



Universiteit
Leiden

The Netherlands

De onrechtmatigheid van de rechtsinbreuk

Streefkerk, C.A.

Citation

Streefkerk, C. A. (1996). De onrechtmatigheid van de rechtsinbreuk. *Bw-Krant Jaarboek*, 67-86. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36768>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36768>

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

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 voldragen 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. Ongetwijfeld 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 welker 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. Snijders¹ 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 iemands 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 letseltobringende 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 rechtvaardigingssgrond. 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 verontschuldiggbare dwaling dat hij daartoe gerechtigd was op grond van een erf-dienstbaarheid, zal een verbodsvordering in beginsel worden toegewezen, 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 omgewaarde 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 MAATREGELEN

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 bezien 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, inverzekeringsstelling, 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.