wolfsbergen nog oordeelde, niet meer van aansprakelijkheid vrijstelt (zie nr. 8), lijkt ook noodweerexces niet meer relevant

Rutten, en Jansen t.a.p.

22. NJ 1984, 331.

23. Zie p. 56 en 152.

te zijn. Voor de verschoonbare dwaling geldt eenzelfde redenering.

25. De teruggang van de schuldgedachte werkt ook door op specifieke gebieden van het aansprakelijkheidsrecht zoals het terrein van de beroepsfout en dat van de intellectuele eigendom. Zo is de notaris verplicht onderzoek te doen naar hetgeen waartoe 'een redelijk bekwaam en redelijk handelend notaris' beroepshalve gehouden is²⁴ en geldt voor hem de norm van een hoge mate van zorgvuldigheid.²⁵ Onvoldoende onderzoek maakt hem aansprakelijk zonder dat op de schuldvraag nog nader wordt ingegaan. Dezelfde maatstaf van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot geldt ook voor de medicus. De 'kunstfout' is geen excuus meer voor falend medisch handelen of nalaten, terwijl ook niet meer van belang is de vraag of de arts in redelijkheid tot zijn diagnose en verrichtingen had kunnen komen (marginale toetsing).²⁶ Uitholling van het schuldvereiste vindt eveneens plaats op het terrein van de inbreuk op intellectuele eigendomsrechten: 'Op dit terrein van aansprakelijkheid groeit het subjectieve vereiste van verwijtbaarheid naar een objectief vereiste van toerekening op andere grond, dus zonder dat de aanwezigheid van verwijtbaarheid in subjectieve zin wordt vereist', aldus T.E. Deurvorst in haar in 1994 verdedigd proefschrift.²⁷

26. Een bijzondere en vooruitgeschoven plaats in deze ontwikkeling neemt de overheid in. Herinnerd zij aan de arresten waarin beslist is dat met de vernietiging van een beschikking wegens een gemaakte fout 'de schuld van het overheidslichaam in beginsel gegeven is', en dat zelfs wanneer dit lichaam geen enkel verwijt treft, aangenomen moet worden dat de daad in beginsel 'voor zijn rekening' als bedoeld in art. 6:162 lid 3 is.²⁸

Een en ander geldt ook voor onrechtmatige wetgeving. In het Francovich-arrest van 19 november 1991 heeft het Hof van Justitie

24. HR 26 januari 1996, RvdW 1996, 46.

25. HR 22 maart 1996, RvdW 1996, 75.

26. HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 (Speeckaert/Gradener).

27. Schadevergoeding, voldoening van een redelijke gebruiksvergoeding en winstafdracht bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten, p. 59, met uitgebreide documentatie.

28. Zie onder meer HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 en HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 m.nt. CJHB.

van de Europese Gemeenschappen geoordeeld dat een lidstaat bij een aan de Staat toerekenbare schending van een gemeenschapsbepaling in beginsel verplicht is de daardoor aan particulieren toegebrachte schade te vergoeden.²⁹ Dit beginsel is onlangs nader verduidelijkt in het Brasserie-arrest van 5 maart 1996 betreffende een Frans bedrijf dat gedurende een aantal jaren zijn bierexport naar Duitsland moest staken omdat niet was voldaan aan de vereisten van het Duitse Reinheitsgebot, opgenomen in het Biersteuergesetz, en na voormeld arrest van 1991 van de Duitse staat vergoeding van gederfde winst verlangde. Beslist werd dat in geval van een ruime beoordelingsbevoegdheid van de nationale wetgever aan drie voorwaarden moet zijn voldaan om bij schending van wettelijk gemeenschapsrecht de lidstaat voor geleden schade aansprakelijk te kunnen houden, te weten (1) dat de geschonden rechtsregel ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen, (2) dat de schending voldoende ernstig is, (3) dat er een direct causaal verband bestaat tussen de schending en de door de particulier geleden schade. Indien aan deze voorwaarden is voldaan, bestaat recht op vergoeding in overeenstemming met het nationale aansprakelijkheidsrecht. De schadevergoedingsplicht kan echter niet afhankelijk worden gesteld van het al dan niet bestaan van schuld (opzet of onachtzaamheid) aan de zijde van het desbetreffende staatsorgaan. Ook door deze rechtspraak op EG-niveau heeft de schuldfactor bij aansprakelijkheid van de overheid geen zelfstandige betekenis meer. Wel kunnen bepaalde met de schuldgedachte verbonden objectieve of subjectieve factoren nog een rol spelen bij de beoordeling van de vraag of de schending van het gemeenschapsrecht voldoende ernstig is (aldus de AG Tesauro in zijn conclusie sub 78). Maar een eigen plaats van de schuld is daarmee niet gegeven.

27. Nog verder lijkt de ontwikkeling te gaan op het gebied van de verkeersaansprakelijkheid. In aansluiting op en ter gedeeltelijke correctie van het arrest IZA/Vrerink³⁰ waarin de zogenaamde 50 plusregel is neergelegd in geval van een aanrijding tussen een motorrijtuig en een fietser of voetganger, heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 24 december 1993³¹ geoordeeld dat ten minste 50% van de

29. Zie over dit arrest o.m. G. Betlem en E. Rood in NJB 1992, p. 250 en G. Betlem in NTBR 1992/5, p.155.

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

31. HR 24 december 1993, NJ 1995, 236 (Sikes/Kellenaers).

schade ten laste van de automobilist moet worden gebracht, ook indien het eigen aandeel van de fietser of voetganger in de veroorzaking van het ongeval dat van de automobilist overtreft. Deze regel geldt bij afwezigheid van overmacht en 'behoudens opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid'.

Recente krantenberichten maken melding van het voornemen bij de ministeries van Justitie en Verkeer en Waterstaat art. 185 Wegenverkeerswet zodanig te wijzigen dat de automobilist bij aanraking van zijn auto met een voetganger of fietser in beginsel altijd aansprakelijk is ongeacht de omvang van diens fout. Slechts bij 'opzet of bewust roekeloos handelen' van de niet gemotoriseerde verkeersdeelnemer vervalt het recht op schadevergoeding. Dit zou betekenen dat de schuldvraag in deze context buiten genoemde uitzondering helemaal niet meer ertoe doet.

28. Uit dit alles vloeit voort dat, zoals J.H. Nieuwenhuis het uitdrukt, 'de coördinaten schuld en risico voor het moderne aansprakelijkheidsrecht hun zin hebben verloren'.³² Niet meer valt aan de conclusie te ontkomen dat het begrip onrechtmatigheid de schuldgedachte voor een zeer groot deel heeft geannexeerd en daarmee geabsorbeerd: het federatief verband tussen beide denkbeelden wordt steeds meer opgelost in de eenheidsstaat van de toerekening. De term 'fout' drukt die eenheid uit. Zie de artikelen 6:169-172 waarin deze term gebezigd wordt in de zin van 'toerekenbare onrechtmatige daad'. Het begrip schuld is daarmee althans op deze plaats uitgerangeerd. Maar daartoe blijft de uitschakeling niet beperkt, zoals het hiervoor geschrevene leert. In wezen is de foutgedachte op vrijwel alle gebieden van het aansprakelijkheidsrecht de determinerende factor geworden. Maar ook hiervoor geldt dat het tijd kost om aan deze gedachte te wennen en haar in de handboeken een passende plaats te geven.

32. RM Themis 1989, p. 210.