



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## De relativiteit van wettelijke normen

Hollander, P.W. den

### Citation

Hollander, P. W. den. (2016, June 22). *De relativiteit van wettelijke normen*. *Meijers-reeks*. Boomjuridisch, Den Haag. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/40661>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/40661>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/40661> holds various files of this Leiden University dissertation.

**Author:** Hollander, P.W. den

**Title:** De relativiteit van wettelijke normen

**Issue Date:** 2016-06-22

*De relativiteit van wettelijke normen*



# De relativiteit van wettelijke normen

## PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van  
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,  
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,  
volgens besluit van het College voor Promoties  
te verdedigen op woensdag 22 juni 2016  
klokke 16.15 uur

*door*

Philip Wouter den Hollander

geboren te 's-Gravenhage

in 1983

Promotor: prof. mr. A.G. Castermans

Promotiecommissie: prof. mr. W.H. van Boom  
prof. mr. T. Hartlief (Maastricht University)  
prof. mr. Jac. Hijma  
prof. mr. S.D. Lindenberg (Erasmus Universiteit Rotterdam)  
prof. mr. W. den Ouden

© 2016 P.W. den Hollander, Boom juridisch

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

ISBN 978 94 6290 235 0  
ISBN 978 94 6274 555 1 (E-book)

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voor zover het maken van reprografische vervoelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.stichting-pro.nl](http://www.stichting-pro.nl)).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

[www.boomjuridisch.nl](http://www.boomjuridisch.nl)

## Verkorte inhoudsopgave

|                                                     |     |
|-----------------------------------------------------|-----|
| Lijst van afkortingen                               | XI  |
| 1 INLEIDING                                         | 1   |
| 2 DEFINITIE VAN HET RELATIVITEITSVEREISTE           | 27  |
| 3 RATIO EN MEERWAARDE VAN HET RELATIVITEITSVEREISTE | 65  |
| 4 DE TOETS AAN HET RELATIVITEITSVEREISTE            | 109 |
| 5 RECHTSPRAAK VAN DE HOGE RAAD                      | 163 |
| 6 RECHTSPRAAK VAN DE AFDELING                       | 255 |
| 7 SYNTHESE                                          | 287 |
| Samenvatting                                        | 331 |
| Summary                                             | 337 |
| Literatuur                                          | 343 |
| Rechtspraakregister                                 | 365 |
| Wetgevingsregister                                  | 373 |
| Trefwoordenregister                                 | 375 |
| Curriculum vitae                                    | 379 |



# Inhoudsopgave

## LIJST VAN AFKORTINGEN

XI

|      |                                                                                                |    |
|------|------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1    | INLEIDING                                                                                      | 1  |
| 1.1  | Haargroeimiddelen, of: de relativiteit van wettelijke normen                                   | 1  |
| 1.2  | Duwbak Linda en Iraanse vluchteling als 'rechtspolitiek'                                       | 4  |
| 1.3  | Rechter versus wetgever                                                                        | 8  |
| 1.4  | De openlijke 'keuze' naar redelijkheid in de hangmatzaak                                       | 10 |
| 1.5  | Veel kritiek, maar ook bijval                                                                  | 13 |
| 1.6  | Vraagstelling, doelstelling, opzet en afbakening van dit proefschrift                          | 16 |
| 1.7  | Verantwoording van het onderzoek                                                               | 21 |
| 1.8  | Terminologie                                                                                   | 24 |
| 2    | DEFINITIE VAN HET RELATIVITEITSVEREISTE                                                        | 27 |
| 2.1  | Twee varianten                                                                                 | 27 |
| 2.2  | Van Gelein Vitranga, Raalter weg en het Schutznorm-vereiste                                    | 29 |
| 2.3  | Aanvaarding van het Schutznorm-vereiste door de Hoge Raad                                      | 33 |
| 2.4  | Schutznorm-vereiste en relatief onrechtmatigheidsbegrip                                        | 35 |
| 2.5  | Codificatie in het Nieuw BW                                                                    | 40 |
| 2.6  | Het relativiteitsvereiste in de literatuur                                                     | 44 |
| 2.7  | Vereenzelviging zonder reden                                                                   | 48 |
| 2.8  | Herdefiniëring van het relativiteitsvereiste en scheiding van relativiteit en onrechtmatigheid | 52 |
| 2.9  | Scheiding van relativiteit en onrechtmatigheid bij de andere onrechtmatigheidsrubrieken        | 55 |
| 2.10 | Een eenduidig relativiteitsvereiste                                                            | 62 |
| 3    | RATIO EN MEERWAARDE VAN HET RELATIVITEITSVEREISTE                                              | 65 |
| 3.1  | Een betwist vereiste                                                                           | 65 |
| 3.2  | De 'buitenkansjes' van Van Gelein Vitranga                                                     | 67 |
| 3.3  | Ontwikkelingen in het interbellum                                                              | 71 |
| 3.4  | Verklaren versus rechtvaardigen                                                                | 74 |
| 3.5  | Onrechtmatigheid als normschending                                                             | 77 |
| 3.6  | Relativiteit versus de leer van de instructie- en waarborgnormen en de leer-Smits              | 86 |

|      |                                                                         |     |
|------|-------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.7  | Relativiteit versus de leer-Demogue-Besier                              | 92  |
| 3.8  | Relativiteit versus de leer van de redelijke toerekening                | 98  |
| 3.9  | Relativiteit versus de belangenleer                                     | 104 |
| 3.10 | Normalisering van een 'legal transplant'                                | 106 |
| 4    | DE TOETS AAN HET RELATIVITEITSVEREISTE                                  | 109 |
| 4.1  | Twee perspectieven                                                      | 109 |
| 4.2  | Geen generiek 'vermoeden' van relativiteit                              | 114 |
| 4.3  | Wetsinterpretatie, rechtsvorming, legaliteit en machtenscheiding        | 118 |
| 4.4  | De Hoge Raad over de grenzen van zijn 'rechtsvormende taak'             | 123 |
| 4.5  | Relativiteit volgens Lankhorst                                          | 129 |
| 4.6  | Twee niveaus van abstractie                                             | 134 |
| 4.7  | Een terughoudende opstelling bij de vraag naar het beschermingsdoel     | 137 |
| 4.8  | Een actieve opstelling bij de vraag naar de beschermingsomvang          | 145 |
| 4.9  | Een institutioneel model voor de relativiteit van wettelijke normen     | 151 |
| 4.10 | De correctie-Langemeijer als bijsturingsmechanisme                      | 154 |
| 4.11 | Relativiteit met beleid                                                 | 161 |
| 5    | RECHTSPRAAK VAN DE HOGE RAAD                                            | 163 |
| 5.1  | Het model als ijkpunt in twaalf zaken                                   | 163 |
| 5.2  | De neutrale maatstaf van de Hoge Raad                                   | 165 |
| 5.3  | Beschermingsdoel, geen relativiteit I: Pfizer/Cosmétique                | 169 |
| 5.4  | Beschermingsdoel, geen relativiteit II: Duwbak Linda                    | 173 |
| 5.5  | Beschermingsdoel, geen relativiteit III: Iraanse vluchteling            | 186 |
| 5.6  | Beschermingsdoel, wel relativiteit: Vie d'Or                            | 195 |
| 5.7  | Beschermingsomvang, geen relativiteit I: Astrazeneca/Menzis c.a.        | 202 |
| 5.8  | Beschermingsomvang, geen relativiteit II: Nabbe/Staalbankiers           | 209 |
| 5.9  | Beschermingsomvang, wel relativiteit I: Gemeente Barneveld/Gasunie      | 214 |
| 5.10 | Beschermingsomvang, wel relativiteit II: de hangmatzaak c.a.            | 220 |
| 5.11 | Status aparte I: Amsterdamse prostitutiezaak – wettelijke beslistermijn | 234 |
| 5.12 | Status aparte II: Amsterdamse prostitutiezaak – motiveringsplicht       | 242 |
| 5.13 | Balans                                                                  | 252 |

|     |                                                                                 |     |
|-----|---------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 6   | RECHTSPRAAK VAN DE AFDELING                                                     | 255 |
| 6.1 | De bestuursrechter als aansprakelijkheidsrechter                                | 255 |
| 6.2 | Beschermingsdoel, geen relativiteit I: Vreemdelingenwet 2000-zaken              | 257 |
| 6.3 | Beschermingsdoel, wel relativiteit I: Nederlands-Amerikaans vriendschapsverdrag | 266 |
| 6.4 | Beschermingsdoel, wel relativiteit II: Amelandse benzinestations                | 268 |
| 6.5 | Beschermingsomvang, wel relativiteit: Nuthse geluidshinder                      | 278 |
| 6.6 | Beschermingsdoel, geen relativiteit II: Warnsveldse woning                      | 282 |
| 6.7 | Balans                                                                          | 285 |
| 7   | SYNTHESE                                                                        | 287 |
| 7.1 | Een licht gevoel van verwarring                                                 | 287 |
| 7.2 | Herdefiniëren, normaliseren, faseren en differentiëren                          | 289 |
| 7.3 | Door de bril van het model                                                      | 293 |
| 7.4 | Terug naar het debat                                                            | 300 |
| 7.5 | Aanscherping en bijstelling van de rechtspraak                                  | 307 |
| 7.6 | Ontwikkelingen buiten het nationale aansprakelijkheidsrecht                     | 315 |
| 7.7 | De moraal van het verhaal                                                       | 325 |
|     | SAMENVATTING                                                                    | 331 |
|     | SUMMARY                                                                         | 337 |
|     | LITERATUUR                                                                      | 343 |
|     | RECHTSPRAAKREGISTER                                                             | 365 |
|     | WETGEVINGSREGISTER                                                              | 373 |
|     | TREFWOORDENREGISTER                                                             | 375 |
|     | CURRICULUM VITAE                                                                | 379 |



## Lijst van afkortingen

|            |                                                                  |
|------------|------------------------------------------------------------------|
| AA         | Ars Aequi                                                        |
| aant.      | aantekening                                                      |
| AB         | Administratiefrechtelijke Beslissingen                           |
| ABRvS      | Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State               |
| AFM        | Autoriteit Financiële Markten                                    |
| AG         | A.G. Castermans                                                  |
| APV        | Algemene plaatselijke verordening                                |
| art.       | artikel(en)                                                      |
| AV&S       | Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade                          |
| Awb        | Algemene wet bestuursrecht                                       |
| Bb         | Bedrijfsjuridische berichten                                     |
| BGB        | Bürgerliches Gesetzbuch                                          |
| BGH        | Bundesgerichtshof                                                |
| Bibob      | Bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur  |
| BR         | Bouwrecht                                                        |
| B.V.       | Besloten Vennootschap                                            |
| BW         | Burgerlijk Wetboek                                               |
| BWKJ       | BW-krant Jaarboek                                                |
| bijv.      | bijvoorbeeld                                                     |
| c.a.       | cum annexis                                                      |
| Cass. Civ. | Cour de Cassation Chambre Civile                                 |
| c.s.       | cum suis                                                         |
| DCFR       | Draft Common Frame of Reference                                  |
| d.d.       | de dato                                                          |
| diss.      | dissertatie                                                      |
| DNB        | De Nederlandsche Bank                                            |
| ECLI       | European Case Law Identifier                                     |
| e.a.       | en anderen                                                       |
| e.d.       | en dergelijke                                                    |
| EU         | Europese Unie                                                    |
| e.v.       | en volgende                                                      |
| GJ         | Gezondheidszorg Jurisprudentie                                   |
| Gst.       | Gemeentestem                                                     |
| HR         | Hoge Raad der Nederlanden                                        |
| HvJ EG     | Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen                  |
| HvJ EU     | Hof van Justitie van de Europese Unie                            |
| i.h.b.     | in het bijzonder                                                 |
| Inv.       | Invoeringswet                                                    |
| IVBPR      | Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten |

---

|              |                                               |
|--------------|-----------------------------------------------|
| JA           | Jurisprudentie Aansprakelijkheid              |
| JB           | Jurisprudentie Bestuursrecht                  |
| JBPlus       | Jurisprudentie Bestuursrecht Plus             |
| JBSELECT     | Jurisprudentie Bestuursrecht SELECT           |
| JETL         | Journal of European Tort Law                  |
| JGR          | Jurisprudentie Geneesmiddelenrecht            |
| jo.          | juncto                                        |
| JOR          | Jurisprudentie Onderneming & Recht            |
| JV           | Jurisprudentie Vreemdelingenrecht             |
| m.n.         | met name                                      |
| m.nt.        | met noot van                                  |
| Mon.         | Monografieën                                  |
| MvA          | Memorie van Antwoord                          |
| MvT          | Memorie van Toelichting                       |
| MvV          | Maandblad voor Vermogensrecht                 |
| NALL         | Netherlands Administrative Law Library        |
| Nbw 1998     | Natuurbeschermingswet 1998                    |
| NJ           | Nederlandse Jurisprudentie                    |
| NJW          | Neue Juristische Wochenschrift                |
| NJB          | Nederlands Juristenblad                       |
| NJF          | Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak  |
| NJV          | Nederlandse Juristenvereniging                |
| NL           | Nederland                                     |
| nr.          | nummer                                        |
| NRte         | Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999 |
| NTB          | Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht     |
| NTBR         | Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht  |
| N.V.         | Naamloze Vennootschap                         |
| o.g.v.       | op grond van                                  |
| O&A          | Overheid & Aansprakelijkheid                  |
| O&F          | Onderneming & Financiering                    |
| OM           | Openbaar Ministerie                           |
| OR           | Ondernemingsrecht                             |
| p.           | pagina                                        |
| par.         | paragraaf                                     |
| Parl. Gesch. | Parlementaire Geschiedenis                    |
| PIV          | Personenschade Instituut van Verzekeraars     |
| Rb.          | Rechtbank                                     |
| Rbg          | Reclamebesluit geneesmiddelen                 |
| red.         | redactie                                      |
| resp.        | respectievelijk                               |
| RM           | Rechtsgeleerd Magazijn                        |
| RM Themis    | Rechtsgeleerd Magazijn Themis                 |
| r.o.         | rechtsoverweging                              |
| RO           | Wet op de rechterlijke organisatie            |
| RosR         | Reglement onderzoek schepen op de Rijn        |
| R&R          | Rechtsfilosofie & Rechtstheorie               |

---

|        |                                                                              |
|--------|------------------------------------------------------------------------------|
| RvdW   | Rechtspraak van de Week                                                      |
| SEW    | Sociaal-Economische Wetgeving, Tijdschrift voor Europees en economisch recht |
| Sr     | Wetboek van Strafrecht                                                       |
| Stb.   | Staatsblad                                                                   |
| Stcrt. | Staatscourant                                                                |
| t.a.v. | ten aanzien van                                                              |
| t.o.v. | ten opzichte van                                                             |
| TBR    | Tijdschrift voor Bouwrecht                                                   |
| TM     | Toelichting-Meijers                                                          |
| TMA    | Tijdschrift voor Milieuaansprakelijkheid                                     |
| TPR    | Tijdschrift voor Privaatrecht                                                |
| Trema  | Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht                                       |
| TvVP   | Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade                                   |
| USZ    | Uitspraken Sociale Zekerheid                                                 |
| VAR    | Vereniging voor Administratief Recht                                         |
| vgl.   | vergelijk                                                                    |
| V&O    | Vennootschap & Onderneming                                                   |
| VR     | Verkeersrecht                                                                |
| Vw     | Vreemdelingenwet                                                             |
| VWEU   | Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie                          |
| W.     | Weekblad van het Recht                                                       |
| Wet AB | Wet Algemene Bepalingen                                                      |
| WCAM   | Wet Collectieve Afhandeling Massaschade                                      |
| Wft    | Wet op het financieel toezicht                                               |
| WGV    | Wet op de Geneesmiddelenvoorziening                                          |
| Wmg    | Wet marktordening gezondheidszorg                                            |
| WPNR   | Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie                         |
| Wro    | Wet ruimtelijke ordening                                                     |
| Wte    | Wet toezicht effectenverkeer                                                 |
| WTG    | Wet tarieven Gezondheidszorg                                                 |
| Wtv    | Wet toezicht verzekeringsbedrijf                                             |
| WVW    | Wegenverkeerswet                                                             |
| Zvw    | Zorgverzekeringswet                                                          |



# 1 | Inleiding

## 1.1 HAARGROEIMIDDELEN, OF: DE RELATIVITEIT VAN WETTELIJKE NORMEN

Wie de wet overtreedt, haalt zich mogelijk strafrechtelijke vervolging door het Openbaar Ministerie of sanctionering door een bestuursorgaan op de hals. Maar zo'n wetsovertreding kan ook gevolgen hebben in het privaatrecht en meer specifiek in het aansprakelijkheidsrecht. Zo stelt Pfizer vorderingen uit onrechtmatige daad in tegen Cosmétique, een rivaliserende fabrikant van haargroeimiddelen, omdat Cosmétique de haargroeimiddelen Dercos en Kérastase op de markt brengt zonder registratie als geneesmiddel. Volgens Pfizer moeten deze haargroeimiddelen als geneesmiddel worden aangemerkt, zodat deze op grond van de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening (WGV) over zo'n registratie zouden moeten beschikken. Door de haargroeimiddelen zonder registratie op de markt te brengen, handelt Cosmétique dus in strijd met de wet, aldus Pfizer. Zelf heeft Pfizer het door haar gefabriceerde haargroeimiddel Regaine wel als geneesmiddel laten registreren. Zij meent dat Cosmétique haar oneerlijke concurrentie aandoet en vordert een door de rechter op te leggen verbod voor Cosmétique de haargroeimiddelen Dercos en Kérastase op de markt te brengen. Ook vordert Pfizer vergoeding van omzet en winst, die zij had kunnen maken als Cosmétique deze ongeregistreerde haargroeimiddelen niet op de markt had gebracht.

Aangenomen dat de ongeregistreerde haargroeimiddelen van Cosmétique inderdaad als geneesmiddel moeten worden aangemerkt, komt zo bij de burgerlijke rechter de vraag voor te liggen wat van deze overtreding van de WGV de gevolgen in het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht zouden moeten zijn. Zeker is dat deze overtreding onrechtmatig is in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW ('een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht'). Maar dat betekent nog niet dat de vorderingen van Pfizer moeten worden toegewezen. Daarvoor moet ook aan de andere vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zijn voldaan. De onrechtmatige gedraging moet aan de dader toerekenbaar zijn en de schade van de benadeelde moet door deze gedraging zijn veroorzaakt. Verder bepaalt artikel 6:163 BW:

'Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.'

Op dit zogeheten relativiteitsvereiste doet Cosmétique een beroep. Zij voert aan dat de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade van Pfizer en met succes. De Hoge Raad stemt in met het oordeel van het hof dat de WGV 'slechts ertoe strekt de volksgezondheid te beschermen'. De geschonden normen van de WGV strekken niet 'tot bescherming tegen schade die producenten van of handelaren in geneesmiddelen hebben geleden door oneerlijke concurrentie'.<sup>1</sup> De enkele schending van een wettelijke norm roept dus niet altijd aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in het leven en het relativiteitsvereiste is hierbij een belangrijke toetssteen. Pfizer kan Cosmétique niet aanspreken uit onrechtmatige daad op de enkele grond dat Cosmétique de WGV overtreedt, omdat deze wet in de bewoordingen van artikel 6:163 BW niet strekt tot bescherming tegen de schade, zoals Pfizer die heeft geleden.

Dit fenomeen van de relativiteit van wettelijke normen staat in dit proefschrift centraal. Daar is reden voor. De wetgever laat een gestage stroom aan wet- en regelgeving los op de samenleving om allerlei (vermeende) misstanden aan te pakken, al dan niet als aangenomen werk van de Uniewetgever, die op zijn beurt hetzelfde voor ogen heeft. Ook de privatisering van belangrijke economische sectoren als de gezondheidszorg en de financiële dienstverlening is met veel 'regulering' gepaard gegaan. Gedetailleerde wet- en regelgeving moet behartiging van het algemeen belang waarborgen,<sup>2</sup> nu deze sectoren niet langer onder directe politieke controle staan,<sup>3</sup> maar zijn overgelaten aan ondernemingen en consumenten die worden verondersteld eerst en vooral hun eigen belang na te jagen. Al dan niet doordat zij via het aansprakelijkheidsrecht die wet- en regelgeving tegen elkaar in stelling brengen. Het doet er dezer dagen dus toe wie zich ter bescherming van welk belang op de schending van een wettelijke norm kan beroepen, als grondslag voor een vordering tot schadevergoeding of een gebods- of verbodsactie uit onrechtmatige daad.<sup>4</sup>

Toeval of niet, in de afgelopen jaren sprak de Hoge Raad zich ook regelmatig uit over de relativiteit van wettelijke normen, in een serie zaken tussen private partijen, waaronder de zaak van Pfizer en Cosmétique,<sup>5</sup> en tussen

---

1 HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, NJ 2009/485, m.nt. M.R. Mok (Pfizer/Cosmétique II), r.o. 4.2.3.

2 Te denken valt aan de omvangrijke Wet op het financieel toezicht (Wft), waarover Raas 2013, of de Zorgverzekeringswet (Zvw) en de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) en de lagere regelgeving die op deze wetten is gebaseerd.

3 Zie bijv. over banken als nutsinstelling Huijgen & Nijland 2014, p. 173-178.

4 Vgl. de constatering eind jaren zeventig van Brunner 1978, p. 29 dat de 'praktische betekenis' van het relativiteitsvereiste 'niet groot' is.

5 Zie – naast Pfizer/Cosmétique II – HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, NJ 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken (Astrazeneca/Menzis); HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7320, NJ 2010/67, m.nt. M.R. Mok (Nabbe/Staalbankiers); HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, NJ 2011/465, m.nt. T. Hartlief (hangmat).

burger en overheid.<sup>6</sup> Bovendien is ook de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State dat gaan doen. Deze bestuursrechter treedt tevens op als aansprakelijkheidsrechter, in zaken van overheidsaansprakelijkheid voor een onrechtmatig besluit van een bestuursorgaan, parallel aan de burgerlijke rechter.<sup>7</sup> Er valt wat dat betreft een heuse ‘proliferatie’ te constateren van het fenomeen van de relativiteit van wettelijke normen, bij de burgerlijke rechter en bij de bestuursrechter.

Tegelijkertijd ligt de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen onder vuur in de literatuur. Dat wil ik in dit inleidende hoofdstuk laten zien. Daartoe breng ik het debat in kaart, zonder daarin zelf nog positie te kiezen.<sup>8</sup> Het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in de zaak van Pfizer en Cosmétique veroorzaakte niet veel beroering, maar zijn relativiteitsoordelen in drie andere zaken zijn principieel bekritiseerd. De Hoge Raad zou in Duwbak Linda en Iraanse vluchteling welbewust oordelen dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan, uit beduchtheid anders een te grote aansprakelijkheidslast voor de overheid in het leven te roepen. Velen menen dat de rechter zich niet zou moeten laten leiden door een ‘rechtspolitiek’ motief als dit ‘flood gates’-argument (par. 1.2). De Hoge Raad zou daarmee bovendien een keuze naar zich toe trekken die hij aan de wetgever zou moeten laten. Nu de wetgever in Duwbak Linda en Iraanse vluchteling in wetstekst en wetsgeschiedenis zwijgt over de relativiteit van de betreffende norm en aldus van het relativiteitsvereiste geen probleem maakt, zou – zo gaat de redenering – de rechter dat ook niet moeten doen. De Hoge Raad wordt verder verweten dat hij verhuult dat hij in deze zaken een eigen keuze maakt en dat bovendien zonder inzichtelijke motivering (par. 1.3). De kritiek beperkt zich niet tot zaken van overheidsaansprakelijkheid of tot zaken waarin de Hoge Raad oordeelt dat het relativiteitsvereiste aan aansprakelijkheid in de weg staat. Dat toont zijn relativiteitsoordeel in de zogeheten hangmatzaak, die speelt tussen private partijen. Zijn openlijke keuze naar redelijkheid dat in deze zaak wel aan het relativiteitsver-

---

6 HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006/281, m.nt. Jac. Hijma (Duwbak Linda); HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, NJ 2008/527 (Vie d’Or), m.nt. C.C. van Dam onder NJ 2008/529; HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, NJ 2008/576, m.nt. J.B.M. Vranken (Iraanse vluchteling); HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1598, NJ 2007/504, m.nt. M.R. Mok (Gemeente Barneveld/Gasunie); HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579, NJ 2013/47, AB 2014/15, m.nt. C.N.J. Kortmann (Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s.); HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:767, AB 2015/2, m.nt. C.N.J. Kortmann (Gemeente Amsterdam/D.).

7 Zie bijv. ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2009:BH1837, AB 2009/213, m.nt. B.P.M. van Ravels en A.M.L. Jansen (Amelandse benzinestations II). Deze rechtspraak van de Afdeling over de relativiteit van wettelijke normen in de zin van het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW is – voor de goede orde – te onderscheiden van de rechtspraak van de Afdeling over de relativiteit van wettelijke normen in de zin van het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste van art. 8:69a Awb, die in dit proefschrift zijdelings aan bod komt in par. 7.6.

8 Zie daarvoor par. 7.4.

eiste is voldaan, is de Hoge Raad op de kritiek komen te staan dat hij zich juist onvoldoende beducht toont voor een te grote aansprakelijkheidslast in de privésfeer. De Hoge Raad zou in deze zaak verder al te gemakkelijk aannemen dat de wetgever zwijgt, teneinde zijn eigen voorkeuren te kunnen doorvoeren (par. 1.4).

De rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen wordt bovendien in meer algemene zin gehekelde, vanwege zijn als arbitrair en onvoorspelbaar ervaren karakter. In de ogen van sommigen is de legitimiteit van deze rechtspraak al met al inmiddels tot zo'n dieptepunt gedaald, dat zij bepleiten het relativiteitsvereiste voortaan maar in meer of mindere mate te omzeilen. Of alle kritiek terecht is en zulke uitwijkmanoeuvres inderdaad moeten worden ingezet, valt echter te bezien. Er zijn ook auteurs die menen dat de Hoge Raad met zijn relativiteitsoordelen in Duwbak Linda, Iraanse vluchteling en de hangmatzaak juist precies doet waarvoor het relativiteitsvereiste is bedoeld: de reikwijdte van aansprakelijkheid afbakenen en daarbij eigen 'rechtspolitieke' keuzes maken, binnen de grenzen van zijn interpretatief of rechtsvormend mandaat (par. 1.5). Tegen de achtergrond van deze verdeeldheid formuleer ik de vraagstelling, doelstelling, opbouw en afbakening van dit proefschrift (par. 1.6). Ik rond dit inleidende hoofdstuk af met een verantwoording van het onderzoek dat eraan ten grondslag ligt, waarbij ik ook inga op de verhouding van dit proefschrift tot eerdere publicaties die van dat onderzoek deel uitmaken (par. 1.7). Ook bespreek ik de gehanteerde terminologie (par. 1.8).

## 1.2 DUWBAK LINDA EN IRAANSE VLUCHTELING ALS 'RECHTSPOLITIEK'

Als gezegd veroorzaakte het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in de zaak van Pfizer en Cosmétique niet veel beroering in de literatuur. Dat kan niet worden gezegd van zijn relativiteitsoordelen in twee zaken van overheidsaansprakelijkheid: Duwbak Linda en Iraanse vluchteling. Aanleiding tot het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Duwbak Linda geeft het zinken van een doorgeroeste duwbak genaamd 'Linda', midden in de nacht in een grindgat in de Maas. De Linda ligt op dat moment afgemeerd aan schepen van Van Hasselt's Baggermij B.V. om een lading zand in te nemen. Deze schepen raken beschadigd. Tot vergoeding van de schade spreekt de baggeraar niet alleen de eigenaar van de Linda aan, maar ook een particulier keuringsbureau en de Staat. Wat die ermee te maken hebben, is dat de Linda ruim een jaar eerder een scheepskeuring heeft doorstaan, op grond waarvan een certificaat van onderzoek is afgegeven. Volgens Van Hasselt is dat ten onrechte, omdat de keuring onzorgvuldig is uitgevoerd. Volgens het keuringsbureau en de Staat is echter niet aan het relativiteitsvereiste voldaan, zodat zij niet aansprakelijk zijn.

Anders dan in de zaak van Pfizer en Cosmétique wordt de aangesproken partij – ik beperk me in dit inleidende hoofdstuk voor het gemak tot de Staat –

dus niet verweten dat zij in strijd met een wettelijke norm heeft gehandeld, maar in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Het gaat om de norm dat de keuring en certificering zorgvuldig moeten worden uitgevoerd. Toch komt ook in deze zaak de relativiteit van een wettelijke regeling centraal te staan. Om de relativiteit van deze ongeschreven zorgvuldigheidsnorm vast te stellen, grijpt de Hoge Raad terug op de relativiteit van de wettelijke regeling op grond waarvan de keuring is uitgevoerd en op grond waarvan het certificaat van onderzoek is verleend: het Reglement betreffende het onderzoek van schepen op de Rijn 1975 (RosR). De Hoge Raad betreft daarbij ook de Herziene Rijnvaartakte, als verdrag waarop dit RosR is gebaseerd. Naar het oordeel van de Hoge Raad beoogt het RosR 'de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer te bevorderen', maar niet de 'individuele vermogensbelangen' te beschermen van 'derden die schade lijden doordat een onvoldoende zorgvuldig gekeurd schip een ongeval veroorzaakt'. Hetzelfde geldt voor de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die de Staat zou hebben geschonden.<sup>9</sup> Het relativiteitsvereiste staat daarom aan aansprakelijkheid van de Staat jegens baggeraar Van Hasselt in de weg.

De Hoge Raad verwijst bij zijn relativiteitsoordeel in Duwbak Linda niet rechtstreeks naar de wetsgeschiedenis van het RosR of de Herziene Rijnvaartakte. Wel verwijst hij naar de 'gegevens' die Advocaat-Generaal Spier in zijn conclusie bijeenbrengt over het RosR, de Herziene Rijnvaartakte en aanverwante regelingen.<sup>10</sup> De advocaat-generaal constateert dat aanwijzingen in wetstekst en wetsgeschiedenis van deze regelingen voor eventuele overheidsaansprakelijkheid ontbreken.<sup>11</sup> Daarnaast waarschuwt Advocaat-Generaal Spier in zijn conclusie voor het gevaar dat 'de geest uit de fles raakt' bij het aannemen van 'een ruim geldingsbereik van allerlei keuringsbepalingen'.<sup>12</sup>

In het licht van dit zwijgen van de wetgever en de conclusie van Advocaat-Generaal Spier wordt in de literatuur aangenomen dat het relativiteitsoordeel in Duwbak Linda een eigen, 'rechtspolitieke' keuze van de Hoge Raad behelst. Hij zou niet hebben *willen* aannemen dat het RosR strekt tot bescherming tegen de schade van de baggeraar, zodat aan het relativiteitsvereiste is voldaan en de Staat aansprakelijk is, aangenomen dat aan de andere vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is voldaan. De Hoge Raad zou dat niet willen uit beduchtheid anders een stortvloed aan claims op de overheid uit te lokken naar aanleiding van fouten bij allerhande keuringen en certificerin-

---

9 Duwbak Linda, r.o. 3.4.2 en 3.4.3.

10 Duwbak Linda, r.o. 3.4.2 en 3.4.3.

11 Zie de conclusie van Advocaat-Generaal Spier voor Duwbak Linda, m.n. sub 4.8.1-4.20, waarnaar de Hoge Raad verwijst.

12 Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor Duwbak Linda, sub 4.41.2.

gen.<sup>13</sup> De veronderstelling dat het ontkennende relativiteitsoordeel in Duwbak Linda is ingegeven door dit ‘flood gates’-argument wordt mede gestaafd aan de formulering van het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad. Hij formuleert zijn oordeel over de relativiteit van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring zorgvuldig moet worden verricht uiteindelijk zo, dat deze niet strekt tot bescherming van ‘een in beginsel onbeperkte groep van derden (...) tegen de vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan doordat de ondeugdelijkheid en onveiligheid van het schip bij de door of onder verantwoordelijkheid van de Staat verrichte keuring ten onrechte niet aan het licht is gekomen’.<sup>14</sup>

Ook van het relativiteitsoordeel in Iraanse vluchteling wordt algemeen aangenomen dat het een dergelijke ‘rechtspolitieke’ keuze van de Hoge Raad behelst. In deze zaak spreekt een uit Iran afkomstige vrouw de Staat aan tot vergoeding van gederfd inkomen en pensioen, op de grond dat haar gedurende bijna vijf jaar ten onrechte de toelating als vluchteling tot Nederland is onthouden. In die tijd mocht zij geen betaalde arbeid verrichten. De Hoge Raad oordeelt ook in deze zaak dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan. De ‘toelating als vluchteling’ vindt plaats om ‘humanitaire redenen’, aldus de Hoge Raad, teneinde de vluchteling ‘te beschermen tegen vervolging in het land van herkomst’. Deze toelating strekt niet tot bescherming ‘van enig vermogensrechtelijk belang van de vluchteling’. De Hoge Raad wijst er daarbij op dat ‘het belang van de vluchteling om inkomen uit arbeid te kunnen verwerven’ bij de beslissing over de toelating ‘geen rol speelt’ en de Staat daarmee ook geen rekening ‘dient’ te houden.<sup>15</sup>

Waaraan de Hoge Raad zijn relativiteitsoordeel in Iraanse vluchteling ontleent, laat hij in het midden. De Hoge Raad spreekt ook niet uit van welke specifieke wettelijke norm of regeling hij de relativiteit vaststelt. Evenmin verwijst hij naar enigerlei wetsgeschiedenis of de conclusie van Advocaat-Generaal Spier. De laatste constateert dat de wetgever in wetstekst en wetsgeschiedenis van de Vreemdelingenwet (oud) en het onderliggende Vluchtelingenverdrag geen uitsluitel biedt voor het relativiteitsoordeel. Anders dan in Duwbak Linda meent Advocaat-Generaal Spier evenwel dat de Hoge Raad in deze zaak zou moeten oordelen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan.

13 Zie in deze zin onder meer F.J. van Ommeren, noot onder Duwbak Linda, *AB* 2005/127, sub 4; Hartlief & Tjittes 2004, p. 1583; Albers 2005, p. 493; Gelpke 2005, p. 144; Giesen 2005, p. 170; Hartlief 2005, p. 833; B. Meijer & De Wit 2005, p. 185-186; Van Rossum 2005, p. 81-82; J. Hijma, noot onder Duwbak Linda, *NJ* 2006/281, sub 11; Hartlief 2006, p. 799-800; Moesker 2007, p. 215; Te Ronde 2007, p. 14-15; Van Dunné 2007, p. 129; Hoekstra 2008, p. 110; Albers & Heinen 2008, p. 678; Van Dam 2010, p. 236; Van Orsouw 2010, p. 263; Wiggers-Rust 2011, p. 148; Van den Berge 2012, p. 67; Di Bella 2013a, p. 17-18; Di Bella 2014, p. 141-142. Voor de goede orde: dit veronderstelde ‘rechtspolitieke’ motief van de Hoge Raad voor zijn relativiteitsoordeel in Duwbak Linda wordt door de genoemde auteurs uiteenlopend gewaardeerd, zoals hierna in de hoofdstekst ter sprake komt.

14 Duwbak Linda, r.o. 3.4.3.

15 Iraanse vluchteling, r.o. 3.4.

Dit mede omdat de uitkomst dat het relativiteitsvereiste aan aansprakelijkheid in de weg zou staan en de vrouw haar schade niet vergoed zou kunnen krijgen 'niet in hoge mate bekoort'.<sup>16</sup> Het feit dat de Hoge Raad in Iraanse vluchteling in afwijking van deze conclusie van Advocaat-Generaal Spier oordeelt dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan, wordt gezien als extra aanwijzing dat zijn relativiteitsoordeel in deze zaak door een zelfde soort 'flood gates'-achtige redenering is ingegeven als in Duwbak Linda. De Hoge Raad zou ditmaal de sluisdeuren hebben willen dichthouden voor een stortvloed aan claims van vluchtelingen ter zake van fouten in de toelatingsprocedure.<sup>17</sup>

Veel auteurs achten het veronderstelde 'rechtspolitieke' motief voor de relativiteitsoordelen in Duwbak Linda en Iraanse vluchteling bedenkelijk. Van Maanen bijvoorbeeld breekt er de staf over dat in Duwbak Linda de 'normale consequentie' uitblijft dat wie een wettelijke norm schendt 'die evident beoogt de veiligheid van bepaalde personen te beschermen' de schade 'voor zover overigens *onrechtmatig* veroorzaakt' moet vergoeden.<sup>18</sup> Lindenberg ziet tot zijn ongenoegen in Iraanse vluchteling de Staat bij de Hoge Raad weggelaten met "'gratis" onrechtmatige daden'. Hij verdenkt de Hoge Raad er zelfs van een regelrecht 'politiek oordeel' te hebben geveld, dat uiting geeft aan 'Hollandse gastvrijheid'.<sup>19</sup> De Hoge Raad zou zijn oren te veel laten hangen naar heersende negatieve gevoelens over de rechten van vluchtelingen. Drion waarschuwt in meer algemene zin dat relativiteitsoordelen als in Duwbak Linda en Iraanse vluchteling de 'normeringskracht' van het onrechtmatigedaadsrecht ondermijnen 'met name voor hen die zouden overwegen een wettelijke norm te schenden'.<sup>20</sup>

De rechter zou zich, zo vat ik deze critici samen, bij zijn relativiteitsoordeel niet moeten laten leiden door de eventuele consequenties voor de schatkist, maar aansprakelijkheid moeten aannemen als de Staat zich niet aan de regels houdt. Daarna is het eventueel aan de wetgever om – bij wet – te voorzien in inperking van die aansprakelijkheid. Dat is in de optiek van Van Maanen

---

16 Zie de conclusie van Advocaat-Generaal Spier voor Iraanse vluchteling, sub 4.38; zie ook sub 4.32, 4.36, 4.41.1-2.

17 Zie onder meer G.E. van Maanen, noot onder Iraanse vluchteling, *JA* 2007/93, sub 6; J.A.E. van der Does, noot onder Iraanse vluchteling, *Gst.* 2007/90, sub 4 en 5; Di Bella 2007, p. 1524; Te Ronde 2007, p. 14-15; Lindenberg 2007b, p. 781-783; Albers & Heinen 2008, p. 678; Hartlief 2008a, p. 32; Rijnhout 2012, p. 45; Van Maanen 2013, p. 154; Di Bella 2013a, p. 17-18; Di Bella 2014, p. 141-142. Vgl. G.A. van der Veen, *AB* 2008/16, sub 1, die spreekt van een 'niet geheel gebruikelijke keuze'. Voor de goede orde: dit veronderstelde 'rechtspolitieke' motief van de Hoge Raad voor zijn relativiteitsoordeel in Iraanse vluchteling wordt door de genoemde auteurs uiteenlopend gewaardeerd, zoals hierna in de hoofdttekst ter sprake komt.

18 Van Maanen 2007a, p. 1, herhaald in Van Maanen 2007b, p. 130 (cursivering in originelen). Vgl. evenwel eerder Van Maanen 2004, p. 482, waar hij het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad aanmerkt als 'mooi, klassiek voorbeeld van toepassing van de relativiteitsleer'.

19 Lindenberg 2007b, p. 782. In dezelfde zin Drion 2007, p. 1395.

20 Drion 2007, p. 1395 t.a.v. Iraanse vluchteling. Evenzo in algemene zin Schild & De Jongh 2007, p. 154.

de ‘koninklijke weg’.<sup>21</sup> De kritiek dat de Hoge Raad zich bij zijn relativiteitsoordelen in Duwbak Linda en Iraanse vluchteling ten onrechte zou hebben laten leiden door ‘rechtspolitieke’ overwegingen over de aansprakelijkheidslast van de overheid loopt daarmee over in kritiek op deze relativiteitsoordelen in termen van de verhouding van de rechter tot de wetgever.

### 1.3 RECHTER VERSUS WETGEVER

Het veronderstelde ‘rechtspolitieke’ motief van de Hoge Raad voor zijn relativiteitsoordelen in Duwbak Linda en Iraanse vluchteling is niet alleen bekritiseerd, omdat hij zich niet zou moeten laten leiden door het flood gates-argument. Het is ook bekritiseerd, omdat de Hoge Raad daarmee een keuze naar zich toe zou trekken die hij aan de wetgever zou moeten laten. De redenering is dan dat de wetgever in wetstekst en wetsgeschiedenis van het RosR en de Herziene Rijnvaartakte respectievelijk de Vreemdelingenwet (oud) en het Vluchtelingenverdrag geen uitsluitel biedt over het te vellen relativiteitsoordeel. Gegeven dit zwijgen van de wetgever ontbreken in Duwbak Linda en Iraanse vluchteling dus ook aanwijzingen van de wetgever dat *niet* aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Blijkbaar zag de wetgever daarin geen probleem. De Hoge Raad zou daarom van het relativiteitsvereiste ook geen probleem moeten maken en moeten oordelen dat daaraan is voldaan, zo lijkt de redenering.<sup>22</sup>

In dit verband wijst een aantal auteurs tevens op de bedoeling van de BW-wetgever ten aanzien van het relativiteitsvereiste zelf. Uit de negatieve formulering van deze bepaling en uit de wetsgeschiedenis van artikel 6:163 BW volgt in de optiek van Meijer, Van Dam en de hierna te noemen auteurs dat deze BW-wetgever een soort generiek, voor alle wettelijke normen geldend ‘vermoeden’ van relativiteit in het leven zou hebben willen roepen bij de toets aan het relativiteitsvereiste. De rechter zou er telkens vanuit moeten gaan dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan, behoudens aanwijzingen van de wetgever van het tegendeel.<sup>23</sup> Nu dergelijke ‘negatieve’ aanwijzingen in Duwbak Linda en Iraanse vluchteling ontbreken – omdat wetstekst en wetsgeschiedenis van het RosR en de Vreemdelingenwet (oud) überhaupt geen uitsluitel bieden voor het relativiteitsoordeel – zou de Hoge Raad ook om die reden moeten oordelen dat wel aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Volgens Di Bella geeft

---

21 G.E. van Maanen, noot onder Iraanse vluchteling, *JA* 2007/93, sub 6. In vergelijkbare zin ook C.N.J. Kortmann, noot onder Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., *AB* 2014/15, sub 14.

22 In deze zin naast G.E. van Maanen, noot onder Iraanse vluchteling, *JA* 2007/93, sub 6 en bijv. Albers 2007, p. 98. Vgl. C.N.J. Kortmann, noot onder Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., *AB* 2014/15, sub 14.

23 Zie R. Meijer 2008, p. 23 en Van Dam 2010, p. 236, onder verwijzing naar Parl. Gesch. Boek 6, p. 632 (TM).

de Hoge Raad met zijn oordeel dat het relativiteitsvereiste in Duwbak Linda en Iraanse vluchteling aan aansprakelijkheid in de weg staat ook om deze reden blijk van een 'activistische toepassing van het relativiteitsvereiste'.<sup>24</sup> Zij breekt samen met Barkhuysen een lans voor de 'ruimhartigere toets' die de Hoge Raad volgens hen vóór Duwbak Linda en Iraanse vluchteling zou hebben gehanteerd.<sup>25</sup> Schild & De Jongh waarschuwen dat het relativiteitsvereiste met de relativiteitsoordelen in deze zaken een 'meer prominente plek in het aansprakelijkheidsrecht dreigt op te eisen dan de wetgever voor ogen heeft gestaan'.<sup>26</sup>

Dit alles wordt des te kwalijker geacht, omdat de Hoge Raad zijn veronderstelde eigen 'rechtspolitieke' keuze ook nog eens zou verhullen. De Hoge Raad zou in zijn motivering uitdrukkelijk aan moeten geven dat hij gegeven het feit dat de wetgever geen uitsluitel biedt voor het relativiteitsoordeel een eigen keuze maakt. Het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling suggereert volgens Lindenbergh dat de wetgever het zo zou hebben gewild, terwijl de Hoge Raad in wezen een eigen 'machtsoordeel' velt.<sup>27</sup> De Hoge Raad zou bovendien de door hem gemaakte keuze inhoudelijk beter moeten motiveren. Van Maanen houdt de Hoge Raad op dit punt de opinies van de Law Lords voor. Zij zouden – destijds deel uitmakend van het Brits parlement – de door hen gemaakte 'rechtspolitieke' keuzes beter verantwoorden.<sup>28</sup> Ook Drion meent dat de Hoge Raad zijn kaarten in Duwbak Linda en Iraanse vluchteling te zeer 'aan de borst' houdt en pleit voor inzichtelijker gemotiveerde relativiteitsoordelen.<sup>29</sup>

De Hoge Raad zou, kortom, met zijn relativiteitsoordelen in Duwbak Linda en Iraanse vluchteling niet alleen op basis van een 'rechtspolitieke' keuze, ingegeven door de aansprakelijkheidslast van de overheid, ten onrechte diezelfde overheid uit de wind houden. Met dit als bedenkelijk ervaren motief zou hij ook de wetgever passeren. De Hoge Raad zou dat ook nog eens doen zonder er voor uit te komen dat hij een eigen keuze maakt en zonder die keuze inzichtelijk te motiveren. Maar er is meer kritiek op de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen. Deze beperkt zich niet tot zaken van over-

---

24 Di Bella 2014, p. 157 (citaat) en p. 135-136. In deze zin ook Di Bella 2013a, p. 17-18 en Di Bella 2013b, p. 1515.

25 T. Barkhuysen & L. Di Bella, noot onder ABRvS 3 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG5893, AB 2009/65, sub 8. Vgl. Di Bella 2013a, p. 13 en Di Bella 2014, p. 133-134, waar zij een afgezwakte vorm van het vermoeden van relativiteit voorstaat, in die zin dat uit de wetsgeschiedenis van art. 6:163 BW wordt afgeleid dat de rechter in elk geval terughoudendheid past bij het oordeel dat het relativiteitsvereiste aan aansprakelijkheid in de weg staat. Zie nader par. 4.2. Zie verder voorzichtig in deze zin t.a.v. Iraanse vluchteling ook J.E.M. Polak 2012, p. 148.

26 Schild & De Jongh 2007, p. 153.

27 Lindenbergh 2007b, p. 783-784. In dezelfde zin Hartlief 2008a, p. 32, t.a.v. zowel Iraanse vluchteling als Duwbak Linda. Vgl. t.a.v. Duwbak Linda Giesen 2005, p. 170.

28 G.E. van Maanen, noot onder Iraanse vluchteling, JA 2007/93, sub 6.

29 Drion 2009, p. 357. Evenzo bijv. Te Ronde 2007, p. 15; Hartlief 2008a, p. 32.

heidsaansprakelijkheid en evenmin tot zaken waarin niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Ook het bevestigende relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in de tussen private partijen gesitueerde hangmatzaak is hem op de nodige kritiek komen te staan. Ondanks de betrachte openheid over de keuze die hij in die zaak maakt.

#### 1.4 DE OPENLIJKE ‘KEUZE’ NAAR REDELIJKHEID IN DE HANGMATZAAK

In tegenstelling tot Duwbak Linda en Iraanse vluchteling situeert de hangmatzaak zich in het algemeen aansprakelijkheidsrecht, tussen private partijen en bovendien in de huis-, tuin- en keukensfeer. Gezellig is de zaak echter allerm minst. Een vrouw raakt ernstig gewond wanneer de pilaar waaraan zij in haar tuin een hangmat heeft bevestigd, afbreekt en over haar heen valt. Tot vergoeding van haar schade spreekt de vrouw haar partner aan. Met deze partner is zij gezamenlijk eigenaar van de woning inclusief de pilaar. Dat maakt de partner in goederenrechtelijke zin medebezitter van de pilaar. De vrouw baseert haar vordering tot schadevergoeding daarom op de risicoaansprakelijkheid voor opstallen van artikel 6:174 BW. Op grond van deze bepaling is de bezitter van een opstal, die niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen en daardoor een gevaar veroorzaakt voor personen of zaken, in beginsel aansprakelijk als dat gevaar zich verwezenlijkt. Anders dan voor de ‘gewone’ schuld aansprakelijkheid uit onrechtmatigheid daad op grond van artikel 6:162 BW is voor aansprakelijkheid van de bezitter op grond van artikel 6:174 BW dus niet vereist dat de bezitter bekend is met het gevaar dat de opstal in het leven roept. Eventuele onbekendheid met dat gevaar komt zagezegd voor diens risico.

Naar mag worden aangenomen is het de vrouw er om te doen via haar partner hun beider aansprakelijkheidsverzekeraar Achmea aan te kunnen spreken. Zij spreekt beiden ook in rechte aan. Volgens de partner en de verzekeraar staat het relativiteitsvereiste hieraan echter in de weg. De risicoaansprakelijkheid voor opstallen van artikel 6:174 BW strekt in hun ogen niet tot bescherming van de benadeelde die, zoals de vrouw, zelf medebezitter is van de schadeveroorzakende opstal, in casu de pilaar. Deze risicoaansprakelijkheid zou alleen strekken tot bescherming van ‘derden’-benadeelden die met de opstal in goederenrechtelijke zin niets te maken hebben.

Wellicht in reactie op alle kritiek op zijn relativiteitsoordelen in Duwbak Linda en Iraanse vluchteling geeft de Hoge Raad in de hangmatzaak uitdrukkelijk aan hoe hij tot zijn relativiteitsoordeel komt. Hij inventariseert eerst de wetstekst van artikel 6:174 BW, het wettelijk stelsel waarvan deze bepaling deel uitmaakt en de wetsgeschiedenis.<sup>30</sup> Op basis daarvan constateert hij dat de wetgever aan de voorliggende relativiteitskwestie niet ‘kenbaar aandacht’ heeft

---

30 Hangmat, r.o. 4.3.2 en 4.3.3.

besteed.<sup>31</sup> Vervolgens maakt de Hoge Raad openlijk een eigen 'keuze'. Hij gaat na 'wat naar maatschappelijke opvattingen, in aanmerking genomen de belangen van de benadeelde, de bezitter en de aansprakelijkheidsverzekeraar, het meest redelijk moet worden geacht als reikwijdte van art. 6:174'. Aldus komt de Hoge Raad tot het oordeel dat ook de vrouw als benadeelde medebezitter van de schadeveroorzakende opstal zich op deze bepaling kan beroepen. Ondanks het feit dat de vrouw als medebezitter van de pilaar in de woorden van de Hoge Raad 'zelf in zekere zin medeverantwoordelijk geacht kan worden voor de gebrekkige opstal'.<sup>32</sup> Deze keuze onderbouwt de Hoge Raad vervolgens met een bespreking van argumenten voor en tegen, waarbij de argumenten vóór dus de doorslag geven. Hij kent veel gewicht toe aan het spreiden van de door de opstal veroorzaakte schade over alle medebezitters en aan de mogelijkheid voor de vrouw de aansprakelijkheidsverzekeraar aan te spreken.<sup>33</sup>

De risicoaansprakelijkheid voor opstallen van artikel 6:174 BW strekt dus mede tot bescherming van de benadeelde, die zelf medebezitter is van de schadeveroorzakende opstal. De vrouw kan zich zodoende op haar partner en vooral hun beider aansprakelijkheidsverzekeraar verhalen. Zij het dat, zoals de Hoge Raad vervolgt, 'redelijke wetstoepassing' meebrengt 'dat de benadeelde medebezitter zelf dat gedeelte van de door hem geleden schade draagt dat overeenkomt met zijn aandeel in de opstal'.<sup>34</sup> De vrouw kan daarom op grond van de risicoaansprakelijkheid voor opstallen uiteindelijk maximaal de helft van haar schade vergoed krijgen: het totaal van de schade minus dat deel dat overeenkomt met haar eigen aandeel in de schadeveroorzakende opstal.

Ondanks alle openheid is ook dit relativiteitsoordeel de Hoge Raad op allerhande kritiek komen te staan, onder meer onder het motto 'de pot verwijt de ketel'. Het recht zou geen bescherming moeten verlenen aan degene die zelf medeverantwoordelijk is voor de schade, zoals de vrouw als medebezitter van de schadeveroorzakende pilaar. Ook niet bij een risicoaansprakelijkheid als die van artikel 6:174 BW. Het feit dat voor de vestiging van dergelijke aansprakelijkheid niet is vereist dat de aangesproken partij bekend is met de gebrekkigheid van de opstal en het gevaar dat daardoor in het leven wordt geroepen, maakt dat voor bijvoorbeeld Hartlief niet anders.<sup>35</sup> Dezelfde kritiek klinkt bij Oldenhuis.<sup>36</sup> Ook volgens Lubach heeft het relativiteitsoordeel van

---

31 Hangmat, r.o. 4.3.3.

32 Hangmat, r.o. 4.3.4.

33 Hangmat, r.o. 4.3.5.

34 Hangmat, r.o. 5.2.2.

35 Zie T. Hartlief, noot onder de hangmatzaak, *NJ* 2011/465, i.h.b. sub 2, 3 en 13. Deze kritiek uitte Hartlief ook al naar aanleiding van het (in sprongcassatie) bestreden oordeel van de rechtbank. Zie Hartlief 2010, p. 2071. Zie tevens in dezelfde zin n.a.v. van dit vonnis Lindenbergh 2009, p. 580-581 en voorzichtiger Leopold 2009, p. 55. Zie ook na het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad Leopold 2010, p. 111. Vgl. Den Hollander 2011a, p. 47.

36 Zie Oldenhuis 2010, p. 2458.

de Hoge Raad op dit punt 'iets onbevredigends', mede omdat de vrouw via haar partner uitkering van aansprakelijkheidsverzekeraar Achmea tracht te bewerkstelligen.<sup>37</sup>

Het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in de hangmatzaak is ook bekritiseerd in termen van de aansprakelijkheidslast, evenals de relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in Duwbak Linda en Iraanse vluchteling. De kritiek op de laatstgenoemde relativiteitsoordelen luidt dat hij zou hebben geoordeeld dat het relativiteitsvereiste aan aansprakelijkheid in de weg staat, uit beduchtheid een te grote aansprakelijkheidslast voor de overheid in het leven te roepen. Met zijn oordeel dat het relativiteitsvereiste in de hangmatzaak niet aan aansprakelijkheid in de weg staat, zou de Hoge Raad zich juist *onvoldoende* beducht hebben getoond voor een te grote aansprakelijkheidslast van private partijen als de partner van de vrouw en de aansprakelijkheidsverzekeraar. Oldenhuis vreest een soort flood gates-effect. Het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad draagt in zijn ogen bij aan 'juridisering van aanspraken binnen gezinsverband' en 'chicaneus en frauduleus gedrag van verzekerden'.<sup>38</sup> Hartlief lijkt de uitkomst van het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in de hangmatzaak uiteindelijk te kunnen billijken, gezien het ernstige letsel van de vrouw. Tegelijkertijd blijft hij kritisch. Hartlief ziet een 'extensieve slachtofferbeschermende interpretatie' van artikel 6:174 BW, waarmee het aansprakelijkheidsrecht op een 'tegnatuurlijke manier' wordt toegepast.<sup>39</sup> Hij sluit niet uit dat als gevolg van het relativiteitsoordeel de premies van aansprakelijkheidsverzekeringen zullen stijgen.<sup>40</sup>

Ook deze kritiek loopt over in kritiek in termen van de verhouding van de rechter tot de wetgever. Oldenhuis betwist de constatering van de Hoge Raad dat de wetgever in wetstekst en wetsgeschiedenis van artikel 6:174 BW en de afdeling over risicoaansprakelijkheid in het BW als geheel geen uitsluitel biedt over het relativiteitsoordeel. Volgens Oldenhuis blijkt daaruit dat de wetgever wel degelijk heeft bedoeld alleen derden-benadeelden, die zelf géén medebezitter zijn, te beschermen. Hij betoogt dat de Hoge Raad ten onrechte anders heeft geoordeeld.<sup>41</sup> Hartlief meent op dit punt dat de Hoge Raad wel erg voortvarend aanneemt dat de wetgever zich over de relativiteit van artikel 6:174 BW niet uitlaat, om in zijn naam een oordeel te vellen waarover de wetgever desgevraagd wellicht anders zou hebben gedacht.<sup>42</sup>

---

37 Lubach 2010, p. 320.

38 Oldenhuis 2010, p. 2460.

39 Hartlief 2011, p. 18.

40 Zie Hartlief 2011, p. 18. Vgl. Leopold 2009, p. 59 en Leopold 2010, p. 113.

41 Zie Oldenhuis 2010, p. 2458-2459. Hij wijst onder meer op de 'grondtoon' van Afdeling 6.3.2 van het BW dat 'enkel derden bescherming' verdienen. Vgl. Leopold 2010, p. 109 en Lubach 2010, p. 319.

42 Zie T. Hartlief, noot onder de hangmatzaak, *NJ* 2011/465, sub 9-10. Zie ook Hartlief 2011, p. 17-18.

Verder is er kritiek van dogmatische en systematische aard. Zo kan Schoordijk zich weliswaar vinden in de uitkomst, maar niet in de motivering. Die zou volgens hem primair moeten gaan over eventuele immuniteit tussen samenwonenden.<sup>43</sup> Smeehuijzen meent dat de hangmatzaak in essentie een zaak van contractenrecht betreft en als zodanig had moeten worden afgedaan.<sup>44</sup> Lameris vraagt zich af wat het oordeel van de Hoge Raad over de relativiteit van de risicoaansprakelijkheid voor opstallen van artikel 6:174 BW betekent voor de andere risicoaansprakelijkheden, zoals die voor dieren van artikel 6:179 BW.<sup>45</sup> Sieburgh had liever gezien dat de Hoge Raad de implicaties voor andere risicoaansprakelijkheden uitdrukkelijk in zijn relativiteitsoordeel had betrokken.<sup>46</sup> Ook het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in de hangmatzaak kan, kortom, rekenen op principiële kritiek.

#### 1.5 VEEL KRITIEK, MAAR OOK BIJVAL

De kritiek op de relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in Duwbak Linda, Iraanse vluchteling en de hangmatzaak domineert het debat over de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen. Dit terwijl die rechtspraak er traditioneel toch al niet goed op staat, vanwege zijn als onvoorspelbaar en arbitrair ervaren karakter.<sup>47</sup> Deze rechtspraak wordt inmiddels beschouwd als 'rechtspolitiek moeras'.<sup>48</sup> Het relativiteitsvereiste is te boek komen te staan als 'nieuwe speeltje van de Hoge Raad', 'hoofdpijnonderwerp', 'hoge hoed', 'vijgeblad van het aansprakelijkheidsrecht' en 'toverspreuk'.<sup>49</sup> De legitimiteit van de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen staat, kortom, onder druk. Inclusief de rechtspraak van de bestuursrechter, die als het ware wordt meegezogen in de kritiek op de rechtspraak van de Hoge Raad.<sup>50</sup>

<sup>43</sup> Zie Schoordijk 2011, p. 177-178.

<sup>44</sup> Zie Smeehuijzen 2011, p. 167-168.

<sup>45</sup> Zie Lameris 2010, p. 4-9. Zie ook Den Hollander 2011a, p. 48-49.

<sup>46</sup> Zie Sieburgh 2011, p. 204-205. Inmiddels heeft de Hoge Raad zich bij prejudiciële beslissing ook uitgesproken over de relativiteit van de risicoaansprakelijkheid voor dieren o.g.v. art. 6:179 BW. Zie daarover nader par. 5.10.

<sup>47</sup> Zie bijv. Lankhorst 1992b, p. 87-89, met veel verwijzingen en recenter bijv. Giesen 2005, p. 170; Van Maanen 2007b, p. 130; Van Ravels 2009, p. 22; Van Orsouw 2010, p. 263; Van Maanen 2013, p. 154; Verheij 2014, p. 95. Vgl. Di Bella 2014, p. 2, die wijst op de onvoorspelbaarheid van overheidsaansprakelijkheid in het algemeen. Zie ook de observatie van C.N.J. Kortmann 2015, p. 144 dat het relativiteitsvereiste 'nooit onomstreden' is geweest.

<sup>48</sup> Schueler 2012, p. 1461.

<sup>49</sup> Resp. Drion 2007, p. 1395; Moesker 2007, p. 214; G.E. van Maanen, noot onder Iraanse vluchteling, JA 2007/93, sub 6; C.C. van Dam, noot onder Vie d'Or, NJ 2008/529, sub 16; Verheij 2014, p. 95.

<sup>50</sup> Zie t.a.v. de rechtspraak van de bestuursrechter over de relativiteit van wettelijke normen in de zin van art. 6:163 BW bijv. T. Barkhuysen & L. Di Bella in hun noot onder ABRvS 3 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG5893, AB 2009/65, sub 6; Van Ravels 2009, p. 14-37; Di Bella 2014, p. 119-158.

Een aantal auteurs ziet het inmiddels zelfs dusdanig somber in dat zij ervoor pleiten het relativiteitsvereiste voortaan maar in meer of mindere mate te omzeilen. De rechter zou geheel of gedeeltelijk moeten uitwijken naar de leer van de redelijke toerekening van artikel 6:98 BW. Dit leerstuk biedt in hun optiek meer houvast en zou het mogelijk maken ‘rechtspolitieke’ keuzes inzichtelijker in de motivering te verwerken, zowel in zaken van overheidsaansprakelijkheid als tussen private partijen. Daarbij wordt veel heil verwacht van de gezichtspuntencatalogi die in rechtspraak en literatuur over artikel 6:98 BW tot ontwikkeling zijn gekomen. Ook wordt als voordeel gezien dat de redelijke toerekening meer flexibiliteit biedt dan de ‘alles-of-niets’-toets aan het relativiteitsvereiste.<sup>51</sup>

Sommige auteurs laten in het midden hoe deze uitwijkmanoeuvre zich verhoudt tot het dogmatisch onderscheid tussen de vestigings- en omvangsfase van aansprakelijkheid. In deze systematiek moet de rechter eerst toetsen aan het relativiteitsvereiste en de andere vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Is daaraan voldaan, dan is aansprakelijkheid gevestigd. Pas dan stelt de rechter de precieze omvang van de schadevergoedingsverplichting vast, aan de hand van onder meer de leer van de redelijke toerekening. Andere auteurs houden wel rekening met deze systematiek. Volgens Di Bella zou de rechter in gevallen waarin de wetgever zwijgt over de relativiteit van een door hem uitgevaardigde norm bij de toets aan het relativiteitsvereiste in de vestigingsfase het criterium moeten hanteren dat de schade van de benadeelde het ‘rechtstreeks economisch gevolg’ is van de onrechtmatige gedraging.<sup>52</sup> Daaraan zal in haar optiek veelal zijn voldaan, zodat de rechter vervolgens vrijwel steeds kan toekomen aan de leer van de redelijke toerekening. Verheij stelt daarentegen een soort holistische benadering voor, waarin de rechter in één keer de toets aan het relativiteitsvereiste uitvoert en de redelijke toerekening toepast.<sup>53</sup>

Of alle kritiek terecht is en dergelijke uitwijkmanoeuvres – wat daar verder van zij – inderdaad zouden moeten worden ingezet, valt echter te bezien. Er klinken ook andere geluiden. Niet iedereen acht het ‘rechtspolitieke’ karakter van de relativiteitsoordelen in Duwbak Linda en Iraanse vluchteling bedenkelijk. Integendeel. Ook Hijma vermoedt dat de relativiteitsoordelen in Duwbak Linda en Iraanse vluchteling zijn ingegeven door ‘rechtspolitieke’ overwegingen over de aansprakelijkheidslast van de overheid. Voor hem heeft dit predi-

---

51 Zie in verschillende schakeringen Van Dunné 2007, p. 128-129; Heilhof & Neerhof 2008, p. 54-61; C.N.J. Kortmann & Van der Grinten 2012, p. 273-295; Di Bella 2014, p. 115, p. 128, p. 137 en p. 155-158; p. 155-158; Verheij 2014, p. 102-104. Vgl. Damen 2009, p. 250, die de retorische vraag opwerpt of het ‘causaliteitsvereiste niet voldoende bescherming biedt tegen ongerechtvaardigde claims’.

52 Zie Di Bella 2014, p. 115, p. 128 en p. 155-158. Zie in dit verband ook Di Bella 2012, par. 6; Di Bella 2013a, p. 9; Di Bella 2013b, p. 1514-1515. Zie nader par. 3.8.

53 Zie Verheij 2014, p. 102-104. Zie nader par. 3.8.

caat echter geen 'pejoratieve' klank.<sup>54</sup> Laat staan dat de Hoge Raad daarmee in zijn ogen iets doet wat hij aan de wetgever zou moeten laten. Hijma werpt de retorische vraag op of het relativiteitsvereiste niet juist een 'rechtstreekse en daarmee sierlijke weg' is om 'rechtspolitieke gedachten (...) tot uitdrukking te brengen'.<sup>55</sup>

Inhoudelijk kan Hijma zich ook vinden in het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Duwbak Linda. Hij wijst erop dat baggeraar Van Hasselt zich voor schadevergoeding tot de eigenaar van de Linda kan wenden. Het feit dat de Staat 'zich het belang van de veiligheid te water aantrekt en ten behoeve daarvan een certificatenstelsel heeft ingevoerd' betekent in de optiek van Hijma niet dat de Staat 'een "extra loket" voor schadelijders heeft willen openen' en ook niet dat hij daarmee 'rechtens zo'n extra loket heeft doen ontstaan'.<sup>56</sup> Ook Van Ommeren acht de uitkomst van het relativiteitsoordeel in Duwbak Linda 'niet onbevredigend', omdat overheidsaansprakelijkheid 'in dit soort gevallen' in zijn optiek 'wel erg ver zou gaan'.<sup>57</sup> Volgens Gelpke behelst het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Duwbak Linda wat dat betreft 'niet zozeer een rechtspolitieke, maar een realistische keuze'. Hij wijst op de 'enorme hoeveelheid taken' die de overheid wordt opgedragen en de 'beperkte middelen' die daar tegenover staan.<sup>58</sup>

Instemmende geluiden klinken ook ten aanzien van het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling. Volgens Vranken is met het 'rechtspolitieke' en 'kort' gemotiveerde relativiteitsoordeel in deze zaak 'niets mis'. Het relativiteitsvereiste is volgens hem 'een instrument om de omvang van de aansprakelijkheid te reguleren'.<sup>59</sup> Van der Wiel benadrukt dat het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm een interpretatiekwestie is. Hij acht het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling overtuigend, nu de toelating van vluchtelingen in zijn ogen inderdaad 'een louter humanitaire achtergrond' heeft.<sup>60</sup>

---

54 Zoals Barkhuysen, Den Ouden & Tjepkema 2012, p. xiv opmerken over dit predicaat voor de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen van de Hoge Raad.

55 Jac. Hijma, noot onder Duwbak Linda, *NJ* 2006/281, sub 11. Vgl. K.J.O. Jansen 2007, p. 184, die in meer neutrale zin constateert dat het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Duwbak Linda niet meer lijkt te zijn dan een 'juridische-technische "verpakking"' van een rechtspolitiek oordeel. Zie in constaterende zin ook t.a.v. zowel Duwbak Linda en Iraanse vluchteling C.N.J. Kortmann 2015, p. 144.

56 Jac. Hijma, noot onder Duwbak Linda, *NJ* 2006/281, sub 7.

57 F.J. van Ommeren, noot onder Duwbak Linda, *AB* 2005/127, sub 4.

58 Gelpke 2005, p. 145. Vgl. R.J.G.M. Widdershoven, noot onder HvJ EG 12 oktober 2004, ECLI: EU:C:2004:606, C-222/02 (Peter Paul c.s./Duitsland), *AB* 2005/17, sub 4, volgens wie de 'boodschap' van Duwbak Linda is 'het voorkomen van "Amerikaanse toestanden" op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid'.

59 J.B.M. Vranken, noot onder Iraanse vluchteling, *NJ* 2008/576, sub 7. In deze zin ook Hartlief 2008a, p. 32.

60 Van der Wiel 2007, p. 187-189.

Volgens deze auteurs zou de Hoge Raad met zijn relativiteitsoordelen in Duwbak Linda en Iraanse vluchteling dus juist precies doen waarvoor het relativiteitsvereiste is bedoeld. Hij gebruikt het vereiste om de reikwijdte van aansprakelijkheid af te bakenen en maakt daarbij eigen keuzes. In de literatuur is er bovendien op nog een andere manier bijval voor de Hoge Raad. Er wordt op gewezen dat het niet onmiddellijk voor de hand ligt om van de rechter te verwachten dat hij steeds oordeelt dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan, als de wetgever daarover zwijgt.<sup>61</sup> Zoals sommige critici menen dat de Hoge Raad dat zou hebben moeten doen in Duwbak Linda en Iraanse vluchteling, al dan niet onder verwijzing naar het ‘vermoeden’ van relativiteit dat zij afleiden uit de wetsgeschiedenis van artikel 6:163 BW. Naar aanleiding van het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in de hangmatzaak constateert Sieburgh in dit verband dat zijn openlijke keuze naar redelijkheid als ‘toegelaten rechtsvorming’ door de beugel kan. Dat kan volgens haar, omdat de Hoge Raad eerst vaststelt dat de wetgever zwijgt en daarmee de ruimte voor de rechter is gegeven om vervolgens een eigen keuze te maken. Al opereert de Hoge Raad in de hangmatzaak in de ogen van Sieburgh dan wel weer ‘op het scherp van de snede’.<sup>62</sup> Kottenhagen ziet op het punt van de ‘rechtsvormende bevoegdheden’ van de Hoge Raad evenmin problemen in dit relativiteitsoordeel.<sup>63</sup> In de optiek van deze auteurs blijft de Hoge Raad dus binnen de grenzen van zijn interpretatief of rechtsvormend mandaat.

Zoveel is, kortom, zeker. Inventarisatie van het debat over de relativiteitsoordelen van de Hoge Raad leert dat deze niet alleen kunnen rekenen op principiële kritiek, maar ook op bijval, in al even principiële termen.

#### 1.6 VRAAGSTELLING, DOELSTELLING, OPBOUW EN AFBAKENING VAN DIT PROEFSCHRIFT

Wie het debat over de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen op zich in laat werken, bekruipt mogelijk een licht gevoel van verwarring. Gaat de rechter nu zijn boekje te buiten, door zich te laten leiden door bedenkelijk te achten ‘rechtspolitieke’ motieven als de aansprakelijkheidslast van de overheid en het ‘flood gates’-argument en heimelijk keuzes naar zich toe te trekken die hij aan de wetgever zou moeten laten, zoals de kritiek luidt, zodat de rechtspraak bijstelling behoeft? Of doet de rechter precies wat van

61 In deze zin ook F.J. van Ommeren, noot onder Duwbak Linda, *AB* 2005/127, sub 4, die het ‘iets heel willekeurigs’ noemt uit het zwijgen van de wetgever een bepaalde relativiteit af te leiden. In dezelfde zin B. Meijer & De Wit 2005, p. 186; Scheltema 2006, p. 43; Van Rossum 2006, p. 46. Vgl. Albers & Heinen 2008, p. 680. Zie ook – kritisch over het ‘vermoeden’ van relativiteit – Gelpke 2005, p. 144.

62 Sieburgh 2011, p. 204-205.

63 Kottenhagen 2011, p. 252-253.

hem verwacht mag worden, zoals de bijval wil? Die vraag is inzet van dit proefschrift.

Beantwoording van deze vraag veronderstelt een ijkpunt, waartegen de rechtspraak kan worden afgezet. Als niet duidelijk is wat van de rechter mag worden verwacht bij het vaststellen van de relativiteit van wettelijke normen valt immers moeilijk vast te stellen of hij aan die verwachtingen voldoet. Wat het debat wat dat betreft compliceert, is dat een eenduidig ijkpunt ontbreekt. De relativiteitsoordelen van de Hoge Raad zijn bekritiseerd en bijgevallen al naar gelang de uitkomst ervan wenselijk wordt geacht, mede in het licht van het veronderstelde 'rechtspolitieke' karakter van deze relativiteitsoordelen en de ratio van het relativiteitsvereiste. Daarnaast zijn deze relativiteitsoordelen bekritiseerd en bijgevallen op basis van opvattingen over de verhouding van de rechter tot de wetgever bij de interpretatie van wetstekst en wetsgeschiedenis van de betreffende norm. In dat verband wordt het eventueel uit de wetstekst en wetsgeschiedenis van artikel 6:163 BW af te leiden generiek 'vermoeden' van relativiteit in stelling gebracht, alsook de grenzen van het interpretatief of rechtsvormend mandaat van de rechter. Verder is er kritiek op het onvoorspelbare en arbitraire karakter van de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen in algemene zin. Om tot een eenduidig ijkpunt te komen, is het nodig deze verschillende perspectieven nader onder de loep te nemen, afzonderlijk en in samenhang.

In dit proefschrift stel ik mij daarom ten doel een theoretisch kader te ontwikkelen voor het fenomeen van de relativiteit van wettelijke normen, dat voorziet in een samenhangende visie op de definitie van het relativiteitsvereiste, zijn ratio en de toets aan dit vereiste bij wettelijke normen. Dit theoretisch kader wil ik laten uitmonden in een model voor het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm door de rechter in een concreet geval. Het theoretisch kader en meer in het bijzonder het model gebruik ik vervolgens als ijkpunt om de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen tegen af te zetten. Op basis van de bevindingen die dat oplevert, zie ik of alle kritiek terecht is en de rechtspraak al dan niet bijstelling behoeft.

Inhoudelijk ontvouwt het betoog zich als volgt. Ik begin bij de definitie van het relativiteitsvereiste, om vast te stellen wat daaronder moet worden verstaan of in elk geval duidelijk te maken wat ik daaronder in dit proefschrift versta. Dat is nodig. Bij nadere bestudering lopen in wetgeving, rechtspraak en literatuur twee varianten van het relativiteitsvereiste door elkaar. Het betreft de variant dat de geschonden norm strekt tot bescherming 'tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden' van het negatief geformuleerde artikel 6:163 BW, zoals dat tot nog toe in dit inleidende hoofdstuk centraal stond. Daarnaast is er echter de variant dat de onrechtmatige daad 'jegens een ander' is gepleegd van artikel 6:162 lid 1 BW. Deze variant wordt ook vaak geformuleerd als het vereiste dat de schending van de norm onrechtmatig is 'jegens' de benadeelde. Ik laat zien dat voor het ontstaan van deze varianten en hun vereenzelviging in de historische context van het onrechtmatige daadsrecht

in het interbellum wellicht goede reden bestond. Vandaag de dag, onder het Nieuw BW, is dat daarentegen niet meer het geval. Het compliceert de zaken juist nodeloos. Ik stel daarom voor het relativiteitsvereiste eenduidig te definiëren als het vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang. Ik definieer het relativiteitsvereiste dus in termen van door de geschonden norm te beschermen belangen, in plaats van in termen van schade waartegen de norm beoogt te beschermen. Dat is in lijn met het oorspronkelijke Schutznorm-vereiste, waarop het huidige relativiteitsvereiste teruggaat. Ik laat zien dat er bovendien een inhoudelijke reden voor is. Dit eenduidige relativiteitsvereiste zou steeds moeten worden onderscheiden van het vereiste van onrechtmatigheid, onder hantering van een abstract onrechtmatigheidsbegrip (hfdst. 2).

Vervolgens onderzoek ik of we het relativiteitsvereiste echt nodig hebben. Zijn bestaansrecht heeft door de tijd heen altijd ter discussie gestaan. In de afgelopen jaren is de leer van de redelijke toerekening van artikel 6:98 BW nadrukkelijk als alternatief naar voren geschoven. Ik betoog dat we het relativiteitsvereiste inderdaad nodig hebben, maar om een andere reden dan om te voorzien in inperking of regulering van de reikwijdte van aansprakelijkheid, zoals in de literatuur doorgaans wordt aangenomen. Die behoefte kan aanvaarding van het relativiteitsvereiste door de Hoge Raad, in 1928, bovenop de destijds bestaande vier vereisten van artikel 1401 van het Oud BW verklaren, maar niet rechtvaardigen. Aanvaarding van ieder ander vereiste of aanscherping van een van de destijds bestaande vereisten zou evengoed in inperking of regulering van de reikwijdte van aansprakelijkheid hebben geresulteerd, ten opzichte van het voordien bestaande aansprakelijkheidsregime. De ratio van het relativiteitsvereiste moet in mijn optiek worden gezocht in het relateren van geschonden norm en geschaad belang, met een normatieve redenering, als doel op zich. Dit relateren is theoretisch noodzakelijk, zo zet ik uiteen, vanwege het gebruik van het concept normschending bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid. In dit relateren van geschonden norm en geschaad belang bestaat ook de meerwaarde van het relativiteitsvereiste ten opzichte van vereisten en leerstukken, die vanuit een oogpunt van inperking of regulering van aansprakelijkheid in de loop der tijd als alternatief voor het relativiteitsvereiste zijn aangevoerd. Inclusief de veelgenoemde leer van de redelijke toerekening van artikel 6:98 BW. Ik pleit daarbij voor ‘normalisering’ van het relativiteitsvereiste. Een bepaalde reikwijdte van aansprakelijkheid in een concreet geval is van het relateren van geschonden norm en geschaad belang hooguit het gevolg en niet omgekeerd. Het relativiteitsvereiste heeft daarom niet *uit zijn aard* een meer of minder aansprakelijkheidsinperkend of -regulerend karakter dan ieder ander vereiste van de onrechtmatige daad of leerstuk van schadevergoedingsrecht (hfdst. 3).

Hierna ga ik in op de toets aan het relativiteitsvereiste bij wettelijke normen. Deze toets is een kwestie van interpretatie, zonder veel houvast. De wetgever biedt in wetstekst en wetsgeschiedenis doorgaans geen pasklaar

antwoord op de vraag of de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang van de benadeelde en kan dat ook niet doen. Zoals het debat toont, zijn de meningen verdeeld over hetgeen de rechter gegeven dit zwijgen van de wetgever te doen staat. Om een stap verder te komen, moeten twee perspectieven worden onderscheiden. Ten eerste het materieel aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief van de wenselijkheid van de uitkomst van het relativiteitsoordeel – wel of geen ‘relativiteit’ en daarmee wel of geen aansprakelijkheid – in het licht van de omstandigheden van het geval, de verhouding van partijen en eventuele ‘rechtspolitieke’ gedachten over de reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht in algemene zin zoals het ‘flood gates’-argument. Ten tweede het institutionele perspectief van de legitimiteit van het relativiteitsoordeel in het licht van de verhouding van de rechter tot de wetgever. Ik ontwikkel vervolgens een model voor het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm waarin ik dit institutionele perspectief vooropstel. Dit model houdt in dat de rechter niet werkt met een generiek, voor alle wettelijke normen geldend ‘vermoeden’ van relativiteit. Dat is onhoudbaar, zo laat ik zien, als het al uit de wetsgeschiedenis van artikel 6:163 BW zou moeten worden afgeleid. In plaats daarvan zou de rechter bij het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm in navolging van Lankhorst onderscheid moeten maken tussen de abstracte vraag naar het ‘beschermingsdoel’ of de betreffende norm naast algemene belangen ook individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen en de eventueel daarop volgende concrete vraag naar de ‘beschermingsomvang’ of het geschade belang van de benadeelde onder die individuele vermogensbelangen kan worden geschaard. Ik betoog dat er vanuit het institutionele perspectief goede reden is voor de rechter bij de vraag naar het beschermingsdoel in de regel een terughoudende opstelling te kiezen en beantwoording van deze vraag aan de wetgever over te laten. Dat kan de rechter doen door deze vraag alleen bevestigend te beantwoorden als de wetgever daarvoor in wetstekst en wetsgeschiedenis dekking biedt middels zogeheten positieve aanwijzingen. Bij de vraag naar de beschermingsomvang is er daarentegen voor de rechter in de regel geen beletsel een actieve opstelling te kiezen en beantwoording van deze vraag zelf ter hand te nemen. Hier kan de rechter dus eigen, al dan niet ‘rechtspolitieke’ keuzes maken op basis van materieel aansprakelijkheidsrechtelijke overwegingen en naar bevind van zaken in het aan hem voorgelegde geval. Ik bepleit dat de rechter dit model bij wijze van beleid telkens toepast bij het vaststellen van de relativiteit van wettelijke normen, aangevuld met de correctie-Langemeijer als bijsturingsmechanisme. Met behulp van deze correctie kan de rechter alsnog aansprakelijkheid aannemen, wanneer dit institutionele model voorschrijft dat hij oordeelt dat het relativiteitsvereiste aan aansprakelijkheid voor de enkele schending van een wettelijke norm in de weg staat, omdat de wetgever zwijgt over eventuele te beschermen individuele vermogensbelangen, maar de rechter het vanuit materieel aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief toch wenselijk acht aansprakelijkheid aan te nemen. Grondslag van aansprakelijkheid bij toepassing van

de correctie-Langemeijer is de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Het oordeel van de rechter is dan niet met diens verhouding tot de wetgever 'belast' en toegespitst op het concrete geval (hfdst. 4).

In het vervolg van het proefschrift gebruik ik dit model als ijkpunt om de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen van de Hoge Raad van grofweg de afgelopen tien jaar tegen af te zetten. Het zal niet verrassen dat de Hoge Raad dit model niet hanteert, evenmin als de fasering van Lankhorst. Maar de Hoge Raad gaat ook niet uit van een generiek vermoeden van relativiteit. Dat is in lijn met het model. Overigens laat zijn rechtspraak zich grosso modo redelijk inpassen in het model. In zaken waarin zijn relativiteitsoordeel zich in wezen situeert op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel – waaronder Duwbak Linda en Iraanse vluchteling – tekent zich een terughoudende opstelling af van de Hoge Raad. Wanneer in wetstekst en wetsgeschiedenis positieve aanwijzingen ontbreken dat de betreffende normen mede individuele vermogensbelangen beogen te beschermen, neemt hij niet aan dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan en omgekeerd. Dat betekent nog niet dat de Hoge Raad in deze zaken oordeelt dat al dan niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan, afhankelijk ervan of de wetgever al dan niet zwijgt over eventuele te beschermen individuele vermogensbelangen, maar dat is in mijn optiek afgaand op de motivering wel aannemelijk. Zij het in wisselende mate. In zaken waarin niet ter discussie staat dat de betreffende norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen en het relativiteitsoordeel zich in wezen situeert op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang – waaronder de hangmatzaak – kiest de Hoge Raad in lijn met het model een actieve opstelling. Hij maakt in deze zaken eigen keuzes al naar gelang de uitkomst die hij vanuit materieel aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief wenselijk acht. Ook en juist als de wetgever zwijgt. De relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in twee Amsterdamse prostitutiezaken laten zich daarentegen minder goed inpassen in het model. Deze relativiteitsoordelen hebben echter een status aparte. Ze worden gekleurd door de bijzondere maatstaf die de Hoge Raad in deze zaken hanteert bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid (hfdst. 5).

Ook de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State spreekt zich uit over de relativiteit van wettelijke normen in de zin van het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW, in zaken waarin de benadeelde haar verzoekt het bestuursorgaan tot schadevergoeding te veroordelen ter zake van een onrechtmatig besluit. De Afdeling hanteert niet het model en evenmin de fasering van Lankhorst. Tegelijkertijd gaat ook zij in lijn met het model niet uit van een generiek vermoeden van relativiteit. De relativiteitsoordelen van de Afdeling in een serie vreemdelingenrechtelijke zaken laten zich bovendien inpassen in het model. Zij spreekt ook uit dat zij op dit punt het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling volgt. Het relativiteitsoordeel van de Afdeling in een zaak van ruimtelijke ordening – Amelandse benzinestations – laat zich daarentegen niet inpassen in het model. Dit relati-

teitsoordeel situeert zich op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel en in wetstekst en wetsgeschiedenis van de betreffende norm ontbreekt dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen dat deze norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Toch komt de Afdeling tot een bevestigend relativiteitsoordeel. Daarmee stelt zij zich minder terughoudend op dan het model bij de vraag naar het beschermingsdoel veronderstelt. Naar het zich laat aanzien moet dit worden verklaard doordat er de Afdeling veel aan is gelegen overheidsaansprakelijkheid aan te nemen. Haar relativiteitsoordelen in twee andere zaken van ruimtelijke ordening laten zich weer wel redelijk inpassen in het model (hfdst. 6).

In het slothoofdstuk betoog ik ter beantwoording van de hoofdvraag dat bezien door de bril van mijn model de kritiek op de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen deels onterecht is en voor het overige nuancering behoeft, maar dat de rechtspraak niettemin voor verbetering vatbaar is. Ik doe voorstellen voor aanscherping van de formulering en motivering van deze rechtspraak. Daarnaast bepleit ik inhoudelijke bijstelling van de relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in de Amsterdamse prostitutiezaken en van het relativiteitsoordeel van de Afdeling in Amelandse benzinestations langs de lijnen van het model. Ook sta ik kort stil bij de eventuele implicaties van mijn bevindingen voor drie ontwikkelingen op het vlak van de relativiteit van wettelijke normen buiten het nationale aansprakelijkheidsrecht. In dat kader besteed ik kort aandacht aan relativiteitsachtige concepten in het contractenrecht. Ook ga ik in op het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste van artikel 8:69a Awb, dat door de wetgever is geïntroduceerd bij de vernietiging van een onrechtmatig besluit door de bestuursrechter, en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU. Ik rond dit proefschrift af met een slotbeschouwing (hfdst. 7).

## 1.7 VERANTWOORDING VAN HET ONDERZOEK

Dit proefschrift is zeker niet het eerste over het relativiteitsvereiste.<sup>64</sup> Niettemin zie ik ruimte voor nog een proefschrift, vanwege het actuele en controversiële karakter van het fenomeen van de relativiteit van wettelijke normen. Het proefschrift onderscheidt zich bovendien van de proefschriften van Lankhorst (1992), Wiggers-Rust (2011) en Di Bella (2014) doordat het enerzijds is toegespitst op wettelijke normen en anderzijds niet beperkt is tot overheidsaanspra-

---

64 Zie Lankhorst 1992b over het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW in algemene zin. Zie Wiggers-Rust 2011, i.h.b. p. 123-214, voor vergelijking van dit relativiteitsvereiste met het leerstuk van de ontvankelijkheid in privaatrecht en bestuursrecht en het destijds nog niet ingevoerde bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste. Zie Di Bella 2014, p. 119-158 over het privaatrechtelijke relativiteitsvereiste in zaken van overheidsaansprakelijkheid bij de burgerlijke rechter.

kelijkheid. Dit proefschrift voorziet verder in een samenhangende bespreking van de rechtspraak van zowel de Hoge Raad als de Afdeling over de relativiteit van wettelijke normen in de zin van het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW. In het slothoofdstuk besteed ik ook kort aandacht aan de implicaties van mijn bevindingen voor de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen in de zin van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste van artikel 8:69a Awb.

In de jaren waarin dit proefschrift is geschreven ging het debat over het wetenschappelijk gehalte van de rechtsgeleerdheid of, omgekeerd, het geleerdheidsgehalte van de rechtswetenschap onverkort voort. Evenals het aanpalende debat over de verhouding van rechtswetenschap en rechtspraak.<sup>65</sup> In het licht daarvan is dit proefschrift te plaatsen als verslag van monodisciplinair, dogmatisch onderzoek van wetgeving, rechtspraak en de opvattingen van anderen in de literatuur.<sup>66</sup> De methodologie is in essentie die van lezen, denken en schrijven (niet noodzakelijkerwijs in die volgorde). Het oogmerk is het debat over de relativiteit van wettelijke normen in de literatuur een stap verder te brengen met wat in essentie een groot commentaar is op de rechtspraak. Daarmee is het proefschrift hopelijk ook nog van enig nut voor 'de praktijk'. Aan structurele externe rechtsvergelijking heb ik niet gedaan, vanwege de opzet van het betoog, dat steeds verder uitdijde, en derhalve ook omwille van de omvang van dit proefschrift. Wel wordt het betoog ten aanzien van het Nederlands recht ondersteunt door en gecontrasteerd met inzichten uit het Franse, Belgische, Duitse en Engelse recht.

Voor wat betreft het gebruikte bronnenmateriaal is de waarschuwing op zijn plaats dat dit onvolledig is. Het is eenvoudigweg onmogelijk binnen het bestek van één nog enigszins behapbaar proefschrift alle Nederlandse rechtspraak die grofweg sinds 1917 in verband kan worden gebracht met het relativiteitsvereiste en alle literatuur ter zake te verwerken, afgezien nog van buitenlandse bronnen. Het gaat dus noodzakelijkerwijs om een selectie. Uiteraard heb ik er wel naar gestreefd dat de belangrijkste rechtspraak en de belangrijkste literatuur aan bod komt. Lagere rechtspraak en rechtspraak van de Hoge Raad van voor Duwbak Linda komt opnieuw omwille van de omvang van dit proefschrift echter slechts zijdelings aan bod. Bij de bestudering van het bronnenmateriaal heb ik getracht mij te houden aan de daarvoor geldende 'regels'. Ik doel dan op uitgangspunten dat 'wetsbepalingen of rechterlijke

---

65 Zie Van Klink & Poort 2013, p. 259-268, met verwijzingen, waaraan toe te voegen Smith 2009, p. 202-225.

66 Vranken 2014, p. 1728 geeft een tweedimensionale definitie van 'juridisch-dogmatische' omgang met het privaatrecht, waaronder onderzoek. Het gaat in zijn optiek om onderzoek waarbij (i) de bronnen bestaan uit 'wet- en regelgeving, rechtspraak en daarop betrekking hebbende literatuur' en (ii) de aanpak bestaat in het zoeken 'met behulp van vooral tekstanalytische methoden, praktische argumenten en redeneerwijzen naar oplossingen voor rechtsvragen die in bestaande of verzonnen situaties rijzen of zouden kunnen rijzen en, in het laatste geval, beter voorkomen kunnen worden door het vooraf goed te regelen'.

uitspraken niet eindeloos gemasseerd en opgerekt mogen worden', alsmede dat 'men rechtsvergelijkende gegevens niet één op één mag overplanten in het eigen rechtstelsel'.<sup>67</sup> Zoals Vranken zelf ook aangeeft, is het punt alleen dat over de vraag waar een beetje masseren overgaat in zelf verzinnen en wanneer een rechtsvergelijkend gegeven al te joviaal wordt overgeplant, verschillend kan worden gedacht. De lezer zij daarom kritisch, hetgeen hopelijk wordt gefaciliteerd door het opnemen van veel citaten uit het bronnenmateriaal in de hoofdttekst.

Verantwoording behoeft verder het feit dat dit proefschrift niet alleen voortbouwt op het werk van anderen, maar ook op dat van mijzelf. Voor het verschijnen van dit proefschrift heb ik over de relativiteit van wettelijke normen en met name recente rechtspraak gepubliceerd in tijdschriften en bundels.<sup>68</sup> De tekst van dit proefschrift is nieuw geschreven, maar borduurt inhoudelijk wel voort op deze publicaties. Waar nodig verwijs ik naar deze eerdere publicaties en geef ik aan hoe dit proefschrift zich daartoe verhoudt.<sup>69</sup> In algemene zin laat de verhouding van deze eerdere publicaties tot dit proefschrift zich zo samenvatten, dat die publicaties vrijwel alle zien op de toets aan het relativiteitsvereiste en/of een commentaar behelzen op een relativiteitsoordeel in een specifieke zaak. Inhoudelijk bestaan die publicaties vooral in duiding en verklaring van de betreffende relativiteitsoordelen. In dit proefschrift ga ik verder. Ik ga tevens in op de definitie en de ratio van het relativiteitsvereiste en presenteer in het kader van de toets aan het relativiteitsvereiste een model dat voorschrijft hoe de toets aan het relativiteitsvereiste moet worden verricht. Aan de hand daarvan bespreek ik twaalf relativiteitsoordelen van de Hoge Raad en vijftien relativiteitsoordelen van de Afdeling en doe ik voorstellen voor aanscherping en op onderdelen bijstelling van deze rechtspraak.

Belangrijker nog dan lezen, denken en schrijven was echter spreken over het proefschrift in aanbouw. Mijn Leidse collega's bij privaatrecht en staats- en bestuursrecht, alle rechtswetenschappers die ik in *Ars Aequi*- of *NTBR*-verband of op enigerlei symposium of congres mocht ontmoeten, maar ook familie, vrienden en mijn vriendin zijn gevraagd en ongevraagd met hele en halve ideeën en producten bestookt. Daarvoor en voor alle feedback ben ik hun allen veel dank verschuldigd. Ik noem hier met name mijn promotor, Alex Geert Castermans. Hij nam mij op sleeptouw door allerhande academische gremia en liet zich ondertussen nimmer tot wanhoop drijven door mijn intuïtieve benadering van het proces dat tot dit proefschrift moest leiden. Met name noem ik ook Hans Nieuwenhuis. Hem kan ik helaas niet meer in persoon bedanken voor alle rechtsvinding te velde, aan de lunchtafel en op de borrelvloer,

---

67 Vranken 2014, p. 1729.

68 Zie de literatuurlijst.

69 Om eventuele beschuldigingen van 'zelfplagiat' voor te zijn. Zie over dit fenomeen De Graaff & Verhey 2014, p. 323.

die ook een niet te onderschatten pijler vormt onder dit proefschrift. Verder dank ik de civilisten in Gent, Leuven en Parijs, bij wie ik te gast mocht zijn. Externe rechtsvergelijking was als gezegd als zodanig geen onderdeel van het onderzoek, maar de blootstelling aan het buitenland leverde op allerlei manieren wel veel inspiratie. Dank ben ik ten slotte ook verschuldigd aan de studenten, die bij de vakken practicum en privatissimum zaken analyseerden of bij mij hun scriptie schreven over relativiteit of een aanverwant onderwerp. Zij maakten het mogelijk onderwijs en onderzoek te combineren. Dit alles laat echter onverlet dat wat nu volgt uiteindelijk alleen te verantwoorden valt met de opmerking dat het mijn persoonlijke visie is, al heb ik die zo goed mogelijk proberen te onderbouwen en daarmee voor weerlegging vatbaar te maken. Niet minder, maar ook niet meer.<sup>70</sup>

## 1.8 TERMINOLOGIE

Dit proefschrift gaat over aansprakelijkheid voor de schending van een wettelijke norm en het fenomeen van de relativiteit van wettelijke normen dat zich daarbij naar geldend Nederlands recht voordoet. Met ‘wettelijke norm’ doel ik daarbij op de materiële regel waar justitiabelen zich aan moeten houden, die uit een bepaling in een wet is af te leiden. Ongeacht de formulering van die bepaling als gebod, verbod of anderszins als voorschrift, ongeacht eventueel daarbij vermelde publiekrechtelijke (strafrechtelijke en/of bestuursrechtelijke) of privaatrechtelijke sanctionering en ongeacht het feit dat deze in het BW of in een andere wet staat.<sup>71</sup> Onder wet versta ik wet in materiële zin. Het gaat dus om algemeen verbindende voorschriften van zowel de formele wetgever, als lagere wetgevers. Ik beoog het begrip wettelijke norm daarmee in dezelfde zin te hanteren als het begrip ‘wettelijke plicht’ van artikel 6:162 lid 2 BW.<sup>72</sup>

Opmerking verdient hierbij dat spreken van een wettelijke ‘norm’ ruimer lijkt dan spreken van een wettelijke ‘plicht’. Het woord ‘plicht’ suggereert mogelijk dat alleen de schending van een imperatief geformuleerde norm onrechtmatig zou zijn in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW en aldus zelfstandige grondslag kan zijn voor een vordering uit onrechtmatige daad. In de praktijk of althans de rechtspraak wordt de soep echter niet zo heet gegeten. Ik ben het onderscheid tussen imperatieve normen en niet-imperatieve normen daarin althans niet tegengekomen. Dat is maar goed ook. Over dit onderscheid zou eindeloos getwist kunnen worden. Temeer daar er ook zoiets bestaat als de

---

70 Het manuscript van dit proefschrift is afgesloten op 30 november 2015. Met ontwikkelingen nadien kon slechts in beperkte mate rekening worden gehouden.

71 Bij dit laatste valt te denken aan art. 1:23 Wft, dat kort gezegd bepaalt dat een in strijd met een Wft-norm verrichte rechtshandeling geldig is, tenzij in de Wft-norm anders wordt vermeld. Zie hierover Castermans & Den Hollander 2012, p. 570-571.

72 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 615 (TM).

‘indicativus normativus’ van het type ‘Deuren worden niet ingetrapt’.<sup>73</sup> Zelf zou ik zo’n norm tevens als imperatief en dus als plicht willen zien, ondanks dat er niet uitdrukkelijk staat dat het ‘verboden’ is deuren in te trappen of er met zoveel woorden een plicht wordt geformuleerd zich daarvan te onthouden.<sup>74</sup>

Vaak zal duidelijk zijn wanneer een wettelijke norm is geschonden. Soms zal de norm daarvoor echter eerst uitgelegd moeten worden. Met name in zaken van overheidsaansprakelijkheid kan zich bovendien de complicatie voordoen dat een wettelijke normen materiële vereisten geeft voor het intreden van een bepaald rechtsgevolg, maar niets vermeldt over de zorgvuldigheid waarmee een bestuursorgaan moet vaststellen of aan die vereisten is voldaan. Dit speelt bijvoorbeeld in Duwbak Linda. Het feit dat de keuring van de gezonken duwbak Linda – beweerdelijk – onzorgvuldig is verricht, levert als zodanig niet een rechtstreekse schending op van een norm uit het RosR.<sup>75</sup> De onrechtmatigheid moet dan worden gegrond in de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van het type ‘dat de keuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden uitgevoerd’.<sup>76</sup> De schending van deze ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is dan de grondslag van eventuele aansprakelijkheid. Het ligt voor de hand om in zulke gevallen voor de relativiteit van deze ongeschreven zorgvuldigheidsnorm vervolgens aansluiting te zoeken bij de relativiteit van de wettelijke ‘bevoegdheidsnorm’ waarop die ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is geënt. Zoals de Hoge Raad dat in Duwbak Linda ook doet, door terug te grijpen op de relativiteit van het RosR bij het vaststellen van de relativiteit van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht.<sup>77</sup>

Een term die verder toelichting behoeft, is uiteraard ‘relativiteit’, al dan niet in samenstelling. Voor het leerstuk van de relativiteit zijn in de loop der tijd de meest uiteenlopende alternatieve benamingen in omloop gekomen (‘Schutznormleer’, ‘normbestemmingsleer’, ‘normzweckleer’, ‘relatietheorie’,

---

73 Zie hierover Deschamps 2011, p. 39-42.

74 Zie nader over deze ‘deontische’ resp. ‘negatieve’ semantische categorieën en het Belgisch en Nederlands wetgevingsdiscours op dat punt Deschamps 2011, p. 37-49.

75 Dit speelt a fortiori als een wettelijke norm beoordelings- of beleidsvrijheid laat aan de overheid of preciezer gezegd een bestuursorgaan. Een voorbeeld hiervan biedt Vie d’Or, waarover in par. 5.6.

76 Hoewel in Duwbak Linda wellicht wel had kunnen worden betoogd dat de Staat met het – beweerdelijk – ten onrechte afgeven van het certificaat van onderzoek wel degelijk rechtstreeks in strijd met het RosR handelt, afhankelijk van de uitleg van de normen daarin. Zie par. 5.4.

77 Nog weer een andere complicatie is dat bij de risicoaansprakelijkheden uit het BW strikt genomen geen sprake is van de *schending* van een wettelijke norm, omdat de normen waarin deze risicoaansprakelijkheden zijn neergelegd ‘kanaliserende’ normen zijn. Zij wijzen enkel een bepaald persoon aan als aansprakelijke partij voor een bepaalde schadeveroorzakende gebeurtenis, onder bepaalde omstandigheden. Zie hierover nader par. 5.7.

‘betrekkelijkheidsleer’, ‘normenleer’, ‘normadequatietheorie’<sup>78</sup>). Achter deze uiteenlopende benamingen blijken ook daadwerkelijk uiteenlopende leerstukken en bijbehorende vereisten schuil te gaan. Ter voorkoming van spraakverwarring spreek ik in dit proefschrift alleen van het relativiteitsvereiste, met uitzondering van hoofdstuk 2. In dat hoofdstuk zet ik uiteen wat ik hieronder versta en in dat kader hanteer en definieer ik ook de aanpalende termen relativiteitsleer, Schutznorm-leer en Schutznorm-vereiste.

Bij wijze van schot voor de boeg vermeld ik op deze plaats alvast dat ik onder de relativiteitsleer de gedachte versta dat de schending van een wettelijke norm niet zonder meer aansprakelijkheid in het leven roept voor daardoor veroorzaakte schade, maar dat dit afhankelijk is van de relatie tussen de geschonden norm en het geschade belang van de benadeelde. In lijn hiermee definieer ik het relativiteitsvereiste als het vereiste voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad dat de door de aangesproken partij geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang van de benadeelde. Of kortweg als het vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang. Deze definitie wijkt dus af van de tekst van artikel 6:163 BW. Waarom dat zo is, bespreek ik in het nu volgende hoofdstuk.

---

78 Deze opsomming ontleen ik aan Lankhorst 1992b, p. 7.

## 2 Definitie van het relativiteitsvereiste

### 2.1 TWEE VARIANTEN

Tot nu toe werd in dit proefschrift vrij onbekommerd gesproken van hét relativiteitsvereiste. Dat spreekt echter niet vanzelf. In wetgeving, rechtspraak en literatuur zijn in de loop der jaren twee varianten van het relativiteitsvereiste door elkaar gaan lopen, die min of meer met elkaar worden vereenzelvigd. Het gaat in de eerste plaats om de variant dat de geschonden norm ‘strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden’ van het negatief geformuleerde artikel 6:163 BW:

‘Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet *strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.*’

In de tweede plaats is er de variant dat tot schadevergoeding verplicht is hij ‘jegens een ander’ een onrechtmatige daad ‘pleegt’ van artikel 6:162 lid 1 BW:

‘Hij die *jegens een ander* een onrechtmatige daad *pleegt*, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.’<sup>1</sup>

Deze laatste variant wordt in de literatuur ook geformuleerd als het vereiste dat de schending van de betreffende norm onrechtmatig is ‘jegens’ de benadeelde.<sup>2</sup>

Wat moet precies worden verstaan onder het relativiteitsvereiste? In dit hoofdstuk zoek ik uit hoe het kan dat er in wetgeving, rechtspraak en literatuur twee varianten van het relativiteitsvereiste door elkaar lopen en stel ik hier een eigen, eenduidige definitie van het relativiteitsvereiste tegenover. Ik begin bij de bron. Dit is het pleidooi van Van Geleijn Vitringa in de literatuur, in 1919, om aansprakelijkheid voor de schending van een wettelijke norm afhankelijk te maken van het vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescher-

---

<sup>1</sup> Cursivering toegevoegd in beide citaten uit het BW.

<sup>2</sup> Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 129; Groene Serie Onrechtmatige daad, art. 6:163 BW, aant. 1.1 (K.J.O. Jansen); Spier e.a. 2015, nrs. 60, 65 (G.E. van Maanen/S.D. Lindenberg). Zie nader par. 2.6.

ming van het geschade belang (par. 2.2). Dit Schutznorm-vereiste, zoals het aanvankelijk bekend kwam te staan, werd in 1928 door de Hoge Raad aanvaard in de zaak van de graaf De Marchant et d'Ansembourg. De Hoge Raad zag het nieuwe Schutznorm-vereiste daarbij niet als zelfstandig vereiste voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, maar maakte het onderdeel van het bestaande vereiste van onrechtmatigheid. De schending van een wettelijke norm was voortaan alleen nog 'onrechtmatig' in de zin van artikel 1401 BW (oud), waarin destijds de onrechtmatige daad was geregeld, als de geschonden norm strekte tot bescherming van het geschade belang (par. 2.3). Vanaf het brandstichtingsarrest ging de Hoge Raad daarbij bovendien uitspreken 'jegens' of 'tegenover' wie de schending van die norm aldus onrechtmatig was. De aanvaarding van het Schutznorm-vereiste ging zo gepaard met de introductie van een relatief onrechtmatigheidsbegrip (par. 2.4).

Bij de codificatie van deze rechtspraak in het Nieuw BW werd dit relatief onrechtmatigheidsbegrip tot zelfstandig vereiste verheven naast het Schutznorm-vereiste. De formulering van beide vereisten werd in het codificatieproces herhaaldelijk aangepast, tot de huidige formulering van artikel 6:162 lid 1 respectievelijk 6:163 BW. Daarbij wekte de wetgever uiteindelijk ook de suggestie dat het bij beide vereisten toch om één en hetzelfde vereiste ging (par. 2.5). Zo kan het dat het Schutznorm-vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang in de literatuur inmiddels min of meer wordt vereenzelvigd met het vereiste van relatieve onrechtmatigheid dat de schending van de betreffende norm onrechtmatig is jegens de benadeelde, onder de noemer van het relativiteitsvereiste. De term 'relativiteit' verdrong in de tweede helft van de twintigste eeuw de term 'Schutznorm' (par. 2.6).

De receptie van het relativiteitsvereiste overziend, bestaat er voor de vereenzelviging van het Schutznorm-vereiste en het vereiste van relatieve onrechtmatigheid in mijn optiek echter geen goede reden. Het vereiste van relatieve onrechtmatigheid blijkt uiteindelijk niet meer dan het bijproduct van de keuze van de Hoge Raad in 1928, in de zaak van graaf De Marchant et d'Ansembourg, het Schutznorm-vereiste te incorporeren in het vereiste van onrechtmatigheid. Ik laat zien dat die keuze destijds wellicht begrijpelijk was, maar onder de huidige wettelijke regeling van de onrechtmatige daad niet langer hout snijdt. Het vereiste van relatieve onrechtmatigheid is niet nodig en fungeert vandaag de dag hooguit als stoorzender, dat de zaken nodeloos complex maakt (par. 2.7).

Ik pleit er daarom voor de vereenzelviging van het Schutznorm-vereiste en het vereiste van relatieve onrechtmatigheid los te laten, het laatste vereiste te vergeten en het relativiteitsvereiste eenduidig te definiëren als het Schutznorm-vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang, zoals dat Van Geleijn Vitringa voor ogen stond. Inhoudelijk is het ook juister het relativiteitsvereiste te definiëren in termen van door de geschonden norm te beschermen belangen, in plaats van schade waartegen de norm beoogt te beschermen. Het relativiteitsvereiste moet verder, zo betoog ik, als zelfstan-

dig vereiste voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad worden onderscheiden van het vereiste van onrechtmatigheid. Bij dit laatste vereiste sta ik in plaats van een relatief onrechtmatigheidsbegrip hantering voor van een *abstract* onrechtmatigheidsbegrip. De toets aan het vereiste van onrechtmatigheid blijft daarbij beperkt tot de vaststelling of de betreffende norm al dan niet is geschonden, zonder dat daarbij een uitspraak hoeft te worden gedaan over de 'gerichtheid' van de onrechtmatigheid (par. 2.8).

Deze scheiding van relativiteit en onrechtmatigheid onder hantering van een abstract onrechtmatigheidsbegrip is ook houdbaar en zinvol in zaken waarin de onrechtmatigheid niet bestaat in de schending van een wettelijke norm, maar een rechtsinbreuk of de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm (par. 2.9). Tot besluit van dit hoofdstuk doe ik een voorstel voor hercodificatie van het relativiteitsvereiste in de regeling van de onrechtmatige daad van artikel 6:162 en 6:163 BW, die met dit alles in lijn is (par. 2.10).

## 2.2 VAN GELEIN VITRINGA, RAALTER WEG EN HET SCHUTZNORM-VEREISTE

Als bron van het relativiteitsvereiste in al zijn varianten geldt het vereiste dat Van Geleijn Vitringa in 1919 introduceerde, in zijn bijdrage 'Openbaarheid van den weg en burgerlijk recht' in het *Rechtsgeleerd Magazijn*. Aanleiding voor deze bijdrage was het oordeel van de Hoge Raad in de zaak van de Raalter weg, twee jaar eerder in 1917. Deze zaak speelde dus onder het oude BW. De toenmalige regeling van de onrechtmatige daad in artikel 1401 BW (oud) luidde:

'Elke onregtmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht, stelt dengenen door wiens schuld die schade veroorzaakt is in de verplichting om dezelve te vergoeden.'

Deze bepaling werd in Raalter weg in stelling gebracht door boer Westenenk. Deze boer Westenenk stelde schade te lijden, doordat hij een omweg moest maken naar zijn landerijen en de suikerfabriek te Lemelerveld. Dat was weer nodig vanwege het feit dat zijn dorpsgenoot Slegten, een koperslager, om onduidelijke redenen een openbare weg had afgesloten, die Westenenk placht te gebruiken. Een dergelijke afsluiting was strafbaar gesteld bij het toenmalige artikel 427, 6° Sr.<sup>3</sup> De rechtbank achtte de afsluiting onrechtmatig, veroordeelde

---

3 Deze zaak was een schaars voorbeeld van aansprakelijkheid voor de schending van een wettelijke norm uit die tijd. In de meeste gevallen waarin een wettelijke norm was geschonden kon ook aansprakelijkheid worden gevestigd wegens de inbreuk op een subjectief recht, de andere destijds gehanteerde onrechtmatigheidsrubriek. In dit geval kon dat niet, omdat het ging om de afsluiting van een openbare weg, waarop Westenenk geen subjectief recht kon doen gelden. Zie Advocaat-Generaal Besier in zijn conclusie voor HR 30 maart 1917, NJ 1917, p. 503 (Raalter weg). Zie ook Van Geleijn Vitringa 1919, p. 26-28 en Scholten 1911, p. 126.

Slegten tot het betalen van schadevergoeding en droeg hem op de weg weer begaanbaar te maken. Het hof vernietigde het vonnis van de rechtbank op het laatste punt en bevestigde het voor het overige.<sup>4</sup> Slegten ging in cassatie. Voor Advocaat-Generaal Besier was de zaak helder. Wanneer door het versperren van een weg schade wordt toegebracht, 'aan wien ook, behoort deze te worden vergoed'.<sup>5</sup> De Hoge Raad liet hier evenmin misverstand over bestaan, al wees hij nog wel op het vereiste van schuld:

'dat waar nu het plegen van dit strafbaar feit buiten twijfel is eene onrechtmatige daad, ieder, die door deze handeling schade lijdt gerechtigd is om op grond van art. 1401 B.W. tegen dengene door wiens schuld de schade is veroorzaakt de vergoeding daarvan te vorderen.'<sup>6</sup>

Dit oordeel van de Hoge Raad maakte duidelijk dat voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad op basis van de toenmalige regeling van artikel 1401 BW (oud) aan vier vereisten moest zijn voldaan: de vereisten van onrechtmatigheid, schade, causaal verband in de zin van *condicio-sine-qua-non* tussen de daad en de schade en 'schuld'.<sup>7</sup> In een poging aan aansprakelijkheid te ontkomen had Slegten zich in cassatie tevergeefs beroepen op de gelding van een nader vereiste, waaraan volgens Slegten niet was voldaan. Hij betoogde dat het hof had miskend dat de onrechtmatige daad ook nog 'tegen' de benadeelde moest zijn 'verricht'. De Hoge Raad vatte het betoog van Slegten zo samen:

'dat de pleiter voor den eischer wel heeft betoogd, dat er meer moet zijn dan de bovengenoemde [in het hierboven weergegeven citaat; PwDH] factoren om eene vordering uit onrechtmatige daad te rechtvaardigen; dat het immers onaannemelijk zoude zijn, dat een ieder, die, door welke omstandigheden dan ook, nadeel ondervindt van de door een ander begane wetsovertreding, dien ander tot schadevergoeding zou kunnen verplichten, en een juiste toepassing van art. 1401 dan ook medebrengt dit recht op schadevergoeding alleen toe te kennen aan den benadeelde *tegen wien op eenigerlei wijze de onrechtmatige daad was verricht*.'<sup>8</sup>

Slegten zou dus – zo begrijp ik het – de weg hebben moeten afsluiten met het oogmerk of voor lief nemende dat Westenenk dan een omweg zou moeten maken. Dit betoog werd door de Hoge Raad verworpen, want hij vervolgde:

---

4 De vordering tot ontruiming wees het hof af op de grond dat 'de zorg voor en het toezicht op den openbaren weg berust bij het openbaar gezag', aldus Van Geleijn Vitringa 1919, p. 24-25, onder verwijzing naar Hof Arnhem 22 december 1915, W. 9939. In cassatie kwam dit verder niet aan de orde.

5 Advocaat-Generaal Besier zijn conclusie voor Raalter weg, NJ 1917, p. 503.

6 Raalter weg, p. 504.

7 Het vereiste van schuld is opgegaan in het huidige vereiste van toerekenbaarheid (art. 6:162 lid 3 BW). Zie hierover Sieburgh 2000, p. 126-166.

8 Raalter weg, p. 504 (cursivering toegevoegd).

‘doch dat bij dit betoog uit het oog is verloren, dat uit art. 1402 B.W. blijkt, dat de onrechtmatige daad, waaruit de aansprakelijkheid ontstaat, in vele gevallen niet als tegen een bepaald persoon gericht, kan worden beschouwd.’<sup>9</sup>

Waarschijnlijk verwees de Hoge Raad hierbij naar artikel 1402 BW (oud), omdat deze bepaling duidelijk maakte dat behalve een daad ook een ‘nalaten’ of ‘onvoorzichtigheid’ grondslag kon zijn voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Artikel 1402 BW (oud) luidde:

‘Een ieder is verantwoordelijk, niet alleen voor de schade welke hij door zijne daad, maar ook voor die welke hij door zijne nalatigheid of onvoorzichtigheid veroorzaakt heeft.’

Bij een nalaten of onvoorzichtigheid ontbreekt immers het bewustzijn dat een bepaalde gedraging gepast was geweest, laat staan het bewustzijn van ‘een bepaald persoon’ tegen wie die gedraging zou kunnen zijn ‘gericht’.<sup>10</sup> Hoe dit ook zij, de Hoge Raad hield in Raalter weg dus vast aan de vier vereisten van artikel 1401 BW (oud). Was daaraan voldaan, dan was aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad gevestigd.

Van Geleijn Vitringa kon zich hierin niet vinden, zo blijkt uit zijn bijdrage in het *Rechtsgeleerd Magazijn*. Hij was het in zoverre eens met het betoog van Slegten dat de schending van een wettelijke norm ook in zijn optiek niet zonder meer aansprakelijkheid in het leven zou moeten roepen voor daardoor veroorzaakte schade. Van Geleijn Vitringa probeerde de verwerping van het betoog van Slegten dat de onrechtmatige daad ‘tegenover’ de benadeelde moest zijn ‘verricht’ door de Hoge Raad dan ook te bagatelliseren:

‘Daarmede is niet gezegd en zeker ook niet bedoeld, dat als grondslag voor de vordering tot schadevergoeding onder alle omstandigheden voldoende is, dat één zelfde daad èn strafbaar is èn aan een ander schade veroorzaakt.’<sup>11</sup>

---

9 Raalter weg, p. 504. In de literatuur is het oordeel van de Hoge Raad in Raalter weg vanwege deze overweging te boek komen te staan als exponent van de zogeheten ‘absolute’ opvatting van onrechtmatigheid, waarin een onrechtmatige daad en dus ook de schending van een wettelijke norm onrechtmatig is ‘jegens een ieder’ (zie bijv. Lankhorst 1992b, p. 15-17 en Den Hollander 2011b, p. 338-339). Dit lijkt mij toch niet terecht. De Hoge Raad wijst in mijn optiek in Raalter weg eerst en vooral het betoog van Slegten van de hand om de vestiging van *aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* afhankelijk te maken van een nader vereiste. Voor zover hij zich uitspreekt over het karakter van de onrechtmatigheid houdt hij hooguit een ‘relatief’ onrechtmatigheidsbegrip af. De Hoge Raad verwerpt het betoog van Slegten dat ‘de onrechtmatige daad (...) tegen een bepaald persoon [is] gericht’. Dat is nog iets anders dan dat hij een absoluut onrechtmatigheidsbegrip omarmt. De opvatting van de Hoge Raad kan ook samengaan met een abstract onrechtmatigheidsbegrip, waarin de schending van een wettelijke norm eenvoudigweg onrechtmatig is, waarover in par. 2.8.

10 Evenzo Van Maanen 1986, p. 112 en 149. Zie ook Lankhorst 1992b, p. 16 en noot 29.

11 Van Geleijn Vitringa 1919, p. 29.

Aansprakelijkheid voor de schending van een wettelijke norm zou ook volgens Van Geleijn Vitringa afhankelijk moeten zijn van een nader vereiste. Hij had echter een ander vereiste voor ogen dan Slegten. Beplette Slegten met het vereiste dat de onrechtmatige daad als gedraging ‘tegenover’ de benadeelde moet zijn ‘verricht’ een vereiste met een feitelijk karakter, het vereiste dat Van Geleijn Vitringa voorstond had veeleer een juridisch karakter. Het zag op de geschonden norm.<sup>12</sup> Aansprakelijkheid voor de schending van een wettelijke norm zou volgens Van Geleijn Vitringa afhankelijk moeten zijn van het vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang:

‘Stellig moet dit voorbehoud worden gemaakt, dat het belang, waaraan de schade is toegebracht, tevens is het belang, tot bescherming waarvan het overtreden wetsvoorschrift strekt. Wat de H.R. verstaat onder schending van rechtsplicht, noemt art. 823 lid 2 van het Duitsche burgerlijk wetboek “verstossen gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz”. Slechts aan dien ander, wiens bescherming de wet beoogt, niet aan een ieder die door de overtreding schade geleden heeft, komt de vordering tot vergoeding toe, die dit artikel geeft. Dat zal ook bij de toepassing van art. 1401 B.W. moeten gelden (...).’<sup>13</sup>

Zoals het citaat toont, liet Van Geleijn Vitringa zich inspireren door het Duitse onrechtmatige daadsrecht.<sup>14</sup> Volgens artikel 823 BGB roept niet alleen de inbreuk op een in het eerste lid van deze bepaling opgenomen subjectief recht een verplichting tot schadevergoeding in het leven. Op grond van het tweede lid van deze bepaling doet ook de schending van een wettelijke norm dat, voor zover de geschonden wettelijke norm een ‘Schutznorm’ is:

‘Die gleiche Verpflichtung [de verplichting tot schadevergoeding; PwAH] trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. (...).’<sup>15</sup>

De gedachte van Van Geleijn Vitringa dat aansprakelijkheid voor de schending van een wettelijke norm afhankelijk zou moeten zijn van de relatie tussen de geschonden norm en het geschade belang kwam aanvankelijk dan ook vooral

12 Het is dus niet terecht beide vereisten te vereenzelvigen, zoals R.J. Polak 1941, p. 423, noot 1 deed, evenals Langemeijer 1940a, p. 424. Vgl. Van den Brandhof 1968, p. 166.

13 Van Geleijn Vitringa 1919, p. 29 (cursivering toegevoegd).

14 Overigens was Van Geleijn Vitringa niet de eerste die over het Duitse Schutznorm-vereiste schreef. Zie eerder Drucker 1912, p. 29-30 en p. 36-38.

15 De door mij gecursiveerde zinsnede ‘ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz’ is een verkorte weergave van de gedachte dat de schending van een wettelijke norm alleen aansprakelijkheid in het leven roept ‘gegenüber dem Beschädigten zu dessen Schutze das verletzte Gesetz bestimmt ist’. Zie Smits 1938, p. 445, onder verwijzing naar Protokolle der Kommission für die II. Lesung Bd. II, p. 569.

bekend te staan als de Schutznorm-leer.<sup>16</sup> Het bijbehorende vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang kwam om dezelfde reden bekend te staan als het Schutznorm-vereiste.<sup>17</sup> Elf jaar na zijn introductie door Van Geleijn Vitringa werd dit Schutznorm-vereiste door de Hoge Raad aanvaard.

### 2.3 AANVAARDING VAN HET SCHUTZNORM-VEREISTE DOOR DE HOGE RAAD

Het Schutznorm-vereiste werd door de Hoge Raad aanvaard in de zaak van de graaf De Marchant et d'Ansembourg, in 1928. Deze graaf sprak de Staat aan tot vergoeding van de schade die hij stelde te lijden als gevolg van de aanwijzing ter onteigening van een deel van zijn Zuid-Limburgse landerijen. De landerijen moesten wijken voor uitbreiding en nieuwbouw van de eveneens aldaar gevestigde Staatsmijnen. De uitbreidings- en nieuwbouwplannen waren echter onvoldoende uitgewerkt ter inzage gelegd. Dat was in strijd met artikel 12 van de toenmalige Onteigeningswet. Het koninklijk besluit houdende de aanwijzing ter onteigening was daarom nietig en de onteigening ging niet door. Ondertussen was echter wel het publiek 'in den waan' gebracht dat de landerijen onteigend zouden worden, zo stelde de graaf. Hij had deze landerijen zodoende niet kunnen verkopen 'althans niet zonder groot nadeel'. Dit terwijl zich in die periode een grote prijsdaling had voorgedaan. In plaats daarvan had de graaf zijn landerijen slechts kunnen verhuren en dat 'voor abnormaal lage prijzen'.<sup>18</sup>

De rechtbank achtte de Staat aansprakelijk voor de met de Onteigeningswet strijdige aanwijzing ter onteigening, nu de graaf daardoor in de 'vruchtbare beschikking' over zijn eigendom was aangetast. Meer dan in de schending van een wettelijke norm leek de rechtbank de onrechtmatigheid dus te zoeken

---

16 Zie in deze zin bijv. Vigelius 1935, p. 841; Slagter 1952, p. 271 en Asser/Rutten III (1968), p. 473-474. Zie ook Langemeijer 1940a, p. 385-386.

17 Vgl. de uitgebreidere formuleringen van Vigelius 1935, p. 839, die het Schutznorm-vereiste formuleerde als het vereiste dat de 'schade moest zijn geleden in het belang, dat de overtreden norm wil beschermen' en Telders 1949, p. 96, die sprak van het vereiste 'dat de (geschreven of ongeschreven) norm, welker overtreding de daad tot een onrechtmatige stempelt, gesteld zij ter bescherming van het belang, dat door de daad is gelaedeerd'. De Haan 1940, p. 592 en Kist 1941, p. 301 spraken kortweg van de 'leer van het door de norm beschermde belang' en Van der Ven 1941, p. 381 sprak van het vereiste dat 'de overtreden norm mede het geschade belang beoogt te beschermen'.

18 De graaf voerde ook nog – tevergeefs – aan dat, voor zover de aanwijzing wel rechtsgeldig mocht zijn geweest, het optreden van de Staat in strijd was met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. HR 25 mei 1928, *NJ* 1928, p. 1688-1694, m.nt. E.M. Meijers (De Marchant et d'Ansembourg/Staat), p. 1691.

in de inbreuk op het eigendomsrecht van de graaf.<sup>19</sup> Het hof wees de vordering van de graaf echter af, op grond van een redenering die nadien bekend zou komen te staan als de zogeheten leer-Demogue-Besier, daarin bijgevalen door de advocaat-generaal.<sup>20</sup> De Hoge Raad verwierp de tegen het oordeel van het hof gerichte cassatieklachten. Hij kwam echter langs een andere weg tot het oordeel dat de Staat niet aansprakelijk was voor de schade van de graaf:

‘dat eischers echter ten onrechte in aanwijzing ter onteigening, zonder voorafgaande naleving van art. 12 der Onteigeningswet, een onrechtmatige daad in den zin van artikel 1401 B.W. zien;

dat toch de strekking van art. 12 der Onteigeningswet niet is om den eigenaar te beschermen tegen nadeelen, die mochten voortvloeien uit de aanwijzing van zijn goed ter onteigening, doch de bij dat artikel voorgeschreven ter inzagelegging slechts is een van de waarborgen, waarmede de wet de uitoefening van het recht tot onteigenen heeft omkleed, teneinde den eigenaar te beschermen tegen ongerechtvaardigde ontzetting uit zijn eigendom, wat medebrengt dat de werking van dit voorschrift zich beperkt tot die bescherming, zoodat niet naleving daarvan geen ander rechtsgevolg kan hebben dan dat nu aan den eigenaar zijn goed niet kan worden ontnomen.’<sup>21</sup>

De Staat was dus niet aansprakelijk voor de schade die de graaf stelde te lijden door de schending van artikel 12 van de toenmalige Onteigeningswet. Deze norm strekte naar het oordeel van de Hoge Raad tot bescherming tegen ‘ongerechtvaardigde ontzetting uit zijn eigendom’ en niet tot bescherming van het geschade belang van de graaf, gevrijwaard te blijven van ‘nadeelen, die mochten voortvloeien uit de aanwijzing van zijn goed ter onteigening’. De Hoge Raad maakte aansprakelijkheid voor de schending van een wettelijke norm dus afhankelijk van de relatie tussen geschonden norm en geschaad belang en meer concreet van het vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang.<sup>22</sup> Daarmee aanvaardde hij het Schutznormvereiste. Dat constateerde ook Telders, volgens wie de Hoge Raad ‘er terstond reeds een zeer verfijnde toepassing’ aan had gegeven.<sup>23</sup>

19 In cassatie ging het alleen nog om de schending van art. 12 van de toenmalige Onteigeningswet en niet meer om een inbreuk op het eigendomsrecht van de graaf. Volgens Telders 1949, p. 99 was dit vanwege de ‘cassatie-technische kneep’ dat in het cassatiemiddel niet art. 625 BW (oud) als (eveneens) geschonden norm was vermeld. Telders meende overigens ook dat dit geen verschil had gemaakt, omdat van ‘aantasting’ van het eigendomsrecht geen sprake zou zijn.

20 Zie over het oordeel van het hof en de conclusie van Advocaat-Generaal Besier par. 3.7.

21 De Marchant et d’Ansembourg/Staat, p. 1692.

22 In deze zin ook Smits 1938, p. 433.

23 Zie Telders 1929, p. 187 en Smits 1938, p. 434. Anders Van Maanen 1986, p. 196, die aanvaarding van deze leer in De Marchant et d’Ansembourg/Staat ‘nog niet zeer duidelijk’ acht. Volgens Milo 1997, p. 26 kan het oordeel van de Hoge Raad ook als ‘enge’ interpretatie van art. 12 Onteigeningswet worden gezien.

Waarom de Hoge Raad in de zaak van de graaf De Marchant et d'Ansembourg tot aanvaarding van het Schutznorm-vereiste overging, lichtte hij niet toe. In het volgende hoofdstuk ga ik op die vraag nader in.<sup>24</sup> Waar het mij in dit hoofdstuk om gaat, is de wijze waarop de Hoge Raad het Schutznorm-vereiste dogmatisch inpaste. Opvallend zijn wat dat betreft de eerste twee regels van het bovenstaande citaat. De Hoge Raad overwoog dat 'eischers' – de erfgenamen van de graaf – in de schending van artikel 12 Onteigeningswet (oud) 'ten onrechte (...) een onrechtmatige daad in den zin van artikel 1401 B.W. zien'. Kennelijk zag de Hoge Raad het Schutznorm-vereiste dus niet als separaat vereiste, naast de vereisten van onrechtmatigheid, schade, causaal verband tussen daad en schade en schuld. Hij oordeelde dat de schending van deze wettelijke norm door de Staat niet onrechtmatig was, *omdat* deze norm niet strekte tot bescherming van het geschade belang van de graaf.<sup>25</sup> De Hoge Raad maakte het nieuwe Schutznorm-vereiste dus onderdeel van het bestaande vereiste van onrechtmatigheid.<sup>26</sup> Voortaan was de schending van een wettelijke norm alleen nog onrechtmatig, als de betreffende norm strekte tot bescherming van het geschade belang.

Deze incorporatie van het Schutznorm-vereiste in het vereiste van onrechtmatigheid werd bevestigd in de rechtspraak van de Hoge Raad uit de jaren dertig. In die rechtspraak ging hij bovendien ook uitspreken of de aangesproken partij onrechtmatig handelde 'tegenover' of 'jegens' de benadeelde, afhankelijk van het feit of de geschonden norm al dan niet strekte tot bescherming van diens geschade belang. Het Schutznorm-vereiste raakte zo gekoppeld aan een relatief onrechtmatigheidsbegrip.

#### 2.4 SCHUTZNORM-VEREISTE EN RELATIEF ONRECHTMATIGHEIDSBEGRIJ

Ook in de rechtspraak die volgde op de zaak van de graaf De Marchant et d'Ansembourg zag de Hoge Raad het Schutznorm-vereiste als onderdeel van het vereiste van onrechtmatigheid. Dat blijkt uit het nu te bespreken brandstichtingsarrest van 1930. In afwezigheid van Vonk stak diens echtgenote 'zonder zijn voorkennis of goedkeuring' hun huis in brand. Zij werd daarvoor strafrechtelijk veroordeeld en Vonk vroeg zijn verzekeraar om uitkering ter waarde van de brandschade (f 900). De Overijsselsche Onderlinge Brandwaarborg Maatschappij voor Gebouwen weigerde echter uitkering en beriep zich op verrekening. De verzekeraar redeneerde dat Vonk met zijn echtgenote in gemeenschap van goederen was getrouwd en diens echtgenote met de brandstichting een onrechtmatige daad had gepleegd, waardoor de verzekeraar schade leed. Zonder de brandstichting zou de verzekeraar immers geen uit-

---

24 Zie par. 3.3.

25 Zo ook Smits 1938, p. 435 en noot 15.

26 Evenzo Lankhorst 1992b, p. 65-73.

kering aan Vonk hoeven te doen. De verzekeraar had daarom een vordering van dezelfde omvang op Vonk uit onrechtmatige daad, als hij op de verzekeraar had uit de verzekeringspolis.

De rechtbank ging niet mee in deze redenering van de verzekeraar, maar het hof wel. Naar het oordeel van het hof had de brandstichtende echtgenote van Vonk in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm en daarmee onrechtmatig gehandeld. Het hof nam dus aansprakelijkheid aan van de echtgenote op grond van de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Dat kon sinds *Lindenbaum/Cohen*, in 1919, waarin de Hoge Raad de zogeheten ruime opvatting van onrechtmatigheid had aanvaard. In deze ruime opvatting was niet langer alleen de inbreuk op een subjectief recht of de schending van een wettelijke norm onrechtmatig, maar ook een handelen of nalaten in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt (of in strijd met de goede zeden). De Hoge Raad had deze nieuwe onrechtmatigheidsrubriek in *Lindenbaum/Cohen* zo gedefinieerd dat de rechter zich bij het formuleren van de geschonden zorgvuldigheidsnorm uit moest spreken over de vraag op wie of op wiens goed deze norm zag. De rechter moest vaststellen of sprake was van een 'handelen of nalaten, dat (...) indruischt (...) tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt *ten aanzien van eens anders persoon of goed*', aldus de Hoge Raad.<sup>27</sup> Zodoende oordeelde het hof in de brandstichtingszaak dat de echtgenote van Vonk niet de zorgvuldigheid in acht had genomen die in het maatschappelijk verkeer betaamt 'ten aanzien van eens anders goed, met name hier ten aanzien van de stoffelijke belangen der Maatschappij, die het huis tegen brandschade had verzekerd'.<sup>28</sup>

Dit zal er de reden van zijn dat Vonk in cassatie klaagde over het oordeel van het hof dat de brandstichting geen onrechtmatige daad was 'jegens' de verzekeraar.<sup>29</sup> Anders dan het hof zocht de Hoge Raad de onrechtmatigheid van het handelen van de echtgenote van Vonk niet alleen in de schending van een 'zedelijken' ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, maar ook in de schending van niet nader genoemde wettelijke normen:

'dat de echtgenote van Vonk door die handeling [de brandstichting; PWdH] te verrichten *regelen van zedelijken en wettelijken aard* heeft overtreden, maar regelen, die strekken tot bescherming van andere belangen dan dat waarin de verzekeraar is geschaad;  
dat daarom deze aan de overtreding van die regelen geen vordering kan ontleenen tot vergoeding van de schade, die hij lijdt in het belang om geen verzekeringsom te behoeven uit te keeren'.<sup>30</sup>

---

27 HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161-163, W. 10365, m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*; cursivering toegevoegd).

28 HR 24 januari 1930, *NJ* 1930, p. 299-306, m.nt. E.M. Meijers (brandstichting), p. 302.

29 Brandstichting, p. 301.

30 Brandstichting, p. 303 (cursivering toegevoegd).

De geschonden zedelijke en wettelijke normen strekken niet tot bescherming van het geschade belang van de verzekeraar 'om geen verzekeringsom te behoeven uit te keeren', maar van 'andere belangen' die de Hoge Raad niet nader omschreef. Vervolgens honoreerde hij de klacht van Vonk. De Hoge Raad volgde daarbij de bewoordingen van het – op de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm toegesneden – cassatiemiddel. Aldus oordeelde hij dat de brandstichting geen onrechtmatige daad opleverde 'jegens' de verzekeraar:

'dat mitsdien gegrond is de eerste bij het middel te berde gebrachte grief, dat het Hof aan de Maatschappij de vordering wegens onrechtmatige daad heeft toegewezen, hoewel die daad *jegens haar* niet onrechtmatig was.'<sup>31</sup>

De Hoge Raad oordeelde in de brandstichtingszaak dus niet alleen dat de schending van de geschonden ongeschreven zorgvuldigheidsnormen en wettelijke normen door de echtgenote van Vonk niet onrechtmatig was, omdat de door de echtgenote geschonden normen niet strekken tot bescherming van het geschade belang van de verzekeraar. Hij voegde hieraan toe dat om dezelfde reden de 'daad' van de echtgenote niet onrechtmatig was 'jegens' de verzekeraar.

Overigens realiseerde de Hoge Raad zich dat de uitkomst opmerkelijk was dat de brandstichtende echtgenote niet aansprakelijk was voor de schade van de verzekeraar, zodat verrekening niet mogelijk was en de verzekeraar Vonk dus uitkering moest doen. De Hoge Raad tekende uitdrukkelijk aan dat het anders was geweest, als was komen vast te staan dat de echtgenote zich met opzettelijke brandstichting had willen bevoordelen. Zij zou in dat geval een andere norm hebben geschonden, die wel strekte tot bescherming van de verzekeraar: de 'zedelijken plicht, om niet zonder redelijke grond aan een ander opzettelijk nadeel toe te brengen'. Ook zou de echtgenote dan in strijd met artikel 328 Sr hebben gehandeld, 'welk voorschrift', aldus de Hoge Raad, 'ongetwijfeld strekt tot bescherming van het belang van den verzekeraar'.<sup>32</sup> Bovendien merkte hij nog op dat doorgaans dergelijke 'ongewenschte gevolgen' worden voorkomen door subrogatie van de verzekeraar in de rechten van de verzekerde, die destijds op grond van artikel 248 van het toenmalige Wetboek van Koophandel met uitkering aan de verzekerde gepaard ging.<sup>33</sup> Dat kon echter niet voorkomen dat het oordeel van de Hoge Raad in de brandstich-

31 Brandstichting, p. 303 (cursivering toegevoegd).

32 Brandstichting, p. 303. Meijers merkt in zijn noot onder Brandstichting, NJ 1930, p. 306 op dat de Hoge Raad dus blijkbaar opzet vereenzelvigde met het 'oogmerk' van de echtgenote de verzekeraar te benadelen en kennelijk niet een vorm van voorwaardelijk opzet wilde aanvaarden.

33 In deze zaak 'werkte' deze constructie niet, nu Vonk vanwege de gemeenschap geen vordering op zijn echtgenote kreeg, zodat van subrogatie geen sprake kon zijn.

tingszaak kritisch werd ontvangen en niet bijdroeg aan de populariteit van het Schutznorm-vereiste.<sup>34</sup>

Ook in de zaak van de Stoomtramweg Maatschappij Antwerpen-Bergen op Zoom-Tholen, in 1931, sprak de Hoge Raad zich uit over de vraag jegens wie de schending van een wettelijke norm onrechtmatig was, op basis van de toets aan het Schutznorm-vereiste. Zij het in net andere bewoordingen. Deze Stoomtramweg Maatschappij was concessiehouder van het traject Bergen op Zoom-Tholensche Veer en daarmee gerechtigd tot exclusieve exploitatie van deze verbinding. Niettemin exploiteerde de Oud-Vossemeerse rijwielhersteller Klippel samen met een zekere Hendrikse zonder vergunning een autobusdienst op hetzelfde traject.<sup>35</sup> De Stoomtramweg Maatschappij sprak hierop Klippel aan tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad ter zake van oneerlijke concurrentie. De rechtbank wees de vordering van de Stoomtramweg Maatschappij toe en dat deed ook het hof. Het hof oordeelde dat Klippel 'tegenover' de Stoomtramweg Maatschappij een onrechtmatige daad had gepleegd door inbreuk te maken op een 'haar uitsluitend toekomend recht', zoals de Hoge Raad het oordeel van het hof weergaf.

In cassatie kwam de aansprakelijkheid van Klippel in het teken te staan van de schending van de toenmalige Wet op de openbare middelen van vervoer. De Hoge Raad oordeelde onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis, waaruit hij letterlijk citeerde, dat artikel 1 van deze wet, als grondslag van het concessiestelsel, strekte tot bescherming tegen 'ongebreidelde concurrentie':

'dat immers het voorschrift, betreffende de vergunning voor het vervoer van personen met autobussen in art. 1 der aangehaalde wet, zooals ook uit de geschiedenis blijkt, ten doel heeft om te voorkomen "dat door onjuiste of te ruime voorziening met vervoermiddelen de duurzame verkeersbehoeften worden geschaad", met andere woorden: om te waken tegen ongebreidelde en op den duur schadelijke concurrentie.'<sup>36</sup>

Om daaruit af te leiden dat deze norm 'dus' ook beoogde te beschermen tegen oneerlijke concurrentie door een autobusdienst zonder vergunning:

34 Naast Meijers in zijn noot onder Brandstichting, *NJ* 1930, p. 303-306 toonden zich over de brandstichtingszaak eveneens kritisch Wertheim 1930, p. 119; Vigelius 1935, p. 841; Lange-meijer 1940a, p. 390-392; Telders 1949, p. 102-103; Slagter 1952, p. 291-292. Zie recent over deze zaak Van Zwieten 2014, p. 185.

35 Om dezelfde reden sprak ook in HR 19 juni 1931, *NJ* 1931, p. 1301-1303 'autobusondernemer' Van de Klundert het duo Klippel en Hendrikse aan uit onrechtmatige daad. In die zaak kwam het niet tot een inhoudelijk oordeel van de Hoge Raad, omdat de cassatiedagvaarding te laat was uitgebracht.

36 HR 19 juni 1931, *NJ* 1931, p. 1303-1306, m.nt. Paul Scholten (stoomtramconcessie), p. 1305.

‘dat hier de wet dus, omdat zij dit noodig acht in het openbaar belang, ondernemers van openbare middelen van personenvervoer beschermt tegen concurrentie van autobusdiensten, die zonder vergunning mochten worden geëxploiteerd.’<sup>37</sup>

Naar het oordeel van de Hoge Raad strekte artikel 1 van de Wet op de openbare middelen van vervoer dan ook tot bescherming van het geschade belang van de Stoomtramweg Maatschappij om geen nadeel te ondervinden van de concurrentie van de autobusdienst van Klippel. Dat had ook Advocaat-Generaal Berger geconcludeerd. De Hoge Raad verbond aan dit gegeven bovendien de gevolgtrekking dat Klippel dus een onrechtmatige daad pleegde. Waaraan hij toevoegde dat het ging om een onrechtmatige daad ‘gepleegd tegenover’ de Stoomtramweg Maatschappij, in het spoor van het cassatiemiddel van Klippel:

‘dat daaruit volgt, dat het Hof terecht heeft aangenomen, dat Klippel, door zonder vergunning voormelden autobusdienst te onderhouden, *een onrechtmatige daad heeft gepleegd tegenover de verweerder*, die in haar bedrijf nadeel heeft ondervonden van de concurrentie door dien autobusdienst haar aangedaan.’<sup>38</sup>

Het Schutznorm-vereiste stond er zo niet aan in de weg dat Klippel aansprakelijk was voor de schade van de Stoomtramweg Maatschappij.

In de zaak van de Cuykse keurmeester, in 1935, stond het Schutznorm-vereiste evenmin aan aansprakelijkheid in de weg. Van Lent was volgens de regels benoemd tot hulpkeurmeester van vlees in de gemeente Cuyk, maar de burgemeester weigerde de bij gemeentelijke verordening voorgeschreven beëdiging uit te voeren. Hierop sprak Van Lent de gemeente aan uit onrechtmatige daad. Bij de rechtbank ving hij bot, maar het hof wees zijn vordering tot schadevergoeding toe. De Hoge Raad oordeelde dat, hoewel de plicht tot beëdiging niet ‘in het belang van den benoemde’ in het leven was geroepen, de weigering van de burgemeester Van Lent ‘rechtstreeks in zijn belang trof’. Zonder de beëdiging kon hij zijn keuringswerkzaamheden niet aanvangen. Waarop de Hoge Raad vervolgde:

‘dat onder die omstandigheden ook dit belang bescherming vindt in het wettelijk voorschrift, dat den Burgemeester verplicht om van Lent te beëdiggen, zoodat de weigering van den Burgemeester om dien plicht te vervullen, ook tegenover van Lent een onrechtmatige daad in den zin van art. 1401 B.W. is.’<sup>39</sup>

---

37 Stoomtramconcessie, p. 1305.

38 Stoomtramconcessie, p. 1305 (cursivering toegevoegd).

39 HR 24 mei 1935, *NJ* 1935, p. 1497-1501, m.nt. E.M. Meijers (Cuykse keurmeester). Zie nader over dit relativiteitsoordeel Wiggers-Rust 2011, p. 144-145, die erop wijst dat Meijers in zijn noot meende dat daarmee een ernstige bres in het relativiteitsvereiste werd geslagen. Wiggers-Rust brengt het relativiteitsoordeel mede in het licht van het commentaar van Meijers ook in verband met de correctie-Langemeijer, waarover in par. 4.10.

Ook in deze zaak sprak de Hoge Raad zich dus uit over de vraag ten aanzien van wie de onrechtmatigheid bestond, op basis van de toets het Schutznorm-vereiste. De plicht tot beëdiging strekte tot bescherming van het geschade belang van de keurmeester Van Lent, zodat de weigering die plicht na te komen een onrechtmatige daad opleverde 'tegenover' deze keurmeester.

Zo ging in de rechtspraak van de jaren twintig en dertig aanvaarding van het Schutznorm-vereiste gepaard met de introductie van een relatief onrechtmatigheidsbegrip. De Hoge Raad sprak zich niet alleen uit over de vraag of de geschonden norm strekte tot bescherming van het geschade belang, maar in het verlengde daarvan ook over de vraag ten aanzien van wie de eventuele onrechtmatigheid bestond. De onrechtmatige daad of preciezer gezegd de schending van een wettelijke norm was dus voortaan alleen nog onrechtmatig 'jegens' (brandstichtingszaak) of 'tegenover' de benadeelde (Cuykse keurmeester) of althans werd daarmee alleen 'tegenover' die benadeelde een onrechtmatige daad 'gepleegd' (stoomtramconcessie), als de geschonden norm strekte tot bescherming van diens geschade belang. Het Schutznorm-vereiste en dit relatief onrechtmatigheidsbegrip waren dus inhoudelijk gekoppeld. In het Nieuw BW werden zij echter als afzonderlijke vereisten gecodificeerd.

## 2.5 CODIFICATIE IN HET NIEUW BW

Zowel het Schutznorm-vereiste als het relatief onrechtmatigheidsbegrip werd gecodificeerd in het Nieuw BW. In de Toelichting-Meijers werden beide daarbij als afzonderlijke vereisten of 'voorwaarden' voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad geïdentificeerd:

'In navolging van de rechtspraak van de Hoge Raad en van de hoogste rechtscolleges in andere landen stelt het ontwerp voor toewijzing van een vordering tot schadevergoeding ter zake van onrechtmatige daad naast de vereisten van onrechtmatigheid van de daad, van mogelijkheid tot toerekening van die daad aan de gedaagde en van voorzienbaarheid van de ten gevolge van de daad te lijden schade nog twee extra voorwaarden: 1. de onrechtmatige daad moet jegens de eiser zijn gepleegd (...); 2. indien de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de eiser die in concreto heeft geleden, omvat de verplichting tot vergoeding niet die schade (...).'<sup>40</sup>

Dit is opvallend.<sup>41</sup> Het relatief onrechtmatigheidsbegrip was in de hiervoor besproken rechtspraak van de Hoge Raad inhoudelijk steeds gekoppeld aan het Schutznorm-vereiste. Of de schending van een wettelijke norm al dan niet onrechtmatig was jegens de benadeelde, was afhankelijk van de vraag of de

---

40 Parl. Gesch. Boek 6, p. 630 (TM; cursivering toegevoegd).

41 In deze zin ook Schut 1963, p. 312.

geschonden norm strekte tot bescherming van het geschade belang en daarmee afhankelijk van de toets aan het Schutznorm-vereiste. Van een zelfstandig 'vereiste' van relatieve onrechtmatigheid kon dus nauwelijks worden gesproken.

De formulering van beide vereisten in de Toelichting-Meijers week bovendien af van die in de rechtspraak van de Hoge Raad. Bij het vereiste van relatieve onrechtmatigheid dat 'de onrechtmatige daad (...) jegens de eiser [moet] zijn gepleegd' hield deze het midden tussen de formulering van de Hoge Raad in de brandstichtingszaak (onrechtmatig 'jegens' de benadeelde), de zaak van de stoomtramconcessie (een onrechtmatige daad die 'tegenover' de benadeelde wordt 'gepleegd') en die van de Cuykse keurmeester (een onrechtmatig daad 'tegenover' de benadeelde). De formulering deed echter nog het meest denken aan het vereiste waarmee Slegten tevergeefs aan aansprakelijkheid probeerde ontkomen in Raalter weg. Hij betoogde in cassatie dat de onrechtmatige daad 'tegenover' de benadeelde moest zijn 'verricht'.<sup>42</sup> Aan die gelijkenis moet echter geen waarde worden gehecht. In de Toelichting-Meijers werd benadrukt dat met het vereiste dat de onrechtmatige daad jegens de eiser moet zijn gepleegd niet werd bedoeld op het vereiste dat Slegten voorstond. Ondanks de terminologische gelijkenis zag de Toelichting-Meijers blijkbaar op een ander vereiste. In een voetnoot wordt over de 'regel dat (...) de gedaagde door zijn door de rechtsorde verboden gedraging een onrechtmatige daad jegens eiser, althans mede jegens eiser, moet hebben gepleegd' opgemerkt:

'Dit is niet hetzelfde als het vereiste dat de onrechtmatige daad tegen de eiser gericht moet zijn geweest, welk vereiste terecht door de Hoge Raad (30 maart 1917, W. 10184 [Raalter weg; PWdH]) is verworpen met een beroep op het feit, dat bij culpose gedragingen van een gericht zijn tegen een bepaalde persoon meestal niet gesproken kan worden.'<sup>43</sup>

Aan de formulering van het Schutznorm-vereiste in de Toelichting-Meijers valt op dat deze negatief is: 'indien de geschonden norm *niet* strekt tot bescherming tegen de schade zoals de eiser die in concreto heeft geleden, omvat de verplichting tot vergoeding *niet* die schade'.<sup>44</sup> Deze negatieve formulering werd evenmin toegelicht. Mogelijk speelt hier een rol dat het Schutznorm-vereiste in de zaak van de graaf De Marchant et d'Ansembourg 'negatief' op het toneel van het positieve recht verscheen. In de eerste zaak waarin hij aan het vereiste toetste, oordeelde de Hoge Raad dat het aan aansprakelijkheid in de weg stond. Maar dat was zeker niet steeds het geval, zoals de zaken van de stoomtramconcessie en de Cuykse keurmeester tonen. Later is deze

---

<sup>42</sup> Zie par. 2.2.

<sup>43</sup> Parl. Gesch. Boek 6, p. 631 (TM), noot 8.

<sup>44</sup> Cursivering toegevoegd.

negatieve formulering in de literatuur ook wel in verband gebracht met het generieke ‘vermoeden’ van relativiteit, dat de BW-wetgever volgens sommigen in het leven zou hebben willen roepen. De rechter zou op grond van dit ‘vermoeden’ bij de toets aan het relativiteitsvereiste steeds moeten aannemen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan, behoudens aanwijzingen van de wetgever van het tegendeel.<sup>45</sup>

De formulering van het Schutznorm-vereiste in de Toelichting-Meijers is behalve negatief ook feitelijk. Daarmee bedoel ik dat het vereiste niet is geformuleerd in termen van belangen, maar van de ‘schade zoals de eiser die in concreto heeft geleden’. Deze formulering zou ook kunnen teruggaan op de rechtspraak van de Hoge Raad vanaf de zaak van de graaf De Marchant et d’Ansembourg. In de hiervoor besproken zaken formuleerde de Hoge Raad het geschade belang van de benadeelde zowel in termen van de schade waarvan vergoeding werd gevorderd (De Marchant et d’Ansembourg, stoomtramconcessie), als in termen van het geschade belang van de benadeelde (brandstichting, Cuykse keurmeester). Dat laatste deed ook Van Geleijn Vitranga, in zijn bijdrage in het *Rechtsgeleerd Magazijn*. Daarbij zocht de Toelichting-Meijers dus in elk geval geen aansluiting.

Hoewel het vereiste van relatieve onrechtmatigheid en het Schutznorm-vereiste in de Toelichting-Meijers als twee afzonderlijke vereisten werden geïdentificeerd, waren deze in het Ontwerp-Meijers voor de regeling van de onrechtmatige daad niet geheel van elkaar gescheiden. Dit ontwerp bestond uit twee artikelen: het ontwerp-artikel 6.3.1 en ontwerp-artikel 6.3.2. Het ontwerp-artikel 6.3.1 lid 1 was gelijk aan het huidige artikel 6:162 lid 1 BW:

‘Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.’

Het vereiste van relatieve onrechtmatigheid was hierin als afzonderlijk vereiste opgenomen, in de zinsnede dat tot schadevergoeding is verplicht hij die ‘jegens een ander’ een onrechtmatige daad ‘pleegt’. Daarbij valt op dat in plaats van ‘eiser’, zoals in de Toelichting-Meijers, wordt gesproken van ‘een ander’ als degene jegens wie de onrechtmatige daad moet zijn gepleegd. Deze aanpassing in de formulering werd niet toegelicht.

Het ontwerp-artikel 6.3.2 was deels gewijd aan de omvang van de schadevergoedingsverplichting. Het eerste lid gaf daarvoor een algemene regel. Daarin was alleen het Schutznorm-vereiste opgenomen, in een tenzij-formule, waarin dit vereiste was verweven met het vereiste dat de schade ‘voorzienbaar’ is:

‘1. De verplichting tot vergoeding strekt zich uit tot de schade welke bij het plegen van de daad met voldoende graad van waarschijnlijkheid als gevolg te voorzien

---

<sup>45</sup> Zie daarover par. 4.2.

*was, tenzij de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de voorzienbare schade zoals de benadeelde die heeft geleden.*<sup>46</sup>

Het tweede lid van het ontwerp-artikel 6.3.2 gaf een specifieke regel voor de vestiging en omvang van aansprakelijkheid voor de schending van een wettelijke norm. In dit tweede lid waren het Schutznorm-vereiste en het vereiste van relatieve onrechtmatigheid aan elkaar gekoppeld, zij het dat het laatste vereiste weer net iets anders was geformuleerd:

*‘2. Hij die in strijd handelt met een wettelijke plicht, pleegt een onrechtmatige daad jegens een ieder die dientengevolge schade kan lijden welke op het tijdstip van het plegen van de daad met voldoende graad van waarschijnlijkheid als gevolg te voorzien is, tenzij blijkt dat de overtreden wetsbepaling een andere strekking heeft.’*<sup>47</sup>

Het Schutznorm-vereiste en het vereiste van relatieve onrechtmatigheid waren hier in die zin gekoppeld, dat als de geschonden norm een ‘andere strekking’ had (het Schutznorm-vereiste), degene die in strijd handelde met een wettelijke plicht niet een onrechtmatige daad pleegde ‘jegens een ieder die dientengevolge schade kan lijden’. In dat geval pleegde diegene dus blijkbaar – afhankelijk van de strekking van de geschonden norm – alleen een onrechtmatige daad jegens *bepaalde* benadeelden (relatieve onrechtmatigheid).

Het ontwerp-artikel 6.3.1 met daarin het vereiste dat de onrechtmatige daad jegens een ander moest zijn gepleegd, haalde het Nieuw BW, als het huidige artikel 6:162 BW. Het ontwerp-artikel 6.3.2 daarentegen haalde het Nieuw BW niet. De inhoud van deze bepaling werd deels overgeheveld naar de afdeling over schadevergoeding. Het vereiste dat de schade met ‘voldoende graad van waarschijnlijkheid als gevolg te voorzien’ moest zijn geweest, ging daarbij op in de leer van de redelijke toerekening, in het huidige artikel 6:98 BW.<sup>48</sup> Wat van het ontwerp-artikel 6.3.2 overbleef, was het Schutznorm-vereiste. Dat belandde – waarschijnlijk zodoende – in het van de andere vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad afgezonderde artikel 6:163 BW. Daarbij kreeg het Schutznorm-vereiste weer een andere formulering dan in de Toelichting-Meijers en het ontwerp-artikel.<sup>49</sup> Het negatieve en feitelijke karakter van die formulering werd evenwel gehandhaafd:

*‘Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.’*

46 Parl. Gesch. Boek 6, p. 629 (cursivering toegevoegd).

47 Parl. Gesch. Boek 6, p. 629 (cursivering toegevoegd). Vgl. Den Hollander 2011b, p. 339, waarin ik de zinsnede ‘jegens een ieder’ zo duidde dat deze uitdrukking geeft aan de zogeheten absolute opvatting van onrechtmatigheid.

48 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 637 (MvA II).

49 Schoordijk 1979, p. 365 spreekt van een ‘soberder omschrijving’ dan in het aanvankelijk ontwerp. Vgl. Lankhorst 1992b, p. 40.

Zo kwamen het Schutznorm-vereiste en het vereiste van relatieve onrechtmatigheid uiteindelijk toch als twee afzonderlijke vereisten voor een geslaagde vordering uit onrechtmatige daad in het Nieuw BW terecht, in twee afzonderlijke bepalingen. Tegelijkertijd werd ook de suggestie gewekt dat het om een en hetzelfde vereiste ging. Zo kan uit de Toelichting-Meijers ook worden afgeleid dat wat nu artikel 6:163 BW is, moet worden gezien als uitwerking van de zinsnede 'jegens een ander' in artikel 6:162 lid 1 BW.<sup>50</sup> In de tweede Memorie van Antwoord werd over het huidige artikel 6:163 BW weer vermeld dat 'de in het thans enige lid opgenomen weergave van de relativiteitsleer deze leer voldoende duidelijk tot uitdrukking brengt'.<sup>51</sup> Bij de codificatie van de rechtspraak van de Hoge Raad in het Nieuw BW bleef de verhouding tussen het Schutznorm-vereiste en het vereiste van relatieve onrechtmatigheid dus op zijn minst ambivalent, evenals de achtergrond van de wisselende formuleringen van deze vereisten.

## 2.6 HET RELATIVITEITSVEREISTE IN DE LITERATUUR

In de tweede helft van de twintigste eeuw werd de term 'Schutznorm' geleidelijk aan verdrongen door 'relativiteit'.<sup>52</sup> Rutten markeerde in de jaren zestig in de Asser-serie de overgang door onder het kopje 'De Schutznorm-theorie of de relativiteitsleer' te constateren dat de laatste term 'burgerrecht verkregen heeft'.<sup>53</sup> 'Relativiteit' gaat terug op het Franse 'relativité' ('betrekkelijkheid').<sup>54</sup> De vlag van de relativiteit is echter een bredere lading gaan dekken dan alleen het Schutznorm-vereiste. Het groeide uit tot een overkoepelende noemer, waaronder het vereiste van relatieve onrechtmatigheid en het Schutznorm-vereiste inmiddels min of meer worden vereenzelvigd. Deze vereenzelviging

50 Parl. Gesch. Boek 6, p. 612 (TM). In deze zin ook Lankhorst 1992b, p. 38.

51 Parl. Gesch. Boek 6, p. 637 (MvA II).

52 De term 'relativiteit' werd in elk geval al gebruikt door Langemeijer 1940a, p. 385 (nog niet in Langemeijer 1934). R.J. Polak 1941, p. 421 hanteerde ook de term 'relativiteit', hoewel hij zelf overigens de voorkeur gaf aan 'normbestemmingsleer' in plaats van 'de vele benamingen, thans gebezigd, welke deels niet Nederlandsch, deels weinig zeggen, deels een ganschen mond vol zijn'. De term relativiteit werd, al dan niet in samenstelling en/of in combinatie met (een variant op) 'relatieve onrechtmatigheid', ook gehanteerd door bijv. Kist 1941, p. 304; Van der Ven 1941, p. 381; Wolfsbergen 1946, p. 93; Ph.A.N. Houwing, noot onder HR 5 januari 1951, NJ 1951/494 (Grofru); Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 125-133; Bloembergen 1965, p. 168-177; Hommes 1967, p. 501; Van den Brandhof 1968, p. 164-176.

53 Asser/Rutten III 1968, p. 473 en p. 475. In dit verband wijst Van Dunné 2004, p. 259 op de Duitse klank van 'Schutznorm' ('"Schutznorm" is uit de mode, klinkt zo Duits').

54 Vgl. R.J. Polak 1941, p. 421 die verwijst naar een Franstalig artikel over misbruik van recht – welk leerstuk volgens hem sterk verwant is aan de Schutznorm-leer – getiteld 'De l'esprit des droits et de leur relativité'. Als pendant van de Schutznorm-leer kent het Frans recht de 'relativité aquilienne', welk leerstuk aldaar als zodanig evenwel geen geldend recht is. Zie daarover nader par. 3.5.

tekent zich bijvoorbeeld af bij Lankhorst. In de inleiding van zijn proefschrift *De relativiteit van de onrechtmatige daad* constateert hij dat voor een geslaagde actie uit onrechtmatige daad onvoldoende is dat de schade van de benadeelde is veroorzaakt door onrechtmatige daad, die kan worden toegerekend aan de aangesproken partij. Om te vervolgen:

‘Want de handeling dient ook nog “relatief onrechtmatig” te zijn, dat wil zeggen onrechtmatig jegens degene die de schade lijdt. Dit is het geval wanneer de overtreden norm strekt tot bescherming van het geschonden belang.’<sup>55</sup>

Lankhorst vereenzelvigt onder de noemer van de relativiteit dus niet alleen het Schutznorm-vereiste en het vereiste van relatieve onrechtmatigheid, maar hij benadrukt ook de inhoudelijke koppeling van beide vereisten. De schending van een wettelijke norm is alleen onrechtmatig jegens de benadeelde (relatieve onrechtmatigheid), als de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang (Schutznorm-vereiste).<sup>56</sup>

In de omschrijving van het ‘doel’ van de relativiteitsleer van Van Maanen in de *Studiereeks Burgerlijk Recht* lopen het Schutznorm-vereiste en het vereiste van relatieve onrechtmatigheid vloeiend in elkaar over, mede onder verwijzing naar de wettelijke regeling van artikel 6:162 en 6:163 BW. Zozeer dat ze haast niet meer te onderscheiden zijn:

‘Belangrijkste doel van het vereiste van relatief verband tussen de normschending en het geschonden belang (dat is de kern van het relativiteitsvereiste) is het voorkomen van een te vergaande aansprakelijkheid. Deze te vergaande aansprakelijkheid zou het gevolg kunnen zijn van een opvatting waarbij het overtreden van een (wettelijke) norm onrechtmatig is *tegenover iedereen* die daardoor schade lijdt. Het uitgangspunt van art. 6:162 jo. 6:163 is een ander: de vraag naar de onrechtmatigheid is altijd een vraag naar de onrechtmatigheid van *bepaald* gedrag *jegens* een bepaald persoon.’<sup>57</sup>

Bij Hartkamp & Sieburgh in de *Asser-serie* en Jansen in de *Groene Serie* zijn het Schutznorm-vereiste en het vereiste van relatieve onrechtmatigheid nog wel te onderscheiden. Hartkamp & Sieburgh stellen bij hun omschrijving van de relativiteitsleer het Schutznorm-vereiste voorop en maken de *aansprakelijkheid* uit onrechtmatige daad voor de schending van een rechtsnorm afhankelijk

---

55 Lankhorst 1992b, p. 1. In deze zin ook Van der Grinten 1939, p. 163: ‘Een handeling is onrechtmatig tegenover een bepaalden persoon, indien de overtreden norm mede gericht is op zijn belang, dat getroffen is’. Zie in dezelfde zin bijv. ook Langemeijer 1940b, p. 544-545; Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 126; Schut 1963, p. 134-135.

56 Vgl. evenwel Lankhorst 1992b, p. 46, waar Lankhorst opmerkt dat het feit dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan niet het ‘onrechtmatig karakter van de handeling’ wegneemt.

57 Spier e.a. 2015, nr. 65 (G.E. van Maanen/S.D. Lindenbergh; cursivering in origineel). Zie ook Van Maanen 1997a, p. 271-272.

van het Schutznorm-vereiste, in plaats van de kwalificatie van die schending als onrechtmatig:

‘De sedert 1928 door de Hoge Raad aangehangen en in 1992 in de wet gecodificeerde relativiteitsleer komt hierop neer dat de dader van een daad die in strijd is met een rechtsnorm en derhalve onrechtmatig is, *slechts dán jegens de benadeelde aansprakelijk is* voor de door die daad veroorzaakte schade, indien de overtreden norm de strekking heeft de benadeelde in het geschonden belang te beschermen.’<sup>58</sup>

Vervolgens brengen zij ook het vereiste van relatieve onrechtmatigheid onder de noemer van het relativiteitsvereiste. Dit laatste vereiste formuleren zij als de ‘eis dat de daad “jegens een ander” onrechtmatig is’, onder verwijzing naar artikel 6:162 lid 1 BW:

‘Het relativiteitsvereiste is in art. 6:162 lid 1 en 6:163 BW neergelegd. De in art. 6:162 lid 1 BW vervatte eis dat de daad “jegens een ander” onrechtmatig is en de regel van art. 6:163 BW maken duidelijk dat niet elke onrechtmatige daad waardoor aan een ander schade wordt toegebracht een grond is voor een vordering tot vergoeding van schade. Voor aansprakelijkheid is namelijk vereist dat “de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden”.’<sup>59</sup>

Helemaal scherp is deze verwijzing naar artikel 6:162 lid 1 BW niet. De tekst van deze bepaling stelt niet het vereiste dat ‘de daad “jegens een ander” onrechtmatig is’, maar dat de aangesproken partij ‘jegens een ander’ een onrechtmatige daad ‘pleegt’. In de rechtspraak van de Hoge Raad figureren zoals hiervoor bleek echter beide formuleringen.

Jansen stelt evenals Hartkamp & Sieburgh bij zijn omschrijving van het relativiteitsvereiste in de *Groene Serie* het Schutznorm-vereiste voorop, onder verwijzing naar artikel 6:163 BW:

‘Voor aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 is niet voldoende dat de laedens een toerekenbare onrechtmatige daad heeft begaan, welke bij de benadeelde schade heeft veroorzaakt. Blijkens art. 6:163 is ook vereist dat de door de laedens geschonden norm “strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden”.’<sup>60</sup>

Om daar vervolgens ook het vereiste van relatieve onrechtmatigheid bij te betrekken:

‘Tot op zekere hoogte ligt het relativiteitsvereiste reeds besloten in het onrechtmatigheidsbegrip zelf. Een onrechtmatige handeling laat zich immers niet goed indenken

---

58 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 129 (cursivering toegevoegd).

59 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 129.

60 Groene Serie Onrechtmatige daad, art. 6:163 BW, aant. 1.1 (K.J.O. Jansen).

zonder een daarbij behorende belangen aantasting; men handelt niet in absolute zin onrechtmatig, maar jegens een bepaald persoon, althans een bepaald belang (vergelijk daartoe de bewoordingen van art. 6:162 lid 1). Vandaar dat wordt gezegd dat het onrechtmatigheidsbegrip een relatief karakter heeft.<sup>61</sup>

Ook bij Jansen is dus sprake van vereenzelviging van het Schutznorm-vereiste en het vereiste van relatieve onrechtmatigheid. Zij het dat hij dit laatste vereiste niet zozeer formuleert als vereiste naast het Schutznorm-vereiste, maar als inherent aan het onrechtmatigheidsbegrip.

Di Bella vereenzelvigt onder de noemer van het relativiteitsvereiste het Schutznorm-vereiste en het vereiste van relatieve onrechtmatigheid langs nog weer een andere lijn. Zij stelt het Schutznorm-vereiste van artikel 6:163 BW voorop bij haar omschrijving van het relativiteitsvereiste:

‘In art. 6:163 BW ligt besloten dat de vordering dient te worden afgewezen als 1. de geschonden norm niet strekt ter bescherming van de eiser; alsook 2. wanneer de soort van de schade; en 3. de wijze waarop de schade is ontstaan buiten het bereik van die bescherming vallen. De eerste relativiteitsvraag 1. betreft het personele beschermingsbereik van een norm. De vragen 2. en 3. zien op het zakelijke beschermingsbereik van een norm.’<sup>62</sup>

Dit Schutznorm-vereiste vereenzelvigt Di Bella met het vereiste van relatieve onrechtmatigheid voor zover het gaat om het ‘personele beschermingsbereik’ van de norm, dat in haar optiek ook al in artikel 6:162 lid 1 BW besloten ligt:

‘Het eerste onderdeel van de relativiteitsvraag is ook terug te vinden in art. 6:162 lid 1 BW: alleen als *jegens* de benadeelde een onrechtmatige daad is gepleegd, ontstaat een recht op vergoeding van de geleden schade.’<sup>63</sup>

Ook C.N.J. Kortmann vereenzelvigt het Schutznorm-vereiste en het vereiste van relatieve onrechtmatigheid langs deze lijnen van het ‘personele’ beschermingsbereik (het vereiste van relatieve onrechtmatigheid in art. 6:162 lid 1 BW) en het ‘zakelijke’ beschermingsbereik (het Schutznorm-vereiste in art. 6:163 BW).<sup>64</sup> Zoveel is zeker, op basis van deze inventarisatie: in de literatuur worden het Schutznorm-vereiste en het vereiste van relatieve onrechtmatigheid

---

61 Groene Serie Onrechtmatige daad, art. 6:163 BW, aant. 1.1 (K.J.O. Jansen).

62 Di Bella 2014, p. 123 (voetnootverwijzing weggelaten uit citaat).

63 Di Bella 2014, p. 123.

64 Zie C.N.J. Kortmann, noot onder HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579, AB 2014/15 (Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s.), sub 8-12 en HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:767, AB 2015/2, m.nt. C.N.J. Kortmann (Gemeente Amsterdam/D.), sub 8. In deze zin ook S.A.L. van de Sande in zijn noot onder HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3073, JB 2014/225 (Staat/Fabricom), sub 5. Zie in deze zin ook Wiggers-Rust 2011, p. 129. Vgl. Van Rossum 2005, p. 80.

meer of minder vereenzelvigd, onder de overkoepelende noemer van het relativiteitsvereiste.

## 2.7 VEREENZELVIGING ZONDER REDEN

Het voorgaande overziend, meen ik dat er geen goede reden is het Schutznorm-vereiste en het vereiste van relatieve onrechtmatigheid te vereenzelvigen als twee varianten van het relativiteitsvereiste, anders dan dat het historisch nu eenmaal zo is gelopen. Waar het Van Geleijn Vitringa in 1919 met zijn bijdrage aan het *Rechtsgeleerd Magazijn* om te doen was, was dat de schending van een wettelijke norm niet zonder meer aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in het leven zou roepen. Hij wilde zulke aansprakelijkheid behalve van de bestaande vier vereisten van onrechtmatigheid, schade, causaal verband tussen daad en schade, en schuld afhankelijk maken van de relatie tussen de geschonden norm en het geschade belang. Meer concreet wilde Van Geleijn Vitringa zulke aansprakelijkheid afhankelijk maken van het Schutznorm-vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang.

Daarvoor was en is een relatief onrechtmatigheidsbegrip niet nodig. Laat staan een vereiste van relatieve onrechtmatigheid dat de schending van de betreffende norm 'jegens' de benadeelde moet zijn 'gepleegd', dan wel dat de schending van de betreffende norm onrechtmatig is 'jegens' de benadeelde. Dit vereiste blijkt bij nadere bestudering ook niet meer dan het toevallig bijproduct van aanvaarding van het Schutznorm-vereiste door de Hoge Raad. Het kon ontstaan doordat hij er in 1928, in de zaak van de graaf De Marchant et d'Ansembourg, voor koos het nieuwe Schutznorm-vereiste te incorporeren in het bestaande vereiste van onrechtmatigheid. Via een cassatieklacht in de brandstichtingszaak over het oordeel van het hof ter zake van de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm kwam de toevoeging in het spel dat de normschending onrechtmatig moest zijn 'jegens' de benadeelde. Daarmee ging vervolgens de wetgever aan de haal bij gelegenheid van codificatie van deze rechtspraak in het Nieuw BW.

Waarom de Hoge Raad destijds ervoor koos het Schutznorm-vereiste onderdeel te maken van het vereiste van onrechtmatigheid lichtte hij niet toe. Volgens Milo zou de Hoge Raad daarmee hebben gehandeld in de geest van Van Geleijn Vitringa. De laatste zou er in zijn bijdrage aan het *Rechtsgeleerd Magazijn* vanuit zijn gegaan dat het Schutznorm-vereiste besloten lag in het vereiste van onrechtmatigheid. Van Geleijn Vitringa zou niet een nieuw 'element' aan de onrechtmatige daad hebben willen toevoegen.<sup>65</sup> Milo leidt dit af uit de eerder in dit hoofdstuk geciteerde bagatelliserende opmerking van

---

65 Milo 1997, p. 161.

Van Geleijn Vitringa<sup>66</sup> over de verwerping van het betoog van Slegten door de Hoge Raad in Raalter weg.<sup>67</sup> Ik ben daarvan echter niet overtuigd. Volgens mij liet Van Geleijn Vitringa in het midden of het Schutznorm-vereiste onderdeel zou moeten zijn van het vereiste van onrechtmatigheid of dat hij daarbij een zelfstandig vereiste voor ogen had. Hij stelde alleen in algemene zin dat het Duitse Schutznorm-vereiste ook 'bij de toepassing van art. 1401 B.W.' zou moeten gelden.<sup>68</sup>

Reden voor de incorporatie van het Schutznorm-vereiste in het vereiste van onrechtmatigheid lijkt mij eerder dat de Hoge Raad binnen de lijnen wilde blijven van de tekst van de toenmalige wettelijke regeling van de onrechtmatige daad van artikel 1401 BW (oud). Door het Schutznorm-vereiste te incorporeren in het vereiste van onrechtmatigheid kon hij de aanvaarding van dit nieuwe vereiste als het ware 'verkopen' als uitleg van een bestaand, wettelijk vereiste. De Hoge Raad hoefde zo niet openlijk op eigen gezag een vijfde vereiste toe te voegen aan de vereisten van onrechtmatigheid, schuld, schade en causaal verband tussen daad en schade in deze bepaling. Het spreekt niet vanzelf dat de rechter dergelijke ingrepen voor zijn rekening neemt, laat staan dat hij dat openlijk doet. Smits bijvoorbeeld achtte aanvaarding van het Schutznorm-vereiste door de Hoge Raad hoe dan ook in strijd met de wet, nu de tekst van artikel 1401 BW (oud) een dergelijk vereiste niet stelde.<sup>69</sup> Langemeijer was dezelfde mening toegedaan. Hij wierp uitdrukkelijk de 'juridisch-methodologische' vraag op of de rechter 'ook al staat hij dan tegenover onvoorziene situaties, wel een zoo belangrijke onderscheiding buiten de wet om mag maken'.<sup>70</sup> Weliswaar had de Hoge Raad er negen jaar eerder, in 1919, niet voor teruggedeesd eigenhandig de ruime opvatting van onrechtmatigheid te aanvaarden in *Lindenbaum/Cohen*, maar daarvoor kon hij aansluiting zoeken bij een aanhangig wetsvoorstel tot wijziging van artikel 1401 BW (oud). Dat deed de Hoge Raad ook letterlijk.<sup>71</sup> Bij aanvaarding van het Schutznorm-vereiste was dat niet het geval.

Inmiddels hoeft echter niet meer binnen de lijnen van artikel 1401 BW (oud) te worden geopereerd. Wat er ook zij van de codificatie van de rechtspraak

---

<sup>66</sup> Zie par. 2.2.

<sup>67</sup> Zie Milo 1997, p. 161.

<sup>68</sup> Van Geleijn Vitringa 1919, p. 29.

<sup>69</sup> Zie Smits 1938, p. 491.

<sup>70</sup> Langemeijer 1940b, p. 533-534. Vanuit het perspectief 'der wetenschap van het stellig recht' acht hij de bewering dat de Hoge Raad 'zijn macht te buiten zou zijn gegaan' echter 'reeds zwak', omdat de Hoge Raad nu eenmaal zo had geoordeeld en het Schutznorm-vereiste daarmee 'stellig recht' was geworden. Langemeijer liet de vraag daarom verder rusten. Ook Kist 1941, p. 301 achtte wat hij noemde de aanvaarding van de 'leer der relatieve onrechtmatigheid' door de Hoge Raad in strijd met de wet.

<sup>71</sup> Aldus ook Molengraaff in zijn noot onder *Lindenbaum/Cohen*, W. 10365, p. 3 en E.M. Meijers in zijn noot onder deze zaak in *WPNR* 2564 (1919), p. 66. Het ging om het gewijzigde wetsvoorstel-Regout (*Kamerstukken II* 1910/11, nr. 198; voor het gewijzigd voorstel zie W. 9459).

van de Hoge Raad in het Nieuw BW, buiten kijf staat dat de wetgever daarmee heeft erkend dat aansprakelijkheid voor de schending van een wettelijke norm en meer in het algemeen aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad afhankelijk zou moeten zijn van meer dan de vier vereisten van artikel 1401 BW (oud). Als de keuze van de Hoge Raad voor incorporatie van het Schutznorm-vereiste in het vereiste van onrechtmatigheid destijds inderdaad zou moeten worden verklaard doordat hij niet openlijk op eigen gezag een vijfde, buitenwettelijk vereiste aan de regeling van de onrechtmatige daad wilde toevoegen, dan is de reden voor die keus dus komen te vervallen. In zoverre is ook het bestaansrecht van het vereiste van relatieve onrechtmatigheid komen te vervallen. Dat kon immers ontstaan, doordat het Schutznorm-vereiste in het vereiste van onrechtmatigheid werd geïncorporeerd.

Ook overigens zie ik geen reden om onder de noemer van het relativiteitsvereiste het Schutznorm-vereiste en het vereiste van relatieve onrechtmatigheid te vereenzelvigen. In de literatuur wordt, zoals in de vorige paragraaf al bleek, wel aangevoerd dat het civielrechtelijke onrechtmatigheidsbegrip uit zijn aard relatief zou zijn. Dit vanwege de aard van het civiel- of privaatrecht als geheel dat, anders dan het publiekrecht, ziet op horizontale verhoudingen, tussen burgers onderling. De vraag naar de onrechtmatigheid zou alleen beantwoord kunnen worden ‘in een concrete situatie’. Van der Grinten, Lankhorst en Van Maanen bijvoorbeeld zien om deze reden – in de woorden van de laatste – ‘de relativiteit’ uitdrukkelijk als ‘onlosmakelijk bestanddeel van de onrechtmatigheidsvraag’.<sup>72</sup>

Uit de hiervoor geschetste receptie van het relativiteitsvereiste blijkt wat mij betreft echter allerm minst dat het civielrechtelijk onrechtmatigheidsbegrip inherent relatief is. Vóór aanvaarding van het Schutznorm-vereiste in de zaak van de graaf De Marchant et d’Ansembourg, in 1928, was het dat in elk geval niet. Evenmin zie ik in waarom dat, los van de geschiedenis, zo zou moeten zijn. De eigen aard van het privaatrecht en het gegeven dat het daarbij gaat om de verhouding van twee in beginsel gelijkwaardig te achten partijen komt volgens mij voldoende tot uitdrukking door niet de onrechtmatigheid, maar de *aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* mede afhankelijk te maken van het Schutznorm-vereiste dat de norm, die de aangesproken partij schendt, strekt tot bescherming van het geschade belang van de benadeelde. De eigen aard van het privaatrecht komt dan tot uitdrukking doordat weliswaar elke schending van een wettelijke norm ook in civielrechtelijke zin onrechtmatig is, maar niet elke schending van elke wettelijke norm steeds zonder meer tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad leidt. Daarmee onderscheidt het privaatrecht

---

72 Van Maanen 1997a, p. 255-272, i.h.b. p. 258; Lankhorst 1992b, p. 1; Van der Grinten 1939, p. 163. Zie ook Spier e.a. 2015, nr. 65 (G.E. van Maanen/S.D. Lindenbergh). In dezelfde zin Schut 1963, p. 134, die ‘relativiteit’ ziet als ‘wezenlijk bestanddeel van de civiele onrechtmatigheid’. Zie ook Slagter 1952, p. 269.

zich van het strafrecht.<sup>73</sup> Voor strafrechtelijke aansprakelijkheid geldt niet het vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang.<sup>74</sup>

Als er aan het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht dus iets ‘relatief’ is, is dat de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.<sup>75</sup> Dit is een relatieve aansprakelijkheid in de zin dat de schending van een wettelijke norm alleen aansprakelijkheid in het leven roept ‘jegens’ die benadeelde, ter bescherming van wiens geschade belang de geschonden norm strekt.<sup>76</sup> Deze privaatrechtelijke aansprakelijkheid kan alleen worden vastgesteld in het licht van de ‘concrete situatie’ van het voorliggende geval, inclusief de verhouding van partijen. Er zal immers niet alleen van norm tot norm moeten worden vastgesteld wat daar de strekking van is, maar ook van geval tot geval wat het geschade belang van de benadeelde is en of beide corresponderen. Het hantieren van een relatief onrechtmatigheidsbegrip of een vereiste van relatieve onrechtmatigheid, waarbij niet alleen moet worden vastgesteld of de betreffende norm is geschonden, maar ook nog of die schending ‘jegens’ de benadeelde onrechtmatig is, is daarvoor niet nodig.

Het vereiste van relatieve onrechtmatigheid dat de schending van een rechtsnorm onrechtmatig is ‘jegens’ de benadeelde fungeert in de eenentwintigste eeuw hooguit als stoorzender. Het leidt af van waar het werkelijk om gaat: het vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang, zoals dat Van Geleijn Vitringa voor ogen stond. Bovendien opent het vereiste van relatieve onrechtmatigheid de contra-intuïtieve mogelijkheid dat de schending van een en dezelfde wettelijke norm wel onrechtmatig is jegens de ene benadeelde, maar niet jegens de andere benadeelde, in plaats van eenvoudigweg onrechtmatig.<sup>77</sup> Het valt moeilijk in te zien hoe *het schenden*

73 Zie in dit verband Den Hollander & De Zanger 2011, p. 165.

74 Tot voor kort gold dat ook voor het bestuursrecht, maar dat kent inmiddels ook een relativiteitsvereiste in art. 8:69a Awb bij de vernietiging van een besluit in strijd met een wettelijke norm (of het ongeschreven recht) door de bestuursrechter. Zie daarover par. 7.6.

75 In deze zin De Haan 1940, p. 589 en p. 592 en Kist 1941, p. 311.

76 Al ben ik van een dergelijke terminologie geen voorstander, omdat de term ‘relatieve aansprakelijkheid’ niet noodzakelijkerwijs iets zegt over het Schutznorm- of relativiteitsvereiste. Ook een aansprakelijkheid die alleen wordt beheerst door het vereiste van causaal verband kan als ‘relatieve aansprakelijkheid’ worden gepresenteerd. Dat kan door deze zo te formuleren dat de schending van een wettelijke norm alleen aansprakelijkheid in het leven roept ‘jegens’ die benadeelde, wiens schade daardoor is veroorzaakt. Of omgekeerd juist als ‘absolute’ aansprakelijkheid, met de formulering dat de schending van een wettelijke norm aansprakelijkheid in het leven roept ‘jegens een ieder’ die daardoor schade lijdt. Het hangt er, kortom, maar net vanaf welk uitgangspunt wordt gekozen.

77 In zoverre sluit ik mij aan bij de kritiek van Scholten en Meijers op aanvaarding van het Schutznorm-vereiste, die zich vooral leek te richten op het relatief onrechtmatigheidsbegrip dat daarmee samen ging. Scholten hekelde in zijn NJ-noot onder HR 28 februari 1929, NJ 1929, p. 912 (Twentsche Bank) het ‘buiten contractuele verhoudingen toch niet zeer heldere begrip van wel rechtmatig tegenover den een en niet onrechtmatig tegenover den ander’. Meijers sloot zich daar in zijn NJ-noot onder de brandstichtingszaak bij aan: ‘om buiten

*zelf* van een wettelijke norm überhaupt op een specifieke benadeelde zou kunnen zijn ‘gericht’.<sup>78</sup> Dat sluit ook niet aan bij het normale spraakgebruik. De meeste mensen zullen waarschijnlijk – zo vermoed ik, want ik heb het niet onderzocht – gedrag waarmee een wettelijke norm wordt geschonden zonder reserve als onrechtmatig bestempelen.<sup>79</sup> De tijd is daarom rijp de vereenzelviging van het Schutznorm-vereiste en het vereiste van relatieve onrechtmatigheid, als twee varianten van het relativiteitsvereiste, los te laten, en daarvoor een eenduidig relativiteitsvereiste in de plaats te stellen.

## 2.8 HERDEFINIËRING VAN HET RELATIVITEITSVEREISTE EN SCHEIDING VAN RELATIVITEIT EN ONRECHTMATIGHEID

Er is vandaag de dag geen goede reden voor de vereenzelviging van het Schutznorm-vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang en het vereiste van relatieve onrechtmatigheid dat de onrechtmatige daad jegens de benadeelde is gepleegd of, anders geformuleerd, dat de schending van een rechtsnorm onrechtmatig is jegens de benadeelde, als twee varianten van het relativiteitsvereiste. Ik stel voor deze vereenzelviging los te laten en de relativiteitsleer en het relativiteitsvereiste terug te brengen tot de oorspronkelijke proporties van de Schutznorm-leer en het Schutznorm-vereiste. In elk geval binnen het bestek van dit proefschrift zou ik de relativiteitsleer dan ook willen definiëren als de gedachte dat aansprakelijkheid voor de schending van een wettelijke norm mede afhankelijk is van de relatie tussen de geschonden norm en het geschade belang. In lijn hiermee zou ik het relativiteitsvereiste eenduidig willen definiëren als het vereiste dat de door de aangesproken partij geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang van de benadeelde. Of korter gezegd dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang.

Ik spreek dus van het ‘geschade belang’ van de benadeelde, tot bescherming waarvan de geschonden norm moet strekken, en niet van de ‘schade’ van de benadeelde. Dat sluit aan bij het Schutznorm-vereiste zoals Van Geleijn Vitranga dat formuleerde. Er is bovendien een inhoudelijke reden voor, die

---

de verbintenissen te gaan argumenteeren met onrecht tegenover den een, wat geen onrecht tegenover den ander is, acht ik met Scholten (N.J. 1929, bl. 912) een niet zeer helder begrip’ (p. 305).

78 Zie in dit verband Schut 1963, p. 308, die zich afvraagt of het wel ‘goed Nederlands’ is ‘te zeggen dat men “jegens” een ander een daad pleegt’.

79 Om dezelfde reden ben ik er ook niet voor om een onderscheid te maken tussen onrechtmatigheid in de algemene zin van in strijd met het recht en onrechtmatigheid in meer specifieke, civielrechtelijke zin, zoals Van der Grinten 1939, p. 163 dat doet. De schending van een wettelijke norm is dan weliswaar onrechtmatig, maar niet zonder meer *civielrechtelijk* onrechtmatig, zodat deze geen zelfstandige grondslag voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan zijn.

bestaat in de aard van wettelijke normen en rechtsnormen in het algemeen. Zulke normen kunnen in navolging van Van Dam worden gezien als resultante van een door de opsteller van de norm gemaakte afweging van het belang van vrijheid van handelen tegen de bescherming van andere belangen.<sup>80</sup> Normen strekken, anders gezegd, uit hun aard niet tot bescherming tegen het intreden van bepaalde schade, maar tot bescherming van bepaalde belangen, omdat die belangen van bijzondere waarde worden geacht.<sup>81</sup>

Anders dan destijds de Hoge Raad deed, moet het eenduidig gedefinieerde relativiteitsvereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang van de benadeelde worden gezien als zelfstandig vereiste voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Het relativiteitsvereiste is als vereiste dus steeds te onderscheiden van het vereiste van onrechtmatigheid. Bij de toets aan dit vereiste van onrechtmatigheid stel ik voor uit te gaan van een *abstract* in plaats van een relatief onrechtmatigheidsbegrip. De toets aan het vereiste van onrechtmatigheid blijft daarbij beperkt tot de vaststelling of de betreffende wettelijke norm al dan niet is geschonden.<sup>82</sup> Of preciezer gezegd: of de gedraging, die de benadeelde de aangesproken partij verwijt, kan worden aangemerkt als schending van de betreffende norm. Zonder dat daarbij een uitspraak hoeft te worden gedaan over een bepaalde 'gerichtheid' van de schending van de norm als zodanig, in de zin dat deze onrechtmatig is 'jegens' de benadeelde, dan wel daarmee jegens de benadeelde een onrechtmatige daad is gepleegd. Een gedraging is, kortom, ofwel in strijd met een wettelijke norm en dus onrechtmatig, ofwel een gedraging is niet in strijd met een wettelijke norm en dus niet onrechtmatig.<sup>83</sup>

Lankhorst voert tegen dergelijke 'onrechtmatigheid in abstracto' aan dat deze 'enigszins merkwaardig' is. Zulke onrechtmatigheid heeft geen 'concrete richting' en blijft in zijn optiek steken 'in pure theorie, in een fout die niet jegens de ander begaan is'.<sup>84</sup> Zoals hiervoor is gebleken, lijkt het mij echter juist een heldere theorie en daarmee ook praktisch om de toets aan het vereiste

---

80 Vrij vertaald uit Van Dam 2013, p. 280: 'the result of the balancing process by the legislature between the freedom to act and the protection of rights and interests' (in de versie van 2006, p. 238 'the fruit' i.p.v. 'the result').

81 Vgl. in dit verband ook de formulering van het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste in termen van 'belangen' door de wetgever in art. 8:69a Awb, op grond waarvan de bestuursrechter vernietiging van een besluit in strijd met een wettelijke norm of ongeschreven rechtsbeginsel achterwege laat 'indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de *belangen* van degene die zich daarop beroept' (cursivering toegevoegd), waarover nader in par. 7.6. Vgl. Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven, die in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.2-3.3 het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste van art. 8:69a Awb in dit verband aanmerkt als 'belangenrelativiteit' en deze afzet tegen het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW als 'rechtenrelativiteit', omdat het er daarbij om gaat of 'een geschonden norm een persoon beschermt in diens vermogensrechten'.

82 In dezelfde zin Schutgens 2009, p. 47. Zie ook Den Hollander 2013b, p. 202 en 205.

83 In deze zin ook Fruin 1932, p. 42: 'Een handeling is onrechtmatig of niet'.

84 Lankhorst 1992b, p. 46.

van onrechtmatigheid te beperken tot de vaststelling of al dan niet sprake is van een schending van enigerlei rechtsnorm. Een dergelijk abstract onrechtmatigheidsbegrip maakt overigens ook al deel uit van de regeling van de onrechtmatige daad. Artikel 6:162 lid 2 BW stelt wat dat betreft bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid geen ander of nader vereiste dan dat het gedrag van de aangesproken partij geldt als 'doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht'.

Er bestaat ook steun in de literatuur voor de scheiding van onrechtmatigheid en relativiteit. Van der Ven zag het relativiteitsvereiste als zelfstandig 'bestanddeel der *aansprakelijkheid* uit hoofde van art. 1401 B.W.' en nadrukkelijk niet als bestanddeel van de onrechtmatigheid.<sup>85</sup> Fruin interpreteerde het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in de zaak de graaf De Marchant et d'Ansembourg zo dat de Hoge Raad zou hebben bedoeld de terinzagelegging van de onteigeningsplannen in strijd met artikel 12 van de toenmalige Onteigeningswet 'wel onrechtmatig' was, maar 'in casu geen schadevergoedingsvordering' gaf. Bij deze interpretatie lijkt mij echter de wens vader van de gedachte. Zij toont niettemin dat ook Fruin het relativiteitsvereiste en het vereiste van onrechtmatigheid als twee te onderscheiden vereisten wilde zien, zoals ik dat bepleit.

Samenvattend bepleit ik het loslaten van de vereenzelviging van het Schutznorm-vereiste en het vereiste van relatieve onrechtmatigheid, het eenduidig definiëren van het relativiteitsvereiste als het vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang en het hanteren van een abstract onrechtmatigheidsbegrip bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid. Daarmee komt een einde aan de verwarrende overloop van de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid en de toets aan het relativiteitsvereiste, die zich sinds de rechtspraak van de Hoge Raad uit de jaren voordoet. Deze scheiding van relativiteit en onrechtmatigheid is niet alleen zinvol in zaken waarin de onrechtmatigheid bestaat in de schending van een wettelijke norm, maar ook in zaken waarin deze bestaat in de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm of een rechtsinbreuk. Dat laat ik zien in de nu volgende paragraaf.

---

85 Van der Ven 1941, p. 381 en p. 382 (cursivering toegevoegd). Zie ook Telders 1949, p. 95, die het relativiteitsvereiste, mede onder verwijzing naar Van Geleijn Vitringa, aanmerkte als 'vijfde' vereiste 'voor de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad' en in dezelfde zin Telders 1929, p. 170-171. Anders lijkt Telders 1949, p. 102, waar hij refereert aan een 'relatieve opvatting van het onrechtmatigheidsbegrip'.

## 2.9 SCHEIDING VAN RELATIVITEIT EN ONRECHTMATIGHEID BIJ DE ANDERE ONRECHTMATIGHEIDSRUBRIEKEN

De scheiding van relativiteit en onrechtmatigheid die ik voorsta, onder hantering van een abstract onrechtmatigheidsbegrip, is ook houdbaar en zinvol ten aanzien van de andere onrechtmatigheidsrubrieken. Ook in zaken waarin de onrechtmatigheid bestaat in een rechtsinbreuk of in de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm kan het vereiste dat sprake is van de schending van een norm worden onderscheiden van het vereiste dat deze geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang.<sup>86</sup> Bij de rechtsinbreuk gaat het dan om de onderliggende 'norm' dat geen inbreuk op andermans subjectief recht mag worden gemaakt. Dit verdient evenwel nadere toelichting, te beginnen met zaken waarin de onrechtmatigheid bestaat in de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.

In de literatuur wordt niet zozeer bestreden dat ook bij deze onrechtmatigheidsrubriek formeel onderscheid kan worden gemaakt tussen het vereiste van onrechtmatigheid en het relativiteitsvereiste, maar wordt dit minder zinvol geacht. De toets aan beide vereisten ligt bij ongeschreven zorgvuldigheidsnormen inhoudelijk dichter bij elkaar dan bij wettelijke normen. Anders dan wettelijke normen zijn ongeschreven zorgvuldigheidsnormen voor de rechter niet een exogeen gegeven en abstraheren deze niet van het concrete geval. Ongeschreven zorgvuldigheidsnormen worden door de rechter zelf geformuleerd, in de context van het concrete geval.<sup>87</sup> Zoals Smits opmerkt zijn 'ad hoc te vinden' ongeschreven zorgvuldigheidsnormen uit hun aard 'betrokken op het geschonden belang, waarom het in concreto gaat' nu zulke normen 'in verband met deze belangschending' worden 'opgesteld'.<sup>88</sup> Is de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm eenmaal geformuleerd en is vastgesteld dat deze door de gedraging, die de aangesproken partij wordt verweten, is geschonden, dan valt er vervolgens dus niet veel meer te toetsen aan het relativiteitsvereiste, zo menen velen.<sup>89</sup> Het relativiteitsoordeel zou als het ware al zijn 'ingebouwd' of 'ingebakken' in het onrechtmatigheidsoordeel.<sup>90</sup>

---

86 Vgl. Langemeijer 1940b, p. 542-543, die op p. 545 evenwel ook wijst op de inhoudelijke verwevenheid van beide vragen.

87 Telders 1929, p. 201 meent dat om die reden het vaststellen van de relativiteit van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen 'het meest tot meningsverschil aanleiding geven' zal.

88 Smits 1938, p. 448. Hij leidt daaruit af dat het Schutznorm-vereiste overbodig is ten aanzien van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen en daarmee überhaupt, omdat hij de schending van dergelijke normen als enige onrechtmatigheidsrubriek wil hanteren. Zie hierover par. 3.6.

89 Zie in deze zin Smits 1938, p. 447-448; Van den Brandhof 1968, p. 172; Nieuwenhuis 1979, p. 620-621; Van Maanen 1997a, p. 270-272; Klomp 1998, p. 399-400 en p. 402; Giesen 2005, p. 169-170; Spier e.a. 2015, nr. 64 (G.E. van Maanen/S.D. Lindenbergh).

90 Nieuwenhuis 1979, p. 620; Van Maanen 1997a, p. 226; Giesen 2005, p. 169; Lindenbergh 2007a, p. 13; Lindenbergh 2007b, p. 778; Lindenbergh 2008a, p. 909. In dezelfde zin Wiggers-Rust 2011, p. 128.

Dit ‘ingebakken’ karakter van het relativiteitsvereiste bij ongeschreven zorgvuldigheidsnormen komt aan het licht in een serie zaken over het verhaal door de overheid van de kosten van bodemsanering van voormalige bedrijfsterreinen op de vervuilers. Deze vervuiling is ten tijde daarvan niet bij wet verboden.<sup>91</sup> De overheid kan zich daarom niet beroepen op de schending van enigerlei wettelijke norm door de vervuilers. Zij voert daarom aan dat de vervuiling geldt als schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Ter beantwoording van de vraag of de vervuilers inderdaad zo’n norm hebben geschonden, laat de Hoge Raad zich ‘in abstracto’ uit over zowel de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid bij ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, als over de relativiteit van zulke normen. In Staat/Shell doet hij dat als volgt:

‘Of van zodanig handelen [handelen in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm; PWdH] sprake is, hangt – in abstracto – daarvan af of de dader anders heeft gehandeld dan hij had moeten doen teneinde geen schade toe te brengen aan een bepaald belang van een ander dat hij had behoren te ontzien, waartoe dan ook mede is vereist dat hij dat belang kende of had behoren te kennen.’<sup>92</sup>

Om hieruit voor de relativiteit van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen te concluderen:

‘Dergelijke normen strekken aldus uitsluitend ter bescherming van belangen van anderen waarop de dader bedacht moest zijn.’<sup>93</sup>

De vraag of de vervuilers aansprakelijk zijn voor de schade van de overheid, bestaande in de kosten van de bodemsanering behandelt de Hoge Raad in

91 Ten tijde van de sanering wordt de Interim wet bodemsanering uitgevaardigd, maar zoals de Hoge Raad oordeelt in HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1460, NJ 1996/196, m.nt. C.J.H. Brunner (Staat/Shell), r.o. 3.4 moet ‘in verband met de eis van de rechtszekerheid’ voor aansprakelijkheid van de verontreinigers aan alle vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zijn voldaan, nu de verontreiniging voor inwerkingtreding van deze wet heeft plaatsgevonden. Overigens is ook niet duidelijk of de Interim wet bodemsanering daadwerkelijk een zelfstandige grondslag voor aansprakelijkheid van bodemvervuiling in het leven roept, of veeleer een verwijzing naar de algemene regeling van de onrechtmatige daad behelst. Zie hierover Lankhorst 1992b, p. 212-214 en p. 233-237.

92 Staat/Shell, r.o. 3.8.4. De bekende kelderluik-factoren voor onrechtmatige gevaarstelling kunnen als nadere uitwerking hiervan worden gezien. Zie HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136 m.nt. G.J. Scholten (Kelderluik), waarover nader K.J.O. Jansen 2012, p. 339-343.

93 Staat/Shell, r.o. 3.8.4. Zie ook HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1463, NJ 1996/199, m.nt. C.J.H. Brunner (Van den Brink/Staat), r.o. 4.3.2. Vgl. HR 2 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1564, NJ 1995/288, m.nt. J.M.M. Maeijer (Poot/ABP), r.o. 3.4.3, waarin de Hoge Raad over de relativiteit van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen opmerkt dat de betreffende zorgvuldigheid ‘in een bepaalde verhouding tegenover een of meer bepaalde anderen behoort te worden betracht en (...) dus naar haar aard niet een norm [is] die strekt tot bescherming van de belangen van allen die schade lijden als gevolg van het feit dat de vereiste zorgvuldigheid tegenover die bepaalde anderen niet in acht is genomen’.

het kader van deze toets aan het relativiteitsvereiste. Het komt erop aan of 'de overheid ten tijde van het veroorzaken van de verontreiniging zich het saneringsbelang reeds aantrok dan wel voor de veroorzaker voldoende duidelijk was of behoorde te zijn dat zij zich dat belang zou gaan aantrekken'.<sup>94</sup>

Bij ongeschreven zorgvuldigheidsnormen moet dus zowel bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid, als aan het relativiteitsvereiste worden nagegaan op welke belangen de aangesproken partij bedacht moet zijn. Deze 'nauwe samenhang' van de toets aan beide vereisten brengt de Hoge Raad in Staat/Shell tot de volgende *best practice*:

'Schendt hij [de aangesproken partij; PwDH] een belang van een ander waarop hij niet bedacht behoefde te zijn, dan is derhalve niet voldaan aan het relativiteitsvereiste, zodat het mogelijk is te zeggen dat de dader niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens die ander; men kan dan evenwel even goed, zo niet beter zeggen dat de dader (in zoverre) niet onrechtmatig heeft gehandeld (vgl. HR 27 januari 1984, NJ 1984, 536).'<sup>95</sup>

De Hoge Raad formuleert het relativiteitsvereiste in het bovenstaande citaat in termen van het vereiste van relatieve onrechtmatigheid, waardoor de tegenstelling minder scherp wordt. In termen van mijn definitie van het relativiteitsvereiste oordeelt de Hoge Raad dat als de aangesproken partij niet bedacht hoefde te zijn op het geschade belang van de benadeelde, kan worden gesteld dat de geschonden ongeschreven zorgvuldigheidsnorm niet strekt tot bescherming van het geschade belang, of dat er überhaupt geen ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is geschonden. In de bodemsaneringszaken acht de Hoge Raad dat laatste kennelijk beter.

In mijn optiek is er echter wel degelijk goede reden het vereiste van onrechtmatigheid en het relativiteitsvereiste ook in zaken waarin de onrechtmatigheid bestaat in de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm steeds te scheiden, ook al ligt de toets aan beide vereisten inhoudelijk inder-

94 Staat/Shell, r.o. 3.4, onder verwijzing naar HR 9 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0747, NJ 1991/462, m.nt. C.J.H. Brunner (Staat/Van Amersfoort) en HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0576, NJ 1993/643 (Van Wijngaarden/Staat), r.o. 3.4-3.8 en HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:AD1660, NJ 1993/644 (Staat/Akzo), r.o. 3.4-3.8. De Hoge Raad preciseert daarbij dat 'duidelijk moet zijn' dat door de vervuiling 'niet alleen het aan de zorg van de overheid toevertrouwde algemene belang van een zo schoon mogelijk milieu wordt geschaad, maar ook vermogensnadeel voor de overheid zelf ontstaat of dreigt te ontstaan' en stelt dit moment van kenbaarheid in beginsel op 1 januari 1975. Zie over deze '[r]elativi-tijd' uitvoerig Lankhorst 1992b, p. 223-228 en over de verhouding van zorgvuldigheid, relativiteit en kenbaarheid Castermans 1992, p. 628-630.

95 Staat/Shell, r.o. 3.8.4. De verwijzing is naar HR 27 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4748, NJ 1984/536, m.nt. W.C.L. van der Grinten, AA 1985, p. 88-93, m.nt. J.H. Nieuwenhuis (verstekeling), r.o. 3, waarin de Hoge Raad kiest voor de eerste variant en oordeelt dat Van den Akker niet onrechtmatig handelt 'tegenover' Jansen, die zonder dat Van den Akker dat wist, meelifte in de laadruimte van diens bestelwagen en gewond raakt bij een door Van den Akker veroorzaakt verkeersongeval.

daad dicht bij elkaar.<sup>96</sup> Deze scheiding maakt het mogelijk eerst de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm zo algemeen mogelijk te formuleren, vervolgens bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid te constateren dat die is geschonden, om daarna bij de toets aan het relativiteitsvereiste na te gaan of de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm strekt ter bescherming van het geschade belang van de benadeelde. De ongeschreven zorgvuldigheidsnorm blijft dan, in de woorden van Nieuwenhuis, ‘geschikt (...) voor hergebruik’ en houdt ‘kracht van precedent’.<sup>97</sup> Ook Lankhorst acht het wat dat betreft ‘zuiverder’ om ‘de algemeenheid van de norm, die nu eenmaal het concrete geval ontstijgt, zoveel mogelijk in stand proberen te houden’. De ‘altijd noodzakelijke concretisering’ zou moeten plaatsvinden bij de toets aan het relativiteitsvereiste.<sup>98</sup>

Het aldus scheiden van relativiteit en onrechtmatigheid draagt in mijn optiek vooral bij aan de inzichtelijkheid van de gemaakte materieel aansprakelijkheidsrechtelijke afweging. Althans als het onderscheid aldus wordt gemaakt. Bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid wordt nagegaan of sprake is van de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, omdat de aangesproken partij anders handelde dan hij had moeten doen met het oog op belangen waarop hij *in het algemeen* bedacht zou moeten zijn. Vervolgens wordt bij de toets aan het relativiteitsvereiste vastgesteld of deze geschonden norm strekt tot bescherming van het specifieke geschade belang van de benadeelde in het concrete geval, omdat de benadeelde ook daarop bedacht moest zijn.<sup>99</sup> Het oordeel over eventuele aansprakelijkheid in het concrete geval wordt dan, zoals ook Nieuwenhuis en Lankhorst bepleiten, op een zo algemeen mogelijk geformuleerde norm gebaseerd.<sup>100</sup>

In weerwil van zijn best practice in de bodemsaneringszaken acht ook de Hoge Raad zelf het in andere zaken kennelijk wel degelijk zinvol in zaken waarin de onrechtmatigheid bestaat in de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnormen de vereisten van onrechtmatigheid en relativiteit te onderscheiden. Bijvoorbeeld in de zaak van een commissaris van de Holland-

96 Vgl. Advocaat-Generaal Wissink in zijn conclusie voor HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399 (ponzi-zwandel), r.o. 6.22.2, die bij ‘ongeschreven zorgplichten’ het vereiste van onrechtmatigheid en het relativiteitsvereiste aanmerkt als ‘twee kanten van dezelfde medaille’, onder verwijzing naar Staat/Shell.

97 J.H. Nieuwenhuis, noot onder verstekeling, AA 1985, sub 6, die als voorbeeld de algemeen geformuleerde ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van het Kelderluik-arrest noemt: ‘Laat geen kelderluiken openstaan in voor het publiek toegankelijke ruimten’. Vgl. evenwel Nieuwenhuis 1979, p. 620-621, waar hij erop wijst dat het ‘vaak niet doenlijk is’ een abstracte zorgvuldigheidsnorm te formuleren en dan na te gaan of de benadeelde hieraan ‘bescherming kan ontnemen’.

98 Lankhorst 1992b, p. 70-71. Zie in deze zin ook Sieburgh 2003, p. 188-193, die zich in dit verband kritisch toont over HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (taxibus), waarover nader par. 4.8.

99 Zie nader hfdst. 4, i.h.b. par. 4.7-4.8.

100 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 135, die benadrukken dat ‘zorgvuldigheidsnormen, hoe gedifferentieerd ook, evenals de wettelijk vastgelegde regels algemene gelding hebben’.

sche Disconteeringsbank NV, uit 1937. Deze Van der Werff wist met al te rooskleurige mededelingen over de staat van deze bank de directeur van de Nederlandsche Beleggingstrust, Henny, te verleiden aandelen in deze bank te nemen. De Hoge Raad oordeelde eerst in algemene zin dat een commissaris aldus in strijd handelt met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, abstraherend van het concrete geval:

‘dat het aan een commissaris eener naamlooze vennootschap niet vrijstaat omtrent den gang van zaken bij die vennootschap aan derden bewust ongerechtvaardigde inlichtingen te geven, welke niet anders konden worden opgevat dan als een aansporing om de aandelen dier vennootschap te koopen.’<sup>101</sup>

De vraag was echter of ook de Beleggingstrust de schending van deze ongeschreven zorgvuldigheidsnorm kon inroepen als grondslag voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. De schade werd door deze rechtspersoon geleden, terwijl de gewraakte mededelingen waren gedaan aan Henny, de directeur van de Beleggingstrust. De Hoge Raad oordeelde hierop dat de door Van der Werff geschonden zorgvuldigheidsnorm ook strekt ter bescherming van het belang van de Beleggingstrust:

‘dat een dergelijke norm strekt ter bescherming niet alleen van den derde, aan wien de inlichtingen zijn verstrekt, doch ook van den ruimer kring van personen, waaronder zeker begrepen zijn lichamen, welke door middel van dien derde als hun vertegenwoordiger aan het verkeer deelnemen.’<sup>102</sup>

Een voorbeeld uit de eenentwintigste eeuw biedt een zaak waarin een student zijn studentenvereniging aanspreekt tot vergoeding van de schade ter zake van het letsel dat hij oploopt als op een zeilweekend en gasfles ontploft. Het hof oordeelt dat van een aan de vereniging toerekenbare onrechtmatige daad geen sprake is, nu van de vereniging niet kon worden verwacht dat zij meer toezicht hield. De student kan, aldus het hof, de vereniging bovendien niet verwijten dat zij gebrekkig toezicht hield. Zelf deed hij dat als deelnemer en lid van de organiserende commissie evenmin. In cassatie klaagt de student dat dit nog niet maakt dat de vereniging niet aansprakelijk kan zijn voor zijn schade. Het kan hooguit reden zijn voor het terugbrengen van de omvang van deze aansprakelijkheid wegens ‘eigen schuld’ in de zin van artikel 6:101 BW. De Hoge Raad verwierpt deze klacht. Het hof heeft volgens hem geoordeeld

---

101 HR 11 maart 1937, *NJ* 1937/899, m.nt. E.M. Meijers (Holdisco), p. 1253.

102 Holdisco, p. 1253. Zie ook HR 4 januari 1963, ECLI:NL:HR:1963:AG2064, *NJ* 1964/434, m.nt. G.J. Scholten (Scholten’s aardappelmeelfabrieken), waarin de Hoge Raad – het midden houdend tussen een formulering in termen van het relatief onrechtmatigheidsbegrip en het relativiteitsvereiste – oordeelt ‘dat echter de bedoelde gedragingen niet, op grond van dit ongeoorloofde doel, onrechtmatig zijn jegens een iegelijk, doch slechts jegens hen die door het gebruik van de stromannen in hun rechtmatige belangen worden getroffen’.

dat als de vereniging al onrechtmatig heeft gehandeld, niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan. De Hoge Raad:

‘Het bestreden oordeel moet gelezen worden in samenhang met het oordeel van het hof in rov. 10 dat uit het voorgaande volgt dat niet gesproken kan worden van een aan de Vereniging toe te rekenen onrechtmatige daad. Dan wordt duidelijk dat het hof van oordeel is dat, voor zover al sprake zou zijn geweest van het door De Groot gestelde, maar zoals het hof – in cassatie onbestreden – heeft geoordeeld: niet nader toegelichte, onvoldoende toezicht, de aldus geschonden norm niet strekt tot bescherming van De Groot nu deze zich als (mede-) organisator van het zeilweekende zelf ook niet naar die norm heeft gedragen. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.’<sup>103</sup>

De Hoge Raad maakt ook in deze zaak dus uitdrukkelijk onderscheid tussen de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid en het relativiteitsvereiste.<sup>104</sup> Als de vereniging al een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm zou hebben geschonden en dus aan het vereiste van onrechtmatigheid zou zijn voldaan, zou het relativiteitsvereiste aan aansprakelijkheid voor de schade van de student in de weg staan. Bovendien legt de Hoge Raad ook hier de scheiding tussen het vereiste van onrechtmatigheid en het relativiteitsvereiste bij de abstracte vraag of de vereniging meer in het algemeen beter toezicht moest houden en de concrete vraag of dat specifiek ten aanzien van deze student, die op dat punt ook zelf tekortschoot, tot aansprakelijkheid zou moeten leiden. Evenals in de zaak van de Hollandsche Disconteeringsbank gaat de Hoge Raad daarbij uit van een abstract onrechtmatigheidsbegrip. Hij laat zich niet uit over de vraag ‘jegens wie’ de vereniging door het houden van onvoldoende toezicht onrechtmatig zou hebben gehandeld.<sup>105</sup>

De scheiding van de vereisten van relativiteit en onrechtmatigheid, onder hantering van een abstract onrechtmatigheidsbegrip is, kortom, niet alleen formeel houdbaar in zaken waarin de onrechtmatigheid bestaat in de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Het is ook zinvol, omdat het de inzichtelijkheid van het uiteindelijke oordeel over de aansprakelijkheid vergroot. In zaken waarin de onrechtmatigheid bestaat in een rechtsinbreuk geldt mutatis mutandis hetzelfde. De toets aan het relativiteitsvereiste en het vereiste

---

<sup>103</sup> HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, NJ 2008/492, m.nt. J.B.M. Vranken (De Groot/Io Vivat), r.o. 3.6.2. Zie voor dit type ‘pot-verwijt-de-ketel’-zaken nader par. 4.8.

<sup>104</sup> Zie op dit punt ook de conclusie van Advocaat-Generaal Wuisman voor De Groot/Io Vivat, sub 3.4.

<sup>105</sup> Al doet de Hoge Raad dat niet altijd, met name niet in zaken van overheidsaansprakelijkheid. Zie HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:767, AB 2015/2, m.nt. C.N.J. Kortmann, JB 2014/115, m.nt. D.G.J. Sanderink (Gemeente Amsterdam/D.), r.o. 3.7 en HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3073, JB 2014/225, m.nt. S.A.L. van de Sande (Staat/Fabricom), r.o. 3.5, in welke zaak het hof relativiteit en onrechtmatigheid wel scheidt en bovendien een abstracte ongeschreven zorgvuldigheidsnorm formuleert (kenbaar uit r.o. 3.2; zie kritisch over het laatste Van de Sande in zijn noot onder Staat/Fabricom, JB 2014/225, sub 4).

van onrechtmatigheid zijn dan inhoudelijk nog sterker verweven dan bij zaken waarin de onrechtmatigheid bestaat in de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. De rechtsnorm geen rechtsinbreuk te plegen, die in deze onrechtmatigheidsrubriek ligt besloten, strekt tot bescherming van het geschade belang van uitsluitend de subjectief gerechtigde.<sup>106</sup>

Dat blijkt uit de zaak van Stoomweverij Meyerink, die de Staat aansprak tot vergoeding van de schade als gevolg van het feit dat zij zonder stroom kwam te zitten, doordat een spitfire van de luchtmacht een hoogspanningsleiding van de Provinciale Elektriciteitsmaatschappij had stukgevoelen. De Hoge Raad stelde voorop dat 'over de aan schuld te wijten inbreuk op een subjectief recht alleen kan worden geklaagd door den drager van dit recht'.<sup>107</sup> Alleen de elektriciteitsmaatschappij als eigenaar van de hoogspanningsleiding kon de rechtsinbreuk dus inroepen als zelfstandige grondslag voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.<sup>108</sup> Evenzo geldt het doen laten failleren van een vennootschap als inbreuk op een subjectief recht van de vennootschap, maar niet van de aandeelhouder. Ook al is diens aandeel een 'door de aandeelhouder jegens de vennootschap uit te oefenen (...) vermogensrecht'.<sup>109</sup>

In zoverre staat bij deze onrechtmatigheidsrubriek de uitkomst van de toets aan het relativiteitsvereiste met het constateren van de inbreuk al vast. Maar dat wil niet zeggen dat de norm geen rechtsinbreuk te plegen strekt tot bescherming van ieder geschaad belang van de benadeelde subjectief gerechtigde, in termen van het type schade en de wijze waarop deze is ontstaan.<sup>110</sup> Zo oordeelde de Hoge Raad dat de rechtsinbreuk, bestaande in het laten 'overhangen' van een op een afvalhoop gedeponeerde taxusstruik boven andermans grond, nog geen aansprakelijkheid vestigde voor de schade van de eigenaar van die grond, bestaande in het overlijden van diens twee paarden, die van deze – voor paarden giftige – struik hadden gegeten.<sup>111</sup> Ook kan de vraag rijzen wie precies de subjectief gerechtigde is bij de inbreuk op een subjectief recht. Er valt dus ook bij een rechtsinbreuk wel degelijk nog 'inhoudelijk' te toetsen aan het relativiteitsvereiste, naast de toets aan het vereiste van onrecht-

---

106 Zie ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 614 (TM).

107 HR 14 maart 1958, NJ 1961/570 (stukgevoelen hoogspanningsleiding), p. 1221.

108 Hetgeen niet uitsluit dat de afnemer van elektriciteit die als gevolg daarvan schade lijdt – in casu de Stoomweverij Meyerink – een beroep kan doen op de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die wel strekt tot bescherming van diens geschade belang. Zie in deze laatste zin ook HR 1 juli 1977, ECLI:NL:HR:1977:AB7010, NJ 1978/84, m.nt. G.J. Scholten (stukgegraven gasbuis).

109 Poot/ABP, r.o. 3.4.3. Zie hierover Van Maanen 1997b, p. 299-304, voor een nadere duiding van dit oordeel als relativiteitsoordeel.

110 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 136 en Groene Serie Onrechtmatige daad, art. 6:163 BW, aant. 55.3 (K.J.O. Jansen).

111 HR 22 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1347, NJ 1994/624, m.nt. C.J.H. Brunner (taxusstruik), r.o. 3.3, waaraan de Hoge Raad toevoegt 'in het bijzonder niet indien degeen die de struik aldus heeft neergelegd, niet wist of behoefde te weten dat die struik vergiftig was'.

matigheid. Ook bij deze onrechtmatigheidsrubriek is het dus niet alleen mogelijk, maar ook zinvol beide vereisten te scheiden.

## 2.10 EEN EENDUIDIG RELATIVITEITSVEREISTE

Dit hoofdstuk begon met de constatering dat in de loop der jaren in wetgeving, rechtspraak en literatuur merkwaardig genoeg twee varianten van het relativiteitsvereiste door elkaar zijn gaan lopen, in verschillende formuleringen. Deze varianten worden inmiddels min of meer vereenzelvigd, onder de noemer van 'het relativiteitsvereiste'. Een goede reden daarvoor, die ook vandaag de dag nog hout snijdt, heb ik niet kunnen vinden, anders dan dat het nu eenmaal zo gelopen is.

Ik heb daarom voorgesteld de vereenzelving van het Schutznorm-vereiste en het vereiste van relatieve onrechtmatigheid los te laten en relativiteit als aansprakelijkheidsrechtelijk leerstuk terug te brengen tot de oorspronkelijke proporties van de Schutznorm-leer. Dit is de door Van Geleijn Vitringa naar Duits voorbeeld geïntroduceerde gedachte dat aansprakelijkheid voor de schending van een wettelijke norm mede afhankelijk is van de relatie tussen de door de aangesproken partij geschonden norm en het geschade belang van de benadeelde. Het relativiteitsvereiste is in lijn hiermee eenduidig te definiëren als het vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang. De toets aan dit relativiteitsvereiste moet worden onderscheiden van een abstracte toets aan het vereiste van onrechtmatigheid, die beperkt blijft tot de vaststelling of de betreffende norm al dan niet is geschonden.

Op basis van deze eenduidige definitie van het relativiteitsvereiste laat de regeling van de onrechtmatige daad in artikel 6:162 lid 1 en 6:163 BW zich vereenvoudigen. Het vereiste van relatieve onrechtmatigheid kan worden opgeruimd door uit artikel 6:162 lid 1 BW de zinsnede 'jegens een ander' te schrappen. Ook artikel 6:163 BW kan in zijn geheel worden geschrapt. Er is geen reden waarom het relativiteitsvereiste in een van de overige vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad afgezonderde bepaling zou moeten staan. In plaats daarvan kan het relativiteitsvereiste aan het bestaande artikel 6:162 lid 1 BW worden toegevoegd, in positieve formulering, zoals het Schutznorm-vereiste in artikel 823 lid 2 BGB:

*'Hij die een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die een ander dientengevolge lijdt, te vergoeden, voor zover de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang.'*<sup>112</sup>

---

112 Waarbij ik ook de zinsnede 'is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt' heb aangepast in 'is verplicht de schade die een ander dientengevolge lijdt'.

Daarmee is duidelijk wat moet worden verstaan – of in elk geval wat ik in het bestek van dit proefschrift versta – onder het relativiteitsvereiste. In zoverre was dit hoofdstuk vooral een terminologische exercitie. Nu die is afgerond, is de weg vrij om te onderzoeken waarom aansprakelijkheid voor de schending van een wettelijke norm van dit vereiste afhankelijk zou moeten zijn. Deze vraag naar de ratio van het relativiteitsvereiste staat centraal in het nu volgende hoofdstuk.



### 3 | Ratio en meerwaarde van het relativiteitsvereiste

#### 3.1 EEN BETWIST VEREISTE

Zoals in het vorige hoofdstuk al bleek, kende het Nederlands onrechtmatige daadsrecht aanvankelijk geen relativiteitsvereiste. Voor de vestiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad volstond dat was voldaan aan de vereisten van het toenmalige artikel 1401 BW (oud): onrechtmatigheid, schade, causaal verband tussen daad en de schade en schuld. Het vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang werd door Van Geleijn Vitringa in 1919 naar Duits voorbeeld geïntroduceerd in zijn bijdrage 'Openbaarheid van den weg en burgerlijk recht' in het *Rechtsgeleerd Magazijn*. Negen jaar later, in 1928, werd het in de zaak van de graaf De Marchant et d'Ansembourg door de Hoge Raad aanvaard. Hij oordeelde dat 'de strekking van art. 12 der Onteigeningswet niet is om den eigenaar te beschermen tegen nadeelen, die mochten voortvloeien uit de aanwijzing van zijn goed ter onteigening'.<sup>1</sup> De Staat was daarom niet aansprakelijk voor de schade die de graaf stelde te lijden als gevolg van een aanwijzing ter onteigening van zijn landerijen in strijd met de Onteigeningswet.

Het relativiteitsvereiste is dus van oorsprong rechtersrecht, dat vervolgens door de wetgever werd gecodificeerd bij gelegenheid van de invoering van het Nieuw BW. Sinds 1992 staat het relativiteitsvereiste in de wet. Toch is zijn bestaansrecht altijd ter discussie blijven staan. Niet minder dan vijf leerstukken met bijbehorende vereisten zijn in de loop der tijd als alternatief voor het relativiteitsvereiste in beeld gekomen. Het betreft de leer van de instructie- en waarborgnormen, de leer-Demogue-Besier, de leer-Smits, de belangenleer en – in de afgelopen jaren nadrukkelijk opnieuw – de leer van de redelijke toerekening van artikel 6:98 BW. Ten aanzien van elk van deze leerstukken is wel door iemand betoogd dat deze het relativiteitsvereiste overbodig maakt.<sup>2</sup>

Hebben we het relativiteitsvereiste echt nodig? In dit hoofdstuk onderzoek ik de ratio van het relativiteitsvereiste en zijn meerwaarde ten opzichte van leerstukken en bijbehorende vereisten die in de loop der tijd als alternatief

---

1 HR 25 mei 1928, *NJ* 1928, p. 1688-1694, m.nt. E.M. Meijers, W. 11885, m.nt. HdJ (De Marchant et d'Ansembourg/Staat), p. 1692. Zie voor een uitvoeriger bespreking par. 2.3.

2 Zie voor vindplaatsen Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 143-144; Groene Serie Onrechtmatige daad, art. 6:163 BW, aant. 16-18 (K.J.O. Jansen) en uitvoerig Lankhorst 1992b, p. 49-86 en p. 174-181.

in beeld zijn gekomen. Ik begin weer bij Van Geleijn Vitringa, die het relativiteitsvereiste niet alleen in de literatuur introduceerde, maar het later als raadsheer in de Hoge Raad in de zaak van de graaf De Marchant et d'Ansembourg ook zo ongeveer eigenhandig tot positief recht verhief. Waarom aanvaarding van het relativiteitsvereiste in de optiek van Van Geleijn Vitringa nu precies nodig was, wordt echter uit zijn bijdrage in het *Rechtsgeleerd Magazijn* niet onmiddellijk duidelijk, terwijl in het arrest van de Hoge Raad iedere toelichting op de aanvaarding van het relativiteitsvereiste ontbreekt (par. 3.2). In de literatuur wordt deze aanvaarding door de Hoge Raad ondertussen verklaard aan de hand van maatschappelijke ontwikkelingen en ontwikkelingen in de rechtspraak in het interbellum. Deze ontwikkelingen zouden de reikwijdte van aansprakelijkheid voor de schending van een wettelijke norm op basis van enkel de vier bestaande, wettelijke vereisten in artikel 1401 BW (oud) onhoudbaar hebben gemaakt. Met aanvaarding van het relativiteitsvereiste zou de Hoge Raad in de ontstane behoefte aan inperking van aansprakelijkheid hebben voorzien (par. 3.3).

Met deze historische verklaring voor aanvaarding van het relativiteitsvereiste door de Hoge Raad is dit vereiste echter nog niet gerechtvaardigd. In inperking van aansprakelijkheid ten opzichte van het aansprakelijkheidsregime van de vier vereisten van artikel 1401 BW (oud) had ook kunnen worden voorzien door aanvaarding van ieder willekeurig ander nieuw vereiste of aanscherping van een bestaand vereiste. Sowieso lijkt het nogal merkwaardig de ratio van een specifiek vereiste te zoeken in inperking van aansprakelijkheid, omdat van elk vereiste van de onrechtmatige daad of leerstuk van schadevergoedingsrecht hetzelfde zou kunnen worden gezegd. Het lijkt mij dan ook niet terecht in het verlengde van de verklaring van aanvaarding van het relativiteitsvereiste door de Hoge Raad ook zijn ratio te zoeken in inperking van aansprakelijkheid, zoals dat in de literatuur doorgaans wordt gedaan (par. 3.4).

Een andere reden waarom we het relativiteitsvereiste nodig hebben, krijgt in de literatuur minder aandacht. Het gaat om het gebruik van het concept normschending bij het vereiste van onrechtmatigheid. Dit maakt het theoretisch noodzakelijk, zo laat ik zien, bij de vestiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad de geschonden norm en het geschade belang te relateren met een normatieve redenering, naast het relateren van de gedraging van de aangesproken partij en de schade van de benadeelde met een feitelijke, *condicio-sine-qua-non*-redenering. Er moet, anders gezegd, niet alleen worden nagegaan of de schade van de benadeelde is veroorzaakt door de gedraging van de aangesproken partij, maar ook of de geschonden norm moet worden geacht te strekken tot bescherming van het geschade belang. In dit relateren van geschonden norm en geschaad belang met een normatieve redenering *als doel op zich* moet in mijn optiek dan ook de rechtvaardiging en daarmee ook de ratio van het relativiteitsvereiste worden gezocht (par. 3.5). Hierin bestaat ook zijn meerwaarde ten opzichte van de leerstukken, die in de loop

der tijd vanuit een oogpunt van inperking van aansprakelijkheid als alternatief voor het relativiteitsvereiste in beeld zijn gekomen. Ik laat dit zien door het relativiteitsvereiste af te zetten tegen de leer van de instructie- en waarborgnormen en de leer-Smits (par. 3.6), de leer-Demogue-Besier (par. 3.7), de leer van de redelijke toerekening van artikel 6:98 BW (par. 3.8) en de belangenleer (par. 3.9).

We hebben het relativiteitsvereiste dus echt nodig, voor het relateren van geschonden norm en geschaad belang met een normatieve redenering. Nu een bepaalde reikwijdte van aansprakelijkheid in een concreet geval van dit relateren hooguit het gevolg is en niet omgekeerd, mondt dit hoofdstuk uit in een betoog voor 'normalisering' van het relativiteitsvereiste. Het heeft niet uit zijn aard een aansprakelijkheidsinperkend of -regulerend karakter, of althans niet meer of minder dan ieder ander vereiste van de onrechtmatige daad of leerstuk van schadevergoedingsrecht (par. 3.10).

### 3.2 DE 'BUITENKANSJES' VAN VAN GELEIN VITRINGA

De rol van Van Geleijn Vitringa bij de receptie van het relativiteitsvereiste in het Nederlandse onrechtmatige daadsrecht was cruciaal, zoveel is zeker. Hij was het niet alleen die het vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang in Nederland op de kaart zette, met zijn bijdrage 'Openbaarheid van den weg en burgerlijk recht' in het *Rechtsgeleerd Magazijn*.<sup>3</sup> Hij was het ook die negen jaar later als raadsheer in de Hoge Raad in de zetel zat die het arrest in de zaak van de graaf De Marchant et d'Ansembourg wees. Sterker nog, afgaand op het archiefonderzoek van Van Maanen was het Van Geleijn Vitringa die het arrest op zijn typemachine concipieerde, zijn mederaadsheren blijkbaar van 'zijn' relativiteitsvereiste wist te overtuigen en het daarmee zo ongeveer eigenhandig tot positief recht verhief.<sup>4</sup>

Waarom Van Geleijn Vitringa er zoveel aan gelegen was aansprakelijkheid voor de schending van een wettelijke norm afhankelijk te maken van het relativiteitsvereiste, is minder duidelijk. Er bestaan verschillende interpretaties van zijn bijdrage in het *Rechtsgeleerd Magazijn*. De meest ruime interpretatie komt van Van Maanen. Volgens hem maakte Van Geleijn Vitringa zich 'grote zorgen' over de reikwijdte van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, op basis van de vier vereisten in de toenmalige regeling van de onrechtmatige daad in artikel 1401 BW (oud). Voor de vestiging van aansprakelijkheid voor

---

3 Zie hierover par. 2.2.

4 Van Geleijn Vitringa was, aldus Van Maanen, een van de eerste raadsheren die zijn concepten op een typemachine vervaardigde, zodat deze zich gemakkelijk laten herkennen 'mede gezien de specifieke letter en opmaak'. In het Nationaal Archief heeft Van Maanen het concept van het arrest in de zaak De Marchant et d'Ansembourg opgediept, dat inderdaad getypt blijkt. Zie – met foto van het concept – Van Maanen 2013, p. 156.

de schending van een wettelijke norm volstond dat was voldaan aan de vereisten van onrechtmatigheid, schade, causaal verband tussen daad en schade en 'schuld'.<sup>5</sup> Van Geleijn Vitringa zou – in de interpretatie van Van Maanen – hebben gemeend dat dit leidde tot een 'ongebreidelde aansprakelijkheid' en een 'te ruime kring van gerechtigden' tot schadevergoeding.<sup>6</sup>

Het oordeel van de Hoge Raad in Raalter weg, in 1917, zou deze vrees van Van Geleijn Vitringa als het ware bevestigd hebben.<sup>7</sup> Ter illustratie van het feit dat Van Geleijn Vitringa zich zorgen maakte over de reikwijdte van aansprakelijkheid, wijst Van Maanen er verder op dat Van Geleijn Vitringa zich in dezelfde bijdrage verzette tegen het wetsvoorstel-Regout.<sup>8</sup> Dit wetsvoorstel beoogde de zogeheten ruime opvatting van onrechtmatigheid bij wet in te voeren. Ook een gedraging in strijd met een ongeschreven zorgvuldighedsnorm of de goede zeden zou dan onrechtmatig zijn en daarmee grond voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.<sup>9</sup> Het wetsvoorstel werd nimmer aanvaard. Het was de Hoge Raad die in 1919, in Lindenbaum/Cohen, de ruime opvatting van onrechtmatigheid aanvaardde, waarbij hij overigens letterlijk aansluiting zocht bij (de gewijzigde versie van) dit wetsvoorstel.<sup>10</sup> Toen had Van Geleijn Vitringa zijn bijdrage aan het *Rechtsgeleerd Magazijn* echter al geschreven.

Verheij meent daarentegen dat Van Geleijn Vitringa er met zijn betoog voor aanvaarding van het relativiteitsvereiste niet op uit was de reikwijdte van aansprakelijkheid *in algemene zin* in te perken.<sup>11</sup> Waar het Van Geleijn Vitringa om ging, aldus Verheij, was te voorkomen dat 'mensen zich via het onrechtmatige daadsrecht op ongerechtvaardigde wijze zouden kunnen verrijken'.<sup>12</sup> Die ongerechtvaardigde verrijking zou er in bestaan dat schadevergoeding mogelijk zou zijn, alleen omdat de aangesproken partij toevallig een wettelijke norm schond. Verheij wijst er daarbij op dat Van Geleijn Vitringa in zijn bijdrage in het *Rechtsgeleerd Magazijn* van 1919 niet alleen de zaak van de

5 Dit vereiste van schuld had aan het begin van de twintigste eeuw min of meer hetzelfde profiel als het huidige (ruimere) vereiste van toerekenbaarheid, in die zin dat het zag op de verwijtbaarheid van een onrechtmatige gedraging aan de aangesproken partij of 'dader'. Zie Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 101 e.v. Eerder, in de negentiende eeuw, was dat anders, waarover Sieburgh 2000, p. 39-40.

6 Van Maanen 2013, p. 156.

7 HR 30 maart 1917, NJ 1917, p. 503 (Raalter weg). Koperslager Slegten was in deze zaak aansprakelijk, op de enkele grond dat hij in strijd met de wet een openbare weg had afgesloten en Westenenk daardoor schade leed. Zie nader par. 2.2.

8 Zie Van Maanen 2013, p. 156, onder verwijzing naar Van Geleijn Vitringa 1919, m.n. noot 2 op p. 26.

9 Zie *Kamerstukken II* 1910/11, nr. 198 en voor het gewijzigde voorstel W. 9459.

10 HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161-163, W. 10365, m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (Lindenbaum/Cohen).

11 Of zoals Verheij 2014, p. 96 het noemt: 'paal en perk te stellen aan een eindeloze aansprakelijkheid als gevolg van een blinde toepassing van het condicio sine qua non-verband'.

12 Verheij 2014, p. 96.

afgesloten Raalter weg besprak, maar ook de zaak Deen/Lindenbaum.<sup>13</sup> In deze zaak was de Amsterdamse drukker Lindenbaum aansprakelijk voor de schade die zijn buurman Deen stelde te lijden als gevolg van de drukkerij, omdat deze door Lindenbaum in strijd met de Hinderwet zonder vergunning werd geëxploiteerd.<sup>14</sup> Van Geleijn Vitringa verzette zich hiertegen, omdat weigering van een vergunning onder de Hinderwet alleen mogelijk was bij vrees voor hinder van 'ernstigen aard'.<sup>15</sup> Als in lijn met de Hinderwet wel een vergunning zou zijn aangevraagd en verleend, zou Deen dus even goed enige hinder hebben moeten dulden en had hij die niet als schade op Lindenbaum kunnen verhalen. Het exploiteren van een drukkerij is op zich immers niet onrechtmatig. Het aannemen van aansprakelijkheid op de enkele grond dat een wettelijke norm is geschonden maakte in de ogen van Van Geleijn Vitringa 'de aanspraak op schadevergoeding' in dit soort zaken tot 'een buitenkansje (...) dat iemand te beurt valt alleen omdat zijn buurman de wet heeft overtreden'.<sup>16</sup>

Ook voor mij is het geen uitgemaakte zaak dat Van Geleijn Vitringa er met zijn betoog voor aanvaarding van het relativiteitsvereiste op uit was de reikwijdte van aansprakelijkheid in algemene zin in te perken, zoals Van Maanen meent. Van Geleijn Vitringa toonde zich in een eerdere publicatie juist wel voorstander van de ruime opvatting van onrechtmatigheid, zoals Van Maanen zelf ook aangeeft.<sup>17</sup> Voor zover Van Geleijn Vitringa in zijn bijdrage aan het *Rechtsgeleerd Magazijn* uit 1919 inging op het wetsvoorstel-Regout, dat invoering van deze ruime opvatting beoogde, merkt hij – in een voetnoot – op dat oneerlijke mededinging inmiddels via het Wetboek van Strafrecht zowel straf- als civielrechtelijk kon worden aangepakt. In dat licht vraagt Van Geleijn Vitringa zich – in dezelfde voetnoot – af 'of thans de winst van een ruimer regeling nog opweegt tegen het offer, dat de rechtszekerheid moet brengen'.<sup>18</sup> Hier lijkt voor Van Geleijn Vitringa dus veeleer de rechtsonzekerheid die met aanvaarding van de onrechtmatigheidsrubrieken van het ongeschreven recht gepaard gaat het probleem dan een dreigende 'ongebreidelde' aansprakelijkheid.

Daar komt bij dat Van Geleijn Vitringa zich in zijn bijdrage naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad in Raalter weg kritisch toont, maar zich kan

---

13 HR 23 maart 1917, *NJ* 1917, p. 449-451 (Deen/Lindenbaum).

14 Tot een beoordeling op dit punt kwam het niet, omdat in feitelijke instanties vast kwam te staan dat voor de oprichting van de drukkerij geen vergunning was vereist en Lindenbaum voor de latere uitbreiding een vergunning had aangevraagd, maar 'de bevoegde gemeenteautoriteit' had aangegeven dat ook daarvoor geen vergunning nodig was, in welke beslissing de Hoge Raad zich niet wilde mengen (Deen/Lindenbaum, p. 450-451).

15 Van Geleijn Vitringa 1919, p. 32. Ook geciteerd door Verheij 2014, p. 96.

16 Van Geleijn Vitringa 1919, p. 33. Ook geciteerd door Verheij 2014, p. 96.

17 Zie Van Maanen 2013, p. 156, onder verwijzing naar Van Geleijn Vitringa 1907, p. 1-44 en i.h.b. p. 22. Zie ook Van Maanen 1999, p. 44.

18 Van Geleijn Vitringa 1919, p. 26, noot 2.

vinden in de *uitkomst* dat koperslager Slegten aansprakelijk was voor het in strijd met de wet afsluiten van een openbare weg. Deze uitkomst achtte Van Geleïn Vitringa 'zeker niet *onbillijk*'. Het afsluiten van een openbare weg was in zijn optiek ongeoorloofd, ook los van de strafbaarstelling in het Wetboek van Strafrecht 'of eenig ander voorschrift van objectief recht'.<sup>19</sup> Waar Van Geleïn Vitringa zich volgens mij tegen verzette, is de constructie aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad te vestigen op de enkele grond dat een wettelijke norm was geschonden. Die constructie zou in zijn ogen leiden tot 'onaannemelijke resultaten'.<sup>20</sup> Onaannemelijk, omdat een wettelijke norm in de optiek van Van Geleïn Vitringa steeds beoogt bepaalde belangen te beschermen, maar als het ware onbedoeld ook andere belangen gaat beschermen. Van Geleïn Vitringa:

'Elk wettelijk voorschrift beoogt de bescherming van zekere belangen, maar vaak werkt het daarenboven in op verschillende belangen van geheel anderen aard. Een verbod, een zeker weeldeartikel in te voeren, beoogt onder de oorlogsomstandigheden stellig niet het belang van den koopman, die een groote voorraad daarvan binnenlands heeft. Toch speelt het hem in de kaart, omdat de beperking van aanvoer de waarde van zijn voorraad doet stijgen. Bescherming tegen concurrentie is niet het doel van de Drankwet. Daarom komt den herbergier geen vordering toe tot vergoeding van de schade in zijn bedrijf door de mededinging van een buurman, die ook den kleinhandel in drank gaat uitoefenen, maar dit doet zonder de vereischte vergunning, en evenmin heeft de koopman, wiens voorraad hier te lande in prijs daalt door invoer in strijd met het evenvermeld verbod, verhaal op den smokkelaar.'<sup>21</sup>

Het relativiteitsvereiste moet dus voorkomen dat de koopman en de herbergier de schending van het verbod op de invoer van weeldeartikelen of de Drankwet kunnen inroepen ter bescherming van het belang de waarde van de voorraad te laten stijgen, respectievelijk gevrijwaard te blijven van omzetsderving door oneerlijke mededinging. Daarvoor zijn deze betreffende normen in de voorbeelden van Van Geleïn Vitringa niet bedoeld.

De interpretatie van Van Maanen van Van Geleïn Vitringa is volgens mij dus te ruim. Van Geleïn Vitringa was er niet op uit met aanvaarding van het relativiteitsvereiste de reikwijdte van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in algemene zin in te perken. De interpretatie van Verheij lijkt mij daarentegen weer te eng. Van Geleïn Vitringa wilde met aanvaarding van het relativiteitsvereiste méér 'buitenkansjes' uitbannen dan alleen die van het gevalstype Deen/Lindenbaum. In dit gevalstype handelt de aangesproken partij in strijd met de wet door zonder vergunning een op zichzelf niet onrechtmatige activiteit uit te voeren. Het ging Van Geleïn Vitringa er in bredere zin om te voor-

---

19 Van Geleïn Vitringa 1919, p. 35 (cursivering in origineel).

20 Van Geleïn Vitringa 1919, p. 29.

21 Van Geleïn Vitringa 1919, p. 29-30.

komen dat de schending van een wettelijke norm werd ingeroepen ter bescherming van een geschaad belang, dat die norm niet beoogt te beschermen. De casus van Deen/Lindenbaum, waarin de Hinderwet alleen beoogt te beschermen tegen ernstige hinder, was een sprekend voorbeeld van dergelijke 'détournement de législation', zoals Lankhorst het noemt: het invoeren van een wettelijke norm voor een ander doel dan waarvoor deze is bedoeld.<sup>22</sup>

De vraag naar het precieze motief van Geleijn Vitringa is echter in zekere zin een achterhoedegevecht. De aanvaarding van het relativiteitsvereiste door de Hoge Raad in 1928, negen jaar nadat Van Geleijn Vitringa het introduceerde, is in de literatuur hoe dan ook in het teken komen te staan van inperking in algemene zin van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. De behoefte aan een dergelijke inperking zou zijn ontstaan vanwege maatschappelijke ontwikkelingen en ontwikkelingen in de rechtspraak.

### 3.3 ONTWIKKELINGEN IN HET INTERBELLUM

Waarom de Hoge Raad in de zaak van de graaf De Marchant et d'Ansembourg, in 1928, overging tot aanvaarding van het relativiteitsvereiste, lichtte hij niet toe.<sup>23</sup> De reden voor aanvaarding van het relativiteitsvereiste door de Hoge Raad in de zaak van de graaf De Marchant et d'Ansembourg wordt in de literatuur doorgaans gezocht in de behoefte aan inperking in algemene zin van de reikwijdte van aansprakelijkheid voor de schending van een wettelijke norm, die in het interbellum werd gevoeld. Inperking, ten opzichte van het aansprakelijkheidsregime op basis van de vier vereisten van artikel 1401 BW (oud). Dit aansprakelijkheidsregime zou om verschillende redenen in toenemende mate onhoudbaar zijn geworden.

Lankhorst wijst op de 'toenemende industrialisatie en complexiteit van de samenleving'.<sup>24</sup> Om deze maatschappelijke ontwikkelingen in goede banen te leiden werd steeds meer wet- en regelgeving uitgevaardigd. De reikwijdte van aansprakelijkheid voor de schending van een wettelijke norm dijde als gevolg van deze 'normvermenigvuldiging' als het ware vanzelf steeds verder uit.<sup>25</sup> Naarmate het aantal wettelijke normen toenam, was een gedraging immers sneller in strijd met een wettelijke norm. Dat gold gezien de eveneens

---

22 Lankhorst 1992b, p. 18. In deze zin ook Bloembergen 1965, p. 171, volgens wie er dan 'meer' uit de norm wordt gehaald 'dan er in zit'.

23 Zie in dit verband Langemeijer 1940b, p. 533, die opmerkt dat de Hoge Raad 'zijn nieuwe leer (...) eenvoudig geponeerd' heeft.

24 Lankhorst 1992b, p. 15. Voor de goede orde: Lankhorst bespreekt de onhoudbaarheid van het aansprakelijkheidsregime op basis van de vier vereisten van art. 1401 BW (oud) in het licht van de door hem genoemde ontwikkelingen als de onhoudbaarheid van de zogeheten 'absolute' opvatting van onrechtmatigheid (zie par. 2.2). Inhoudelijk maakt dit geen verschil.

25 Lankhorst 1992b, p. 15. Zie ook Langemeijer 1940a, p. 424; Van den Brandhof 1968, p. 166-167.

toenemende overheidsbemoeienis met de samenleving des te meer voor gedragingen van de overheid.

Ook ontwikkelingen in de rechtspraak zouden hebben bijgedragen aan het gevoel dat het bestaande aansprakelijkheidsregime van artikel 1401 BW (oud) onhoudbaar werd en inperking geïndiceerd was, zo wordt aangenomen. Klomp wijst op Lindenbaum/Cohen, waarin de Hoge Raad in 1919 in lijn met het op dat moment nog altijd aanhangige wetsvoorstel-Regout de zogeheten ruime opvatting van onrechtmatigheid aanvaardde.<sup>26</sup> Ook een handelen of nalaten in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm was voortaan onrechtmatig en daarmee grondslag voor eventuele aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Daarmee werd de reikwijdte van aansprakelijkheid dus uitgebreid. Aanvaarding van het relativiteitsvereiste door de Hoge Raad in 1928, in de zaak van de graaf De Marchant et d'Ansembourg, zou daarom gezien moeten worden als reactie op Lindenbaum/Cohen, waarmee de reikwijdte van aansprakelijkheid weer werd ingeperkt.<sup>27</sup>

De taxatie van Van Maanen is dat hier zelfs een bewuste strategie van de Hoge Raad achter schuilging. De Hoge Raad zou in elk geval tot aan zijn aanvaarding van de ruime opvatting van onrechtmatigheid in Lindenbaum/Cohen bewust hebben vastgehouden aan het aansprakelijkheidsregime op basis van de vier vereisten van artikel 1401 BW (oud) en aanvaarding van het relativiteitsvereiste hebben afgehouden. De schending van een wettelijke norm riep in dit aansprakelijkheidsregime, tot 1928, zonder meer aansprakelijkheid in het leven voor daardoor veroorzaakte schade, mits ook aan het vereiste van schuld was voldaan. Het letterlijk zo groot mogelijk houden van de actieradius van deze onrechtmatigheidsrubriek was volgens Van Maanen 'één van de wijzen' waarop de Hoge Raad 'een billijk schadevergoedingsrecht trachtte te realiseren'.<sup>28</sup> Met aanvaarding van de ruime opvatting van onrechtmatigheid, in Lindenbaum/Cohen, ontstond vervolgens de ruimte om het relativiteitsvereiste te aanvaarden.

Er deed zich in het interbellum nog een paradigmatische ontwikkeling voor in de rechtspraak, die in de literatuur door Meijers met aanvaarding van het relativiteitsvereiste in verband wordt gebracht. Het gaat om de Ostermann-zaak, in 1924. Inzet daarvan was aansprakelijkheid van de Staat voor de weigering door ambtenaren medewerking te verlenen aan de export door Ostermann & Co van plantenvet, margarine en plantenboter. Die weigering was in strijd met de wet. De Hoge Raad aanvaardde in deze zaak de mogelijk-

---

26 Zie hiervoor par. 3.2.

27 Zie bijv. Klomp 1998, p. 399.

28 Van Maanen 1986, p. 196. Zie ook Van Maanen 1999, p. 45. Ook de taxatie van Van Maanen staat in het teken van de 'absolute' opvatting van onrechtmatigheid.

heid van overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.<sup>29</sup> Ook de schending van een wettelijke norm 'onverschillig of dat voorschrift een privaatrechtelijk dan wel een publiekrechtelijk karakter draagt' door een 'publiekrechtelijk zedelijk lichaam', ter vervulling van een 'overheidstaak', kon voortaan een onrechtmatige daad opleveren in de zin van artikel 1401 BW (oud), zo oordeelde de Hoge Raad.<sup>30</sup> Meijers achtte de onvoorwaardelijke wijze waarop de Hoge Raad aldus 'publiek onrecht' binnen het bereik van de onrechtmatige daad bracht en daarmee van de burgerlijke rechter onhoudbaar. Hij verzag spoedige inperking.<sup>31</sup> De 'belangrijke consequentie' van het oordeel van de Hoge Raad in de zaak van de graaf De Marchant et d'Ansembourg, vier jaar na Ostermann, was volgens Meijers dan ook dat daarmee een beperking werd gesteld aan overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.<sup>32</sup> In zoverre verwelkomde Meijers aanvaarding van het relativiteitsvereiste, al spatte het enthousiasme er niet van af:

'Een beperking der aansprakelijkheid, door na te gaan, wier belangen de norm beoogt te beschermen, past alleen bij sommige, publiekrechtelijke wettelijke voorschriften.'<sup>33</sup>

Wat dat betreft behoeft het beeld van Meijers als geharnast tegenstander van het relativiteitsvereiste bijstelling.<sup>34</sup>

Hoe dit ook zij, in de literatuur wordt de reden van aanvaarding van het relativiteitsvereiste door de Hoge Raad dus doorgaans gezocht in de behoefte aan inperking van de reikwijdte van aansprakelijkheid op basis van de vier vereisten van artikel 1401 BW (oud). Deze behoefte laat zich op haar beurt verklaren door maatschappelijke ontwikkelingen en ontwikkelingen in de rechtspraak in het interbellum. Met aanvaarding van het relativiteitsvereiste zou de Hoge Raad in deze behoefte hebben voorzien.

29 Eerder had de burgerlijke rechter in HR 31 december 1915, *NJ* 1916, p. 407-411 (Noordwijkerhout/Guldemond) al de zogeheten *objectum litis*-leer aanvaard, waarin zijn bevoegdheid afhankelijk was van het te beschermen recht en niet de publiek- of privaatrechtelijke aard van het geschil. Daardoor was de Hoge Raad in zaken als van Ostermann bevoegd.

30 HR 20 november 1924, *NJ* 1925, p. 89-91 (Ostermann). Zie hierover Di Bella 2014, p. 29-34. Zie ook Meijers 1925, p. 244.

31 Meijers 1925, p. 243-244.

32 E.M. Meijers, noot onder De Marchant et d'Ansembourg/Staat, *NJ* 1928, p. 1694.

33 Zie E.M. Meijers, noot onder HR 11 maart 1937, *NJ* 1937/899 (Holdisco), p. 1254. In zijn noot onder de zaak van de graaf De Marchant et d'Ansembourg, *NJ* 1928, p. 1694 volstond Meijers met de neutrale constatering van 'een nieuw onderscheid in de behandeling van privaat- en publiekrechtelijk onrecht bij de toepassing van art. 1401 B.W.'.

34 Zie voor dit beeld bijv. Lankhorst 1992b, p. 22-23; Wiggers-Rust 2011, p. 125, noot 10; Van den Berge 2012, p. 31-34. Het beeld gaat terug op Meijers' kritische noot onder HR 24 januari 1930, *NJ* 1930, p. 299-306 (brandstichting), p. 304-306. Zijn kritiek in die noot lijkt zich echter vooral te richten tegen het relatief onrechtmatigheidsbegrip dat de Hoge Raad in de brandstichtingszaak ook hanteerde. Zie in dit verband par. 2.4 en 2.8.

### 3.4 VERKLAREN VERSUS RECHTVAARDIGEN

Met de behoefte aan inperking van aansprakelijkheid is aanvaarding van het relativiteitsvereiste door de Hoge Raad weliswaar verklaard, maar nog niet gerechtvaardigd. Een rechtvaardiging van een fenomeen laat zich immers niet een-op-een afleiden uit de historische verklaring van datzelfde fenomeen. Of simpeler gezegd: dat iets op een bepaalde manier is gelopen, wil nog niet zeggen dat het ook zo zou *moeten* lopen. Toegegeven, dat is een nogal formeel argument. Maar het laat zich materieel uitwerken. Want wat is er nu helemaal gezegd met de verklaring dat de Hoge Raad in 1928 het relativiteitsvereiste aanvaardde om te voorzien in de destijds gevoelde behoefte aan inperking van aansprakelijkheid?

Deze verklaring leert vooral iets over de context waarin het relativiteitsvereiste werd aanvaard: het Nederlands onrechtmatige daadsrecht in het interbellum. Blijkbaar was er in de jaren twintig een behoefte aan inperking van aansprakelijkheid voor de schending van een wettelijke norm ontstaan. Over de vraag waarom het onrechtmatige daadsrecht uitgerust zou moeten worden met uitgerekend het vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang is daarmee nog niet veel gezegd. Anders dan dat aanvaarding van dat vereiste in die context blijkbaar in die behoefte kon voorzien.

In de behoefte aan inperking van aansprakelijkheid ten opzichte van de in 1928 bestaande reikwijdte op basis van de vier vereisten van artikel 1401 BW (oud) had echter ook op andere wijze kunnen worden voorzien dan door aanvaarding van het relativiteitsvereiste. Hetzij door aanvaarding van ieder willekeurig ander nieuw vereiste, hetzij door aanscherping van één van de vier bestaande vereisten. De aanscherping van een bestaand vereiste of de introductie van een nieuw vereiste had immers ook in inperking van aansprakelijkheid geresulteerd ten opzichte van de tot dan toe bestaande reikwijdte van aansprakelijkheid.

Tenminste vijf leerstukken zijn wat dat betreft in de loop der tijd als alternatief voor het relativiteitsvereiste in beeld gekomen. Ten tijde van aanvaarding van het relativiteitsvereiste door de Hoge Raad lagen de leer van de instructie- en waarborgnormen (uitsluitend in zaken van overheidsaansprakelijkheid) en de leer-Demogue-Besier op tafel. Later kwamen daar de leer-Smits, de leer van de redelijke toerekening van artikel 6:98 BW en de belangenleer bij. Nadere bespreking van deze leren en hun verhouding tot het relativiteitsvereiste volgt later in dit hoofdstuk.<sup>35</sup> Waar het mij nu om gaat, is te constateren dat met aanvaarding van deze leerstukken en bijbehorende vereisten óók in inperking van aansprakelijkheid had kunnen worden voorzien. Deels wordt met de genoemde leerstukken vandaag de dag ook daadwerkelijk in

---

<sup>35</sup> Zie par. 3.6-3.9.

inperking van aansprakelijkheid voorzien, zoals later in dit hoofdstuk nog zal blijken. Voor inperking van aansprakelijkheid ten opzichte van het aansprakelijkheidsregime op basis van de vier vereisten van artikel 1401 BW (oud) hadden en hebben we het relativiteitsvereiste dus niet nodig.<sup>36</sup>

Om die reden lijkt het mij niet terecht om in het verlengde van de historische verklaring voor aanvaarding van het relativiteitsvereiste door de Hoge Raad ook de rechtvaardiging van dit vereiste en daarmee zijn ratio te zoeken in inperking van aansprakelijkheid. Sowieso lijkt het mij nogal merkwaardig of in elk geval weinig onderscheidend de ratio van een specifiek vereiste van de onrechtmatige daad te zoeken in inperking van aansprakelijkheid. Elk vereiste van de onrechtmatige daad of leerstuk van schadevergoedingsrecht voorziet dan zagezegd op enigerlei wijze in inperking van de reikwijdte van aansprakelijkheid.

Toch is dat wel wat in de literatuur doorgaans gebeurt.<sup>37</sup> De meeste auteurs zien het relativiteitsvereiste als instrument ter inperking van de reikwijdte van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Zo omschrijven Hartkamp & Sieburgh in de *Asser*-serie het relativiteitsvereiste, teruggrijpend op de verklaring voor zijn aanvaarding, als ‘correctiemogelijkheid’:

‘Het doel (...) is een correctiemogelijkheid te verschaffen waarmee een te uitgebreide aansprakelijkheid voor aan derden toegebrachte schade kan worden vermeden. De behoefte aan deze correctie drong zich op toen in de twintigste eeuw steeds meer (wettelijke) normen werden geformuleerd. Daardoor nam het aantal gevallen toe, waarin weliswaar een causaal verband aanwezig is tussen de daad en de schade, maar slechts een toevallig samentreffen bestaat tussen de onrechtmatigheid en de schade.’<sup>38</sup>

Ook Lankhorst ziet het relativiteitsvereiste als ‘middel om de civiele aansprakelijkheid binnen redelijke grenzen te houden’.<sup>39</sup> Volgens Van Maanen moet het relativiteitsvereiste een ‘te vergaande aansprakelijkheid’ voorkomen.<sup>40</sup>

36 Dat blijkt er tevens uit dat Van Geleijn Vitringa ‘zijn’ relativiteitsvereiste in zijn bijdrage aan het *Rechtsgeleerd Magazijn* ook formuleert in termen van de leer-Demogue-Besier, aldus Van Maanen 1999, p. 45, onder verwijzing naar Van Geleijn Vitringa 1919, p. 31. Het doel dat Van Geleijn Vitringa met aanvaarding van het relativiteitsvereiste in de interpretatie van Verheij wilde bereiken – het voorkomen van ongerechtvaardigde verrijking doordat toevallig een wettelijke norm is geschonden (zie par. 3.2) – zou verder ook bereikt kunnen worden door aanvaarding van de leer-Smits. Zie Verheij 2014, p. 96.

37 In deze zin ook Verheij 2014, p. 95.

38 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 129.

39 Lankhorst 1992b, p. 47.

40 Spier e.a. 2015, nr. 65 (G.E. van Maanen/S.D. Lindenberg). Zie in deze zin ook bijv. Klomp 1998, p. 398; Schlössels 2003, p. 528; Te Ronde 2007, p. 15; Leopold 2009, p. 52; Wiggers-Rust 2011, p. 125.

Schild & De Jongh en Di Bella zien het relativiteitsvereiste eveneens als instrument ter inperking van de reikwijdte van aansprakelijkheid. Zij menen echter dat het daarbij gaat om een instrument met een subsidiair karakter, waarmee terughoudend zou moeten worden omgegaan. Dat leiden zij af uit de negatieve formulering van artikel 6:163 BW en de wetsgeschiedenis bij deze bepaling.<sup>41</sup> In hun ogen volgt daaruit dat de BW-wetgever een generiek vermoeden van relativiteit in het leven zou hebben willen roepen. Behoudens aanwijzingen van tegendeel in wetstekst en wetsgeschiedenis zou steeds moeten worden aangenomen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan.<sup>42</sup>

Lindenbergh hekelt daarentegen de 'zuinigheid' die in zijn ogen spreekt uit de negatieve formulering van het relativiteitsvereiste in artikel 6:163 BW en de wetsgeschiedenis van die bepaling.<sup>43</sup> Daarmee wordt in de optiek van Lindenbergh miskend dat het relativiteitsvereiste niet dient ter inperking van aansprakelijkheid, maar om aansprakelijkheid te 'funderen'.<sup>44</sup> Toch betwijfel ik of het hier uiteindelijk om een wezenlijk andere visie op de ratio van het relativiteitsvereiste gaat dan die van de tot nu toe besproken auteurs. Als ik het goed zie, is het Lindenbergh er vooral om te doen het belang van het relativiteitsvereiste ten opzichte van de andere vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad te benadrukken als 'belangrijk eerste selectiemiddel (...) bij het bepalen van de verantwoordelijkheid voor de gevolgen van een gedraging'.<sup>45</sup> De tegenstelling tussen 'inperken' en 'funderen' lijkt in de visie van Lindenbergh zo vooral een kwestie van perspectief. Ook Verheij ziet wat dat betreft geen 'scherpe tegenstelling' tussen beide. Met elke fundering van aansprakelijkheid is 'automatisch ook een beperking gegeven', aldus Verheij.<sup>46</sup> Het omgekeerde geldt volgens mij ook: elke beperking van aansprakelijkheid kan ook worden gezien als fundering ervan. Ook bij Lindenbergh staat het relativiteitsvereiste wat dat betreft nog steeds in het teken van het afbakenen van de reikwijdte van aansprakelijkheid.

Daarmee zijn we bij de visie van Vranken, die het relativiteitsvereiste in de meest algemene zin ziet als 'een instrument om de omvang van de aansprakelijkheid te reguleren'.<sup>47</sup> Dat lijkt mij in zoverre terecht dat de toets aan het relativiteitsvereiste in een concreet geval niet per se in inperking van aansprakelijkheid hoeft te resulteren. Dat hangt van de uitkomst van die toets af. Dit

---

41 Zie Schild & De Jongh 2007, p. 153 resp. Di Bella 2014, p. 126-134.

42 Zie nader par. 4.2.

43 Lindenbergh 2007a, p. 11-12.

44 Lindenbergh 2007a, p. 12 (cursivering weggelaten)

45 Lindenbergh 2007a, p. 14. Zie ook Lindenbergh 2007b, p. 780.

46 Verheij 2014, p. 95, noot 6.

47 J.B.M. Vranken, noot onder HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, NJ 2008/576 (*Iraanse vluchteling*), sub 7. In deze zin ook Di Bella 2014, p. 128. Overigens spreekt Vranken zelf behalve van regulering ook van 'uitbreiding' (sub 9) van aansprakelijkheid, in het geval het relativiteitsvereiste niet aan aansprakelijkheid in de weg staat. Ook in dat geval lijkt het mij dan echter juister van regulering te spreken.

klinkt ook door bij Jansen. Hij benadrukt bij het weergeven van de heersende leer dat inperking van aansprakelijkheid 'in elk geval *doorgaans*' het 'effect' is van de toets aan relativiteitsvereiste:

'Volgens de heersende leer is het doel van het relativiteitsvereiste – en dit is in elk geval *doorgaans* het effect ervan – inperking van aansprakelijkheid.'<sup>48</sup>

Van zit min of meer op hetzelfde spoor. Hij observeert dat het relativiteitsvereiste vaak wordt ingezet om 'te trachten' de reikwijdte van aansprakelijkheid in te perken:

'Aansprakelijkheidsuitbreiding en relativiteit gaan hand in hand: overal waar wordt getornd aan de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht, wordt het relativiteitsvereiste ingezet om te trachten het tij te keren.'<sup>49</sup>

Hoewel in verschillende schakeringen, wordt de ratio van het relativiteitsvereiste in de literatuur dus vrijwel steeds gezocht in inperking of regulering van de reikwijdte van aansprakelijkheid, in het verlengde van de verklaring van zijn aanvaarding door de Hoge Raad in 1928. Dat lijkt mij als gezegd niet terecht, want het relativiteitsvereiste was en is daarvoor niet nodig. Er is een andere reden waarom we het relativiteitsvereiste nodig hebben.

### 3.5 ONRECHTMATIGHEID ALS NORMSCHENDING

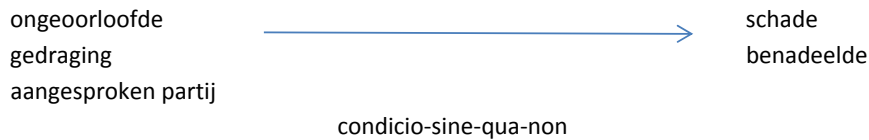
Een andere reden voor aanvaarding van het relativiteitsvereiste is bij alle nadruk op de behoefte aan inperking en regulering van aansprakelijkheid ondergesneeuwd geraakt in de literatuur. Dit is het gebruik van het concept normschending bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid. Voor de vestiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad volstaat het naar Nederlands recht niet te constateren dat de schade is veroorzaakt – in de zin van *condicio-sine-qua-non* – door een ongeoorloofd te achten gedraging van de aangesproken partij. Schematisch zou zo'n in essentie klassiek 'damnum iniuria datum'<sup>50</sup>-stelsel zo kunnen worden weergegeven:

---

48 Groene Serie Onrechtmatige daad, art. 6:163 BW, aant. 1.4 (K.J.O. Jansen; cursivering toegevoegd).

49 Van 1996, p. 109.

50 Dit zijn de drie vereisten – schade, onrecht, en causaal verband tussen onrecht en schade – voor schadevergoeding onder de Romeinse Lex Aquilia (D. 9, 2, 1). Zie hierover bijv. Sieburgh 2000, p. 39.



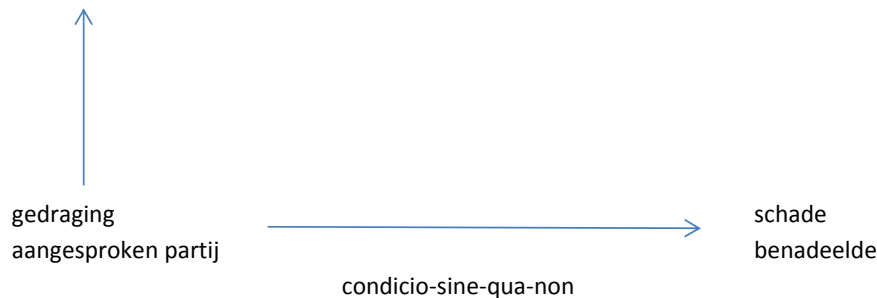
Voor de vestiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is ook vereist dat deze ongeoorloofd geachte gedraging kan worden aangemerkt als onrechtmatig. 'Onrechtmatig' is daarbij niet zomaar een synoniem voor 'ongeeoorloofd' en ook niet een volledig open begrip. Het is door de Hoge Raad gedefinieerd in Lindenbaum/Cohen.<sup>51</sup> Deze definitie is nadien in licht aangepaste vorm gecodificeerd in artikel 6:162 lid 2 BW. Alleen als een gedraging 'past' in een van de drie onrechtmatigheidsrubrieken van deze bepaling kan deze gedraging als onrechtmatig worden aangemerkt. Dat betekent weer dat de gedraging van de aangesproken partij moet kunnen worden aangemerkt als de schending van een rechtsnorm.<sup>52</sup> Hoewel het woord 'rechtsnorm' in de tekst van artikel 6:162 lid 2 BW ontbreekt, is het dit concept van de (rechts)normschending dat aan de drie onrechtmatigheidsrubrieken ten grondslag ligt.<sup>53</sup> De gedraging van de aangesproken partij moet in strijd zijn met de norm om geen inbreuk te maken op andermans subjectief recht ('een inbreuk op een recht'), met een wettelijke norm ('een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht') of met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm ('een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt'). Schematisch:

51 De Hoge Raad overwoog in Lindenbaum/Cohen 'dat onder onrechtmatige daad is te verstaan een handelen of nalaten, dat of inbreuk maakt op eens anders recht, of in strijd is met des daders rechtsplicht of indruischt, hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed, terwijl hij door wiens schuld tengevolge dier daad aan een ander schade wordt toegebracht, tot vergoeding daarvan is verplicht'. Zie nader Van Maanen 1986, p. 155 e.v.

52 Zo ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 613 (TM).

53 In deze zin ook Van der Wiel 2004, p. 8.

onrechtmatig  
in strijd met rechtsnorm



Alleen als de gedraging van de aangesproken partij in strijd is met een rechtsnorm kan deze dus worden aangemerkt als (toerekenbaar) onrechtmatig.<sup>54</sup> Vervolgens is het deze onrechtmatigheid *als zodanig* die grondslag is voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Op grond van artikel 6:162 lid 1 BW is de aangesproken partij verplicht de schade te vergoeden die de ander lijdt als gevolg van ('dientengevolge') de onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW.

Hier ontstaat echter een probleem. Een onrechtmatige daad in zin van artikel 6:162 lid 2 BW – de normschending – kan geen feitelijke schade 'veroorzaken'.<sup>55</sup> In de woorden van Telders:

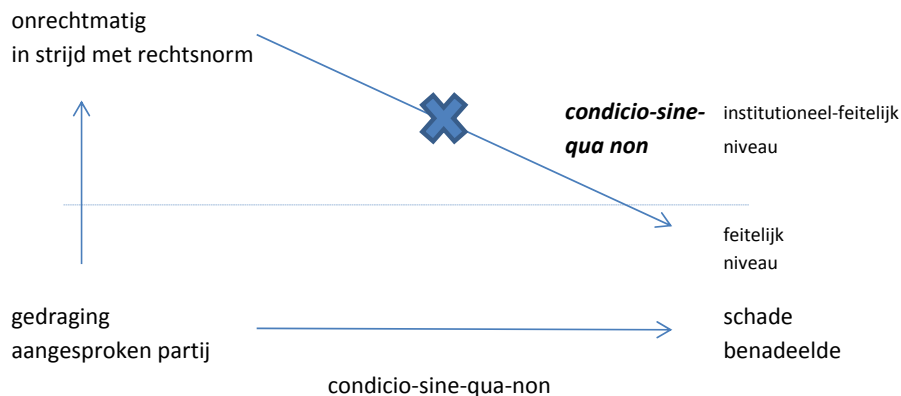
'Onrechtmatigheid is geen "feit" dat iets anders kan *veroorzaken*, het is een normatieve kwaliteit, die aan een handeling al of niet toekomt. Het verband tusschen die kwaliteit en de schade zal dus niet causaal kunnen zijn (...).'<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Voor de overzichtelijkheid laat ik in deze paragraaf het vereiste van toerekenbaarheid van de onrechtmatige gedraging aan de dader buiten beschouwing. Dat is in het schema te situeren bij de kwalificatie van een gedraging als onrechtmatig.

<sup>55</sup> Mogelijk doelen Hartkamp & Sieburgh hier ook op als zij spreken van gevallen 'waarin weliswaar een causaal verband aanwezig is tussen de daad en de schade, maar slechts een toevallig samentreffen bestaat tussen de onrechtmatigheid en de schade' (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 129). Vgl. ook Lindenberg 2007a, p. 7, die erop wijst dat het woord 'dientengevolge' in art. 6:162 lid 1 BW de suggestie wekt dat het 'verband tussen normschending en sanctie (...) vooral een kwestie van oorzaak en gevolg' is, maar dat het daarbij veeleer gaat om 'normatieve beslissingen'.

<sup>56</sup> Telders 1929, p. 170 (cursivering in origineel). In deze zin ook Schut 1963, p. 135, die stelt dat een 'kwalificatie (...) niet causaal [kan] werken, en dus zal het oordeel dat de gedraging onrechtmatig is, ook het juridisch oorzakelijkheidsverband geheel onberoerd laten'. Vgl.

Het concept normschending bestaat, anders gezegd, niet in de feitelijke werkelijkheid, maar alleen in de hoofden van juristen. Het is wat Searle noemt een 'institutioneel feit'.<sup>57</sup> In de zaak van de graaf De Marchant et d'Ansembourg, bijvoorbeeld, bestaat de onrechtmatige daad van de Staat in de schending van artikel 12 van de toenmalige Onteigeningswet. De schending van deze norm als zodanig kan echter de schade die de graaf De Marchant et d'Ansembourg stelt te lijden niet veroorzaken. Dat kan alleen de aan de Staat verweten normschendende *gedraging*, die als schending van die norm kan worden aangemerkt: het ter inzage leggen van onvoldoende uitgewerkte bouwplannen voor de te onteigenen landerijen. Daardoor krijgt de graaf zijn landerijen niet meer verkocht gedurende een periode waarin zich een waardedaling voordoet, omdat het publiek veronderstelt dat die zullen worden onteigend. Tussen de normschending en de schade kan, kortom, geen *condicio-sine-qua-non-verband* worden gelegd. De normschending situeert zich op het niveau van de juridische of – in de terminologie van Searle – de institutioneel-feitelijke 'werkelijkheid', terwijl de schade zich situeert op het niveau van de feitelijke werkelijkheid. In het schema ziet dit er zo uit:



Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 114 t.a.v. het vereiste van schuld. In deze zin ook Kist 1941, p. 313. Anders Wolfsbergen 1946, p. 96 en Kerkmeester & Visscher 1999, p. 839-840, volgens wie onrechtmatigheid en gedraging als geheel moeten worden gezien als de 'onrechtmatige daad', die de schade dan wél kan veroorzaken.

<sup>57</sup> Searle 1995, p. 1-2 stelt deze institutionele feiten als 'facts that are only facts by human agreement', zoals 'money, property, governments, and marriages' tegenover 'objective' of 'brute' facts: feiten 'totally independent of any human opinions', zoals natuurverschijnselen als sneeuw op de top van de Mount Everest. Zie hierover ook Groenewegen 2006, p. 57-59.

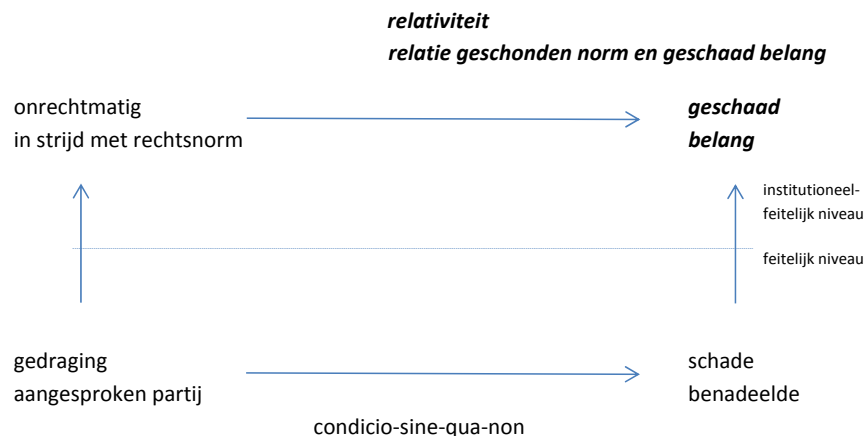
Er moet dus op een andere manier worden vastgesteld welke schade het 'gevolg' is van de normschending of, beter gezegd, daarmee in verband kan worden gebracht. De vestiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad voor bepaalde schade vereist daarom niet alleen het leggen van een verband tussen de gedraging van de aangesproken partij en de *schade* van de benadeelde op feitelijk niveau, met een *condicio-sine-qua-non*-redenering, om vast te stellen of de schade ook daadwerkelijk door de gedraging van de aangesproken partij is veroorzaakt en niet door een gedraging van een ander (de onderste horizontale pijl in het onderstaande schema). Dit vereist ook het leggen van een verband tussen de *normschending* en de schade van de benadeelde op het *institutioneel-feitelijke* niveau van het recht.

Daartoe moet ook de schade van de benadeelde als het ware naar dit institutioneel-feitelijke niveau worden 'getild', door deze uit te drukken in termen van een geschaad belang (de rechter verticale pijl in het onderstaande schema). Normen beschermen uit hun aard niet tegen schade, maar zij beschermen bepaalde belangen. Zij kunnen, in de woorden van Van Dam, worden gezien als resultante van een door de wetgever gemaakte afweging van het belang van vrijheid van handelen tegen de bescherming van andere belangen.<sup>58</sup> In de zaak van de graaf is diens schade – bestaande in de waardedaling van zijn grond – als volgt in termen van een geschaad belang uit te drukken. Dit is het belang gevrijwaard te blijven van waardedaling van zijn gronden doordat een voorgenomen onteigening, waartoe een aanwijzing is gedaan, niet wordt doorgezet omdat de aanwijzing in strijd met de wet is.

Het is het leggen van dit verband tussen de geschonden norm en het geschade belang of, korter gezegd, het relateren van de geschonden norm en het geschade belang, waarin het relativiteitsvereiste voorziet. Strekt de norm, die de aangesproken partij heeft geschonden, tot bescherming van het geschade belang, waarvoor de benadeelde opkomt? In het onderstaande schema is dit de bovenste horizontale pijl:

---

58 Vrij vertaald uit Van Dam 2013, p. 280: 'the result of the balancing process by the legislature between the freedom to act and the protection of rights and interests'. In de versie van 2006 ontbreekt het woord 'rights'.



Inhoudelijk gaat het bij het verband tussen de geschonden norm en het geschaad belang dus niet om een feitelijke, *condicio-sine-qua-non*-redenering in termen van veroorzaking. Het gaat om een normatieve redenering, zoals ook Telders constateert.<sup>59</sup> Het gaat erom of de geschonden norm *geacht moet worden* te strekken tot bescherming van het geschade belang.

Natuurlijk valt er op deze tegenstelling tussen het feitelijke vereiste van causaal verband en het normatieve relativiteitsvereiste af te dingen dat ook de toets aan het vereiste van causaal verband in de zin van *condicio-sine-qua-non* uiteindelijk normatief is. Ook deze toets vergt een juridisch en in zoverre normatief oordeel.<sup>60</sup> Dat is echter omdat de 'wegdenkoefening' (zou de schade van de benadeelde ook zijn ingetreden zonder de onrechtmatige gedraging van de aangesproken partij?) niet perfect kan worden uitgevoerd, zolang we niet terug in de tijd kunnen. Dit noodzakelijkerwijs normatieve randje doet er dus niet aan af dat het vereiste van causaal verband een feitelijke, *condicio-sine-qua-non* redenering veronderstelt en het relativiteitsvereiste uit zijn aard een normatieve redenering.

Minder scherp is het onderscheid echter als op het vereiste van causaal verband een normatieve 'kop' wordt gezet. Zoals dat het geval is bij de con-

<sup>59</sup> Zie Telders 1929, p. 170, zij het dat hij deze situeert tussen onrechtmatigheid – normschending – en schade.

<sup>60</sup> Het gaat er om of de rechter meent dat bepaalde schade 'met een redelijke mate van waarschijnlijkheid' is 'veroorzaakt' door de gedraging van de aangesproken partij of althans dat dit voldoende aannemelijk is. Zie Groene Serie Schadevergoeding, art. 6:98 BW, aant. 15.2 (R.J.B. Boonekamp) resp. bijv. Advocaat-Generaal Wissink in zijn conclusie voor HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Fortis/Bourgonje), sub 3.63.

structies die in de rechtspraak zijn aanvaard om in voorkomende gevallen bewijsnood omtrent het causaal verband in de zin *condicio-sine-qua-non* te lenigen. Een voorbeeld is de zogeheten omkeringsregel, die kort gezegd inhoudt dat *condicio-sine-qua-non*-verband behoudens tegenbewijs wordt aangenomen als het specifieke risico waartegen de geschonden norm beoogt te beschermen zich verwezenlijkt.<sup>61</sup> Een ander voorbeeld biedt de proportionele aansprakelijkheid. Dit leerstuk houdt in dat onder omstandigheden ondanks onzekerheid over het *condicio-sine-qua-non*-verband tussen de gedraging van de aangesproken partij en de schade van de benadeelde toch gedeeltelijke aansprakelijkheid kan worden aangenomen, naar rato van de kans dat diens gedraging de schade heeft veroorzaakt.<sup>62</sup>

Hoe dan ook, het is het gebruik van het institutioneel-feitelijke concept normschending bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid dat het relateren van geschonden norm en geschaad belang met een normatieve redenering theoretisch noodzakelijk maakt. Op deze noodzaak doelt volgens mij ook Van Maanen. Hij merkt in zijn proefschrift aanvaarding van het relativiteitsvereiste ook aan als ‘noodzakelijke konsekwentie’ van het aanvaarden van de onrechtmatigheidsrubrieken en daarmee, zo voeg ik toe, van het centrale concept van de normschending door de Hoge Raad in 1919, in *Lindenbaum/Cohen*:

‘Aan de andere kant is het [aanvaarding van het relativiteitsvereiste; PWdH] een min of meer noodzakelijke konsekwentie van het stelsel van 1919 waarbij als criteria voor onrechtmatigheid worden genoemd de strijd met de rechtsplicht, de inbreuk op het recht van een ander en de strijd met betamelijke zorgvuldigheid of de strijd met de goede zeden. De *gedragsnorm* wordt in *die* criteria gesitueerd.’<sup>63</sup>

Anders dan de behoefte aan inperking of regulering van de reikwijdte van aansprakelijkheid kan de theoretische noodzaak tot het relateren van geschonden norm en geschaad belang, die gepaard gaat met het hanteren van het institutioneel-feitelijke concept normschending, aanvaarding van het relativiteitsvereiste dus wél rechtvaardigen. Daarin moet in mijn optiek daarom de ratio van het relativiteitsvereiste worden gezocht.

61 Zie HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7264, *NJ* 2012/669 (beroepsaansprakelijkheid gynaecoloog); HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7345, *NJ* 2004/304 (TFS/NS) en HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7351, *NJ* 2004/305, m.nt. W.D.H. Asser (Kastelijn/Achtkarspelen). Deze omkeringsregel introduceert zo een soort ‘bewijsrelativiteit’, waarover *Lindenbergh* 2004, p. 433-435. Zie ook *Castermans & Den Hollander* 2009, p. 165-166.

62 Ook daarbij figureert inmiddels een relativiteitsachtig concept, want de rechter moet het aannemen van zo’n proportionele aansprakelijkheid onder meer rechtvaardigen in termen van ‘de strekking van de geschonden norm’ (HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Fortis/Bourgonje), r.o. 3.8). Zie hierover *Castermans & Den Hollander* 2013, p. 188.

63 Van Maanen 1986, p. 198 (cursivering in origineel).

Op dit punt onderscheidt het Nederlands recht zich ook van het Franse en Belgische recht. Daarin is de zogeheten leer van de *relativité aquilienne* tot op heden niet aanvaard,<sup>64</sup> althans niet als zodanig.<sup>65</sup> Anders dan de regeling van de onrechtmatige daad in artikel 1401 BW (oud) en het huidige artikel 6:162 BW kent de regeling van de onrechtmatige daad in artikel 1382 van de Franse Code civil (Cc) geen vereiste van onrechtmatigheid.<sup>66</sup> Artikel 1382 Cc luidt:

‘Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.’<sup>67</sup>

Hetzelfde geldt voor artikel 1382 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek, dat letterlijk hetzelfde luidt:

‘Elke daad van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, verplicht degene door wiens schuld de schade is ontstaan, deze te vergoeden.’

<sup>64</sup> Zie Viney, Jourdain & Carval 2013, nr. 441 resp. Vansweevelt & Weyts 2009, nr. 172-174.

<sup>65</sup> Viney, Jourdain & Carval 2013, nr. 441 signaleren wel enige rechtspraak die erdoor lijkt geïnspireerd. Daarnaast circuleert in de Franse literatuur het relativiteitsachtige concept van het ‘*intérêt légitime*’, dat het mogelijk maakt onderscheid aan te brengen in de ‘beschermwaardigheid’ van verschillende typen geschade belangen. Een pleitbezorger is Borghetti 2008, p. 145-171. Zie ook Quézel-Ambrunaz 2012, p. 21-43. Deze leer lijkt enigszins op de Nederlandse ‘belangenleer’, waarover in par. 3.9. Daarnaast figureert in rechtspraak en literatuur – min of meer in het kader van het vereiste van causaal verband – het concept van de ‘*relativité de la faute causale*’, waarover Viney, Jourdain & Carval 2013, nrs. 358, 336 en 346-1. Zie hierover ook Wagner 2003, p. 254-255 en Van Dam 2013, p. 287. Zie voor het Belgisch recht Vansweevelt & Weyts 2009, nr. 172-174, die in de rechtspraak ook een enkele uitzondering signaleren op de regel dat het Belgisch recht geen relativiteitsvereiste kent. Het Belgisch recht kent inmiddels overigens wel een soort bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste bij de vernietiging van ‘onwettige bestuurshandelingen’ middels het vereiste van ‘belang bij het middel’, waarover Lierman 2015, p. 18.

<sup>66</sup> Zo ook Quézel-Ambrunaz 2012, p. 22.

<sup>67</sup> Aanvankelijk had dat vereiste van onrechtmatigheid ook in het Nederlands recht niet veel betekenis. Het doel van het toevoegen van dit vereiste aan art. 1401 BW (oud) ten opzichte van art. 1382 Cc, waarmee art. 1401 BW (oud) voor het overige letterlijk overeenkwam, was alleen uit te sluiten dat aansprakelijkheid bestond voor een rechtmatige, schadeveroorzakende gedraging. Vanaf het einde van de negentiende eeuw ging de Hoge Raad aan het vereiste van onrechtmatigheid echter de invulling geven zoals we die tot op de dag van vandaag kennen. Eerst onderkende hij alleen de onrechtmatigheidsrubrieken van de rechtsinbreuk en een handelen of nalaten in strijd met ‘des daders rechtsplicht’. Deze tweeslag figureert voor het eerst in HR 6 april 1883, W. 4901 (Elzer/De Gavere), waarover Van Maanen 1986, p. 37-38. De onrechtmatigheidsrubriek van de ‘rechtsplicht’ zag daarbij alleen op het geschreven recht en dus op wettelijke plichten. Zie E.M. Meijers, noot onder Lindenbaum/Cohen, *WPNR* 2564 (1919), p. 66 en Parl. Gesch. Boek 6, p. 614 (TM). Later, in Lindenbaum/Cohen, kwam daar het ongeschreven recht bij. Zie over dit alles tevens Sieburgh 2000, p. 38-40.

Voor de vestiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad volstaat daarom naar Frans en Belgisch recht dat sprake is van een schadeveroorzakende gedraging (*‘Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage’*), die kan worden aangemerkt als *‘faute’* van de aangesproken partij (*‘oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer’*). Dit *‘faute’*-vereiste is een open vereiste. De schadeveroorzakende gedraging van de aangesproken partij moet op de een of andere manier ongeoorloofd zijn (*‘illicite’*).<sup>68</sup> Zo leverde de schending van artikel 23 van de Code de déontologie médicale – dat artsen verbiedt reclame te maken – een *faute* op, op grond waarvan artsen die in strijd met dit verbod reclame maakten aansprakelijk waren voor de schade van andere artsen, die zich wel aan de wet hielden, ter zake van verlies van clientèle. De Cour de Cassation ging niet na of en in hoeverre de door de gedupeerde artsen ingeroepen norm het doel heeft hun geschade belang te beschermen.<sup>69</sup>

Noch naar Frans, noch naar Belgisch recht hoeft de gedraging van de aangesproken partij dus te worden aangemerkt als onrechtmatig in de zin dat deze gedraging moet *‘passen’* in een vooraf (bij wet) gedefinieerde onrechtmatigheidsrubriek.<sup>70</sup> In het Franse en Belgische recht is dus ook niet of in veel mindere mate sprake van het institutioneel-feitelijke concept normschending bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid. In deze rechtsstelsels dient zich daarom in zoverre niet de theoretische noodzaak aan tot het relateren van de geschonden norm en het geschade belang met een normatieve redenering.<sup>71</sup> Daarvoor hebben deze rechtsstelsels het relativiteitsvereiste dus ook niet nodig.<sup>72</sup>

---

68 Meestal wordt daarbij onderscheid gemaakt tussen een objectief element, dat ziet op de ongeoorloofde gedraging, en een subjectief element, dat ziet op de toerekenbaarheid van deze gedraging aan de aangesproken partij. Zie bijv. Viney, Jourdain & Carval 2013, nr. 444-444-2; Bloch 2011, p. 101-113; Malinvaud & Fenouillet 2012, nrs. 580-589.

69 Cass. Civ. 1re 4 november 1992, nr. 89-21899, *D.* 1992, *IR* 270. Kritisch over een eerder, vergelijkbaar Frans oordeel reeds Van Geleijn Vitringa 1919, p. 30-31.

70 In deze zin ook t.a.v. het Franse recht Wagner 2003, p. 210. Overigens wil dat niet zeggen dat er in de literatuur niet allerlei classificaties van de *‘faute’* bestaan. Zie bijv. Malinvaud & Fenouillet 2012, nrs. 590-599.

71 Het zou anders zijn als het avant-projet-Terré voor de hervorming van het Frans aansprakelijkheidsrecht zou worden doorgezet. Dit voorziet in art. 5 in een wettelijke definitie van de *‘faute’* als *‘fait illicite’*, waarbij twee onrechtmatigheidsrubrieken of beter gezegd *‘ongeoorloofde rubrieken’* worden onderscheiden: een feit in strijd met een wettelijke gedragsnorm of met het ongeschreven recht (*‘le devoir général de prudence et de diligence’*). Zie Bloch 2011, p. 101-104. In dat geval zou ook voor het Frans recht een theoretische noodzaak ontstaan tot het relateren van geschonden norm en geschaad belang en daarmee voor aanvaarding van het relativiteitsvereiste. Dit avant-projet voorziet in art. 8 overigens ook in de introductie van het relativiteitsachtige concept dat de schade van de benadeelde een door het recht erkend en beschermd belang behelst (*‘intérêt reconnu et protégé par le droit’*), waarover Grare-Didier 2011, p. 133-135.

72 Doorgaans wordt de afwijzing van het relativiteitsvereiste in de literatuur verklaard en gerechtvaardigd aan de hand van het *‘principe d’équivalence’*. Dit principe wil dat alle

Terugkerend naar eigen land laat zich aan de hand van de visie op de ratio van het relativiteitsvereiste ook de meerwaarde van dat vereiste in kaart brengen, ten opzichte van de leer van de instructie- en waarborgnormen, de leer-Demogue-Besier, de leer-Smits, de leer van de redelijke toerekening en de belangenleer. Evenals het relativiteitsvereiste kunnen deze leerstukken voorzien in inperking van aansprakelijkheid ten opzichte van het aansprakelijkheidsregime van artikel 1401 BW (oud), doordat zij aanscherping behelzen van een – ten opzichte van de regeling van de onrechtmatige daad van artikel 1401 BW (oud) – bestaand vereiste of een nieuw vereiste. Anders dan het relativiteitsvereiste kan geen van deze leerstukken echter voorzien in het relateren van geschonden norm en geschaad belang. In mijn visie op de ratio van het relativiteitsvereiste kunnen deze leerstukken dus niet als alternatief voor het relativiteitsvereiste worden gezien en heeft het relativiteitsvereiste wel degelijk meerwaarde.

Ik werk dat nu uit voor elk van deze leerstukken en bijbehorende vereisten. Daarbij houd ik niet de chronologische volgorde aan waarin de verschillende leerstukken in literatuur of rechtspraak naar voren zijn gekomen, maar groepeer ik ze afhankelijk ervan of zij aanscherping van een – ten opzichte van artikel 1401 BW (oud) – bestaand vereiste behelzen of de introductie van een nieuw vereiste. Te beginnen met de leer van de instructie- en waarborgnormen en de leer-Smits.

### 3.6 RELATIVITEIT VERSUS DE LEER VAN DE INSTRUCTIE- EN WAARBORGNORMEN EN DE LEER-SMITS

De leer van de instructie- en waarborgnormen behelst aanscherping van het vereiste van onrechtmatigheid, specifiek in zaken van overheidsaansprakelijkheid. Deze aanscherping bestaat erin dat niet de schending van elke wettelijke norm onrechtmatig is, maar alleen de schending van een zogeheten ‘waarborgnorm’. Alleen de schending van zo’n norm kan derhalve grondslag zijn voor overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Onder een waarborgnorm wordt in dit verband een wettelijke norm verstaan, die beoogt een daadwerkelijke aanspraak op bepaald gedrag van de overheid voor de burger in het leven te roepen. Dit in tegenstelling tot een zogeheten ‘instructienorm’. Het laatste type norm is uitsluitend op de overheid of een orgaan daarvan gericht en heeft uitsluitend een ‘interne publiekrechtelijke betekenis’.<sup>73</sup>

---

schade ter zake van alle geschade belangen op gelijke voet voor vergoeding in aanmerking komt (kritisch hierover Quézel-Ambrunaz 2012, m.n. p. 23-25). Een verwant ‘principe’ dat aan aanvaarding van het relativiteitsvereiste in de weg staat, is dat wettelijke normen worden uitgevaardigd in het algemeen belang, zodat geen – als arbitrair ervaren – onderscheid mag worden gemaakt tussen eventuele wel en niet te beschermen individuele belangen (Viney, Jourdain & Carval 2013, nr. 336; Van Dam 2013, p. 286-287; kritisch hierover Howarth 2004, p. 637). Verder wordt afwijzing van het relativiteitsvereiste in de literatuur

Als pleitbezorger van de leer van de instructie- en waarborgnormen kan Meijers worden genoemd.<sup>74</sup> Hij verwelkomde als gezegd aanvaarding van het relativiteitsvereiste door de Hoge Raad in 1928 in zoverre dat daarmee de reikwijdte van overheidsaansprakelijkheid werd ingeperkt. In zijn optiek was de onvoorwaardelijke wijze waarop de Hoge Raad in 1924 in de Ostermann-zaak de mogelijkheid van overheidsaansprakelijkheid had aanvaard namelijk onhoudbaar.<sup>75</sup> Maar het lijkt erop dat het Meijers' eerste voorkeur had hiervoor de leer van de instructie- en waarborgnormen in te zetten.<sup>76</sup>

Het oordeel van de Hoge Raad in de zaak van de Zutphense Zuiderhaven, in 1939, geldt als standaardvoorbeeld van toepassing van de leer van de instructie- en waarborgnormen. Wormgoor, handelaar in graan met een bedrijfspan aan de genoemde haven, stelde klandizie mis te lopen en derhalve omzet te derven, doordat de gemeente verzuimde ondiepten in de haven uit te baggeren. Daarmee handelde de gemeente,<sup>77</sup> aldus Wormgoor, in strijd met bepaalde normen uit de toenmalige Gemeentewet, waarin de gemeente werd belast met de zorg voor 'publieke wateren'. De rechtbank achtte Wormgoor echter niet ontvankelijk en ook bij het hof ving hij bot. Naar het oordeel van het hof was de 'strekking' van de betreffende normen geen andere dan dat daarmee werd aangewezen welke organen verantwoordelijk waren voor de publieke wateren. Daarnaast moest er hooguit een 'waarborg' in worden gezien dat er geld voor werd vrijgemaakt op de begroting, aldus het hof.<sup>78</sup> Het vervolg van het oordeel van het hof leek geknipt en geplakt uit het oordeel van de Hoge Raad in de zaak van de graaf De Marchant et d'Ansembourg:

'dat appellant uit deze artikelen echter ten onrechte afleidt, dat een gemeentebestuur dat nalatig is in de zorg voor de bruikbaarheid van een vaarwater, immers niet voldoende optreedt tegen daarin voorkomende verzanding, een onrechtmatige daad pleegt in den zin van art. 1401 B.W.;

dat toch de strekking van voormelde artikelen geenszins is om den gebruiker van zulk een vaarwater te beschermen tegen nadeelen, welke mochten voortvloeien uit de door een minder goed onderhoud veroorzaakte beperking van het gebruik

---

in verband gebracht met slachtofferbescherming (Borghetti 2008, p. 171). Ook wordt gewezen op het bezwaar dat moeilijk valt vast te stellen of de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang (Viney, Jourdain & Carval 2013, nr. 441 en, voor het Belgisch recht, Vansweevelt & Weyts 2009, nr. 174).

<sup>73</sup> Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 133.

<sup>74</sup> Afgaande op Meijers in zijn noot onder HR 23 november 1939, *NJ* 1940/242 (Zuiderhaven), p. 384 ligt de oorsprong van de leer van de instructie- en waarborgnormen in het negentiende-eeuwse Duitse recht.

<sup>75</sup> Zie par. 3.3.

<sup>76</sup> Meijers 1925, p. 243-244. In zijn noot onder de zaak van de graaf De Marchant et d'Ansembourg, *NJ* 1928, p. 1694 leek Meijers aanvankelijk het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad ook te duiden als toepassing van de leer van de instructie- en waarborgnormen.

<sup>77</sup> Formeel was overigens mr. J. Dijkmeester wederpartij, in zijn hoedanigheid van burgemeester van de gemeente Zutphen.

<sup>78</sup> Zuiderhaven, weergave oordeel hof op p. 381.

van dat water, maar slechts om een goed bestuur der gemeente te bevorderen en appellant dus aan deze artikelen geen aanspraak op bescherming tegen krenking van zijn belangen kan ontlenen.<sup>79</sup>

In cassatie klaagde Wormgoor dat de door de gemeente geschonden normen wel degelijk ook strekken tot bescherming van 'het belang der gebruikers der openbare wateren'. Advocaat-Generaal Wijnveldt zag in deze normen 'uitsluitend' een 'taakverdeling' voor de verschillende overheden 'gegeven in het algemeen en niet voor eenig bijzonder belang' en kon zich vinden in het oordeel van het hof.<sup>80</sup> Dat gold ook voor de Hoge Raad, maar hij liet zich niet in dergelijke relativiteitstermen uit. Hij stelde voorop dat er zoiets is als een onderscheid tussen instructie- en waarborgnormen, zij het niet met zoveel woorden:

'dat echter de omstandigheid, dat een wettelijk voorschrift in het algemeen belang de zorg voor de bruikbaarheid van zeker object aan de Overheid opdraagt, zonder meer nog niet schept een rechtsplicht van die overheid tegenover elk en een iegelijk om te zorgen dat hij van dat object het gebruik kan maken waartoe het bestemd is en dat zijn belang medebrenkt; dat toch een publiekrechtelijk voorschrift slechts dan aan de Overheid rechtstreeks tegenover de ter zake belanghebbenden een plicht oplegt, waarvan schending dan tegenover hen een onrechtmatige daad in den zin van art. 1401 B.W. oplevert, indien het voorschrift voor die belanghebbenden een aanspraak op zekere gedraging van de Overheid wil vestigen.'<sup>81</sup>

Het ging er dus om of de betreffende norm een 'aanspraak' op bepaald gedrag van de overheid in het leven wilde roepen. Van dergelijke 'aanspraaknormen' was hier echter geen sprake, aldus de Hoge Raad:

'dat echter elke bedoeling om aan een belanghebbende tegenover het gemeentebestuur eenige aanspraak te geven op instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid of veiligheid van de in art. 209 onder h der gemeentewet genoemde tot gemeenen dienst van allen bestemde objecten der gemeente aan dit artikel, evenals aan de artt. 240 onder l en 247 dier wet, vreemd is.'<sup>82</sup>

De gemeente was derhalve niet aansprakelijk voor de schade van Wormgoor, op de grond dat zij de normen uit de Gemeentewet had geschonden, waarbij de gemeente werd belast met het waterbeheer.

---

79 Zuiderhaven, weergave oordeel hof op p. 381.

80 Conclusie Advocaat-Generaal Wijnveldt voor Zuiderhaven, p. 383. Meijers bepleitte in zijn NJ-noot onder Zuiderhaven, p. 384 een vergelijkbaar criterium voor de vraag of een bepaalde norm als een instructie- of waarborgnorm moet worden aangemerkt.

81 Zuiderhaven, p. 382

82 Zuiderhaven, p. 382.

Groot is de leer van de instructie- en waarborgnormen niet geworden. De zaak van de Zuiderhaven is zo ver ik weet behalve het standaardvoorbeeld ook het enige voorbeeld waarin de Hoge Raad de leer toepaste.<sup>83</sup> In de literatuur bestaat niet veel enthousiasme voor de leer. Brunner vraagt zich af of het onderscheid tussen beide type normen wel houdbaar is.<sup>84</sup> Met name door Lankhorst is betoogd dat de leer van de instructie- en waarborgnormen geen zelfstandig bestaansrecht heeft naast het relativiteitsvereiste.<sup>85</sup> Dat lijkt mij niet terecht, omdat de leer van de instructie- en waarborgnormen ziet op het vereiste van onrechtmatigheid.<sup>86</sup> Een met de leer van de instructie- en waarborgnormen aangescherpt vereiste van onrechtmatigheid zou dus kunnen bestaan naast het relativiteitsvereiste.<sup>87</sup>

Ziet de leer van de instructie- en waarborgnormen alleen op overheidsaansprakelijkheid, de leer-Smits bestrijkt de volle breedte van het aansprakelijkheidsrecht. Ook deze leer behelst aanscherping van het vereiste van onrechtmatigheid. In het geval van de leer-Smits houdt deze aanscherping in dat het aantal onrechtmatigheidsrubrieken wordt gereduceerd tot één en wel die van het ongeschreven recht. Met aanvaarding van de ruime opvatting van onrechtmatigheid in Lindenbaum/Cohen in 1919 waren de andere onrechtmatigheidsrubrieken in Smits' ogen overbodig geworden. Ook het met aansprakelijkheid voor de schending van een wettelijke norm verbonden relativiteitsvereiste

---

83 Ook HR 1 juli 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4426, NJ 1983/684, m.nt. C.J.H. Brunner (Limburgse scheepsbevrachter) wordt met de leer in verband gebracht, maar de Hoge Raad spreekt zich in deze zaak over instructie- en/of waarborgnormen niet uit. Zie nader Groene Serie Onrechtmatige daad, art. 6:163 BW, aant. 18 (K.J.O. Jansen).

84 C.J.H. Brunner, noot onder Limburgse scheepsbevrachter, NJ 1983/684.

85 Zie Lankhorst 1992b, p. 93-94, waarover nader par. 4.6. Ook Meijers erkende in zijn noot onder Zuiderhaven, NJ 1940, p. 384 overigens de 'verwantschap' tussen het relativiteitsvereiste en de leer van de instructie- en waarborgnormen. In dezelfde zin Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 133 en p. 216; Lankhorst 1992b, p. 93. In deze zin ook Wiggers-Rust 2011, p. 132-133. Zie t.a.v. Duwbak Linda ook F.J. van Ommeren, noot onder HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, AB 2005/127, sub 3. Vgl. ook Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.6 en noot 35, waarin hij het oordeel van de Hoge Raad in Zuiderhaven noemt als voorbeeld van een relativiteitsoordeel op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel.

86 Zo ook M. Scheltema & M.W. Scheltema 2013, p. 343, die de leer van de instructie- en waarborgnormen onderscheiden van het relativiteitsvereiste, maar haar 'achterhaald' achten. Vgl. ook Advocaat-Generaal Spier in zijn conclusie voor Duwbak Linda, sub 4.26(f) en noot 27, die in die zin een rol voor de leer van de instructie- en waarborgnormen ziet weggelegd bij de toets aan het relativiteitsvereiste dat deze 'verhelderend' kan werken bij het verklaren waarom al dan niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan.

87 Toegegeven, Lankhorst brengt geen scherpe scheiding aan tussen het vereiste van onrechtmatigheid en het relativiteitsvereiste zoals ik dat in dit proefschrift doe (zie par. 2.9). De stap om de leer van de instructie- en waarborgnormen op te laten gaan in het relativiteitsvereiste is dan minder groot.

achte hij daarmee door de rechtsontwikkeling achterhaald.<sup>88</sup> Alleen een gedraging die naar ongeschreven recht als in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt kon worden aangemerkt, moest voortaan nog onrechtmatig worden geacht. Gezien het inherent abstracte karakter van wettelijke normen zou het gegeven dat zo'n norm is geschonden daarbij niet meer mogen zijn dan 'een factor (...) bij de beoordeling van het al dan niet betamelijke der schadetoebrenging'.<sup>89</sup> Bij de leer-Smits gaat het er dus om vast te stellen of het gegeven dat een wettelijke norm is geschonden als 'factor' bijdraagt aan het oordeel dat sprake is van een gedraging in strijd met het ongeschreven recht.<sup>90</sup>

Tot voor kort was de leer-Smits vooral een theoretisch figuur, al zijn in de loop der tijd een aantal arresten er wel mee in verband gebracht.<sup>91</sup> In de afgelopen jaren lijkt echter de leer-Smits structureel een plek te hebben veroverd in het aansprakelijkheidsrecht of althans het overheidsaansprakelijkheidsrecht. In de vaste maatstaf die de Hoge Raad is gaan hanteren in zaken van overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn bij het nemen van een besluit laat de leer zich herkennen.<sup>92</sup> Het enkele feit dat zo'n wettelijke beslistermijn wordt overschreden, is op basis van de vaste maatstaf van de Hoge Raad nog niet onrechtmatig. Daarvoor zijn 'bijkomende omstandigheden' vereist:

'Deze maatstaf houdt in dat de enkele omstandigheid dat een bestuursorgaan een besluit neemt met overschrijding van de wettelijke beslistermijn, onvoldoende is voor het oordeel dat op grond van art. 6:162 BW aansprakelijkheid bestaat voor schade die eventueel voortvloeit uit die termijnoverschrijding en dat voor die aansprakelijkheid bijkomende omstandigheden nodig zijn die meebrengen dat het bestuursorgaan, door pas na het verstrijken van de wettelijke beslistermijn een besluit te nemen, in strijd handelt met de in het maatschappelijk verkeer jegens een belanghebbende in acht te nemen zorgvuldigheid.'<sup>93</sup>

88 Zie Smits 1938, p. 469 en p. 470. Smits wees erop dat ook Van Geleijn Vitringa er in zijn bijdrage aan het *Rechtsgeleerd Magazijn* van uitging dat het oordeel van de Hoge Raad in Raalter weg anders zou zijn uitgevallen onder de ruime opvatting van onrechtmatigheid, onder verwijzing naar Van Geleijn Vitringa 1919, p. 35-37.

89 Smits 1938, p. 491-492.

90 Zie over de hieraan verwante correctie-Langemeijer par. 4.10.

91 Zie voor een overzicht van rechtspraak en literatuur op dit punt Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 83 en Nieuwenhuis 2008, p. 17-18. Zie tevens Engelen 1986, p. 208-225 en Van Boom 2001, p. 336-338.

92 Zo ook C.N.J. Kortmann, noot onder HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579, *AB* 2014/15 (Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s.), sub 7. Vgl. R.J.N. Schlössels, noot onder Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., *JB* 2013/43, sub 2, die eveneens de leer-Smits noemt, maar de maatstaf van de Hoge Raad in de eerste plaats in verband brengt met het onderscheid tussen instructie- en waarborgnormen.

93 Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., r.o. 3.3. Zie eerder HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7040, *NJ* 2011/6, m.nt. M.R. Mok (Gemeente Eindhoven/Van Ingen en Van den Dungen q.q.), r.o. 3.4.2.

Deze maatstaf staat haaks op artikel 6:162 lid 2 BW.<sup>94</sup> Met de drie zelfstandige, nevenschikte onrechtmatigheidsrubrieken, waaronder een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht, is in deze bepaling nu juist niet voor de leer-Smits gekozen. De schending van een wettelijke norm en dus ook van een wettelijke beslistermijn is op grond van artikel 6:162 lid 2 BW daarmee zonder meer onrechtmatig.<sup>95</sup> Overigens is het oordeel van de Hoge Raad in de zaak waaraan bovenstaand citaat is ontleend sowieso opvallend. Hij licht deze leer-Smits-achtige maatstaf bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid toe met een oordeel over de relativiteit van de wettelijke beslistermijn.<sup>96</sup>

Zeker is dat zowel de leer van de instructie- en waarborgnormen als de leer-Smits dus kan voorzien in inperking van aansprakelijkheid. Wordt het vereiste van onrechtmatigheid aangescherpt met een van beide leerstukken, dan is immers niet elke schending van elke wettelijke norm meer onrechtmatig. Beide leerstukken kunnen wat dat betreft worden gezien als alternatief voor het relativiteitsvereiste. Beide leerstukken bieden ook de nodige flexibiliteit. Zoals Lankhorst schrijft, ligt een 'lijst' welke wettelijke norm als instructie- en welke als waarborgnorm moet worden aangemerkt 'nergens ter inzage'.<sup>97</sup> Dat kan en moet de rechter dus van geval tot geval of, beter gezegd, van norm tot norm vaststellen. Hetzelfde geldt voor de leer-Smits. Van geval tot geval kan en moet de rechter beslissen of het gegeven dat een wettelijke norm is geschonden als factor maakt dat naar ongeschreven recht onrechtmatig is gehandeld.

Noch de leer van de instructie- en waarborgnormen noch de leer-Smits kan echter voorzien in het relateren van geschonden norm en geschaad belang met een normatieve redenering. Deze leerstukken zien niet op het leggen van enige relatie. Het gaat er uitsluitend om een norm als instructie- dan wel waarborgnorm aan te merken, of te bezien of het gegeven dat een wettelijke norm is geschonden als factor bijdraagt aan het oordeel dat sprake is van gedrag in strijd met de zorgvuldigheid die naar ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Zowel de leer van de instructie- en waarborgnormen als de leer-Smits beperken zich wat dat betreft tot de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid. In het hiervoor gehanteerde schema ziet dit er zo uit:

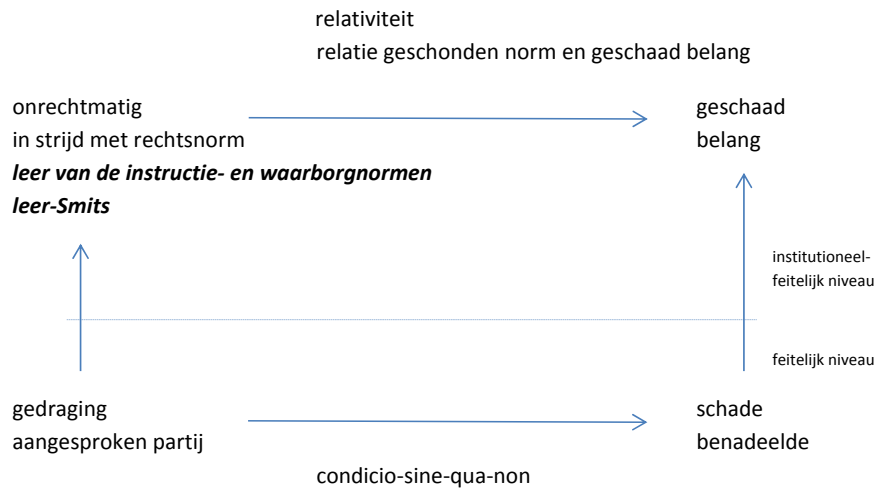
---

94 In deze zin ook S.M. Kingma, noot onder Gemeente Eindhoven/Van Ingen en Van den Dungen q.q., *Gst.* 2010/124, sub 7.

95 Zie nader Den Hollander 2013b, p. 200-202. Zie in deze zin ook Schutgens 2015c, p. 92-93, die er tevens op wijst dat hiermee de overheidsaansprakelijkheidsrechtelijke 'standaard' wordt doorkruist dat de 'schending van een publiekrechtelijke plicht een civielrechtelijke onrechtmatige daad oplevert'.

96 Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., r.o. 3.3. Zie voor bespreking van dit relativiteitsoordeel nader par. 5.11 en Den Hollander 2013b, p. 201.

97 Lankhorst 1992b, p. 94.



In mijn visie op de ratio van het relativiteitsvereiste, waarin deze bestaat in het relateren van geschonden norm en geschaad belang, zijn de leer van de instructie- en waarborgnormen en de leer-Smits daarom geen alternatieven voor het relativiteitsvereiste. Dat geldt ook voor de nu te bespreken leer-Demogue-Besier.

### 3.7 RELATIVITEIT VERSUS DE LEER-DEMOGUE-BESIER

Anders dan de leer van de instructie- en waarborgnormen behelst de leer-Demogue-Besier geen aanscherping van het vereiste van onrechtmatigheid. Deze leer behelst een aanscherping van het vereiste van causaal verband tussen de gedraging van de aangesproken partij en de schade van de benadeelde in de zin van condicio-sine-qua-non. Deze aanscherping houdt in dat er niet alleen condicio-sine-qua-non-verband moet bestaan tussen de daad – de *gedraging* – van de aangesproken partij en de *schade* van de benadeelde, maar ook tussen de *onrechtmatigheid* – in de zin van de kwalificatie van deze gedraging als normschending – en de *schade*. Zou de schade ook zonder de onrechtmatigheid zijn ingetreden? Het gaat er, anders gezegd, om of de aangesproken partij de schade van de benadeelde ook zonder normschending en dus *rechtmatig* had kunnen veroorzaken.<sup>98</sup>

<sup>98</sup> De leer-Demogue-Besier staat daarom (in het Duits) ook wel bekend als de leer van het 'rechtmäßiges Alternativverhalten' (leer van het rechtmatige alternatief). Zie C.N.J. Kortmann 2005, 260-261. Zie ook Lankhorst 1992b, p. 57.

Zoals uit haar deels Franse naam blijkt, wordt de leer-Demogue-Besier in het Nederlandse recht teruggevoerd op de Franse geleerde Demogue,<sup>99</sup> terecht of onterecht.<sup>100</sup> Demogue schrijft:

‘Il ne peut être question de cause que tout autant qu’il y a une relation nécessaire entre le fait incriminé et le dommage. Il faut qu’il soit certain que, *sans ce fait*, le dommage n’aurait pas lieu. Ainsi, il ne suffit qu’une personne ait contrevenu à certains règlements, il faut que, *sans cette contravention*, le dommage n’eût pas eu lieu.’<sup>101</sup>

De leer kwam ook op naam van Advocaat-Generaal Besier te staan, omdat de laatste in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad in de zaak van de graaf De Marchant et d’Ansembourg het hof bijviel, dat deze leer hanteerde.<sup>102</sup>

Wat de leer-Demogue-Besier ingewikkeld maakt, is dat er twee varianten van circuleren in literatuur en rechtspraak, zoals Kerkmeester & Visscher aangeven.<sup>103</sup> Er zijn namelijk twee manieren waarop de onrechtmatigheid kan worden ‘weggedacht’. De eerste variant is die waarin de werkelijke situatie wordt vergeleken met de hypothetische situatie, waarin de gedraging van de aangesproken partij zo wordt aangepast dat deze wel rechtmatig is, en wordt nagegaan of ook dan de schade zou zijn ingetreden. De tweede variant is die waarin de werkelijke situatie wordt vergeleken met de hypothetische situatie waarin niet de gedraging van de aangesproken partij zo wordt aangepast dat deze rechtmatig is, maar het recht zo wordt aangepast dat dezelfde gedraging niet langer onrechtmatig is, en wordt nagegaan of ook dan de schade zou zijn ingetreden. In beide gevallen geldt dat als de schade ook in de hypothetische situatie zou zijn ingetreden, *condicio-sine-qua-non-verband* tussen de *onrechtmatigheid* en de schade ontbreekt en het vereiste van causaal verband in de aangescherpte vorm van de leer-Demogue-Besier aan aansprakelijkheid in de weg staat.

In de zaak van de graaf De Marchant et d’Ansembourg pasten het hof en Advocaat-Generaal Besier de eerste variant toe. Zij gingen na of de schade van de graaf ook zou zijn ingetreden in de hypothetische situatie waarin de Staat de bouwplannen voor de te onteigenen gronden van de graaf wél voldoende uitgewerkt ter inzage zou hebben gelegd. Het hof oordeelde dat de

99 Zie bijv. Telders 1929, p. 170; Slagter 1952, p. 285 en Kerkmeester & Visscher 1999, p. 836.

100 Uit de tweede gecursiveerde zinsnede van het onderstaande citaat zou inderdaad kunnen worden afgeleid dat Demogue bedoelde dat een *condicio-sine-qua-non-verband* moet bestaan tussen de normschending (‘*contravention*’) en de schade. Een zin eerder spreekt hij in de eerste gecursiveerde zinsnede echter nog van het schadeveroorzakende feit (‘*fait*’) en de schade, terwijl hij niet uitdrukkelijk aangeeft dat hij hiermee op verschillende dingen doelt. Ook voor Milo 1997, p. 164 is het niet evident.

101 Demogue 1924, p. 2-3 (cursivering toegevoegd).

102 Conclusie van Advocaat-Generaal Besier voor De Marchant et d’Ansembourg/Staat, p. 1690.

103 Zie Kerkmeester & Visscher 1999, p. 838. Vgl. Slagter 1982, p. 308.

graaf dan ‘toch eveneens (...) [zou] zijn aangetast in de vruchtbare beschikking over zijn percelen en dezelfde gevolgen zouden zijn ingetreden, die nu zijn ingetreden’, als ‘de uitgewerkte plannen wel ter visie [waren] gelegd’ en het Koninklijk Besluit waarbij de landerijen van de graaf ter onteigening waren aangewezen ‘geheel en al aan de vereischten der wet’ had voldaan.<sup>104</sup> Aldus kwam het hof tot het oordeel dat de Staat niet aansprakelijk was. Advocaat-Generaal Besier plaatste deze redenering van het hof in het teken van inperking van aansprakelijkheid:

‘Te recht heeft het hof geoordeeld, dat er voor de toewijzing van schadevergoeding wegens onrechtmatige daad verband moet bestaan tusschen de onrechtmatigheid der daad en de schade. Een oorzakelijk verband tusschen de daad, *afgezien van hare onrechtmatigheid*, en de schade is niet voldoende en zou leiden tot ongerijmde gevolgen. Wanneer iemand jaagt zonder jachtakte of op den openbaren weg wielrijdt zonder belastingplaatje, verricht hij zeker een onrechtmatige daad, doch daarom is hij nog niet verplicht elke schade te vergoeden, welke door een schot uit zijn geweer of door een aanrijding met zijn rijwiel is veroorzaakt.’<sup>105</sup>

Om te vervolgen:

‘In het onderhavige geval ontbrak dus het voor de toepassing van art. 1401 B.W. noodzakelijk verband tusschen de onrechtmatigheid van het Kon. Besluit en de daardoor veroorzaakte schade. De schade toch zou evengoed zijn ingetreden, indien dit besluit niet op een onvoldoenden grondslag had berust, doch de neerlegging der plannen van het werk behoorlijk plaats had gehad.’<sup>106</sup>

De Hoge Raad wees aanscherping van het vereiste van causaal verband met de leer-Demogüe-Besier echter uitdrukkelijk van de hand:

‘dat indien, gelijk eischers stellen, de aanwijzing van hun percelen ter onteigening zonder dat de ter visielegging bij art. 12 der Onteigeningswet behoorlijk heeft plaats gehad, een onrechtmatig ingrijpen in hun eigendom is, hun aanspraak op vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade niet, gelijk het Hof doet, kan worden afgewezen met het betoog dat, ook indien de ter visielegging wèl had plaats gevonden, eischers dezelfde schade zouden hebben geleden, bij welk betoog wordt voorbijgezien, *dat in dat geval het onrechtmatig karakter aan de schadetoebrengende daad zou ontbreken*, die dan zou opleveren een door de wet gerechtvaardigd ingrijpen in den eigendom.’<sup>107</sup>

104 De Marchant et d’Ansembourg/Staat, p. 1689 (weergave hof in het cassatiemiddel van de graaf).

105 De Marchant et d’Ansembourg/Staat, p. 1690 (cursivering toegevoegd).

106 De Marchant et d’Ansembourg/Staat, p. 1691.

107 De Marchant et d’Ansembourg/Staat, p. 1692 (cursivering toegevoegd).

Als inmiddels bekend aanvaardde de Hoge Raad vervolgens het relativiteitsvereiste, om te oordelen dat dit vereiste aan aansprakelijkheid van de Staat in de weg stond.<sup>108</sup> Tot instemming van Telders, in wiens ogen de leer-Demogue-Besier een 'sophisme' was.<sup>109</sup> De leer kan echter rekenen op enige aanhang in de literatuur. Zoals Wiggers-Rust opmerkt,<sup>110</sup> werd zij zelfs door Van Geleijn Vitringa toegepast ter onderbouwing van zijn stelling dat in een oneerlijke concurrentiecasus geen aansprakelijkheid zou moeten worden aangenomen, in dezelfde bijdrage aan het *Rechtsgeleerd Magazijn* waarin hij aanvaarding van het relativiteitsvereiste bepleitte.<sup>111</sup> De Hoge Raad daarentegen wees de leer Demogue-Besier in de jaren tachtig opnieuw van de hand:

'Het enkele feit dat een op onrechtmatige wijze toegebracht nadeel eveneens op een andere wijze toegebracht had kunnen worden, die niet onrechtmatig geweest zou zijn, brengt nog niet mee dat dit nadeel niet meer kan gelden als te zijn veroorzaakt door de onrechtmatige gedraging die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan.'<sup>112</sup>

Ook Lankhorst toont zich kritisch.<sup>113</sup> Kerkmeester & Visscher breken daarentegen een lans voor de leer-Demogue-Besier, in de eerste variant waarin de Hoge Raad haar in De Marchant et d'Ansembourg/Staat en het bovenstaande citaat uit Claas/Van Tongeren van de hand wijst.<sup>114</sup>

In de afgelopen jaren heeft de leer-Demogue-Besier ook daadwerkelijk voet aan de grond gekregen in de rechtspraak, in zaken van overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten.<sup>115</sup> Aanvankelijk alleen bij de Afdeling, die als bestuursrechter op verzoek ook oordeelt over schadevergoeding voor een vernietigd besluit en met dien verstande, dat zij de leer-Demogue-Besier inpast in de leer van de redelijke toerekening van artikel 6:98 BW. De Afdeling overweegt dat schade niet als gevolg van een onrechtmatig besluit aan het bestuursorgaan dat dit besluit heeft genomen kan worden toegerekend, 'indien ten tijde van het nemen van het rechtens onjuiste besluit een rechtmatig besluit

---

108 Zie nader par. 2.3.

109 Telders 1929, p. 668. Hij merkte op dat 'men het slachtoffer van een onrechtmatige daad toch niet naar huis kan sturen met de troostvolle opmerking, dat *indien* de daad *niet* onrechtmatig ware geweest, hem dezelfde schade zou zijn berokkend en hij toch ook geen vergoeding zou hebben ontvangen!' (cursivering in origineel).

110 Zie Wiggers-Rust 2011, p. 124-125. Zie ook Van Maanen 1999, p. 44.

111 Zie Van Geleijn Vitringa 1919, p. 30-31. Zie ook Slagter 1982, p. 303-317, die de leer-Demogue-Besier vooral lijkt te zien als alternatief voor het relativiteitsvereiste, maar deze ook aanmerkt als 'relativiteit van het causaal verband' (o.m. Slagter 1982, p. 307). Vgl. de Franse 'relativité de la faute causale' in par. 3.5. Later ziet Slagter 1982, p. 313-315 ruimte beide leren naast elkaar te laten bestaan. Zie eerder in dezelfde zin Slagter 1952, p. 268-337. Zie verder Lankhorst 1992b, p. 57 en noot 25.

112 HR 28 juni 1985, NJ 1986/356, m.nt. M. Scheltema (Claas/Van Tongeren), r.o. 3.4.

113 Zie Lankhorst 1992b, p. 61-64.

114 Zie Kerkmeester & Visscher 1999, p. 835-840.

115 Zie bijv. Di Bella 2012, par. 5.1.2.

zou hebben kunnen worden genomen, dat naar aard en omvang eenzelfde schade tot gevolg zou hebben gehad'.<sup>116</sup>

In deze zaken gaat het echter om de leer-Demogue-Besier in de tweede variant. Daarin wordt nagegaan of de schade ook zou zijn ingetreden als niet de gedraging van de aangesproken partij zo wordt aangepast dat deze rechtmatig is, maar het recht zelf zo wordt aangepast dat dezelfde gedraging niet langer onrechtmatig is. Dat is in de context van overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten minder onwaarschijnlijk dan het lijkt. Bestuursorganen zijn soms tot op zekere hoogte in staat zijn het recht aan te passen. Bijvoorbeeld door het voeren van een vrijstellingsprocedure in de sfeer van de ruimtelijke ordening, zodat alsnog rechtmatig een bouwvergunning kan worden verleend, waarvan de verlening in eerste instantie, zonder het doorlopen van die vrijstellingsprocedure, onrechtmatig was.<sup>117</sup>

De Hoge Raad houdt aanvankelijk ook in zaken van besluiten aansprakelijkheid vast aan zijn afwijzing van de leer-Demogue-Besier. Hij doet dat in een zaak waarin de AFM een beroep doet op deze leer, ter afwending van aansprakelijkheid voor de schade als gevolg van een door de AFM gegeven aanwijzing. Deze aanwijzing leidt tot het ontslag van bestuurders van een bank, maar wordt nadien door de bestuursrechter herroepen wegens een motiveringsgebrek. Volgens de AFM zou de aanwijzing ook rechtmatig gegeven kunnen zijn, onder verbetering van de motivering, zodat *condicio-sine-qua-non*-verband ontbreekt tussen de normschending en de schade van de bestuurders. Temeer daar deze bestuurders achteraf tot in hoogste instantie onherroepelijk strafrechtelijk worden veroordeeld wegens handel met voorwetenschap. De Hoge Raad gaat hierin niet mee, evenmin als Advocaat-Generaal Spier.<sup>118</sup> De Hoge Raad houdt aansprakelijkheid op een andere manier af. Hij neemt wel aansprakelijkheid aan van de AFM, maar reduceert deze direct weer tot een omvang van nul, wegens 'eigen schuld' van de bankbestuurders, op grond van artikel 6:101 BW.<sup>119</sup>

In de zaak waarin de Gemeente Amsterdam wordt aangesproken tot vergoeding van de schade als gevolg van de overschrijding van een wettelijke beslistermijn bij de besluitvorming op de aanvraag van een exploitatievergunning voor een prostitutiepand, maakt de Hoge Raad echter een opening naar de leer-Demogue-Besier. Deze zaak kwam in de vorige paragraaf al ter sprake,

---

116 Zie bijv. ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7586, AB 2005/54, m.nt. A.A.J. de Gier (Meerssen), r.o. 2.3.

117 Zie in dit verband tevens ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7587, *Gst.* 2005/75 (Amelandse benzinstations I) en ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2009:BH1837, AB 2009/213 m.nt. B.P.M. van Ravels en A.M.L. Jansen (Amelandse benzinstations II), waarover in par. 6.3.

118 Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor HR 23 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7193, NJ 2012/377, m.nt. P. van Schilfgaarde (Ontslagen bankbestuurders), sub 8.1.1-8.28.

119 Ontslagen bankbestuurders, r.o. 4.1.3 en 5.2. Zie over deze zaak uitgebreid Den Hollander 2013c, p. 1419-1424.

omdat de Hoge Raad daarin ook een leer-Smits-achtige maatstaf hanteert bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid. Bij de toets aan het vereiste van causaal verband oordeelt de Hoge Raad vervolgens dat de mogelijkheid dat de gemeente de beslistermijn had kunnen verlengen en daarmee de overschrijding van die termijn deels had kunnen sauveren, maar dat niet heeft gedaan, er aan in de weg *kan* staan dat aangenomen wordt dat causaal verband bestaat tussen de termijnoverschrijding en de schade. De Hoge Raad:

‘Als die niet benutte mogelijkheid al niet in de weg staat aan het aannemen van onrechtmatigheid van de termijnoverschrijding (...), kan in ieder geval niet zonder meer worden uitgegaan van causaal verband als door het hof is aangenomen, aangezien de schade van Have c.s. ook zou zijn ontstaan indien (en voor zover) de Gemeente die mogelijkheid wel zou hebben benut.’<sup>120</sup>

De gemeente had, met andere woorden, de schade – deels – ook op *rechtmatige* wijze kunnen veroorzaken, als de burgemeester de beslistermijn had verlengd. Daarmee maakt de Hoge Raad ruimte voor de leer-Demogue-Besier in de tweede variant.<sup>121</sup>

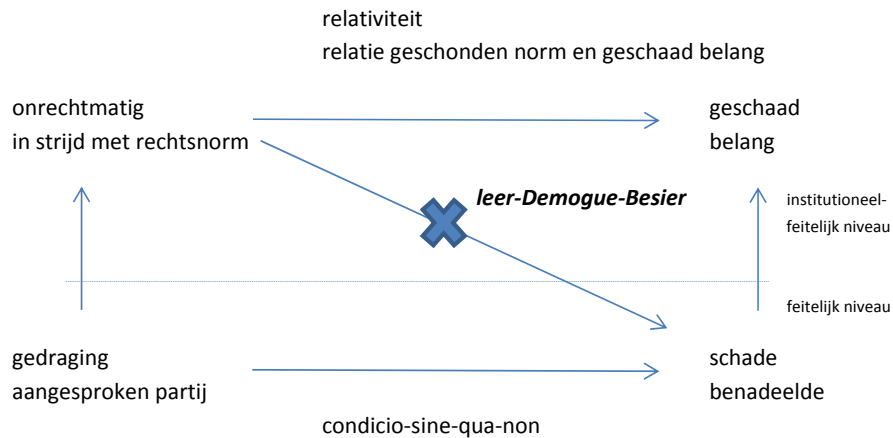
Hoe dan ook, evenals de leer van de instructie- en waarborgnormen en de leer-Smits kan ook de leer-Demogue-Besier dus voorzien in inperking van de reikwijdte van aansprakelijkheid. Sterker nog, het is met dit leerstuk dat het hof, bijgevalen door Advocaat-Generaal Besier, aansprakelijkheid van de Staat afhield in de zaak van de graaf De Marchant et d’Ansembourg, waarin de Hoge Raad dat deed met het relativiteitsvereiste. De leer-Demogue-Besier was wat dat betreft dus daadwerkelijk als alternatief voor het relativiteitsvereiste in beeld. Deze leer kan echter niet voorzien in het relateren van geschonden norm en geschaad belang met een normatieve redenering. De leer-Demogue-Besier ziet op een andere relatie: de relatie tussen de normschending (onrechtmatigheid) en de schade van de benadeelde. Bovendien beoogt deze leer daarbij niet een relatie te leggen met een normatieve redenering, maar met een feitelijke, *condicio-sine-qua-non*-redenering. De onrechtmatigheid moet immers *condicio-sine-qua-non* zijn voor de schade. Dat maakt de leer-Demogue-Besier in mijn ogen een anomalie, omdat als besproken het ‘juridisch etiket’ normschending of onrechtmatigheid als zodanig geen schade kan veroorzaken.<sup>122</sup> Schematisch:

---

120 Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., r.o. 3.12.

121 Heel enthousiast lijkt de Hoge Raad overigens niet. Hij benadrukt dat de niet-benutte mogelijkheid de beslistermijn te verlengen eerst en vooral moet worden betrokken bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid, in het kader van zijn hiervoor in par. 3.6 besproken leer-Smits-achtige maatstaf voor de toets aan dit vereiste in zaken van overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn. Zie hierover nader Den Hollander 2013b, p. 204-205 en par. 5.11.

122 Zie par. 3.5.



In mijn visie op de ratio van het relativiteitsvereiste, waarin die bestaat in het relateren van geschonden norm en geschaad belang, is daarom ook de leer-Demogue-Besier geen alternatief voor het relativiteitsvereiste. Dat brengt mij bij de leer van de redelijke toerekening.

### 3.8 RELATIVITEIT VERSUS DE LEER VAN DE REDELIJKE TOEREKENING

Net als de leer-Demogue-Besier brengt ook de leer van de redelijke toerekening een aanscherping aan op het 'gewone' vereiste van causaal verband tussen de gedraging van de aangesproken partij en de schade van de benadeelde in de zin van *condicio-sine-qua-non* (dus niet de leer-Demogue-Besier). Deze aanscherping houdt in dat er niet alleen een *condicio-sine-qua-non* verband moet bestaan tussen deze gedraging en de schade. Er moet daarnaast ook zijn voldaan aan het vereiste dat de schade de aangesproken partij als gevolg van zijn onrechtmatige gedraging kan worden toegerekend.

De leer van de redelijke toerekening kan worden gezien als de 'opvolger' van de leer van de adequate veroorzaking. Volgens deze leer van de adequate veroorzaking was aan het vereiste van causaal verband voldaan als de schade het redelijkerwijs te verwachten of 'voorzienbare' en daarmee 'adequate' gevolg was van de onrechtmatige gedraging als oorzaak van de schade.<sup>123</sup> Daarvoor was in elk geval vereist dat deze gedraging *condicio-sine-qua-non* was voor de schade. De leer van de adequate veroorzaking werd evenwel te weinig richtinggevend geacht voor het causaliteitsoordeel en bovendien te zeer natuurwetenschappelijk geïnspireerd. In 1970 verruilde de Hoge Raad deze leer

<sup>123</sup> Zie bijv. Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 114; Nieuwenhuis 1982, p. 480.

daarom voor de leer van de redelijke toerekening.<sup>124</sup> In het Nieuw BW werd de leer van de redelijke toerekening vervolgens van het vereiste van causaal verband in de zin van *condicio-sine-qua-non* afgesplitst. Het laatste werd gehandhaafd in de vestigingsfase van de aansprakelijkheid (art. 6:162 lid 1 BW resp. art. 6:74 lid 1 BW), terwijl de eerste in de omvangsfase werd opgenomen, in het huidige artikel 6:98 BW.<sup>125</sup> Deze bepaling luidt:

‘Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.’

Strikt genomen heeft de leer van de redelijke toerekening met oorzaak en gevolg in feitelijke zin en daarmee met ‘causaal verband’ niet veel meer te maken. Zoals haar naam aangeeft, gaat het om de vraag welke omvang van de schadevergoedingsverplichting de rechter *redelijk acht*. Al liet de wetgever het woord ‘redelijk’ uit de tekst van artikel 6:98 BW welbewust weg, om juist niet de suggestie te wekken dat hij een discretionaire bevoegdheid voor de rechter in het leven riep.<sup>126</sup> Zoals blijkt uit bovenstaand citaat, nam de wetgever in de wetstekst bovendien twee gezichtspunten op, die de rechter bij zijn redelijkheidsoordeel moet betrekken. Het gaat om de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade. Maar alom wordt aangenomen dat ook de ‘voorzienbaarheid’ van de schade hierbij is te betrekken. Dat geldt ook voor de aard van de geschonden norm en het relativiteitsachtige gezichtspunt van de belangen die deze norm beoogt te beschermen. Al dan niet als onderdeel van het gezichtspunt ‘aard van de aansprakelijkheid’.<sup>127</sup>

Een voorbeeld van toepassing van dit relativiteitsachtige gezichtspunt in het kader van de leer van de redelijke toerekening biedt de zaak-Versluis. Een vader stortte geestelijk in en raakte arbeidsongeschikt, nadat zijn dochter na een operatie niet meer uit haar narcose ontwaakte, jarenlang in coma raakte en uiteindelijk overleed. Hij vorderde vergoeding van immateriële schade en inkomensschade van de ziekenhuisvereniging Ziekenzorg en de weduwe van de inmiddels eveneens overleden anesthesist. Ziekenzorg en de anesthesist zouden de vader onrechtmatig hebben bejegend en hem onder meer na de operatie aan zijn lot hebben overgelaten. Naar het oordeel van de rechtbank ontbrak echter causaal verband tussen de operatie en de ineenstorting van Versluis. Het hof sloot zich daarbij aan. Het nam veronderstellenderwijs aan dat Versluis inderdaad onrechtmatig bejegend was, om vervolgens te over-

---

124 HR 20 maart 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5007, NJ 1970/251, m.nt. G.J. Scholten (waterwin-  
gebied), in navolging van Köster 1963 en Van Schellen 1972 die dit in de literatuur hadden  
bepleit. Zie hierover ook Van Dam 1989, p. 116.

125 Zie ook par. 2.5.

126 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 345.

127 Vgl. Nieuwenhuis 1982, p. 481-482.

wegen dat de algehele ineenstorting niet het 'redelijkerwijze te verwachten gevolg' was van deze bejegening. De Hoge Raad stemde hiermee in. Hij oordeelde dat de 'ernstige gevolgen' die Versluis getroffen hadden inderdaad 'buiten de lijn der normale verwachtingen' lagen:

'In deze, op dit punt in cassatie niet bestreden, overweging heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat ernstige gevolgen als de voormelde instorting en het voormelde verval, wanneer men uitgaat van de aard van de door het Hof aangenomen aansprakelijkheidsgrond, te weten het aan Ziekenzorg en Y [de weduwe; PwH] verweten gedrag jegens Versluis als vader van een patiënt bij wier behandeling zij betrokken waren, buiten de lijn der normale verwachtingen lagen.'<sup>128</sup>

Hierna ging de Hoge Raad in op de aard en strekking van de geschonden norm:

'In dit opzicht bestaat er verschil tussen deze aansprakelijkheidsgrond en bijv. die waarvan sprake is bij overtreding van verkeers- resp. veiligheidsnormen. Bij overtreding van laatstbedoelde normen, die in de regel strekken ter voorkoming van verkeers- of arbeidsongevallen, moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid van ernstige gevolgen, hoe deze zich ook in het concrete geval mogen voordoen. Zulks kan niet worden aangenomen ten aanzien van de niet-naleving van de zorgvuldigheidsnormen, in strijd waarmee Ziekenzorg en Y in 's Hofs veronderstelling jegens Versluis hebben gehandeld.'<sup>129</sup>

De door Ziekenzorg en de anesthesist geschonden ongeschreven zorgvuldigheidsnorm strekt dus niet tot bescherming tegen gevolgen buiten de normale lijn der verwachtingen. Zij waren daarom niet aansprakelijk voor de schade van vader Versluis.

In het licht van dit oordeel van de Hoge Raad in de zaak-Versluis verrast het niet dat sinds de opkomst van de leer van de redelijke toerekening in de literatuur de vraag rondwaart wat nog het inhoudelijke verschil is tussen de toets aan het relativiteitsvereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang en toepassing van de redelijke toerekening van artikel 6:98 BW. Brunner constateert dat 'causaliteit en relativiteit elkaar in ons recht overlappen'.<sup>130</sup> Bloembergen ziet een aanvullende rol weggelegd voor de redelijke toerekening naast het relativiteitsvereiste.<sup>131</sup> Van Dunné, toch al geen fan van het relativiteitsvereiste, meent daarentegen dat dit vereiste naast de leer van de redelijke toerekening kan worden gemist.<sup>132</sup> 'Het is zo

128 HR 2 november 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7349, NJ 1980/77, m.nt. G.J. Scholten (Versluis), p. 250.

129 Versluis, NJ 1980/77, p. 250.

130 Brunner 1978, p. 34.

131 Zie Bloembergen 1965, p. 178-188.

132 Zie Van Dunné 2004, p. 258. In vergelijkbare zin Köster 1963, p. 43, noot 35 volgens wie onder de vlag van het relativiteitsvereiste al aan 'redelijke toerekening' werd gedaan.

wel mooi geweest', aldus Van Dunné, mede naar aanleiding van het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Duwbak Linda.<sup>133</sup> Lankhorst constateert eveneens de 'inwisselbaarheid' van beide leren, maar trekt daaruit juist de conclusie dat de leer van de redelijke toerekening zou moeten wijken voor het relativiteitsvereiste.<sup>134</sup> Hij duidt het oordeel van de Hoge Raad in de zaak-Versluis dan ook vooral als relativiteitsoordeel.<sup>135</sup> Nieuwenhuis houdt het op vreedzame co-existentie van beide leren, omdat het 'geen kwaad' kan 'als een rechtsstelsel ter oplossing van één categorie problemen twee sleutels in huis heeft'.<sup>136</sup> Hartkamp & Sieburgh vrezen een onoverzichtelijke 'compressie' van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht als het relativiteitsvereiste in de leer van de redelijke toerekening op zou gaan en zien op die grond een zelfstandige plaats voor beide leren weggelegd.

In de afgelopen jaren is de redelijke toerekening opnieuw nadrukkelijk als alternatief voor het relativiteitsvereiste naar voren geschoven, zoals in het inleidende hoofdstuk al ter sprake kwam. Aanleiding hiervoor is het veronderstelde 'rechtspolitieke' karakter van de relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in recente zaken als Duwbak Linda en Iraanse vluchteling. De Hoge Raad zou in de motivering van deze relativiteitsoordelen onvoldoende inzicht geven in de door hem gemaakte afweging. Door een aantal auteurs uit vooral, maar niet uitsluitend publiekrechtelijke hoek is voorgesteld het relativiteitsvereiste te omzeilen en de te maken 'rechtspolitieke' afweging geheel of gedeeltelijk over te hevelen naar de leer van de redelijke toerekening van artikel 6:98 BW.

Heilhof & Neerhof en Kortmann & Van der Grinten wijzen in dit verband op de gezichtspuntencatalogi die zich in het kader van deze leer hebben ontwikkeld.<sup>137</sup> Het gaat dan bijvoorbeeld om de zogeheten 'deelregels van Brunner'.<sup>138</sup> Dit zijn vuistregels van het type dat als een bepaald gevolg naar 'ervaringsregels' waarschijnlijker is, toerekening eerder gerechtvaardigd is en dat bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen opgesteld ter voorkoming van ongevallen een ruime toerekening van overlijdens- en letselschade eerder is gerechtvaardigd.<sup>139</sup> Vanwege deze gezichtspuntencatalogi zou de leer van de redelijke toerekening de rechter als het ware dwingen zijn afweging te expliciteren en daarmee de inzichtelijkheid ervan vergroten.

---

<sup>133</sup> Van Dunné 2007, p. 140.

<sup>134</sup> Lankhorst 1992b, p. 180-181.

<sup>135</sup> Zie Lankhorst 1992b, p. 31-35.

<sup>136</sup> Nieuwenhuis 1982, p. 482. Zie voor nadere verwijzingen Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 144.

<sup>137</sup> Zie Heilhof & Neerhof 2008, p. 54-61 en C.N.J. Kortmann & Van der Grinten 2012, p. 273-295.

<sup>138</sup> Zie hierover ook Dijkshoorn 2011, p. 258 en Spier e.a. 2015, nr. 218 (T. Hartlief).

<sup>139</sup> Zie Brunner 1981, p. 213-216 en het schema op p. 234. Zie hierover ook Dijkshoorn 2011, p. 258 en Spier e.a. 2015, nr. 218 (T. Hartlief). Zie ook Hartlief 2014b, p. 2917, die een actualisering van de toerekeningsregels van Brunner bepleit.

Ook Di Bella wijst hierop, maar zij ziet daarbij ook nog steeds een rol weggelegd voor het relativiteitsvereiste. Volgens Di Bella zou het relativiteitsvereiste moeten worden gebruikt om de 'buitengrenzen' van aansprakelijkheid vast te stellen.<sup>140</sup> Zij stelt voor bij de toets aan het relativiteitsvereiste het nadere criterium van het 'rechtstreeks economisch gevolg' te hanteren, in gevallen waarin wetstekst en wetsgeschiedenis zwijgen over de relativiteit van de betreffende norm. Dit criterium ontleent zij aan het oordeel van het Hof van Justitie van de Europese Unie in een zaak van lidstaataansprakelijkheid voor schending van een milieurichtlijn.<sup>141</sup> Op basis van dit criterium zou sneller dan in de huidige rechtspraak het geval is, kunnen worden aangenomen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Vervolgens moet in de optiek van Di Bella een nadere afweging worden gemaakt ter zake van de reikwijdte van aansprakelijkheid in het kader van de redelijke toerekening van artikel 6:98 BW.<sup>142</sup>

Nog weer een andere variant komt van Verheij. Hij ontwikkelt een 'toetsingskader' voor het relativiteitsvereiste in het algemeen, dat niet specifiek ziet op zaken van overheidsaansprakelijkheid. Dit kader behelst een soort synthese van het relativiteitsvereiste en de redelijke toerekening. De rechter zou volgens hem in elk geval 'in één keer' moeten toetsen 'of aan art. 6:163 BW en art. 6:98 BW is voldaan'. Daarbij zou de rechter in elk geval 'kenbaar' de gezichtspunten van de 'aard van de norm', de 'aard van de gedraging' en de 'aard van de schade' moeten betrekken. In het geval van aansprakelijkheid wegens de schending van een wettelijke norm is de bedoeling van de wetgever, zoals die blijkt uit de wetsgeschiedenis van de betreffende norm, ook een relevant gezichtspunt, maar niet meer dan dat. Tegelijkertijd mogen het relativiteitsvereiste en de leer van de redelijke toerekening niet vereenzelvigd worden, zo begrijp ik Verheij. Beide hebben hun eigen 'blikrichting' en daarmee toch ook weer hun eigen gezichtspunten.<sup>143</sup>

---

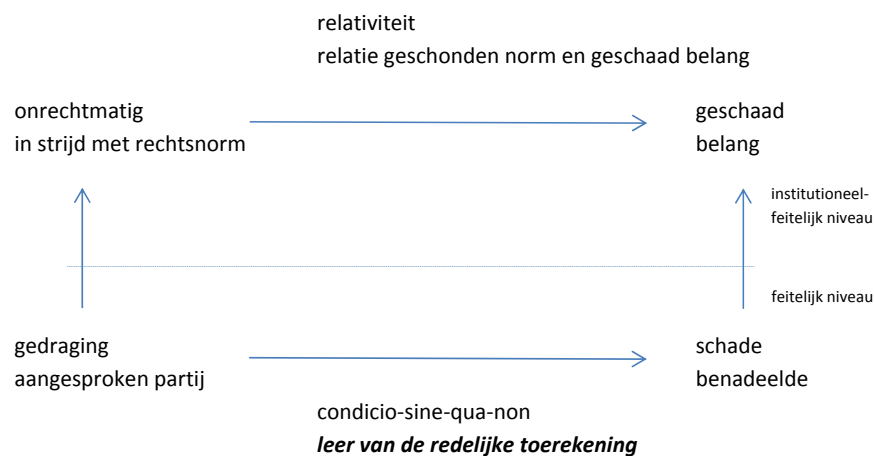
140 Di Bella 2013a, p. 9; Di Bella 2014, p. 128.

141 Zie Di Bella 2013b, p. 1514-1515 en Di Bella 2014, p. 155-158, onder verwijzing naar HvJ EU 14 maart 2013, C-420/11, ECLI:NL:XX:2013:BZ5291, NJ 2013/364 (Leth), r.o. 35, waarover nader in par. 7.6.

142 Zie Di Bella 2012, par. 6; Di Bella 2014, p. 115. Di Bella krijgt bijval van Schutgens 2015d, p. 275, die er evenwel op wijst dat bij hantering van het criterium dat de schade van de benadeelde het 'rechtstreeks economisch gevolg' is van de normschending het relativiteitsvereiste niet vaak aan aansprakelijkheid in de weg zal staan, zodat, aldus Schutgens, 'de vraag rijst in hoeverre het criterium overheidsaansprakelijkheid nog kan temperen of nuanceren'. Dat lijkt echter ook de bedoeling van Di Bella. Zij wijst erop (2014, p. 156-157) dat bij hantering van dit criterium het relativiteitsvereiste in een zaak als Duwbak Linda niet aan vergoeding van de zaaks- en vermogensschade van baggeraar Van Hasselt in de weg zou staan en ook vergoeding van 'concurrentienadeel bij schending van bepaalde bepalingen van het ruimtelijke ordeningsrecht' op grond van dit criterium 'tot de mogelijkheden' blijft behoren, onder verwijzing naar ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2009: BH1837, AB 2009/213, m.nt. B.P.M. van Ravels en A.M.L. Jansen (Amelandse benzinestations II), waarover in par. 6.4.

143 Verheij 2014, p. 102-104.

Wordt de leer van de redelijke toerekening vanuit een oogpunt van inperking van aansprakelijkheid dus gezien als een – al dan niet inzichtelijker – alternatief voor het relativiteitsvereiste, in het relateren van geschonden norm en geschaad belang met een normatieve redenering kan deze leer niet voorzien. De leer van de redelijke toerekening ziet op een andere relatie dan die tussen de door de aangesproken partij geschonden norm en het geschade belang van de benadeelde. Het gaat bij de leer van de redelijke toerekening om de relatie tussen de ‘gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust’, zoals artikel 6:98 BW het formuleert – oftewel de gedraging van de aangesproken partij – en de schade van de benadeelde.<sup>144</sup> De leer van de redelijke toerekening situeert zich dus op feitelijk niveau, in tegenstelling tot het relativiteitsvereiste dat zich op institutioneel-feitelijk niveau situeert. Schematisch:



Wel behelst de leer van de redelijke toerekening het relateren van de gedraging van de aangesproken partij en de schade van de benadeelde met een normatieve redenering. Het gaat er immers om of de schade in ‘zodanig verband’ staat ‘met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, dat deze schade moet worden geacht ‘als een gevolg van deze gebeurtenis’ te kunnen worden toege-

<sup>144</sup> In deze zin ook Lankhorst 1992b, p. 147 en Verheij 2014, p. 100, die er beiden ook op wijzen dat de ‘richting’ van redeneren bij resp. de ‘blikrichting’ van het relativiteitsvereiste en de redelijke toerekening verschilt. Daarmee bedoelen zij dat bij het relativiteitsvereiste de geschonden norm vertrekpunt van de redenering is, van waaruit moet worden nagegaan of die strekt tot bescherming van het geschade belang, terwijl bij de redelijke toerekening de schade het vertrekpunt is, van waaruit moet worden nagegaan of die kan worden toegerekend aan de onrechtmatige gedraging van de aangesproken partij. Volgens mij kan in beide gevallen in beide richtingen worden geredeneerd.

rekend aan de aangesproken partij. Daarmee onderscheidt deze leer zich weer van het vereiste van causaal verband in de zin van *condicio-sine-qua-non*. Met haar situering op het feitelijk niveau van de relatie tussen de gedraging aan aangesproken partij en de schade van de benadeelde enerzijds en de normatieve redenering waarmee die relatie moet worden gelegd anderzijds is de leer van de redelijke toerekening in zoverre een hybride. De leer van de redelijke toerekening is bovendien nog in die zin aan het relativiteitsvereiste verwant, dat daarbij ook de door de geschonden norm te beschermen belangen als relativiteitsachtig gezichtspunt kan worden betrokken. Nu de leer van de redelijke toerekening echter niet ziet op de relatie tussen geschonden norm en geschaad belang, kan zij in mijn visie op de ratio van het relativiteitsvereiste niet als alternatief voor het relativiteitsvereiste worden gezien.

### 3.9 RELATIVITEIT VERSUS DE BELANGENLEER

Anders dan de tot nu toe besproken leerstukken en bijbehorende vereisten behelst de zogeheten belangenleer niet de aanscherping van het vereiste van onrechtmatigheid of van causaliteit. Deze leer behelst aanvaarding van een nieuw vereiste, ten opzichte van de vier vereisten van artikel 1401 BW (oud). Het gaat hierbij om een *ontvankelijkheids*vereiste en wel het vereiste dat het geschade belang van de benadeelde behoort 'tot de belangen welke art. 1401 BW beoogt te beschermen'.<sup>145</sup> Dit vereiste werd door de Hoge Raad voor het eerst gesteld in de zaak waarin de gemeente Limmen een vordering instelde uit onrechtmatige daad tegen Houtkoop. Deze Houtkoop had in strijd met de gemeentelijke bouwverordening een bollenschuur als opslag voor kappersartikelen in gebruik genomen.<sup>146</sup> Naar het oordeel van de Hoge Raad behoorde het algemeen belang bij handhaving van de bouwverordening, waarvoor de gemeente opkwam, niet tot de belangen welke artikel 1401 BW (oud) beoogt te beschermen:

'dat echter het algemene belang dat voor elk overheidslichaam is betrokken bij de naleving van de door dat lichaam uitgevaardigde wettelijke voorschriften op zich zelf niet behoort tot de belangen welke art. 1401 BW beoogt te beschermen.'

---

145 HR 9 november 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC1078, NJ 1974/91, m.nt. W.F. Prins (Limmen/Houtkoop). Zie ook HR 29 maart 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5430, NJ 1974/344, m.nt. W.F. Prins en G.J. Scholten (Gemeente Zaandam/Schilp), waarover in par. 6.3. Naar wordt aangenomen introduceerde de Hoge Raad de belangenleer in het spoor van Drion 1970, p. 61-67. Zie in deze zin bijv. Van Dunné 1990, p. 471.

146 Wel kon de gemeente van haar publiekrechtelijke bevoegdheid van politiedwang gebruik maken, maar daartoe schoot volgens de gemeente de capaciteit van haar politiecorps tekort. In zoverre begreep de belangenleer het gebruik van het privaatrecht door de overheid bij de behartiging van het algemeen belang. Vgl. op dit punt Lankhorst 1992b, p. 78. Zie voor andere zaken waarin de belangenleer werd toegepast Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 145-150.

Daarmee stond dit 'belangenvereiste' eraan in de weg dat de gemeente Limmen via een actie uit onrechtmatige daad handhaving van de bouwverordening bewerkstelligde. Spiegelbeeldig stond dit vereiste er aan in de weg dat Houtkoop uit onrechtmatige daad werd aangesproken tot schadevergoeding of een rechterlijk verbod opgelegd kreeg. In zoverre zou dus ook de belangenleer vanuit een oogpunt van inperking van aansprakelijkheid – in zaken waarin de overheid een burger aanspreekt – als alternatief voor het relativiteitsvereiste kunnen worden gezien. Daarbij biedt ook deze leer weer de nodige flexibiliteit. Het is aan de rechter te bepalen welke belangen precies behoren tot die belangen die door artikel 1401 BW (oud) of, anders gezegd, de regeling van de onrechtmatige daad als zodanig, worden beschermd.

Het belangenvereiste lijkt op het relativiteitsvereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang. De belangenleer is dan ook wel aangemerkt als de 'oneigenlijke relativiteitsleer'.<sup>147</sup> Door sommigen is zij er zelfs mee vereenzelvigd.<sup>148</sup> Naar positief recht kan van verwarring inmiddels echter geen sprake meer zijn, nu de belangenleer begin jaren negentig weer door de Hoge Raad is verlaten. De Hoge Raad zag voor de leer geen bestaansrecht naast het leerstuk van de ontvankelijkheid van artikel 3:303 BW – welk leerstuk ziet op het procesbelang van de eiser – enerzijds en de vijf materiële vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad anderzijds.<sup>149</sup> De inzet van het privaatrecht door de overheid bij handhaving werd bovendien inmiddels begrensd door de zogeheten doorkruisingsleer.<sup>150</sup> Lankhorst duidt de aanvaarding van de belangenleer dan ook achteraf als een 'ad

---

147 Zie Lankhorst 1992b, p. 75-86.

148 Zie Verburgh 1978, p. 356. Zie ook C.J.H. Brunner in zijn noot onder HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1990:AC3549, NJ 1990/712 (Benckiser), sub 3, die 'overlap' tussen het relativiteitsvereiste en de belangenleer constateert. Ook Van Dunné 1990, p. 477 ziet tussen beide 'veel overeenkomsten' (en vooral 'dat ze beide overbodig zijn').

149 Zie HR 9 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0747, NJ 1991/462, m.nt. C.J.H. Brunner (Staat/Van Amersfoort), r.o. 3.1.5 ten aanzien van een vordering van een overheid tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad, en HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1267, NJ 1995/718, m.nt. M. Scheltema (Staat/Kabayel), r.o. 3.2, ten aanzien van een daarop te baseren bevel.

150 Deze doorkruisingsleer houdt kort gezegd in dat de overheid geen gebruik mag maken van het privaatrecht, ter behartiging van het algemeen belang, als daarmee een publiekrechtelijke regeling waarbij de overheid ter zake bevoegdheden zijn toegekend 'op onaanvaardbare wijze' wordt doorkruist. De doorkruisingsleer werd door de Hoge Raad aanvaard in HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965, NJ 1991/393, m.nt. M. Scheltema onder NJ 1991/394 (Staat/Windmill), r.o. 3.2. Zie bijv. HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3594, NJ 2015/366, m.nt. S.D. Lindenbergh (Achmea/Staat), waarin de Hoge Raad oordeelt dat het verhaal door de Staat van kosten voor het opruimen van olie op de snelweg na een ongeval o.g.v. 185 WVV en art. 6:162 BW geen onaanvaardbare doorkruising oplevert van de Brandweerwet noch de Wegenwet.

hoc-beslissing op het terrein van de ontvankelijkheid' die min of meer een eigen leven is gaan leiden.<sup>151</sup>

Ook overigens is het bij de belangenleer behorende belangenvereiste wel degelijk te onderscheiden van het relativiteitsvereiste. Dit belangenvereiste ziet niet, zoals het relativiteitsvereiste, op het relateren van *geschonden norm* en geschaad belang, maar op het relateren van de onrechtmatige daad als *leerstuk* van privaatrecht en het geschade belang.<sup>152</sup> Dat belang moet immers behoren tot de belangen die langs privaatrechtelijke weg, via de onrechtmatige daad beschermd kunnen worden.<sup>153</sup> Het gaat bij de belangenleer zo bezien dus om de relativiteit van de onrechtmatige daad als leerstuk en niet om de relativiteit van de geschonden norm. Daarmee is meteen ook duidelijk dat de belangenleer niet kan voorzien in het relateren van geschonden norm en geschaad belang met een normatieve redenering. Zij ziet op een andere relatie. In mijn visie op de ratio van het relativiteitsvereiste kan daarom ook de belangenleer niet als alternatief voor het relativiteitsvereiste worden gezien. In het schema dat ik in de vorige paragrafen heb gebruikt, laat de belangenleer zich niet goed inpassen. Als ontvankelijkheidsvereiste, dat ziet op de onrechtmatige daad als leerstuk, gaat het in wezen aan dat schema vooraf.

### 3.10 NORMALISERING VAN EEN 'LEGAL TRANSPLANT'

Het relativiteitsvereiste blijkt in de woorden van Watson een echte 'legal transplant'. Hoewel Van Geleijn Vitringa het relativiteitsvereiste aan het Duitse onrechtmatige daadsrecht ontleende, spelen inzichten van onze oosterburen omtrent zijn ratio in het Nederlandse discours geen rol van betekenis. Het relativiteitsvereiste is in het teken komen te staan van inperking van aansprakelijkheid, omdat zijn aanvaarding door de Hoge Raad zo wordt verklaard in het licht van *binnenlandse* maatschappelijke ontwikkelingen en ontwikkelingen in de rechtspraak in het interbellum. Blijkbaar geldt dus ook voor het relativiteitsvereiste dat het een 'legal rule' is 'that (...) moves easily and [is] accepted into the system without too great difficulty'.<sup>154</sup>

151 Lankhorst 1992b, p. 79. Zie over de belangenleer tevens Wiggers-Rust 2011, p. 150-156, mede in het licht van het huidige art. 3:305a BW.

152 Wat dat betreft lijkt de term 'relativiteit van de onrechtmatige daad', zoals bijv. Wolfsbergen 1946, p. 93 en Lankhorst 1992 die hanteren, meer op zijn plaats bij de belangenleer dan bij het relativiteitsvereiste. De belangenleer ziet immers op de onrechtmatige daad als leerstuk, terwijl het relativiteitsvereiste een van de vereisten is van dat leerstuk en ziet op de geschonden norm (en de relatie van die norm tot het geschade belang).

153 Zie ook Nieuwenhuis 1987a, p. 146-147 en Lankhorst 1992b, p. 77.

154 Zie Watson 1993, p. 95-96. Overigens wordt er ook genuanceerder gedacht over het fenomeen van de 'legal transplant'. Zie hierover Siems 2014, p. 195-225.

Voor zover er in de Nederlandse literatuur wel over het Duitse recht is geschreven,<sup>155</sup> levert het op het punt van de ratio van het relativiteitsvereiste overigens ook geen nieuwe inzichten op. In de literatuur is wel betoogd dat het Schutznorm-vereiste naar Duits recht zou dienen ter uitbreiding van aansprakelijkheid.<sup>156</sup> Dat lijkt mij niet terecht. Aansprakelijkheid voor de schending van een wettelijke norm is als zelfstandige grondslag voor aansprakelijkheid opgenomen in artikel 823 lid 2 BGB bij wijze van aanvulling op de aansprakelijkheid voor de inbreuk op één van de in artikel 823 lid 1 BGB genoemde subjectieve rechten, met name met het oog op zuivere vermogensschade.<sup>157</sup> Met deze *aansprakelijkheidsrubriek* wordt reikwijdte van aansprakelijkheid inderdaad 'uitgebreid' ten opzichte van artikel 823 lid 1 BGB. Daaruit volgt echter niet dat dus ook het Schutznorm-vereiste dient ter uitbreiding van aansprakelijkheid.<sup>158</sup> Dat werd juist in artikel 823 lid 2 BGB opgenomen om de uitbreiding van aansprakelijkheid die met aanvaarding van de schending van een wettelijke norm als zelfstandige grondslag voor aansprakelijkheid gepaard ging weer in te perken.<sup>159</sup> Ook het Duitse Schutznorm-vereiste staat daarmee in het teken van inperking of in althans regulering van de reikwijdte van aansprakelijkheid.<sup>160</sup>

Naar ik in dit hoofdstuk heb betoogd, moet de ratio van het relativiteitsvereiste echter niet in inperking of, ruimer genomen, regulering van aansprakelijkheid worden gezocht. De behoefte daaraan kan aanvaarding van het relativiteitsvereiste wel verklaren, maar kan de aanvaarding van dit vereiste niet rechtvaardigen. Zijn ratio moet worden gezocht in het relateren van geschonden norm en geschaad belang met een normatieve redenering, als doel op zich. Daarin bestaat ook de meerwaarde van het relativiteitsvereiste ten opzichte van leerstukken die in de loop der tijd vanuit een oogpunt van inperking van aansprakelijkheid als alternatief voor het relativiteitsvereiste in beeld zijn

155 Zie bijv. Drucker 1912, p. 29-30 en p. 36-38; Telders 1929, p. 170-171; Smits 1938, p. 445-447; Lankhorst 1992b, p. 10-13 en Milo 1997, p. 157-159 en p. 165-166.

156 Zie in deze zin o.m. Lankhorst 1992b, p. 47. Zie ook Lankhorst 1992b, p. 10 over art. 26 I 6 Preußisches Allgemeines Landrecht als 'voorganger' van art. 823 lid 2 BGB. In de rechtspraak van de Hoge Raad fungeerde de onrechtmatigheidsrubriek van strijd met des daders rechtsplicht als een vergelijkbare aanvullende grondslag voor aansprakelijkheid naast de inbreuk op een subjectief recht.

157 Zie bijv. Münchener Kommentar, art. 823 lid 2, nr. 320 (G. Wagner).

158 Zie Kötz & Wagner 2013, p. 96 die uitbreiding van het beschermingsbereik als 'Funktion' van art. 823 lid 2 BGB als *Haftungsbestand* – grondslag voor aansprakelijkheid – zien.

159 Zie in dit verband Smits 1938, p. 445-447. Hij laat zien dat er bij het opstellen van deze bepaling discussie bestond over de vraag of de reikwijdte van aansprakelijkheid voor de schending van een wettelijke norm moest worden ingeperkt met het vereiste dat de schade voorzienbaar moest zijn of met het Schutznorm-vereiste, waarbij uiteindelijk voor het laatste vereiste werd gekozen.

160 Zie bijv. Fuchs 2004, p. 70, die spreekt van een 'weiteres Korrektiv der Schadenszurechnung' en Deutsch 2002, p. 200, volgens wie het Schutznorm-vereiste meestal 'haftungseinschränkend' werkt, maar '[g]elegentlich (...) auch eine normalerweise eingeschränkte Haftung [kann] erweitern'.

gekomen: de leer van de instructie- en waarborgnormen, de leer-Smits, de leer-Demogue-Besier, de leer van de redelijke toerekening en de belangenleer. Geen van deze leren kan voorzien in het relateren van geschonden norm en geschaad belang met een normatieve redenering. Deze zien alle op andere relaties.

We hebben het relativiteitsvereiste dus echt nodig. Daarbij pleit ik voor 'normalisering' van dit vereiste. Een bepaalde reikwijdte van aansprakelijkheid in een concreet geval is van het relateren van geschonden norm en geschaad belang met een normatieve redenering, als doel op zich, hooguit het gevolg. Het relativiteitsvereiste heeft dus niet *uit zijn aard* een aansprakelijkheidsinperkend of -regulerend karakter. Dat wil zeggen: niet meer of minder dan ieder ander vereiste van de onrechtmatige daad of leerstuk van schadevergoedingsrecht. Met dat in het achterhoofd ga ik in het nu volgende hoofdstuk in op de toets aan het relativiteitsvereiste.

## 4 | De toets aan het relativiteitsvereiste

### 4.1 TWEE PERSPECTIEVEN

In de voorgaande hoofdstukken heb ik het relativiteitsvereiste gedefinieerd als het vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang. Ook heb ik betoogd dat we dit vereiste nodig hebben, om de geschonden norm en het geschade belang van de benadeelde te relateren ‘met een normatieve redenering’. Over de wijze waarop de rechter de toets aan het relativiteitsvereiste zou moeten uitvoeren, is daarmee nog weinig gezegd. De definitie van het vereiste biedt daarvoor geen ‘houvast’.<sup>1</sup> Zijn ratio evenmin. Het relativiteitsvereiste is wat dat betreft onderbepaald.<sup>2</sup>

Het ligt bij de toets aan het relativiteitsvereiste evenwel voor de hand de betreffende norm zelf onder de loep te nemen. Deze toets is daarmee tevens een kwestie van interpretatie en in het geval van wettelijke normen – waarover dit proefschrift gaat – dus een kwestie van wetsinterpretatie.<sup>3</sup> Dat maakt het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm er niet per se eenvoudiger op. De wetgever biedt in wetstekst en wetsgeschiedenis doorgaans geen pasklaar antwoord op de vraag of de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang van de benadeelde.<sup>4</sup> Dat valt ook niet te verwachten. De wetgever kan onmogelijk uitputtend voorzien wie zich met een beroep op welke norm ter bescherming van welk precieze geschade belang bij de rechter zal melden.<sup>5</sup> Zoals in het inleidende hoofdstuk bleek, wordt er verschillend gedacht over hetgeen de rechter dan te doen staat. De meningen zijn niet alleen verdeeld over de vraag in welke gevallen de rechter zou moeten oordelen dat wel aan het relativiteitsvereiste is voldaan en in welke gevallen niet,

---

1 Zie in deze zin bijv. Smits 1938, p. 491 en Lankhorst 1992b, p. 88-89, met nadere vindplaatsen.

2 In deze zin ook Verheij 2014, p. 97.

3 Zie bijv. Bloembergen 1965, p. 172 en Lankhorst 1992b, p. 117-132.

4 Zie bijv. F.J. van Ommeren, noot onder HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, AB 2005/127, sub 4 (Duwbak Linda); B. Meijer & De Wit 2005, p. 186; Lindenberg 2008a, p. 910; T. Barkhuysen & L. Di Bella, noot onder ABRvS 3 december 2008, AB 2009/65, sub 8; Van Dam 2010, p. 236. Zie ook Jurgens 2010, p. 115 en Wiggers-Rust 2011, p. 136-137. Deze constatering blijft niet beperkt tot Nederland: zie t.a.v. het Duitse recht bijv. Kötz & Wagner 2013, nr. 228 en t.a.v. het Engelse recht bijv. Clerk & Lindsell 2014, nr. 9.02.

5 In deze zin bijv. Lankhorst 1992b, p. 125-132; Schild & De Jongh 2007, p. 147; Wiggers-Rust 2011, p. 135.

maar ook over de vraag of en in hoeverre de rechter dat gegeven het zwijgen van de wetgever zelf mag bepalen. In het debat over de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen vallen wat dat betreft twee perspectieven te onderscheiden. Ten eerste het materieel aansprakelijkheidsrechtelijke perspectief. In dit perspectief gaat het om de wenselijkheid van de uitkomst – wel of geen ‘relativiteit’ en daarmee wel of geen aansprakelijkheid, aangenomen dat aan de andere vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is voldaan – in het licht van de omstandigheden van het geval, de verhouding van partijen en ‘rechtspolitieke’ gedachten over de reikwijdte van aansprakelijkheid in het algemeen, zoals het ‘flood gates’-argument. Ten tweede het ‘institutionele’ perspectief.<sup>6</sup> In dit perspectief gaat het om de legitimiteit van het relativiteitsoordeel in het licht van de verhouding van de rechter tot de wetgever.

Hoe zou de rechter de relativiteit van een wettelijke norm moeten vaststellen? In dit hoofdstuk ontwikkel ik hiervoor een model, waarin ik het institutionele perspectief van de legitimiteit van het relativiteitsoordeel in het licht van verhouding van de rechter tot de wetgever vooropstel. De vraag of en in hoeverre de rechter mag bepalen of de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang gaat immers vooraf aan de vraag in welke gevallen de rechter zou moeten aannemen dat dit wel of juist niet het geval is. Daartoe onderzoek ik eerst de wetsgeschiedenis van artikel 6:163 BW. In de literatuur wordt daaruit afgeleid dat de rechter bij een zwijgen van de wetgever in beginsel steeds zou moeten aannemen dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang. Alleen bij zogeheten ‘negatieve’ aanwijzingen van de wetgever in wetstekst en wetsgeschiedenis van de geschonden norm dat deze het geschade belang *niet* beoogt te beschermen, zou de rechter moeten aannemen dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Ik laat zien dat als de BW-wetgever in wetstekst en wetsgeschiedenis van artikel 6:163 BW al daadwerkelijk zo’n generiek, voor alle wettelijke normen geldend ‘vermoeden’ van relativiteit in het leven zou hebben willen roepen – waarvan ik niet ben overtuigd – het moet worden verworpen. Het veronderstelt dat de wetgever zich uitputtend kan uitlaten over de relativiteit van een door hem uitgevaardigde norm. Dat kan de wetgever in negatieve zin evenmin als in positieve zin. Het vermoeden van relativiteit zou in de praktijk zelden tot nooit kunnen worden weerlegd en het relativiteitsvereiste zou in feite worden geëcarteerd (par. 4.2).

Het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm moet in plaats daarvan worden gezien als kwestie van reguliere wetsinterpretatie, vanuit een neutraal vertrekpunt, van norm tot norm en van geval tot geval. De rechter heeft daarbij de ruimte om eigen keuzes te maken. Hij kan de relativiteit van de betreffende norm dus zo vaststellen als dat volgens hem wenselijk moet

---

6 Deze term ontleen ik aan Alkema 2000, p. 1053-1058, die spreekt van het ‘institutionele moment’ in het oordeel van de rechter.

worden geacht vanuit materieel aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief. Dat wil zeggen: tot op zekere hoogte. Hoe ver de rechter in het licht van het legaliteits- en machtscheidingsbeginsel al interpreterend mag gaan, is inzet van debat. 'Harde' grenzen levert dat debat niet op. Het lijkt vooral afhankelijk van persoonlijke voorkeuren. De rechter zal daarom zelf moeten inschatten hoe ver hij al interpreterend kan gaan, wil zijn oordeel bij het publiek als geheel voldoende legitimiteit houden als juridisch oordeel en de rechter zelf uiteindelijk voldoende gezag als rechtsprekende staatsmacht (par. 4.3).

De Hoge Raad geeft zich daarvan ook rekenschap, zoals blijkt uit zijn rechtspraak over zijn 'rechtsvormende taak'. Van tijd tot tijd ziet hij af van het vellen van een bepaald oordeel, omdat dat die taak 'te buiten' zou gaan. De grenzen die de Hoge Raad daarmee zelf op leerstukspecifiek niveau stelt aan zijn interpretatief mandaat zijn evenmin in staatsrechtelijk beton gegoten. Veeleer zijn deze de uitkomst van een afweging van leerstuk tot leerstuk of hij het opportuun acht een bepaalde keuze voor zijn rekening te nemen, die de wetgever ook zelf zou kunnen of zelfs zou moeten maken. Reden om die keuze inderdaad aan de wetgever te laten, is naar het zich laat aanzien de inschatting dat deze keuze in meer of mindere mate beleidsmatig of politiek van aard is en inhoudelijk controversieel, zodat voldoende draagvlak voor de rechter om die keuze buiten de wetgever om te maken niet is verzekerd (par. 4.4).

Ook bij het vaststellen van de relativiteit van wettelijke normen bepaalt de rechter dus zelf de grenzen van zijn interpretatief mandaat en ook daarbij kan het in mijn optiek voor de rechter opportuun zijn uit eigen beweging bepaalde keuzes aan de wetgever te laten. Dat werk ik uit aan de hand van de fasering die Lankhorst aanbrengt in het relativiteitsoordeel bij wettelijke normen. Hij breekt de vraag of de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang op in twee achtereenvolgens te beantwoorden vragen. Het betreft allereerst de vraag naar het 'beschermingsdoel' of de norm alleen een of meer algemene belangen of ook individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Alleen in het laatste geval komt vervolgens de vraag naar de 'beschermingsomvang' aan de orde of het geschade belang van de benadeelde onder die individuele vermogensbelangen kan worden geschaard, waarvan bij beantwoording van de vraag naar het beschermingsdoel is vastgesteld dat de norm die beoogt te beschermen. Deze fasering tekent zich ook af in het Duitse en het Engelse recht en toont dat binnen het relativiteitsoordeel twee niveaus van abstractie kunnen worden onderscheiden (par. 4.5).

De vraag naar het beschermingsdoel abstraheert van het concrete geval en situeert zich op het niveau van de norm als zodanig. Met beantwoording van deze vraag staat of valt daarom de mogelijkheid de schending van de betreffende norm in te roepen in het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht als zelfstandige grondslag voor een vordering uit onrechtmatige daad. Wordt deze vraag zo beantwoord dat de norm uitsluitend algemene belangen beoogt te beschermen, dan kan immers geen enkele private partij die inroepen ter

bescherming van enig individueel vermogensbelang. Alleen publiekrechtelijke handhaving is dan mogelijk. De vraag naar de beschermingsomvang situeert zich daarentegen binnen het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht, op het niveau van het concrete geval. Alleen op dat niveau kan worden vastgesteld of het geschade belang van de benadeelde, die zich bij de rechter meldt, onder de individuele vermogensbelangen kan worden geschaard die de norm beoogt te beschermen (par. 4.6).

De afweging of de rechter zich actief opstelt en zelf keuzes maakt, of zich terughoudend opstelt en bepaalde keuzes aan de wetgever laat, zal vooral spelen bij de vraag naar het beschermingsdoel. Deze abstracte vraag overstijgt het aan de rechter voorgelegde geval en ziet in wezen op alle gevallen waarin op de norm een beroep wordt gedaan. Het antwoord op deze vraag bepaalt of de betreffende norm überhaupt kan worden ingeroepen als zelfstandige grondslag voor een vordering uit onrechtmatige daad of dat alleen publiekrechtelijke handhaving van de norm mogelijk is. Daarmee bepaalt het antwoord ook de scheidslijn van publiek- en privaatrecht. Inhoudelijk is de vraag naar het beschermingsdoel daarom veeleer beleidsmatig of zelfs ideologisch dan juridisch van aard. De wetgever kan bovendien het antwoord zelf geven door als hij dat wil eventuele te beschermen individuele vermogensbelangen in wetstekst of wetsgeschiedenis in meer of minder detail te omschrijven. Bij de vraag naar het beschermingsdoel is er in mijn optiek daarom goede reden voor de rechter om in de regel een terughoudende opstelling te kiezen en alleen aan te nemen dat de betreffende norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, als de wetgever daarvoor in wetstekst en wetsgeschiedenis dekking biedt middels 'positieve' aanwijzingen. Met deze heteronome interpretatie laat de rechter beantwoording van de vraag naar het beschermingsdoel over aan de democratisch gelegitimeerde wetgever. De rechter hoeft dan zijn vingers niet te branden aan de verstrekkende en controversiële keuze of ook rechtstreekse privaatrechtelijke handhaving van de betreffende norm mogelijk zou moeten zijn. Bij een zwijgen van de wetgever op het punt van de vraag naar het beschermingsdoel of bij twijfel zou de rechter in deze terughoudende opstelling dus moeten oordelen dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan (par. 4.7).

Anders is het bij de vraag naar de beschermingsomvang. Eenmaal vastgesteld op basis van de bedoeling van de wetgever *dat* de betreffende norm bepaalde individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, gaat het er bij deze vraag om of het specifieke geschade belang van de benadeelde dusdanig 'lijkt' op die individuele vermogensbelangen, dat het ermee op één lijn zou moeten worden gesteld. Beantwoording van de vraag naar de beschermingsomvang is daarom een kwestie van gevalsvergelijking, op basis van een analogie- of a contrario-redenering, zodat daarvoor technisch-juridische aanknopingspunten bestaan. Inhoudelijk is deze vraag daarmee veel minder beleidsmatig van aard dan de vraag naar het beschermingsdoel. Deze vraag is ook minder verstrekkend, omdat deze in wezen alleen ziet op het concrete

geval en daaraan identieke gevallen. Beantwoording van de vraag naar de beschermingsomvang veronderstelt al met al een keuze van het type waarvan we zijn gewend dat de rechter die bij wetsinterpretatie op eigen gezag maakt. Dat kan ook niet anders, omdat de wetgever zulke vragen op voorhand uiteindelijk onmogelijk uitputtend kan beantwoorden, nu hij niet alle aan de rechter voor te leggen gevallen kan voorzien. Bij de vraag naar de beschermingsomvang is er daarom in de regel geen beletsel voor de rechter een actieve opstelling te kiezen en beantwoording van deze vraag zelf ter hand te nemen. De rechter kan daarbij eigen keuzes maken, mede in het licht van de omstandigheden van het geval. Een zwijgen van de wetgever op dit punt hoeft er dus niet aan in de weg te staan dat de rechter eventueel oordeelt dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan (par. 4.8).

Zo kom ik tot een institutioneel model voor het vaststellen van de relativiteit van wettelijke normen. Dit model houdt in dat de rechter zijn relativiteitsoordeel faseert en zijn opstelling differentieert, afhankelijk van de fase waarin zijn relativiteitsoordeel zich bevindt. Bijkomend voordeel van dit model is dat het de voorspelbaarheid van het relativiteitsoordeel vergroot. Een mogelijk bezwaar tegen dit model is dat zich de situatie kan voordoen dat de rechter vanuit materieel aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief zou willen oordelen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan teneinde aansprakelijkheid te kunnen aannemen, maar in dit model moet oordelen dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan, omdat de wetgever zwijgt over eventuele te beschermen individuele vermogensbelangen. Dit bezwaar laat zich echter ondervangen. Acht de rechter het in dat geval toch wenselijk aansprakelijkheid aan te nemen, dan kan hij alsnog doen via de zogenaamde correctie-Langemeijer (par. 4.9).

De rechter kan dat doen door de omstandigheid dat de aangesproken partij een wettelijke norm heeft geschonden dusdanig zwaar te laten wegen, dat deze omstandigheid in het licht van alle omstandigheden van het geval de doorslag geeft bij het oordeel dat de aangesproken partij ook een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden, die wel strekt tot bescherming van het geschade belang van de benadeelde. Aansprakelijkheid wordt dan gevestigd op de grond dat een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is geschonden, met een oordeel dat is toegespitst op het concrete geval. Aldus kan de rechter tot op zekere hoogte richting geven aan de rechtsontwikkeling en voorzien in indirecte handhaving van de betreffende wettelijke norm zonder dat zijn oordeel met diens verhouding tot de wetgever wordt 'belast' en er in het licht van deze verhouding discussie kan ontstaan over de legitimiteit van het oordeel (par. 4.10). Ik bepleit daarom dat de rechter dit institutionele model bij wijze van beleid hanteert, telkens als hij wordt gevraagd de relativiteit van een wettelijke norm vast te stellen, aangevuld met de correctie-Langemeijer als bijsturingsmechanisme (par. 4.11).

## 4.2 GEEN GENERIEK ‘VERMOEDEN’ VAN RELATIVITEIT

Voor zover in de literatuur een model circuleert voor de verhouding van de rechter tot de wetgever bij het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm, wordt dit afgeleid uit de negatieve formulering en de wetsgeschiedenis van artikel 6:163 BW. Daaruit zou blijken dat de BW-wetgever bij gelegenheid van codificatie van het relativiteitsvereiste een generiek, voor alle wettelijke normen geldend ‘vermoeden’ van relativiteit in het leven heeft willen roepen. De rechter zou er steeds vanuit moeten gaan dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang, behoudens aanwijzingen van de kant van de wetgever van het tegendeel.<sup>7</sup> Bij het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm zou de rechter dus op zoek moeten gaan naar negatieve aanwijzingen in wetstekst en wetsgeschiedenis dat de wetgever het geschade belang van de benadeelde *niet* beoogt te beschermen. Alleen in dat geval zou de rechter moeten aannemen dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Bij een zwijgen van de wetgever zou de rechter dus steeds aan moeten nemen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Negatieve aanwijzingen in wetstekst en wetsgeschiedenis ontbreken dan immers. Met deze ‘ja, tenzij’-regel wordt onduidelijkheid over de relativiteit van een norm als het ware niet voor rekening gebracht van de benadeelde, maar van de aangesproken partij. Dat zou redelijker zijn, zo lijkt de gedachte, omdat de aangesproken partij ten slotte de wet heeft overtreden.<sup>8</sup>

Ik ben er niet van overtuigd dat zo’n vermoeden van relativiteit moet worden afgeleid uit de negatieve formulering van artikel 6:163 BW. Aanwijzingen dat deze bepaling negatief is geformuleerd om tot uitdrukking te brengen dat steeds aan het relativiteitsvereiste is voldaan, behoudens aanwijzingen van de wetgever van het tegendeel, heb ik niet gevonden.<sup>9</sup> Ook de wetsgeschiedenis van artikel 6:163 BW dwingt niet tot het aannemen van een generiek vermoeden van relativiteit, zoals dat in de literatuur wordt gepresenteerd. Het is waar dat de Toelichting-Meijers ‘de moeilijkheid’ signaleert dat de wetgever vaak geen uitsluitel biedt of zwijgt over de relativiteit van een door hem uitgevaardigde norm, zodat daarover twijfel of ‘onduidelijkheid’ kan bestaan. De ‘regel’ dat de rechter alleen bij ‘positieve’ aanwijzingen zou

7 Zie in deze zin bijv. Van Nispen 1978, p. 168; Schild & De Jongh 2007, p. 145 en p. 153; Di Bella 2007, p. 1524, alsmede T. Barkhuysen & L. Di Bella in hun noot onder ABRvS 3 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG5893, AB 2009/65, sub 8; Di Bella 2013a, p. 17-18; Di Bella 2013b, p. 1515 en Di Bella 2014, p. 157; R. Meijer 2008, p. 23; Van Dam 2010, p. 236. Vgl. minder stellig Van der Wiel 2007, p. 187-188. Zie ook Lankhorst 1992b, p. 43-46, die het vermoeden in de bewijsrechtelijke sfeer trekt door het te behandelen onder het kopje ‘stelplicht en bewijslast’.

8 Zie bijv. Telders 1949, p. 106 die een dergelijk vermoeden in een omstreeks 1932 gehouden voordracht – dus voor de codificatie van het relativiteitsvereiste in het Nieuw BW – al bepleitte: ‘in dubiis pro actore!’. Ook aangehaald door R. Meijer 2008, p. 23.

9 Zie par. 2.5.

aannemen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan, zou daarom bezwaarlijk zijn. In de wetsgeschiedenis van artikel 6:163 BW heet het:

‘De moeilijkheid is nl. dat, indien in een bijzondere wet een verplichting wordt omschreven, de wetgever slechts zelden uitdrukkelijk aangeeft, in hoeverre degenen die ten gevolge van een schending van die verplichting schade lijden, aan dat wetsvoorschrift in verband met de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek omtrent onrechtmatige daad een aanspraak op schadevergoeding ontlelen. Om die reden zou een regel volgens welke aan een benadeelde bij een wetsovertreding alleen een aanspraak op schadevergoeding toekomt indien positief zou blijken dat zulks de strekking van het overtreden wetsvoorschrift was, in de rechtspraktijk grote bezwaren opleveren.’<sup>10</sup>

Daar valt weinig tegen in te brengen. Zou de rechter alleen bij ‘positieve’ aanwijzingen van de wetgever aannemen dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang, dan zou aansprakelijkheid voor de schending van een wettelijke norm een wel heel zeldzaam verschijnsel worden. De wetgever kan zich daarover onmogelijk uitputtend uitlaten. Hij kan als gezegd niet alle aan de rechter voor te leggen gevallen voorzien. Er zou daarom vanuit moeten worden gegaan, zo vervolgt de BW-wetgever, dat elke wettelijke norm strekt tot bescherming tegen alle schade die daarvan het voorzienbare gevolg is, in de feitelijke terminologie van de Toelichting-Meijers. Behoudens aanwijzingen van het tegendeel, aldus de wetsgeschiedenis van artikel 6:163 BW:

‘Vandaar dat het ontwerp bepaalt dat in het algemeen de benadeelde die voorzienbare schade heeft geleden ten gevolge ener overtreding van een wettelijke plicht, aan die overtreding een aanspraak op vergoeding van zijn schade ontleent, tenzij, negatief, blijkt dat het overtreden wetsvoorschrift niet die strekking heeft.’<sup>11</sup>

In de terminologie van mijn definitie van het relativiteitsvereiste strekt een norm dus tot bescherming van elk belang, dat op voorzienbare wijze geschaad is. Bij ‘onduidelijkheid van de strekking van de norm’ geldt deze ‘hoofdregel’, zo vermeldt de Toelichting-Meijers verder.<sup>12</sup> Later wordt daaraan in dezelfde zin toegevoegd:

‘Evenals het ontwerp gaat ook het gewijzigd ontwerp ervan uit dat een norm in beginsel strekt ter bescherming van allen die als gevolg van overtreding ervan schade kunnen lijden en dat wel ter bescherming tegen alle schade die aan de dader op de voet van [artikel 6:98 BW; PWdH] als een gevolg van die overtreding kan worden toegerekend. Voor een beroep op het onderhavige artikel moet derhalve

---

10 Parl. Gesch. Boek 6, p. 632 en p. 634 (TM).

11 Parl. Gesch. Boek 6, p. 632 en p. 634 (TM).

12 Parl. Gesch. Boek 6, p. 634-635 (TM).

komen vast te staan dat de betreffende norm de eiser in het gegeven geval *niet* beschermt tegen de schade, zoals hij deze heeft geleden.<sup>13</sup>

Wat deze citaten echter niet vermelden, is dat alleen bij aanwijzingen *van de kant van de wetgever* dat de betreffende norm niet het geschade belang van de benadeelde beschermt, zou mogen worden aangenomen dat die norm dat niet beoogt. Volgens mij kan uit de wetsgeschiedenis van artikel 6:163 BW daarom niet worden afgeleid dat de rechter op zoek zou moeten naar negatieve aanwijzingen dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan *in wetstekst en wetsgeschiedenis* van de geschonden norm. Het gaat dus om negatieve aanwijzingen in algemene zin. Advocaat-Generaal Spier acht het dan ook het meest voor de hand liggend de hiervoor genoemde passages uit de wetsgeschiedenis van artikel 6:163 BW zo te lezen 'dat niet meer of anders wordt bedoeld dan dat een vordering moet worden afgewezen voor zover niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste'.<sup>14</sup>

Het is ook moeilijk voorstelbaar dat de BW-wetgever daadwerkelijk zo'n rigoureuze generiek vermoeden van relativiteit in het leven zou hebben willen roepen. Het zou in de praktijk nauwelijks kunnen worden weerlegd, omdat de wetgever onmogelijk alle aan de rechter voor te leggen gevallen kan voorzien. Laat staan dat de wetgever ten aanzien van al die gevallen van tevoren kan aangeven in welke gevallen volgens hem niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan.<sup>15</sup> Dat kan hij evenmin als hij in positieve zin uitputtend kan aangeven in welke gevallen de geschonden norm wel strekt tot bescherming van het geschade belang. Dit wordt ook min of meer onderkend in de wetsgeschiedenis van artikel 6:163 BW.<sup>16</sup> Met zo'n generiek vermoeden van relativiteit zou het relativiteitsvereiste daarom in feite worden geëcarteerd. Vranken

13 Parl. Gesch. Boek 6, p. 638 (MvA II; cursivering in origineel). Zie in dezelfde zin Parl. Gesch. Boek 6, p. 632 en p. 634-635 (TM).

14 Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317; NJ 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken (Astrazeneca/Menzis), sub 4.9.2. In deze zin ook de conclusie van Advocaat-Generaal Keus voor HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, NJ 2009/485, m.nt. M.R. Mok (Pfizer/Cosmétique), sub 2.10.

15 Zie in deze zin ook de conclusie van Advocaat-Generaal Spier voor Astrazeneca/Menzis, sub 4.9.3.

16 Ik doel op het schrappen van het 'uitlegvoorschrift' dat was opgenomen in het oorspronkelijk ontwerp-art. 6.3.2 lid 2 OM. Dit voorschrift hield in dat de schending van een wettelijke norm onrechtmatig is 'jegens een ieder die dientengevolge schade kan lijden (...), tenzij blijkt dat de overtreden wetsbepaling een andere strekking heeft' (Parl. Gesch. Boek 6, p. 629). Het schrappen van dit uitlegvoorschrift wordt aldus toegelicht dat dit 'te strikt' zou zijn in het licht van HR 16 februari 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD7415, NJ 1973/463 (Maas/Willems), m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh. Daarin oordeelt de Hoge Raad dat niet aan het relativiteitsvereiste was voldaan 'zonder dat men kan zeggen dat dit (...) was gegrond op hetgeen was gebleken omtrent de strekking van die wetsbepaling zelf', aldus de wetsgeschiedenis van art. 6:163 BW (Parl. Gesch. Boek 6, p. 637 (MvA II)). Zie hierover ook de conclusie van Advocaat-Generaal Keus voor Pfizer/Cosmétique, sub 2.10. Zie ook Schild & De Jongh 2007, p. 145-146.

spreekt in dit verband dan ook van een 'fundamentele aanval' op het relativiteitsvereiste.<sup>17</sup> Het bij wijze van 'model' of vast stramien hanteren van het generiek vermoeden van relativiteit moet daarom worden verworpen.<sup>18</sup> Ook de Hoge Raad heeft dat overigens gedaan.<sup>19</sup>

Di Bella ziet nog ruimte het 'vermoeden' van relativiteit uit de wetsgeschiedenis in afgezwakte vorm te handhaven. In deze afgezwakte vorm komt het neer op een oproep van de BW-wetgever aan de rechter om in algemene zin 'terughoudend' te zijn met het oordeel dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan, in gevallen waarin de wetgever zwijgt of anderszins onduidelijk is wat de bedoeling van de wetgever is.<sup>20</sup> Ik deel die opvatting niet. Mij lijkt zo'n afgezwakt 'vermoeden' als model niet praktisch. Onduidelijk is wat in een concreet geval zulke 'terughoudendheid' zou moeten betekenen. De rechter moet niet te snel aannemen dat *niet* aan het relativiteitsvereiste is voldaan, als de wetgever zwijgt, maar uitgesloten is het evenmin. Deze terughoudendheid gaat immers minder ver dan het 'vermoeden' van relativiteit. Op grond daarvan mag 'pas' worden aangenomen dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan bij negatieve aanwijzingen van de wetgever.<sup>21</sup> Afgezien nog van het bezwaar dat ook voor zo'n afgezwakt vermoeden van relativiteit geldt dat in dat geval de wetsgeschiedenis van artikel 6:163 BW de relativiteit van 'bijzondere' wettelijke normen zou gaan beheersen, in plaats van wetstekst en wetsgeschiedenis van de betreffende norm zelf, zoals Gelpke opmerkt.<sup>22</sup>

Uit de wetsgeschiedenis van artikel 6:163 BW laat zich dus geen bruikbaar model afleiden voor de verhouding van de rechter tot de wetgever bij het vaststellen van de relativiteit van wettelijke normen. Als er al betekenis zou moeten worden toegekend aan de negatieve formulering van deze bepaling,

---

17 J.B.M. Vranken, noot onder *Astrazeneca/Menzis*, NJ 2008/491, sub 13, waarover in par. 5.7.

18 Een dergelijke 'presumption' dat alle nieuw uitgevaardigde wetgeving voortaan 'actionable' zou zijn in het kader van de tort breach of statutory duty, behoudens aanwijzingen van het tegendeel in wetstekst en wetsgeschiedenis van de betreffende norm, is overigens eind jaren zestig in Engeland voorgesteld door de Law Commission, maar deze Interpretation Act kon rekenen op dusdanig veel kritiek in Parliament dat die spoedig sneuvelde. Zie Stanton e.a. 2003, nr. 2.010.

19 In *Astrazeneca/Menzis*, waarover par. 5.7.

20 Zie Di Bella 2014, p. 127-128 en p. 133-134. Daarvoor zou tot op zekere hoogte steun kunnen worden gevonden bij Advocaat-Generaal Spier, die hoewel hij een generiek 'vermoeden' van relativiteit in zijn conclusie voor *Astrazeneca/Menzis* van de hand wijst, in zijn conclusie voor HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, NJ 2008/576, m.nt. J.B.M. Vranken (*Iraanse vluchteling*), sub 3.6(a), stelt dat 'vorderingen die stranden op de klip der relativiteit (...) uitzondering [zullen] zijn'.

21 Vgl. in dit verband het 'kennelijkheidsvereiste' dat de wetgever heeft opgenomen in het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste van art. 8:69a Awb op grond waarvan de bestuursrechter alleen mag aannemen dat de geschonden norm niet strekt tot bescherming van het geschade belang van de appellant als dat 'evident' is, waarover in par. 7.6. Wat evident is voor de een, is dat echter niet voor de ander, aldus ook Van den Berge 2012, p. 109.

22 Zie Gelpke 2005, p. 144.

zou dat de processuele betekenis moeten zijn dat het aan de aangesproken partij is zich er bij wijze van verweer op te beroepen dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan.<sup>23</sup> Is de relativiteit van de geschonden wettelijke norm in de woorden van Lindenbergh aldus ‘op de agenda van de rechter’ gezet, dan kunnen beide partijen argumenten aandragen waarom de rechter de relativiteit van de betreffende norm zo moet vaststellen als zij voorstaan. Het gaat daarbij om argumenteren en niet om stellen en bewijzen.<sup>24</sup> Het relativiteitsoordeel betreft immers een rechtsoordeel.<sup>25</sup> Het is vervolgens aan de rechter zelfstandig,<sup>26</sup> van norm tot norm en van geval tot geval de relativiteit van een wettelijke norm vast te stellen. De rechter moet daarbij een neutraal vertrekpunt kiezen, zonder dat de benadeelde over de materiële ‘voorsprong’ beschikt dat relativiteit wordt vermoed en door de aangesproken partij moet worden weerlegd.<sup>27</sup> Het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm moet wat dat betreft worden gezien als reguliere wetsinterpretatie. Met alle mogelijkheden en beperkingen van dien. Dat werk ik nu uit.

#### 4.3 WETSINTERPRETATIE, RECHTSVORMING, LEGALITEIT EN MACHTENSCHIEDING

Het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm moet dus worden gezien als kwestie van reguliere wetsinterpretatie, van norm tot norm en van geval tot geval, vanuit een neutraal vertrekpunt. De rechter kan daarbij niet alleen de bedoeling van de wetgever in aanmerking nemen, maar ook factoren als ‘de actuele maatschappelijke context, voortgeschreden inzichten, redelijkheid en dergelijke meer’.<sup>28</sup> Hij heeft dus de ruimte om eigen keuzes te maken.<sup>29</sup> De rechter kan dus ook de relativiteit van een wettelijke norm zo vast-

23 Zie in dit verband Snijders 2015, p. 2666 die het relativiteitsverweer aanmerkt als zogeheten ‘bevrijdend’ of ‘zelfstandig’ verweer.

24 Zie Lindenbergh 2007a, p. 11. Al kan het wel nodig zijn bewijs te leveren in het kader van de feitelijke ondersteuning van de aangevoerde argumenten. Zie Lindenbergh 2007b, p. 778 (noot 2). In deze zin ook Van der Wiel 2007, p. 188. Lankhorst 1992b, p. 43-46, spreekt in verband met het relativiteitsoordeel wel van ‘stelplicht en bewijslast’. Zie ook Lankhorst 2007, p. 211, waaraan toe te voegen Snijders 2015, p. 2666, al merkt de laatste daarbij op dat het ‘niet dikwijls zal gaan om feiten’.

25 In deze zin Spier 1993, p. 83.

26 Zie de conclusie van Astrazeneca/Menzis, sub 4.5 en Van der Wiel 2007, p. 188.

27 Zie Lindenbergh 2007a, p. 11 en Jurgens 2010, p. 112-113.

28 Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, NJ 2011/465, m.nt. T. Hartlief (hangmat), sub 4.4.1 en diens conclusie voor Astrazeneca/Menzis, sub 4.14, onder verwijzing naar de noot van Jac. Hijma onder Duwbak Linda, NJ 2006/281, sub 4, die weer verwijst naar Bloembergen 1965, p. 172 en Lankhorst 1992b, p. 117-132. Zie verder bijv. ook Van Nispen 1978, p. 167-168; Schoordijk 1979, p. 366; Van der Wiel 2007, p. 187-188; Jurgens 2010, p. 114-115; Wiggers-Rust 2011, p. 135-136; Van den Berge 2012, p. 59-63; Franssen & Van Tilborg 2015, p. 58 en p. 62.

29 Franssen & Van Tilborg 2015, p. 62 halen op dit punt het beeld van de ‘sprong’ van de rechter van Paul Scholten aan.

stellen als hij meent dat dit wenselijk moet worden geacht vanuit materieel aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief, in het licht van de omstandigheden van het geval, de verhouding van partijen en 'rechtspolitieke' gedachten over de reikwijdte van aansprakelijkheid in algemene zin, zoals het 'flood gates'-argument.<sup>30</sup>

Dat wil zeggen: tot op zekere hoogte. De rechter beschikt over een interpretatief mandaat, dat hem legitimeert om bij het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm inderdaad eigen keuzes te maken. Dat interpretatief mandaat van de rechter is praktisch noodzakelijk. De wetgever kan nu eenmaal niet alle aan de rechter voor te leggen gevallen voorzien en dus evenmin wie zich met een beroep op welke norm, opkomend voor welk precieze geschade belang, bij de rechter zal melden met een vordering uit onrechtmatige daad.<sup>31</sup> Zonder interpretatie door de rechter zou de rechtspleging in het beeld van Boogaard 'knarsend tot stilstand komen', omdat zich telkens een onvoorzien geval zou aandienen, waarbij de wetgever zou moeten worden gevraagd wat de bedoeling is.<sup>32</sup> Wetsinterpretatie door de rechter is bovendien principieel wenselijk. Verstarring van het recht en onredelijke uitkomsten liggen op de loer als de rechter het recht niet up to date kan houden in het licht van gewijzigde omstandigheden en veranderende opvattingen.<sup>33</sup> De wetgever krijgt dat met zijn statische teksten niet voor elkaar. Wetsinterpretatie is dan ook bij uitstek de taak van de rechter. Dat is bij het vaststellen van de relativiteit van wettelijke normen niet anders.<sup>34</sup>

Volgens sommigen beschikt de rechter zelfs over een 'rechtsvormend' mandaat. Daaronder worden verschillende dingen verstaan. Soms wordt met 'rechtsvorming' bedoeld op een gekwalificeerde vorm van wetsinterpretatie. Het is dan wetsinterpretatie waarbij de rechter eigen 'rechtspolitieke' keuzes maakt en 'iets nieuws' toevoegt aan het geldend recht.<sup>35</sup> Dat sluit aan bij wetsinterpretatie in de hiervoor besproken zin. In andere gevallen wordt met 'rechtsvorming' door de rechter bedoeld op wetsinterpretatie door de rechter,

---

30 Zie bijv. Groene Serie Onrechtmatige daad, art. 6:163 BW, aant. 1.5 (K.J.O. Jansen); J.A.E. van der Does in zijn noot onder HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, *Gst.* 2007/90, sub 3; Lindenberg 2007a, p. 8 en p. 25; Lindenberg 2007b, p. 780; Lindenberg 2008, nr. 6; Jurgens 2010, p. 115; Franssen & Van Tilborg 2015, p. 58 en p. 62.

31 In deze zin bijv. Lankhorst 1992b, p. 125-131; Schild & De Jongh 2007, p. 147; Wiggers-Rust 2011, p. 135-136; Jurgens 2010, p. 114-115.

32 Boogaard 2011b, p. 416.

33 Zie De Jongh & Schild 2013, p. 2519-2523, die in dit verband zelfs van een 'leer van de redelijke uitkomst' spreken.

34 Zie specifiek voor het vaststellen van de relativiteit van wettelijke normen bijv. Lankhorst 1992b, p. 125-131; Schild & De Jongh 2007, p. 147; Wiggers-Rust 2011, p. 135-136; Jurgens 2010, p. 114-115. Zie ook Verheij 2014, p. 97, die in dit verband benadrukt dat wetsinterpretatie bij uitstek de taak is van de rechter. Zie tevens in algemene zin ook Castermans 2012, p. 6-7.

35 Zie Uzman 2013, p. 152-153 en p. 158-159. Zie ook Groenewegen 2006, p. 39-40.

maar dan op basis van een eigen ‘rechtsvormende’ agenda.<sup>36</sup> De Hoge Raad althans zou zich moeten concentreren op zaken ‘die ertoe doen’ om de ‘snel veranderende en complexe samenleving’ waarin wij leven snel te bedienen van een antwoord, zodra daarin belangrijke rechtsvragen rijzen.<sup>37</sup> In dat kader zijn de Hoge Raad in de afgelopen jaren ook meer bevoegdheden gegeven om te selecteren in de zaken die hij in cassatie wil afdoen.<sup>38</sup> Ook heeft hij de bevoegdheid gekregen nog dringendere rechtsvragen al van een antwoord te voorzien, nog voor dat deze tot de cassatieprocedure weten door te dringen.<sup>39</sup> In nog weer andere gevallen wordt met ‘rechtsvorming’ door de rechter bedoeld op een inhoudelijk andere activiteit dan wetsinterpretatie. De rechter zou zich niet hoeven te beperken tot interpretatie van door de wetgever uitgevaardigde normen en in dat kader eigen, ‘rechtsvormende’ keuzes mogen maken. De rechter zou ook buiten de wetgever om normen met algemene gelding mogen verzinnen en aldus zelf recht mogen ‘vormen’, op min of meer gelijke voet met de wetgever.<sup>40</sup>

Tegenover het interpretatief of rechtsvormend mandaat van de rechter staat echter diens binding aan de wet. Dit legaliteitsbeginsel klinkt door in artikel 11 van de Wet algemene bepalingen (Wet AB):

‘De regter moet volgens de wet regt spreken: hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordelen.’

In de beeldvorming is deze Wet AB inmiddels zo ver heen dat het als een soort relikwie uit vroeger tijden wordt beschouwd. Tijden waarin de wetgever zichzelf als soeverein zag en oprechte pogingen deed de rechter aan hem te

36 Zie over de verschuiving van deze ‘overwegend zaakgerelateerde’ naar ‘meer rechtsvraag-gerelateerde’ aanpak en de gevolgen daarvan Vranken 2009, p. 1082-1093.

37 Zie Hammerstein 2009, p. 672-675 (het citaat is van p. 673) en het rapport *Versterking van de cassatierechtspraak. Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad*, Den Haag 2008 (geraadpleegd via [rijksoverheid.nl](http://rijksoverheid.nl), voor het laatst op 15 juni 2015), van de commissie-Hammerstein (dezelfde). Kritisch Schutte 2009, p. 676-680; Hartlief 2009, p. 1073, bijgevallen door Boogaard 2011b, p. 416-418.

38 Behalve de mogelijkheid van het ongemotiveerd verwerpen van een cassatieberoep of althans met de summere standaardmotivering dat de ‘aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling’ op grond van art. 81 RO kan de Hoge Raad ook naar eigen inzicht een cassatieberoep niet-ontvankelijk verklaren, omdat ‘de partij die het cassatieberoep instelt klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft bij het cassatieberoep of omdat de klachten klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden’ op grond van art. 80a RO. Kritisch over dergelijke selectie door de Hoge Raad: Van der Wiel 2009, p. 855-859.

39 O.g.v. art. 392-394 Rv. Daarvoor heeft de Hoge Raad nog wel de medewerking nodig van een lagere rechter die zo’n rechtsvraag als prejudiciële vraag aan hem voorlegt.

40 Zie Asser/Vranken Algemeen deel \*\*\* 2005, nr. 9, die wetgever en rechter ziet als gelijkwaardige ‘partners in the business of law’ en Giesen & Schelhaas 2006, p. 159-172, die voor de rechter een rechtsvormende taak weggelegd lijken te zien op min of meer gelijke voet en in een soort beleidsmatige afstemming met de wetgever. Zie daarover kritisch Bovend’Eert 2011, p. 40-41.

onderwerpen.<sup>41</sup> Ook zou de Wet AB een hoogtepunt zijn van het 'legisme' in de pejoratieve zin van rigide en onredelijk recht. De rechter zou letterlijk gebonden zijn aan de wet en niet aan wetsinterpretatie mogen doen.<sup>42</sup> Deze beeldvorming verdient nuanceren. Met artikel 11 Wet AB is nimmer bedoeld wetsinterpretatie door de rechter uit te sluiten, maar uit te sluiten dat de rechter zelf de te interpreteren norm verzint.<sup>43</sup> Voor een dergelijke 'binding' van de rechter aan de wet bestaat bovendien goede rechtsstatelijke reden. Deze rechtvaardigt het dat de rechter dwingende overheidsmacht uitoefent, hoewel hij anders dan de andere staatsmachten daarover aan niemand verantwoording schuldig is, zoals Bovend'Eert benadrukt.<sup>44</sup>

Ondanks alle aandacht voor rechtsvorming door de rechter en het vermeende anachronistische karakter van de Wet AB lijkt in de literatuur het legaliteitsbeginsel in zoverre ook nog wel degelijk op waarde te worden geschat. Veel auteurs nemen althans aan dat er wel degelijk een grens is aan het interpretatief of rechtsvormend mandaat van de rechter. Die grens ligt daar waar de rechter niet langer een door de wetgever uitgevaardigde norm interpreteert, maar als het ware uit het niets zelf normen gaat creëren.<sup>45</sup> Op dat punt gekomen, moet de rechter voorrang geven aan de wetgever. Dit in het licht van het beginsel van machtscheiding en het gegeven dat de rechter, anders dan de wetgever, niet over democratische legitimatie beschikt. De rechter is immers geen gekozen vertegenwoordigend orgaan.<sup>46</sup> In zoverre staat artikel 11 Wet AB of in elk geval de geest van die bepaling dus nog overeind. De gedachte dat de rechter op gelijke voet met de wetgever regels van algemene gelding zou mogen 'vormen' is vooralsnog geen gemeengoed, al zijn er, als gezegd, auteurs die menen dat dit wel het geval is.

---

41 Zie nader C.J.H. Jansen 2008, p. 22 die – met frisse tegenzin – constateert dat deze wet door 'moderne inzichten' is achterhaald (p. 29). Zie ook Asser/Vranken Algemeen deel \*\* 1995, nrs. 78-80, die eerder opgelucht lijkt.

42 Zie over het legisme genuanceerd C.J.H. Jansen 2008, p. 27-28 en Van der Linden 2013, p. 90.

43 Zie Bovend'Eert 2009, p. 148 en Van Bogaert 2005, p. 71-76. Zie in de zin ook de BW-wetgever in Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1024.

44 Zie Bovend'Eert 2009, p. 148. Vgl. Voermans 2011, p. 61, die een actievare rol van de rechter niet meteen bezwaarlijk acht. Hij wijst er echter op dat dit mogelijk anders wordt als de rechter de bevoegdheid krijgt zijn eigen zaken te selecteren, hetgeen inmiddels, zoals besproken, het geval is. Vgl. Van der Linden 2013, p. 105, volgens wie art. 11 Wet AB meebrengt dat de rechter tot op zekere hoogte aan zijn eigen rechtspraak is gebonden.

45 Zie met verwijzingen Uzman 2013, p. 152. Ook sommige voorstanders van rechtsvorming door de rechter, in de zin dat de rechter zich concentreert op belangrijke zaken, zoals Hammerstein 2009, p. 672, menen overigens dat de rechter niet 'opeens met geheel naar eigen inzicht ontworpen nieuwe regels' op de proppen zou moeten komen. Naar eigen zeggen is dit ook niet het geval, nu de rechter volgens Hammerstein – op het moment van schrijven raadsheer in de Hoge Raad – 'zich altijd er van bewust is dat hij niet op de stoel van de wetgever mag gaan zitten'.

46 Zie Boogaard 2013, p. 58-70 voor een uitwerking van deze en andere aspecten van de 'rechtsstatelijke rol van de rechter'. Zie ook nadrukkelijk Schutgens 2015b, p. 2277, die het belang van de machtscheiding en de Trias Politica ook anno 2015 benadrukt.

Op deze normatieve vooronderstelling over de verhouding van de rechter tot de wetgever, die ook ik tot uitgangspunt neem, laat zich echter geen model baseren voor het vaststellen van de relativiteit van wettelijke normen. Er is niet zoveel mee gezegd, omdat deze theoretische grens in de praktijk moeilijk hard valt te maken. Afgezien van het geval waarin de rechter zonder enige basis in het geschreven recht uit het niets eigenhandig een norm van algemene gelding zou formuleren, zoals de wetgever dat dagelijks doet. Veel vaker en zo ook bij het vaststellen van de relativiteit van wettelijke normen zal de vraag zijn waar het omslagpunt ligt tussen een 'rechtsvormende' interpretatie van een bestaande wettelijke norm, op basis van eigen keuzes van de rechter, en het in wezen creëren van een nieuwe norm, onder het mom van interpretatie van een bestaande.

Of de rechter dan aan welkome wetsinterpretatie doet en noodzakelijke en wenselijke keuzes maakt, waarmee het recht wordt opgestuwd in de vaart der volkeren, of aan ongeoorloofde rechtsvorming, waarmee hij door de scheiding der machten heen breekt en de democratisch gelegitimeerde wetgever passeert, lijkt vooral afhankelijk van persoonlijke voorkeuren. Dat maakt begrippen als 'rechtspolitik' en 'rechtsvorming' ook zo ongrijpbaar en het debat daarover zo diffuus. 'Harde' grenzen aan het interpretatief mandaat van de rechter levert dit debat dan ook niet op. Zoals Uzman schrijft, hangt het er uiteindelijk van af of diegene aan wie het wordt gevraagd meer waarde hecht aan een redelijke uitkomst in het concrete geval en daarmee aan het interpretatief mandaat van de rechter, of aan het legaliteits- en machtscheidsingsbeginsel. Uzman:

'Zij die recht in de positivistische leer zijn, zullen benadrukken dat de rechtspraak, net als elk overheidsorgaan, gebonden is aan wet en Grondwet. Waar het recht verouderd is of in het concrete geval onbillijk uitwerkt, is het in beginsel aan de wetgever om de keuzen te maken die nodig zijn om het bij de tijd te brengen. Anderen zijn eerder bereid te aanvaarden dat rechtsvorming nodig is voor een soepele werking van het recht en om 'maatwerk' te kunnen leveren. Willen wij dat de rechter op een rechtvaardige uitkomst aanstuurt, dan zal hij het recht toch af en toe een duwtje moeten kunnen geven. Het hangt er dus vanaf hoeveel waarde men hecht aan de gedachte dat het recht steeds rechtvaardig moet uitwerken, en hoeveel waarde men hecht aan de taakafbakening tussen wetgever en rechter.'<sup>47</sup>

Bij gebreke van 'harde' grenzen aan zijn interpretatief mandaat en geconfronteerd met zo'n gemengd publiek zal de rechter zelf van geval tot geval moeten inschatten hoe ver hij al interpreterend kan gaan, wil zijn oordeel bij dat publiek als geheel voldoende legitimiteit houden als juridisch oordeel en hijzelf uiteindelijk voldoende gezag als rechtsprekende staatsmacht. Meent slechts een enkeling dat de rechter zijn boekje te buiten gaat, dan hoeft dat geen

---

47 Uzman 2013, p. 160 (voetnootverwijzingen weggelaten).

probleem te zijn, maar dat is anders als een dergelijk gevoel breder wordt gedragen. Zo bezien sluimert de afweging of de rechter zich actief of terughoudend opstelt in zijn verhouding tot de wetgever in elke zaak.<sup>48</sup> Soms komt deze afweging in de rechtspraak aan het licht. Ik doel op zaken waarin de Hoge Raad aangeeft dat hij een bepaald oordeel niet kan vellen, omdat dat zijn 'rechtsvormende taak', zoals hij het is gaan noemen, te buiten gaat.<sup>49</sup> Ik neem nu een aantal van deze zaken onder de loep. Het doel daarvan is te bezien waar de Hoge Raad in deze zaken zelf de grenzen van zijn interpretatief mandaat trekt en of daarin een gemene deler valt te ontdekken.

#### 4.4 DE HOGE RAAD OVER DE GRENZEN VAN ZIJN 'RECHTSVORMENDE TAAK'

De Hoge Raad geeft zich er rekenschap van dat hij van geval tot geval moet inschatten hoe ver hij al interpreterend kan gaan. Dat blijkt uit een serie zaken waarin hij duidelijk maakt dat hij vanuit materieelrechtelijk perspectief een bepaalde uitkomst wenselijk acht, maar toch anders oordeelt, omdat hij daarvoor een keuze zou moeten maken die de grenzen van zijn 'rechtsvormende taak' te buiten gaat. Het gaat bij deze 'grenzen' niet om vaste, vooraf gegeven en in staatsrechtelijk beton gegoten grenzen. Veeleer zijn zij de uitkomst van een afweging op het niveau van een specifiek leerstuk of de Hoge Raad het opportuun acht een keuze voor zijn rekening te nemen, die het aan hem voorgelegde geval overstijgt en die de wetgever derhalve ook zelf zou kunnen maken.

Een bekend voorbeeld biedt het oordeel van de belastingkamer van de Hoge Raad in de zaak van het arbeidskostenforfait. De Hoge Raad komt in deze zaak tot het oordeel dat de verhoging door de wetgever van dit arbeidskostenforfait – een aftrekpost waarbij werkenden een vast, forfaitair bedrag aan arbeidskosten van hun belastbaar inkomen mogen aftrekken, ongeacht of zij deze kosten daadwerkelijk hebben gemaakt – in strijd is met het gelijkheidsbeginsel van artikel 26 van het IVBPR:

'All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. (...).'

Deze verhoging levert namelijk niet voor een ieder die behoort tot de groep werkenden een inkomensvoordeel op. Werkenden die voor de verhoging al werkelijke arbeidskosten hadden tot het bedrag van het verhoogde forfait en

---

<sup>48</sup> In deze zin ook Schutgens 2015a, p. 311.

<sup>49</sup> Kritisch over deze terminologie C.A.J.M. Kortmann 2008, p. 31-37 en C.A.J.M. Kortmann 2009, p. 11-12, volgens wie de rechter alleen aan 'rechtstoepassing' en '-vinding' zou moeten doen.

dat ook konden bewijzen, konden die kosten ook voor de verhoging van het arbeidskostenforfait al voor het hoge bedrag aftrekken.<sup>50</sup>

Naar het oordeel van de Hoge Raad had de wetgever hier dus een andere keuze moeten maken. Toch grijpt de Hoge Raad niet in. Hij zou kunnen ingrijpen door artikel 37 lid 1 sub a van de toenmalige Wet op de Inkomstenbelasting 1964, waarin dit verhoogde arbeidskostenforfait is vervat, buiten toepassing te laten, op grond van artikel 94 van de Grondwet:

‘Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.’

De Hoge Raad wijst erop dat het enkele buiten toepassing laten hier de ongelijke behandeling niet oplost. De appellant – die zelf al hoge kosten had – zou dan nog steeds niet het inkomensvoordeel genieten van de groep werkenden met lage werkelijke arbeidskosten. Om de ongelijke behandeling op te heffen en aldus effectieve rechtsbescherming te bieden, zou dus meer moeten gebeuren. Bijvoorbeeld de verhoging van het arbeidskostenforfait voor iedereen geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of andere belastingregels aanpassen. Als de Hoge Raad het verhoogde arbeidskostenforfait in deze zaak buiten toepassing zou laten, ontstaat dus een nieuw probleem: hoe zou het dan wel moeten? Het ongedaan maken van de ongelijke behandeling vergt daarmee een keuze die, aldus de Hoge Raad, ‘mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard’.<sup>51</sup> Die keuze laat hij daarom aan de wetgever. De Hoge Raad wijst daarbij op de ‘terughoudende opstelling’ die de rechter ‘in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen’ past ‘bij zulk ingrijpen in een wettelijke regeling’.<sup>52</sup>

De Hoge Raad suggereert met deze overwegingen dat in de zaak van het arbeidskostenforfait een vaste, vooraf gegeven grens wordt bereikt, die hij onder geen beding mag passeren. Maar dat blijkt toch niet het geval.<sup>53</sup> Want de Hoge Raad acht zich wel degelijk bevoegd en in staat om in te grijpen, als dat echt zou moeten:

‘Niet uitgesloten is echter dat de afweging anders moet uitvallen ingeval de wetgever ermee bekend is dat een bepaalde wettelijke regeling tot een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling in de zin van voormelde verdragsbepalingen leidt, maar nalaat zelf een regeling te treffen die de discriminatie opheft.’<sup>54</sup>

---

50 Zie nader Boogaard 2013, p. 102-103.

51 HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, NJ 2000/170, m.nt. A.R. Bloembergen (Arbeidskostenforfait), r.o. 3.15.

52 Arbeidskostenforfait, r.o. 3.14.

53 Zie ook Boogaard 2013, p. 104-105.

54 Arbeidskostenforfait, r.o. 3.15.

Specifiek voor het arbeidskostenforfait spreekt de Hoge Raad bovendien de verwachting uit 'dat de regering met de nodige spoed een wetsontwerp zal indienen dat recht doet aan de op de Nederlandse Staat rustende verdragsverplichtingen'.<sup>55</sup> Blijkbaar waagt de Hoge Raad zich liever niet aan de keuze die in de zaak van het arbeidskostenforfait voorligt, zolang dat niet echt noodzakelijk is, omdat hij de inrichting van de inkomstenbelasting op dit punt inschat als politiek of beleidsmatig en controversieel.<sup>56</sup>

Nu is het voorbeeld van het arbeidskostenforfait wellicht exotisch, in elk geval bezien vanuit het aansprakelijkheidsrecht. Het gaat om de exceptieve toetsing van een wet aan grondrechten uit een verdrag en het eventueel buiten toepassing laten van de betreffende wettelijke norm.<sup>57</sup> Dat is in een gemiddelde zaak van aansprakelijkheidsrecht niet aan de orde. De vraag is dus hoeveel uit een zaak als het arbeidskostenforfait kan of mag worden afgeleid voor de verhouding van de rechter tot de wetgever bij het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm. Daar komt bij dat in de literatuur bovendien is geconstateerd dat zaken waarin de Hoge Raad zich beroept op de grenzen van zijn rechtsvormende taak zich de afgelopen jaren niet meer hebben voorgedaan.<sup>58</sup> Toch blijft de zaak van het arbeidskostenforfait relevant. Bij de interpretatie van het BW doet de Hoge Raad ook in de afgelopen jaren met een zekere regelmaat een beroep op de grenzen van zijn rechtsvormende taak. Het fenomeen lijkt wat dat betreft 'overgewaaid' uit de grondrechtensfeer naar het algemeen vermogensrecht en het aansprakelijkheidsrecht.

Een bekend voorbeeld biedt de gestage weigering van de Hoge Raad de vergoeding van zogeheten affectieschade – immateriële schade bestaande in het verdriet om het overlijden van een naaste – mogelijk te maken. De wetgever heeft ervoor gekozen dat in geval van overlijden alleen de kosten van lijkbezorging en door bepaalde verwanten gederfd levensonderhoud voor vergoeding in aanmerking komen (art. 6:95 jo 6:108 BW).<sup>59</sup> Tot op heden heeft de Hoge Raad aan deze keuze niet willen tornen. Interessant is dat hij aanvan-

---

<sup>55</sup> Arbeidskostenforfait, r.o. 3.18.

<sup>56</sup> Tot zo'n ingrijpen 'in tweede instantie' van de Hoge Raad is het overigens niet gekomen. Zie hierover Boogaard 2013, p. 105-110 en Uzman 2013, p. 193-194.

<sup>57</sup> Al beschikt de rechter daartoe ook weer over extra legitimatie: naast zijn reguliere interpretatieve mandaat het rechtstatelijk mandaat om de hiërarchie van rechtsnormen te effectueren, zoals art. 94 Grondwet hem opdraagt. Zie Uzman 2013, p. 160. Dat doet er blijkbaar niet aan af dat de Hoge Raad reden ziet zich terughoudend op stellen in zijn verhouding tot de wetgever.

<sup>58</sup> Dat wil overigens niet zeggen dat de Hoge Raad zich dus minder terughoudend opstelt in zijn verhouding tot de wetgever en zelf keuzes maakt die hij voorheen aan de wetgever liet. Boogaard 2013, p. 132 en Uzman 2013, p. 176-180 constateren dat het erop lijkt dat de Hoge Raad zijn 'toetsingsintensiteit' heeft vermindert en eenvoudigweg minder snel aanneemt dat een wet in strijd is met bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel uit het IVBPR. De rechter komt dan niet toe aan de vraag of hij moet ingrijpen door die wet buiten toepassing te laten en vervolgens zelf in een eventueel 'rechtstekort' moet voorzien of dat aan de wetgever moet laten.

<sup>59</sup> Zie ook Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. Boek 6), p. 1272-1288.

kelijk, in Van der Heijden/Holland, welke zaak speelt onder het Oud BW, volstaat met de constatering dat vergoeding van affectieschade ‘met de strekking van art. 1406 niet verenigbaar’ is.<sup>60</sup> Later, in het Taxibus-arrest, stelt de Hoge Raad de kwestie echter in het teken van de ‘rechtsvormende taak van de rechter’. De benadeelde is in deze zaak een moeder, die haar overleden dochtertje verminkt op straat aantreft, nadat zij is overreden. De Hoge Raad laat de mogelijkheid open dat vergoeding van affectieschade vanuit materieel aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief inmiddels wenselijk is geworden, anders dan de wetgever bij de totstandkoming van het Nieuw BW meende.<sup>61</sup> De Hoge Raad overweegt:

‘Niet uitgesloten is dat het wettelijk stelsel onvoldoende tegemoet komt aan de maatschappelijk gevoelde behoefte om aan degenen die in hun leven de ernstige gevolgen moeten ondervinden van het overlijden van een persoon tot wie zij – zoals hier – in een affectieve relatie hebben gestaan, enige vorm van genoegdoening te verschaffen.’<sup>62</sup>

Ondanks deze ‘maatschappelijk gevoelde behoefte’ gaat de Hoge Raad er echter niet toe over op eigen gezag de vergoeding van affectieschade mogelijk te maken. Dat zou een afweging vergen van ‘voor- en nadelen’ van het huidige ‘stelsel’ en daarmee een keuze die hij aan de wetgever acht ‘voorbehouden’. De Hoge Raad verwijst hierbij naar de ‘rechtsvormende taak’ van de rechter:

‘Het gaat echter de rechtsvormende taak van de rechter te buiten te dezer zake in afwijking van het wettelijk stelsel zonder meer een vergoeding toe te kennen. In de eerste plaats zou immers opnieuw een, aan de wetgever voorbehouden, afweging moeten worden gemaakt van de voor- en nadelen die aan het huidige stelsel verbonden zijn.’<sup>63</sup>

De eventuele vormgeving van de vergoeding van dergelijke affectieschade acht de Hoge Raad bovendien controversieel, mede gelet op de ‘rechtspolitieke’ impact in termen van de aansprakelijkheidslast die met het mogelijk maken van vergoeding van affectieschade gemoeid zou kunnen zijn:

‘Voorts vergt een herziening van het bestaande stelsel een afbakening van de gevallen waarin een vergoeding passend wordt gevonden en een concrete aanwij-

---

60 Zie HR 8 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4562, *NJ* 1984/717, m.nt. C.J.H. Brunner (Van der Heijden/Holland), r.o. 4.2. De Hoge Raad neemt daarbij in aanmerking dat de wetgever op dat moment voor het Nieuw BW ‘een artikel van overeenkomstige strekking’ had vastgesteld ‘zulks nadat het desbetreffend probleem bij de parlementaire behandeling (...) uitvoerig aan de orde was gekomen’.

61 Zie steller J.B.M. Vranken, noot onder HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, *NJ* 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus), sub 2.

62 Taxibus, r.o. 4.2.

63 Taxibus, r.o. 4.2 en r.o. 6.3.

zing van de personen aan wie een dergelijke vergoeding toekomt. Ten slotte is het ook aan de wetgever te beoordelen of, en zo ja in hoeverre, aan de toekenning van een dergelijke vergoeding financiële grenzen gesteld moeten worden in verband met de consequenties die daaraan kunnen zijn verbonden.<sup>64</sup>

De Hoge Raad stelt zich in *Taxibus* dus terughoudend op in zijn verhouding tot de wetgever. Vanuit materieel aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief wringt de zaak echter voor hem. Weliswaar stelt hij niet een termijn aan de wetgever om de onmogelijkheid van affectieschade te vergoeden te heroverwegen. Maar binnen de grenzen die de Hoge Raad zichzelf stelt, toont hij zich bereid om met een creatief oordeel het mogelijk te maken dat de vrouw toch een deel van de immateriële schade vergoed kan krijgen, die verband houdt met het overlijden van haar dochtertje. Vergoeding van deze schade is mogelijk, voor zover die schade bestaat in geestelijk letsel als gevolg van de confrontatie met haar dochtertje, dat geldt als psychiatrisch erkend ziektebeeld. Dogmatisch brengt de Hoge Raad deze vergoedbare 'shockschade' onder bij artikel 6:106 lid 1 aanhef en sub b BW, op grond waarvan vergoeding van immateriële schade 'naar billijkheid' mogelijk is wegens aantasting 'in zijn persoon'.<sup>65</sup>

Nog weer later, in de *Vilt*-zaak, houdt de Hoge Raad vast aan dit stelsel van niet-vergoedbare affectieschade en onder voorwaarden wel vergoedbare shockschade.<sup>66</sup> Ook al is in deze zaak sprake van een opzettelijk veroorzaakt dodelijk verkeersongeval en ondanks de kritiek in de literatuur op dit stelsel, dat als gekunsteld wordt gezien en het dus ook is.<sup>67</sup> De Hoge Raad laat zich evenmin op andere gedachten brengen door het feit dat ten tijde van deze *Vilt*-zaak een wetsvoorstel aanhangig is om affectieschade wel voor vergoeding in aanmerking te laten komen.<sup>68</sup> Dat wetsvoorstel wordt echter verworpen. In 2015 heeft de regering weer een nieuw wetsvoorstel aanhangig gemaakt.<sup>69</sup> De Hoge Raad voelt het controversiële karakter dus blijkbaar goed aan.<sup>70</sup>

De affectieschade-saga is geen geïsoleerd voorbeeld. Ook op het vlak van de werkgeversaansprakelijkheid, in de zaak van postbezorger Wijenberg, ligt

---

64 *Taxibus*, r.o. 4.2 en r.o. 6.3.

65 *Taxibus*, r.o. 4.3.

66 Zie HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8583, NJ 2010/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*), r.o. 3.4-3.5.

67 Zie bijv. J.B.M. Vranken, noot onder *Taxibus*, NJ 2002/240, sub 7-8. Lindenberg 2002, p. 70-72; Lindenberg 2008b, p. 258.

68 Zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. 2.

69 Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34 257, nr. 2, waarover bijv. Lindenberg 2014, p. 855-857 en Hebly, Van der Zalm & Engelhard 2015, p. 93-105.

70 Anders Vranken, noot onder *Vilt*, NJ 2010/387, die enerzijds wel begrip heeft voor het feit dat de Hoge Raad niet ingrijpt, maar anderzijds ook meent dat 'uiteindelijk publiek vertrouwen de enige echte legitimatie is van rechtspraak en die zal de Hoge Raad niet willen laten ondermijnen door een treuzelende wetgever'. Vranken pleit voor desnoods 'creeping legislation', waarbij vergoeding van affectieschade stukje bij beetje wordt mogelijk gemaakt, door rechter, wetgever en partijen met gedragscodes e.d.

naar het oordeel van de Hoge Raad blijkbaar een keuze voor die hij liever aan de wetgever laat. Deze keuze ziet op het ‘goed werkgeverschap’, dat artikel 7:611 BW voorschrijft. Het gaat erom of daaruit een verplichting kan worden afgeleid voor de werkgever om te zorgen voor een ‘behoorlijke’ verzekering voor de werknemer, die in de uitoefening van zijn werkzaamheden lopend op de openbare weg een eenzijdig ongeval overkomt. Zoals Wijenberg, die tijdens het bezorgen van de post in winterse omstandigheden ten val komt en haar enkel breekt. De Hoge Raad toont sympathie voor zo’n verzekeringsplicht. Hij acht het echter niet aan hem ‘een dergelijke algemene regeling’ in het leven te roepen. Wijenberg is daarom aangewezen op de bescherming van de algemene werkgeversaansprakelijkheid van artikel 7:658 BW. Ook bij dit oordeel verwijst de Hoge Raad naar de ‘rechtsvormende taak’ van de rechter:

‘Op zichzelf bestaan goede argumenten om werknemers een verdergaande, algemene bescherming tegen het risico van ongevallen in verband met hun werkzaamheden te bieden dan art. 7:658 thans biedt, maar het ligt op de weg van de wetgever om een regeling daarvoor te maken; een dergelijke algemene regeling gaat de rechtsvormende taak van de rechter te buiten.’<sup>71</sup>

De zaak Coface biedt een voorbeeld van een zaak uit het goederenrecht, waarin de Hoge Raad de grenzen van zijn rechtsvormende taak in zicht ziet komen. In deze zaak houdt de Hoge Raad vast aan zijn eerdere rechtspraak dat het mogelijk is goederenrechtelijk effect te geven in de zin van artikel 3:82 lid 2 BW aan een contractueel verbod een vorderingsrecht over te dragen of te verpanden.<sup>72</sup> In weerwil van kritiek in de literatuur. Hij beroept zich daartoe onder op de grenzen van zijn rechtsvormende taak:

‘Weliswaar is het arrest van de Hoge Raad van 17 januari 2003 in de literatuur kritisch besproken (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.12-2.14), maar de Hoge Raad ziet hierin onvoldoende aanleiding tot heroverweging van zijn rechtspraak. Die rechtspraak strookt immers met de wettekst en de wetsgeschiedenis. Voorts moet worden aangenomen dat de praktijk zich op deze rechtspraak heeft ingesteld. Daarbij komt dat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat om een keuze te maken uit de alternatieven die, zoals rechtsvergelijking leert, kunnen worden overwogen met betrekking tot de regeling van niet-overdraagbaarheidsclausules.’<sup>73</sup>

Deze bespreking van zaken waarin de Hoge Raad zich op zijn rechtsvormende taak beroept, leert, kortom, dat hij daadwerkelijk zelf grenzen stelt aan zijn

---

71 HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5215, NJ 2011/597, m.nt. T. Hartlief (TNT/Wijenberg), r.o. 3.5.

72 Mits het verbod zo moet worden uitgelegd dat het dergelijke goederenrechtelijke werking heeft. HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, NJ 2015/167, m.nt. H.J. Snijders (Coface Finanz/Intergamma), r.o. 3.4.1-3.4.2.

73 Coface Finanz/Intergamma, r.o. 3.3.2.

interpretatief mandaat en van tijd tot tijd uit eigen beweging bepaalde keuzes aan de wetgever laat. Ook als dat betekent dat de Hoge Raad daardoor niet de uitkomst kan bereiken die hij vanuit materieelrechtelijk perspectief wenselijk acht of waarvan hij niet uitsluit dat die uitkomst vanuit dat perspectief wenselijk is.<sup>74</sup> De gemene deler van deze zaken is naar het zich laat aanzien dat de Hoge Raad het niet opportuun acht de betreffende keuze zelf te maken. Blijkbaar schat hij in dat die keuze in meer of mindere mate het individuele geval overstijgt, inhoudelijk beleidsmatig of 'politiek' is en controversieel, zodat voldoende draagvlak voor rechterlijk ingrijpen buiten de wetgever om niet verzekerd is.<sup>75</sup> Om dezelfde reden zou het ook bij het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm voor de rechter opportuun kunnen zijn uit eigen beweging bepaalde keuzes aan de wetgever te laten. Dat laat ik nu zien, aan de hand van de theorievorming van Lankhorst over de toets aan het relativiteitsvereiste bij wettelijke normen.

#### 4.5 RELATIVITEIT VOLGENS LANKHORST

Nu het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm een kwestie is van wetsinterpretatie, is het ook daarbij aan de rechter zelf om eventueel grenzen te stellen aan zijn interpretatief mandaat. Ook bij het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm zou het in mijn optiek opportuun kunnen zijn voor de rechter om bepaalde keuzes aan de wetgever te laten. Dat werk ik uit aan de hand van de fasering die Lankhorst aanbrengt in het relativiteitsoordeel. Hij ontwikkelt in zijn proefschrift een toets in twee fasen voor het relativiteitsoordeel bij wettelijke normen.<sup>76</sup>

---

74 Al lijkt het beroep van de Hoge Raad op zijn 'rechtsvormende taak' in Coface vooral een extra argument voor een uitkomst die hij toch al wilde bereiken. Dat beroep lijkt ook in TNT/Wijenberg niet allesbeslissend, gezien de overige argumenten voor de afwijzende uitkomst waartoe de Hoge Raad komt en het feit dat de Hoge Raad eerder in zijn rechtsvormende taak geen been zag o.g.v. art. 7:611 BW een algemene verzekeringsplicht in het leven te roepen voor verkeersongevallen, inclusief eenzijdige fietsongevallen. De flexibiliteit van de grenzen van de rechtsvormende taak maakt dus ook in zekere zin retorisch gebruik daarvan mogelijk. Vgl. Lindenberg 2012, p. 208, volgens wie de Hoge Raad vooral wil aangeven dat het met het afleiden van verzekeringsplichten uit art. 7:611 BW sowieso 'wel mooi [is] geweest' en T. Hartlief in zijn noot onder TNT/Wijenberg, *NJ* 2011/597, sub 10, die evenwel inschat dat de Hoge Raad 'werkelijk [lijkt] te vinden dat een betere bescherming gewenst is', maar meent dat de wetgever dat zou moeten doen. Kritisch C.J.H. Jansen & Loonstra 2012, p. 20, die menen dat de Hoge Raad hier gezien zijn eerdere rechtspraak ook had moeten doorpakken t.a.v. van eenzijdige voetgangsongevallen.

75 Vgl. C.J.H. Jansen & Loonstra 2012, p. 5-18. Zij menen dat de Hoge Raad in zijn rechtspraak in het privaatrecht en arbeidsrecht soms ook afziet van het vellen van een bepaald oordeel met een beroep op de grenzen van zijn 'rechtsvormende taak' omwille van de rechtszekerheid.

76 Zie Lankhorst 1992b, p. 92-111.

In de eerste fase staat wat Lankhorst noemt de ‘prealabele’<sup>77</sup> vraag naar het ‘beschermingsdoel’<sup>78</sup> centraal of de norm alleen een of meer algemene belangen beoogt te beschermen of ook individuele vermogensbelangen. Onder ‘algemene belangen’ kunnen in dit verband in de typologie van Van Buuren belangen worden verstaan die ‘objectief gezien niet méér verbonden [zijn] aan de één dan aan een willekeurige ander’ en die ‘voor iedereen van betekenis zijn, zij het dan dat niet door allen aan zo’n algemeen belang dezelfde waarde wordt toegekend’.<sup>79</sup> Te denken valt, aldus Van Buuren, aan belangen als ‘evenwichtige ruimtelijke ordening, milieubeheer, natuurbescherming, werkgelegenheid of openbaar vervoersbeleid’.<sup>80</sup> Schutgens en Schlössels komen tot vergelijkbare opsommingen.<sup>81</sup> Individuele vermogensbelangen laten zich van zulke algemene belangen onderscheiden doordat het gaat om belangen die een individu toekomen ‘met uitsluiting van anderen’.<sup>82</sup> Dergelijke belangen zijn, aldus Schutgens, ‘gericht op het genot of het behoud van een hem toekomend grondrecht, subjectief recht of een aanspraak die de wet hem toekent en die hem onderscheidt van een willekeurige ander’. Schlössels spreekt van belangen ‘ten aanzien waarvan één natuurlijke persoon of een rechtspersoon als zodanig exclusief drager kan zijn’.<sup>83</sup>

Bij de vraag naar het beschermingsdoel gaat het er dus om of de norm, waarvan de relativiteit moet worden vastgesteld, naast algemene belangen ook individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Het woord ‘beoogt’ moet hier worden benadrukt. Bij de bescherming van een bepaald algemeen belang zullen ook individuele burgers op de een of andere manier zijn gebaat, zodat zou kunnen worden gesteld dat in zoverre ook hun individuele ver-

---

<sup>77</sup> Lankhorst 1992b, p. 93.

<sup>78</sup> Lankhorst 1992b, p. 103.

<sup>79</sup> Van Buuren 1978, p. 117. Zie ook Wiggers-Rust 2011, p. 47, die kortweg spreekt van belangen die ‘bovenpersoonlijk van aard’ zijn. In deze typologieën, die ik dus ook volg, is een algemeen belang dus ‘meer’ dan ‘de som van talrijke bijzondere belangen’, zoals Advocaat-Generaal Wijnveldt in zijn conclusie voor HR 23 november 1939, NJ 1940/242, m.nt. E.M. Meijers (Zuiderhaven), p. 383 lijkt te veronderstellen.

<sup>80</sup> Van Buuren 1978, p. 117. Van Buuren noemt ook ‘het consumentenbelang’ als algemeen belang, maar dit lijkt mij veeleer een individueel of groepsbelang in de hierna te bespreken zin. Vgl. Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 79-80, die als door wetgeving te beschermen algemene belangen noemen ‘de goede zeden’, ‘voorschriften ter bescherming van oneerlijke concurrentie’ en voorschriften ‘tot bescherming van ‘s lands economie en van de sociale orde’, ten aanzien waarvan zij dan wel weer aannemen dat deze ook ‘mede geschreven [kunnen] zijn ter voorkoming van schade in de particuliere sfeer’.

<sup>81</sup> Schutgens 2012, p. 210 noemt ‘milieubelangen, dierenrechten, culturele belangen (zoals het behoud van monumenten, het bijhouden van kunstcollecties, de bescherming van de Nederlandse taal), landschappelijke belangen, een duurzame exploitatie van natuurlijke hulpbronnen, het defensiebeleid en zuiver publiekrechtelijke belangen zoals het belang van een voldoende rechtsstatelijk ingerichte overheid’ en Schlössels 2002, p. 108 het ‘natuur- en milieubeschermingsbelang, het belang van een goede ontwikkelingssamenwerking of het belang van cultuurbescherming’.

<sup>82</sup> Schutgens 2012, p. 209. In de zin ook Wiggers-Rust 2011, p. 24.

<sup>83</sup> Schlössels 2002, p. 107.

mogensbelangen daardoor worden beschermd. Deze ‘afgeleide’ bescherming is echter iets anders dan dat een norm beoogt naast een algemeen belang *rechtstreeks* ook bepaalde individuele belangen te beschermen en dan ook nog eens in vermogensrechtelijke zin.<sup>84</sup> Dat laatste is waar het om gaat bij de vraag naar het beschermingsdoel.<sup>85</sup> Of zoals Telders het formuleert:

‘Middelrijk kan men zeggen dat iedere norm, ook de norm, die slechts de gemeenschap beschermt, ten behoeve van het individu is gesteld, maar voor art. 1401 B.W. zullen alleen in aanmerking komen die normen, waarvan blijkt dat men met hen – zij het als neven oogmerk – de directe bescherming van het individu heeft bedoeld.’<sup>86</sup>

Luidt het antwoord op de vraag naar het beschermingsdoel dat de norm inderdaad mede bepaalde individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, dan bereikt het relativiteitsoordeel zijn tweede fase. In deze tweede fase staat de vraag naar de ‘beschermingsomvang’<sup>87</sup> van de norm centraal. Het gaat er dan om of het geschade belang van de benadeelde die zich bij de rechter meldt onder de individuele vermogensbelangen kan worden geschaard, waarvan bij beantwoording van de vraag naar het beschermingsdoel is vastgesteld dat de norm deze beoogt te beschermen. Bij wijze van verfijning kan deze vraag worden uitgesplitst in drie dimensies. Het geschade belang van de benadeelde moet onder de individuele vermogensbelangen kunnen worden geschaard die de norm beoogt te beschermen, in termen van de persoon van de benadeelde, het type schade en de wijze waarop de schade is ingetreden.<sup>88</sup> In de literatuur worden deze dimensies vaak voorop gesteld bij de weergave van de theorievorming over de toets aan het relativiteitsvereiste.<sup>89</sup> In de fase-ring van Lankhorst komen deze dimensies dus pas in tweede instantie aan bod en alleen als de vraag naar het beschermingsdoel bevestigend is beantwoord. Het nut van het onderscheid tussen de typen schade en wijze van

84 Zie in dit verband de bespreking in par. 3.2 van de voorbeelden van de herbergier en de koopman van Van Geleijn Vitringa.

85 Dat is ook de reden om de vraag naar het beschermingsdoel te formuleren in termen van (algemene en individuele vermogens-) belangen die de norm *beoogt* te beschermen, in plaats van in termen van belangen ter bescherming waarvan de norm ‘strekt’, nu het werkwoord ‘strekken’ zowel de engere betekenis kent van ‘gericht zijn op’, als de ruimere betekenis van ‘(toe)reiken’, zoals Lankhorst 1992b, p. 99 en p. 101 uiteenzet.

86 Telders 1929, p. 201.

87 Lankhorst 1992b, p. 103.

88 Vgl. Lankhorst 1992, p. 101-102, die spreekt van ‘type belangen, type personen en wijze van schadeintreding’.

89 Zie bijv. Lindenbergh 2007b, p. 779-780. Zie ook Spier e.a. 2015, nr. 60 (G.E. van Maanen/S.D. Lindenbergh) en eigenlijk vrijwel elke publicatie over het relativiteitsvereiste. Ook de Hoge Raad hanteert deze driedeling in zijn vaste maatstaf voor het relativiteitsoordeel, waarover in par. 5.2.

intreden van schade is in de literatuur overigens ook betwist.<sup>90</sup> Sommigen houden de uitsplitsing beperkt tot twee dimensies en spreken van het ‘personele’ en het ‘zakelijke’ beschermingsbereik.<sup>91</sup>

Met deze fasering van het relativiteitsoordeel in de achtereenvolgens te beantwoorden vraag naar het beschermingsdoel en de vraag naar de beschermingsomvang bouwt Lankhorst voort op het werk van Bloembergen.<sup>92</sup> Zoals blijkt uit het hiervoor weergegeven citaat, stelt ook Telders in zijn bespreking van de toets aan het relativiteitsvereiste het onderscheid voorop ‘tussen normen die *slechts* de gemeenschap beoogen te beschermen, en normen die *slechts* of *tevens* ter bescherming van het individu zijn gesteld’.<sup>93</sup> Van Geleijn Vitringa onderkent dit onderscheid eveneens, in de bijdrage waarin hij het relativiteitsvereiste introduceert.<sup>94</sup>

Met zijn fasering zoekt Lankhorst bovendien aansluiting bij het Duitse recht. Daarin figureert dezelfde fasering bij de toets aan het Schutznorm-vereiste in artikel 823 lid 2 BGB, welke bepaling luidt:

‘Die gleiche Verpflichtung [de verplichting tot schadevergoeding; PwDH] trifft denjenigen, welcher gegen *ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz* verstößt. (...)’<sup>95</sup>

Alleen als sprake is van een ‘*ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz*’ roept de schending van een wettelijke norm een verplichting tot schadevergoeding in het leven. Bij de toets aan dit vereiste moet eerst de vraag worden beantwoord of sprake is van een ‘Schutzgesetz’.<sup>96</sup> Ook daarbij gaat het erom of de betreffende norm behalve algemene ook individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, aldus het Bundesgerichtshof:

‘Schutzgesetz ist nach ständiger Rechtsprechung eine Rechtsnorm dann, wenn sie – sei es auch neben dem Schutz der Allgemeinheit – gerade dazu dienen soll, den

90 Zie bijv. Van der Wiel 2004, p. 35, die spreekt van een ‘kwestie van indelen’. Zie ook Lindenberg 2007b, p. 779, die erop wijst dat deze ‘elementen’ niet steeds ‘eenvoudig’ zijn te onderscheiden en ‘deels’ in elkaar opgaan, alsmede W.H. van Boom in zijn noot onder HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, JA 2007/2 (Vie d’Or), in de tweede alinea onder het tussenkopje ‘Relativiteit, bepaalbaarheid van potentiële slachtoffers, en de verhouding van Vie d’Or tot Duwbak Linda’, die meent dat de derde dimensie van de wijze van het intreden eerder een kwestie van causaliteit is.

91 Zie bijv. Di Bella 2014, p. 123 en C.N.J. Kortmann in zijn noten onder HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579, AB 2014/15 (Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s.), sub 8-12 en HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:767, AB 2015/2 (Gemeente Amsterdam/D.), sub 8. Zie in deze zin ook Lankhorst 2005, p. 118.

92 Zie Bloembergen 1965, p. 169-171, waarover Lankhorst 1992b, p. 92-93.

93 Telders 1929, p. 201.

94 Zie Van Geleijn Vitringa 1919, p. 30.

95 Cursivering toegevoegd.

96 Zie bijv. Kötz & Wagner 2013, nr. 228-229; Brüggemeier 2006, p. 537-539; Deutsch 1996, nr. 306.

einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines Rechtsguts zu schützen. (...) Es genügt, daß die Norm auch das Interesse des einzelnen schützen soll, mag sie auch in erster Linie das Interesse der Allgemeinheit im Auge haben.<sup>97</sup>

Komt vast te staan dat de norm naast algemene belangen ook bepaalde individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen dan moet vervolgens de vraag worden beantwoord of het 'Schutzbereich' of de 'Schutzzumfang' van de norm het geschade belang van de benadeelde omvat. Daarbij wordt ook naar Duits recht weer onderscheid gemaakt tussen de persoon van de benadeelde ('Persönlicher Schutzbereich'), het type schade of zakelijke beschermingsbereik ('Sachlicher Schutzbereich') en de wijze waarop de schade is ontstaan ('Modaler Schutzbereich').<sup>98</sup>

Het Engelse recht is een dergelijke fasering evenmin vreemd. In het kader van de tort 'breach of statutory duty' moet allereerst worden vastgesteld of aan schending van de betreffende norm een privaatrechtelijke actie kan worden ontleend.<sup>99</sup> Daarvoor is in de woorden van Lord Browne-Wilkinson vereist:

'that the statutory duty was imposed for the protection of a limited class of the public and that Parliament intended to confer on members of that class a private right of action for breach of the duty.'<sup>100</sup>

Ook hier gaat het er dus om of de geschonden norm mede is gericht op een bepaalde categorie van individuen, die zich van het algemene 'publiek' laten onderscheiden. Met dien verstande dat het er in de Engelse traditie niet zozeer om gaat of de norm de vermogensbelangen van deze individuen beoogt te beschermen, maar of daarmee wordt beoogd hun een recht of beter gezegd een actie in het privaatrecht toe te kennen, als de norm wordt geschonden. Wordt aangenomen dat de norm aldus 'actionable' is, dan moet vervolgens worden vastgesteld of de benadeelde en diens schade binnen de 'ambit' van de norm vallen.<sup>101</sup> Daarbij worden in elk geval in Clerk & Lindsell twee dimensies onderscheiden. Dit zijn de persoon van de benadeelde en het type schade:

'The claimant must show that the damage he suffered falls within the ambit of the statute, namely that it was of the type that the legislation was intended to prevent, and that the claimant belonged to the category of persons that the statute was intended to protect.'<sup>102</sup>

---

97 BGH 21 oktober 1991, NJW 1992, 241, 242. Zie ook BGH 18 november 2003, NJW 2004, 356.

98 Zie bijv. Kötz & Wagner 2013, nr. 230-243. Vgl. Deutsch 1996, nr. 311-315.

99 Zie bijv. Clerk & Lindsell 2014, nrs. 9-04-9.53; Winfield & Jolowicz 2010, nr. 7.4-7.16; Street 2012, p. 521-526.

100 Lord Browne-Wilkinson in *X (Minors) v. Bedfordshire Country Council* [1995] 2 A.C. 633 at 731.

101 Zie tevens Stanton e.a. 2003, nrs. 2.008-2.042.

102 Clerk & Lindsell 2014, nr. 9-04. Zie hierover tevens Van Dam 2013, p. 280-284.

De fasering die Lankhorst aanbrengt in het relativiteitsoordeel staat dus niet op zichzelf, maar tekent zich ook af in de Duitse doctrine en in het Engels recht. In Nederland is deze fasering door een aantal auteurs overgenomen.<sup>103</sup> De vraag naar het beschermingsdoel wordt daarbij ook wel aangeduid als relativiteit 'in ruime zin' en de vraag naar de beschermingsomvang als relativiteit 'in strikte zin'.<sup>104</sup> Ik houd het verder op de vraag naar het beschermingsdoel en de vraag naar de beschermingsomvang van de norm. Het onderscheiden en faseren van beide vragen is van belang, omdat dit het onderbepaalde relativiteitsvereiste van nadere invulling voorziet.<sup>105</sup> Het toont bovendien dat binnen het relativiteitsoordeel twee niveaus van abstractie kunnen worden onderscheiden.

#### 4.6 TWEE NIVEAUS VAN ABSTRACTIE

Bij nadere bestudering situeren de vraag naar het beschermingsdoel, die centraal staat in de eerste fase van de fasering van Lankhorst, en de vraag naar de beschermingsomvang, die centraal staat in de tweede fase, zich op uiteenlopende niveaus. De vraag naar het beschermingsdoel abstraheert van het concrete geval. Bij beantwoording van de vraag of de norm alleen algemene belangen beoogt te beschermen of ook individuele vermogensbelangen blijft het specifieke geschade belang van de benadeelde, die zich bij de rechter meldt met een vordering uit onrechtmatige daad, immers buiten beeld. Het gaat er zagezegd om of de norm *in algemene zin* bepaalde individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, los van de vraag of dat ook geldt voor het *specifieke* geschade belang van de benadeelde. De vraag naar het beschermingsdoel situeert zich, anders gezegd, op het niveau van de norm als zodanig. Lankhorst karakteriseert beantwoording van deze vraag dan ook als een 'globale toets

103 Zie Van der Wiel 2004, p. 34-36; Tjong Tjin Tai 2007, p. 72-74; Van den Berge 2012, i.h.b. p. 55-59; Van Praag 2013, p. 915-916. Zie ook in licht gewijzigde vorm Wiggers-Rust 2011, p. 132-135. Zie tevens Den Hollander 2012b, p. 297-326 en 2012c, p. 443-454 en Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.6.

104 Zie bijv. Tjong Tjin Tai 2007, p. 72; Van Praag 2013, p. 915. In navolging van Lankhorst 1992b, p. 92-93, die deze terminologie ook hanteert. Zie in deze zin ook Rb. Rotterdam 13 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR1592, JOR 2011/335, m.nt. F.M.A. 't Hart (ponzi-zwendel), r.o. 4.28. Vgl. De Poorter 2010, p. 39 e.v., die ook spreekt van 'Schutzzumfang' en 'Schutzzweck' en van relativiteit in 'strikte' en 'ruime' zin, maar daar deels een andere invulling aan geeft.

105 In deze zin ook Spier 1993, p. 82 en Grosheide 1994, p. 153 in hun recensies van het proefschrift van Lankhorst. Auteurs die diens fasering in termen van beschermingsdoel en beschermingsomvang met zoveel woorden van de hand wijzen – anders dus dan door deze fasering eenvoudigweg niet te hanteren – zijn mij niet bekend.

vanuit normperspectief',<sup>106</sup> met als inzet de 'plaats' van de norm 'binnen het rechtssysteem'.<sup>107</sup>

Die plaats is bij beantwoording van de vraag naar het beschermingsdoel inderdaad in het geding. Wordt de vraag naar het beschermingsdoel zo beantwoord dat de norm alleen algemene belangen beoogt te beschermen en geen individuele vermogensbelangen, dan kan immers logischerwijze *geen enkele* reguliere private partij de schending van die norm inroepen als zelfstandige grondslag voor een vordering uit onrechtmatige daad. Of het nu gaat om een vordering tot schadevergoeding, een gebod of een verbod.<sup>108</sup> Dit komt doordat private partijen worden geacht in rechte steeds op te komen voor hun eigen, individuele vermogensbelangen.<sup>109</sup> Ook al kunnen partijen in subjectieve zin wel degelijk een breder motief hebben met de behartiging van hun belangen of zelfs menen dat zij opkomen voor 'hét algemeen belang'<sup>110</sup> en kan in meer objectieve zin worden betoogd dat dit algemeen belang bij de mogelijkheid van individuele belangenbehartiging daadwerkelijk is gebaat. Private partijen worden normaal gesproken nu eenmaal geacht geen andere belangen te behartigen dan hun eigen, individuele vermogensbelangen, laat staan algemene belangen.<sup>111</sup> Dat is in beginsel voorbehouden aan de overheid en daarmee onderworpen aan democratische controle.<sup>112</sup>

Een uitzondering op dit axioma van burgerlijk procesrecht is de mogelijkheid dat verenigingen en stichtingen ontvankelijk zijn om een rechtsvordering in te stellen 'die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt', zoals artikel 3:305a BW het formuleert. Meestal zal het bij dergelijke belangen nog steeds gaan om individuele vermogensbelangen, maar dan 'gebundeld'.<sup>113</sup> Te denken valt aan een stichting die voor de individuele vermogensbelangen opkomt van een groep benadeelden, die allen schade lijden als gevolg van

---

106 Lankhorst 1992b, p. 95.

107 Lankhorst 1992b, p. 101.

108 Ik scheer deze verschillende vorderingen over één kam, omdat voor de toewijzing van elk in mijn optiek moet zijn voldaan aan het relativiteitsvereiste. In deze zin ook Lankhorst 1992b, p. 38-39, onder verwijzing naar Van Nispen 1978, p. 144-145 en p. 168.

109 Zie Wiggers-Rust 2011, p. 22-23; Schutgens 2012, p. 207.

110 Dit (retorisch) begrip verwijst niet naar een bepaald, concreet algemeen belang, maar de gedachte dat er zoiets is als het 'welzijn der gemeenschap' of 'bonum commune' dat niet is 'gericht op eenig individu afzonderlijk, doch op de burgers in gemeenschap verenigd', aldus Van Nispen tot Sevenaer 1937, p. 288.

111 Zie in deze zin Dijkshoorn 2012, p. 3023-3024, die er geen misverstand over laat bestaan dat het privaatrecht er in zijn optiek uitsluitend is om 'individuele belangen te beschermen'.

112 In deze zin ook Schutgens 2012, p. 207.

113 Vgl. de maatstaf van de Hoge Raad voor de toets aan het vereiste van 'gelijksoortigheid' van art. 3:305a BW in HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, NJ 2010/388, m.nt. E.A. Alkema (Staat/Clara Wichmann c.s.), r.o. 4.3.2: 'Het vereiste van gelijksoortigheid houdt in dat de belangen ter bescherming waarvan de rechtsvordering strekt, zich lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden kan worden bevorderd'.

bijvoorbeeld het faillissement van een bank en een toezichthouder aanspreken tot vergoeding van hun schade. In de rechtspraak is evenwel aanvaard dat onder ‘gelijksortige belangen van andere personen’ in dit verband ook natuur- en milieubelangen kunnen worden begrepen. Verenigingen die zich dergelijke algemene belangen aantrekken, kunnen daarom ook daarvoor in rechte opkomen.<sup>114</sup>

De Hoge Raad is in de SGP-zaak zelfs zo ver gegaan dat de stichting Clara Wichmann, die de rechtspositie van vrouwen beoogt te verbeteren door procedures te voeren, kan opkomen voor ‘het algemeen belang van alle burgers in Nederland bij handhaving van het grondrecht op gelijke behandeling’ als *ideeel* algemeen belang.<sup>115</sup> Deze stichting vorderde met succes een verklaring voor recht dat de Staat onrechtmatig handelde door in strijd met het Vrouwenverdrag geen maatregelen te nemen om de SGP te bewegen vrouwen op haar kieslijst toe te laten.<sup>116</sup> Zulke artikel 3:305a BW-verenigingen en -stichtingen kunnen de schending van een wettelijke norm dus ook invoeren als zelfstandige grondslag voor een vordering uit onrechtmatige daad, als deze alleen een algemeen belang beoogt te beschermen.<sup>117</sup> De vraag naar het beschermingsdoel vormt hiervoor dan althans geen beletsel.<sup>118</sup>

Dit is echter de spreekwoordelijke uitzondering op de regel. Als dus eenmaal komt vast te staan dat een wettelijke norm alleen beoogt bepaalde algemene belangen te beschermen, kan de schending van die norm in beginsel – afgezien dus van dergelijke verenigingen en stichtingen – door niemand worden ingeroepen in het privaatrecht als zelfstandige grondslag voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, ter bescherming van welk individueel vermogensbelang dan ook. De schending van de betreffende norm kan dan dus niet leiden tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Formeler gezegd blijft in dat geval bij schending van die wettelijke norm het rechtsgevolg van een verbintenis uit onrechtmatige daad uit.<sup>119</sup> De norm biedt dan, in de woor-

114 HR 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD3741, NJ 1987/743, m.nt. W.H. Heemskerk (Nieuwe Meer). Zie ook Nieuwenhuis 1986, p. 638-641.

115 Staat/Clara Wichmann c.s., r.o. 4.3.1-4.3.3. Zo ook Wiggers-Rust 2011, p. 79-80.

116 Zie over de SGP-zaak uitvoerig Boogaard 2013, i.h.b. p. 185-230.

117 Zie evenwel HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296, JB 2015/125, m.nt. J.J.J. Sillen (Staat/Privacy First), r.o. 3.3.5, waarin de Hoge Raad oordeelt dat een stichting niet op grond van art. 3:305a BW bij de burgerlijke rechter kan opkomen voor het algemeen belang – in de formulering van het hof – ‘van bescherming van het recht op privacy van personen met de Nederlandse nationaliteit’ bij de aanvraag van een reisdocument, onder de verplichting vingerafdrukken af te staan, nu ter zake is voorzien ‘in rechtsbescherming voor de individuele belanghebbenden bij de bestuursrechter’, aldus de Hoge Raad.

118 Wel zal nog de vraag naar de beschermingsomvang moeten worden beantwoord of het algemeen belang waarvoor de betreffende rechtspersoon opkomt onder de algemene belangen kan worden geschaard waarvan bij beantwoording van de vraag naar het beschermingsdoel is vastgesteld dat de norm die beoogt te beschermen.

119 In deze zin ook Bloembergen 1965, p. 170.

den van Lankhorst, 'geen ruimte (...) aan privaatrechtelijke claims'.<sup>120</sup> Alleen handhaving van de norm in het publiekrecht behoort dan in beginsel tot de mogelijkheden, middels strafrechtelijke vervolging of bestuursrechtelijke sanctiëring of een combinatie van beide.<sup>121</sup> In zoverre is met deze vraag dus ook de scheidslijn van publiek- en privaatrecht gemoeid.<sup>122</sup>

Situeert de vraag naar het beschermingsdoel zich op het niveau van de norm en op de scheidslijn van publiek- en privaatrecht, de vraag naar de beschermingsomvang situeert zich binnen het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht en op het niveau van het concrete geval. Alleen op dat niveau kan worden vastgesteld of het geschade belang van de benadeelde, die zich bij de rechter meldt met een vordering uit onrechtmatige daad, onder de individuele vermogensbelangen kan worden geschaard, waarvan bij beantwoording van de vraag naar het beschermingsdoel is vastgesteld dat de norm die beoogt te beschermen. Beantwoording van de vraag naar de beschermingsomvang behelst in de woorden van Lankhorst dan ook een 'meer concrete toets vanuit het perspectief van het gelaedeerde belang'.<sup>123</sup> De vraag naar het beschermingsdoel en de vraag naar de beschermingsomvang verhouden zich dus als van abstract tot concreet. Ik zie nu wat er in dat licht vanuit het institutioneel perspectief van de verhouding van de rechter tot de wetgever over beide vragen kan worden gezegd.

#### 4.7 EEN TERUGHOUDENDE OPSTELLING BIJ DE VRAAG NAAR HET BESCHERMINGS-DOEL

Gezien de uiteenlopende niveaus waarop de vraag naar het beschermingsdoel en de vraag naar de beschermingsomvang zich situeren, zal de afweging of de rechter zich actief of terughoudend opstelt in zijn verhouding tot de wetgever vooral spelen bij de vraag naar het beschermingsdoel. De abstracte vraag naar het beschermingsdoel is een verstrekkende vraag. Deze overstijgt het aan de rechter voorgelegde geval en ziet in wezen op alle zaken waarin op de norm een beroep wordt gedaan. Met deze vraag staat of valt de mogelijkheid überhaupt de schending van de norm in te roepen in het privaatrechtelijke aanspra-

---

120 Lankhorst 1992b, p. 93. Behalve dan – opnieuw – aan 'privaatrechtelijke' claims van art. 3:305a BW-verenigingen en stichtingen, die opkomen voor een algemeen belang, zoals Clara Wichmann in de SGP-zaak. Veelzeggend is ook dat in dit verband van 'public law litigation' wordt gesproken. Zie bijv. Boogaard 2013, p. 74-82.

121 Lankhorst 1992b, p. 93 ziet de leer van de instructie- en waarborgnormen daarom als onderdeel van het relativiteitsvereiste, dat 'in de oudere literatuur abusievelijk is verheven tot afzonderlijk leerstuk'. Zie daarover par. 3.6.

122 Vgl. specifiek over de vraag naar het beschermingsdoel, maar minder uitdrukkelijk, Lankhorst 1992b, p. 101. Verheij 2005, p. 26 merkt over het relativiteitsvereiste in algemene zin op dat het de grens tussen publiek- en privaatrecht 'bewaakt'. Zie ook Schueler 2005a, p. 188-189.

123 Lankhorst 1992b, p. 95.

kelijkheidsrecht als zelfstandige grondslag voor een vordering uit onrechtmatige daad, ter bescherming van enigerlei individueel vermogensbelang. Het antwoord op de vraag naar het beschermingsdoel bepaalt daarmee of rechtstreekse privaatrechtelijke handhaving van de betreffende norm, naast eventuele publiekrechtelijke handhaving, mogelijk is en in zoverre ook de scheidslijn van publiek- en privaatrecht.

Dit maakt dat de vraag naar het beschermingsdoel inhoudelijk bovendien veeleer beleidsmatig dan juridisch van aard is. Beantwoording van deze vraag veronderstelt een taxatie van nut, noodzaak, en efficiëntie van privaatrechtelijke handhaving naast publiekrechtelijke handhaving.<sup>124</sup> Deze taxatie kent echter ook een zeker ideologisch gehalte. Volgens sommigen is het privaatrecht in het geheel niet bedoeld en ook niet geschikt voor de 'handhaving' van wet- en regelgeving, maar hooguit om een specifieke individuele benadeelde in een specifiek geval te compenseren.<sup>125</sup> Anderen zien hier juist een taak voor het privaatrecht weggelegd, omdat het publiekrecht te kort zou schieten en 'handhavingstekorten' zou laten ontstaan.<sup>126</sup> Over de wenselijkheid van privaatrechtelijke handhaving kan dus om allerlei redenen verschillend worden gedacht. Om over de scheidslijn van publiek- en privaatrecht nog maar te zwijgen.<sup>127</sup> Met beantwoording van de vraag naar het beschermingsdoel gaat dus een controversiële keuze gepaard, waarvoor 'technisch-juridische' aanknopingspunten ontbreken.

Daar komt bij dat de wetgever het antwoord op de vraag naar het beschermingsdoel zelf kan geven. De vraag naar het beschermingsdoel abstraheert immers van het concrete geval en situeert zich op het niveau van de norm. De wetgever kan deze vraag beantwoorden door zich in wetstekst en wetsgeschiedenis in algemene zin uit te laten over de belangen die hij met de betreffende norm beoogt te beschermen. Dat zullen doorgaans in elk geval

---

124 Zie voor een rechtseconomische analyse van 'optimal enforcement mixes' van publiek- en privaatrecht op het vlak van Europees consumentenrecht Weber 2014, i.h.b. p. 280-282, waar zij op basis van een rechtseconomische analyse en anekdotisch bewijs het belang van publiekrechtelijke elementen in de handhaving benadrukt.

125 Over de wenselijkheid van privaatrechtelijke handhaving is veel geschreven, veelal in kritische zin. Zie bijv. Hartlief 2008b, p. 769-777; J.S. Kortmann 2009; J.S. Kortmann & Sieburgh 2009, p. 249-302. Zie zeer kritisch Dijkshoorn 2012, p. 3020-3024.

126 Zie bijv. Van Boom 2006, p. 121; Van Boom 2007, p. 982-991, i.h.b. p. 984-988 en Engelhard 2009, p. 11-48 en Giesen 2009, p. 307-329.

127 Zie bijv. Van Gerven & Lierman 2010, die een toenemende doorwerking van publiekrecht in het privaatrecht en vice versa constateren en dat als kans zien naar gemeenschappelijke, gedeelde waarden te zoeken, die ook weer kunnen worden benut om de verhouding tussen nationaal en hoger recht vorm te geven. In deze zin ook bijv. Wiggers-Rust 2013, p. 1374-1383, volgens wie de Europeanisering van het recht het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht mogelijk onhoudbaar maakt. Vgl. Smith 2011, p. 755-757, die hierbij kritische kanttekeningen plaatst. Vgl. ook Den Hollander & De Zanger 2011, p. 165.

bepaalde algemene belangen zijn.<sup>128</sup> Aangenomen mag worden dat de wetgever bij het uitvaardigen van wetten zulke belangen steeds voor ogen heeft. In wetstekst en wetsgeschiedenis van elke wet zullen zulke belangen zich ook steeds laten herkennen, zij het in het ene geval explicieter dan in het andere.

De wetgever kan daarbij aangeven dat hij uitsluitend zo'n algemeen belang bedoelt te beschermen. Hij doet dat bijvoorbeeld in de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening (WGV). Deze wet staat centraal in de zaak van de rivaliserende fabrikanten van haargroeimiddelen Pfizer en Cosmétique, waarmee ik dit proefschrift opende. In de wetsgeschiedenis van deze WGV valt te lezen:

'Bij het ontwerpen van deze regeling heeft de gedachte voorgezet, dat de wet op de Geneesmiddelenvoorziening slechts regelen zal dienen te geven voor zover de belangen van de volksgezondheid dit noodzakelijk maken.'<sup>129</sup>

Als de wetgever dat *wil*, kan hij echter naast een algemeen belang of verschillende algemene belangen ook individuele vermogensbelangen omschrijven als te beschermen belangen. Omwille van de gelijkheid voor de wet zal de wetgever dat op geaggregeerd niveau moeten doen. Het is niet goed denkbaar dat de wetgever een wettelijke norm uitvaardigt ter bescherming van één of meer vermogensbelangen van één specifiek individu. De wetgever moet zich dus uitdrukken in termen van wat Van Buuren noemt 'groepsbelangen' of 'individualiseerbare' belangen:

'Groepsbelangen zijn belangen die *niet* (objectief gezien) van gelijke betekenis zijn voor een ieder, maar gebonden zijn aan een bepaalde groep mensen, die allen dezelfde hoedanigheid bezitten. De tot die groep (in sociologische zin) behorende mensen zijn wel aanwijsbaar, individualiseerbaar, maar hun aantal kan min of meer groot zijn. Voorbeelden van zulke groepen met een (mogelijk) gemeenschappelijk belang zijn: middenstanders, buurtbewoners, werknemers of weggebruikers.'<sup>130</sup>

Daarbij zal de wetgever duidelijk moeten maken dat hij met de betreffende norm de omschreven individuele belangen in vermogensrechtelijke zin bedoelt te beschermen. Dat wil zeggen dat hij hun belangen niet alleen wil beschermen tegen krenking of het intreden van schade in de algemene zin van het woord,

---

128 In deze zin ook Di Bella 2014, p. 152-153. Zij meent echter dat bij 'publiekrechtelijke regelingen' het algemeen belang altijd een dermate 'prominente' rol speelt dat binnen die regelingen niet kan worden onderscheiden tussen regelingen die wel kunnen worden ingeroepen als zelfstandige grondslag voor een vordering uit onrechtmatige daad en regelingen die dat niet kunnen. Ik zie dit probleem niet, aangezien het erom gaat of de betreffende wettelijke norm *naast* algemene belangen ook individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen.

129 *Kamerstukken I* 1951/52, 2479, nr. 3 (MvT), p. 7. Zie over deze zaak nader par. 5.3.

130 Van Buuren 1978, p. 117 (cursivering in origineel). Zie ook Wiggers-Rust 2011, p. 27 en Schutgens 2012, p. 210, die spreekt van 'collectieve belangen'.

maar schade in de zin van ‘financieel nadeel’, door die voor vergoeding in aanmerking te laten komen.<sup>131</sup>

Een voorbeeld van een wet waarbij de wetgever in wetstekst en wetsgeschiedenis uitdrukking geeft aan zijn bedoeling zowel algemene belangen als individuele vermogensbelangen te beschermen, biedt de Wet op het financieel toezicht (Wft). In de wetstekst en wetsgeschiedenis van deze wet valt te lezen dat de wetgever met de normen in deze wet bedoelt naast een of meer algemene belangen – zoals ‘de soliditeit van financiële ondernemingen en de stabiliteit van het financiële stelsel’ en in dat kader ‘ordelijke en transparante financiële marktprocessen’ (art. 1:24 resp. 1:25 Wft) – ook individuele belangen van een bepaalde groep personen bedoelt te beschermen. In de memorie van toelichting noemt de wetgever in het kader van het prudentiële toezicht ‘het belang van de individuele bankcrediteur, belegger en polishouder’ en in het kader van het gedragstoezicht het belang van ‘consumentenbescherming’ en ‘de individuele cliënt’.<sup>132</sup> Ten aanzien van in elk geval de individuele belangen van de consument geeft de wetgever bovendien aan dat hij deze belangen in *vermogensrechtelijke* zin bedoelt te beschermen. Hij noemt hun belangen in de context van een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad bij schending van Wft-normen en in dit geval zelfs specifiek het relativiteitsvereiste.<sup>133</sup> In de wetsgeschiedenis van de Wft is in overigens niet geheel onberispelijk Nederlands te lezen:

‘Daar waar de consument schade leidt als gevolg van een overtreding van dit voorstel zal ook worden voldaan aan het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 van het BW. Dit voorstel heeft immers mede tot doel consumenten te beschermen tegen onbehoorlijk handelen van financiële ondernemingen. Wanneer sprake is van overtreding van een wettelijke bepaling door een financiële onderneming (in casu de Wft) is daarmee de onrechtmatigheid gegeven.’<sup>134</sup>

Een ander voorbeeld uit het ‘financiële’ recht biedt de aangescherpte Verordening inzake ratingbureaus.<sup>135</sup> Deze verordening bevat allerlei wettelijke nor-

131 Nieuwenhuis 1987b, p. 136.

132 *Kamerstukken II* 2003/04, nr. 29 708, nr. 3 (MvT), p. 28 resp. p. 29. Zie in deze zin ook Busch 2010, p. 43-44.

133 Zie in dit verband Busch 2013, p. 39, volgens wie in dit citaat in het licht van andere passages uit de wetsgeschiedenis van de Wft voor ‘consument’ in meer algemene zin ‘afnemer’ of ‘cliënt’ van een financiële dienstverlener kan worden gelezen.

134 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19 (Vierde nota van wijziging), p. 393-394. Ook overigens valt op de formulering af te dingen, nu de wetgever onrechtmatigheid en relativiteit hier door elkaar laat lopen. Zie hierover par. 2.9. Op de wel erg snelle gevolgtrekking van de wetgever dat derhalve ‘zal worden voldaan aan het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 van het BW’, telkens als ‘de consument schade [lijdt] als gevolg van een overtreding van dit voorstel’ kom ik in de volgende paragraaf terug.

135 Verordening 2013/462/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 tot wijziging van Verordening 2009/1060/EG inzake ratingbureaus. Zie hierover Haentjens & Den Hollander 2013, p. 623-624; Van der Weide 2013, p. 209-218; Jaakke 2014, p. 190-193.

men voor zogeheten kredietbeoordelaars. Deze bedrijven voorzien producten van een waardering op het punt van de daaraan verbonden financiële risico's. De Uniewetgever maakt in deze verordening in de wetstekst duidelijk dat hij daarmee naast algemene belangen – zoals het goed functioneren van financiële markten<sup>136</sup> – ook de individuele belangen van een bepaalde groep individuen in vermogensrechtelijke zin bedoelt te beschermen. Het betreft de belangen van beleggers en uitgevende instellingen. De Europese wetgever noemt deze met zoveel woorden in de wetstekst van deze verordening, als personen die onder bepaalde omstandigheden een vordering tot schadevergoeding 'mogen' instellen op de grond dat een kredietbeoordelaar zich niet houdt aan in de aangescherpte verordening gegeven regels. Artikel 35bis lid 1 van deze verordening bepaalt:

*'Wanneer een ratingbureau opzettelijk of met grove nalatigheid een in de lijst van bijlage III opgenomen inbreuk heeft begaan die een impact heeft op een rating mag een belegger of uitgevende instelling een vordering wegens alle aan hem c.q. haar ten gevolg van die inbreuk toegebrachte schade tegen dat ratingbureau instellen. (...).'*<sup>137</sup>

Op een ander terrein – het zorgverzekeringsrecht – biedt artikel 13 van de Zorgverzekeringwet een voorbeeld. Daaruit blijkt dat de wetgever met deze wet niet alleen de bedoeling heeft het algemeen belang van 'een doelmatige en kwalitatief hoogwaardige gezondheidszorg' te beschermen,<sup>138</sup> maar ook de individuele vermogensbelangen van verzekerden om van hun zorgverzekeraar 'een vergoeding' te ontvangen voor door hen genoten zogeheten niet-gecontracteerde zorg. Dit is zorg die zij ontvangen van een arts of andere zorgaanbieder die ter zake geen contract heeft gesloten met een zorgverzekeraar. Daarmee moet verzekerden tot op zekere hoogte een betaalbare vrije artsenkeuze worden gegarandeerd. Artikel 13 Zvw luidt:

*'Indien een verzekerde krachtens zijn zorgverzekering een bepaalde vorm van zorg of een andere dienst dient te betrekken van een aanbieder met wie zijn zorgverzekeraar een overeenkomst over deze zorg of dienst en de daarvoor in rekening te brengen prijs heeft gesloten of van een aanbieder die bij zijn zorgverzekeraar in dienst is, en hij deze zorg of andere dienst desalniettemin betreft van een andere aanbieder, heeft hij recht op een door de zorgverzekeraar te bepalen vergoeding van de voor deze zorg of dienst gemaakte kosten.'*<sup>139</sup>

Resumerend is de vraag naar het beschermingsdoel dus een verstrekkende vraag, met een veeleer beleidsmatig of zelfs ideologisch dan juridisch en in elk geval controversieel karakter. De wetgever kan het antwoord op deze vraag

---

136 Zie de considerans, sub 1 van de oorspronkelijk Verordening 2009/1060/EG.

137 Cursivering toegevoegd.

138 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3 (MvT), p. 2.

139 Cursivering toegevoegd.

in wetstekst en wetsgeschiedenis bovendien zelf geven. Er is in mijn optiek daarom goede reden voor de rechter om bij deze vraag in de regel een terughoudende opstelling te kiezen in zijn verhouding tot de wetgever en alleen aan te nemen dat de betreffende norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, als de wetgever daarvoor in wetstekst en wetsgeschiedenis dekking biedt middels 'positieve' aanwijzingen. De rechter laat beantwoording van de vraag naar het beschermingsdoel daarmee aan de wetgever over. Hij stelt de democratisch gelegitimeerde wetgever niet alleen in staat zelf in het openbare, parlementaire debat te beslissen over de eventuele publiekrechtelijke gevolgen van de schending van de betreffende norm, bestaande in strafrechtelijke vervolging door het Openbaar Ministerie en/of sanctionering door een bestuursorgaan, maar ook over de eventuele gevolgen in het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht. Daarmee gaat de wetgever over de vraag of rechtstreekse privaatrechtelijke 'handhaving' van de betreffende norm mogelijk moet zijn en houdt hij substantiële invloed op de scheidslijn van publiek- en privaatrecht en de buitengrenzen van het aansprakelijkheidsrecht.<sup>140</sup>

Zelf hoeft de rechter daaraan zijn vingers dan bovendien niet te branden. Nu lijkt het op het eerste gezicht wellicht vergezocht om aan te nemen dat de legitimiteit van het relativiteitsoordeel als juridisch oordeel onmiddellijk onder druk komt te staan, als de rechter zonder dekking van de wetgever aanneemt dat een wettelijke norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen en zich daarmee 'waagt' aan de keuze of rechtstreekse privaatrechtelijke handhaving van een wettelijke norm mogelijk zou moeten zijn. Toch is zo'n afbreukrisico niet ondenkbeeldig. Deze keuze is niet alleen inhoudelijk controversieel, maar het spreekt ook niet vanzelf dat de rechter zulke keuzes op eigen houtje maakt.<sup>141</sup> De bespreking van de rechtspraak van de Hoge Raad over de grenzen van zijn rechtsvormende taak eerder in dit hoofdstuk toont dat hij in elk geval zelf meent dat er ook in het aansprakelijkheidsrecht van tijd tot tijd reden is voor de rechter zich terughoudend op te stellen. Blijkbaar ziet hij zich ook daar geconfronteerd met keuzes waarvan hij zelf meent dat hij zich er beter niet aan kan wagen, zoals de vergoedbaarheid van

---

140 Vgl. Bruggemeier 2006, p. 535 en p. 536, die in het Duitse Schutznorm-vereiste van 823 lid 2 BGB een 'politiek sturingsmechanisme' ziet. Zie in dit verband ook Daalder 2012, p. 256, die er in meer algemene zin in de context van overheidsaansprakelijkheid voor pleit dat 'wezenlijke vragen' ter zake dienen te worden beantwoord door de wetgever 'omdat deze daartoe de democratische legitimatie heeft'.

141 Zie in dit verband Hartlief 2008b, p. 777, die de legitimatie van de rechter problematiseert om 'handhavend' op te treden, door in de context van aansprakelijkheid voor de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm zelf veiligheids- en kwaliteitsniveaus te formuleren, terwijl dat in de ogen van Hartlief veeleer een kwestie is van beleid en daarmee aan de wetgever. Anders Van Boom 2003, p. 5. Zie tevens Schutgens 2015b, p. 2277, die er naar aanleiding van de Urgenda-klimaatzaak in meer algemene zin op wijst dat de rechter 'op de lange termijn' alleen 'legitimiteit bij bevolking én politiek [zal] blijven genieten' als hij de politiek niet 'te zeer voor de voeten' loopt.

affectieschade.<sup>142</sup> Dan is het ook niet vreemd terughoudend te zijn bij de vraag of een wettelijke norm behalve publiekrechtelijk ook rechtstreeks privaatrechtelijk kan worden gehandhaafd.

Voor het leerstuk van de relativiteit van wettelijke normen geldt bovendien dat de Hoge Raad in de literatuur daadwerkelijk onder de verdenking is gesteld dat hij met zijn rechtspraak ter zake zijn boekje te buiten gaat en keuzes naar zich toetrekt die hij aan de wetgever zou moeten laten, naar aanleiding van zijn relativiteitsoordelen in *Duwbak Linda*, *Iraanse vluchteling* en de *hangmatzaak*.<sup>143</sup> Zozeer dat de legitimiteit van zijn rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen onder druk staat. Of die kritiek ten aanzien van deze specifieke relativiteitsoordelen nu terecht is of niet, er kan in elk geval uit worden afgeleid dat niet iedereen het van elke keuze die daarbij aan de orde kan zijn even legitiem acht dat de rechter die maakt. Tekenend voor het heersende gevoel is de door Meijer in meer neutrale zin opgeworpen vraag 'hoeveel rechtspolitiek een rechter zou moeten (kunnen) bedrijven' bij het vaststellen van de relativiteit van wettelijke normen en 'waar het toch eigenlijk meer op de weg van de wetgever zou liggen' om 'rechtspolitieke' keuzes te maken.<sup>144</sup> De rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen en de keuzes die de Hoge Raad daarbij maakt – of die hem althans worden toegedicht – liggen dus onder het vergrootglas. Draagvlak voor ingrijpen buiten de wetgever om spreekt niet vanzelf.

Ook overigens is er volgens mij goede reden voor de rechter zich terughoudend op te stellen bij de vraag naar het beschermingsdoel. Zou hij deze vraag buiten de wetgever om bevestigend beantwoorden, dan opent hij niet alleen op eigen gezag de mogelijkheid van privaatrechtelijke handhaving van de betreffende norm in alle gevallen waarin op de norm een beroep wordt gedaan. De rechter schuift dan ook zichzelf naar voren als privaatrechtelijke 'handhaver' van de betreffende norm, in alle gevallen waarin op de betreffende norm een beroep wordt gedaan. Dat zou hem een reeks zaken kunnen opleveren. Burgers die menen dat publiekrechtelijke handhaving in het strafrecht en het bestuursrecht 'tekortschiet' – al dan niet omdat om inhoudelijke of capaciteitsoverwegingen in het algemeen belang niet tot handhaving wordt overgegaan – zouden dat via de burgerlijke rechter zelf alsnog kunnen proberen te doen, met vorderingen uit onrechtmatige daad tot het opleggen van een rechterlijk

---

<sup>142</sup> Zie par. 4.3.

<sup>143</sup> Zie par. 1.2-1.5.

<sup>144</sup> R. Meijer 2015, p. 80, n.a.v. Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1061, *JB* 2015/158, m.nt. R.J.B. Schutgens (schietpartij Alphen), waarover in par. 7.7.

verbod of gebod.<sup>145</sup> De consequenties zijn wat dat betreft wellicht niet steeds te overzien.

Het zou verder ook nog een bron kunnen zijn van potentiële rivaliteit met de wetgever in zaken van overheidsaansprakelijkheid, als de rechter eerst buiten de wetgever om aanneemt dat een wettelijke norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen en dus bij hem 'handhaafbaar' is en vervolgens gebod- en verbodsvorderingen tegen de overheid gaat toewijzen. De burgerlijke rechter zou daarmee ook rechtsgangen bij andere rechters kunnen gaan 'doorkruisen' zonder dat daar van te voren in breder perspectief over is nagedacht. Ook wat dat betreft bedrijft de rechter dus 'institutionele Realpolitik' door de vraag naar het beschermingsdoel over te laten aan de wetgever.<sup>146</sup>

Uiteraard is het geen exacte wetenschap of wetstekst en wetsgeschiedenis dusdanige positieve aanwijzingen bevatten dat de wetgever afdoende dekking biedt voor de rechter om al dan niet aan te nemen de betreffende norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Het blijft een kwestie van interpretatie. Als vuistregel kan evenwel gelden dat de rechter moet kunnen volhouden dat hij het niet zelf verzint, maar volstaat met doorgeven van de bedoeling van de wetgever ter zake. De wetgever zal in wetstekst en wetsgeschiedenis daartoe in elk geval bepaalde belangen van individuen moeten omschrijven en duidelijk moeten maken dat hij deze individuele belangen in vermogensrechtelijke zin bedoelt te beschermen. Zoals de wetgever dat doet in de besproken voorbeelden van de Wft, de verordening inzake ratingbureaus en de Zvw. De rechter moet dus aan overwegend 'heteronome' rechtsvinding doen.<sup>147</sup> Bevatten wetstekst en wetsgeschiedenis tegenstrijdige berichten of is er reden voor twijfel, dan brengt deze terughoudende opstelling bij de beantwoording van de vraag naar het beschermingsdoel met zich dat de rechter aanneemt dat de betreffende norm niet mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, omdat van een dergelijke bedoeling van de wetgever niet blijkt. Zoals de rechter dat in deze terughoudende opstelling ook moet doen bij een zwijgen van de wetgever op dit punt. Voor de vraag naar het beschermingsdoel geldt, kort en goed, wat dat betreft 'nee, tenzij'.

---

145 Natuurlijk kan de rechter die vorderingen dan nog steeds afwijzen, door bij de in de volgende paragraaf te bespreken beantwoording van de vraag naar de beschermingsomvang te oordelen dat het specifieke geschade belang van de benadeelde niet onder de individuele vermogensbelangen kan worden geschaard, waarvan de rechter zelf heeft aangenomen dat de norm die beoogt te beschermen. Dat zou de rechter echter een hoop werk opleveren, omdat hij in elke individuele zaak een dergelijk oordeel zou moeten vellen. Het alternatief is dat de rechter openlijk op zijn eigen oordeel terugkeert en alsnog op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel oordeelt dat de betreffende norm alleen een algemeen belang en in het geheel geen individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, zodat reguliere private partijen de norm niet als zelfstandige grondslag voor een vordering uit onrechtmatige daad kunnen invoeren.

146 Boogaard 2011a, p. 17.

147 Wiarda 1999, p. 19-29.

## 4.8 EEN ACTIEVE OPSTELLING BIJ DE VRAAG NAAR DE BESCHERMINGSOMVANG

De zaken liggen anders bij beantwoording van de vraag naar de beschermingsomvang. Als bij de voorafgaande beantwoording van de vraag naar het beschermingsdoel eenmaal is komen vast te staan *dat* de betreffende norm bepaalde individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, dan gaat het er bij de vraag naar de beschermingsomvang om of het specifieke geschade belang van de benadeelde, die zich bij de rechter meldt, daarop dusdanig 'lijkt' dat het ermee op één lijn zou moeten worden gesteld. Beantwoording van de vraag naar de beschermingsomvang is daarmee een kwestie van gevalsvergelijking, op basis van een analogie- of a contrario-redenering.<sup>148</sup> Voor het antwoord op deze vraag bestaan daarmee in zoverre wel 'technisch-juridische' aanknopingspunten. Dat maakt de vraag naar de beschermingsomvang minder beleidsmatig of ideologisch dan het antwoord op de vraag naar het beschermingsdoel. De vraag naar de beschermingsomvang is ook minder verstrekkend dan de vraag naar het beschermingsdoel. Het antwoord op de vraag naar de beschermingsomvang heeft in wezen alleen consequenties voor het aan de rechter voorgelegde geval en daaraan identieke gevallen. Of in elk geval ziet dit antwoord niet op alle gevallen, waarin op de betreffende norm een beroep wordt gedaan.

Beantwoording van de vraag naar de beschermingsomvang veronderstelt zo keuzes van het type dat de rechter bij wetsinterpretatie in wezen voortdurend maakt. We zijn er ook aan gewend dat de rechter daarbij soms ook 'spectaculairdere' analogie-redeneringen voor zijn rekening neemt, teneinde het recht bij de tijd te houden. Zelfs in het strafrecht, waarin doorgaans zwaarder wordt getild aan het legaliteitsbeginsel. Klassiek is het oordeel van de strafkamer van de Hoge Raad dat ook elektriciteit een 'goed' is in de zin van artikel 310 Sr, zodat het illegaal aftappen ervan als diefstal kan worden vervolgd.<sup>149</sup> Of in een moderner variant: het afhandig maken van een virtueel 'amulet' en een masker uit een computerspel.<sup>150</sup> In het contractenrecht valt te denken aan het oordeel dat niet alleen de particuliere koper een beroep kan doen op het vormvereiste van artikel 7:2 BW dat de koop van een woning schriftelijk wordt aangegaan, maar ook de particuliere verkoper.<sup>151</sup>

Het kan ook niet anders dat de rechter dit soort vragen zelf beantwoordt, buiten de wetgever om. De wetgever kan deze op voorhand onmogelijk uitputtend beantwoorden, omdat hij als gezegd niet alle aan de rechter voor te leggen gevallen kan voorzien. Dat is bij de relativiteit van wettelijke normen

148 Zie Smith 2005, p. 185-189, onder verwijzing naar de vergelijkingsmethode van Wiarda 1999, p. 107-116. Zie over beide typen redeneringen ook Groenewegen 2006, p. 202-218.

149 HR 23 mei 1921, NJ 1921, p. 564-574, m.nt. Taverne (elektriciteit).

150 HR 31 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ9251, NJ 2012/536, m.nt. N. Keijzer (Runescape), r.o. 3.3.3-3.7. Zie daarover Spierings & Pesselse 2012, p. 195-202.

151 HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412, NJ 2013/273, m.nt. J. Hijma (schriftelijkheidsvereiste), r.o. 3.8.

op het punt van de beschermingsomvang van de norm niet anders. Weliswaar kan de wetgever in het kader van zijn antwoord op de vraag naar het beschermingsdoel eventuele te beschermen individuele vermogensbelangen in meer of minder detail omschrijven. Zo zou de wetgever in de Wft kunnen bepalen dat deze wet de belangen van consumenten beoogt te beschermen tegen onbehoorlijk handelen van financiële ondernemingen. De wetgever zou ook nog veel specifiekier kunnen omschrijven om wat voor consumenten het zou moeten gaan en om wat voor onbehoorlijk handelen. Maar uiteindelijk zal de rechter moeten vaststellen of en met name in hoeverre het specifieke geschaalde belang van de benadeelde, die zich in het concrete geval bij hem meldt met een vordering uit onrechtmatige daad op de grond dat de bank een Wft-norm overtreedt, daar onder kan worden geschaard. Dat kan de wetgever op voorhand onmogelijk uitputtend doen.<sup>152</sup> De legitimiteit van het feit dat het de rechter is die het antwoord op deze vraag formuleert, zal daarom minder snel ter discussie staan. Ook al kan in concrete gevallen ook over het antwoord op de vraag naar de beschermingsomvang verschillend worden gedacht en kan ook het antwoord op deze vraag dus controversieel zijn.

Resumerend beperkt de vraag naar de beschermingsomvang zich dus tot het aan de rechter voorgelegde geval en bestaan voor de beantwoording van deze vraag technisch-juridische aanknopingspunten, omdat het gaat om een analogie- of a contrario redenering, terwijl we gewend zijn dat de rechter het type keuzes dat er mee gepaard gaat buiten de wetgever om voor zijn rekening neemt. Bij de vraag naar de beschermingsomvang zal de afweging of de rechter zich terughoudend of actief opstelt daarom minder spelen of zal het althans in de regel vanzelf spreken dat de rechter een actieve opstelling kiest. Actief, in de zin dat hij deze vraag zelf ter hand neemt en ook zonder dekking van de wetgever in wetstekst en wetsgeschiedenis eigen keuzes maakt, mede in het licht van de omstandigheden van het geval. De rechter kan daarbij factoren als 'de actuele maatschappelijke context, voortgeschreden inzichten, redelijkheid en dergelijke meer' in aanmerking nemen, zoals in de literatuur wordt voorgestaan ten aanzien van het relativiteitsoordeel als geheel.<sup>153</sup> Hier kan de rechter dus ook eigen 'rechtspolitieke' keuzes maken, in de zin dat hij ook de aansprakelijkheidslast en in het verlengde daarvan de verzekeraarheid

---

152 Zie in dit verband de conclusie van Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.6-3.7. Hij maakt daarin het onderscheid tussen twee typen relativiteitsoordelen op het niveau van de beschermingsomvang. Ten eerste het relativiteitsoordeel dat 'generiek' wordt 'bepaald voor een bepaalde groep personen en/of een bepaalde schadesoort of wijze van het ontstaan ervan', hetgeen, zo voeg ik toe, de wetgever op voorhand in wetstekst en wetsgeschiedenis kan doen. Ten tweede, aldus Widdershoven, het relativiteitsoordeel dat wordt bepaald 'in de concrete omstandigheden van het geval', hetgeen, zo voeg ik toe, alleen de rechter kan.

153 Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor de hangmatzaak, sub 4.4.1. Zie voor verdere vindplaatsen hetzelfde citaat in par. 4.3.

daarvan meeweegt, die met het relativiteitsoordeel gemoeid zou kunnen zijn.<sup>154</sup> De rechtsvinding door de rechter bij beantwoording van de vraag naar de beschermingsomvang is dus overwegend 'autonoom'.<sup>155</sup> Een zwijgen van de wetgever op het punt van de vraag naar de beschermingsomvang hoeft er dan ook niet aan in de weg staan dat de rechter oordeelt dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan.

Bij de beantwoording van de vraag naar de beschermingsomvang kunnen zich vervolgens verschillende situaties en complicaties voordoen. Ter sprake kwam al de situatie waarin het geschade belang van de benadeelde overeenkomt met de individuele vermogensbelangen die de wetgever bedoelt te beschermen, zoals in het geval een consument de schending van een Wft-norm inroept tegenover diens bank. De vraag is dan vooral *in hoeverre* het specifieke geschade belang van de consument onder de door de Wft te beschermen individuele vermogensbelangen van consumenten kan worden begrepen.<sup>156</sup> Er kan zich echter ook de situatie voordoen dat het geschade belang van de benadeelde een ander belang is dan die individuele vermogensbelangen. De vraag is dan veeleer *of* het betreffende geschade belang daaronder kan worden geschaard. In het geval van de Wft kan bijvoorbeeld ook de vraag rijzen of behalve het geschade belang van een benadeelde consument – of, breder genomen, een afnemer van financiële diensten of producten – ook het geschade belang van de benadeelde onder de door de Wft te beschermen individuele vermogensbelangen kan worden geschaard, die niet in een contractuele relatie tot de aangesproken partij staat.

Te denken valt aan een belegger in aandelen van een bank, die een bestuurder van die bank aanspreekt tot vergoeding van schade op de grond dat deze bestuurder een Wft-norm heeft overschreden ter zake van misleidende, koersgevoelige informatie.<sup>157</sup> De rechter moet dan de knoop doorhakken of het ge-

---

154 Zie in deze zin met zoveel woorden HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 (manegepaard), r.o. 3.6.4, waarover in par. 5.10.

155 Wiarda 1999, p. 19-29.

156 Vgl. in dit verband HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399 (ponzi-zwendel), r.o. 4.5. In deze zaak – die speelt onder de Wte – komt de vraag aan de orde of ook beleggers met een inleg van meer dan EUR 50.000 een beroep kunnen doen op de 'beschermende strekking van de toezichtwetgeving'. Beleggers met een inleg groter dan dit bedrag worden in de systematiek van deze toezichtwetgeving als professionele beleggers beschouwd (zie conclusie van Advocaat-Generaal Wissink voor ponzi-zwendel, sub 6.27.2). De Hoge Raad verwerpt de betreffende klacht bij gemis aan feitelijke grondslag en spreekt zich dus niet inhoudelijk uit.

157 Zie in bevestigende zin Rb. Utrecht 15 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV3753 (Fortis-bestuurders), r.o. 4.8, t.a.v. van de – toenmalige – art. 5:58 en 5:59 Wft. In de literatuur is hierop kritisch gereageerd, omdat zo als het ware de maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid dat naar ongeschreven recht sprake is van een persoonlijk 'ernstig verwijt' zou worden omzeild. Zie bijv. Lennarts & De Valk 2012, p. 732-734, die vrezen dat hiermee de 'sluizen' te ver worden opengezet voor 'class actions van teleurgestelde beleggers tegen bestuurders van beursvennootschappen'. Vgl. de noten van T.M.C. Arons, *NTBR* 2012, p. 262-266; B.J. de Jong, *OR* 2012, p. 267-272; M.J.G.C. Raaijmakers, *AA* 2012, p. 750-751 en J.H.M. Willems,

schade belang van de benadeelde al dan niet onder de individuele vermogensbelangen kan worden geschaard, waarvan bij beantwoording van de vraag naar het beschermingsdoel is vastgesteld dat de norm die beoogt te beschermen.<sup>158</sup> In het geval van artikel 13 Zvw zou de vraag kunnen rijzen of ook het belang van een zorgaanbieder om niet verstoken te blijven van een vergoeding van niet-gecontracteerde zorg onder de individuele vermogensbelangen kan worden geschaard die deze bepaling beoogt te beschermen: de individuele vermogensbelangen van de verzekerde, die in de tekst van deze bepaling wordt genoemd als degene die op die vergoeding recht heeft. In dat geval zou ook de zorgaanbieder de schending van deze bepaling kunnen inroepen als zelfstandige grondslag voor een vordering uit onrechtmatige daad, als de rekening van de zorgaanbieder zonder die vergoeding onbetaald blijft.<sup>159</sup>

Een andere situatie is die waarin het geschade belang van de benadeelde weliswaar behoort tot de categorie van individuele vermogensbelangen die de wetgever in wetstekst en wetsgeschiedenis als te beschermen aanmerkt, maar zich in het concrete geval omstandigheden voordoen die maken dat het niet vanzelf spreekt om de vraag naar de beschermingsomvang bevestigend te beantwoorden en te oordelen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Hierbij valt te denken aan de zaak waarin een oud-bankdirecteur op sommige transacties in een serie transacties, uitgevoerd in strijd met de Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1998, verlies lijdt, maar per saldo winst behaalt. Tot vergoeding van het verlies spreekt hij de bank aan op de grond dat de bank bij die transacties in strijd met de wet heeft gehandeld. Ook hier zal de rechter een knoop moeten doorhakken of dit geschade belang van de oud-bankdirecteur, gezien het selectieve zo niet opportunistische karakter ervan, onder de individuele vermogensbelangen kan worden geschaard die de Nadere Regeling beoogt te beschermen.<sup>160</sup> In zoverre zou de rechter bij de vraag naar de be-

---

JOR 2012/243, m.n. sub 14-16. Zie in dit verband tevens Lieverse & Sinnighe Damsté 2013, p. 676-693.

158 Zie t.a.v. de Wft in algemene zin bijv. Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 78-79; Neering 2013, p. 406; Van der Leeuw & Verspyck Mijnsen 2013, p. 607-608 en t.a.v. het openbaren van koersgevoelige informatie Hoff 2013, p. 756-759. Vgl. stelliger Busch 2013, p. 39; Castermans & Den Hollander 2012, p. 565; Pijls 2010, p. 182. Van Baalen 2010, p. 1014-1023 maakt onderscheid tussen gedrags- en prudentiële normen in de Wft: van de laatste zou minder snel mogen worden aangenomen dat deze (mede) de individuele vermogensbelangen van consumenten beschermen.

159 Zie in bevestigende zin Vzr. Rb. Gelderland 3 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:3989, GJ 2014/12, m.nt. P.W. den Hollander & H.A. ten Oever (CrisisCare/VGZ c.s.), r.o. 4.5. Zie in dit verband ook HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3241 (VGZ c.s./Nutricia en Stichting Patiëntenbelang Vergoeding Dieetpreparaten), r.o. 3.11.4-3.11.5, waarin de Hoge Raad oordeelt dat ook het – commerciële – belang van Nutricia als fabrikant van bepaalde dieetpreparaten gevrijwaard te blijven van omzetverlies a.g.v. een voorkeursbeleid van een zorgverzekeraar onder de door bepaalde normen uit de Zvw te beschermen belangen van zorgaanbieders kan worden geschaard, waarover ook in par. 5.7.

160 Dit voorbeeld ontleen ik aan HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7320, NJ 2010/67, m.nt. M.R. Mok (Nabbe/Staalbankiers), waarover nader in par. 5.8.

schermingsomvang dus kunnen 'derogeren' aan de bedoeling van de wetgever bepaalde individuele vermogensbelangen te beschermen.

Zoals uit het voorgaande blijkt, zal de rechter als onderdeel van de beantwoording van de vraag naar de beschermingsomvang dus ook moeten vaststellen voor wélk geschade belang de benadeelde precies opkomt. Anders kan de rechter niet vaststellen of dit belang onder de individuele belangen kan worden geschaad die de norm beoogt te beschermen. Vaak zal het evident zijn of kan het de benadeelde simpelweg worden gevraagd. Diens schade hoeft dan hooguit gekwalificeerd te worden in termen van een geschaad belang.<sup>161</sup> Hier kan zich echter de complicatie voordoen dat de benadeelde er toe geneigd kan zijn het belang waarvoor hij opkomt 'gestileerd' weer te geven. Dit vanuit de gedachte dat de rechter dan wellicht eerder bereid is het geschade belang van de benadeelde onder de door geschonden norm te beschermen belangen te scharen. In dat geval zal de rechter in meer objectieve zin het 'werkelijke' belang waarvoor de benadeelde opkomt, moeten vaststellen. Te denken valt aan een farmaceut, die een vordering uit onrechtmatige daad instelt tegen een zorgverzekeraar die – volgens de farmaceut in strijd met de Zorgverzekeringswet (Zvw) – alleen goedkope, generieke geneesmiddelen wil vergoeden. De farmaceut pretendeert daarmee mede op te komen voor de belangen van verzekerden, patiënten en de volksgezondheid, omdat ook hun belangen en dit algemene belang bij de vergoeding van diens duurdere geneesmiddelen gebaat zouden zijn, in de hoop dat de rechter zal oordelen dat de Zvw in elk geval een van die belangen beoogt te beschermen en het relativiteitsvereiste niet aan toewijzing in de weg te staan. In werkelijkheid gaat het de farmaceut echter om zijn belang bij behoud van omzet en winst uit de verkoop van zijn duurdere geneesmiddelen aan die patiënten en verzekerden.<sup>162</sup>

Een andere complicatie bij het vaststellen van het belang waarvoor de benadeelde opkomt, vormt de mogelijkheid dat het een zogeheten 'niet-rechtmatig' of illegitiem belang betreft. Het gaat hier onder meer om zogeheten 'pot verwijt de ketel'- of 'in pari delicto'-situaties.<sup>163</sup> Daarin spreekt de benadeelde een partij aan uit onrechtmatige daad, op de grond dat deze een wettelijke norm heeft geschonden, terwijl de benadeelde die norm zelf ook heeft geschonden. Het recht zou vergoeding van schade in een dergelijk niet-rechtmatig belang niet mogelijk moeten maken, zo is de gedachte.<sup>164</sup> Een voorbeeld biedt de zaak van twee concurrerende vrachtvervoerders, die zich beiden

---

161 Zie hierover par. 3.5.

162 Dit voorbeeld ontleen ik aan Vzr. Rb. Arnhem 17 december 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BP0931, GJ 2011/58, m.nt. P.W. den Hollander (Astrazeneca & GlaxoSmithKline/Uvit).

163 'In pari delicto' is de verkorte versie van 'in pari delicto potior est condicio defendentis', hetgeen zich laat vertalen als 'bij gelijke onrechtmatigheid is de situatie van de gedaagde sterker', aldus Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 88. Zie tevens Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 137, voor vergelijkbare adagia.

164 Zie over het niet-rechtmatige belang en de inpassing daarvan uitvoerig Haazen 2009, p. 827-836. Zie ook Lindenberg 2011a, p. 255-256.

niet aan een wettelijke tariefbeschikking houden.<sup>165</sup> Ook om die reden kan de rechter bij beantwoording van de vraag naar de beschermingsomvang tot het oordeel komen dat het specifieke geschade belang van de benadeelde in het aan hem voorgelegde geval niet onder de individuele vermogensbelangen kan worden geschaard, die de norm beoogt te beschermen.<sup>166</sup>

In zaken waarin letsel- of overlijdensschade aan de orde is, ligt het verder voor de hand dat de rechter bij beantwoording van de vraag naar de beschermingsomvang aansluiting zoekt bij de artikelen 6:106, 6:107 en 6:108 BW. Deze bepalingen geven een afbakening van de beschermde personen en te vergoeden schadeposten bij letsel en overlijden. Komt bij beantwoording van de vraag naar het beschermingsdoel vast te staan dat een bepaalde wettelijke norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, dan vullen de artikelen 6:106, 6:107 en 6:108 BW de relativiteit op het punt van de vraag naar de beschermingsomvang als het ware al deels in.<sup>167</sup>

Het feit dat de wetgever in wetstekst en wetsgeschiedenis bepaalde individuele vermogensbelangen als te beschermen belangen aanmerkt, zodat de vraag naar het beschermingsdoel bevestigend moet worden beantwoord, betekent, kortom, nog niet dat de rechter zou moeten oordelen dat steeds aan het relativiteitsvereiste is voldaan.<sup>168</sup> Dat is aan de rechter ter keuze, bij de beantwoording van de vraag naar de beschermingsomvang. De rechter kan zijn relativiteitsoordeel in zoverre ook zo ruim of eng formuleren als hij wil. Denkbaar is in dit verband ook dat de rechter zijn relativiteitsoordeel op het punt van de vraag naar de beschermingsomvang voorwaardelijk formuleert en het daarmee in algemene zin een ruime reikwijdte geeft, dat zich van geval

---

165 Zie HR 16 februari 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD7415, NJ 1973/463, m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (Maas/Willems). De Hoge Raad oordeelde dat vervoerders die zich niet aan de tariefbeschikking hielden 'zich op grond van hun eigen gedrag zouden hebben onttrokken aan de privaatrechtelijke bescherming welke zij, voor zover zij zich daar wel aan plachten te houden, aan dat voorschrift op grond van art. 1401 BW tegenover de overtreder hadden kunnen ontleen'. Daarbij woog hij mee dat de met de tariefbeschikking strijdige wijze waarop de vrachtprijs werd berekend – althans naar de Hoge Raad veronderstellenderwijs aannam – 'algemeen gangbaar' was.

166 Vgl. Tjong Tjin Tai 2007, p. 73-74, die onderscheid maakt tussen gevallen waarin de benadeelde dezelfde norm overtreedt als de aangesproken partij en gevallen waarin de benadeelde niet zozeer ook zelf aldus onrechtmatig handelt, maar veeleer door onoplettendheid zijn eigen belang verwaarloost. Dit laatste gevalstype zou in de optiek van Tjong Tjin Tai moeten worden afgehandeld in het kader van art. 6:101 BW, waarbij de belangenverwaarlozing in een proportionele vermindering van de omvang van de aansprakelijkheid tot uitdrukking kan komen. Daarbij denkt hij aan gevallen als HR 7 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0070, NJ 1991/474, m.nt. E.A.A. Luijten (SHV) en HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, NJ 2008/492, m.nt. J.B.M. Vranken (De Groot/Io Vivat). In dezelfde zin Lindenbergh 2009, p. 578-580.

167 Lankhorst 1992b, p. 32 spreekt in dit verband van 'gefixeerde relativiteit'. In deze zin ook Lindenbergh 2008b, p. 255.

168 Zoals de wetgever in de wetsgeschiedenis van de Wft al te snel concludeert. Zie par. 4.7.

tot geval laat concretiseren.<sup>169</sup> Het oordeel van de Hoge Raad in het taxibus-arrest, waarmee hij onder omstandigheden vergoeding van immateriële 'shock-schade' mogelijk maakt,<sup>170</sup> zou als een voorbeeld van zo'n voorwaardelijk relativiteitsoordeel kunnen worden gezien.<sup>171</sup>

#### 4.9 EEN INSTITUTIONEEL MODEL VOOR DE RELATIVITEIT VAN WETTELIJKE NORMEN

In de voorgaande paragrafen heeft zich een model afgetekend voor het vaststellen van de relativiteit van wettelijke normen. In dit model staat het perspectief van de *legitimiteit* van het relativiteitsoordeel in het licht van de verhouding van de rechter tot de wetgever voorop. De reden waarom de rechter dit model in mijn optiek zou moeten hanteren, is dan ook niet dat hij in mijn optiek anders zijn formeel-staatsrechtelijke bevoegdheden zou overschrijden. Het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm is een kwestie van interpretatie en aan het interpretatief of rechtsvormend mandaat van de rechter vallen zoals besproken niet of nauwelijks 'harde' grenzen te stellen. Wel kan er in het licht van het legaliteits- en machtscheidingsbeginsel verschillend worden gedacht over de vraag hoe ver de rechter al interpreterend precies mag of zou moeten gaan en wordt daarover ook verschillend gedacht. Zeker of juist ook bij het vaststellen van de relativiteit van wettelijke normen door de rechter, zoals het debat in de literatuur toont. In dat licht is er in mijn optiek voor de rechter goede reden dit model te hanteren, omwille van de legitimiteit van zijn relativiteitsoordeel als juridisch oordeel en zijn gezag als rechtsprekende staatsmacht bij het publiek als geheel.

Dit institutionele model houdt in dat de rechter bij het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm in een concreet geval de fasering van Lankhorst toepast en zijn opstelling in zijn verhouding tot de wetgever differentieert, afhankelijk van de fase waarin het relativiteitsoordeel zich bevindt.

---

<sup>169</sup> Zie voor de figuur van het voorwaardelijk relativiteitsoordeel ook par. 5.11.

<sup>170</sup> Hoewel de Hoge Raad het niet met zoveel woorden als zodanig presenteert, kan zijn oordeel in *Taxibus*, r.o. 4.3 worden gezien als oordeel over de relativiteit van verkeers- en veiligheidsnormen, op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang. Het geschade belang van de benadeelde in deze zaak, gevrijwaard te blijven van zogeheten shockschade op de voet van art. 6:106 lid 1 aanhef en sub b BW, kan dan onder de individuele vermogensbelangen worden geschaard die deze verkeers- en veiligheidsnormen beogen te beschermen, op voorwaarde dat bij de benadeelde 'door het waarnemen van het ongeval of door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan, een hevige emotionele schok wordt teweeggebracht, waaruit geestelijk letsel voortvloeit, hetgeen zich met name zal kunnen voordoen indien iemand tot wie de aldus getroffene in een nauwe affectieve relatie staat, bij het ongeval is gedood of gewond'.

<sup>171</sup> In deze zin ook Lindenberg 2002, p. 67-70. Vgl. Emaus 2011, p. 65-66, die het oordeel van de Hoge Raad in *Taxibus* in enigszins andere zin kwalificeert als oordeel van 'semi-gefixeerde relativiteit', en Wiggers-Rust 2011, p. 130-131.

Bij beantwoording van de vraag naar het beschermingsdoel, in de eerste fase, kiest de rechter in dit model een terughoudende opstelling. Terughoudend, in de zin dat hij alleen bij dekking van de wetgever bestaande in positieve aanwijzingen in wetstekst en wetsgeschiedenis aanneemt dat de betreffende norm naast algemene belangen ook individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Komt de rechter tot de bevinding dat zulke dekking ontbreekt, dan oordeelt hij dat de geschonden norm in zoverre niet strekt tot bescherming van het geschade belang van de benadeelde, zodat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan.<sup>172</sup>

Komt de rechter daarentegen tot de bevinding dat wetstekst en wetsgeschiedenis wel zulke dekking bieden, dan komt de rechter ook toe aan de vraag naar de beschermingsomvang. Bij beantwoording van deze vraag, in de tweede fase, kiest de rechter een actieve opstelling. De rechter stelt in het verlengde van de bedoeling van de wetgever om bepaalde – in meer of minder detail omschreven – individuele vermogensbelangen te beschermen zelf vast of het geschade belang van de benadeelde, die zich bij hem meldt met een vordering uit onrechtmatige daad, onder de individuele vermogensbelangen kan worden geschaard die de norm beoogt te beschermen. Afhankelijk daarvan oordeelt de rechter of de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang, zodat al dan niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan.

Een bijkomend voordeel van dit model is dat het de voorspelbaarheid van het relativiteitsoordeel vergroot. Door dit model te hanteren, verkleint de rechter als het ware zelf de ruimte waarin hij de vrije hand heeft, omdat hij zich bij beantwoording van de vraag naar het beschermingsdoel gebonden acht aan de bedoeling van de wetgever. Een ieder kan dan een onderbouwde inschatting maken of de rechter ten aanzien van een bepaalde wettelijke norm in wetstekst en wetsgeschiedenis voldoende dekking zal zien middels positieve aanwijzingen om aan te nemen dat de norm beoogt individuele vermogensbelangen te beschermen, door die wetstekst en wetsgeschiedenis er op na te slaan. Exacte wetenschap is het als gezegd echter niet en zal het ook onder dit model niet worden. Niettemin vergroot het model hiermee de voorspelbaarheid op het punt van de vraag of de schending van de betreffende norm in het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht kan worden ingeroepen als zelfstandige grondslag voor een vordering uit onrechtmatige daad en daarmee of rechtstreekse privaatrechtelijke handhaving van de norm mogelijk is, of alleen publiekrechtelijke handhaving tot de mogelijkheden behoort.

Ook in dit institutionele model blijft het relativiteitsoordeel evenwel onvoorspelbaar op het punt van de vraag naar de beschermingsomvang of ook het specifieke geschade belang van de benadeelde onder de door de norm te beschermen individuele vermogensbelangen kan worden geschaard. Hierbij kan en moet de rechter behalve de bedoeling van de wetgever ook eigen

---

172 Ervan uitgaande dat dit een reguliere private partij is, die opkomt voor een individueel vermogensbelang.

overwegingen betrekken en heeft de rechter dus ook in mijn model *carte blanche*. Deze onvoorspelbaarheid is onvermijdelijk en niet groter of kleiner dan die bij iedere wetsinterpretatie en de daarmee gepaard gaande gevalsvergelijking is.<sup>173</sup> Justitiabelen kunnen te rade gaan bij eerdere rechtspraak en proberen op basis daarvan te 'voorspellen' wat de rechter zal doen. Als altijd geldt uiteraard echter dat rechtspraak uit het verleden geen garanties biedt voor de toekomst.

Nu bij dit model het institutionele perspectief van de verhouding van de rechter tot de wetgever voorop staat, staat het materieel aansprakelijkheidsrechtelijke perspectief onvermijdelijk 'achterop'. Een bezwaar tegen dit model zou dan ook kunnen zijn dat de wetgever zeker in oudere wetgeving veelal zwijgt over eventuele te beschermen individuele vermogensbelangen, dan wel dat de 'wil' van de wetgever eenvoudigweg onduidelijk is.<sup>174</sup> Wat van dit zwijgen of van deze onduidelijkheid ook de reden is,<sup>175</sup> op grond van het model zou de rechter in zijn terughoudende opstelling bij beantwoording van de vraag naar het beschermingsdoel moeten oordelen dat het relativiteitsvereiste aan aansprakelijkheid voor de enkele schending van de betreffende wettelijke norm in de weg staat. Het zou echter kunnen dat de rechter het vanuit materieel aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief wel wenselijk acht aansprakelijkheid aan te nemen in het aan hem voorgelegde geval, gelet op de omstandigheden van het geval of de verhouding van partijen dan wel meer algemene gezichtspunten als de rechtsontwikkeling of het belang van 'handhaving' van de betreffende norm. Het model zou dan 'dwingen' tot vanuit materieel aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief onwenselijke of althans als onwenselijk ervaren uitkomsten.<sup>176</sup> Dit mogelijke bezwaar laat zich echter ondervangen met de

---

173 Vgl. Wiggers-Rust 2011, p. 143-144, die de rechtsonzekerheid die met het relativiteitsoordeel in het algemeen – los van dit model – gepaard gaat, relativeert met de constatering dat het aansprakelijkheidsrecht als zodanig een belangenafweging behelst en derhalve inherent onvoorspelbaar is. In vergelijkbare zin Van den Berge 2012, p. 82 en p. 128.

174 Zie kritisch Van den Berge 2012, p. 64-65, n.a.v. Den Hollander 2012b, p. 297-326, waarin ik de rechtspraak van de Hoge Raad over de relativiteit van wettelijke norm in zaken van overheidsaansprakelijkheid verklaarde langs de lijnen van (de essentie van) het model. Zie aldus in algemene zin t.a.v. 'publiekrechtelijke regelingen' Schueler 2006, p. 217 en t.a.v. wetgeving in het algemeen R.J.B. Schutgens, noot onder Schietpartij Alphen, *JB* 2015/158, sub 5. Zie ook Schueler 2005b, p. 105-107 over de Woningwet. In dezelfde zin B. Meijer & De Wit 2005, p. 193 en Moesker 2007, p. 221.

175 De wetgever kan er niet aan hebben gedacht, of het kan welbewust, om strategische redenen, niet aan de orde zijn gesteld. Zie bijv. Advocaat-Generaal Timmerman in zijn conclusie voor *Vie d'Or*, sub 4.8. Zie ook Van Dam 2010, p. 236, noot 100, die in navolging van Bismarck wetten met worsten vergelijkt: je kunt beter niet weten hoe ze worden gemaakt.

176 Zie in dit verband ook de kritiek van Di Bella 2014, p. 142 – n.a.v. Den Hollander 2012b, p. 297-326, waarin ik de rechtspraak van de Hoge Raad over de relativiteit van wettelijke norm in zaken van overheidsaansprakelijkheid verklaarde langs de lijnen van (de essentie van) het model – dat als dit model gevolgd zou worden 'ook bij letselschade geen vergoeding van materiële schade mogelijk is'. Dat past in haar optiek niet goed in de 'systematiek' van het aansprakelijkheidsrecht 'waarin letselschade juist een zeer hoge beschermingsgraad

correctie-Langemeijer. Met deze correctie kan de rechter alsnog aansprakelijkheid aannemen op de grond dat een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is geschonden.

#### 4.10 DE CORRECTIE-LANGEMEIJER ALS BIJSTURINGSMECHANISME

De correctie-Langemeijer gaat terug op G.E. Langemeijer. In publicaties in de jaren dertig en veertig waarschuwde hij al voor het feit dat met alle nadruk op het relativiteitsvereiste en aansprakelijkheid voor de schending van wettelijke normen de onrechtmatigheidsrubriek van het ongeschreven recht uit het zicht dreigt te worden verloren.<sup>177</sup> Eind jaren vijftig doet Langemeijer dat opnieuw, in de conclusie die hij als procureur-generaal neemt voor de tandartsenzaak. Voor een goed begrip van 'zijn' correctie is bespreking van deze zaak daarom onontbeerlijk.

Tandartsen onder aanvoering van tandarts Beukers vorderen een verbod voor 'tandtechnicus' Dorenbos om in strijd met de Wet op de Tandheelkunde zonder opleiding en diploma's de tandheelkunde uit te oefenen in de Tilburgse regio. Ook vorderen zij vergoeding van hun schade bestaande in het verlies van cliëntèle. De tandartsen begroten deze op het symbolische bedrag van één gulden. De rechtbank oordeelt dat het relativiteitsvereiste aan aansprakelijkheid van Dorenbos in de weg staat op de grond dat hij met zijn onbevoegd uitgeoefende praktijk in strijd handelt met artikel 436 Sr juncto artikel 7 van de Wet op de Tandheelkunde. Deze normen beogen, aldus de rechtbank 'in de eerste plaats (...) de bescherming van de volksgezondheid', zodat deze 'strekken tot bescherming van een algemeen belang'. Toch wijst de rechtbank de vorderingen van Beukers c.s. toe, omdat Dorenbos ook inbreuk maakt op 'het uitsluitend recht tot uitoefening van de tandheelkunde' dat de wel bevoegde tandartsen toekomt. Ook handelt Dorenbos naar het oordeel van de rechtbank in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.<sup>178</sup> Het hof daarentegen wijst de vorderingen Beukers c.s. af. Naar zijn oordeel strekken de door Dorenbos geschonden normen uitsluitend ertoe 'het publiek (...) te beveiligen tegen onbevoegde beroepsuitoefening' en niet tot bescherming van 'de belangen van de bevoegde beoefenaren van het beroep'. Om dezelfde reden handelt Dorenbos naar het oordeel van het hof ook niet in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.<sup>179</sup>

De Tilburgse tandartsen gaan in cassatie. In zijn conclusie benadrukt Langemeijer dat een gedraging tegelijkertijd in strijd kan zijn met een wettelijke

---

bezit'. Di Bella kan zich dan ook niet voorstellen dat de Hoge Raad in Duwbak Linda ook tot een ontkennend relativiteitsoordeel zou zijn gekomen, als de schade van deze benadeelden in deze zaak zou hebben bestaan in letselschade (p. 139).

<sup>177</sup> Zie Langemeijer 1934, p. 617-622; Langemeijer 1940a, p. 385-396 en p. 413-425.

<sup>178</sup> HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, NJ 1961/568 (Tandartsen I), p. 1202.

<sup>179</sup> Tandartsen I, p. 1202-1203.

norm en een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.<sup>180</sup> De aanvaarding van het relativiteitsvereiste door de Hoge Raad in de zaak van de graaf De Marchant et d'Ansembourg, in 1928, doet daaraan niet af, aldus Langemeijer:

'Zoveel is zeker: enerzijds dat een concreet gedrag kan strijden met meer d[a]n een norm, anderzijds dat Uw Raad bij het aanvaarden van de relativiteitsleer niet bedoeld heeft de onbeschreven onrechtmatigheid niet langer te erkennen. Mogelijk is dus in ieder geval dat gedrag dat strijdig is met een geschreven norm, tevens een inbreuk vormt op een ongeschrevene. (...).'<sup>181</sup>

Vervolgens gaat Langemeijer in op de verhouding van beide onrechtmatigheidsrubrieken. Doorwerking van de ene rubriek in de andere is mogelijk. De omstandigheid dat met een bepaalde gedraging een wettelijke norm is geschonden, kan volgens Langemeijer de 'doorslag' geven bij het oordeel dat met dezelfde gedraging ook een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is geschonden. Daarmee formuleert hij zijn correctie als volgt:

'De vraag, die overblijft echter is: of de omstandigheid dat een bepaald gedrag in ieder geval schending vormt van een geschreven regel, de *doorslag* kan geven om ook strijd met een ongeschreven norm aan te nemen.'<sup>182</sup>

Langemeijer onderbouwt het 'doorslaggevende' karakter van de omstandigheid dat een wettelijke norm is geschonden voor het oordeel dat ook een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is geschonden met de 'gevoelens', die met de schending van een wettelijke norm gepaard zullen gaan. Zowel bij degene die de wet overtreedt, als bij diens 'rechtsgenoten', die zich door die norm laten leiden, in economische en andere zin:

'Het wettelijk verbod is een factor, die van belang is voor de gevoelens, die inbreuk op dat verbod zullen begeleiden bij hem die de inbreuk pleegt en bij anderen; datzelfde verbod beïnvloedt de berekeningen van economische en andere aard, die de rechtsgenoten bij de bepaling van hun gedrag zullen maken en wellicht nog meer. Dit moet naar mijn mening tot de gevolgtrekking leiden, *dat het strijdig zijn van een handelwijze met een bepaalde geschreven rechtsregel altijd kan zijn een omstandigheid, die mede in aanmerking komt bij de vraag: of die handelwijze, in verband allicht met nog andere omstandigheden wellicht mede in strijd komt met de ongeschreven rechtsregels bedoeld in Uw arrest van 1919.*'<sup>183</sup>

---

180 Zie voor een enigszins vergelijkbare analyse als hierna volgt Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.16.

181 Conclusie Procureur-Generaal Langemeijer voor Tandartsen I, p. 1206.

182 Conclusie Procureur-Generaal Langemeijer voor Tandartsen I, p. 1206 (cursivering toegevoegd).

183 Conclusie Procureur-Generaal Langemeijer voor Tandartsen I, p. 1206 (cursivering toegevoegd). Het arrest van 1919 waar Langemeijer op doelt, is HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161-163, W. 10365, m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (Lindenbaum/Cohen), waarin de Hoge

In de optiek van Langemeijer handelt tandarts Dorenbos in dit geval ook in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, door in strijd met de wet onbevoegd de tandheelkunst uit te oefenen. Langemeijer laat daarbij de ‘moeilijke, langdurige en kostbare opleiding (...) als die van tandarts thans is’ zwaar wegen. Hij constateert wat dat betreft ook een ontwikkeling (‘thans’) sinds de wetgever de Wet op de Tandheelkunst in 1876 uitgevaardigde. Ook weegt Langemeijer mee dat zich een publiekrechtelijk handhavingstekort voordoet. Het strafrecht blijkt hier ‘geen tegenmotief van voldoende kracht tegen onbevoegde uitoefening’.<sup>184</sup>

De Hoge Raad gaat mee in de conclusie van Procureur-Generaal Langemeijer. Hij oordeelt dat noch uit de considerans, noch uit de wetsgeschiedenis van de Wet op de Tandheelkunst ‘een verdere bedoeling van den wetgever’ blijkt dan om ‘in het belang van de volksgezondheid en ter bescherming van het publiek tegen ondeskundige beroepsuitoefening de bevoegdheid de tandheelkunst uit te oefenen uitsluitend te verlenen aan hen die aan de in de wet gestelde eisen voldoen’.<sup>185</sup> Het relativiteitsvereiste staat dus ook naar het oordeel van de Hoge Raad aan aansprakelijkheid in de weg op de enkele grond dat de Wet op de Tandheelkunst is overtreden. Desalniettemin casseert de Hoge Raad. Hij neemt de correctie van Langemeijer over:

‘O. dat het Hof (...) voorbijgaat aan de vraagstelling, waarop het aankomt ter beoordeling of in een geval zoals zich hier voordoet behalve de wettelijke norm ook een ongeschreven norm, die betrokken is op het geschonden belang der tandartsen, is overtreden, en miskent dat de omstandigheid dat zekere handeling moet worden nagelaten met het oog op het belang ter bescherming waarvan de wet haar verbiedt, geenszins uitsluit – behoudens het geval dat uit de wet anders volgt – dat bij niet nalaten der verboden handeling het feit der daarin gelegen wetsovertreding een factor kan zijn, die medeweegt om deze gedraging, waardoor anderen worden benadeeld, van uit het gezichtspunt ener betamelijke zorgvuldigheid in het verkeer ten opzichte van eens anders goed te veroordelen.’<sup>186</sup>

De Hoge Raad werkt vervolgens uit hoe dit ‘medewegen’ als ‘factor’ van de omstandigheid dat een wettelijke norm is geschonden bij het oordeel of een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is geschonden in zijn werk zou moeten gaan:

---

Raad het ongeschreven recht als onrechtmatigheidsrubriek aanvaardde naast de rechtsinbreuk en de schending van een wettelijke norm. Langemeijer verwijst hier tevens naar de publicatie van Smits uit 1938, waarin deze zijn gelijknamige leer munt (zie par. 3.6). Smits is ten tijde van de tandartsenzaak overigens raadsheer in de Hoge Raad en lid van de zetel in die zaak.

<sup>184</sup> Conclusie Procureur-Generaal Langemeijer voor Tandartsen I, p. 1207.

<sup>185</sup> Tandartsen I, p. 1204.

<sup>186</sup> Tandartsen I, p. 1204 (cursivering toegevoegd).

‘O. dat de vraag, waarvan het afhangt of dit laatste het geval zal zijn deze is, of, gelet op de betekenis die de overtreding van de betrokken wetsbepaling heeft in het gegeven samenstel van feiten dat tot de benadeling leidt, en gelet mede op de bijzondere omstandigheden die het geval kenmerken, aan dengeen die zich aan de wetsovertreding schuldig maakt, met het oog op de voor hem voorzienbare gevolgen van zijn handelwijze voor anderen, wier belangen daardoor worden aangetast, door die anderen van zijn met de wet strijdig handelen als te hunnen opzichte maatschappelijk onbehoorlijk een verwijt kan worden gemaakt.’<sup>187</sup>

Het kan worden betwijfeld of de Hoge Raad met deze laatste overweging de zaken verheldert. Hoe dan ook, in het concrete geval oordeelt de Hoge Raad uiteindelijk dat in de feiten en omstandigheden van de tandartsenzaak ‘voldoende grond’ aanwezig kan zijn om aan te nemen dat de gedraging van Dorenbos ‘onrechtmatig is tegenover Beukers c.s. wegens strijd met een ongeschreven verkeersnorm, welke hen tegen zodanige mededinging van een onbevoegde beschermt’.<sup>188</sup> Zo komt de Hoge Raad tot vernietiging van het arrest van het hof, waarna hij de zaak terugverwijst.<sup>189</sup>

De correctie-Langemeijer houdt dus in dat de schending van een wettelijke norm ook nog van belang is voor de aansprakelijkheidsvraag, als de betreffende norm *niet* strekt tot bescherming van het geschade belang van de benadeelde. Weliswaar kan de schending van deze norm dan geen zelfstandige grondslag zijn voor een vordering uit onrechtmatige daad, maar deze kan nog wel worden ingeroepen als – als het ware – onzelfstandige grondslag daarvoor. Dit kan doordat de omstandigheid dat een wettelijke norm is geschonden ‘medeweegt’ als ‘factor’ bij of beter gezegd de ‘doorslag’ geeft voor het oordeel dat, gelet op alle omstandigheden van het geval, de aangesproken partij ook een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden.

Vervolgens moet echter nog een tweede stap worden gezet. De correctie-Langemeijer slaagt pas als correctie op het oordeel dat het relativiteitsvereiste aan aansprakelijkheid voor de enkele schending van een wettelijke norm in de weg staat, als de tevens geschonden ongeschreven zorgvuldigheidsnorm anders dan die wettelijke norm wel strekt tot bescherming van het geschade belang van de benadeelde. De correctie-Langemeijer brengt niet mee ‘dat het relativiteitsvereiste wordt opzijgezet’, zoals de Hoge Raad in *Astrazeneca/Menzis* benadrukt.<sup>190</sup> In die zaak vat hij de correctie dan ook als volgt samen:

‘[De correctie-Langemeijer bestaat] daarin (...) dat, hoewel de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, en de schending van die norm dus op zichzelf genomen geen aansprakelijkheid voor

---

187 Tandartsen I, p. 1204.

188 Tandartsen I, p. 1205.

189 Zie Hof Den Bosch 3 maart 1959, *NJ* 1959/545 (Tandartsen I), welk hof uiteindelijk het toewijzend vonnis van de rechtbank bekrachtigt.

190 *Astrazeneca/Menzis*, r.o. 3.3.5.

die schade schept, nochtans daarvoor aansprakelijkheid bestaat omdat onder de omstandigheden van het geval die schending bijdraagt tot het oordeel dat een zorgvuldigheidsnorm is geschonden die wél bescherming biedt tegen die schade.<sup>191</sup>

Het voorgaande overziend, verbaast het niet dat de correctie-Langemeijer in de literatuur als ‘vaag’ en ‘onhanteerbaar’ te boek is komen te staan.<sup>192</sup> De vaagheid kan volgens mij evenwel worden verminderd en de hanteerbaarheid worden vergroot door de correctie stapsgewijs uit te voeren. De rechter zal dus eerst moeten vaststellen of gelet op alle omstandigheden van het geval de omstandigheid dat een wettelijke norm is geschonden dusdanig zwaar weegt dat deze omstandigheid in de woorden van Langemeijer de ‘doorslag’ geeft voor het oordeel dat ook een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is geschonden. Vervolgens zal de rechter moeten vaststellen of deze ongeschreven zorgvuldigheidsnorm wél strekt tot bescherming van het geschade belang.

De rechter heeft bij beide stappen volop ruimte voor eigen waardering, ervan uitgaande dat de benadeelde voldoende feiten heeft gesteld en bij betwisting weet te bewijzen. Het antwoord op de vraag wanneer de rechter de correctie-Langemeijer zou moeten laten slagen, komt er daarom op neer dat de rechter dat eenvoudigweg moet *willen*. De rechter moet willen dat de correctie-Langemeijer slaagt, omdat hij het vanuit materieel aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief wenselijk acht toch aansprakelijkheid aan te nemen, in gevallen waarin het relativiteitsvereiste aan aansprakelijkheid in de weg staat op de enkele grond dat een wettelijke norm is geschonden. De twee stappen die zich binnen de correctie-Langemeijer laten onderscheiden kunnen wat dat betreft inhoudelijk over één kam worden geschoren.<sup>193</sup>

Allerlei redenen zijn denkbaar waarom de rechter na een ontkennend relativiteitsoordeel ten aanzien van een wettelijke norm met behulp van de correctie-Langemeijer alsnog aansprakelijkheid zou willen aannemen. De rechter kan hiertoe reden zien in de verhouding van partijen of de omstandigheden van het geval. Meer specifiek kan dan worden gedacht aan de aard van de normschending. Zo kan een opzettelijke normschending extra reden zijn om de correctie-Langemeijer in te zetten.<sup>194</sup> Evenals de aard van het geschade belang, waarbij gedifferentieerd zou kunnen worden tussen letsel-, zaaks- en zuivere vermogensschade. Het kan echter ook dat de rechter via de correctie-Langemeijer alsnog aansprakelijkheid wil aannemen, vanwege meer algemene redenen als het gegeven dat zich een relevante ontwikkeling

---

191 Astrazeneca/Menzis, r.o. 3.3.5.

192 Zie Lankhorst 1992b, p. 26-27 en J.B.M. Vranken, noot onder Astrazeneca/Menzis, *NJ* 2008/491, sub 16-17, resp. Verheij 2014, p. 98. In deze zin ook Van den Berge 2012, p. 83 en p. 129-130.

193 Een uitzondering zouden zogeheten pot-verwijt-de-ketel-zaken kunnen zijn, waarin de benadeelde ook zelf in strijd met (dezelfde) ongeschreven zorgvuldigheidsnorm heeft gehandeld. Zie hierover met voorbeelden par. 2.9.

194 Zie ook Lankhorst 1992b, p. 28.

heeft voorgedaan sinds de wetgever de betreffende norm heeft uitgevaardigd. Ook het belang van handhaving van de norm als zodanig kan een gezichtspunt zijn, zoals Langemeijer dat belang zelf betreft in zijn conclusie voor de tandartsenzaak.

De rechter kan met de correctie-Langemeijer dus zogezegd ‘maatwerk’ leveren in concrete gevallen, tot op zekere hoogte vorm geven aan de rechtsontwikkeling en voorzien in indirecte privaatrechtelijke handhaving van de betreffende norm.<sup>195</sup> De tandartsenarresten tonen dat de rechter in de praktijk ook best met de correctie uit de voeten kan.<sup>196</sup> In Tilburg draagt het gegeven dat Dorenbos de Wet op de Tandheelkunst schendt bij aan het oordeel dat hij onrechtmatig handelt jegens Beukers c.s., die wel over de vereiste opleiding en diploma’s beschikken. In Rotterdam is dit niet het geval, omdat de onbevoegde aldaar een redelijke opleiding heeft gevolgd en de praktijken van zijn wel bevoegde concurrenten nauwelijks ruimte hebben voor nieuwe patiënten.<sup>197</sup> In Zwolle is dit evenmin het geval ten aanzien van een tandprotheticus, omdat de tandartsen in deze zaak niet kunnen worden geacht nadeel te ondervinden van het feit dat de onbevoegde gebitsprothesen vervaardigt, slechts op een beperkt gebied tandheelkundige werkzaamheden verricht en over een diploma tandprotheticus beschikt. De ‘voorsprong’ die deze tandprotheticus zich had verschaft, acht het hof met instemming van de Hoge Raad daarom onvoldoende om aan te nemen dat hij een ongeschreven zorgvuldigheid snorm heeft geschonden.<sup>198</sup> Ook rechtspraak uit recenter tijden toont dat de rechter de correctie-Langemeijer weet te hanteren.<sup>199</sup>

---

195 Vgl. J.B.M. Vranken, noot onder *Astrazeneca/Menzis*, NJ 2008/491, sub 17, die in zaken als *Astrazeneca/Menzis* ook een beletsel ziet voor het slagen van de correctie-Langemeijer in de complexiteit van de organisatie van in dit geval de zorg en de wet- en regelgeving die de verhouding van farmaceut en zorgverzekeraar beheerst.

196 Zie hierover nader Lankhorst 1992b, p. 26-28 en Lankhorst 2003, p. 35-45.

197 HR 1 juli 1977, ECLI:NL:HR:1977:AB7067, NJ 1978/290 (Tandartsen II).

198 HR 16 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5711, NJ 1989/505, m.nt. C.J.H. Brunner (Tandartsen III), r.o. 3.4, 3.5 en 3.6.

199 Zie voor voorbeelden van een slagende correctie-Langemeijer tevens het oordeel van het hof in *Pfizer/Cosmétique*, te bespreken in par. 5.3. Zie verder bijv. in zaken over de Wet op de Kansspelen Rb. Utrecht 12 augustus 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AI0977, NJF 2003/19 (Peak/Holland Casino), r.o. 3.14-3.20; Hof Arnhem 2 september 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AJ9996, NJF 2003/60 (Lotto/Ladbrokes), r.o. 4.6; Rb. Utrecht 18 september 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AK4749, NJF 2003/85 (Staatsloterij/Stargames), r.o. 4.5-4.9. Zie over de Wet op de rechtsbijstand Rb. Leeuwarden 3 december 2003, ECLI:NL:RBLEE:2003:AN9461 (Orde van Advocaten/stichtingen rechtsbijstand), r.o. 3.6-3.9 en over het Besluit Uitoefening Artsenijunkunst Hof Den Bosch 11 april 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW0703, NJ 2006/438, GJ 2006/102, m.nt. G.R.J. de Groot (KNMP/Sofa), r.o. 4.8.7-4.8.9. Zie voor een niet-slagend beroep op de correctie-Langemeijer bijv. over diergeneesmiddelenwetgeving Hof Arnhem 13 mei 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BF6799, NJF 2008/418 (Dopharma/AA Vet), r.o. 4.3. Zie tevens over de Wro Hof Arnhem 17 januari 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BV1241 (Hof van Twente), r.o. 5.14-5.20 en over de Zvw Rb. Den Haag 20 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV9316, GJ 2012/79 (NVD/Staat), r.o. 4.5-4.10 en over richtlijnen inzake het energie-

De correctie-Langemeijer kan daarom ook dienen als materieel aansprakelijkheidsrechtelijk bijsturingsmechanisme bij het institutioneel model voor het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm. De rechter kan met behulp van de correctie-Langemeijer alsnog aansprakelijkheid aannemen, als hij in de terughoudende opstelling op grond van het model bij de vraag naar het beschermingsdoel moet oordelen dat het relativiteitsvereiste aan aansprakelijkheid voor de enkele schending van een wettelijke norm in de weg staat, omdat de wetgever zwijgt over eventuele te beschermen individuele vermogensbelangen. Anders dan bij het oordeel over de relativiteit van de betreffende wettelijke norm, wordt het oordeel van de rechter bij de correctie-Langemeijer niet 'belast' door zijn verhouding tot de wetgever. De legitimiteit van het oordeel van de rechter in het licht van die verhouding zal bij toepassing van de correctie-Langemeijer niet snel ter discussie staan. Bij het oordeel of al dan niet een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is geschonden heeft de rechter immers van oudsher de vrije hand. Daarvoor is deze onrechtmatigheidsrubriek juist in het leven geroepen. Hetzelfde geldt voor het oordeel over de relativiteit van deze ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Ook daarbij speelt de verhouding van de rechter tot de wetgever in beginsel niet. Van zulke normen staat niet ter discussie dat deze individuele vermogensbelangen beogen te beschermen: die individuele vermogensbelangen, waarop de aangesproken partij bedacht moet zijn.<sup>200</sup>

De verhouding van de rechter tot de wetgever zou echter ook bij de correctie-Langemeijer in beeld kunnen komen, als de rechter over de band van deze correctie min of meer structureel over zou gaan tot zulke indirecte privaatrechtelijke 'handhaving' van een bepaalde wettelijke norm en zijn oordeel ter zake in algemenere termen zou gaan motiveren en minder toegespitst op het concrete geval.<sup>201</sup> De correctie-Langemeijer biedt dus een bijsturingsmechanisme, maar wel een incidenteel bijsturingsmechanisme. De rechter kan daarmee in voorkomende gevallen al te onwenselijke uitkomsten afwenden en in zoverre vorm geven aan de rechtsontwikkeling en voorzien in handhaving van de betreffende wettelijke norm. De correctie-Langemeijer biedt echter geen structurele oplossing van het 'probleem' dat de wetgever zwijgt over eventuele te beschermen individuele vermogensbelangen, terwijl de rechter het vanuit materieel aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief wel wenselijk acht aansprakelijkheid aan te nemen op de enkele grond dat de betreffende wettelijke norm is geschonden. Een oplossing daarvoor zal van de wetgever moeten komen. Aangenomen althans dat er voor de rechter goede reden bestaat bij beantwoor-

---

prestatiecertificaat, mede in het licht van de a.b.b.b. Rb. Den Haag 14 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5878, *NJF* 2014/295 (Energyclaim/Staat), r.o. 4.10-4.19.

200 Dit is echter anders als de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm op een wettelijke norm is geënt, zoals in *Duwbak Linda*, waarover nader in par. 5.4.

201 Vgl. Hartlief 2008b, p. 777 over de legitimatie van het formuleren van veiligheidsnormen door de rechter middels ongeschreven zorgvuldigheidsnormen.

ding van de vraag naar het beschermingsdoel een terughoudende opstelling te kiezen en deze vraag en de daarmee gepaard gaande verstrekkende en beleidsmatige keuze of privaatrechtelijke handhaving van de betreffende norm überhaupt mogelijk zou moeten zijn, aan de wetgever te laten, zoals ik doe.

#### 4.11 RELATIVITEIT MET BELEID

Het vaststellen van de relativiteit van wettelijke normen is een kwestie van wetsinterpretatie. De rechter heeft daarbij als bij alle wetsinterpretatie de ruimte om eigen keuzes te maken. Temeer daar de wetgever geen pasklaar antwoord kan bieden op de vraag of de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang van de benadeelde in het concrete geval. Hoewel het relativiteitsvereiste in mijn visie op zijn ratio dus niet *uit zijn aard* een meer of minder aansprakelijkheidsinperkend of -regulerend karakter heeft dan de andere vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad,<sup>202</sup> krijgt de *toets* aan dit vereiste in zoverre onvermijdelijk een ‘rechtspolitiek’ karakter.<sup>203</sup> Meer wellicht dan de toets aan de andere vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.<sup>204</sup> Dit gevoel leeft ook in Duitsland, ten aanzien van de toets aan het Schutznorm-vereiste van artikel 823 lid 2 BGB. Brüggemeier spreekt vrij vertaald van ‘over de rug van het geldende recht bedreven rechtspolitiek’.<sup>205</sup> Volgens Deutsch komt de toets aan dit vereiste niet zelden neer op een oordeel over de wenselijkheid van het al dan niet aannemen van aansprakelijkheid ‘verkleed’ als relativiteitsoordeel:

‘Nicht ganz selten verbirgt sich hinter der Berufung auf den Normzweck eine *petitio principii*. Das gewünschte Ergebnis regiert, als Schutzzweck verkleidet, die Haftung.’<sup>206</sup>

Over de toets aan het relativiteitsvereiste bij wettelijke normen valt echter meer te zeggen, zo heb ik in dit hoofdstuk willen laten zien. Wanneer de rechter

202 Zie hfdst. 3.

203 Zie bijv. Groene Serie Onrechtmatige daad, art. 6:163 BW, aant. 1.5 (K.J.O. Jansen); J.A.E. van der Does, noot onder Iraanse vluchteling, *Gst.* 2007/90, sub 3; Lindenberg 2007a, p. 8 en p. 25; Lindenberg 2007b, p. 780; Lindenberg 2008, nr. 6; Jurgens 2010, p. 115.

204 Hoewel bijvoorbeeld ook van de toets aan het vereiste van causaal verband in de zin van *condicio-sine-qua-non* zou kunnen worden gezegd dat deze een hoog ‘rechtspolitiek’ gehalte krijgt, als deze toets normatiever wordt gemaakt door deze in te vullen met de zogeheten omkeringsregel of het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid, waarover eerder in par. 3.5.

205 Brüggemeier 2006, p. 537 (‘de lege lata geübten Rechtspolitik’). In vergelijkbare zin Münchener Kommentar, art. 823 lid 2, nr. 318 en 340 (G. Wagner).

206 Deutsch 2002, p. 198. In deze zin ook K.J.O. Jansen 2007, p. 184, die het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Duwbak Linda bestempelt als ‘juridische-technische “verpakking” van een ‘rechtspolitiek’ oordeel.

de relativiteit van een door de wetgever uitgevaardigde norm vaststelt, is niet alleen het materieel aansprakelijkheidsrechtelijke perspectief van de wenselijke uitkomst in het geding, maar ook het institutionele perspectief van de legitimiteit van het relativiteitsoordeel in het licht van de verhouding van de rechter tot de wetgever. Het gaat er dus niet alleen om hoe de rechter inhoudelijk keuzes zou moeten maken, maar ook of *hij* dat zou moeten doen of het aan de wetgever zou moeten laten. Ook als de wetgever zwijgt en het in zoverre nalaat een keuze te maken.

De kern van het institutionele model dat ik heb ontwikkeld, is dat er goede reden is voor de rechter bij de vraag naar het beschermingsdoel een terughoudende opstelling te kiezen en deze vraag aan de wetgever over te laten. De rechter kan dat doen door alleen met dekking van de wetgever in wetstekst en wetsgeschiedenis middels positieve aanwijzingen aan te nemen dat de betreffende norm naast algemene belangen ook individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Bij de eventueel daarna te beantwoorden vraag naar de beschermingsomvang of het specifieke geschade belang van de benadeelde onder de individuele vermogensbelangen kan worden geschaard, waarvan bij beantwoording van de vraag naar het beschermingsdoel is vastgesteld dat de norm die beoogt te beschermen, is er geen beletsel voor de rechter om een actieve opstelling te kiezen. Hier kan en moet hij eigen keuzes maken, op basis van een analogie- of a contrario-redenering.

Dit model vergroot de voorspelbaarheid van het relativiteitsoordeel op het punt van de vraag naar het beschermingsdoel. Dreigen in dit model als gevolg van de terughoudende opstelling van de rechter bij de beantwoording van de vraag naar het beschermingsdoel uitkomsten die de rechter vanuit materieel aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief toch onwenselijk acht, dan kan hij die in voorkomende gevallen afwenden met behulp van de correctie-Langemeijer. Ik bepleit daarom dat de rechter dit institutionele model bij wijze van beleid hanteert, telkens als hij wordt gevraagd de relativiteit van een wettelijke norm vast te stellen, waar nodig aangevuld met de correctie-Langemeijer als bijsturingsmechanisme. In de nu volgende hoofdstukken gebruik ik dit model als ijkpunt om de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen van de Hoge Raad en de Afdeling tegen af te zetten.

## 5 | Rechtspraak van de Hoge Raad

### 5.1 HET MODEL ALS IJKPUNT IN TWAALF ZAKEN

In de voorgaande hoofdstukken heb ik een poging gedaan een ijkpunt te vinden, waartegen de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen kan worden afgezet. Daartoe heb ik een theoretisch kader geschetst, met het doel te voorzien in een samenhangende visie op de definitie van het relativiteitsvereiste, zijn ratio en de toets aan dit vereiste bij wettelijke normen. Bij wijze van sluitstuk heb ik een model ontwikkeld voor het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm, waarin de verhouding van de rechter tot de wetgever vooropstaat.

Dit ‘institutionele’ model houdt kort gezegd in dat de rechter zijn relativiteitsoordeel faseert en zijn opstelling in zijn verhouding tot de wetgever differentieert. Bij de vraag naar het beschermingsdoel of de geschonden norm naast een of meer algemene belangen ook individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, in de eerste fase van het relativiteitsoordeel, kiest de rechter een terughoudende opstelling. Terughoudend, in de zin dat hij beantwoording van deze vraag aan de wetgever overlaat. De rechter kan dat doen door alleen aan te nemen dat de betreffende norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen – en derhalve kan worden ingeroepen in het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht als zelfstandige grondslag voor een vordering uit onrechtmatige daad, zodat rechtstreekse privaatrechtelijke handhaving mogelijk is – als de wetgever daarvoor dekking biedt in wetstekst en wetsgeschiedenis middels positieve aanwijzingen. De wetgever zal daartoe in elk geval bepaalde individuele belangen als te beschermen belangen moeten omschrijven en duidelijk moeten maken dat hij bedoelt met de betreffende norm deze belangen in vermogensrechtelijke zin te beschermen. Alleen in dat geval komt de rechter toe aan de vraag naar de beschermingsomvang, in de tweede fase van het relativiteitsoordeel. Bij beantwoording van deze vraag kiest de rechter een actieve opstelling. Actief, in de zin dat hij deze vraag zelf voor zijn rekening neemt en op basis van gevalsvergelijking, met een analogie- of a contrario-redenering, zelf de keuze maakt of het specifieke geschade belang van de benadeelde, die zich in het concrete geval bij de rechter meldt, onder de individuele vermogensbelangen kan worden geschaard die de norm beoogt te beschermen.

Hoe verhoudt de rechtspraak van de Hoge Raad zich tot dit theoretisch kader en meer in het bijzonder tot dit model? In dit hoofdstuk onderzoek ik

het voor de twaalf zaken waarin hij zich zo ver mij bekend in grofweg de afgelopen tien jaar uitsprak over de relativiteit van wettelijke normen. Ik begin met de maatstaf die de Hoge Raad hanteert voor de toets aan het relativiteitsvereiste. Terminologisch wijkt deze deels af van mijn definitie van het relativiteitsvereiste. Maar zijn maatstaf sluit daarbij ook deels aan, onder meer op het punt dat deze maatstaf niet zoals artikel 6:163 BW negatief, maar positief of beter gezegd neutraal is geformuleerd. Dit suggereert dat de Hoge Raad niet uitgaat van een generiek, voor alle wettelijke normen geldend 'vermoeden' van relativiteit. In zijn relativiteitsoordeel in *Astrazeneca/Menzis* wijst hij een dergelijk vermoeden ook daadwerkelijk met zoveel woorden van de hand. In zoverre laat de rechtspraak van de Hoge Raad zich dus inpassen in het model. Verder valt over de verhouding van zijn rechtspraak tot het model op basis van deze maatstaf niet veel te zeggen (par. 5.2).

Ik neem daarom de relativiteitsoordelen in de twaalf zaken elk afzonderlijk onder de loep. Het zal niet verbazen dat de Hoge Raad het model niet hanteert. Evenmin hanteert hij de fasering van Lankhorst. De Hoge Raad maakt geen kenbaar onderscheid tussen de vraag naar het beschermingsdoel en de vraag naar de beschermingsomvang. In vier zaken situeert het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad zich niettemin in wezen op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. De relativiteitsoordelen in deze zaken laten zich in zoverre inpassen in het model, dat zich daarin een terughoudende opstelling aftekent van de Hoge Raad. Wanneer in deze zaken dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen in wetstekst of wetsgeschiedenis ontbreekt dat de betreffende norm of regeling mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, oordeelt de Hoge Raad dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan en omgekeerd. Daarmee is nog niet gezegd dat de Hoge Raad in deze zaken oordeelt dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan, *omdat* positieve aanwijzingen ontbreken en omgekeerd. Ook materieel aansprakelijkheidsrechtelijke overwegingen als het flood gates-argument zouden een rol kunnen spelen. Afgaande op de motivering is het in mijn optiek echter wel aannemelijk, zij het in de ene zaak meer dan in de andere. Dat laat ik zien voor de ontkennende relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in *Pfizer/Cosmétique* (par. 5.3), *Duwbak Linda* (par. 5.4) en *Iraanse vluchteling* (par. 5.5) en zijn bevestigende relativiteitsoordeel in *Vie d'Or* (par. 5.6).

De relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in zes andere zaken situeren zich in wezen overwegend op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang. In deze zaken staat niet ter discussie dat de betreffende norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Wat in deze zaken wel ter discussie staat, is of het specifieke geschade belang van de benadeelde, die zich bij de rechter meldt, onder die individuele vermogensbelangen kan worden geschaard, mede in het licht van de omstandigheden van het geval. In deze zaken tekent zich een actieve opstelling af van de Hoge Raad. Hij maakt meer of minder kenbaar eigen keuzes, ook of juist als de wetgever op dit punt zwijgt. Ook deze relativiteitsoordelen laten zich daarom inpassen in

het model. Dat laat ik zien voor de relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in *Astrazeneca/Menzis c.a.* (par. 5.7) en *Nabbe/Staalbankiers* (par. 5.8) en voor zijn relativiteitsoordelen in *Gemeente Barneveld/Gasunie* (par. 5.9) en de *hangmatzaak c.a.* (par. 5.10).

De relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in twee Amsterdamse zaken over prostitutievergunningen laten zich daarentegen minder goed inpassen in het model. Hij kiest hier een minder terughoudende opstelling dan het model veronderstelt. De Hoge Raad houdt de mogelijkheid open dat de betreffende norm of regeling al dan niet onder bepaalde voorwaarden mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, zonder dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen daartoe. Een mogelijke verklaring is de bijzondere maatstaf die de Hoge Raad in deze zaken van overheidsaan-sprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn, respectie-velijk voor door de bestuursrechter vernietigde besluiten hanteert bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid. Als gevolg daarvan doet zich een ‘overloop’ voor van het onrechtmatigheidsoordeel in het relativiteitsoordeel. Wat dat betreft hebben de relativiteitsoordelen in deze zaken een status aparte (par. 5.11). De balans die kan worden opgemaakt, is dat de rechtspraak van de Hoge Raad over de relativiteit van wettelijke normen zich grosso modo redelijk laat inpassen in het model (par. 5.12).

## 5.2 DE NEUTRALE MAATSTAF VAN DE HOGE RAAD

Om na te gaan of en in hoeverre de rechtspraak van de Hoge Raad over de relativiteit van wettelijke normen van grofweg de afgelopen tien jaar zich laat inpassen in het model, onderzoek ik eerst de maatstaf die hij in vijf van de twaalf zaken hanteert. De Hoge Raad presenteert deze maatstaf voor het eerst in *Duwbak Linda*:

‘Bij de beantwoording van de vraag of voldaan is aan het in art. 6:163 BW neergelegde vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, komt het aan op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt.’<sup>1</sup>

In de *hangmatzaak* merkt de Hoge Raad deze maatstaf zelf ook aan als ‘vaste rechtspraak’.<sup>2</sup> Al is dat opvallend genoeg tot op heden ook meteen de laatste

---

1 HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, *NJ* 2006/281, m.nt. Jac. Hijma (*Duwbak Linda*), r.o. 3.4.1.

2 HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief (*hangmat*), r.o. 4.3.1.

keer dat hij deze maatstaf heeft gehanteerd, zij het dat deze in verkorte vorm terugkeert in de manegepaardzaak.<sup>3</sup>

Terminologisch wijkt deze maatstaf deels af van de door mij voorgestelde definitie van het relativiteitsvereiste als het vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang.<sup>4</sup> De Hoge Raad volgt de feitelijke formulering van artikel 6:163 BW dat de geschonden norm strekt tot bescherming 'tegen de schade' van de benadeelde en formuleert zijn maatstaf dus niet in termen van het door de geschonden norm te beschermen *belang*. Zoals in het vervolg van dit hoofdstuk zal blijken, drukt de Hoge Raad zich bij zijn inhoudelijke relativiteitsoordelen vaak wel ten dele uit in termen van door de norm te beschermen belangen.

Op andere aspecten sluit de maatstaf van de Hoge Raad aan bij mijn definitie van het relativiteitsvereiste. De Hoge Raad laat het vereiste van relatieve onrechtmatigheid dat de onrechtmatige daad 'jegens' de benadeelde is gepleegd van artikel 6:162 lid 1 BW of, anders geformuleerd, dat de schending van de norm onrechtmatig is 'jegens' de benadeelde achterwege. Hij gaat in zoverre uit van een eenduidige definitie van het relativiteitsvereiste, zoals ik heb bepleit. Wat bovendien aansluit, is dat de Hoge Raad niet kiest voor een negatieve formulering van zijn maatstaf, zoals in artikel 6:163 BW, maar voor een positieve of, beter gezegd, neutrale formulering. Bij de toets aan het relativiteitsvereiste 'komt het aan op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt'.

Uit deze neutrale formulering zou bovendien voorzichtig kunnen worden afgeleid dat de Hoge Raad niet uitgaat van een generiek, voor alle wettelijke normen geldend 'vermoeden' van relativiteit. Althans niet in zijn rechtspraak van grofweg de afgelopen tien jaar.<sup>5</sup> Uit de maatstaf van de Hoge Raad

---

3 De Hoge Raad hanteert deze maatstaf behalve in Duwbak Linda in HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, NJ 2009/485, m.nt. M.R. Mok (Pfizer/Cosmétique II), r.o. 4.2.3; HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, NJ 2008/527 (Vie d'Or), m.nt. C.C. van Dam onder NJ 2008/529, r.o. 4.2.2; HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, NJ 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken (Astrazeneca/Menzis), r.o. 3.3.2 en hangmat, r.o. 4.3.1. In de laatste zaak spreekt de Hoge Raad overigens van 'aansprakelijkheidsnorm' in plaats van 'geschonden norm', nu in die zaak art. 6:174 BW inzet is van het relativiteitsoordeel. Zie nader par. 5.8. Vgl. HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162, r.o. 3.4.2 (manegepaard).

4 Zie par. 2.8-2.9.

5 Eerder was dat in mijn optiek overigens ook niet het geval. Anders Lankhorst 1992b, p. 44-45, die wijst op HR 5 januari 1951, NJ 1951/494, m.nt. Ph.A.N. Houwing (Grofru). De Hoge Raad oordeelt dat 'veeleer, nu van het tegendeel niet blijkt, moet worden aangenomen, dat de onderhavige – op het Organisatiebesluit Voedselvoorziening 1941 berustende – verordening, in het bijzonder art. 2, naast andere belangen, gelijk bijvoorbeeld die van de telers, ook de belangen van kopers, met name die van den groothandel in groenten en fruit, waaronder Grofru, beoogde te behartigen'. Ook hier oordeelt de Hoge Raad echter niet dat de betreffende verordening strekt tot bescherming van groothandel

spreekt in elk geval niet onmiddellijk dat hij steeds aanneemt dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang, behoudens aanwijzingen van de wetgever van het tegendeel.<sup>6</sup> Die indruk wordt bevestigd door het feit dat de Hoge Raad een dergelijk generiek vermoeden van relativiteit uitdrukkelijk verwierpt, naar aanleiding van de cassatieklacht van Astrazeneca c.s. in Astrazeneca/Menzis.<sup>7</sup> Hij merkt daarbij een dergelijk vermoeden aan als 'te beperkt' en 'dus onjuist',<sup>8</sup> onder verwijzing naar zijn vaste maatstaf. Ik bespreek dit relativiteitsoordeel later in dit hoofdstuk in meer detail.

De rechtspraak van de Hoge Raad laat zich dus in elk geval in zoverre inpassen in het model, dat hij bij het relativiteitsoordeel een neutraal vertrekpunt kiest. Verder valt op basis van zijn maatstaf voor dat oordeel niet veel te zeggen over de 'inpasbaarheid' van zijn rechtspraak in het model. Uit deze maatstaf blijkt dat in de optiek van de Hoge Raad bij de toets aan het relativiteitsvereiste niet alleen 'de strekking' van de geschonden norm, maar ook zijn 'doel' in aanmerking moet worden genomen. Op basis daarvan moet het beschermingsbereik van de norm worden vastgesteld, in termen van de drie dimensies van de door de norm te beschermen personen, typen schade en wijzen van ontstaan van de schade. Deze dimensies ontleent de Hoge Raad waarschijnlijk aan de wetsgeschiedenis van artikel 6:163 BW,<sup>9</sup> of aan het proefschrift van Lankhorst,<sup>10</sup> of aan beide.<sup>11</sup> De achtergrond van het onderscheid tussen 'het doel' en 'de strekking' van de geschonden norm is minder duidelijk. Het zou kunnen dat de Hoge Raad daarmee doelt op het onderscheid dat Lankhorst maakt tussen de vraag naar het beschermingsdoel en de vraag naar de beschermingsomvang, waarop ik mijn model voor het vaststellen van de relativiteit van wettelijke norm heb gebaseerd.<sup>12</sup> Aanknopingspunten dat de Hoge Raad daarop werkelijk doelt, heb ik echter niet kunnen vinden.

---

Grofru, bij gebreke van aanwijzingen van het tegendeel in *wetstekst en wetsgeschiedenis* van de verordening of het Organisatiebesluit die hier inzet zijn van het relativiteitsoordeel.

6 Zie par. 4.2.

7 In deze zin ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 129. Zie tevens t.a.v. Duwbak Linda, Gelpke 2005, p. 144 en t.a.v. Astrazeneca/Menzis J.B.M. Vranken, noot onder Astrazeneca/Menzis, NJ 2008/491, sub 13-14. Zie in meer algemene zin Leopold 2009, p. 52-53; Jurgens 2010, p. 112-113; Franssen & Van Tilborg 2015, p. 58. Vgl. minder stellig Groene Serie Onrechtmatige daad, art. 6:163 BW, aant. 5.2 en 6.1-6.2 (K.J.O. Jansen); Schueler 2005b, p. 98; Wiggers-Rust 2011, p. 137.

8 Astrazeneca/Menzis, r.o. 3.3.1-3.3.2. Zie nader par. 5.7. Impliciet doet de Hoge Raad hetzelfde in Pfizer/Cosmétique II, r.o. 4.2.2-4.2.3, waarover nader in par. 5.3.

9 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 637 (MvA II) en nader par. 4.2.

10 Zie Lankhorst 1992b, p. 101-102. In deze zin ook Lankhorst zelf: Lankhorst 2005, p. 118.

11 Zie voor een nadere bespreking van deze drie dimensies par. 4.2.

12 Later in zijn eigenlijke relativiteitsoordeel in Duwbak Linda, in r.o. 3.4.4, neemt de Hoge Raad ook het woord 'beschermingsomvang' in de mond, maar mijn indruk is dat hij deze term gebruikt in neutrale zin, als synoniem voor 'beschermingsbereik'.

De vraag is wat dan het nut is van deze tweedeling. Die vraag rijst ook bij Hijma. Hij zoekt het in het taalkundige onderscheid tussen het 'doel' van de norm als het 'oogmerk' waarmee de wetgever deze heeft uitgevaardigd en de 'strekking' van de norm als 'aanmerkelijk rijker begrip, dat verwijst naar de interpretatie van de norm en zodoende naar al hetgeen bij de wetsuitleg een rol kan spelen'. Zo opgevat overlappen beide begrippen, zodat volgens Hijma het begrip 'doel' achterwege kan worden gelaten.<sup>13</sup> Mij lijkt dat ook. Sterker nog, ik vraag mij af of hetzelfde niet geldt voor de maatstaf als geheel. Informatie over *hoe* de relativiteit van een wettelijke norm zou moeten worden vastgesteld, geeft deze niet of nauwelijks.<sup>14</sup> Hooguit blijkt daaruit *wat* vastgesteld moet worden en dat onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen de drie dimensies van de door de norm te beschermen personen, typen schade en wijzen van ontstaan van schade. De toegevoegde waarde van deze maatstaf lijkt zo vooral dat het een 'cue' is dat er een relativiteitsoordeel volgt. Wellicht is dat ook de reden van dat de Hoge Raad zijn maatstaf niet consequent bij al zijn relativiteitsoordelen voorop stelt.

Uit deze maatstaf valt verder dus niet veel af te leiden over de wijze waarop de Hoge Raad de relativiteit van wettelijke normen vaststelt. Om meer te kunnen zeggen over de vraag of zijn rechtspraak zich laat inpassen in het model, moeten daarom zijn relativiteitsoordelen afzonderlijk onder de loep worden genomen. Hoewel de Hoge Raad het model uiteraard niet hanteert en evenmin de fasering van Lankhorst, laten zijn relativiteitsoordelen in de twaalf zaken zich onderverdelen al naar gelang het relativiteitsoordeel zich in wezen situeert op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel of op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang. Het relativiteitsoordeel zou zich in de theorie van het model weliswaar steeds ofwel moeten beperken tot de vraag naar het beschermingsdoel, ofwel de vraag naar het beschermingsdoel en de vraag naar de beschermingsomvang moeten omvatten. Maar in de praktijk kan het mede om procesrechtelijke redenen ook voorkomen dat de rechter alleen gevraagd wordt zich uit te laten over de vraag naar de beschermingsomvang.

Staat in het relativiteitsoordeel de tegenstelling centraal tussen een als algemeen belang aan te merken belang enerzijds en op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen anderzijds, dan merk ik dat relativiteitsoordeel aan als relativiteitsoordeel dat zich situeert op het niveau van de abstracte vraag naar het beschermingsdoel. Dit is het geval bij de relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in Pfizer/Cosmétique, Duwbak Linda,

13 Jac. Hijma, noot onder Duwbak Linda, *NJ* 2006/281, sub 4, onder verwijzing naar Bloembergen 1965, nr. 122 en Lankhorst 1992b, p. 117 e.v. Instemmend Van der Wiel 2007, p. 188. Anders Franssen & Van Tilborg 2015, p. 60, die wel toegevoegde waarde zien in het onderscheid. Zij brengen dit onderscheid bovendien in verband met het onderscheid tussen de vraag naar het beschermingsdoel en de vraag naar de beschermingsomvang van Lankhorst, al spreken zij van 'beschermingsinhoud' en 'beschermingsbereik' (voetnoot 29).

14 In deze zin ook Verheij 2014, p. 97-98.

Iraanse vluchteling en Vie d'Or. Staat daarentegen de tegenstelling centraal tussen op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen enerzijds en het specifieke geschade belang van de benadeelde, die zich bij de rechter meldt, anderzijds, dan merk ik het relativiteitsoordeel aan als relativiteitsoordeel dat zich situeert op het niveau van de concrete vraag naar de beschermingsomvang. Dat is het geval in Astrazeneca/Menzis, Nabbe/Staalbankiers, Gemeente Barneveld/Gasunie en de hangmatzaak. In de nu volgende paragrafen bespreek ik de relativiteitsoordelen in deze volgorde – die dus licht afwijkt van de chronologische volgorde – nader. Te beginnen met de zaken waarin het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad zich situeert op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel.

### 5.3 BESCHERMINGSDOEL, GEEN RELATIVITEIT I: PFIZER/COSMÉTIQUE

Een van de zaken waarin het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad zich situeert op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel is de zaak van de rivaliserende fabrikanten van haargroeimiddelen Pfizer en Cosmétique, waarmee ik dit proefschrift opende. Inzet van het relativiteitsoordeel in deze zaak is de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening (WGV). Volgens Pfizer doet Cosmétique haar oneerlijke concurrentie aan, door in strijd met deze WGV de haargroeimiddelen Dercos en Kérastase op de markt te brengen als 'cosmeticum tegen haaruitval', zonder registratie als geneesmiddel.<sup>15</sup> Pfizer meent dat deze haargroeimiddelen wel degelijk over zo'n registratie zouden moeten beschikken, omdat deze hebben te gelden als geneesmiddelen. Zelf heeft Pfizer het haargroeimiddel Regaine, dat zij op de markt brengt, wel conform de WGV laten registreren als geneesmiddel. Pfizer vordert daarom een verbod voor Cosmétique ongeregistreerde haargroeimiddelen op de markt te brengen. Ook vordert Pfizer vergoeding van de omzet en winst, die zij stelt te hebben misgelopen doordat Cosmétique haar ongeregistreerde haargroeimiddelen op de markt heeft gebracht. Cosmétique bestrijdt dat het bij Dercos en Kérastase om geneesmiddelen gaat. Zij voert verder aan dat het relativiteitsvereiste aan toewijzing van de vorderingen van Pfizer in de weg staat.

De rechtbank wijst de vorderingen van Pfizer – destijds Upjohn geheten – inderdaad af, omdat de WGV 'slechts' strekt 'ter bescherming van het belang van de volksgezondheid' en niet ter bescherming van de 'commerciële belangen' van Pfizer.<sup>16</sup> Ook het eerste hof dat zich over de zaak buigt, komt tot afwijzing van de vorderingen, maar dan omdat de haargroeimiddelen van Cosmétique – destijds opererend als L'Oréal – geen geneesmiddelen zijn. Dit

15 HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, NJ 2009/485, m.nt. M.R. Mok (Pfizer/Cosmétique II), r.o. 3.1 (ii).

16 Geciteerd uit de samenvatting van Advocaat-Generaal Keus voor HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8178, NJ 2003/706, m.nt. G.R.J. de Groot (Pfizer/Cosmétique I), sub 1.5.

arrest van het hof wordt door de Hoge Raad echter vernietigd, onder meer omdat het hof niet op de juiste manier heeft vastgesteld of de haargroeimiddelen van *Cosmétique* geneesmiddelen zijn.<sup>17</sup> In de procedure na verwijzing oordeelt een tweede hof dat alleen het haargroeimiddel *Dercos* als geneesmiddel moet worden aangemerkt. Dit hof komt daarom weer toe aan de relativiteit van de WGV en velt opnieuw een ontkennend relativiteitsoordeel. De 'voornaamste doelstelling' van de richtlijn 1965/65/EG, die in de WGV is geïmplementeerd, is naar het oordeel van het hof dezelfde als die van de wetgever bij het opstellen van de WGV: het beschermen van 'de volksgezondheid', naast 'het geheel of ten dele opheffen van belemmeringen van het intracommunautaire handelsverkeer van farmaceutische producten'. De WGV 'bezit' niet de strekking 'de eerlijke mededinging tussen producenten of handelaren van geneesmiddelen te beschermen', aldus het hof.<sup>18</sup>

Ondanks dit ontkennende relativiteitsoordeel wijst het tweede hof de vorderingen van Pfizer deels toe, voor zover die zien op het haargroeimiddel *Dercos*. Dat doet dit hof op grond van de correctie-Langemeijer.<sup>19</sup> Het hof stelt daartoe eerst vast dat *Dercos* van *Cosmétique* en *Regaine* van Pfizer concurrerende producten zijn. *Dercos* is vergelijkbaar met *Regaine*, voor wat betreft onder meer verkrijgbaarheid bij de apotheek, prijs en presentatie als middel dat 'niet alleen haaruitval vermind[er]t maar het haar tijdens de groeifase ook doet toenemen', aldus het hof. Beide middelen zijn ook zonder recept bij de apotheek verkrijgbaar.<sup>20</sup> Vervolgens past het hof de correctie-Langemeijer toe. *Cosmétique* handelt naar zijn oordeel in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm en daarmee onrechtmatig, doordat zij *Dercos* als cosmetisch product op de markt brengt, het in strijd met de WGV niet als geneesmiddel heeft laten registreren en zich daarmee een 'voorsprong' verschaft op een concurrent. Deze geschonden ongeschreven zorgvuldigheidsnorm strekt bovendien naar het oordeel van het hof wel tot bescherming van het geschade belang van Pfizer. Dat blijkt uit zijn overweging in termen van het vereiste van relatieve onrechtmatigheid dat *Cosmétique* onrechtmatig handelt 'jegens' Pfizer, aan het slot van het onderstaande citaat:

'Naar het oordeel van het hof geeft het op de markt brengen van haar product *Dercos* als cosmetische product aan L'Oréal [*Cosmétique*] een voorsprong ten opzichte van Upjohn [Pfizer] die voor haar product *Regaine* de volgens de WGV vereiste registratie-procedure, met de daaraan verbonden kosten en daarmee gemoeid tijdverlies, heeft moeten volgen, terwijl het achterwege laten van registratie door L'Oréal [*Cosmétique*] in strijd is met artikel 3 WGV, nu *Dercos* van L'Oréal [*Cosmétique*] moet word[en] aangemerkt als geneesmiddel. Door *Dercos* als cosme-

---

17 Pfizer/*Cosmétique* I, r.o. 3.4-3.5.

18 Pfizer/*Cosmétique* II, hof r.o. 17.

19 In deze zin ook M.F. van der Mersch, noot onder Pfizer/*Cosmétique* II, *GJ* 2006/65. Zie over de correctie-Langemeijer nader par. 4.10.

20 Pfizer/*Cosmétique* II, hof r.o. 21.

tisch product op de markt te brengen was en is L'Oréal [Cosmétique] bovendien niet gebonden is aan de beperkende regelgeving voor productie en distributie van en reclame voor geneesmiddelen. Van belang is voorts dat, zoals hierboven is overwogen, Regaine en Dercos concurrerende producten zijn.

Mede gelet op deze bijkomende omstandigheden is het hof van oordeel dat de gedragingen van L'Oréal [Cosmétique] bestaande in het op de markt brengen van Dercos als cosmetisch product onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig is jegens Upjohn [Pfizer].<sup>21</sup>

Pfizer neemt met de gedeeltelijke toewijzing van haar vorderingen geen genoegen en stelt opnieuw cassatieberoep in. Ten overstaan van de Hoge Raad beroept zij zich op het 'vermoeden' van relativiteit. Pfizer betoogt dat uit het feit dat de WGV beoogt de volksgezondheid te beschermen nog niet volgt dat deze wet dus niet beoogt de eerlijke mededinging te beschermen. Het vermoeden is daarmee niet weerlegd, zodat in de optiek van Pfizer moet worden aangenomen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan.<sup>22</sup> De Hoge Raad gaat hier niet uitdrukkelijk op in. Hij stelt zijn vaste maatstaf voor het relativiteitsoordeel voorop, stemt in met het ontkennende relativiteitsoordeel van het hof en verwerpt daarmee impliciet het beroep van Pfizer op het vermoeden van relativiteit. De Hoge Raad:

'Het hof heeft met zijn in rov. 17 vervatte oordeel de vorenbedoelde maatstaf niet miskend. 's Hofs oordeel, dat erop neerkomt dat de WGV, gelet op de parlementaire geschiedenis, zowel van de oorspronkelijke wet als van de wijzigingswet waarbij Richtlijn 65/65/EEG is geïmplementeerd (Wet van 8 december 1977, *Stb.* 692), en mede in het licht van de doelstellingen van de – hiervoor in 3.2 vermelde – Europese richtlijnen, slechts ertoe strekt de volksgezondheid te beschermen en dat de geschonden bepalingen van de WGV niet strekken tot bescherming tegen schade die producenten van of handelaren in geneesmiddelen hebben geleden door oneerlijke concurrentie, is juist.'<sup>23</sup>

Over de correctie-Langemeijer als zodanig spreekt de Hoge Raad zich niet uit. Wel verwerpt hij met een beroep op artikel 81 RO de klachten van Cosmétique in het door haar ingestelde incidentele cassatieberoep. Dat ziet onder

---

21 Pfizer/Cosmétique II, hof r.o. 22.

22 Pfizer/Cosmétique II, r.o. 4.2.2. Pfizer beroept zich er in de samenvatting van de Hoge Raad ook nog op dat 'wettelijke systemen' als de WGV 'die een activiteit verbieden maar onder bepaalde voorwaarden vergunningverlening mogelijk maken' vergunninghouders 'beschermen tegen beunhazen' zonder vergunning.

23 Pfizer/Cosmétique II, r.o. 4.2.3. De richtlijnen, waarnaar de Hoge Raad verwijst, zijn de Richtlijn 65/65/EEG van de Raad van 26 januari 1965 betreffende de aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake farmaceutische specialiteiten (PB 1965 nr. L022, p. 369). Deze is later vervangen door Richtlijn 2001/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik (PB 2001 nr. L311, p. 67).

meer op het oordeel van het hof dat de haargroeimiddelen Regaine van Pfizer en Dercos van Cosmétique concurrerende producten zijn. Dat oordeel ligt aan die correctie mede ten grondslag.<sup>24</sup>

Het ontkennende relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Pfizer/Cosmétique situeert zich op het niveau van de abstracte vraag naar het beschermingsdoel. Centraal staat de tegenstelling tussen een algemeen belang en op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen. De WGV beoogt wel het als algemeen belang aan te merken belang van 'de volksgezondheid' te beschermen, maar niet de individuele vermogensbelangen van 'producenten van of handelaren in geneesmiddelen' gevrijwaard te blijven van omzetsderving 'door oneerlijke concurrentie'. Al formuleert de Hoge Raad het laatste niet in termen van belangen, maar in de feitelijke formulering van artikel 6:163 BW dat de WGV niet strekt tot bescherming 'tegen schade die producenten van of handelaren in geneesmiddelen hebben geleden door oneerlijke concurrentie'. De naam van Pfizer wordt door de Hoge Raad niet genoemd, evenmin als haar specifieke geschade belang, gevrijwaard te blijven van omzetsderving doordat Cosmétique in strijd met de WGV haargroeimiddelen op de markt brengt zonder registratie als geneesmiddel. Het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad abstraheert daarmee van het concrete geval. Daaruit blijkt eveneens dat het zich situeert op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. De Hoge Raad oordeelt bovendien uitdrukkelijk dat de WGV uitsluitend ('slechts') het als algemeen belang aan te merken belang van de volksgezondheid beoogt te beschermen en dus geen enkel ander belang, waaronder welke individuele vermogensbelangen dan ook.<sup>25</sup>

In dit geval biedt de wetgever in wetstekst en wetsgeschiedenis van de WGV ook geen dekking voor de rechter om aan te nemen dat deze WGV mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, middels positieve aanwijzingen. De wetgever spreekt in de wetsgeschiedenis van de WGV juist met zoveel woorden uit dat deze wet uitsluitend het belang van de volksgezondheid beoogt te beschermen en dus geen individuele vermogensbelangen:

'Bij het ontwerpen van deze regeling heeft de gedachte voorgezet, dat de wet op de Geneesmiddelenvoorziening slechts regelen zal dienen te geven voor zover de belangen van de volksgezondheid dit noodzakelijk maken.'<sup>26</sup>

Ook Advocaat-Generaal Keus constateert in zijn conclusie onder verwijzing naar deze passage dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Hij voegt

---

24 Pfizer/Cosmétique II, r.o. 5.

25 Zo ook Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven in zijn conclusie van 2 december 2005, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.6, die in dit verband eveneens constateert dat de Hoge Raad 'de relativiteitskwesitie' in Pfizer/Cosmétique afdoet 'op basis van het beschermingsdoel van de wettelijke norm'.

26 *Kamerstukken I* 1951/52, 2479, nr. 3 (MvT), p. 7, aangehaald door Advocaat-Generaal Keus in zijn conclusie voor Pfizer/Cosmétique II, sub 2.10.

daaraan toe dat hetzelfde spreekt uit de considerans van Richtlijn 65/65/EEG. Daarin valt te lezen, zoals het hof oordeelde, dat 'elke regeling op het gebied van de produktie en de distributie van farmaceutische specialiteiten de bescherming van de volksgezondheid tot voornaamste doelstelling moet hebben'.<sup>27</sup> In de implementatiewet is daarnaast ook sprake van het door de wetgever specifiek geachte belang van 'de geneesmiddelenvoorziening'.<sup>28</sup> Ook dat belang is echter als algemeen belang aan te merken.

Resumerend situeert het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Pfizer/Cosmétique zich op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. Hij oordeelt dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan, terwijl dekking middels positieve aanwijzingen ontbreekt op basis waarvan de rechter in zijn terughoudende opstelling bij de vraag naar het beschermingsdoel kan aannemen dat de WGV mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. In zoverre laat dit relativiteitsoordeel zich inpassen in het model. Of de Hoge Raad ook tot zijn ontkennende relativiteitsoordeel komt, *omdat* positieve aanwijzingen in wetstekst en wetsgeschiedenis van de WGV en de onderliggende richtlijnen ontbreken, is niet met zekerheid te zeggen zolang we niet in raadkamer kunnen kijken. Mij lijkt dit echter wel degelijk het geval.<sup>29</sup> De motivering van de Hoge Raad beperkt zich tot een verwijzing naar wetstekst en wetsgeschiedenis van de WGV en de daarin geïmplementeerde richtlijnen. Het hierboven weergegeven citaat uit de wetsgeschiedenis van de WGV toont bovendien hoezeer de Hoge Raad een heteronoom oordeel velt.<sup>30</sup> Dit alles maakt zijn relativiteitsoordeel in Pfizer/Cosmétique het meest afgetekende voorbeeld van een relativiteitsoordeel dat zich situeert op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel en zich laat inpassen in het model. Dezelfde analyse kan evenwel worden gemaakt voor Duwbak Linda en Iraanse vluchteling. Dat laat ik nu zien.

#### 5.4 BESCHERMINGSDOEL, GEEN RELATIVITEIT II: DUWBAK LINDA

Aanleiding tot het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Duwbak Linda geeft het zinken van een duwbak genaamd 'Linda', midden in de nacht in een grindgat in de Maas nabij Kinrooi, België.<sup>31</sup> Schepen van de baggercombi-

27 Richtlijn van de Raad van 26 januari 1965 betreffende de aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake farmaceutische specialiteiten (65/65/EEG), Pb. EG 1965, p. 369. In dezelfde zin Richtlijn 2001/83/EG, Pb. EG L 311, p. 67, considerans 2 en 3.

28 *Kamerstukken II* 1972/73, 12 448, nr. 3 (MvT), p. 7.

29 Zo ook Di Bella 2014, p. 130.

30 Zie in dezelfde zin over twee bepalingen van de Geneesmiddelenwet, die de WGV heeft vervangen, Hof Arnhem 23 september 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BF3594, *JGR* 2008/41, m.nt. Vollebregt (Lichtwer Pharma/Norgine), r.o. 27.

31 In appel komt vast te staan dat de zaak moet worden afgedaan naar Nederlands recht. HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, *NJ* 2006/281, m.nt. Jac. Hijma (Duwbak Linda), hof r.o. 6.

natie van Van Hasselt's Baggermij B.V., waaraan de Linda ligt afgemeerd om te worden beladen met zand, raken hierbij beschadigd. Het betreft de zand-sorteerinstallatie Annette, de emmerbaggermolen Vrouwe Johanna en de ponton met zandwasinstallatie Moonlight.<sup>32</sup> De Linda blijkt gezonken door lekkage als gevolg van corrosie van de bodemplaten, die weer het gevolg is van slecht onderhoud.<sup>33</sup> Baggeraar Van Hasselt wil haar schade vergoed zien en spreekt de eigenaar van de duwbak aan.<sup>34</sup>

Daarmee volstaat Van Hasselt echter niet. Zij spreekt ook het particulier keuringsbureau Van Duijvendijk en de Staat aan. Volgens Van Hasselt hebben dit keuringsbureau en de Staat de Linda ruim een jaar eerder ten onrechte door de scheepskeuring op grond van het Reglement onderzoek schepen op de Rijn 1975 (RosR) laten komen. Deze keuring is zowel uitgevoerd door een expert van het keuringsbureau, als door een expert van de Scheepvaartinspectie.<sup>35</sup> Het keuringsbureau en de Staat hebben daarmee volgens Van Hasselt een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm geschonden: de norm dat de keuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht. Van Hasselt verwijt de Staat daarnaast ook rechtstreeks in strijd met het RosR te hebben gehandeld, doordat hij op basis van de onzorgvuldige keuring het certificaat van onderzoek voor de Linda heeft verlengd. De duwbak bleef daarmee toegelaten tot het scheepvaartverkeer.

De rechtbank wijst de vorderingen van Van Hasselt af. Dat doet ook het hof, op verschillende gronden, waaronder de grond dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan.<sup>36</sup> Het hof velt separate relativiteitsoordelen ten aanzien van het keuringsbureau en de Staat, die evenwel op hetzelfde neerkomen. De keuring en certificering op grond van het RosR en de voorschriften van het RosR beogen geen individuele vermogensbelangen te beschermen, aldus het hof. Ik citeer hier zijn relativiteitsoordeel ten aanzien van de Staat:

'Het keuren van binnenschepen en het afgeven c.q. verlengen van een certificaat van onderzoek op grond van het Reglement Onderzoek Schepen op de Rijn vinden

---

32 Duwbak Linda, r.o. 3.1 (vi).

33 Duwbak Linda, r.o. 3.1 (ix).

34 Deze procedure blijft hier verder buiten beschouwing. Uit het arrest van het hof, r.o. 5, valt op te maken dat in deze procedure debat ontstaat over eventuele medeschuld van baggeraar Van Hasselt vanwege de (on)deugdelijkheid van de koppelingen tussen de verschillende schepen van zijn baggercombinatie.

35 Duwbak Linda, r.o. 3.1 (ii-iii).

36 Naar het oordeel van het hof is bovendien niet gebleken dat het onderzoek van de Linda door de expert van het keuringsbureau niet aan de regelen der kunst voldeed, noch dat de Linda zich ten tijde van de keuring ook al in de slechte staat van onderhoud bevond, waardoor zij kon zinken. Ook de vereisten van onrechtmatigheid en causaal verband staan daarom aan aansprakelijkheid van het keuringsbureau in de weg (Duwbak Linda, hof r.o. 9.5). Ten aanzien van de Staat laat het hof in het midden of het onderzoek door diens expert van het 'lenssysteem' van de Linda onzorgvuldig is geweest. Het is het hof niet gebleken dat dit 'al dan niet falend' systeem werd gebruikt op het moment dat de Linda zonk (Duwbak Linda, hof r.o. 10.4).

plaats ter behartiging van het algemeen belang, het belang van de algemene veiligheid van de vaart en niet ter bescherming van het individuele vermogensbelang. De voorschriften van het Reglement die de Staat volgens Van Hasselt bij het verlengen van het onderhavige certificaat zou hebben geschonden, strekken derhalve niet tot bescherming tegen vermogensschade zoals die Van Hasselt stelt te hebben geleden.<sup>37</sup>

Noch de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht, noch het RosR zelf strekken naar het oordeel van het hof dus tot bescherming van het geschade belang van baggeraar Van Hasselt. Aan zijn relativiteitsoordeel ten aanzien van het keuringsbureau voegt het hof min of meer als overweging ten overvloede beschouwingen toe over de aard en status van de keuring en certificering. De keuring is geen garantie voor veiligheid, aldus het hof. De verantwoordelijkheid van de overheid voor de veiligheid van het scheepvaartverkeer doet bovendien niet af aan de verantwoordelijkheid van de scheepseigenaar zelf.<sup>38</sup>

Baggeraar Van Hasselt procedeert door. In cassatie voert zij aan dat de norm dat de keuring zorgvuldig moet worden verricht wel degelijk ook strekt ter voorkoming van scheepsongevallen en daarmee tot het voorkomen van haar schade. Ook wijst Van Hasselt op de bijzondere omstandigheden dat een eerdere aanvraag van een certificaat van onderzoek voor de Linda werd ingetrokken en dat de duwbak ten tijde van de keuring 32 jaar oud was, zodat extra zorgvuldigheid geboden was. Tevergeefs, want de Hoge Raad stemt in met het relativiteitsoordeel van het hof. Anders dan het hof doet de Hoge Raad de zaak enkel af op het relativiteitsvereiste. Hij velt één relativiteitsoordeel ten aanzien van het keuringsbureau en de Staat, waarin als geschonden norm de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm centraal staat dat de keuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht. Om de relativiteit van deze ongeschreven zorgvuldigheidsnorm vast te stellen, grijpt de Hoge Raad evenwel terug op de relativiteit van het RosR en de Herziene Rijnvaartakte, als verdrag waarop het RosR is gebaseerd. Althans, als het onderscheid dat de Hoge Raad in de nu te citeren rechtsoverweging maakt tussen 'de algemene norm' en 'de gedragsnorm' zo wordt gelezen dat hij met deze 'algemene norm' doelt op de relativiteit van het RosR en met de 'gedragsnorm' op de ongeschre-

---

37 Duwbak Linda, hof r.o. 10.2. Zie t.a.v. van het keuringsbureau hof r.o. 9.2.

38 Duwbak Linda, hof r.o. 9.3.

ven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring zorgvuldig moet worden verricht.<sup>39</sup>  
De Hoge Raad:

‘Gelet op de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.8.1 tot en met 4.20 vermelde gegevens met betrekking tot de Herziene Rijnvaartakte en het RosR en enige andere regelingen op het gebied van de bevordering van de veiligheid van het scheepvaartverkeer, heeft het hof kennelijk en terecht geoordeeld dat het RosR en de daarin voorziene eis van een certificaat van onderzoek beogen de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer te bevorderen, waaronder uiteraard mede is te verstaan het voorkomen van ongevallen als gevolg van ondeugdelijkheid van de aan het Rijnvaartverkeer deelnemende vaartuigen, waarvoor het certificaat van onderzoek is vereist. In ‘s hofs oordeel ligt besloten dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen deze algemene norm en de gedragsnorm die volgens de stellingen van Van Hasselt door Van Duijvendijk en de Staat zou zijn geschonden en die betrekking heeft op de zorgvuldigheid waarmee het aan de afgifte of het verlengen van het certificaat ten grondslag liggende onderzoek moet worden verricht. Ook deze eis van zorgvuldigheid bij het overeenkomstig het RosR uit te voeren onderzoek beoogt bij te dragen aan het bevorderen van de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer, maar dat wil niet zeggen dat de aan het onderzoek te stellen eisen van zorgvuldigheid strekken tot bescherming van het individuele vermogensbelang van derden die schade lijden doordat een onvoldoende zorgvuldig gekeurd schip een ongeval veroorzaakt.’<sup>40</sup>

Ik lees deze rechtsoverweging zo dat de Hoge Raad eerst de relativiteit van het RosR vaststelt, onder verwijzing naar het onderzoek van wetstekst en wetsgeschiedenis van het RosR, de Herziene Rijnvaartakte en andere regelingen door Advocaat-Generaal Spier in diens conclusie. Het RosR beoogt ‘de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer te bevorderen’. Daaraan voegt de Hoge Raad toe dat onder deze veiligheid ‘uiteraard’ ook het ‘voorkomen van ongevallen’ moet worden begrepen. Hierna vult hij de relativiteit van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht als het ware in met de relativiteit van het RosR.<sup>41</sup> Ook deze ongeschreven zorgvuldigheidsnorm beoogt ‘bij te dragen

39 In deze zin bijv. ook B. Meijer & De Wit 2005, p. 184-185; Schueler 2005b, p. 98; Schild & De Jongh 2007, p. 148. Vgl. Jac. Hijma, noot onder Duwbak Linda, NJ 2006/281, sub 6, die in de algemene norm ‘nauwelijks’ een norm ziet, maar een ‘algemeen, op macroniveau geformuleerd doel’. In zijn optiek kan ‘houvast’ voor het relativiteitsoordeel echter alleen op het ‘microniveau’ worden gevonden ‘van de wettelijke regeling waarin de litigieuze gedragsnorm is neergelegd’. Hijma meent verder dat de Hoge Raad de ‘onrechtmatigheidsrubrieken min of meer in één greep’ neemt (sub 9). Vgl. ook F.J. van Ommeren, noot onder Duwbak Linda, AB 2005/127, sub 3, die de gedragsnorm van de Hoge Raad aanmerkt als ‘toezichts- oftewel (...) onderzoeksnorm’.

40 Duwbak Linda, r.o. 3.4.2 (cursivering toegevoegd).

41 Vgl. Beck 2010, p. 244, die er vanuit lijkt te gaan dat de Hoge Raad twee separate, inhoudelijk gescheiden relativiteitsoordelen velt over het RosR en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring zorgvuldig moet worden verricht. Vgl. ook de conclusie van Staatsraad

aan het bevorderen van de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer', zoals de Hoge Raad het iets voorzichtiger formuleert. Maar dat 'wil niet zeggen' dat deze ongeschreven zorgvuldigheidsnorm strekt 'tot bescherming van het individuele vermogensbelang van derden die schade lijden doordat een onvoldoende zorgvuldig gekeurd schip een ongeval veroorzaakt', aldus de Hoge Raad in de laatste zin van de hierboven weergegeven rechtsoverweging.

Het teruggrijpen van de Hoge Raad op de relativiteit van het RosR teneinde de relativiteit vast te stellen van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht, ligt bij een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm als de onderhavige voor de hand. Het gaat om een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die op een wettelijke regeling is geënt: de norm dat de keuring *op grond van het RosR* zorgvuldig moet worden verricht. Dit teruggrijpen laat zich ook dogmatisch inpassen. Ongeschreven zorgvuldigheidsnormen strekken, aldus de Hoge Raad in Staat/Shell, 'uitsluitend ter bescherming van belangen van anderen waarop de dader bedacht moest zijn'.<sup>42</sup> Het is dan niet vreemd de belangen waarop degene bedacht moet zijn, die de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm schendt dat de keuring en certificering op grond van het RosR zorgvuldig moeten worden verricht, gelijk te stellen aan de belangen die dit RosR beoogt te beschermen.<sup>43</sup>

In het vervolg van zijn oordeel komt de Hoge Raad tot de conclusie dat de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht inderdaad niet beoogt het 'individuele vermogensbelang van derden die schade lijden doordat een onvoldoende zorgvuldig gekeurd schip een ongeval veroorzaakt' te beschermen. Zoals hij in de hierboven geciteerde rechtsoverweging al suggereert ('maar dat wil niet zeggen...'). De Hoge Raad constateert dat uit het RosR, de Herziene Rijnvaartakte en aanverwante regelingen niet blijkt dat deze regelingen dit individuele vermogensbelang beogen te beschermen, opnieuw onder verwijzing naar de conclusie van Advocaat-Generaal Spier. De Hoge Raad:

'Aan de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.8.1 tot en met 4.20 vermelde gegevens met betrekking tot de Herziene Rijnvaartakte en het RosR en enige andere regelingen op het gebied van de bevordering van de veiligheid van het scheepvaartverkeer kan niet worden ontleend dat deze regelingen mede strekken tot bescherming van het individuele vermogensbelang van de hiervoor aan het slot van 3.4.2 bedoelde derden [derden 'die schade lijden doordat een onvol-

---

Advocaat-Generaal Widdershoven van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.6 en 3.14, die eveneens onderscheid maakt tussen de relativiteitsoordelen t.a.v. van het RosR en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, maar zich niet uitlaat over een eventueel inhoudelijk verband tussen beide.

42 HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1460, NJ 1996/196, m.nt. C.J.H. Brunner (Staat/Shell), r.o. 3.8.4. Zie eerder par. 2.9.

43 In deze zin ook Van der Wiel 2007, p. 189.

doende zorgvuldig gekeurd schip een ongeval veroorzaakt'; PWdH] en dat derhalve de Staat of het particuliere onderzoeksbureau dat in dit verband het schip ten behoeve van de Staat heeft onderzocht, voor de onderhavige schade aansprakelijk zou zijn te stellen.<sup>44</sup>

In navolging van en onder verwijzing naar het hof voegt de Hoge Raad daaraan beschouwingen toe over de aard en status van de keuring en de verhouding van de verantwoordelijkheden van de overheid en de scheepseigenaar. Deze beschouwingen komen er evenals bij het hof op neer dat keuring en certificering geen garantie bieden voor veiligheid. Verder overweegt de Hoge Raad dat de 'betrokkenheid' van de Staat bij de keuring en certificering van schepen, voortvloeiend uit de 'algemene verantwoordelijkheid van de overheid voor de veiligheid van het scheepvaartverkeer', aan de eigen verantwoordelijkheid van de eigenaar niet afdoet:

'Hierbij is in aanmerking te nemen dat de betrokkenheid van de Staat bij de afgifte van het certificaat van onderzoek en de daarvoor vereiste keuring van schepen voortvloeit uit de algemene verantwoordelijkheid van de overheid voor de veiligheid van het scheepvaartverkeer. Die betrokkenheid neemt niet weg dat het de eigenaar van het schip is die voor de deugdelijkheid en veiligheid van het schip bij de exploitatie en de deelname aan het verkeer en voor een regelmatige controle en onderhoud van het schip verantwoordelijk blijft, zoals het hof in rov. 9.3 terecht heeft overwogen. Het vereiste van een periodiek te verlengen certificaat van onderzoek en de in dat kader te verrichten keuringen hebben vooral deze functie, dat zij de naleving van de verplichting van de eigenaar het schip in een deugdelijke en veilige staat te houden bevorderen en daarop een zekere controle mogelijk maken. Het certificaat geeft echter, zoals het hof eveneens met juistheid overwoog, geen garantie voor (een gedurende de periode waarvoor het is verleend blijvende) deugdelijkheid van het schip. Indien zich (kortere of langere tijd na een keuring) een ongeval met het schip voordoet dat (mede) wordt veroorzaakt door ondeugdelijkheid of onveiligheid van het schip die bij een zorgvuldig uitgevoerde keuring aan het licht had moeten komen, dan berust de aansprakelijkheid van de eigenaar voor de dientengevolge door een derde geleden vermogensschade niet daarop dat hij ondanks een ondeugdelijk uitgevoerde keuring het schip in de vaart heeft gehouden, maar op het feit dat hij verantwoordelijk is voor de deugdelijkheid en veiligheid van het schip.'<sup>45</sup>

Dit alles brengt de Hoge Raad tot zijn uiteindelijke oordeel over de relativiteit van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht, die het keuringsbureau en de Staat volgens baggeraar Van Hasselt hebben geschonden. De Hoge Raad drukt zich op dit punt gekomen niet langer uit in termen van te beschermen belangen,

---

44 Duwbak Linda, r.o. 3.4.3.

45 Duwbak Linda, r.o. 3.4.3.

maar in termen van schade waartegen de norm beoogt te beschermen, in lijn met artikel 6:163 BW:

*‘Tegen deze achtergrond moet worden geoordeeld dat de uit de algemene verantwoordelijkheid van de Staat voor een veilig scheepvaartverkeer voortvloeiende verplichting bij de keuring van schepen met het oog op de afgifte of verlenging van een certificaat van onderzoek zorgvuldig te werk te gaan, niet de strekking heeft een in beginsel onbeperkte groep van derden te beschermen tegen de vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan doordat de ondeugdelijkheid en onveiligheid van het schip bij de door of onder verantwoordelijkheid van de Staat verrichte keuring ten onrechte niet aan het licht is gekomen. Aan de omstandigheid dat de keuring onvoldoende zorgvuldig heeft plaatsgevonden, kunnen derden dan ook niet een aanspraak tot vergoeding van vermogensschade jegens de Staat of de voor het verrichten van de keuring ingeschakelde particuliere onderzoeksbureaus ontlenen.’<sup>46</sup>*

De ‘verplichting bij de keuring van schepen met het oog op de afgifte of verlenging van een certificaat van onderzoek zorgvuldig te werk te gaan’ heeft naar het oordeel van de Hoge Raad niet ‘de strekking’ een ‘in beginsel onbeperkte groep van derden te beschermen tegen de vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan doordat de ondeugdelijkheid en onveiligheid van het schip bij de door of onder verantwoordelijkheid van de Staat verrichte keuring ten onrechte niet aan het licht is gekomen’. Aldus staat het relativiteitsvereiste aan aansprakelijkheid van het keuringsbureau en de Staat in de weg voor de schending van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht.

Dan volgt een nabrander. De Hoge Raad geeft aan dat hij bij dit relativiteitsoordeel de specifieke omstandigheden van het geval buiten beschouwing heeft gelaten, waaronder de omstandigheden waarop baggeraar Van Hasselt zich beroept:

*‘Het voorgaande is gegrond op de beperkte beschermingsomvang van de volgens Van Hasselt geschonden norm op het punt van de bij het onderzoek in acht te nemen zorgvuldigheid. Dit brengt mee dat in beginsel niet van belang is of er redenen waren de duwbak extra kritisch te onderzoeken, bijvoorbeeld omdat deze ten tijde van de keuring 32 jaar oud was of omdat eerder was afgezien van een verzoek om verlenging van het certificaat van onderzoek.’<sup>47</sup>*

Deze bijzondere omstandigheden neemt de Hoge Raad vervolgens alsnog separaat in beschouwing, in een correctie-Langemeijer-achtige exercitie. Voor de ‘echte’ correctie is hier geen ruimte. In cassatie staat als (beweerdelijk)

---

46 Duwbak Linda, r.o. 3.4.3.

47 Duwbak Linda, r.o. 3.4.4.

geschonden norm de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm centraal dat de keuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht en niet de rechtstreekse schending van het RosR of een specifieke norm uit dat RosR. Het is daarom niet mogelijk de omstandigheid dat een wettelijke norm is geschonden mee te wegen bij het oordeel dat het keuringsbureau en de Staat mede gelet op de overige omstandigheden van het geval een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm hebben geschonden, die wel strekt tot bescherming van het geschade belang van baggeraar Van Hasselt, zoals de correctie-Langemeijer wil.<sup>48</sup> Hooguit kan worden nagegaan of de aangesproken partij naast de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring op grond van het RosR onzorgvuldig is verricht nog een andere ongeschreven zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden, die wel strekt tot bescherming van het geschade belang van de benadeelde. De Hoge Raad gaat in deze zin na of het keuringsbureau en de Staat 'los van de gestelde schending van de verplichting het aan de verlenging van het certificaat ten grondslag liggende onderzoek zorgvuldig uit te voeren' onrechtmatig hebben gehandeld jegens Van Hasselt. Dat blijkt niet het geval:

'Deze omstandigheden zijn ook onvoldoende om het oordeel te rechtvaardigen dat Van Duijvendijk [het keuringsbureau; PwDh] en de Staat, ook los van de gestelde schending van de verplichting het aan de verlenging van het certificaat ten grondslag liggende onderzoek zorgvuldig uit te voeren, jegens Van Hasselt als deelnemer aan het scheepvaartverkeer onrechtmatig hebben gehandeld.'<sup>49</sup>

De Hoge Raad velt dus ook in Duwbak Linda een ontkennend relativiteitsoordeel. Evenals zijn relativiteitsoordeel in Pfizer/Cosmétique situeert het zich op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. Centraal staat de tegenstelling tussen een algemeen belang en op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen. Het RosR en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring zorgvuldig moet worden verricht, beogen het als algemeen belang aan te merken belang van de 'veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer' te beschermen, maar niet het 'individuele ver-

48 Vgl. Jac. Hijma, noot onder Duwbak Linda, *NJ* 2006/281, sub 9-10, die wel van een reguliere correctie-Langemeijer lijkt uit te gaan, maar het onderhavige geval ook onderscheidt van dat van HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, *NJ* 1961/568 (Tandartsen I). Zie in vergelijkbare zin Gelpke 2005, p. 144. Vgl. Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven, volgens wie in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.14 'principieel' onderscheid moet worden gemaakt tussen zaken waarin de correctie-Langemeijer aan de orde is en zaken waarin het – zoals in Duwbak Linda – gaat 'om de zorgvuldigheidsnorm sec'. Widdershoven doelt daarmee echter niet (specifiek) op de nabranders in r.o. 3.4.4, maar op het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in r.o. 3.4.2-3.4.3. Zie eveneens in meer algemene zin Moesker 2007, p. 215, volgens wie in algemene zin Duwbak Linda 'geen plaats [is] ingeruimd' voor de correctie-Langemeijer. Ook Van Dunné 2007, p. 128 meent dat de Hoge Raad zich hiervoor niet 'gevoelig' toont.

49 Duwbak Linda, r.o. 3.4.4.

mogensbelang' van 'derden die schade lijden doordat een onvoldoende zorgvuldig gekeurd schip een ongeval veroorzaakt'. Zij het dat de Hoge Raad zich ten aanzien van de relativiteit van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm uiteindelijk niet uitdrukt in termen van belangen, maar in termen van schade waartegen de norm beoogt te beschermen, in lijn met artikel 6:163 BW.

De formulering van het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Duwbak Linda is minder categorisch dan in Pfizer/Cosmétique. Hij oordeelt in Duwbak Linda niet met zoveel woorden dat het RosR en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm *uitsluitend* een algemeen belang beogen te beschermen, zoals hij in Pfizer/Cosmétique oordeelt dat de WGV 'slechts' het als algemeen belang aan te merken belang van 'de volksgezondheid' beoogt te beschermen. Strikt genomen laat het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Duwbak Linda daarom de mogelijkheid open dat het RosR en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring zorgvuldig moet worden verricht wel de individuele vermogensbelangen beogen te beschermen van personen die geen 'derde' zijn bij de keuring. Zoals in dit geval de eigenaar van de Linda. Het ligt echter niet zonder meer voor de hand dat de eigenaar de schending van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring op grond van het RosR van de Linda onzorgvuldig moet worden verricht, wel zou kunnen inroepen als zelfstandige grondslag voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.<sup>50</sup> Dit Hoge Raad benadrukt immers de eigen verantwoordelijkheid van de eigenaar voor de deugdelijkheid en veiligheid van diens schip.<sup>51</sup>

Een andere mogelijkheid die de Hoge Raad openlaat, is dat het RosR wel strekt tot bescherming van derden die op andere wijze schade lijden dan doordat 'een onvoldoende zorgvuldig gekeurd schip een ongeval veroorzaakt'.<sup>52</sup> Te denken is aan de individuele vermogensbelangen van derden

---

50 Afgezien nog van eventuele samenloopproblemen voor zover een overeenkomst van opdracht tot keuring bestaat tussen de eigenaar en het particuliere keuringsbureau.

51 Zie in ontkennende zin het hof in zijn relativiteitsoordeel t.a.v. het keuringsbureau, Duwbak Linda hof r.o. 9.2. Zie tevens Hof Arnhem 4 mei 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM5137, *NJF* 2010/262 (ingestort parkeerdek), r.o. 4.17-4.18. Het hof oordeelt dat het bouw- en woningtoezicht door de gemeente o.g.v. de Woningwet (oud) niet strekt tot bescherming van het geschade belang van de houder van een overtreden en dus onvoldoende gehandhaafde bouwvergunning, nu op die houder 'primair de verantwoordelijkheid rust om de geldende bouwvoorschriften na te leven'. Deze casus is wel 'bonter' dan Duwbak Linda, omdat de vergunninghouder op herhaalde verzoeken van de gemeente om de situatie in overeenstemming te brengen met de regels niet inging. Zie instemmend met het oordeel van het hof Beck 2010, p. 245.

52 In de literatuur wordt ook rekening gehouden met de mogelijkheid dat de Hoge Raad hier oordeelt dat het RosR, de Herziene Rijnvaartakte en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm niet beogen de individuele vermogensbelangen van derden te beschermen voor zover zij opkomen voor vergoeding van 'vermogensschade' in de enge zin van 'zuivere vermogensschade': schade die niet bestaat in personen- of zaaksschade. In deze zin Giesen 2015, p. 278. Hij lijkt er n.a.v. Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA.2015.1061 (schietpartij Alphen), waarover in par. 7.7, vanuit te gaan dat de term 'vermogensbelangen' in het relativiteitsoordeel in Duwbak Linda alleen ziet op dergelijke zuivere vermogensschade.

die schade lijden doordat een schip een ongeval veroorzaakt dat niet aan de technische vereisten van het RosR voldoet. Zulke derden zouden in een zaak tegen de eigenaar van het schip dan de eventuele schending van dergelijke RosR-normen door die eigenaar wellicht kunnen inroepen als zelfstandige grondslag voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.<sup>53</sup>

Hoewel het niet valt uit te sluiten dat de Hoge Raad deze mogelijkheid of mogelijkheden heeft willen openlaten, meen ik dat zijn relativiteitsoordeel niet zo moet worden opgevat. Het had dan voor de hand gelegen dat de Hoge Raad de eventuele wél te beschermen individuele vermogensbelangen zou hebben benoemd en het niet te beschermen specifieke geschade belang van Van Hasselt dáártegen zou hebben afgezet, in plaats van tegen het algemeen belang van de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer. In de literatuur wordt het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad ook opgevat in de categorische zin dat het RosR en de Herziene Rijnvaartakte in het geheel geen ‘vermogensbelangen van individuele burgers’ beogen te beschermen.<sup>54</sup> Ook het hof formuleert zijn ontkennende relativiteitsoordeel in elk geval ten aanzien van de Staat in de categorische zin dat de keuring en certificering op grond van het RosR niet strekt ‘ter bescherming van het individuele vermogens-

---

Vgl. Beck 2010, p. 244, die deze mogelijkheid openhoudt. Reden hiervoor lijkt dat de Hoge Raad de term ‘vermogensschade’ gebruikt in zijn uiteindelijke oordeel over de relativiteit van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Mij lijkt dat echter niet moet worden aangenomen dat het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad zich beperkt tot zuivere vermogensschade, omdat de Hoge Raad zich in zijn daaraan voorafgaande overwegingen steeds uitdrukt in termen van individuele vermogensbelangen en Van Hasselt in deze zaak naar ik aanneem ten minste ook mede opkomt voor vergoeding van zaaksschade aan de schepen van zijn baggercombinatie en niet alleen voor zuivere vermogensschade. Het lijkt mij daarom dat de Hoge Raad de term ‘vermogensschade’ hanteert in de ruime zin van art. 6:95 BW en deze term dus zowel personen-, zaaks-, als zuivere vermogensschade omvat. In deze zin ook Jac. Hijma, noot onder Duwbak Linda, *NJ* 2006/281, sub 8 en, voorzichtiger, F.J. van Ommeren, noot onder Duwbak Linda, *AB* 2005/127, sub 3. Ook Di Bella 2014, p. 135-136 lijkt ervan uit te gaan dat het relativiteitsoordeel in Duwbak Linda ziet op alle typen schade, gezien haar kritiek op het feit dat ‘[n]ormaliter (...) de relativiteit ruim [wordt] genomen bij normen die beschermen tegen letselschade’.

53 Mogelijk ziet de Hoge Raad wat dat betreft een aanknopingspunt in de bepalingen over de ‘Rijnvaartrechtbanken’ in de Herziene Rijnvaartakte, die ook Advocaat-Generaal Spier signaleert in zijn conclusie, sub 4.9, waarnaar de Hoge Raad verwijst. Spier ziet daarin een mogelijke, maar niet ‘dwingende’ (sub 4.22) contra-indicatie dat de wetgever met de Herziene Rijnvaartakte en dus ook het daarop gebaseerde RosR niet heeft bedoeld overheidsaansprakelijkheid bij onzorgvuldige keuringen in het leven te roepen.

54 In deze zin ook M. Scheltema 2006, p. 43 en Hartlief 2006, p. 800; Van den Berge 2012, p. 66-67. Zie tevens Schueler 2006, p. 217, die in dit verband weinig enthousiast spreekt van ‘Schutznorm-nieuwe stijl’. Ook Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven gaat hiervan uit in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.6, waarin hij het relativiteitsoordeel in Duwbak Linda aanmerkt als door de Hoge Raad afgedaan ‘op basis van het beschermingsdoel van de wettelijke norm’. Vgl. Wiggers-Rust 2011, p. 132-133.

belang' in algemene zin.<sup>55</sup> De Hoge Raad stemt uiteindelijk met dit oordeel van het hof in.

Ook het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Duwbak Linda moet daarom worden aangemerkt als relativiteitsoordeel dat zich situeert op het niveau van de abstracte vraag naar het beschermingsdoel. Dat blijkt er ook uit dat het inderdaad abstraheert van het concrete geval. De naam van baggeraar Van Hasselt noemt de Hoge Raad niet in zijn eigenlijke relativiteitsoordeel. Evenmin noemt de Hoge Raad het specifieke geschade belang van Van Hasselt, gevrijwaard te blijven van schade aan zijn schepen door het zinken van de – beweerdelijk – onzorgvuldig gekeurde Linda. De naam van baggeraar Van Hasselt valt pas en haar specifieke geschade belang wordt pas genoemd in de nabrander bij het relativiteitsoordeel en de correctie-Langemeijer-achtige exercitie die de Hoge Raad in die nabrander uitvoert.

Evenals in Pfizer/Cosmétique ontbreekt in Duwbak Linda dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen in wetstekst en wetsgeschiedenis dat het RosR en de Herziene Rijnvaartakte mede individuele vermogensbelangen beogen te beschermen. Al bevatten deze regelingen niet één specifieke passage waaruit dat met zoveel woorden blijkt, zoals de in de vorige paragraaf besproken passage in de wetsgeschiedenis uit de WGV. Uit het RosR valt in mijn optiek af te leiden dat het de bedoeling van de wetgever is dat bepaalde schepen die de Rijn bevaren (art. 1.02) aan bepaalde voorschriften voldoen met betrekking tot bouw, inrichting en uitrusting (art. 2.04), waartoe hij een systeem van keuring en certificering in het leven roept.<sup>56</sup> Het RosR is als gezegd gebaseerd op de Herziene Rijnvaartakte, dat in artikel 22 een 'scheepspatent' verplicht stelt: een verklaring na onderzoek dat het schip 'de nodige hechtheid en de vereiste uitrusting bezit voor de vaart'. Dit scheepspatent staat blijkens artikel 1 van de Herziene Rijnvaartakte in het teken van bevordering van de 'vrije scheepvaart' op de Rijn, alsmede de 'algemene veiligheid' daaromtrent, zoals ook Advocaat-Generaal Spier in zijn conclusie aangeeft.<sup>57</sup>

55 Althans ten aanzien van de Staat, want in zijn separate relativiteitsoordeel ten aanzien van het keuringsbureau spreekt ook het hof van het niet te beschermen 'individueel vermogensbelang van Van Hasselt als derde' (Duwbak Linda, hof r.o. 9.2).

56 Kenbaar uit *Stb.* 1976/476.

57 In deze zin ook Advocaat-Generaal Spier, conclusie voor Duwbak Linda, sub r.o. 4.8.1-4.8.5. Spier baseert zich daarvoor mede op de zinsnede 'La navigation sur le Rhin (...) sera libre' uit het Parijse Vredesverdrag van 1814. Anders dan het hof en – nadien – de Hoge Raad drukt Advocaat-Generaal Spier zich in zijn conclusie overigens niet uit in termen van door de keuring en certificering te beschermen belangen. Hij signaleert wel dat het hof spreekt van 'individueel vermogensbelang', maar meent dat het hof daarmee geen 'afzonderlijk criterium' heeft willen introduceren (sub 5.2). Veeleer zoekt Spier naar aanwijzingen dat het RosR, de Herziene Rijnvaartakte en aanverwante regelingen zijn bedoeld om aansprakelijkheid in het leven te roepen van de overheid, als zij worden overtreden. Bij zijn constatering dat zulke aanwijzingen ontbreken, neemt Spier in aanmerking dat als de overheid aansprakelijkheid voor zichzelf in het leven roept, zij dat volgens hem 'openlijk en duidelijk' pleegt te doen (sub 4.28.1). De benadering van Advocaat-Generaal Spier doet denken aan de leer van de instructie- en waarborgnormen, die hij in zijn conclusie ook noemt. In zijn

Dat wil niet zeggen dat de Herziene Rijnvaartakte geen enkel aanknopingspunt bevat dat dit verdrag mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. De Herziene Rijnvaartakte bevat een verwijzing naar het privaatrecht en meer specifiek het aansprakelijkheidsrecht. Ook dat signaleert Advocaat-Generaal Spier in zijn conclusie.<sup>58</sup> In artikel 33 worden 'Rijnvaartrechtbanken' ingesteld, die op grond van artikel 34 ook bevoegd zijn uitspraak te doen 'in burgerlijke zaken', in geschillen over 'de schade, veroorzaakt door schippers en houtvlotter gedurende de reis of bij het aanleggen'. Toch zou ik daarin voor de rechter geen dekking willen zien om aan te nemen dat de wetgever met de Herziene Rijnvaartakte en het RosR mede individuele vermogensbelangen bedoelt te beschermen. Daarvoor is de tekst van artikel 34 van de Herziene Rijnvaartakte onvoldoende specifiek, gelezen in de context van dit hele verdrag. De verdragsluitende partijen omschrijven daarin niet *bepaalde* individuen die zij bedoelen te beschermen. Evenmin maken de verdragsluitende partijen daarin duidelijk dat zij met de normen in de Herziene Rijnvaartakte ter bevordering van de vrije vaart en de algemene veiligheid de belangen van die – onbenoemde – individuen in vermogensrechtelijke zin bedoelen te beschermen. Veeleer blijkt daaruit in mijn optiek dat er in algemene zin een mogelijkheid moet zijn om in het geval van schade als gevolg van de scheepvaart op de Rijn een vordering tot vergoeding van die schade aan de rechter voor te leggen.<sup>59</sup> Dat sprak in 1868, toen de Herziene Rijnvaartakte werd gesloten, waarschijnlijk nog niet vanzelf.

Resumerend situeert het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Duwbak Linda zich op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. Hij oordeelt dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan, terwijl dekking van de wetgever

---

optiek kan deze leer 'verhelderend' werken om inzichtelijk te maken waarom wel of niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan (sub 4.26(f) en noot 27). Zie ook F.J. van Ommeren, noot onder Duwbak Linda, AB 2005/127, sub 3, die het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad eveneens in verband brengt met instructie- en waarborgnormen, evenals Wiggers-Rust 2011, p. 132-133.

- 58 Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor Duwbak Linda, sub 4.9. Hierin kan volgens Spier een 'contra-indicatie' worden gezien dat een onzorgvuldige scheepskeuring overheidsaansprakelijkheid in het leven roept, omdat dergelijke aansprakelijkheid niet wordt genoemd in verband met de Rijnvaartrechtbanken. Zie m.n. sub 4.9 en 4.22.
- 59 Vgl. Advocaat-Generaal Spier voor Duwbak Linda, die in zijn conclusie de mogelijkheid van privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor schending van het RosR en de Herziene Rijnvaartakte niet geheel uitsluit, maar voor overheidsaansprakelijkheid geen aanknopingspunten ziet. Zie m.n. sub 4.9 en 4.22. Anders Van Dunné 2007, p. 127, volgens wie uit wetstekst en wetsgeschiedenis '*luce clarius*' blijkt dat de wetgever met de Binnenschepenwet wel bedoelt de 'vermogensbelangen van derden-eigenaren van schepen' te beschermen. In mijn optiek ten onrechte, want Van Dunné leidt dit af uit het oogmerk van de wetgever de 'veiligheid' van het scheepvaartverkeer te bevorderen, zodat van bescherming in vermogensrechtelijke zin ook hier geen sprake is. De Binnenschepenwet wordt door Advocaat-Generaal Spier ook in zijn conclusie betrokken (sub 4.22-4.27), al ziet deze volgens hem weer niet op vaartuigen die zich bevinden in een grindgat, zoals de Linda (sub 4.13 en 4.25.2). De Hoge Raad noemt deze wet niet.

middels positieve aanwijzingen ontbreekt op basis waarvan de rechter in zijn terughoudende opstelling bij het beschermingsdoel kan aannemen dat het RosR en de Herziene Rijnvaartakte mede individuele vermogensbelangen beogen te beschermen. In zoverre laat dit relativiteitsoordeel zich inpassen in het model. Daarmee is opnieuw nog niet gezegd dat de Hoge Raad oordeelt dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan, uitsluitend *omdat* zulke positieve aanwijzingen ontbreken. Zijn ontkennde relativiteitsoordeel zou ook kunnen zijn ingegeven door materieel aansprakelijkheidsrechtelijke overwegingen, waaronder 'rechtspolitieke' gedachten als het flood gates-argument. Het ontbreken van dekking van de wetgever speelt hier in mijn optiek echter wel degelijk een rol, als het al niet doorslaggevend is.<sup>60</sup> De Hoge Raad verwijst bij zijn oordeel dat het RosR beoogt de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer te beschermen en niet de individuele vermogensbelangen van de door hem omschreven derden via de conclusie van Advocaat-Generaal Spier tot tweemaal toe naar de bedoeling van de wetgever. In elk geval zijn oordeel over de relativiteit *van het RosR* lijkt daarmee ingegeven door de bedoeling van de wetgever en daarmee het gebrek aan positieve aanwijzingen in wettekst en wetsgeschiedenis van het RosR en de Herziene Rijnvaartakte.

Deze relativiteit van het RosR als zodanig stelt de Hoge Raad in zijn relativiteitsoordeel vervolgens voorop, om vervolgens daarmee de relativiteit in te vullen van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht. Pas dan komen er ook passages in de motivering van de Hoge Raad in het spel, die zouden kunnen worden opgevat als een eigen 'rechtspolitieke' keuze van de Hoge Raad. Dit betreft de passage over de aard en status van de keuring en de verhouding van de verantwoordelijkheden van de overheid en de eigenaar en de passage over de 'onbeperkte groep van derden' en 'de vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan'.<sup>61</sup> Deze passages worden in de literatuur doorgaans aangehaald ter staving van de stelling dat het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad zou zijn ingegeven door het 'flood gates'-argument.

Of deze passages inderdaad als vertolking van het 'flood gates'-argument moeten worden opgevat, valt niet met zekerheid vast te stellen. De Hoge Raad

---

60 Aldus ook Schueler 2005b, p. 87-88 en p. 99-100, die dit tegelijkertijd 'dubieus' acht (p. 100), omdat de wetgever over de eventuele bescherming van individuele vermogensbelangen tot aan het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Duwbak Linda 'nooit' zou hebben hoeven nadenken. Zie tevens Schild & De Jongh 2007, p. 148 en Van den Berge 2012, p. 67. Vgl. Verheij 2014, p. 98, volgens wie de wetsgeschiedenis 'bepalend' lijkt, maar dat in het licht van het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling toch niet is. Vgl. verder Franssen & Van Tilborg 2015, p. 59, die uitdrukkelijk stellen dat de betekenis die Hoge Raad in Duwbak Linda ook volgens hen toekent aan het 'zwijgen van de wetgever' mede moet worden begrepen in het licht van zijn beschouwingen over de aard en status van het toezicht en de verhouding van de verantwoordelijkheden van de Staat en de eigenaar van het schip.

61 Zie voor vindplaatsen par. 1.2.

geeft het niet met zoveel woorden aan. De passages kunnen ook worden opgevat als onderdeel van de ‘vertaalslag’ van de relativiteit van het RosR naar de relativiteit van de beweerdelijk door het keuringsbureau en de Staat geschonden ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.<sup>62</sup> Zulke normen strekken uitsluitend tot bescherming van belangen ‘van anderen’ waarop de aangesproken partij ‘bedacht moest zijn’.<sup>63</sup> Op basis van de relativiteit van het RosR – dat geen ‘individuele vermogensbelangen’ beoogt te beschermen van ‘derden’ die ‘schade lijden doordat een onvoldoende zorgvuldig gekeurd schip een ongeval veroorzaakt’ – constateert de Hoge Raad in deze lezing dat het keuringsbureau en de Staat niet bedacht hoefden te zijn op het belang van bagge-raar Van Hasselt, nu zij dan bedacht zouden moeten zijn op de belangen van een ‘onbeperkte’ groep benadeelden, die op ‘onvoorzienbare’ wijze schade zouden kunnen leiden.

De passages over de ‘bepaalbaarheid’ van de aansprakelijkheidslast<sup>64</sup> hoeven dus niet te worden gezien als bewijs voor een eigen ‘rechtspolitieke’ keuze van de Hoge Raad, ingegeven door het ‘flood gates’-argument. Zouden deze wel zo moeten worden gezien, dan lijkt mij het ‘flood gates’-argument in elk geval niet de exclusieve ratio decidendi van het relativiteitsoordeel in Duwbak Linda. Eerder lijkt het mij een extra argument.<sup>65</sup> Dit gezien het relativiteitsoordeel als geheel en het feit dat de Hoge Raad de relativiteit van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht, invult met de relativiteit van het RosR.

## 5.5 BESCHERMINGSDOEL, GEEN RELATIVITEIT III: IRAANSE VLUCHTELING

Ook het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling situeert zich op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. Een uit Iran afkomstige vrouw genaamd Yazdanlatif doet op 14 september 1994 een aan-

62 Vgl. Advocaat-Generaal Timmerman in zijn conclusie voor *Vie d’Or*, sub 4.8, die deze link in meer algemene zin legt. Anders Wiggers-Rust 2011, p. 134-135, die deze passages in verband brengt met het vereiste van causaal verband.

63 Staat/Shell, r.o. 3.8.4.

64 De term is van Hartlief 2006, p. 800.

65 Zoals dat ook geldt voor de conclusie van Advocaat-Generaal Spier, die niet alleen constateert dat in het RosR, de Herziene Rijnvaartakte en andere wettelijke regelingen positieve aanwijzingen ontbreken voor overheidsaansprakelijkheid voor onzorgvuldig uitgevoerde scheepskeuringen, maar er ook geen geheim van maakt dat hij het ‘flood gates’-argument meeweegt bij zijn constatering dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Spier waarschuwt bij wijze van ‘gedeeltelijke rechtspolitieke kanttekening’ voor het gevaar dat ‘de geest uit de fles raakt’ bij het aannemen van ‘een ruim geldingsbereik van allerlei keuringsbepalingen’ en wijst erop dat Van Hasselt zich kan verhalen op de eigenaar van de Linda en/of zich kan verzekeren (sub 4.41.2 resp. 4.45.4). Zie overigens kritisch over deze conclusie Van Dunné 2007, p. 125-126, volgens wie de Hoge Raad zich daardoor ‘op het verkeerde been’ zou hebben laten zetten.

vraag om toelating als vluchteling en een verblijfsvergunning op grond van de Vreemdelingenwet (oud). Beide worden haar geweigerd. De vrouw gaat in bezwaar. Bij beslissing op bezwaar houdt de staatssecretaris vast aan de weigering haar toe te laten. In beroep wordt deze beslissing echter door de bestuursrechter vernietigd. De vrouw kan niet worden tegengeworpen dat zij zich niet direct na aankomst als asielzoeker heeft gemeld, aldus de bestuursrechter. De beslissing op bezwaar is daarnaast in strijd met artikel 3:2 Awb onzorgvuldig voorbereid. De staatssecretaris neemt hierop een nieuwe beslissing op bezwaar. De vrouw wordt bij besluit van 16 juli 1999 alsnog als vluchteling toegelaten tot ons land.<sup>66</sup>

Ten overstaan van de burgerlijke rechter spreekt de vrouw vervolgens de Staat aan tot vergoeding van gederfd inkomen en pensioen.<sup>67</sup> Gedurende de kleine vijf jaar waarin haar ten onrechte de toelating als vluchteling is geweigerd, mocht zij namelijk geen betaalde arbeid verrichten.<sup>68</sup> Welke specifieke norm de Staat daarmee heeft geschonden, laat de vrouw in het midden. Afgaand op de samenvatting van de Hoge Raad doet zij geen beroep op de door de bestuursrechter geconstateerde schending van het zorgvuldigheidsbeginsel artikel 3:2 Awb, dan wel van de materiële wettelijke norm op grond waarvan de vrouw recht heeft op toelating. Dat zal ermee te maken hebben dat artikel 15 Vreemdelingenwet (oud) als wettelijke grondslag van de toelating op dit punt open is geformuleerd:

‘Vreemdelingen die afkomstig zijn uit een land waarin zij gegronde reden hebben te vrezen voor vervolging wegens hun godsdienstige of politieke overtuiging of hun nationaliteit, dan wel wegens het behoren tot een bepaald ras of tot een bepaalde sociale groep, kunnen een aanvraag doen om toelating als vluchteling bij Onze Minister.’<sup>69</sup>

Met een onterechte weigering van toelating is deze norm dus niet geschonden. Dat is pas het geval als een vreemdeling niet de kans zou krijgen een aanvraag om toelating als vluchteling te doen.

Evenmin doet de vrouw een beroep op de leer van de omgekeerde formele rechtskracht. Deze leer houdt in dat uit het gegeven dat een besluit van een

---

66 HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, NJ 2008/576, m.nt. J.B.M. Vranken (Iraanse vluchteling), r.o. 3.1 (iii-iv).

67 Iraanse vluchteling, r.o. 3.2. Ook vordert de vrouw vergoeding van immateriële schade (smartengeld) ‘wegens gederfde levensvreugde’. Deze vordering wordt zowel door de rechtbank als het hof afgewezen, omdat onvoldoende aannemelijk is geworden dat meer dan van enkel ‘psychisch onbehagen’ sprake is van zogeheten ‘aantasting in de persoon’ in de zin van art. 6:106 lid 1 aanhef en sub b BW. In cassatie komt deze vordering niet meer aan de orde.

68 Het was althans werkgevers verboden haar betaalde arbeid te laten verrichten op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav).

69 Geciteerd door Advocaat-Generaal Spier in zijn conclusie voor Iraanse vluchteling, sub 4.8. Zie ook *Stb.* 1965/40.

bestuursorgaan door de bestuursrechter is vernietigd één-op-één wordt afgeleid dat het openbaar lichaam waartoe het betreffende bestuursorgaan behoort een toerekenbare onrechtmatige daad heeft gepleegd.<sup>70</sup> Reden daarvoor is wellicht dat het vernietigde besluit de beslissing op bezwaar is. Strikt genomen staat daarmee alleen de onrechtmatigheid van de beslissing op bezwaar vast en niet de onrechtmatigheid van het zogeheten primaire, schadeveroorzakende besluit, waarbij de vrouw de toelating voor het eerst werd geweigerd.<sup>71</sup>

De vrouw steekt haar vordering 'feitelijk' in. Zij legt daaraan ten grondslag dat de Staat een onrechtmatige daad heeft gepleegd 'door haar pas vijf jaar na datum aanvraag de vluchtelingenstatus te geven waarop zij van meet af aan aanspraak had'.<sup>72</sup> De Staat verweert zich met een beroep op het relativiteitsvereiste. Aanvankelijk met succes. De rechtbank oordeelt dat de 'erkenning als vluchteling' niet strekt tot bescherming 'van het verlies van arbeidsvermogen en pensioenschade'. Deze erkenning heeft 'primair tot doel om bescherming te bieden tegen het terugsturen naar het land van herkomst'. De rechtbank betreft bij haar ontkennende relativiteitsoordeel met zoveel woorden artikel 17 van het Vluchtelingenverdrag.<sup>73</sup> Deze verdragsbepaling luidt:

'De Verdragsluitende Staten zullen aan de rechtmatig op hun grondgebied verblijvende vluchtelingen de meest gunstige behandeling verlenen, welke wordt toegekend aan onderdanen van een vreemd land onder dezelfde omstandigheden, wat betreft het recht om loonarbeid te verrichten.'<sup>74</sup>

Naar het oordeel van de rechtbank is het recht waarin het Vluchtelingenverdrag voorziet voor toegelaten vluchtelingen om 'de Nederlandse arbeidsmarkt te betreden en zich op die manier een inkomen te verwerven' slechts 'een neveneffect van de erkenning als vluchteling'.<sup>75</sup>

Het hof verwijst eveneens naar artikel 17 van het Vluchtelingenverdrag. Het komt echter tot een bevestigend relativiteitsoordeel. De 'toelating als

---

70 Zie nader par. 5.10. Vgl. Schild & De Jongh 2007, p. 149, die er wel vanuit lijken te gaan dat de vrouw een beroep doet op de leer van de omgekeerde formele rechtskracht. Ook G.E. van Maanen, noot onder Iraanse vluchteling, JA 2007/93, sub 2, gaat ervan uit dat de onrechtmatigheid van het handelen van de Staat is gegeven nu de beslissing op bezwaar door de bestuursrechter is vernietigd.

71 Althans voor de burgerlijke rechter. De bestuursrechter blijkt – optredend als aansprakelijkheidsrechter in zaken van overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten – bereid uit het feit dat een beslissing op bezwaar is vernietigd onder omstandigheden ook de onrechtmatigheid van het primaire besluit af te leiden. Zie hierover bijv. Van Ravels 2009, p. 19-20.

72 Iraanse vluchteling, r.o. 3.2.

73 Geciteerd uit de conclusie van Advocaat-Generaal Spier voor Iraanse vluchteling, sub 2.3.3.

74 Geciteerd door Advocaat-Generaal Spier in zijn conclusie voor Iraanse vluchteling, sub 4.18 (voetnootverwijzing weggelaten).

75 Geciteerd uit de conclusie van Advocaat-Generaal Spier voor Iraanse vluchteling, sub 2.3.3. Over de 'vermogensrechtelijke positie' van de vrouw beogen te beschermen.

vluchteling', zoals het hof het formuleert, strekt naar zijn oordeel mede tot bescherming van het belang van 'het recht om arbeid te verrichten'. Het hof:

'Het is duidelijk dat een vluchteling primair moet worden beschermd tegen vervolging in het land van herkomst. Deze bescherming wordt reeds geboden door de vluchteling niet uit te zetten. Echter, naast deze bescherming biedt de toelating als vluchteling in Nederland rechten die personen zonder verblijfsvergunning hier in beginsel niet hebben. De toelating als vluchteling strekt er aldus (mede) toe het de vluchteling mogelijk te maken hier een nieuw bestaan op te bouwen. Daartoe is onder meer in artikel 17 van het Vluchtelingenverdrag het recht op het verrichten van loonvormende arbeid aan (rechtmatig verblijvende) vluchtelingen toegekend. Mitsdien is het recht om arbeid te verrichten mede een belang dat door de toelating als vluchteling wordt beschermd.'<sup>76</sup>

De Staat laat het er niet bij zitten. In cassatie klaagt hij dat de geschonden norm niet strekt tot 'bescherming van het vermogensbelang dat de aanvrager van de toelating erbij heeft om aanstonds te kunnen toetreden tot de Nederlandse arbeidsmarkt'. Daarbij gaat de Staat er zelf vanuit dat de norm die hij heeft geschonden een op een wettelijke norm geënte ongeschreven zorgvuldighedsnorm is, zoals ook in Duwbak Linda. Het betreft de ongeschreven zorgvuldighedsnorm dat de besluitvorming op de aanvraag om toelating als vluchteling op grond van artikel 15 Vreemdelingenwet (oud) juist is. In zijn cassatiemiddel formuleert de Staat deze norm als volgt:

'De te dezen door de Staat geschonden norm behelst, kort gezegd, dat de Staat niet aanstonds juist heeft beslist op de aanvraag van verweester in cassatie tot toelating als vluchteling tot Nederland overeenkomstig art. 15 leden 1 en 2 van de toenmalige Vreemdelingenwet.'<sup>77</sup>

De Staat onderbouwt zijn klacht met het betoog dat het recht om inkomen te verwerven uit arbeid niet een belang is dat door de toelating als vluchteling wordt beschermd. Het is slechts een 'nevengevolg', dat de vluchteling in staat stelt 'een nieuw bestaan op te bouwen'. De toelating als vluchteling is daar 'als zodanig' niet 'op gericht'. Het hoort 'bij de toelatingsbeslissing' ook geen rol te spelen, aldus de Staat.<sup>78</sup>

De Hoge Raad gaat mee in het betoog van de Staat. De Hoge Raad laat echter in het midden over de relativiteit van welke ongeschreven zorgvuldighedsnorm of wettelijke norm of regeling hij zich uitspreekt. Aanvankelijk spreekt hij alleen van de 'toelating als vluchteling'. De Hoge Raad:

<sup>76</sup> Iraanse vluchteling, hof r.o. 2.2.

<sup>77</sup> Iraanse vluchteling, cassatiemiddel kenbaar uit NJ 2008/576.

<sup>78</sup> Iraanse vluchteling, cassatiemiddel kenbaar uit NJ 2008/576.

‘Op zichzelf is juist dat de toelating van een vluchteling tot Nederland de vluchteling in staat stelt hier te lande een nieuw bestaan op te bouwen. Anders dan het hof heeft geoordeeld, betekent dit echter niet dat de toelating als vluchteling ertoe strekt deze in staat te stellen inkomen (uit betaalde arbeid) te verwerven. Het recht in Nederland betaalde arbeid te verrichten vloeit voort uit de toelating als vluchteling, en ontstaat pas nadat hij in Nederland als vluchteling is toegelaten.’<sup>79</sup>

Vervolgens formuleert de Hoge Raad zijn oordeel over de relativiteit van de toelating als vluchteling als volgt:

‘De toelating vindt plaats om humanitaire redenen, teneinde hem [de vluchteling; PwvH] te beschermen tegen vervolging in het land van herkomst. Zij strekt niet tot bescherming van enig vermogensrechtelijk belang van de vluchteling.’<sup>80</sup>

De Hoge Raad volgt de Staat eveneens op het punt dat het belang om inkomen uit arbeid te verwerven bij de toelatingsbeslissing geen rol speelt:

‘Het belang van de vluchteling om inkomen uit arbeid te kunnen verwerven speelt bij de beoordeling tot toelating als vluchteling geen rol en de Staat dient bij zijn beslissing omtrent de toelating als vluchteling hiermee geen rekening te houden.’<sup>81</sup>

Aan het slot van zijn relativiteitsoordeel verbreedt de Hoge Raad het alsnog tot alle wettelijke normen ter zake van de toelating als vluchteling. Of zoals hij het zelf formuleert: alle ‘regels’ die gelden voor ‘de procedure tot toelating’.<sup>82</sup> De Hoge Raad doet dat in een passage waarin hij zich uitspreekt over de gevolgen van de schending van zo’n regel:

‘Als de Staat in het kader van de procedure tot toelating een voor die procedure geldende regel heeft geschonden, heeft de aanvrager toegang tot de rechter om deze schending te doen herstellen. Deze schending geeft in beginsel echter geen recht op vergoeding van schade als hier door Yazdanlatif is gevorderd.’<sup>83</sup>

---

79 Iraanse vluchteling, r.o. 3.4.

80 Iraanse vluchteling, r.o. 3.4.

81 Iraanse vluchteling, r.o. 3.4. Op grond van deze passage wordt het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling wel in verband gebracht met het bestuursrechtelijke specialiteitsbeginsel van art. 3:4 Awb. Dit beginsel houdt in dat het bestuursorgaan dat een besluit neemt alleen met bepaalde, daarbij betrokken belangen rekening hoeft te houden. Zie Wiggers-Rust 2011, p. 149-150, die dit beginsel ziet als ‘bijkomend argument’ voor het ontkennende relativiteitsoordeel. Kritisch hierover zijn Schild & De Jongh 2007, p. 150. Vgl. G.A. van der Veen, noot onder Iraanse vluchteling, AB 2008/16, sub 3, die het niet ‘aanemelijk’ acht dat de Hoge Raad hier het relativiteitsvereiste als het ware met het specialiteitsbeginsel heeft willen aanscherpen.

82 Zie in de zin ook G.A. van der Veen, noot onder Iraanse vluchteling, AB 2008/16, sub 2.

83 Iraanse vluchteling, r.o. 3.4. Zie voor een ‘precedent’ het eveneens ontkennende relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in HR 25 mei 1928, NJ 1928, p. 1688-1694, m.nt. E.M. Meijers (De Marchant et d’Ansembourg/Staat) besproken in par. 2.3, dat een vergelijkbare passage bevat over het ‘rechtsgevolg’ van de geschonden norm.

De laatste zin vat ik op als opening naar de correctie-Langemeijer ('in beginsel').<sup>84</sup> Blijkbaar voelt de Hoge Raad echter niet de behoefte langs die weg alsnog aansprakelijkheid van de Staat aan te nemen. Daarbij zal meespelen dat de vreemdeling zich kan wenden tot de vreemdelingenrechter om de schending van zo'n regel 'te doen herstellen', zoals de Hoge Raad benadrukt. Deze rechter kan aldus voorzien in handhaving van deze regels.<sup>85</sup>

Het ontkennende relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling situeert zich evenals het relativiteitsoordeel in Pfizer/Cosmétique en Duwbak Linda op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. Centraal staat weer de tegenstelling tussen een algemeen belang en op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen. Al is deze tegenstelling hier minder scherp dan in Pfizer/Cosmétique en Duwbak Linda. De Hoge Raad oordeelt dat de toelating als vluchteling plaatsvindt in het als algemeen belang aan te merken belang van humaniteit en ter bescherming van de individuele belangen van vluchtelingen gevrijwaard te blijven van vervolging van het land van herkomst. De toelating beoogt echter niet hun belangen te beschermen in de vermogensrechtelijke zin dat zij 'in staat' gesteld worden 'inkomen (uit betaalde arbeid) te verwerven'. Sterker nog, de toelating als vluchteling beoogt niet 'enig vermogensrechtelijk belang van de vluchteling' te beschermen, zoals de Hoge Raad het categorisch formuleert.

Het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad abstraheert ook van het concrete geval. De naam van de vrouw noemt de Hoge Raad niet eerder dan in de laatste zin, waarin hij een opening maakt naar de correctie-Langemeijer. Evenmin noemt de Hoge Raad het concrete geschade belang van de vrouw, gevrijwaard te blijven van derving van inkomen en pensioen doordat de Staat haar gedurende bijna vijf jaar ten onrechte de toelating als vluchteling heeft onthouden. Bovendien is er de passage over de gevolgen van de schending van een voor de procedure tot toelating geldende regel. De vluchteling moet in beginsel niet bij de burgerlijke rechter – of althans de aansprakelijkheidsrechter – zijn om de schending van een voor de procedure tot toelating geldende regel aan de kaak te stellen, aldus de Hoge Raad. De schending van een norm ter zake van de procedure tot toelating kan dus niet worden ingeroepen in het privaatrecht als zelfstandige grondslag voor een vordering uit onrechtmati-

---

84 Zo ook Schild & De Jongh 2007, p. 150-151 en J.B.M. Vranken, noot onder Iraanse vluchteling, *NJ* 2008/576, sub 12. Vgl. Lindenbergh 2007b, p. 783, noot 44 en m.n. Lindenbergh 2011b, p. 103-104, die betoogt dat deze passage ook ruimte biedt om immateriële schadevergoeding te vorderen op grond van de schending van een fundamenteel recht.

85 Vgl. J.A.E. van der Does, noot onder Iraanse vluchteling, *Gst.* 2007/90, sub 4, die vermoedt dat de Hoge Raad het bewust in het midden laat welke rechter in deze rechtsbescherming moet voorzien. Van der Does wijst er daarbij op dat de burgerlijke rechter altijd 'restrechter' blijft.

ge daad.<sup>86</sup> Daaruit blijkt eveneens dat het relativiteitsoordeel in Iraanse vluchteling zich situeert op het niveau van de abstracte vraag naar het beschermingsdoel.<sup>87</sup>

Ook in Iraanse vluchteling ontbreekt dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen dat de betreffende wettelijke norm of regeling mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Althans ervan uitgaande dat het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad ziet op alle voor de procedure tot toelating geldende regels en dat hij zich dus in elk geval heeft gebaseerd op de Vreemdelingenwet (oud). Meer in het bijzonder zou het moeten gaan om artikel 15 als wettelijke grondslag voor de aanvraag om toelating als vluchteling.<sup>88</sup> Uit de tekst van deze bepaling – eerder in deze paragraaf al geciteerd – blijkt dat de toelating plaatsvindt ter voorkoming van vervolging van de vluchteling in het land van herkomst, zoals de Hoge Raad ook oordeelt. In deze wetstekst tekenen zich geen positieve aanwijzingen af dat deze norm mede beoogt individuele vermogensbelangen te beschermen.

Dat is in mijn optiek evenmin het geval in de wetsgeschiedenis van de Vreemdelingenwet (oud). Over het ontwerp voor deze wet valt te lezen dat het er niet slechts toe strekt ‘aan het beleid ten aanzien van de toelating, het toezicht en de uitzetting een duidelijke en deugdelijke basis in de wet te verschaffen, maar vooral ook om de vreemdeling zoveel mogelijk rechtsbescherming te geven’.<sup>89</sup> Wat dat betreft heeft de wetgever dus wel degelijk ook de individuele belangen van vreemdelingen voor ogen. Ik zie echter geen aanwijzingen dat de wetgever deze belangen ook in vermogensrechtelijke zin bedoelt te beschermen. Wel wijst de wetgever erop dat de Vreemdelingenwet de mogelijkheid onverlet laat een vordering in te stellen bij de burgerlijke rechter, al dan niet uit onrechtmatige overheidsdaad.<sup>90</sup> Daarnaast bepaalt artikel 39 lid 2 Vreemdelingenwet (oud) dat ‘zo daartoe termen zijn’ bij vernietiging van een beslissing een vergoeding ‘uit ‘s Lands kas zal worden toegekend’. Ook hierin zou ik echter geen dekking willen zien voor de rechter om aan te nemen dat de wetgever heeft bedoeld specifiek met de normen van de Vreemdelingenwet (oud) en meer in het bijzonder artikel 15 van deze wet

---

86 Strikt genomen beperkt het oordeel van de Hoge Raad zich tot de remedie van schadevergoeding, maar ik ga er vanuit dat gebods- en verbodsacties daarmee over één kam moeten worden geschoren. Zie par. 4.6.

87 Anders Van den Berge 2012, p. 75, die het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling aanmerkt als relativiteitsoordeel op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang, omdat duidelijk is dat de betreffende normen zien op de belangen van ‘individuele vluchtelingen’. Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven merkt in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.6 het relativiteitsoordeel in Iraanse vluchteling eveneens aan als relativiteitsoordeel op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang.

88 Aldus ook J.B.M. Vranken, noot onder Iraanse vluchteling, *NJ* 2008/576, sub 3 en H. Battjes, noot onder Iraanse vluchteling, *JV* 2007/322, sub 2.

89 *Kamerstukken II* 1962/63, 7163, nr. 3 (MvT), p. 11.

90 *Kamerstukken II* 1962/63, 7163, nr. 3 (MvT), p. 13.

mede individuele vermogensbelangen te beschermen. Hieruit volgt veeleer dat er in algemene zin de mogelijkheid bestaat van schadevergoeding ter zake van een onterechte weigering van toelating als vluchteling, binnen en buiten rechte.

De Wijzigingswet Vreemdelingenwet (oud) biedt op dit punt geen nieuwe inzichten. Deze staat vooral in het teken van het aanscherpen en stroomlijnen van beleid en procedures in het licht van de 'welhaast jaarlijks toenemende stroom van vreemdelingen'.<sup>91</sup> Wel wordt daarbij met het nieuwe artikel 34j Vreemdelingenwet (oud) de mogelijkheid gecreëerd voor de rechter schadevergoeding toe te kennen in het specifieke geval dat de rechter overgaat tot opheffing van een vrijheidsbenemende maatregel opgelegd door een bestuursorgaan. Daarin zou ik echter opnieuw niet een positieve aanwijzing willen zien dat de normen van de Vreemdelingenwet (oud) ter zake van de toelating als vluchteling mede individuele vermogensbelangen beogen te beschermen.

Artikel 17 van het Vluchtelingenverdrag behoort in mijn optiek niet tot deze voor de procedure tot toelating geldende regels. Deze verdragsbepaling over het recht van vluchtelingen op het mogen verrichten van loonvormende arbeid richt zich op eenmaal toegelaten, 'rechtmatig (...) verblijvende' vluchtelingen. Artikel 15 Vreemdelingenwet (oud) is daarop ook niet gebaseerd. Het lijkt mij daarom terecht dat de Hoge Raad in zijn relativiteitsoordeel onderscheid maakt tussen de toelating als vluchteling als zodanig en de situatie die na toelating intreedt en de relativiteit van de toelating als zodanig ook niet vaststelt aan de hand van de situatie die daarna intreedt.<sup>92</sup>

Wordt artikel 17 van het Vluchtelingenverdrag niettemin bij het relativiteitsoordeel betrokken, dan zou ik ook daarin geen positieve aanwijzingen willen lezen dat de wetgever of althans de verdragsluitende partijen daarmee hebben bedoeld de belangen van vluchtelingen in vermogensrechtelijke zin te beschermen. Weliswaar is er in zoverre sprake van een vermogensrechtelijk element, dat de wetgever of althans de verdragsluitende partijen de vluchteling een recht toekennen om tot op zekere hoogte – op gelijke voet met 'onderdanen van een vreemd land onder dezelfde omstandigheden' – 'loonarbeid' te mogen verrichten. Maar het openen van de *mogelijkheid* om betaalde arbeid te verrichten, is nog iets anders dan dat de wetgever of in dit geval de verdragsluitende

91 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 735, nr. 3 (MvT), p. 1. Zie voor deze wet *Stb.* 1993/707.

92 J.B.M. Vranken merkt in zijn noot onder Iraanse vluchteling, *NJ* 2008/576, sub 4, deze 'scheiding' aan als 'kern' van het oordeel van de Hoge Raad. Zie kritisch hierover G.E. van Maanen, noot onder Iraanse vluchteling, *JA* 2007/93, sub 5; Zie tevens Zieck 2008, p. 1283-1289, die op basis van een uitvoerige analyse van het Vluchtelingenverdrag concludeert dat dit verdrag het onderscheid dat de Hoge Raad maakt 'slechts ten dele' lijkt te kunnen 'schragen' (p. 1288). Vgl. C.N.J. Kortmann 2007, p. 247-248, die zich ook kritisch toont. Reden daarvoor is echter vooral dat het debat in zijn optiek zou moeten gaan over de vraag of de Hoge Raad de vrouw schadevergoeding zou moeten toekennen op de grond dat de Staat door de onterechte weigering van toelating een inbreuk heeft gemaakt op het haar op grond van art. 17 Vluchtelingenverdrag toekomende 'subjectieve recht' op arbeid.

partijen daadwerkelijk bedoelen de belangen van toegelaten vluchtelingen in vermogensrechtelijke zin te beschermen. De reserves die daarbij in de travaux préparatoires door de vertegenwoordigers van verschillende Staten worden uitgesproken, aangehaald door Advocaat-Generaal Spier in zijn conclusie, wijzen eerder op het tegendeel.<sup>93</sup>

Al met al ontbreekt in mijn optiek in Iraanse vluchteling dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen, op basis waarvan de rechter in zijn terughoudende opstelling bij de vraag naar het beschermingsdoel kan aannemen dat de regels die gelden voor de procedure tot toelating, mede individuele vermogensbelangen beogen te beschermen. Ook Advocaat-Generaal Spier ziet zulke aanwijzingen niet. Dat wil zeggen: in zijn optiek vallen noch aan de Vreemdelingenwet (oud), noch aan het Vluchtelingenverdrag 'dwingende argumenten' te ontleen voor of tegen het standpunt van Yazdanlatif dat het belang door arbeid inkomen te verwerven door de toelating als vluchteling wordt beschermd. Hetzelfde geldt voor het omgekeerde standpunt van de Staat.<sup>94</sup>

Resumerend situeert het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling zich op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. Hij oordeelt dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan, terwijl dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen ontbreekt op basis waarvan de rechter in zijn terughoudende opstelling bij de vraag naar het beschermingsdoel kan aannemen dat de Vreemdelingenwet (oud) of het Vluchtelingenverdrag mede individuele vermogensbelangen beogen te beschermen. In zoverre laat ook dit relativiteitsoordeel zich dus inpassen in het model. Op basis van de formulering en motivering van het relativiteitsoordeel valt niet vast te stellen of de Hoge Raad tot zijn ontkennende relativiteitsoordeel komt, *omdat* zulke aanwijzingen ontbreken. Anders dan in Pfizer/Cosmétique en Duwbak Linda ontbreekt in het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling immers iedere verwijzing naar wetstekst of wetsgeschiedenis of naar de

---

<sup>93</sup> Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor Iraanse vluchteling, sub 4.20.

<sup>94</sup> Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor Iraanse vluchteling, sub 4.32, 4.36, 4.41.1-4.41.2. Spier wijst evenwel op kritiek in de literatuur op lagere rechtspraak, die met het standpunt van de Staat in lijn is (sub 4.14.1-4.17, onder verwijzing naar Rb. Den Haag 8 december 1999, ECLI:NL:RBSGR:1999:ZA5725, AB 2000/234, m.nt. B.P. Vermeulen, JV 2000/86, m.nt. J.E.M. Polak en Rb. Den Haag 3 april 2001, ECLI:NL:RBSGR:2001:AB2367, JV 2001/183). Advocaat-Generaal Spier meent uiteindelijk dat moet worden aangenomen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan en het bevestigende relativiteitsoordeel van het hof dus juist is. In zijn optiek heeft het standpunt van de Staat 'hoe knap ook geformuleerd, iets artificieels' (sub 4.3.1), terwijl het resultaat ervan – geen aansprakelijkheid van de Staat voor de schade van de vrouw – 'niet in hoge mate bekoort' (sub 4.38). De uitkomst waartoe Advocaat-Generaal Spier komt, berust in mijn optiek derhalve op een eigen keuze. Vgl. Di Bella 2014, p. 138, die erop wijst dat Spier wel 'niet-dwingende-argumenten' ziet en erop wijst dat het 'recht op arbeid' in de wetsgeschiedenis wordt genoemd.

conclusie van Advocaat-Generaal Spier.<sup>95</sup> De Hoge Raad laat wat dat betreft in het midden waaraan hij zijn relativiteitsoordeel ontleent.<sup>96</sup>

Dat betekent dat het ook mogelijk is dat het ontkennende relativiteitsoordeel van de Hoge Raad het resultaat is van een eigen 'rechtspolitieke' keuze. Een keuze ingegeven uit beduchtheid een stortvloed aan claims op de overheid uit te lokken (het 'flood gates'-argument), zoals in de literatuur veelal wordt aangenomen.<sup>97</sup> Ook is het mogelijk dat zijn relativiteitsoordeel is ingegeven door een combinatie van dergelijke materieel aansprakelijkheidsrechtelijke overwegingen en het ontbreken van dekking van de wetgever.<sup>98</sup> Het zou mij echter niet verbazen als het laatste hier wel degelijk een doorslaggevende rol speelt. Ik zou mij in een zaak als Iraanse vluchteling in het bijzonder kunnen voorstellen dat de rechter niet zonder dekking van de wetgever aanneemt dat rechtstreekse privaatrechtelijke handhaving van voor de procedure tot toelating geldende wettelijke normen mogelijk zou moeten zijn. Alles wat met asiel- en immigratiebeleid te maken heeft, is politiek al snel controversieel om niet te zeggen explosief. Dat is voor overheidsaansprakelijkheid voor fouten in de toelatingsprocedure niet anders.

## 5.6 BESCHERMINGSDOEL, WEL RELATIVITEIT: VIE D'OR

Zijn tot nu toe zaken aan de orde gekomen waarin het relativiteitsoordeel zich in wezen situeert op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel en het relativiteitsoordeel ontkennend luidt, het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Vie d'Or luidt bevestigend. Inzet van het relativiteitsoordeel in deze zaak is evenals in Duwbak Linda een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, die is geënt op een wettelijke regeling. Het gaat dit maal om de norm dat het toezicht op verzekeraars op grond van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf (Wtv) zorgvuldig moet worden uitgeoefend. Meer concreet gaat het om het toezicht op grond van deze Wtv door de Stichting Verzekeringskamer – welke toezichthouder later opgaat in De Nederlandsche Bank – op levensverzekeraar Vie d'Or.

Vie d'Or is een levensverzekeraar die zeer snel groeit – het premie-inkomen stijgt in vijf jaar tijd van f 6 naar f 154 miljoen<sup>99</sup> – en daaraan ook ten onder gaat. Zij blijkt financieel noch administratief in staat haar verplichtingen na te komen en uiteindelijk wordt het faillissement uitgesproken. Een deel van

<sup>95</sup> Zo constateert ook G.A. van der Veen, noot onder Iraanse vluchteling, AB 2008/16, sub 2.

<sup>96</sup> Aldus ook Van den Berge 2012, p. 75 en Franssen & Van Tilborg 2015, p. 65.

<sup>97</sup> Zie voor vindplaatsen par. 1.2.

<sup>98</sup> Vgl. Schild & De Jongh 2007, p. 151 die het mogelijk achten dat het "'floodgate-argument'" op de achtergrond heeft meegewogen'.

<sup>99</sup> HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, NJ 2008/527 (Vie d'Or), m.nt. C.C. van Dam onder NJ 2008/529, r.o. 3.1 (iii).

de verplichtingen van Vie d'Or wordt overgenomen door een branchegenoot, maar overigens zitten de polishouders van Vie d'Or met de gebakken peren. Zij verenigen zich in de gelijknamige stichting en pogen in een collectieve actie op grond van artikel 3:305a BW hun schade te verhalen op onder meer de Verzekeringskamer. De Verzekeringskamer is in de ogen van de polishouders tekortgeschoten in het toezicht op Vie d'Or en had moeten ingrijpen om het faillissement te voorkomen. Daartoe vorderen de polishouders een verklaring voor recht dat de Verzekeringskamer jegens hen onrechtmatig heeft gehandeld en gehouden is tot schadevergoeding.

De rechtbank wijst de vordering van de polishouders af. Het hof daarentegen wijst deze toe. Naar zijn oordeel heeft de Verzekeringskamer niet zo gehandeld als van een 'redelijk handelend toezichthouder mocht worden verwacht' en derhalve onrechtmatig. Het hof is het eens met de polishouders dat de Verzekeringskamer eerder dan zij uiteindelijk deed – eind november 1991 in plaats van in november 1993 – gebruik had moeten maken van haar bevoegdheid op grond van artikel 34 lid 4 juncto 3 Wtv een zogeheten stille bewindvoerder bij Vie d'Or te benoemen, teneinde de deconfiture af te wenden.<sup>100</sup> Het hof verwerpt alle overige verweren van de Verzekeringskamer in zoverre dat zij de gevorderde verklaring voor recht dat de Verzekeringskamer onrechtmatig heeft gehandeld toewijsbaar acht.

In cassatie klaagt de Verzekeringskamer over dit oordeel, onder meer met de klacht dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan. De Verzekeringskamer betoogt dat het 'doel' van het wettelijk toezicht is 'alleen' te bevorderen 'dat de verzekeraars te allen tijde aan hun verplichtingen kunnen voldoen' en dat het toezicht niet strekt tot bescherming van het 'individuele vermogensbelang' van de polishouders.<sup>101</sup> De Hoge Raad stelt bij zijn relativiteitsoordeel weer zijn maatstaf uit Duwbak Linda voorop.<sup>102</sup> Vervolgens velt de Hoge Raad zijn eigenlijke relativiteitsoordeel, te beginnen met de relativiteit van de Wtv en het in deze wet 'voorziene toezicht' van de Verzekeringskamer. Dat beoogt mede het 'financiële belang van een polishouder' te beschermen tegen 'deconfiture van de verzekeraar'. Daaraan voegt hij toe dat dit 'wettelijke toezicht' niet alleen het 'algemeen belang van bescherming en bevordering van het vertrouwen in het verzekeringswezen' beoogt te beschermen, maar ook de 'individuele vermogensbelangen' van 'polishouders'. Dat alles gebeurt in deze rechtsoverweging:

'Uit hetgeen hiervoor in de inleidende beschouwingen is vooropgesteld, moet worden afgeleid dat het in de Wet toezicht verzekeringsbedrijf voorziene toezicht van de Verzekeringskamer op een verzekeraar mede tot doel heeft het financiële belang van een polishouder, zoals dat voorzienbaar met een deconfiture van de

---

100 Vie d'Or, hof r.o. 7.16.

101 Vie d'Or, middel I, onderdeel 1, kenbaar uit NJ 2008/527.

102 Vie d'Or, r.o. 4.2.2.

verzekeraar is gemoeid, te beschermen. Het strookt met het stelsel van de wet, het doel van het toezicht en met de bedoeling van de wetgever, zoals daarvan uit de parlementaire geschiedenis blijkt, dat dit wettelijk toezicht – naast het algemene belang van bescherming en bevordering van het vertrouwen in het verzekeringswezen – mede beoogt de individuele vermogensbelangen van degenen die als verzekeringnemers, verzekerden of gerechtigden tot uitkeringen betrokken zijn of zullen worden bij overeenkomsten van verzekering, gesloten of te sluiten met de verzekeraar (hierna ook gezamenlijk aan te duiden als de polishouders), zo goed mogelijk te beschermen tegen het gevaar dat de verzekeraar niet aan zijn verplichtingen tegenover de betrokken polishouders kan voldoen en mede beoogt te bewerkstelligen dat het risico van een deconfiture van de verzekeraar zo gering mogelijk is.<sup>103</sup>

Met deze relativiteit van de Wtv vult de Hoge Raad vervolgens de relativiteit van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm in dat het toezicht van de Verzekeringskamer zorgvuldig moet zijn of althans dat zij daarin niet behoort tekort te schieten.<sup>104</sup> De Hoge Raad drukt zich uit in termen van het vereiste van relatieve onrechtmatigheid.<sup>105</sup> Het tekortschieten van de Verzekeringskamer is onrechtmatig 'jegens' polishouders die daardoor 'in hun individuele vermogensbelangen worden getroffen en deswege schade lijden'. De Hoge Raad:

'Daaruit volgt dat een tekortschieten van de Verzekeringskamer in de uitoefening van de haar in de Wet toezicht verzekeringsbedrijf opgedragen toezichthoudende taak, als gevolg waarvan de betrokken – tot een in beginsel bepaalbare groep van (potentiële) benadeelden behorende – polishouders in hun individuele vermogensbelangen worden getroffen en deswege schade lijden doordat de verzekeraar niet aan zijn verplichtingen uit de verzekeringsovereenkomst kan voldoen, onrechtmatig is jegens die polishouders.'<sup>106</sup>

Dat wil overigens niet zeggen dat de Verzekeringskamer dus aansprakelijk is jegens de polishouders. Dat is na het arrest van de Hoge Raad nog onbeslist. Hij vernietigt het arrest van het hof op het punt van de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid. Het hof heeft bij zijn oordeel dat het toezicht door de Verzekeringskamer tekortschoot onvoldoende rekening gehouden met de 'beleids- en beoordelingsvrijheid' van de Verzekeringskamer bij de uitoefening van haar bevoegdheden en de terughoudendheid die de rechter bij de beoordeling daarvan past, mede gelet op het gevaar van 'wijsheid achteraf'. Ook heeft

103 Vie d'Or, r.o. 4.2.2.

104 In vergelijkbare zin W.H. van Boom, noot onder Vie d'Or, JA 2007/2, in de eerste ongenummerde sub onder het tussenkopje 'Relativiteit, bepaalbaarheid van potentiële slachtoffers, en de verhouding van Vie d'Or tot Duwbak Linda' (p. 1153 in de gedrukte versie). Zie ook Van der Wiel 2007, p. 189.

105 Zie hfdst. 2.

106 Vie d'Or, r.o. 4.2.2.

het hof een en ander onvoldoende ‘in samenhang’ beoordeeld.<sup>107</sup> De zaak wordt uiteindelijk geschikt en de schikkingsovereenkomst op grond van de Wet Collectieve Afhandeling Massaschade (WCAM) door het Hof Amsterdam algemeen verbindend verklaard voor alle polishouders.<sup>108</sup>

Het bevestigende relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in *Vie d’Or* situeert zich op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. Centraal staat de tegenstelling tussen een algemeen belang en op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen. De Hoge Raad oordeelt dat de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat het toezicht op grond van de Wtv zorgvuldig moet worden uitgeoefend niet alleen het ‘algemene belang van bescherming en bevordering van het vertrouwen in het verzekeringswezen’ beoogt te beschermen, maar ook de ‘individuele vermogensbelangen’ van ‘polishouders’ gevrijwaard te blijven financieel nadeel doordat een verzekeraar ‘niet aan zijn verplichtingen kan voldoen’. Het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad abstraheert ook van het concrete geval. Hij drukt zich niet specifiek uit dan ‘de polishouders’ en spitst zijn oordeel niet toe op de polishouders *van Vie d’Or*.<sup>109</sup> Daaruit blijkt eveneens dat het relativiteitsoordeel zich situeert op het niveau van de abstracte vraag naar het beschermingsdoel.<sup>110</sup>

In dit geval biedt de wetgever in wetstekst en wetsgeschiedenis van de Wtv wél dekking middels positieve aanwijzingen dat de WGV mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. In de wetsgeschiedenis is sprake van de ‘wens’ aan ‘het vertrouwen van de verzekeringnemer in de verzekeraar een hechtere basis te geven’.<sup>111</sup> Deze ‘hechtere basis’ van vertrouwen klinkt als een algemeen belang aan te merken belang. Maar de wetgever omschrijft in wetstekst en wetsgeschiedenis ook de belangen van bepaalde individuen. Zo formuleert de wetgever in artikel 34 Wtv nauwkeurig in wiens belang de Verzekeringskamer de in deze bepaling genoemde bevoegdheden mag inzetten. De Hoge Raad vat deze bepaling in de algemene beschouwingen over het

---

107 *Vie d’Or*, r.o. 4.3.1-4.3.5.

108 Zie de noot van C.C. van Dam onder *Vie d’Or*, NJ 2008/529, sub 2 en Hof Amsterdam 29 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2717, NJ 2009/448 (*Vie d’Or* schikking).

109 Tenzij dit zou worden ingelezen in de in de hoofdtekst als tweede geciteerde passage uit het relativiteitsoordeel. Daarin vult de Hoge Raad de relativiteit van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, die de Verzekeringskamer volgens de polishouders zou hebben geschonden, in met de relativiteit van de Wtv. Daarbij spreekt hij een slag concreter van de ‘betrokken’ polishouders. ‘Betrokken’ zou hier kunnen worden opgevat in de zin van de in deze zaak bij het gefailleerde *Vie d’Or* betrokken polishouders, die zich in deze zaak bij de rechter melden om hun schade te verhalen. Maar de naam *Vie d’Or* valt niet en het specifieke geschade belang van deze benadeelden wordt niet omschreven. Het ligt daarom meer voor de hand deze passage zo te lezen dat ‘betrokken polishouders’ hier nog steeds is bedoeld als bij een levensverzekeraar in algemene zin betrokken polishouders.

110 Anders Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.6. Hij merkt het relativiteitsoordeel in *Vie d’Or* aan als relativiteitsoordeel op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang.

111 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 884, nr. 4, p. 3.

toezicht door de Verzekeringskamer, die hij aan zijn inhoudelijke oordeel vooraf laat gaan, als volgt samen:

‘Wat de bevoegdheid van de Verzekeringskamer tot het treffen van maatregelen aangaat, verdient art. 34 Wtv bijzondere aandacht.

Indien de Verzekeringskamer zulks noodzakelijk acht in het belang van *degenen die als verzekeringnemers, verzekerden of gerechtigden op uitkeringen betrokken zijn of zullen worden bij overeenkomsten van verzekering, gesloten of te sluiten door een verzekeraar*, kan zij deze verzekeraar een met redenen omklede aanwijzing geven (lid 1), waaraan de verzekeraar verplicht is binnen de door de Verzekeringskamer gestelde termijn te voldoen (lid 2).’<sup>112</sup>

Ook in de wetsgeschiedenis van de Wtv valt herhaaldelijk te lezen dat de wetgever met het toezicht op grond van deze wet mede de ‘belangen van de verzekerden’ wil beschermen. Daaruit blijkt bovendien dat het gaat om bescherming van deze individuele belangen in vermogensrechtelijke zin.<sup>113</sup> Het gaat om bescherming tegen het gevaar dat verzekeraars in de problemen komen en hun verplichtingen niet kunnen nakomen.<sup>114</sup> De wetgever of althans de minister van Financiën wil concreet ‘financieel nadeel’ voor ‘verzekeringscrediteuren’ als gevolg van het faillissement van een levensverzekeraar voorkomen.<sup>115</sup>

Resumerend situeert het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Vie d’Or zich op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. De Hoge Raad oordeelt dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan, terwijl wetstekst en wetsgeschiedenis van de Wtv dekking bieden middels positieve aanwijzingen op basis waarvan de rechter in zijn terughoudende opstelling bij de vraag naar het beschermingsdoel kan aannemen dat deze wet mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. In zoverre laat dit relativiteitsoordeel zich inpassen in het model. Ook hier is het weer de vraag of de Hoge Raad tot zijn bevestigende relativiteitsoordeel komt, *omdat* wetstekst en wetsgeschiedenis van de Wtv positieve aanwijzingen bevatten dat deze wet mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, of dat dit bevestigende relativiteitsoordeel is ingegeven door materieel aansprakelijkheidsrechtelijke overwegingen. Mij lijkt het eerste het geval.<sup>116</sup> Het relativiteitsoordeel bevat tot

---

112 Vie d’Or, r.o. 4.1.6 (cursivering toegevoegd).

113 Aldus ook Advocaat-Generaal Timmerman in zijn conclusie voor Vie d’Or, sub 4.14-4.15.

114 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 884, nr. 3, p. 1 en 3.

115 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 884, nr. 4, p. 11, aangehaald in r.o. 4.1.2. Ook aangehaald door Advocaat-Generaal Timmerman in zijn conclusie voor Vie d’Or, sub 4.12.

116 In deze zin ook Schild & De Jongh 2007, p. 148-149, volgens wie de wetsgeschiedenis in Vie d’Or ‘een belangrijke (en mogelijk doorslaggevende)’ rol speelt. Zo ook Di Bella 2014, p. 143. Vgl. Van den Berge 2012, p. 73, volgens wie de Hoge Raad tot zijn bevestigende relativiteitsoordeel komt o.g.v. ‘zowel teleologische overwegingen als op basis van positieve aanwijzingen uit de parlementaire geschiedenis’. Volgens Franssen & Van Tilborg 2015, p. 65 hecht de Hoge Raad ‘belangrijke betekenis’ aan de bedoeling van de wetgever om

tweemaal toe een verwijzing naar de bedoeling van de wetgever, zoals die blijkt uit wetstekst en wetsgeschiedenis van de Wtv. De Hoge Raad verwijst hiernaar zowel via de ‘inleidende beschouwingen’ over het toezicht door de Verzekeringskamer, die de Hoge Raad in zijn arrest vooropstelt, als via een verwijzing in het relativiteitsoordeel zelf. Hij velt bovendien een sterk hetero-noom oordeel, door in zijn relativiteitsoordeel de definitie van de polishouders letterlijk over te nemen uit de tekst van artikel 34 Wtv.<sup>117</sup>

Daar staat tegenover dat het relativiteitsoordeel ook passages bevat die kunnen worden opgevat als eigen ‘rechtspolitieke’ keuze van de Hoge Raad. Dit zijn de passages over de ‘voorzienbaarheid’ van de schade van de polishouders en de ‘in beginsel bepaalde groep van (potentiële) benadeelden’ waartoe zij behoren. In de literatuur zijn deze passages ook daadwerkelijk als zodanig opgevat. Anders dan in Duwbak Linda zou de Hoge Raad – zo gaat de redenering – in Vie d’Or in de aansprakelijkheidslast geen bezwaar zien om aan te nemen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan, omdat deze aansprakelijkheidslast in dit geval ‘bepaalbaar’ zou zijn.<sup>118</sup> De conclusie van Advocaat-Generaal Timmerman biedt voor deze lezing steun. Hij noemt het feit dat de gedupeerde polishouders van Vie d’Or een ‘begrensde’ groep benadeelden vormen en dat hun vermogensschade ‘voorzienbaar’ is als redenen om te oordelen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Al stelt (ook) Timmerman voorop dat uit wetstekst en wetsgeschiedenis van de Wtv blijkt dat ‘doel’ en ‘strekking’ daarvan is de vermogensbelangen van polishouders te beschermen.<sup>119</sup> Evenals in Duwbak Linda zouden deze passages echter ook weer kunnen worden opgevat als onderdeel van de ‘vertaalslag’ van de relativiteit van de Wtv naar de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die de Verzekeringskamer zou hebben geschonden.<sup>120</sup> Op basis van de relativiteit van de Wtv – die mede de ‘individuele vermogensbelangen’ van ‘polishouders’ beoogt te beschermen – constateert de Hoge Raad in deze lezing dat de Verzekerings-

---

‘individuele vermogensbelangen van polishouders te beschermen’. Anders Verheij 2014, p. 98. Volgens hem lijkt de wetsgeschiedenis in Vie d’Or evenals in Duwbak Linda ‘bepalend’, maar is dat in het licht van het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling toch niet het geval.

117 Zie ook Moesker 2007, p. 219, volgens wie de Hoge Raad in Vie d’Or ‘zich opnieuw bij het beoordelen van het relativiteitsvereiste strikt houdt aan het interpreteren van de wet en de parlementaire geschiedenis daarvan’.

118 Zie bijv. C.C. van Dam, noot onder Vie d’Or, *NJ* 2008/529, sub 15-16; B.P.M. van Ravels, noot onder Vie d’Or, *JOR* 2006/200, sub 14; W.H. van Boom, noot onder Vie d’Or, *JA* 2007/2, in de subs onder het tussenkopje ‘Relativiteit, bepaalbaarheid van potentiële slachtoffers, en de verhouding van Vie d’Or tot Duwbak Linda’; Hartlief 2006, p. 800; Busch 2010, p. 43. Het criterium van de ‘bepaalbaarheid’ van de aansprakelijkheidslast is overigens door een aantal van deze auteurs ook inhoudelijk bekritiseerd. Zie nader par. 7.4.

119 Zie de conclusie van Advocaat-Generaal Timmerman voor Vie d’Or, sub 4.14-4.15.

120 Of weer, zoals Wiggers-Rust 2011, p. 134-135, doet in verband kunnen worden gebracht met het vereiste van causaal verband.

kamer bedacht moest zijn de belangen van de polishouders van Vie d'Or, omdat hun belangen voorzienbaar met het toezicht zijn gemoeid.

Zouden deze passages echter moet worden opgevat als blijk van een eigen 'rechtspolitieke' keuze van de Hoge Raad ingegeven door de 'bepaalbaarheid' van de aansprakelijkheidslast, dan lijkt deze 'bepaalbaarheid' mij in het licht van de dubbele uitdrukkelijke verwijzing naar de wetsgeschiedenis van de Wtv echter hooguit een extra argument bij een al bereikte uitkomst op grond van de bedoeling van de wetgever. Met de kennis van nu kan bovendien worden geconstateerd dat deze passages ook niet terugkeren in een zaak uit 2014. In die zaak spreekt de Hoge Raad zich onder verwijzing naar Vie d'Or 'in algemene zin' uit over de relativiteit van het wettelijke toezicht op de financiële sector.<sup>121</sup>

Een los eindje aan het bevestigende relativiteitsoordeel in Vie d'Or in het licht van het model is dat daarin alleen tot een bevestigend relativiteitsoordeel kan worden gekomen, als zowel de vraag naar het beschermingsdoel, als de vraag naar de beschermingsomvang bevestigend wordt beantwoord. Het relativiteitsoordeel zou zich dus zowel op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel, als op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang moeten situeren. De laatste vraag komt in het relativiteitsoordeel in Vie d'Or echter niet uit de verf.<sup>122</sup> Dat zou kunnen worden verklaard vanwege het feit dat het hier gaat om een collectieve actie. De gedupeerde polishouders hebben zich verenigd in een stichting die opkomt voor hun 'gebundelde' individuele vermogensbelangen op grond van artikel 3:305a BW. Het specifieke geschade belang van de benadeelden is dus op geaggregeerd niveau geformuleerd. Erg concreet wordt het bij de omschrijving van dit belang dus niet.

Daar komt bij dat de wetgever in wetstekst en wetsgeschiedenis de door de Wtv te beschermen individuele vermogensbelangen in betrekkelijk grote mate van detail omschrijft. De wetgever doet de rechter zo een flinke voorzet voor de beantwoording van de vraag naar de beschermingsomvang. Het toezicht beoogt de individuele vermogensbelangen te beschermen van nauw-

121 Het betreft een zaak over vermeend tekortschietend toezicht op de gefailleerde DSB Bank door de Autoriteit Financiële Markten als 'gedragstoezichthouder' op grond van de Wet op het financieel toezicht. De Hoge Raad overweegt in HR 21 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3349, NJ 2015/217 (Band / AFM), m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, r.o. 3.4.1 en r.o. 3.4.4 onder verwijzing naar Vie d'Or dat dit wettelijk toezicht 'mede' ertoe dient 'het vermogensbelang van de (toekomstige) cliënten, welk belang de toezichthouder uit de aard van zijn toezicht kent of behoort te kennen, zo goed mogelijk te beschermen tegen het gevaar van deconfiture van de aan toezicht onderworpenen'. Blijkbaar kunnen de Wtv en de Wft naar het oordeel van de Hoge Raad in dit opzicht over één kam worden geschoren. In deze zin ook H.C.W.M. Moesker, noot onder Band / AFM, TBR 2015/154, sub 8, die enigszins verrast constateert dat de Hoge Raad in deze zaak het relativiteitsvereiste niet meer met zoveel woorden noemt en de inhoudelijke aansluiting bij Vie d'Or voor de Hoge Raad blijkbaar vanzelf spreekt.

122 Anders Van den Berge 2012, p. 73-74, volgens wie het relativiteitsoordeel in Vie d'Or zowel de vraag naar het beschermingsdoel als de beschermingsomvang omvat.

keurig gedefinieerde polishouders, gevrijwaard te blijven van financieel nadeel als gevolg van de deconfiture van een verzekeringsmaatschappij. Met een bevestigende beantwoording van de vraag naar het beschermingsdoel is de vraag naar de beschermingsomvang daarom in wezen ook al bevestigend beantwoord. In zoverre valt er bij deze vraag voor de rechter weinig meer te kiezen. De te maken keuze ligt in *Vie d'Or* in elk geval voor de hand. Dat neemt niet weg dat het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad zich op dit punt niet laat inpassen in het model.

Met bespreking van *Vie d'Or* zijn de zaken waarin het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad zich in wezen situeert op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel de revue gepasseerd. In zes andere zaken staat niet ter discussie of de wettelijke norm of regeling waarvan hij de relativiteit moet vaststellen mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad situeert zich zodoende op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang of het specifieke geschade belang van de benadeelde, die zich bij de rechter meldt met een vordering uit onrechtmatige daad, daaronder kan worden begrepen. Of althans ligt het zwaartepunt van het relativiteitsoordeel bij deze vraag, zoals in de nu te bespreken zaak *Astrazeneca/Menzis*.

#### 5.7 BESCHERMINGSOMVANG, GEEN RELATIVITEIT I: *ASTRAZENECA/MENZIS C.A.*

Zorgverzekeraar Menzis probeert huisartsen te verleiden goedkope generieke cholesterolverlagers en maagzuurremmers voor te schrijven, in plaats van duurdere zogeheten '*spécialités*'. Huisartsen kunnen vrijwillig deelnemen aan dit zogeheten preferentiebeleid. Zij ontvangen daarvoor extra honorering. De besparingen die Menzis hiermee denkt te realiseren, wil zij aanwenden voor 'betere zorg'.<sup>123</sup> *Astrazeneca* en een aantal andere farmaceuten, producenten van *spécialités*, zien door dit preferentiebeleid hun omzet bedreigd. Zij wenden zich tot de voorzieningenrechter en vorderen in kort geding een verbod voor Menzis daaraan uitvoering te geven. De farmaceuten voeren aan dat het preferentiebeleid in strijd is met het Reclamebesluit geneesmiddelen (Rbg) en de Wet Tarieven Gezondheidszorg (WTG) nu Menzis het voorschrijfbeleid van huisartsen wil beïnvloeden met financiële prikkels.<sup>124</sup> Dat zou in strijd zijn met de regels voor geneesmiddelenreclame in deze wettelijke regelingen.

---

123 HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, NJ 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken (*Astrazeneca/Menzis*), r.o. 3.1 (i-ix).

124 De farmaceuten voeren ook tevergeefs aan dat Menzis met het preferentiebeleid in strijd handelt met verschillende ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. Ik laat dat verder buiten beschouwing.

Menzis verweert zich onder meer met de stelling dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan.<sup>125</sup>

Inzet van Astrazeneca/Menzis is derhalve de relativiteit van het Reclamebesluit geneesmiddelen (Rbg) en de Wet Tarieven Gezondheidszorg (WTG). Het oordeel van de voorzieningenrechter is zo opgebouwd dat hij zich eerst uitspreekt over de relativiteit in algemene zin van de 'strengere regulering van de markt' voor geneesmiddelen.<sup>126</sup> Naar zijn oordeel 'dient' deze de volgende 'doeleinden': de voorschrijfvrijheid voor de arts, normering van geneesmiddelenreclame en in dat verband goede publieksvoorlichting, kostenbeheersing in de zorg en kwaliteitsverbetering van de zorg. De voorzieningenrechter constateert verder dat deze regulering de farmaceuten geen 'bijzondere bescherming' verschaft, nu zij opkomen voor 'commerciële belangen'.<sup>127</sup> Specifiek ten aanzien van de WTG overweegt de voorzieningenrechter verder dat 'de patiënten, de zorgverleners en de verzekeraars' bij de evenwichtige tarifiering en kostenbeheersing waarin deze wet voorziet 'belang' hebben. De normen van de WTG strekken niet 'ter bescherming van commerciële belangen, zoals die van de fabrikanten en leveranciers van geneesmiddelen', aldus de voorzieningenrechter.<sup>128</sup>

Noch in appel, noch in cassatie stellen de farmaceuten het relativiteitsoordeel van de voorzieningenrechter dat de 'strengere regulering' deze algemene belangen en individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen als zodanig ter discussie. De wetgever biedt in wetstekst en wetsgeschiedenis van in elk geval de WTG ook dekking middels positieve aanwijzingen dat deze wet naast algemene belangen als 'evenwichtige tarieven, uniforme procedures voor een transparante totstandkoming van tarieven, een doelmatige organisatie van zorg en kostenbeheersing' ook individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen.<sup>129</sup> In de wetsgeschiedenis van een wijzigingswet noemt de wetgever de individuele belangen van 'consumenten' en van 'zorgaanbieders' en 'ziekttekostenverzekeraars'. De wetgever maakt ook duidelijk dat hij hun belangen in vermogensrechtelijke zin bedoelt te beschermen. Consumenten wil de wetgever meer inzicht wil geven in de 'prijsvorming' bij tarieven in de gezondheidszorg. Voor zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars wil hij een 'stap' zetten naar 'gereguleerde marktwerking'.<sup>130</sup> In dat kader wil

125 Astrazeneca/Menzis, r.o. 3.2.1.

126 In deze zin ook M. van Kogelenberg, noot onder Astrazeneca/Menzis, JA 2007/20, onder het ongenummerde tussenkopje 'Oordeel voorzieningenrechter'.

127 Astrazeneca/Menzis, rechtbank r.o. 4, kenbaar uit Vزر. Rb. Arnhem 14 oktober 2005, ECLI: NL:RBARN:2005:AU4312, JGR 2005/53, m.nt. Schutjens (Astrazeneca/Menzis).

128 Astrazeneca/Menzis, rechtbank r.o. 18. Het Rbg verdwijnt bij de voorzieningenrechter uit beeld, omdat Menzis als zorgverzekeraar naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet onder het Rbg 'valt' – daarvan geen normaddressaat is – en daarmee dus niet in strijd kan handelen. Astrazeneca/Menzis, rechtbank r.o. 6-9.

129 Kamerstukken II 2003/04, 29 379, nr. 3 (MvT), p. 9.

130 Kamerstukken II 2003/04, 29 379, nr. 3 (MvT), p. 4.

de wetgever hun meer 'meer speelruimte' bieden bij het maken van tariefafspraken.<sup>131</sup>

Wat wel ter discussie staat, is of ook het geschade belang van de farmaceuten onder aanvoering van Astrazeneca onder de individuele vermogensbelangen kunnen worden geschaard, die het Rbg en de WTG beogen te beschermen. In appel voeren de farmaceuten daartoe aan dat de voorzieningenrechter is uitgegaan van een 'onjuiste beschrijving en bepaling' van het belang waarvoor zij opkomen. Dat is volgens hen niet 'het commerciële belang ... om hun geneesmiddelen in de pen van de arts te krijgen', maar het belang 'gevestigd' te blijven 'van financiële incentives van zorgverzekeraars die erop gericht zijn om hun geneesmiddelen "uit de pen" van de arts te krijgen'. De farmaceuten komen aldus naar eigen zeggen op voor een 'level playing field' op de markt, waarop niemand de 'voorschrijfkeuze van artsen met financiële incentives [mag] beïnvloeden'.<sup>132</sup> Dat belang behoort in hun optiek blijkbaar wel tot de belangen die het Rbg en de WTG beogen te beschermen.

Het hof laat zich echter niet verleiden tot een bevestigend relativiteitsoordeel. Het herhaalt de vier doeleinden van de voorzieningenrechter en benadrukt dat Menzis als zorgverzekeraar geen concurrent is van Astrazeneca c.s. Het preferentiebeleid doet daarom 'niets' af 'aan het "level playing field" tussen concurrerende farmaceutische ondernemingen'.<sup>133</sup> Ook de correctie-Langemeijer kan de farmaceuten hierbij niet baten:

'De zogenaamde correctie-Langemeijer brengt echter niet mee dat farmaceutische bedrijven zich ook tegenover een zorgverzekeraar als Menzis kunnen beroepen op schending van reclameregels'.<sup>134</sup>

Daarmee geeft het hof de correctie-Langemeijer wel erg gecomprimeerd weer. Deze correctie houdt immers in dat eerst wordt nagegaan of de 'schending van reclameregels' mede in het licht van de andere omstandigheden van het geval de doorslag geeft voor het oordeel dat Menzis tevens een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden. Vervolgens moet worden nagegaan of deze norm wel strekt tot bescherming van het geschade belang van de farmaceuten.<sup>135</sup> Hoe dan ook, hierna laat het hof zijn eigenlijke relativiteitsoordeel volgen, dat met dat van de voorzieningenrechter in lijn is. Daarin noemt het hof niet alleen het Rbg, maar ook de WTG met zoveel woorden:

---

131 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 379, nr. 3 (MvT), p. 24.

132 *Astrazeneca/Menzis*, hof r.o. 4.4, kenbaar uit Hof Arnhem 3 januari 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AU8962, *JGR* 2006/3, m.nt. Schutjens (*Astrazeneca/Menzis*).

133 *Astrazeneca/Menzis*, hof r.o. 4.5.

134 *Astrazeneca/Menzis*, hof r.o. 4.5.

135 Zie par. 4.10. Ook M. van Kogelenberg, noot onder *Astrazeneca/Menzis*, *JA* 2007/20, onder het kopje 'Oordeel Hoge Raad', acht de toepassing die het hof aan de correctie-Langemeijer geeft niet 'duidelijk'.

‘Het RBG beoogt niet het belang van Astrazeneca c.s. bij behoud en vergroting van de afzet van haar producten te beschermen, net zo min als dit het geval is ten aanzien van de WTG, die strekt ter bescherming van de belangen van patiënten, zorgverleners en verzekeraars.’<sup>136</sup>

Het hof komt aan de vraag of het preferentiebeleid van Menzis in strijd is met het Rbg en de WTG en daarmee of Menzis op die grond onrechtmatig handelt niet toe. De farmaceuten hebben daarbij gezien het ontkennende relativiteitsoordeel ‘rehtens onvoldoende belang’, aldus het hof.<sup>137</sup>

In cassatie kiezen de farmaceuten een andere strategie en beroepen zij zich op het ‘vermoeden’ van relativiteit. Zij voeren aan dat het hof heeft miskend dat artikel 6:163 BW ervan uitgaat ‘dat een norm in beginsel strekt ter bescherming van allen die als gevolg van overtreding ervan schade kunnen lijden, en wel tegen alle schade die aan de dader op de voet van art. 6:98 als gevolg van de overtreding kan worden toegerekend’. Dat betekent dat voor ‘een beroep op art. 6:163 BW moet komen vast te staan dat de betrokken norm de eiser in het gegeven geval niet beschermt tegen [de] schade, zoals hij deze heeft geleden’ en dat ‘volgt’ in dit geval ‘niet reeds’ uit ‘de door het hof genoemde doeleinden van het Rbg en de WTG’.<sup>138</sup> Aldus de farmaceuten onder aanvoering van Astrazeneca. De Hoge Raad wijst hun beroep op het vermoeden van relativiteit van de hand. Anders dan in Pfizer/Cosmétique doet hij dat uitdrukkelijk. Hij merkt het vermoeden aan als ‘te beperkt’ en ‘dus onjuist’ en staft dat met zijn maatstaf uit Duwbak Linda. De Hoge Raad:

‘De onderdelen falen omdat zij berusten op een opvatting naar welke het hof een maatstaf had dienen aan te leggen die te beperkt en dus onjuist is. Immers, bij de beantwoording van de vraag of aan het in art. 6:163 BW neergelegde relativiteitsvereiste is voldaan, komt het aan op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt (HR 24 maart 2006, nr. C04/325, RvdW 2006, 310).’<sup>139</sup>

Vervolgens constateert de Hoge Raad dat het hof deze maatstaf niet heeft miskend en zich ‘in het bijzonder’ en ‘terecht’ niet heeft laten leiden door het vermoeden van relativiteit:

‘Het hof heeft met zijn oordeel deze maatstaf niet miskend. In het bijzonder heeft het hof zich terecht niet laten leiden door het onjuiste uitgangspunt dat de normen van het Rbg en de WTG die, naar het hof in het midden heeft gelaten en in cassatie

---

<sup>136</sup> Astrazeneca/Menzis, hof r.o. 4.5.

<sup>137</sup> Astrazeneca/Menzis, hof r.o. 4.5. Het hof ziet ook geen reden om aan te nemen dat Menzis met haar preferentiebeleid in strijd handelt met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.

<sup>138</sup> Astrazeneca/Menzis, r.o. 3.3.1.

<sup>139</sup> Astrazeneca/Menzis, r.o. 3.3.2.

daarom veronderstellenderwijs moet worden aangenomen, door het gewraakte handelen van Menzis zijn geschonden, in beginsel beschermen tegen alle schade die Astrazeneca c.s. als gevolg van die schending lijden en die aan Menzis kan worden toegerekend.<sup>140</sup>

Daarna velt de Hoge Raad zijn eigenlijke relativiteitsoordeel. Ook hij stelt de vier doeleinden van de ‘strengere regulering’ van de markt voor geneesmiddelen van de voorzieningenrechter voorop, zonder die overigens zelf met zoveel woorden te noemen. Hoewel dit ‘uitgangspunt’ ook in cassatie niet wordt bestreden, voelt de Hoge Raad zich blijkbaar genoodzaakt het nader te onderbouwen, alvorens te concluderen dat het Rbg en de WTG dus niet strekken tot bescherming ‘van farmaceutische bedrijven tegen omzetverlies en daaruit resulterende schade als gevolg van bepaald voorschrijfgedrag van artsen’. De Hoge Raad:

‘De voorzieningenrechter en het hof hebben, in cassatie niet bestreden, tot uitgangspunt genomen dat de regelgeving waarvan zowel het Rbg als de WTG deel uitmaakt de hiervoor onder 3.2.2 vermelde doeleinden dient [de vier ‘doeleinden’ van de voorzieningenrechter; PwGH].

Dit uitgangspunt vindt ten aanzien van het Rbg steun in de toelichtende stukken op deze regeling en de desbetreffende Europese richtlijnen, zoals nader is uiteengezet in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 5.12 – 5.16, en ten aanzien van het WTG in de wetsgeschiedenis en literatuur zoals is vermeld in die conclusie onder 5.36 – 5.40. Gelet op deze doeleinden staat de omvang van het omzetverlies en daarmee de daaruit voortvloeiende schade die A[s]trazeneca c.s. stellen te lijden als gevolg van de gewraakte gedragingen van Menzis, niet eraan in de weg dat Menzis zich ten aanzien van de schade die het gevolg zou zijn van schending van het Rbg en de WTG kan beroepen op het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW. De genoemde doeleinden maken immers duidelijk dat het Rbg en de WTG niet strekken tot bescherming van farmaceutische bedrijven tegen omzetverlies en daaruit resulterende schade als gevolg van bepaald voorschrijfgedrag van artsen.<sup>141</sup>

De Hoge Raad laat ook de klachten van Astrazeneca c.s. falen over de toepassing door het hof van de correctie-Langemeijer. Hij vat het oordeel van het hof op dit punt zo op, dat het hof aanneemt dat het relativiteitsvereiste aan het slagen van de correctie-Langemeijer in de weg staat. De correctie-Langemeijer zou in de interpretatie van het oordeel van het hof door de Hoge Raad dus niet stranden bij de eerste stap dat de omstandigheid dat Menzis in strijd handelt met het Rbg en de WTG gelet op de andere omstandigheden van het geval de doorslag geeft voor het oordeel dat tevens een ongeschreven zorgvul-

140 Astrazeneca/Menzis, r.o. 3.3.2.

141 Astrazeneca/Menzis, r.o. 3.3.3. Advocaat-Generaal Spier verwijst in zijn conclusie naar Richtlijn 1992/98/EG (sub 5.12 en 5.16) en Richtlijn 2001/83/EG (sub 5.9). Ook volgens Spier strekken het Rbg en de WTG niet tot bescherming van het geschade belang van de farmaceuten.

digheidsnorm is geschonden, maar bij de tweede stap dat deze tevens door Menzis geschonden ongeschreven zorgvuldigheidsnorm wél strekt tot bescherming van het geschade belang van de farmaceuten. De Hoge Raad:

‘Of, (mede) gelet op (a) de omstandigheid dat Menzis door haar handelen het Rbg en de WTG heeft geschonden, (b) de omvang van de schade en (c) de eventuele voorzienbaarheid daarvan voor Menzis, wellicht aangenomen zou moeten worden dat Menzis met haar handelen jegens Astrazeneca c.s. tevens een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden en daarmee jegens Astrazeneca c.s. onrechtmatig heeft gehandeld en uit dien hoofde aansprakelijk is voor de als gevolg daarvan door Astrazeneca c.s. geleden schade, is een andere vraag, namelijk die naar de eventuele toepassing van de correctie-Langemeijer. Aan ’s hofs overweging dat de zogeheten correctie-Langemeijer niet meebrengt dat farmaceutische bedrijven zich ook tegenover een zorgverzekeraar als Menzis kunnen beroepen op schending van reclame-regels, ligt kennelijk ten grondslag de opvatting dat toepassing van deze correctie niet meebrengt dat het relativiteitsvereiste wordt opzijgezet.<sup>142</sup>

Daarmee heeft het hof de correctie-Langemeijer naar het oordeel van de Hoge Raad op de juiste wijze toegepast:

‘Deze opvatting is juist omdat de genoemde correctie daarin bestaat dat, hoewel de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, en de schending van die norm dus op zichzelf genomen geen aansprakelijkheid voor die schade schept, nochtans daarvoor aansprakelijkheid bestaat omdat onder de omstandigheden van het geval die schending bijdraagt tot het oordeel dat een zorgvuldigheidsnorm is geschonden die wél bescherming biedt tegen die schade.<sup>143</sup>

Ook de Hoge Raad komt in Astrazeneca/Menzis dus tot een ontkennend relativiteitsoordeel. Nu de Hoge Raad het ‘uitgangspunt’ dat het Rbg en de WTG de vier doeleinden van de voorzieningenrechter beogen te beschermen zelf van een inhoudelijke onderbouwing voorziet – ondanks zijn constatering dat dit uitgangspunt in cassatie niet wordt bestreden – situeert het relativiteitsoordeel zich deels op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel of het Rbg en de WTG naast algemene belangen ook individuele vermogensbelangen beogen te beschermen. Maar het relativiteitsoordeel situeert zich ook op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang of het geschade belang van Astrazeneca c.s. daar onder kan worden geschaard en daar ligt ook het zwaartepunt.<sup>144</sup>

142 Astrazeneca/Menzis, r.o. 3.3.5.

143 Astrazeneca/Menzis, r.o. 3.3.5.

144 In deze zin ook Van den Berge 2012, p. 70, volgens wie in Astrazeneca/Menzis de vraag naar de beschermingsomvang centraal staat. Enzo Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.6, die het relativiteitsoordeel in Astrazeneca/Menzis zonder meer aanmerkt als relativiteitsoordeel

Bij het hof en de Hoge Raad staat niet ter discussie dat het Rbg en de WTG of in elk geval de WTG naast bepaalde algemene belangen ook individuele vermogensbelangen beogen te beschermen. Dit zijn de individuele vermogensbelangen van ‘patiënten, zorgverleners en verzekeraars’, zoals de voorzieningenrechter en het hof het formuleren, dan wel ‘zorgaanbieders’ en ‘ziektekostenverzekeraars’, zoals Advocaat-Generaal Spier de laatste twee groepen in zijn conclusie omschrijft.<sup>145</sup> Centraal in het relativiteitsoordeel staat in elk geval de tegenstelling tussen deze op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen en het specifieke geschade belang van de farmaceuten onder aanvoering van Astrazeneca. Zij wordt door de Hoge Raad ook met name wordt genoemd. De tegenstelling komt echter niet erg uit de verf. Dat komt doordat de Hoge Raad de door het Rbg en de WTG te beschermen individuele vermogensbelangen zelf niet met zoveel woorden noemt, maar daarvoor verwijst naar het oordeel van de voorzieningenrechter, het hof en de conclusie van Advocaat-Generaal Spier.

Resumerend laat het relativiteitsoordeel in Astrazeneca/Menzis zich in zoverre inpassen in het model dat het zwaartepunt ervan ligt bij de vraag naar de beschermingsomvang en de ontkennende uitkomst berust op een eigen keuze van de Hoge Raad, op basis van een a contrario-redenering. Het specifieke geschade belang van de farmaceuten gevrijwaard te blijven van omzetting door het preferentiebeleid van Menzis, inhoudende dat artsen goedkope, generieke geneesmiddelen voorschrijven, moet naar het oordeel van de Hoge Raad blijkbaar niet met de individuele vermogensbelangen van patiënten, zorgaanbieders en zorgverzekeraars op één lijn worden gesteld. Een onderbouwing van deze keuze geeft de Hoge Raad verder niet. Blijkbaar spreekt het voor hem vanzelf,<sup>146</sup> althans onder het destijds geldende regime van de WTG.

Onder het huidige regime van de Zorgverzekeringswet (Zvw) en de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) is in lagere rechtspraak in vergelijkbare zin geoordeeld.<sup>147</sup> Al is in deze lagere rechtspraak wel aangenomen dat artikel 13 Zvw ook het commercieel getinte belang van een private zorgaanbieder beoogt te beschermen om gevrijwaard te blijven van omzetting

---

op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang.

145 Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor Astrazeneca/Menzis, sub 5.40.

146 Zie in deze zin ook Di Bella 2014, p. 133. Voor haar is het ‘zonder twijfel’ zo dat de WTG ‘slechts strekt ter bescherming van de belangen van patiënten, zorgverleners en verzekeraars (en dat is Astrazeneca c.s. niet)’.

147 Zie Vزر. Rb. Arnhem 17 december 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BP0931, GJ 2011/58, m.nt. P.W. den Hollander (Astrazeneca & GlaxoSmithKline/Uvit c.s.), r.o. 4.9, t.a.v. van preferentiebeleid van een zorgverzekeraar bij inhalatiemedicatie en art. 2.8 Besluit Zvw en art. 11 Zvw. Vgl. Hof Den Haag 27 november 2012, ECLI:NL:GHDHA:2012:BY4151, GJ 2013/36, m.nt. P.W. den Hollander (NMT c.s./Staat), r.o. 4, t.a.v. art. 8 Wet Marktordening gezondheidszorg, dat beoogt het als algemeen belang aan te merken belang van ‘parlementaire betrokkenheid’ te vergroten en niet de individuele vermogensbelangen van tandartsen beoogt te beschermen. Dit relativiteitsoordeel situeert zich derhalve in wezen op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel.

als gevolg van te lage vergoeding door een zorgverzekeraar van zogeheten niet-gecontracteerde zorg.<sup>148</sup> Inmiddels is de Hoge Raad een stap verder gegaan met het oordeel dat ook het commerciële belang van Nutricia als fabrikant van dieetpreparaten, gevrijwaard te blijven van omzetverlies als gevolg van een voorkeursbeleid van VGZ en andere zorgverzekeraars, onder de door bepaalde normen uit de Zvw te beschermen belangen van zorgaanbieders kan worden geschaard. Fabrikanten als Nutricia zijn, aldus de Hoge Raad, 'door de levering van gebruiksklare producten aan zorgaanbieders in feite mede op de zorgmarkt werkzaam'.<sup>149</sup> Anders dan in Astrazeneca/Menzis komt de Hoge Raad in deze laatste zaak, onder de Zvw en de Wmg, dus tot een bevestigend relativiteitsoordeel, op basis van een analogie-redenering.

#### 5.8 BESCHERMINGSOMVANG, GEEN RELATIVITEIT II: NABBE/STAALBANKIERS

Voor het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Nabbe/Staalbankiers is de analyse vergelijkbaar met die voor zijn relativiteitsoordeel in Astrazeneca/Menzis, in de vorige paragraaf. Nabbe is gepensioneerd directeur van de NMB-bank. Hij belegt privé jarenlang in aandelen, opties en futures bij een andere bank, Staalbankiers. Als Nabbe in de jaren 1997-2001 grote verliezen lijdt op transacties, in zijn opdracht door Staalbankiers uitgevoerd, spreekt hij de bank aan tot vergoeding van zijn schade. Volgens Nabbe heeft Staalbankiers in strijd met de op haar rustende bijzondere zorgplicht gehandeld. Een van de redenen daarvoor is volgens Nabbe dat Staalbankiers de transacties heeft uitgevoerd in strijd met de zogeheten saldi- en marginbewakingsplicht van artikel 28 leden 2-4 Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999 (NR).<sup>150</sup> Deze plicht houdt in dat de bank haar beleggende cliënt moet waarschuwen en de uitvoering van transacties moet weigeren, als de saldi op diens rekeningen ontoereikend zijn om te kunnen voldoen aan de verplichtingen die uit die transacties voortvloeien ('dekkingsplicht') en variaties in die verplichtingen te kunnen opvangen ('marginplicht').

Inzet van Nabbe/Staalbankiers is derhalve de relativiteit van deze saldi- en marginbewakingsplicht van artikel 28 NR. Daarbij staat niet ter discussie

148 Zie Vzr. Rb. Gelderland 3 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:3989, *GJ* 2014/12, m.nt. P.W. den Hollander & H.A. ten Oever (Crisiscare/VGZ c.s.), r.o. 4.5, waarover nader de noot van Den Hollander & Ten Oever, sub 13-15.

149 HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3241 (VGZ c.s./Nutricia en Stichting Patiëntenbelang Vergoeding Dieetpreparaten), r.o. 3.11.5. De Hoge Raad komt tot dit oordeel in verband met zijn oordeel in r.o. 3.11.4 dat de betreffende Zvw-normen weliswaar zijn opgesteld 'ten behoeve van de verzekerden', maar dat 'de Zvw beoogt, als onderdeel van de daarin nagestreefde doelmatigheid, mede de voorwaarden te scheppen voor een behoorlijk functionerende markt in de gezondheidszorg'.

150 Kenbaar uit Stcrt. 1999/12. De leden 2-4 worden ook aangehaald in de conclusie van Advocaat-Generaal Langemeijer voor HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7320, *NJ* 2010/67, m.nt. M.R. Mok (Nabbe/Staalbankiers), sub 2.3.

dat deze plicht mede beoogt individuele vermogensbelangen te beschermen. In dit geval is daarover eigenlijk ook geen discussie mogelijk, nu de saldi- en marginbewakingsplicht van privaatrechtelijke origine is. Zoals Advocaat-Generaal Langemeijer in zijn conclusie uiteenzet, gaat deze plicht op de verplichting voor effecteninstellingen in het Reglement voor de Handel van de Europese Optiebeurs (EOE) erop toe te zien dat de cliënt over voldoende 'marge' beschikt om eventuele verliezen bij de handel in opties op te vangen. Dit ter bescherming van de wederpartij.<sup>151</sup> Later oordeelt de Hoge Raad evenwel dat de marginbewakingsplicht niet alleen het belang van de wederpartij beoogt te beschermen, maar 'onmiskenbaar' ook dat 'van de cliënten van de bank'. Dat doet hij in de zaak van Van de Klundert, die zeer grote verliezen lijdt met de handel in opties via de Rabobank.<sup>152</sup> Als eind jaren negentig de zelfregulering in de financiële sector wordt verruild voor publiekrechtelijk overheidstoezicht, wordt deze plicht gecodificeerd in de NR. Deze regeling is gebaseerd op de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte).<sup>153</sup> Zowel deze Wte als de NR biedt ook dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen in wetstekst en wetsgeschiedenis dat de daarin vervatte normen mede de individuele belangen van cliënten in vermogensrechtelijke zin beogen te beschermen.<sup>154</sup>

Wat in *Nabbe/Staalbankiers* wel ter discussie staat, is of ook het specifieke geschade belang van Nabbe onder de individuele vermogensbelangen kan worden geschaard, die de saldi- en marginbewakingsplicht van artikel 28 NR beoogt te beschermen. De rechtbank wijst de vorderingen van Nabbe af en dat doet ook het hof. Het doel van de saldibewakings- en marginplicht van artikel 28 NR 1999 is naar het oordeel van het hof niet het voorkomen van beleggingsverliezen:

'De verplichting voor de bank om bij een saldotekort geen nieuwe transacties uit te voeren en de margin strict te handhaven, is niet bedoeld om te voorkomen dat de belegger verlies lijdt op de door hem verworven posities. Verliezen kunnen

151 Conclusie Advocaat-Generaal Langemeijer voor *Nabbe/Staalbankiers*, sub 2.

152 HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686, NJ 1998/660, m.nt. C.J. van Zeven (*Van de Klundert/Rabobank*), r.o. 3.6.

153 Conclusie Advocaat-Generaal Langemeijer voor *Nabbe/Staalbankiers*, sub 2. De literatuur over de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners, al dan niet bij optiehandel, is overvloedig. Zie bijv. Van der Wiel 2010, p. 149-157; Cherednychenko 2010, p. 66-77; Castermans & Den Hollander 2012, p. 564-566; Cherednychenko 2012, p. 223-235.

154 Zie t.a.v. van de Wte *Kamerstukken II* 1988/89, 21 038, nr. 3 (MvT), p. 3-4. In deze zin ook Van Rossum 2005, p. 82-83, volgens wie het 'evident' is dat de Wte naast het 'algemene economisch belang' ook in vermogensrechtelijke zin de individuele belangen van 'gedupeerde beleggers' beoogt te beschermen. Zie in dit verband ook HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, NJ 2006/289, m.nt. M.R. Mok (*Fortis/Stichting Volendam*), r.o. 6.3.2, waarover Castermans & Den Hollander 2012, p. 565-566.

immers evengoed worden geleden als de in art. 28 lid 2 NR vermelde verplichting en de marginverplichting (alsnog) wèl worden nageleefd.<sup>155</sup>

Het doel van deze verplichting is volgens het hof te voorkomen dat de belegger 'schade lijdt die hij niet wil of kan dragen'. Om te bepalen welke schade de belegger nog wel wil of kan dragen moet volgens het hof worden gekeken naar zijn 'voor beleggingsdoeleinden bestemde bestedingsruimte met inbegrip van hem verleend effectenkrediet'. Het hof:

'Het doel van deze verplichtingen is dan ook veeleer hierin gelegen, dat voorkomen moet worden dat de belegger schade lijdt die hij niet wil of kan dragen. De belegger zal in het algemeen geacht moeten worden een schade te kunnen of willen dragen die blijft binnen de door hem voor beleggingsdoeleinden bestemde bestedingsruimte met inbegrip van hem verleend effectenkrediet.'<sup>156</sup>

Als deze bestedingsruimte wordt overschreden of de marginplicht geschonden, dan kan er voor de bank een verplichting tot schadevergoeding bestaan. Maar dat is niet zo, aldus het hof, als de effectenportefeuille nadien weer in waarde stijgt, zodat de overschrijding weer ongedaan wordt gemaakt, zonder dat de belegger hoeft bij te storten. Dat is bij Nabbe het geval, aldus het hof:

'Wordt deze ruimte tijdelijk overschreden en/of de marginverplichting geschonden maar blijkt het verloop van de effectenportefeuille later zo uit te pakken dat die bestedingsruimte niet langer is overschreden, dan is er geen vergoedingsplicht, althans wanneer, zoals in dit geval, de belegger niet tussentijds gelden heeft hoeven bijstorten.'<sup>157</sup>

Het hof leidt dit af uit het feit dat in de jaren waarop het relativiteitsoordeel zich toespitst,<sup>158</sup> de 'netto vermogenspositie' van Nabbe is toegenomen. Hij

---

155 Nabbe/Staalbankiers, hof r.o. 3.4.

156 Nabbe/Staalbankiers, hof r.o. 3.4.

157 Nabbe/Staalbankiers, hof r.o. 3.4.

158 Het betreft de jaren 1997-1999 ('periode 1 en 2'). In de jaren 1999-2001 ('periode 3 en 4') deden zich alleen dekkingstekorten voor, zodat Staalbankiers niet op grond van art. 28 leden 3 en 4 NR 1999 verplicht was de posities van Nabbe zo snel mogelijk te sluiten, maar hem op grond van lid 2 van deze bepaling moest waarschuwen en moest weigeren transacties uit te voeren. Op de waarschuwing van de bank aan het einde van periode 3, bij brief van 22 maart 2001, heeft Nabbe HFL 150.000 bijgestort. Daaruit leidt het hof af dat als Staalbankiers eerder had gewaarschuwd, Nabbe niet zijn posities zou hebben gesloten, maar ook zou hebben bijgestort. Hier ontbreekt naar het oordeel van het hof daarom causaal verband tussen het niet-nakomen van de waarschuwingsplicht van Staalbankiers en de schade bestaande in beleggingsverliezen van Nabbe (Nabbe/Staalbankiers, hof r.o. 3.7-3.8). Hetzelfde geldt ten aanzien van een transactie die nog in periode 4 is uitgevoerd, aldus het hof (Nabbe/Staalbankiers, hof r.o. 3.9-3.10).

heeft daarom ‘per saldo’ geen schade geleden ‘waartegen art. 28 NR beoogt te beschermen.’<sup>159</sup>

In cassatie bestrijdt Nabbe onder meer het relativiteitsoordeel van het hof dat de bank bij schending van artikel 28 NR alleen aansprakelijk is voor ‘grotere risico’s dan hij kan of wil dragen’. De verplichtingen van deze bepalingen hebben een ‘strikt’ karakter, zodat de bank aansprakelijk is voor alle schade die van schending ervan het gevolg is, zo voert Nabbe aan.<sup>160</sup> De Hoge Raad stelt zijn relativiteitsoordeel in de zaak van Van de Klundert voorop en zet deze zaak af tegen de onderhavige zaak van Nabbe:

‘Bij de beoordeling van het onderdeel wordt vooropgesteld dat, anders dan bijvoorbeeld het geval was in het arrest van de Hoge Raad van 26 juni 1998, nrs. 16621 en C97/100, LJN ZC2686, NJ 1998, 660 [Van de Klundert/Rabobank; PwðH], in deze zaak niet sprake is van een geval waarin een cliënt, voor wie een bank (ongedekte) optietransacties heeft uitgevoerd hoewel niet aan de marginverplichting werd voldaan, bij sluiting van zijn posities een (aanzienlijk) debetsaldo heeft op zijn in verband met die transacties bij de bank aangehouden rekening. Ook al heeft Nabbe in de hiervoor in 3.3 vermelde perioden ten aanzien van de in 3.4 vermelde aandelen (zeer) grote verliezen geleden, hij heeft per saldo een positief beleggingsresultaat behaald met de in zijn opdracht door de bank uitgevoerde transacties.’<sup>161</sup>

Beide zaken laten zich dus niet vergelijken. De Hoge Raad honoreert Nabbes klacht daarom niet:

‘In dit licht faalt het onderdeel omdat de in art. 28 leden 2–4 NR besloten normen wel strekken tot bescherming van de cliënt tegen relatief te grote financiële risico’s, maar niet tot een zo selectieve bescherming tegen elk (koers)verlies dat de belegger op een transactie lijdt als door Nabbe bepleit.’<sup>162</sup>

De Hoge Raad komt in Nabbe/Staalbankiers dus tot een ontkennend relativiteitsoordeel, dat zich situeert op het niveau van de concrete vraag naar de beschermingsomvang.<sup>163</sup> Centraal in het relativiteitsoordeel staat de tegenstelling tussen op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen en het specifieke geschade belang van de benadeelde, die zich bij de

---

159 Nabbe/Staalbankiers, hof r.o. 3.5.

160 Ook klaagt Nabbe onder meer over het oordeel van het hof dat hij ‘per saldo’ geen schade heeft geleden in periode 1 en 2, alsmede dat het hof daarbij uitgaat van zijn ‘netto vermogenspositie’ omdat hij niet zijn hele vermogen aan beleggen zou hoeven te besteden. Verder klaagt Nabbe dat het hof niet per transactie of reeks samenhangende transacties vaststelt of er sprake is van schade. Principaal cassatiemiddel, subonderdeel 2, kenbaar uit NJ 2010/67. De Hoge Raad doet deze klacht in r.o. 3.8 af met art. 81 RO.

161 Nabbe/Staalbankiers, r.o. 3.7.

162 Nabbe/Staalbankiers, r.o. 3.7.

163 Aldus ook Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.7.

rechter meldt. Artikel 28 leden 2-4 NR beoogt de individuele vermogensbelangen van cliënten te beschermen gevrijwaard te blijven van 'te grote financiële risico's'. Het specifieke geschade belang van Nabbe, die door de Hoge Raad ook met name wordt genoemd, kan daar echter niet onder worden geschaard. Het belang waarvoor Nabbe opkomt, is niet het belang gevrijwaard te blijven van te grote financiële risico's, maar van verliezen op beleggingstransacties überhaupt.<sup>164</sup> Of zoals de Hoge Raad het verwoordt: het belang gevrijwaard te blijven van 'elk (koers)verlies dat de belegger op een transactie lijdt'.

Resumerend laat het relativiteitsoordeel in Nabbe/Staalbankiers zich in zoverre inpassen in het model, dat het zich situeert op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang en de ontkenkende uitkomst berust op een eigen keuze van de Hoge Raad, op basis van een a contrario-redenering.<sup>165</sup> Het geschade belang van Nabbe moet naar het oordeel van de Hoge Raad blijkbaar niet op één lijn worden gesteld met de individuele vermogensbelangen van cliënten, die de saldi- en marginbewakingsplicht van artikel 28 leden 2-4 NR 1999 beoogt te beschermen. Hij onderbouwt deze keuze door de zaak van Nabbe te onderscheiden van die van Van de Klundert, op het punt dat Nabbe per saldo een 'positief beleggingsresultaat' heeft behaald. Bovendien acht de Hoge Raad het belang waarvoor Nabbe opkomt blijkbaar 'selectief' of zelfs opportunistisch. Ook dat lijkt een reden om diens geschade belang niet op één lijn te stellen met de door de saldi- en marginbewakingsplicht uit de NR te beschermen individuele vermogensbelangen van beleggers, gevrijwaard te blijven van koersverliezen door blootstelling aan 'relatief te grote financiële risico's'. In twee andere zaken waarin het relativiteitsoordeel zich evenals in Astrazeneca/Menzis en Nabbe/Staalbankiers situeert op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang, komt de Hoge Raad tot een bevestigend relativiteitsoordeel. Het betreft de in de nu volgende paragrafen te bespreken zaken Gemeente Barneveld/Gasunie en de hangmatzaak.

---

164 Zo ook Advocaat-Generaal Langemeijer in zijn conclusie voor Nabbe/Staalbankiers, sub 3.7.

165 In de literatuur wordt het als 'opmerkelijk' ervaren dat de Hoge Raad aldus via het relativiteitsvereiste 'grenzen' stelt aan de doorwerking van de publiekrechtelijke Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999 in het privaatrecht. Aldus Cherednychenko 2012, p. 229, noot 38. Vgl. ook Van der Wiel 2010, p. 149, die het erop houdt dat het leerstuk van de bijzondere zorgplicht 'in ontwikkeling' is. Caria 2014, p. 45 ziet het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Nabbe/Staalbankiers als voorbeeld van een geval waarin de privaatrechtelijke bijzondere zorgplicht voor financiële dienstverleners minder ver gaat dan de publiekrechtelijke zorgplicht.

## 5.9 BESCHERMINGSOMVANG, WEL RELATIVITEIT I: GEMEENTE BARNEVELD/ GASUNIE

Aanleiding tot het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Gemeente Barneveld/Gasunie geeft de bouw van een schuur door een zekere Cozijnsen. In de grond onder het betreffende perceel bevindt zich echter een aardgastransportleiding van Gasunie. Als medewerkers van Gasunie bij een inspectie de schuur ontdekken en de leiding wordt opgegraven, blijkt de fundering van de schuur op de leiding gestort. Dit acht Gasunie 'uit veiligheidsoogpunt onverantwoord'.<sup>166</sup> In overleg met de gemeente besluit zij de bestaande leiding af te sluiten en een nieuwe leiding om de fundamenteën van de schuur heen te leggen.<sup>167</sup>

Gasunie zint op verhaal van de kosten van het omleggen van de aardgastransportleiding. Zij schat echter de kans op schade op Cozijnsen te verhalen in als gering. De gemeente heeft hem uiteindelijk – Cozijnsen was aanvankelijk zonder vergunning gaan bouwen – een bouwvergunning verleend voor de bouw van de schuur. Deze vergunning is inmiddels onaantastbaar, omdat de bezwaartermijn is verstreken. Gasunie zet daarom in op aansprakelijkheid van de gemeente en stelt een vordering in tot schadevergoeding. Volgens Gasunie heeft de gemeente in strijd gehandeld met artikel 164 van de te Barneveld geldende bestemmingsplanvoorschriften, door Cozijnsen de vergunning te verlenen. Dit artikel 164 bepaalt in lid 1 en 2 dat 'gronden', waarin zich een aardgastransportleiding bevindt, niet mogen worden bebouwd, tenzij met ontheffing van burgemeester en wethouders. Dit bestuursorgaan kan ontheffing verlenen, aldus lid 3, 'ten behoeve van het bouwen van andere bouwwerken, indien uit een daartoe ingewonnen advies van de desbetreffende leidingbeheerder blijkt, dat daartegen uit een oogpunt van exploitatie van de leiding geen overwegende bezwaren bestaan'. De gemeente had, aldus Gasunie, haar op zijn minst moeten consulteren over een eventuele te verlenen ontheffing om de grond waarin de aardgastransportleiding zich bevond te bebouwen.<sup>168</sup> Daarvan is het echter niet gekomen, omdat de gemeente geheel had gemist dat zich in de grond onder het perceel een aardgastransportleiding bevond, terwijl dat haar wel bekend had moeten zijn.

Een groot deel van de procedure tussen Gasunie en de gemeente gaat over de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid. Die toets ligt hier ingewikkeld. De gemeente beroept zich op het feit dat de bouwvergunning 'formele rechtskracht' heeft, omdat Gasunie niet tijdig bestuursrechtelijke rechtsmiddelen heeft aangewend tegen het besluit om de bouwvergunning te verlenen. Op grond van deze leer van de formele rechtskracht zou het besluit voor recht-

---

166 HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1598, NJ 2007/504, m.nt. M.R. Mok (Gemeente Barneveld/Gasunie), r.o. 3.1 (vi).

167 Gemeente Barneveld/Gasunie, r.o. 3.1 (vii).

168 Zie het citaat in Gemeente Barneveld/Gasunie, r.o. 3.1 (ii).

matig moeten worden gehouden. Gasunie zou dan ter zake van de verlening van de bouwvergunning geen schadevergoeding kunnen vorderen. Het hof acht met instemming van de Hoge Raad in dit geval echter een uitzondering op deze leer op zijn plaats. Het is aan de gemeente toe te rekenen dat Gasunie niet tijdig tegen de bouwvergunning is opgekomen, omdat de gemeente Gasunie niet conform artikel 164 van de bestemmingsplanvoorschriften heeft geconsulteerd alvorens de bouwvergunning aan Cozijnsen te verlenen.<sup>169</sup> Het besluit hoeft dus niet voor rechtmatig te worden gehouden. Het is integendeel naar het oordeel van het hof onrechtmatig. De gemeente heeft zelf erkend dat de bouwvergunning in strijd met de bestemmingsplanvoorschriften is verleend.<sup>170</sup>

De gemeente verweert zich verder tegen de vordering tot schadevergoeding van Gasunie met een beroep op het relativiteitsvereiste. Volgens de gemeente is niet aan het relativiteitsvereiste voldaan. Zij voert aan dat artikel 164 van de planvoorschriften strekt ter bescherming van 'omwonenden en gebruikers van de rond een aardgasleiding gelegen woningen respectievelijk gebouwen en terreinen tegen schade die door ongelukken met een gasleiding zou kunnen ontstaan'. Deze bepalingen beogen volgens de gemeente niet mede te beschermen tegen '(zaaks)schade'.<sup>171</sup> De gemeente baseert zich hiervoor blijkens het oordeel van het hof op een aanbeveling uit een circulaire van het toenmalige Ministerie van VROM. De circulaire schrijft voor dat in het bestemmingsplan wordt opgenomen dat niet mag worden gebouwd binnen een bepaalde afstand van een gasleiding. Dit met het oog op 'het gevaar voor omwonenden en voor activiteiten (...) in de directe omgeving van de gasleiding'. Van het belang van de leidingbeheerder is in die circulaire geen sprake, aldus de gemeente.<sup>172</sup>

De gemeente voert dus een toegespitst relativiteitsverweer, dat er niet in bestaat dat artikel 164 in het geheel geen individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, maar slechts niet die van Gasunie. Of de circulaire waarop de gemeente zich baseert dekking biedt middels positieve aanwijzingen dat deze aanbeveling de individuele belangen van omwonenden rondom een

---

169 Gemeente Barneveld/Gasunie, hof r.o. 4.4-4.5. Ook al is het hof het eens met de gemeente dat 'andere bouwwerken' in lid 3 niet ziet op 'gebouwen' zoals de schuur van Cozijnsen. De gemeente was naar het oordeel van het hof niettemin op grond van art. 164 van de bestemmingsplanvoorschriften, op dit punt aangevuld met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, verplicht Gasunie te informeren, zodat zij eventueel tegen de verlening van de bouwvergunning in rechte had kunnen opkomen. Anders zou Gasunie elke in enig huis-aan-huisblad bekend gemaakte aanvraag in Nederland moeten controleren op mogelijke consequenties voor de exploitatie of veiligheid van haar aardgastransportleidingen, aldus het hof.

170 Gemeente Barneveld/Gasunie, hof r.o. 4.8 en 4.10.

171 Gemeente Barneveld/Gasunie, hof r.o. 4.11. Mij lijkt het dat het hier gaat om zuivere vermogensschade bestaande in de kosten van het afsluiten van de oude leiding en het aanleggen van de nieuwe. Vgl. Advocaat-Generaal Keus in zijn conclusie voor Gemeente Barneveld/Gasunie, sub 2.29.

172 Gemeente Barneveld/Gasunie, hof r.o. 4.11.

aardgastransportleiding in vermogensrechtelijke zin beoogt te beschermen, heb ik niet kunnen vaststellen. Als zulke dekking al aan een beleidscirculaire zou kunnen worden ontleend. Hoe dan ook, tussen partijen staat niet ter discussie of artikel 164 van de bestemmingsplanvoorschriften mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Wat ter discussie staat, is of ook het specifieke geschade belang van Gasunie daaronder kan worden geschaard.

Het hof oordeelt dat artikel 164 van de planvoorschriften 'eerst en voor alles strekt ter bescherming van omwonenden en gebruikers van de rond een aardgasleiding gelegen woningen respectievelijk gebouwen en terreinen tegen schade die door ongelukken met een aardgastransportleiding zou kunnen ontstaan'.<sup>173</sup> Het toont zich er vervolgens niet van onder de indruk dat het belang van de leidingbeheerder in de VROM-circulaire niet wordt genoemd.<sup>174</sup> Zich uitdrukkelijk in termen van het vereiste van relatieve onrechtmatigheid acht het hof het niet uitgesloten dat de verlening van een vergunning in strijd met artikel 164 ook 'onrechtmatig' is 'ten opzichte van de leidingbeheerder'.<sup>175</sup> Naar het oordeel van het hof is dat hier ook daadwerkelijk het geval, zich weer uitdrukkelijk in termen van door artikel 164 te beschermen belangen. Weliswaar beogen de planvoorschriften niet het 'zelfstandig belang' van Gasunie bij een onbeschadigd leidingnet en 'onbelemmerde exploitatie' daarvan te beschermen. Maar Gasunie kan in de ogen van het hof nog voor een ander belang opkomen. Dit is een van de omwonenden en gebruikers 'afgeleid belang' dat 'daar zodanig nauw mee samenhangt' dat het onder de belangen van omwonenden en gebruikers 'moet worden begrepen'. Het hof:

'Gasunie heeft als leidingbeheerder – behalve een zelfstandig belang bij het niet beschadigd raken van haar leidingnet en de onbelemmerde exploitatie van dat net – een van het belang van bedoelde omwonenden en gebruikers afgeleid belang dat daar zodanig nauw mee samenhangt, dat het eronder moet worden begrepen'.<sup>176</sup>

De rechtvaardiging die het hof geeft voor deze vereenzelviging van het 'afgeleid belang' van Gasunie en de belangen van omwonenden en gebruikers is dat Gasunie 'met het oog' op hun belangen 'verplicht is' tot het 'instandhouden van een veilig leidingnet'.<sup>177</sup> Het relativiteitsvereiste staat daarom niet aan aansprakelijkheid van de gemeente in de weg op de grond dat zij artikel 164 van de planvoorschriften heeft geschonden. Voor het geval de relativiteit van artikel 164 van de planvoorschriften een andere zou zijn, voegt het hof hieraan meteen een correctie-Langemeijer-achtige exercitie toe. Het oordeelt dat de gemeente ook een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden, die wel strekt tot bescherming van Gasunie. De gemeente moest bedacht zijn op

---

173 Gemeente Barneveld/Gasunie, hof r.o. 4.12.

174 Gemeente Barneveld/Gasunie, hof r.o. 4.12.

175 Zie over het vereiste van relatieve onrechtmatigheid hfdst. 2.

176 Gemeente Barneveld/Gasunie, hof r.o. 4.12.

177 Gemeente Barneveld/Gasunie, hof r.o. 4.12.

het belang van Gasunie gevrijwaard te blijven van kosten voor het omleggen van een aardgastransportleiding. Een echte correctie-Langemeijer is het echter niet. Het hof betreft in dit oordeel namelijk niet de omstandigheid dat wettelijke normen zijn geschonden:

‘Voorzover over een en ander anders zou kunnen worden geoordeeld, geldt dat met het oog op het voor de Gemeente kenbare belang van Gasunie om geen kosten voor het omleggen van een aardgastransportleiding te behoeven maken, op grond van ongeschreven recht in de zin van artikel 6:162 BW op de Gemeente een ongeschreven zorgvuldigheidsverplichting rustte, die zij met de vergunningverlening heeft geschonden.’<sup>178</sup>

Het hof verwerpt de andere verweren van de gemeente, ter zake van het vereiste van causaal verband,<sup>179</sup> alsook van eigen schuld van Gasunie.<sup>180</sup> Aldus komt het hof tot toewijzing van de vordering van Gasunie.<sup>181</sup>

In cassatie klaagt de gemeente onder meer over het relativiteitsoordeel van het hof. Zij benadrukt dat haar rol in de systematiek van de Woningwet die van toezichthouder is en dat zij de naleving van regels als artikel 164 van de bestemmingsplanvoorschriften niet kan ‘garanderen’. De norm dat de gemeente het bouw- en woningtoezicht ‘naar behoren’ moet uitoefenen, strekt volgens de gemeente uitsluitend ter bescherming van het individuele vermogensbelang van de vergunninghouder en niet van die van anderen. De gemeente wijst verder op de eigen verantwoordelijkheid van vergunninghouder Cozijnsen, aan wie de onveilige situatie is te wijten en tot wie Gasunie zich volgens haar zou moeten wenden.<sup>182</sup> De klachten van de gemeente lijken daarmee geïnspireerd door het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in *Duwbak Linda*. Deze klachten gaan in lijn met dit relativiteitsoordeel ook uit van een andere geschonden norm dan artikel 164 van de planvoorschriften. Dit is de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat het door de gemeente uitgeoefende bouw- en woningtoezicht op grond van de Woningwet zorgvuldig moet zijn.

De gemeente lijkt met haar klachten ook niet te bestrijden dat artikel 164 de belangen van omwonenden en gebruikers van gronden rondom een aard-

178 Gemeente Barneveld/Gasunie, hof r.o. 4.12.

179 Gemeente Barneveld/Gasunie, hof r.o. 4.16-4.17. Volgens de gemeente is niet aan het vereiste van causaal verband voldaan, omdat Cozijnsen de fundering al had gestort, voordat de bouwvergunning werd verleend. Gasunie stelt daartegenover dat verwijdering van de fundering van de schuur zonder beschadiging van de gasleiding nog mogelijk was. Gemeente Barneveld/Gasunie, hof r.o. 4.16-4.17.

180 Gemeente Barneveld/Gasunie, hof r.o. 4.18-4.21. Het hof billijkt in dit kader ook de inschatting van Gasunie dat zo’n vordering weinig kansrijk zou zijn, nu Cozijnsen de schuur uiteindelijk met vergunning en op eigen grond heeft gebouwd en deze er al enige tijd stond, toen Gasunie deze ontdekte.

181 Zie de conclusie van Advocaat-Generaal Keus voor Gemeente Barneveld/Gasunie, sub 1.14.

182 Cassatiemiddel Gemeente Barneveld, sub 2.1, kenbaar uit NJ 2007/504.

gastransportleiding beoogt te beschermen. Evenmin lijkt zij de constructie van het hof te bestrijden dat het ‘afgeleide’ belang van Gasunie ‘zodanig nauw’ met deze belangen van omwonenden en gebruikers samenhangt, dat dit belang van Gasunie ‘eronder moet worden begrepen’. Advocaat-Generaal Keus gaat er althans van uit dat de gemeente het relativiteitsoordeel van het hof op deze punten niet bestrijdt.<sup>183</sup> De Hoge Raad vat de klachten van de gemeente zo op dat deze tot uitgangspunt nemen dat artikel 164 van de planvoorschriften beoogt de belangen van omwonenden en gebruikers van rond een aardgas-transportleiding gelegen gebouwen en terrein te beschermen. Hij vat de klachten van de gemeente als volgt samen:

‘Onderdeel 2 neemt tot uitgangspunt dat de leden 1 en 2 van art. 164 van de planvoorschriften strekken tot bescherming van omwonenden en gebruikers van gebouwen en terreinen rond de aardgastransportleiding en, met het oog op de daaraan verbonden veiligheidsrisico’s, ter voorkoming van bebouwing binnen een afstand van vijf meter ter weerszijden ervan. Het onderdeel betoogt dat het toezicht van de Gemeente tot doel heeft de naleving van de regels te bevorderen, doch dat het deze niet kan garanderen, zeker niet ten opzichte van anderen dan de vergunninghouder. De enkele omstandigheid dat de Gemeente in haar taak is tekortgeschoten, brengt volgens het onderdeel nog geen aansprakelijkheid met zich. Als een onveilige situatie is ontstaan, moet dat worden verweten aan degene die in strijd met de voorschriften heeft gebouwd op de aardgastransportleiding. Niet valt in te zien waarom een procedure van Gasunie tegen de vergunninghouder geen kans van slagen zou hebben gehad. Ten slotte keert het onderdeel zich ook tegen het oordeel van het hof dat op de Gemeente een ongeschreven zorgvuldigheidsverplichting rustte.’<sup>184</sup>

Vervolgens verwerpt de Hoge Raad de klachten van de gemeente. Daarbij merkt hij ook de constructie van het hof ter zake van het ‘afgeleide belang’ van Gasunie aan als ‘in cassatie onbestreden’:

‘Het hof heeft het standpunt van de Gemeente dat art. 164 strekt tot bescherming van omwonenden en gebruikers zoals hiervoor vermeld [in de hierboven geciteerde rechtsoverweging; PwDH], als juist aanvaard doch daaraan, *in cassatie onbestreden*, toegevoegd dat Gasunie een daarvan afgeleid belang heeft dat daarmee zozeer samenhangt dat het onder deze bescherming moet worden begrepen. Dit belang

---

183 Zie de conclusie van Advocaat-Generaal Keus voor Gemeente Barneveld/Gasunie, sub 2.23.

184 Gemeente Barneveld/Gasunie, r.o. 3.5.1. T.a.v. de klacht over de correctie-Langemeijer-achtige exercitie van het hof dat de gemeente ook aansprakelijk is, omdat zij tevens een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden, die wel strekt ter bescherming van Gasunie, voegt de Hoge Raad hieraan in r.o. 3.5.2 toe dat deze exercitie door het hof ten overvloede is uitgevoerd. Bij gebrek aan belang kan de daartegen gerichte klacht daarom niet tot cassatie leiden. In r.o. 3.7.1 komt de Hoge Raad zijdelings terug op de klacht dat ‘niet valt in te zien’ dat een procedure van Gasunie tegen Cozijnsen ‘weinig kansrijk’ zou zijn geweest. Die klacht slaagt evenmin.

acht het hof door de Gemeente geschonden. Aan de aansprakelijkheid van de Gemeente kan niet afdoen dat de vergunninghouder ook een eigen verantwoordelijkheid heeft en niet op de aardgastransportleiding had mogen bouwen. Deze oordelen zijn juist; de ertegen gerichte klachten zijn dus tevergeefs voorgesteld.<sup>185</sup>

Het lijkt erop dat de Hoge Raad zich dus alleen uitlaat over twee specifieke oordelen van het hof. Ten eerste het oordeel van het hof dat het belang van Gasunie, dat de gemeente heeft 'geschonden', het belang van Gasunie is, dat zodanig met dat van de omwonenden en gebruikers samenhangt, dat het onder hun, door artikel 164 te beschermen belangen kan worden geschaard. Ten tweede het oordeel dat de eigen verantwoordelijkheid van de vergunninghouder – in casu Cozijnsen – aan aansprakelijkheid van de gemeente niet afdoet. Helemaal duidelijk is het niet. De zin 'Deze oordelen zijn juist' van de Hoge Raad zou ook zo kunnen worden opgevat, dat die ziet op meer dan alleen de twee daaraan voorafgaande zinnen. In dat geval zou de Hoge Raad dus als het ware instemmen met het 'hele' relativiteitsoordeel van het hof. De uitleg ligt echter weer niet voor de hand nu de Hoge Raad ten aanzien daarvan constateert dat het in cassatie grotendeels 'onbestreden' is.<sup>186</sup>

Hoe dan ook billijkt de Hoge Raad in Gemeente Barneveld/Gasunie het bevestigende relativiteitsoordeel van het hof.<sup>187</sup> Dit relativiteitsoordeel situeert zich op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang.<sup>188</sup> Centraal in het relativiteitsoordeel staat niet de tegenstelling tussen een als algemeen belang aan te merken belang en op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen. De tegenstelling die centraal staat is die tussen op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen en het specifieke geschade belang van de benadeelde, die zich bij de rechter meldt. Artikel 164 van de Barnevelder bestemmingsplanvoorschriften beoogt de individuele vermogensbelangen van omwonenden en gebruikers van gebouwen en terreinen rondom een aardgastransportleiding te beschermen. Het specifieke geschade belang van Gasunie als leidingbeheerder kan daaronder worden geschaard, nu dit belang van deze individuele vermogensbelangen is 'afgeleid' en ermee 'zozeer samenhangt' dat het eronder kan worden geschaard.<sup>189</sup>

Resumerend laat ook het relativiteitsoordeel in Gemeente Barneveld/Gasunie zich in zoverre inpassen in het model dat het zich situeert op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang, terwijl de bevestigende

185 Gemeente Barneveld/Gasunie, r.o. 3.5.2 (cursivering toegevoegd).

186 Minder genuanceerd Den Hollander 2012b, p. 316-317. Vgl. ook J.A.E. van der Does, noot onder Gemeente Barneveld/Gasunie, *Gst.* 2008/53, sub 7.

187 Vgl. Schild & De Jongh 2007, p. 151, die in algemene zin constateren dat het relativiteitsoordeel van het hof in cassatie 'overeind' blijft.

188 Aldus ook Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.7.

189 Wiggers-Rust 2011, p. 148-149 brengt dit relativiteitsoordeel daarom in verband met dat van de Hoge Raad in HR 24 mei 1935, *NJ* 1935, p. 1497-1501, m.nt. E.M. Meijers (Cuykse keurmeester), waarover eerder in par. 2.4.

uitkomst berust op een eigen keuze van hof en Hoge Raad op basis van een analogie-redenering.<sup>190</sup> Het geschade belang van Gasunie als leidingbeheerder moet naar het oordeel van het hof op één lijn worden gesteld met de individuele vermogensbelangen van omwonenden en gebruikers van de gronden rondom een aardgastransportleiding. Het hof geeft voor die eigen keuze ook een onderbouwing: Gasunie is met het oog op die belangen gehouden tot de instandhouding van een veilig leidingnet.<sup>191</sup> Ook het bevestigende relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in de hangmatzaak getuigt van zo'n eigen keuze.

#### 5.10 BESCHERMINGSOMVANG, WEL RELATIVITEIT II: DE HANGMATZAAK C.A.

Een vrouw van 33 neemt plaats in een hangmat in haar achtertuin. Als de pilaar waaraan zij haar hangmat heeft vastgemaakt, afbreekt en over haar heen valt, raakt zij ernstig gewond. Zij loopt een hoge complete dwarslaesie op en breekt haar kaak, neus, jukbeen, oogkas en een rib. Tien weken ligt zij op de intensive care in het ziekenhuis. Na nog eens tien maanden in een revalidatiecentrum keert de vrouw terug naar huis. Als gevolg van het ongeval zal zij haar armen en benen niet meer kunnen gebruiken. Zij is rolstoelgebonden en afhankelijk van de hulp van anderen.<sup>192</sup> Tot vergoeding van haar schade spreekt de vrouw de man aan met wie zij ten tijde van het ongeval eigenaar is van de woning. De vrouw vordert een verklaring voor recht dat hij jegens haar aansprakelijk is voor de schade als gevolg van het ongeval. Ook vordert zij zowel de man als hun beider aansprakelijkheidsverzekeraar Achmea te veroordelen tot vergoeding van die schade.<sup>193</sup> De polisvoorwaarden sluiten dat niet uit.<sup>194</sup>

De vrouw baseert haar vordering op de risicoaansprakelijkheid voor opstallen van artikel 6:174 BW. Het eerste lid van deze bepaling luidt:

---

190 Schild & De Jongh 2007, p. 151 duiden het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad als 'extensieve uitleg van het beschermingsbereik van de geschonden norm', die in hun optiek inhoudelijk dicht aanligt tegen toepassing van de correctie-Langemeijer. Tussen beide figuren bestaat volgens deze auteurs dan ook een 'vloeiende grens'.

191 Instemmend Van Dunné 2007, p. 130-133, volgens wie de Hoge Raad met het relativiteitsoordeel in Gemeente Barneveld/Gasunie terugkomt op dat in Duwbak Linda en volgens wie de 'rol van de relativiteitsleer' met het relativiteitsoordeel in Gemeente Barneveld/Gasunie 'vrijwel' zou zijn 'uitgespeeld'. Instemmend met het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad ook F.J. van Ommeren, noot onder Gemeente Barneveld/Gasunie, AB 2008/155, sub 8.

192 HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, NJ 2011/465, m.nt. T. Hartlief (hangmat), r.o. 3.1 (i).

193 De vrouw betreft Achmea direct in de procedure tegen haar man, op grond van art. 7:954 BW, dat bepaalt dat de vrouw kan verlangen dat als de verzekeraar een uitkering schuldig is, deze aan haar wordt betaald.

194 Hangmatzaak, r.o. 4.2. De polisvoorwaarden zijn geciteerd in r.o. 3.1 (ii).

‘De bezitter van een opstal die niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, en daardoor gevaar voor personen of zaken oplevert, is, wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt, aansprakelijk, tenzij aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling zou hebben ontbroken indien hij dit gevaar op het tijdstip van het ontstaan ervan zou hebben gekend.’

Op grond van deze risicoaansprakelijkheid is de bezitter van een ‘gebrekkige’ opstal in beginsel steeds aansprakelijk voor daardoor veroorzaakte schade aan personen en zaken. Dat biedt de benadeelde een bewijsvoordeel. Anders dan voor de vestiging van schuldaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad op grond van artikel 6:162 BW hoeft de benadeelde voor de vestiging van risicoaansprakelijkheid op grond van artikel 6:174 BW niet te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat de bezitter van de opstal op de hoogte was van het gebrek aan de opstal en daaraan dus ‘schuld’ heeft. Bij opstellen kan dat een serieuze hindernis voor aansprakelijkheid zijn. Opstellen in de zin van artikel 6:174 BW zijn volgens lid 4 gebouwen of werken die duurzaam met de grond zijn verenigd, rechtstreeks of door vereniging met andere gebouwen of werken. Vanwege de doorgaans lange levensduur kan het moeilijk zijn vast te stellen hoe het gebrek is ontstaan – bij de bouw of het onderhoud nadien – en daarmee wie de benadeelde zou moeten aanspreken.<sup>195</sup>

Volgens de man en Achmea kan de vrouw zich echter niet beroepen op de risicoaansprakelijkheid voor opstellen, omdat zij zelf eveneens (mede)bezitter is van de schadeveroorzakende opstal. Zij voeren aan dat artikel 6:174 BW en de hele derde titel van Boek 6 van het BW alleen ‘derden’ beschermen die schade lijden en niet de dader of daders zelf. De man en Achmea achten een aanspraak van de vrouw op de man verder ‘gekunsteld’ en niet passend in het systeem van de wet. De benadeelde medebezitter kan in hun optiek een ongevalverzekering afsluiten, als hij zich wil wapenen tegen schade veroorzaakt door zijn eigen opstal.<sup>196</sup>

Inzet van de hangmatzaak is derhalve de relativiteit van de risicoaansprakelijkheid voor opstellen van artikel 6:174 BW. Daarbij staat niet ter discussie dat artikel 6:174 BW mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen.<sup>197</sup> In het geval van deze BW-norm is dat ook evident: het BW biedt daarvoor volop dekking middels positieve aanwijzingen. Maar het spreekt niet vanzelf of ook het specifieke geschade belang van de vrouw, die zelf mede-

195 Zie nader met verwijzingen Den Hollander 2011a, p. 44-45.

196 De man en Achmea doen ook een beroep op de zogeheten ‘reflexwerking’ van art. 6:174 BW. Deze reflexwerking houdt in dat mocht aansprakelijkheid van de man worden aangenomen, het feit dat de vrouw zelf ook bezitter is van pilaar en dus ook aansprakelijk is voor de schade, reden is voor het verminderen van de omvang van de schadevergoedingsplicht van de man in het kader van art. 6:101 BW (‘eigen schuld’). Verder betwisten de man en Achmea de gebrekkigheid van de pilaar en beroepen zij zich ook overigens op ‘eigen schuld’ van de vrouw.

197 Zie over de ‘gelding’ van het relativiteitsvereiste bij risicoaansprakelijkheden Den Hollander 2011a, p. 45-46.

bezitter is van de schadeveroorzakende opstal, onder de individuele vermogensbelangen kan worden geschaard die artikel 6:174 BW beoogt te beschermen. Aangenomen dat dit het geval is, rijst bovendien de vraag in welke mate dat dan het geval is.

De rechtbank doet de zaak overigens af als reguliere interpretatiekwestie, zonder deze expliciet in het teken van het relativiteitsvereiste te stellen. Zij stelt in haar vonnis de hiervoor besproken ratio van de risicoaansprakelijkheid voor opstellen 6:174 BW voorop.<sup>198</sup> Vervolgens inventariseert de rechtbank wat uit wetstekst en wetsgeschiedenis van deze bepaling en de afdeling over risicoaansprakelijkheden kan worden afgeleid over de vraag of ook de vrouw als benadeelde medebezitter een beroep op artikel 6:174 BW kan doen. In dat kader bespreekt de rechtbank ook artikel 6:180 lid 1 BW. Volgens deze bepaling geldt in het geval dat er meer dan één bezitter is van de opstal dat deze medebezitters hoofdelijk aansprakelijk zijn voor schade veroorzaakt door die opstal.<sup>199</sup> De bezitter die aansprakelijk wordt gehouden voor het geheel van de schade heeft derhalve regres op zijn medebezitters op grond van 6:10 BW. De rechtbank constateert verder dat de tekst van artikel 6:174 BW niet bepaalt 'jegens wie' of 'ten aanzien van wiens schade' deze aansprakelijkheid bestaat. Er staat niet uitdrukkelijk dat deze aansprakelijkheid bestaat jegens 'derden' of 'anderen', aldus de rechtbank. Partijen zijn het er echter wel over eens dat een bezitter die schade lijdt door zijn eigen opstal niet zichzelf aansprakelijk kan stellen en daarmee zijn aansprakelijkheidsverzekeraar.<sup>200</sup> De rechtbank rondt haar inventarisatie af met de vaststelling dat de 'wettelijke regeling lijkt te zijn geschreven vanuit het perspectief van de (willekeurige) derde-benadeelde jegens de bezitter(s) van de opstal'.<sup>201</sup>

Tegen deze achtergrond overweegt de rechtbank dat de uitkomst dat de schade die door een gebrekkige opstal wordt veroorzaakt 'komt te drukken op (al) degenen tot wier vermogen het bouwwerk behoort' het meest met de wetsgeschiedenis van artikel 6:174 BW in overeenstemming is.<sup>202</sup> Ook meer in het algemeen strookt de uitkomst dat medebezitters elkaar onderling kunnen aanspreken op grond van artikel 6:174 BW volgens de rechtbank 'met de geest van de kwalitatieve aansprakelijkheidswetgeving'. Daarin staat 'telkens de bescherming van de benadeelde voorop'. Het feit dat de benadeelde zelf ook bezitter is van schadeveroorzakende opstal is 'pas' van belang in het kader van het verhaal 'op het vermogen waartoe het bouwwerk behoort'. Dan brengt deze 'hoedanigheid', zo meent de rechtbank, 'vanzelf' met zich 'dat het gedeelte van de schade dat overeenkomt met het eigen aandeel in de opstal voor

---

198 Hangmatzaak, rechtbank r.o. 4.8. Ook kenbaar uit Rb. Den Bosch 21 januari 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BH0728, NJF 2009/105.

199 Hangmatzaak, rechtbank r.o. 4.9.

200 Hangmatzaak, rechtbank r.o. 4.10.

201 Hangmatzaak, rechtbank r.o. 4.11.

202 Hangmatzaak, rechtbank r.o. 4.12.

eigen rekening dient te blijven'.<sup>203</sup> Aldus komt de rechtbank tot het oordeel dat de vrouw de man kan aanspreken op grond van de risicoaansprakelijkheid voor opstellen van artikel 6:174 BW, in zijn hoedanigheid van (mede)bezitter van de schadeveroorzakende opstal. Zij kan dat doen voor maximaal 50 procent van haar schade.<sup>204</sup>

Daarvoor moet dan nog wel komen vast te staan dat de pilaar inderdaad gebrekkig was, zoals de vrouw stelt, of preciezer gezegd niet voldeed aan de daaraan in de gegeven omstandigheden te stellen eisen. De man en Achmea voeren in dat kader ook aan dat deze niet was bedoeld om een hangmat aan op te hangen. De rechtbank neemt zich voor op dat punt een deskundige te benoemen,<sup>205</sup> alsook op het punt in hoeverre de vrouw bedacht kon zijn op de gebrekkige staat van de pilaar in het kader van eventuele 'eigen schuld'.<sup>206</sup> Van dit tussenvonnissen stelt de rechtbank tussentijds hoger beroep open.<sup>207</sup>

Partijen komen sprongcassatie overeen, zodat het hof wordt overgeslagen. In cassatie klagen de man en Achmea dat artikel 6:174 BW alleen aansprakelijkheid vestigt van de bezitter jegens 'personen die niet de hoedanigheid van (mede)bezitter' hebben. De risicoaansprakelijkheid strekt niet 'tot bescherming van degene die schade lijdt als gevolg van een gebrek in een opstal waarvan hijzelf de (mede)bezitter is'. Zij voeren aan dat andere risicoaansprakelijkheden in dezelfde afdeling zich uitdrukkelijk richten op schade van 'derden'. Ook artikel 6:180 BW vestigt volgens hen niet zulke aansprakelijkheid. In haar incidenteel cassatieberoep betoogt de vrouw dat de man en Achmea aansprakelijk zouden moeten zijn voor 100 procent van haar schade in plaats van 50 procent, al dan niet op grond van de billijkheidscorrectie in het kader van artikel 6:101 BW.<sup>208</sup>

Zo komt de hangmatzaak in cassatie uitdrukkelijk in het teken te staan van de relativiteit van de risicoaansprakelijkheid voor opstellen van artikel 6:174 BW. Advocaat-Generaal Spier stelt in zijn conclusie bij het 'leerstuk der relativiteit' als 'pièce de résistance' van het principaal cassatiemiddel voorop dat 'terughoudendheid past' om met behulp van het relativiteitsvereiste 'een vorderingsrecht in zaken waarin het gaat om vergoeding van ernstige letselschade (geheel) te blokkeren'.<sup>209</sup> Tenzij voor zo'n blokkade 'werkelijk goede en klemmende redenen bestaan'. Spier stelt vast dat op basis van wetstekst en wetsgeschiedenis van artikel 6:174 BW geen 'werkelijk gefundeerde uitspra-

---

203 Hangmatzaak, rechtbank r.o. 4.12.

204 Hangmatzaak, rechtbank r.o. 4.13. Aan het beroep op 'reflexwerking' van art. 6:174 BW in art. 6:101 BW komt de rechtbank daarom niet toe.

205 Hangmatzaak, rechtbank r.o. 4.15.

206 Hangmatzaak, rechtbank r.o. 4.16-4.18.

207 Hangmatzaak, rechtbank r.o. 5.7. Zie over het oordeel van de rechtbank tevens uitvoerig Leopold 2009, p. 50-51.

208 Kenbaar uit NJ 2011/465.

209 Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor de hangmatzaak, sub 4.4.3. Spier betreft daarbij ook de door hem geconstateerde 'afbrokkelende sociale zekerheid', sub 4.4.2.

ken' kunnen worden gedaan over de relativiteit van deze bepaling. Uit niets blijkt dat de wetgever heeft gedacht aan de situatie waarin de ene medebezitter de andere aanspreekt.<sup>210</sup> Het komt daarom aan op het zoeken naar een 'redelijke' oplossing.<sup>211</sup> Advocaat-Generaal Spier acht het 'uit een oogpunt van billijkheid' en om te voorkomen dat 'een bepaalde categorie slachtoffers steeds in de kou' zou blijven staan niet juist het standpunt van de man en Achmea te volgen dat de vrouw zich niet op artikel 6:174 BW zou kunnen beroepen. Hij komt daarom tot de uitkomst dat het relativiteitsvereiste er niet aan in de weg staat dat ook de vrouw zich op artikel 6:174 BW kan beroepen.<sup>212</sup> Om evenwel de 'sluisdeuren' van aansprakelijkheid 'niet wagenwijd open' te zetten, geeft Advocaat-Generaal Spier in dit verband in overweging het relativiteitsoordeel te differentiëren en alleen bij '(min of meer) ernstige ongevallen' te oordelen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan, dan wel bij 'beperkte zaakschade en geringe letselschade' te oordelen dat *niet* aan het relativiteitsvereiste is voldaan.<sup>213</sup> In het kader van het incidentele cassatieberoep dient volgens Spier bij wijze van 'redelijke wetstoepassing' de aanspraak van de vrouw beperkt te blijven tot 50 procent van haar schade, zoals de rechtbank oordeelde.<sup>214</sup>

Ook de Hoge Raad stelt de vraag of de vrouw haar man en Achmea kan aanspreken tot vergoeding van haar schade op grond van de risicoaansprakelijkheid voor opstallen van artikel 6:174 BW in het teken van de relativiteit van deze bepaling. Hij stelt zijn vaste maatstaf voorop, zij het licht aangepast:

'Of aan het in art. 6:163 BW neergelegde relativiteitsvereiste is voldaan, hangt naar vaste rechtspraak ervan af wat het doel en de strekking is van de *aansprakelijkheidsnorm*, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt.'<sup>215</sup>

De Hoge Raad spreekt niet van de 'geschonden norm', maar van de 'aansprakelijkheidsnorm'. Het gaat immers niet om schuld- maar om risicoaansprakelijkheid. De aansprakelijkheid berust dus niet zozeer op een normschending, maar op de kanalisering van aansprakelijkheid naar de bezitter.<sup>216</sup>

---

210 Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor de hangmatzaak, sub 4.10.

211 Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor de hangmatzaak, sub 4.11.3.

212 Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor de hangmatzaak, sub 4.22.

213 Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor de hangmatzaak, in sub 4.22-4.28.3.

214 Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor de hangmatzaak, sub 5.11.

215 Hangmatzaak, r.o. 4.3.1 (cursivering toegevoegd).

216 Al kan bij risicoaansprakelijkheden als 'geschonden norm' – in de zin van art. 6:163 BW – ook de 'garantienorm' worden begrepen, waarvan in de literatuur wordt aangenomen dat die aan de risicoaansprakelijkheden ten grondslag ligt. Zie in deze zin bijv. Lankhorst 1992b, p. 41-42.

In zijn eigenlijke relativiteitsoordeel gaat de Hoge Raad eerst in op de wetstekst en wetsgeschiedenis van artikel 6:174 BW en van de afdeling over risicoaansprakelijkheden in het algemeen. Het feit dat bij de risicoaansprakelijkheden voor kinderen, ondergeschikten, niet-ondergeschikten, respectievelijk vertegenwoordigers in artikel 6:169-172 BW uitdrukkelijk sprake is van schade aan 'derden' en in artikel 6:174 BW niet, pleit volgens de Hoge Raad 'eerder tegen de opvatting dat ook art. 6:174 alleen derden op het oog heeft dan ervoor'.<sup>217</sup> Zijn redenering is op dit punt dus precies tegenovergesteld aan die van de man en Achmea. Artikel 6:180 BW acht de Hoge Raad op dit punt niet van belang. De Hoge Raad resumeert daarna de wetsgeschiedenis van artikel 6:174 BW. Hij constateert dat de ratio van deze risicoaansprakelijkheid is dat de benadeelde niet wordt belast met het 'vaak moeilijke onderzoek' naar de bron van het gebrek en het eventueel in dat verband te maken verwijt aan een eventueel aansprakelijke persoon. De Hoge Raad verwijst daarbij ook naar het Amercentrale-arrest.<sup>218</sup>

De tussenconclusie van de Hoge Raad luidt aldus dat de wetgever niet 'kenbaar aandacht' heeft besteed aan de voorliggende relativiteitskwestie. Wetstekst en wetsgeschiedenis bieden daarom onvoldoende 'houvast' voor de opvatting van de man en Achmea, aldus de Hoge Raad:

'Aan de wetsgeschiedenis kan (...) geen (voldoende) houvast worden ontleend ten gunste van het standpunt dat de wetgever de risicoaansprakelijkheid van de bezitter heeft willen beperken tot die jegens derden en dat hij aanspraken in situaties als de onderhavige heeft willen uitsluiten. De wetgever heeft immers bij de totstandkoming van art. 6:174 niet kenbaar aandacht besteed aan de onderhavige situatie van aanspraken van de ene medebezitter tegen de andere en de parlementaire stukken bieden omtrent de strekking van art. 6:174 niet meer duidelijkheid dan dat met die bepaling in ieder geval is beoogd het bedoelde belang van derden te beschermen.'<sup>219</sup>

Hierop hakt de Hoge Raad zelf een knoop door:

'De kernvraag is of het recht bescherming behoort te verlenen aan degene die, hoewel de aansprakelijkheid van art. 6:174 niet is gebaseerd op overtreding van enigerlei gedragsnorm, zelf in zekere zin medeverantwoordelijk geacht kan worden voor de gebrekkige opstal. Bij de geschetste stand van zaken, waarbij de wetgever de door [de vrouw] bepleite aansprakelijkheid niet heeft uitgesloten, hangt de te maken keuze af van wat naar maatschappelijke opvattingen, in aanmerking genomen de belangen van de benadeelde, de bezitter en de aansprakelijkheidsverzeke-

---

217 Hangmatzaak, r.o. 4.3.2.

218 HR 13 juni 1975, NJ 1975/509 (Amercentrale), m.nt. G.J. Scholten.

219 Hangmatzaak, r.o. 4.3.3.

raar, het meest redelijk moet worden geacht als reikwijdte van art. 6:174. Die keuze valt uit ten gunste van het standpunt van [de vrouw].<sup>220</sup>

Deze openlijke eigen keuze onderbouwt de Hoge Raad vervolgens uitvoerig. Uitgangspunt is dat de 'beschermingsgedachte' van artikel 6:174 BW ook geldt voor de benadeelde, die zelf medebezitter is:

'Het behoort tot de algemene doelstelling van de kwalitatieve aansprakelijkheid van art. 6:174 dat op de benadeelden niet het risico wordt afgewenteld dat niet of niet eenvoudig kan worden bepaald en bewezen wie voor de door het gebrek veroorzaakte schade eventueel aansprakelijk kan worden gehouden op grond van de schuldaansprakelijkheid van art. 6:162 BW. Deze beschermingsgedachte gaat evenzeer op voor de benadeelde medebezitter.'<sup>221</sup>

Verder is het gegeven dat de gebrekkige opstal mede behoort tot het vermogen van de benadeelde medebezitter zelf onvoldoende grond hem elke aanspraak jegens de andere bezitter(s) te ontzeggen, aldus de Hoge Raad. Het feit dat de benadeelde medebezitter daardoor als het ware beter af is dan de benadeelde bezitter, die niet over medebezitters beschikt om op grond van artikel 6:174 BW tot schadevergoeding aan te spreken, is daartoe evenmin een 'voldoende klemmende reden'.<sup>222</sup> Ook het 'samenlevingsverband' tussen de vrouw en de man staat hieraan niet in de weg, aldus de Hoge Raad. Het doet in beginsel niet af aan de gelding van de 'gewone aansprakelijkheidsregels'.<sup>223</sup>

De Hoge Raad wijst er verder onder meer op dat het resultaat van aanvaarding van een aanspraak van de benadeelde medebezitter jegens de andere bezitter(s) 'uit maatschappelijk oogpunt redelijker' is. In dat geval zijn alle bezitters op grond van artikel 6:180 lid 1 BW hoofdelijk aansprakelijk en op grond van artikel 6:10 lid 1 BW verplicht bij te dragen in de schuld en de kosten voor het gedeelte dat hen in hun onderlinge verhouding aangaat. 'In het algemeen' zullen zij aansprakelijk zijn naar rato van hun aandeel in de opstal, aldus de Hoge Raad. De schade wordt zo over alle (mede)bezitters verdeeld. Zou de aanspraak niet worden aanvaard, dan zou de benadeelde medebezitter zijn schade volledig zelf moeten dragen en zouden de andere bezitters niets hoeven bijdragen 'hoewel ook zij in dezelfde relatie tot de gebrekkige opstal staan als de medebezitter die schade lijdt ten gevolge van het gebrek'.<sup>224</sup>

De belangen van de aangesproken bezitter en de aansprakelijkheidsverzeeraar weegt de Hoge Raad bij dit alles expliciet mee. De bezitter kan zich 'relatief eenvoudig' en 'relatief goedkoop' verzekeren, pleegt dat ook te doen

---

220 Hangmatzaak, r.o. 4.3.4.

221 Hangmatzaak, r.o. 4.3.5.

222 Hangmatzaak, r.o. 4.3.5.

223 Hangmatzaak, r.o. 4.3.5, onder verwijzing naar HR 11 april 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC1932, NJ 1975/373, m.nt. G.J. Scholten.

224 Hangmatzaak, r.o. 4.3.5.

en kan dat blijven doen. De aansprakelijkheidsverzekeraar hoeft niet te vrezen voor een ‘onbeheersbare toename van claims’. Dit is althans voor de Hoge Raad onvoldoende aannemelijk geworden. Bovendien kan de aansprakelijkheidsverzekeraar daarmee rekening houden in de polisvoorwaarden en de premiestelling, zo overweegt hij.<sup>225</sup>

Het voorgaande sluit een beroep op ‘eigen schuld’ van de vrouw op grond van artikel 6:101 BW niet volledig uit, zo blijkt uit het vervolg van het oordeel van de Hoge Raad. Zo’n beroep zou echter op andere omstandigheden aan haar zijde moeten zijn gebaseerd dan haar hoedanigheid van medebezitter. De Hoge Raad denkt daarbij aan ‘eigen nalatigheid of onachtzaamheid’ en dat bovendien ‘in grotere mate’ dan haar man als aangesproken medebezitter:

‘Slechts indien aan de zijde van [de vrouw] ook andere omstandigheden aan het ontstaan van haar schade zouden hebben bijgedragen, zoals eigen nalatigheid of onachtzaamheid (in grotere mate dan van [de man]), kan aanleiding bestaan haar schade op de voet van art. 6:101 BW geheel of voor meer dan 50% voor haar eigen rekening te laten, maar [de man] c.s. hebben zich niet op dergelijke omstandigheden beroepen.’<sup>226</sup>

De klacht van de vrouw in het incidentele cassatieberoep dat de man juist voor meer dan 50 procent van haar schade aansprakelijk zou moeten zijn, stuit ook bij de Hoge Raad af op ‘redelijke wetstoepassing’. Daarbij expliciteert de Hoge Raad bovendien dat een regresvordering van de aangesproken medebezitter op de benadeelde medebezitter niet aan orde is, om te voorkomen dat via deze achterdeur de verdeling van aansprakelijkheid alsnog wordt ondergraven:

‘Redelijke wetstoepassing brengt mee dat de benadeelde medebezitter zelf dat gedeelte van de door hem geleden schade draagt dat overeenkomt met zijn aandeel in de opstal, zodat hij op grond van art. 6:174 in zoverre geen aanspraak heeft op schadevergoeding jegens de andere medebezitter(s) (die dan, mede in verband met art. 6:102 lid 2 BW, voor het overige gedeelte van de schade jegens hem hoofdelijk aansprakelijk zijn). Gelet daarop heeft de rechtbank – die, in cassatie onbestreden, tot uitgangspunt heeft genomen dat [de vrouw] en [de man] elk voor 50% in de opstal gerechtigd zijn – met juistheid geoordeeld dat [de man] als de – enige – (mede)bezitter jegens [de vrouw] aansprakelijk is tot maximaal 50% van de schade. (...)

---

<sup>225</sup> Hangmatzaak, r.o. 4.3.5. Met dit relativiteitsoordeel wijst de Hoge Raad ook de klacht van de hand dat de man en Achmea op grond van reflexwerking van art. 6:174 BW in art. 6:101 BW of anderszins wegens ‘eigen schuld’ voor minder dan 50 procent van de schade van de vrouw aansprakelijk zouden moeten zijn. Het gegeven dat de vrouw zelf medebezitter is van de schadeveroorzakende opstal en ‘uit dien hoofde kwalitatief aansprakelijk jegens anderen’, waaronder ‘in voorkomend geval’ ook de man, heeft de rechtbank ‘reeds afdoende verdisconteerd’ in de beperking tot deze 50 procent. Hangmatzaak, r.o. 4.5.2.

Het voorgaande brengt voorts mee dat van een regresvordering van de aangesproken medebezitter op de benadeelde bezitter geen sprake kan zijn.<sup>227</sup>

Al met al komt de Hoge Raad in de hangmatzaak zo tot een bevestigend relativiteitsoordeel. Dit situeert zich op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang.<sup>228</sup> Centraal staat niet de tegenstelling tussen een als algemeen belang aan te merken belang en op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen. Centraal staat de tegenstelling tussen op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen en het specifieke geschade belang van de benadeelde vrouw, die zich bij de rechter meldt en die de Hoge Raad ook met name noemt. Artikel 6:174 BW beoogt de individuele vermogensbelangen van 'derden' te beschermen en het geschade belang van de vrouw gevrijwaard te blijven van ernstige letselschade kan daaronder worden geschaard. De Hoge Raad ziet kort gezegd geen reden de benadeelde die zelf medebezitter is van de schadeveroorzakende opstal anders te behandelen dan de benadeelde die niet in een goederenrechtelijke betrekking staat tot die opstal. Met dien verstande dat de vrouw zelf dat deel van haar schade draagt dat overeenkomt met haar aandeel in de pilaar, in dit geval de helft.

Resumerend laat het relativiteitsoordeel in de hangmatzaak zich in zoverre inpassen in het model, dat het zich situeert op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang en de bevestigende uitkomst berust op een eigen keuze van de Hoge Raad, op basis van een analogie-redenering. Het geschade belang van de vrouw als medebezitter moet naar het oordeel van de Hoge Raad op één lijn worden gesteld met de individuele vermogensbelangen van de benadeelde die deze hoedanigheid ontbeert. De Hoge Raad maakt die keuze in de hangmatzaak opvallend openlijker dan tot dan toe in enige andere zaak. Hij presenteert zijn oordeel met zoveel woorden als eigen 'keuze', gegeven het eveneens openlijk geconstateerde feit dat de wetgever over de voorliggende relativiteitskwestie zwijgt. Wel objectificeert de Hoge Raad deze eigen keuze. Hij beroept zich op het hetgeen 'naar maatschappelijke opvattingen, in aanmerking genomen de belangen van de benadeelde, de bezitter en de aansprakelijkheidsverzekeraar, het meest redelijk moet worden geacht'.

Ook maakt de Hoge Raad werk van de onderbouwing van de gemaakte keuze, inclusief een bespreking van argumenten voor en tegen. Opvallend is dat de Hoge Raad daarbij de omstandigheid dat de schade van de vrouw bestaat in letsel en bovendien in ernstig letsel niet afzonderlijk noemt, anders dan Advocaat-Generaal Spier, die dit in zijn conclusie als gezegd juist wel benadrukt. Al wordt in de literatuur wel aangenomen dat het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in de hangmatzaak mede is ingegeven door de omstan-

---

227 Hangmatzaak, r.o. 5.2.2.

228 Enzo Van den Berge 2012, p. 76-77.

digheid dat de vrouw vergoeding vordert van schade ter zake van zeer ernstig letsel.<sup>229</sup>

In de hangmatzaak laat de Hoge Raad zich niet uit over de betekenis van zijn relativiteitsoordeel voor de andere risicoaansprakelijkheden, zoals die voor zaken (art. 6:173 BW) en dieren (art. 6:179 BW). Advocaat-Generaal Spier doet dat in zijn conclusie – welbewust – evenmin.<sup>230</sup> In de literatuur is over deze betekenis gespeculeerd.<sup>231</sup> In een zaak van een vrouw die wordt aangevallen door hond Jengo en tot vergoeding van haar schade haar echtgenoot en hun beider aansprakelijkheidsverzekeraar aanspreekt, komt de Rechtbank Den Haag tot een ontkennend oordeel. Naar haar oordeel is voor analoge toepassing van het relativiteitsoordeel over de risicoaansprakelijkheid voor opstallen van artikel 6:174 BW van de Hoge Raad in de hangmatzaak bij de risicoaansprakelijkheid voor dieren van artikel 6:179 BW geen plaats, vanwege de uiteenlopende ratio van beide risicoaansprakelijkheden.<sup>232</sup>

Die uiteenlopende ratio blijkt ook cruciaal in het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in de zaak waarin hem de vraag naar de betekenis voor de risicoaansprakelijkheid voor dieren van artikel 6:179 BW inmiddels als prejudiciële vraag is voorgelegd. Tijdens een door haar verzorgde paardrijles voor kinderen wordt een vrouw omvergelopen door het manegepaard 'Imagine', dat na een schrikreactie op hol slaat. De vrouw spreekt haar echtgenoot aan tot vergoeding van 60 procent van haar schade, gelet op de afgesproken winstverdeling in de vennootschap onder firma, waarin de manage door hen wordt gedreven. Ook spreekt de vrouw ter zake hun beider aansprakelijkheidsverzekeraar Delta Lloyd aan.

Advocaat-Generaal Spier meent dat in deze zaak te snel naar het instrument van de prejudiciële vraag is gegrepen, omdat (nog) onvoldoende feiten zijn vastgesteld om de gestelde vraag te kunnen beantwoorden en deze wellicht überhaupt niet aan de orde zou hoeven te komen.<sup>233</sup> In zijn conclusie beantwoordt hij wel de vraag of het relativiteitsoordeel in de hangmatzaak heroverweging behoeft. Dat is volgens Advocaat-Generaal Spier niet het geval.<sup>234</sup> Vervolgens bespreekt hij ook de vraag of dit relativiteitsoordeel zou moeten worden doorgetrokken naar artikel 6:179 BW, maar naar eigen zeggen 'zonder daarover een standpunt in te nemen'. Advocaat-Generaal Spier acht het evenwel 'wellicht' verstandig 'pas op de plaats' te maken.<sup>235</sup> Hij besluit zijn 'tot voorlichting' van de Hoge Raad strekkende conclusie met een 'tussenoplossing',

---

229 Zie bijv. Lubach 2010, p. 320 en T. Hartlief, noot onder de hangmatzaak, *NJ* 2011/465, sub 3, 11 en 18. Evenzo Leopold 2010, p. 110.

230 Zie Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor de hangmatzaak, sub 4.10.3.

231 Zie Lameris 2010, p. 4-9; Den Hollander 2011a, p. 48-49. Zie ook Sieburgh 2011, p. 204-205.

232 Rb. Den Haag 4 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2443, *NJF* 2015/246 (Jengo), r.o. 4.9-4.10.

233 Advocaat-Generaal Spier, conclusie voor HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 (manegepaard), sub 4.1 en 18.

234 Advocaat-Generaal Spier, conclusie voor manegepaard, sub 8.19-8.20.

235 Advocaat-Generaal Spier, conclusie voor manegepaard, sub 8.21.1.

nu de Hoge Raad bij ontkennende beantwoording 'een groep slachtoffers in de kou' zou blijven staan, maar bij bevestigende beantwoording het 'in elk geval een tijdje prijschietsen' is, zolang de verzekeraars hun polissen niet aanpassen en dekking uitsluiten.<sup>236</sup> Spier geeft daarom – eveneens als in zijn conclusie voor de hangmatzaak – in overweging de relativiteit van artikel 6:179 BW zo vast te stellen dat deze norm slechts strekt tot bescherming tegen 'schade als gevolg van ernstig letsel'.<sup>237</sup>

De Hoge Raad constateert, evenals in de hangmatzaak, ten aanzien van artikel 6:174 BW ook in de manegepaard-zaak eerst dat aan wetstekst en wetsgeschiedenis van artikel 6:179 BW geen 'beslissend argument' kan worden ontleend voor of tegen risicoaansprakelijkheid jegens de medebezitter van in dit geval een schadeveroorzakend dier. In dit licht komt het ook bij het vaststellen van de relativiteit van de risicoaansprakelijkheid voor dieren van artikel 6:179 BW aan op een 'keuze' naar redelijkheid, aldus de Hoge Raad. Hij benadrukt daarbij meteen dat deze keuze bij verschillende risicoaansprakelijkheden verschillend kan uitvallen:

'Op soortgelijke wijze als bij de kwalitatieve aansprakelijkheid uit hoofde van art. 6:174 BW, komt het dus bij de kwalitatieve aansprakelijkheid uit hoofde van art. 6:179 BW erop aan of aansprakelijkheid behoort te worden aanvaard van andere medebezitters tegenover een benadeelde medebezitter, hoewel deze aansprakelijkheid niet is gebaseerd op overtreding van enigerlei gedragsnorm, en de benadeelde zelf in zekere zin medeverantwoordelijk kan worden geacht voor het gevaar dat het dier oplevert. De te maken keuze hangt ook hier af van wat naar maatschappelijke opvattingen het meest redelijk moet worden geacht, in aanmerking genomen de belangen van de benadeelde, de bezitter en de eventuele aansprakelijkheidsverzekeraar. De omstandigheid dat dit een open criterium is, brengt mee dat deze keuze kan leiden tot verschillende uitkomsten bij deze te onderscheiden gevallen van kwalitatieve aansprakelijkheid.'<sup>238</sup>

Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat, anders dan de risicoaansprakelijkheid voor opstallen van artikel 6:174 BW, de risicoaansprakelijkheid voor dieren van artikel 6:179 BW niet strekt tot bescherming van de benadeelde die zelf medebezitter is van het schadeveroorzakende dier. De Hoge Raad wijst erop dat de ratio van artikel 6:179 BW een andere is dan het lenigen van de bewijsnood, die kan optreden als een opstal schade veroorzaakt, omdat door de doorgaans lange levensduur van een opstal niet kan worden vastgesteld wie

---

<sup>236</sup> Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor manegepaard, sub 17.1.

<sup>237</sup> Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor manegepaard, sub 17.2. Zie eerder de conclusie van Advocaat-Generaal Spier voor de hangmatzaak, sub 4.22-4.28.3, naar aanleiding waarvan ik zijn gedifferentieerde benadering aanmerkte als sympathiek maar 'te complex' (Den Hollander 2011a, p. 48; zie ook kritisch T. Hartlief, noot onder de hangmatzaak, *NJ* 2011/465, sub 11). Zie daarover weer kritisch Spier in zijn conclusie voor manegepaard, sub 17.3 en m.n. noot 119.

<sup>238</sup> Manegepaard, r.o. 3.4.5.

verantwoordelijk is voor een gebrekkige toestand. De ratio van artikel 6:179 BW schuilt in de 'onberekenbare krachten' van de 'eigen energie van het dier als levend wezen', aldus de Hoge Raad, onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis van deze bepaling:

'Grondslag voor de kwalitatieve aansprakelijkheid van art. 6:179 BW is dat de bezitter om hem moverende redenen – meestal economisch nut of eigen genoegen – het dier houdt, en daarmee voor derden gevaar schept in verband met de onberekenbare krachten die de eigen energie van het dier als levend wezen oplevert (vgl. T.M., Parl. Gesch. Boek 6, p. 764). Deze grondslag wijkt af van die van art. 6:174 BW. Bij dieren berust de kwalitatieve aansprakelijkheid niet zozeer – zoals bij art. 6:174 BW – op een risicoverdeling ter bescherming van de benadeelde, maar vooral op de omstandigheid dat de bezitter tegenover anderen een risico in het leven roept. De (mede)verantwoordelijkheid van de medebezitter voor het gevaar speelt dus een aanzienlijk sterkere rol bij art. 6:179 BW dan bij art. 6:174 BW. De maatschappelijke wenselijkheid van bescherming van benadeelden tegen het gevaar dat een risico zich verwezenlijkt, geldt – anders dan bij art. 6:174 BW – bij art. 6:179 BW niet zonder meer ook voor de benadeelde medebezitter, nu deze mede verantwoordelijk is voor het scheppen of handhaven van dat risico.<sup>239</sup>

Vanwege de kenbaarheid van de onberekenbare eigen energie van een dier roept de medebezitter van een dier ook voor zichzelf een gevaar in het leven en hij wordt geacht zich daarvan bewust te zijn, zo vervolgt de Hoge Raad:

'Anders dan bij het gevaar voor schade dat uitgaat van een verborgen gebrek aan een opstal, is steeds kenbaar dat een dier – als levend wezen – beschikt over onberekenbare eigen energie waarmee het mogelijk schade kan toebrengen. Van de medebezitter die door toedoen van een dier schade lijdt, kan worden gezegd dat hij ook voor zichzelf een gevaar in het leven heeft geroepen of in stand heeft gehouden waarvan hij wordt geacht zich bewust te zijn. Het ligt minder voor de hand dat de norm van art. 6:179 BW ook zou strekken tot bescherming van de benadeelde die als medebezitter bewust bijdraagt tot het scheppen of handhaven van het voor hem kenbare gevaar waartegen deze bepaling bescherming biedt (vgl. HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, NJ 2008/492).<sup>240</sup>

Het arrest waarnaar de Hoge Raad aan het slot van het hierboven weergegeven citaat verwijst, is De Groot/Io Vivat. Daarin oordeelt hij dat het relativiteitsvereiste aan aansprakelijkheid in de weg staat van een studentenvereniging voor de schade van een student, die gewond raakt op een zeilweekend, op de grond dat de vereniging ontoereikend toezicht zou hebben gehouden. Reden hiervoor is dat de betreffende student zelf lid is van de organiserende commissie en zich derhalve als '(mede-) organisator van het zeilweekende zelf ook niet naar

---

239 Manegepaard, r.o. 3.6.1.

240 Manegepaard, r.o. 3.6.2.

die norm heeft gedragen'.<sup>241</sup> De ratio van de risicoaansprakelijkheid voor dieren van artikel 6:179 BW brengt dus blijkbaar met zich dat de Hoge Raad het bij deze risicoaansprakelijkheid wel gepast acht te verwijzen naar dit 'pot-verwijt-de-ketel'-relativiteitsoordeel in De Groot/Io Vivat als zaak van *schuld*-aansprakelijkheid. In de hangmatzaak deed hij dat niet.<sup>242</sup>

De Hoge Raad zet zijn argumentatie voort met de verzekeringsaspecten, die hij in het licht van het voorgaande bespreekt. Hij wijst erop dat van de medebezitter van een (huis)dier – gelet op de kenbare onberekenbare eigen energie van zo'n dier – eerder dan van de medebezitter van een opstal kan worden verwacht dat deze zich verzekert tegen eigen schade door het dier. De Hoge Raad wijst er verder op dat de gevolgen voor verzekering van de aansprakelijkheid 'groter en minder overzichtelijk' zijn bij aanvaarding van aansprakelijkheid jegens benadeelde medebezitters bij de risicoaansprakelijkheid voor dieren dan bij die voor opstallen.<sup>243</sup> Daaraan voegt de Hoge Raad toe:

'In verband met het onberekenbare element dat in de eigen energie van (ook) huisdieren is gelegen, ligt voor de hand dat schade veroorzaakt door dieren regelmatig zal voorkomen. Indien medebezitters daaraan aanspraken jegens elkaar kunnen ontlenen, kan dit leiden tot een toename van claims die moeilijk te beoordelen zijn. Het risico dat een dier schade toebrengt aan een medebezitter, welke schade veelal in gezinsverband zal optreden, valt ook anderszins te verzekeren, bijvoorbeeld in geval van schade aan de persoon door middel van een ongevalverzekering.'<sup>244</sup>

Aldus komt de Hoge Raad tot de conclusie dat het, 'de belangen van alle betrokkenen in aanmerking genomen, niet redelijk of maatschappelijk wenselijk' is dat artikel 6:179 BW ook aansprakelijkheid in het leven roept jegens de benadeelde medebezitter van een dier. Dit oordeel zet hij dan nog een keer af tegen dat in de hangmatzaak:

'De argumenten die in rov. 4.3.5 van het Hangmatarrest hebben geleid tot het wél aanvaarden van een aanspraak van de medebezitter van een gebrekkige opstal, kunnen voor een gedeelte ook worden gebruikt ten gunste van de aanspraak van de medebezitter van een dier. Uit hetgeen hiervoor is overwogen, volgt echter dat, bezien vanuit het in dit verband belangrijke gezichtspunt van het slachtoffer en vanuit verzekeringsoogpunt, minder aanleiding bestaat voor bescherming van de medebezitter van een dier dan voor bescherming van de medebezitter van een

---

241 HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, NJ 2008/492, m.nt. J.B.M. Vranken (De Groot/Io Vivat), r.o. 3.6.2. Zie hierover nader par. 2.8.

242 In de literatuur had Hartlief 2010, p. 2071 naar aanleiding van het oordeel van de rechtbank in de hangmatzaak – die tot dezelfde uitkomst kwam als de Hoge Raad – onder verwijzing naar De Groot/Io Vivat bepleit dat in de hangmatzaak de vrouw als benadeelde medebezitter zich niet op art. 6:174 BW zou kunnen beroepen.

243 Manegepaard, r.o. 3.6.4.

244 Manegepaard, r.o. 3.6.4.

opstal. Dit geeft de doorslag voor de beantwoording van de eerste prejudiciële vraag.'

Na dit ontkennende relativiteitsoordeel en de dientengevolge ontkennende beantwoording van de prejudiciële vraag oordeelt de Hoge Raad dat een en ander niet anders is, als er vanuit wordt gegaan dat geen sprake is van medebezit van het manegepaard, maar van bedrijfsmatig medegebruik in de zin van artikel 6:181 BW. Op grond van dezelfde argumenten oordeelt de Hoge Raad dat deze bepaling evenmin aansprakelijkheid in het leven roept jegens de benadeelde bedrijfsmatige medegebruiker van een dier, temeer daar '(ook) de benadeelde bedrijfsmatige medegebruiker profijt van het dier trekt'.<sup>245</sup>

Evenals het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in de hangmatzaak laat diens relativiteitsoordeel in de manegepaard-zaak zich in zoverre inpassen in het model, dat het zich situeert op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang en de – in dit geval – ontkennende uitkomst berust op een eigen keuze van de Hoge Raad, op basis van een a contrario-redenering. Het gescha-de belang van de vrouw als medebezitter dan wel bedrijfsmatig medegebruiker van het schadeveroorzakende paard moet naar het oordeel van de Hoge Raad bij de risicoaansprakelijkheid voor dieren niet op één lijn worden gesteld met de individuele vermogensbelangen van de benadeelde die deze hoedanigheid ontbeert. De Hoge Raad maakt die keuze in de manegepaard-zaak even openlijk als in de hangmatzaak. Hij presenteert zijn oordeel met zoveel woorden als eigen 'keuze', gegeven het eveneens openlijk geconstateerde feit dat de wetgever over de voorliggende relativiteitskwestie zwijgt, zij het ook hier weer geobjectiveerd in termen van hetgeen 'naar maatschappelijke opvattingen' het meest redelijk moet worden geacht.

De gevolgen voor de verzekeraarbaarheid van risicoaansprakelijkheid voor dieren weegt de Hoge Raad hierbij zeer nadrukkelijk mee, meer nog wellicht dan hij dat in de hangmatzaak al deed. De Hoge Raad benadrukt dat deze gevolgen 'groter' en 'minder overzichtelijk' zijn dan bij aanvaarding van dergelijke aansprakelijkheid voor schadeveroorzakende opstallen en dat een dergelijke aansprakelijkheid zou kunnen leiden 'tot een toename van claims die moeilijk te beoordelen zijn'.<sup>246</sup> Ook of wellicht juist wat dat betreft geldt voor de Hoge Raad dus dat de ene risicoaansprakelijkheid de andere niet is. Het verschil in ratio van de risicoaansprakelijkheid voor opstallen van artikel 6:174 BW – bewijsnood door de lange levensduur – en die voor dieren van artikel 6:179 BW – de onberekenbare eigen energie van dier – in combinatie met de verzekeraarbaarheid van aansprakelijkheid jegens medebezitters brengt

<sup>245</sup> Manegepaard, r.o. 3.8.

<sup>246</sup> Manegepaard, r.o. 3.6.4.

hem tot een uiteenlopend relativiteitsoordeel ter zake.<sup>247</sup> Het feit dat ook in de manegepaard-zaak sprake is van letselschade – zij het minder ernstig dan in de hangmatzaak – maakt dat hier niet anders.

#### 5.11 STATUS APARTE I: AMSTERDAMSE PROSTITUTIEZAAK – WETTELIJKE BESLISTERMIJN

Anders dan in de tot nu toe besproken zaken laten de relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in twee Amsterdamse zaken over de aanvraag van exploitatievergunningen voor prostitutiepanden zich minder goed inpassen in het model. De eerste zaak ziet op de verlening van zo'n vergunning voor een pand aan het Oudekerksplein, aangevraagd door Have Onroerend Goed B.V. op 28 november 2006. De burgemeester laat het Landelijk Bureau Bibob met medeweten van Have een onderzoek uitvoeren, om zich van de integriteit van Have te vergewissen. Het rapport laat op zich wachten. Als het er eenmaal is, wil de burgemeester bepaalde bevindingen uit dit onderzoek nog nader verifiëren. De wettelijke termijn om op de aanvraag van Have te beslissen is dan – driekwart jaar na de aanvraag – echter ruimschoots overschreden. Het betreft de maximale beslistermijn van acht weken uit artikel 1.5 lid 1 APV, die op grond van de Wet Bibob vanwege het uit te voeren onderzoek in dit geval voor maximaal acht weken wordt opgeschort.<sup>248</sup> Ook een op verzoek van Have door de voorzieningenrechter gestelde termijn laat de burgemeester verstrijken. Op 4 september 2007 kan echter ook volgens de burgemeester besluitvorming 'niet langer' uitblijven.<sup>249</sup> Hij verleent Have daarom de gevraagde vergunning, in tijd beperkt tot iets meer dan een jaar.

Have spreekt hierop de gemeente aan tot vergoeding van de schade, die zij stelt te lijden als gevolg van de overschrijding van de wettelijke beslistermijn. Have trekt samen op met Venekamp c.s., van wie Have het te exploiteren pand huurt. Zij zijn overeengekomen dat de huur ingaat 'per datum verlening prostitutievergunning'.<sup>250</sup> Venekamp c.s. stelt derhalve huur te derven als gevolg van de termijnoverschrijding. De rechtbank wijst de vorderingen van Have en Venekamp c.s. toe en dat doet ook het hof. Bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid hanteert het hof de bijzondere maatstaf die de Hoge Raad in het leven heeft geroepen voor de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid in zaken van overheidsaansprakelijkheid voor overschrijding van een wettelijke beslistermijn. Deze maatstaf houdt in dat de enkele overschrij-

---

247 Vgl. Den Hollander 2011a, p. 49, waar het voor mij de vraag was of het verschil in ratio uiteindelijk tot een ander relativiteitsoordeel zou moeten luiden ter zake van de risicoaansprakelijkheid voor dieren van art. 6:179 BW.

248 Op grond van art. 31 jo. art. 15 lid 1 en 3 jo. art. 32 Wet Bibob.

249 HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579, NJ 2013/47, AB 2014/15, m.nt. C.N.J. Kortmann (Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s.), r.o. 3.1 (xiii).

250 Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., r.o. 3.1 (sub iii).

ding van een wettelijke beslistermijn niet onrechtmatig is. Alleen als sprake is van 'bijkomende omstandigheden' kan het nemen van het besluit door een bestuursorgaan onder overschrijding van een wettelijke beslistermijn in strijd zijn met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm en daarmee onrechtmatig. Het hof verwijst daarbij naar een eerdere, Eindhovense zaak, waarin de Hoge Raad deze maatstaf als volgt formuleert:

'De enkele omstandigheid dat een bestuursorgaan een besluit neemt met overschrijding van de wettelijke beslistermijn, is onvoldoende voor het oordeel dat aldus onrechtmatig wordt gehandeld in de zin van art. 6:162 BW. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig die meebrengen dat het bestuursorgaan, door pas na het verstrijken van de wettelijke beslistermijn een besluit te nemen, in strijd handelt met de in het maatschappelijk verkeer jegens een belanghebbende in acht te nemen zorgvuldigheid. Daarbij kunnen onder meer van belang zijn de mate waarin de beslistermijn wordt overschreden, de oorzaak of oorzaken van de termijnoverschrijding, en de voor het bestuursorgaan kenbare belangen van de betrokken belanghebbenden.'<sup>251</sup>

In afwijking van artikel 6:162 lid 2 BW is op grond van deze maatstaf de overschrijding van een wettelijke beslistermijn dus niet per definitie onrechtmatig. De omstandigheid dat een wettelijke norm is geschonden is in feite hooguit een factor bij het oordeel dat in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm en daarmee onrechtmatig is gehandeld. Met deze maatstaf aanvaardt de Hoge Raad dus in wezen de leer-Smits.<sup>252</sup> Waar het nu echter om gaat, is dat zich in de zaak van Have en Venekamp c.s. naar het oordeel van het hof dusdanige bijkomende omstandigheden voordoen dat de gemeente naar zijn oordeel onrechtmatig heeft gehandeld door te laat te beslissen op de aanvraag van de prostitutievergunning.<sup>253</sup>

Vervolgens toetst het hof aan het relativiteitsvereiste. Het drukt zich uit in termen van het vereiste van relatieve onrechtmatigheid en gaat na 'jegens wie' de gemeente met de overschrijding van de wettelijke beslistermijn onrechtmatig heeft gehandeld. Het hof leidt uit de Eindhovense zaak af dat de overschrijding in elk geval jegens Have onrechtmatig is, als aanvrager van de exploitatievergunning en daarmee adressant van het te laat genomen besluit op die aanvraag:

---

251 HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7040, NJ 2011/6, m.nt. M.R. Mok (Gemeente Eindhoven/Van Ingen en Van den Dungen q.q.), r.o. 3.4.2.

252 Zie nader over deze maatstaf en de leer-Smits par. 3.6. Zie tevens par. 7.5.

253 Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., hof r.o. 3.4. Het hof wijst op de ruime mate waarin de beslistermijn is overschreden. Ook wijst het hof erop dat Have de gemeente herhaaldelijk heeft verzocht te beslissen en van de dreigende schade op de hoogte heeft gebracht. Have heeft bovendien – tevergeefs – de voorzieningenrechter de gemeente een extra termijn laten stellen om te beslissen. Verder had de gemeente naar het oordeel van het hof de vergunning ook al eerder, onder voorwaarden kunnen verlenen, voordat het Bibob-onderzoek was voltooid, zoals dat uiteindelijk ook is gebeurd.

‘Naar ’s hofs oordeel is dit in ieder geval onrechtmatig jegens Have, die de aanvrager van de exploitatievergunning was. Voor zover de gemeente zou willen betogen dat de geschonden norm niet strekt ter bescherming van Have, gaat dat betoog niet op; in het eerder genoemde arrest van de Hoge Raad van 22 oktober 2010 ligt besloten dat wanneer sprake is van onrechtmatig handelen handelen [sic] wegens overschrijding van de wettelijke beslistermijn, dit onrechtmatig is jegens degene [aan] wie het te nemen besluit gericht was.’<sup>254</sup>

Ook ten aanzien van Venekamp c.s. als verhuurder van het te exploiteren pand is naar het oordeel van het hof aan het relativiteitsvereiste voldaan. De maatstaf van de Hoge Raad sluit dat niet uit, aldus het hof, of in elk geval niet ten aanzien van ‘andere belanghebbenden’:

‘In het genoemde arrest van de Hoge Raad van 22 oktober 2010 is overwogen dat het niet tijdig beslissen (in casu op een bezwaarschrift) ook strekt ter bescherming van de belangen van andere belanghebbenden dan (in casu) de indieners van het bezwaarschrift, en derhalve, onder bijkomende omstandigheden, ook jegens zulke andere belanghebbenden onrechtmatig kan zijn.’<sup>255</sup>

Nu de gemeente bekend was met het ‘zakelijk belang’ van Venekamp c.s. als verhuurder van het prostitutiepand is het te laat beslissen in dit geval ook onrechtmatig ‘jegens Venema c.s.’. Vanwege dit zakelijk belang ziet het hof Venekamp c.s. – het hof spreekt van Venema c.s. – blijkbaar dus ook als belanghebbende in bestuursrechtelijke zin. Het hof:

‘Naar ’s hofs oordeel is in dit kader van belang dat bij de gemeente bekend was dat Venema c.s., als verhuurder van het pand, zakelijk belang had bij de aan Have te verlenen exploitatievergunning en dat Venema c.s. uit die[n] hoofde vermogensrechtelijk nadeel zou kunnen lijden door het niet tijdig besluiten op de aanvraag van Have. De gemeente beschikte immers over de “toevoeging huurcontract d.d. 1-1-2005”, als genoemd in r.o. 2.2. Ook met het oog op het Bibob-onderzoek was de gemeente bekend met de betrokkenheid van Venema c.s. In dit licht moet geoordeeld worden dat – mede in aanmerking genomen de reeds in r.o. 2.4 genoemde omstandigheden – sprake is van bijkomende omstandigheden, die maken dat het niet tijdig beslissen ook onrechtmatig is jegens Venema c.s.’<sup>256</sup>

Hierna toetst het hof aan de vereisten van toerekenbaarheid, schade en causaal verband. Bij het laatste vereiste toetst het in een moeite door aan het vereiste van causaal verband in de zin van *condicio-sine-qua-non* en past het de leer van de redelijke toerekening van artikel 6:98 BW toe. Vestigings- en omvangs-

---

254 Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., hof r.o. 3.5.

255 Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., hof r.o. 3.6. Het hof doelt op de overweging van de Hoge Raad in Gemeente Eindhoven/Van Ingen en Van den Dungen q.q., r.o. 3.4.2.

256 Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., hof r.o. 3.6.

fase van de aansprakelijkheid vloeien ineen. In dit kader spreekt het hof zich bovendien nogmaals uit over de relativiteit van de norm, die op grond van de maatstaf van de Hoge Raad uit de Eindhovense zaak grondslag is voor eventuele aansprakelijkheid van de gemeente. Dit is dus niet de overschreden wettelijke beslistermijn. De schending daarvan is op grond van deze maatstaf immers op zichzelf nog niet onrechtmatig. De norm die grondslag voor aansprakelijkheid is, is de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat het overschrijden van een wettelijke beslistermijn onder bijkomende omstandigheden onrechtmatig kan zijn. Deze norm strekt 'mede' tot bescherming 'van vermogensrechtelijke belangen', aldus het hof:

'Het hof stelt hierbij voorop dat in het eerder genoemde arrest van de Hoge Raad besloten ligt dat het overschrijden van een wettelijke beslistermijn onder omstandigheden in civielrechtelijke zin onrechtmatig kan zijn, en dat *de aldus geschonden norm* in dat geval mede strekt tot bescherming van vermogensrechtelijke belangen. (...) Voorts ligt in het genoemde arrest ook besloten dat de schade zoals hier aan de orde is, aan het bestuursorgaan dient te worden toegerekend. (...).'<sup>257</sup>

Zo komt ook het hof tot toewijzing van de vorderingen van Have en van Venekamp c.s. tot vergoeding van de door hen misgelopen huurinkomsten.

De gemeente stelt cassatieberoep in. Van het arrest van het hof blijft weinig over. Het hof is weliswaar uitgegaan van de juiste, bijzondere maatstaf uit de Eindhovense zaak, zo stelt de Hoge Raad vast onder herhaling van deze maatstaf. De Hoge Raad:

'Deze maatstaf houdt in dat de enkele omstandigheid dat een bestuursorgaan een besluit neemt met overschrijding van de wettelijke beslistermijn, onvoldoende is voor het oordeel dat op grond van art. 6:162 BW aansprakelijkheid bestaat voor schade die eventueel voortvloeit uit die termijnoverschrijding en dat voor die aansprakelijkheid bijkomende omstandigheden nodig zijn die meebrengen dat het bestuursorgaan, door pas na het verstrijken van de wettelijke beslistermijn een besluit te nemen, in strijd handelt met de in het maatschappelijk verkeer jegens een belanghebbende in acht te nemen zorgvuldigheid.'<sup>258</sup>

Maar het hof heeft zijn oordeel dat sprake is van 'bijkomende omstandigheden', die maken dat de gemeente door te beslissen onder overschrijding van de wettelijke beslistermijn in strijd heeft gehandeld met een ongeschreven zorgvul-

<sup>257</sup> Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., hof r.o. 3.7 (cursivering toegevoegd).

<sup>258</sup> Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., r.o. 3.3. Deze maatstaf kwam ook al ter sprake in par. 3.6.

digheidsnorm, onvoldoende onderbouwd.<sup>259</sup> De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof.<sup>260</sup> Hij neemt de gelegenheid te baat zijn bijzondere maatstaf voor overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn toe te lichten. Dat doet hij in termen van de relativiteit van ‘de wettelijke beslistermijn’ in algemene zin, wellicht in reactie op het als laatste geciteerde relativiteitsoordeel van het hof.<sup>261</sup> De Hoge Raad:

‘Opmerking verdient nog dat de in genoemd arrest aanvaarde regel dat de enkele overschrijding van de wettelijke beslistermijn onvoldoende is voor aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW, daarop berust dat die termijn in de eerste plaats ertoe strekt het bestuursorgaan met voortvarendheid te laten beslissen, en voor betrokkenen duidelijkheid te scheppen op welke termijn de beslissing is te verwachten. De wettelijke beslistermijn beoogt niet zonder meer om ook te beschermen tegen mogelijke schade die voor een belanghebbende kan ontstaan bij uitblijven van de beslissing binnen die termijn.’<sup>262</sup>

Dit toelichtende relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in de eerste Amsterdamse prostitutiezaak situeert zich op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. Centraal staat de tegenstelling tussen een algemeen belang en op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen. De Hoge Raad oordeelt dat de wettelijke beslistermijn het als algemeen belang aan te merken belang beoogt te beschermen van de voortvarendheid van besluitvorming door bestuursorganen en duidelijkheid over de termijn waarop dat gebeurt en niet ‘zonder meer’ ook de individuele vermogensbelangen. Dit zijn de individuele vermogensbelangen van belanghebbenden om gevrijwaard te blijven van schade doordat een beslissing uitblijft binnen de beslistermijn. Al drukt de Hoge Raad zich uit in de feitelijke formulering van artikel 6:163 BW

259 Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., r.o. 3.4-3.9. De Hoge Raad wijst onder meer op de omstandigheden dat de APV de burgemeester de mogelijkheid bood de beslistermijn te verlengen, ook al heeft hij daarvan geen gebruik gemaakt. Verder wijst de Hoge Raad op de beleidsvrijheid waarover de burgemeester beschikt bij de afweging of hij al dan niet beslist zonder Bibob-advies. In deze afweging moet ook het algemeen belang worden meegewogen dat met het afwachten van dat advies gemoeid kan zijn. Ook daarvan heeft het hof zich naar het oordeel van de Hoge Raad onvoldoende rekenschap gegeven. De Hoge Raad betreft bij dit alles ook nog de omstandigheid dat Have zelf te laat was met het verschaffen van bepaalde gegevens.

260 Overigens ook op het punt van de toets aan het vereiste van causaal verband. De Hoge Raad maakt op dit punt een opening naar de leer-Demogue-Besier, waarover nader in par. 3.7. Inmiddels heeft het verwijzingshof de vorderingen van Have en Venekamp alsnog afgewezen. Zie Hof Den Haag 31 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:641 (Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s. verwijzingsprocedure).

261 Vgl. Di Bella 2015, p. 66-67, die (eveneens) met enige verbazing constateert dat de Hoge Raad de vraag of onrechtmatig is gehandeld jegens de benadeelde laat ‘afhangen van de strekking van de geschonden wettelijke norm, terwijl hij de onrechtmatigheid uiteindelijk niet baseert op deze norm, maar op een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm’.

262 Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., r.o. 3.3.

door te oordelen dat de wettelijke beslistermijn 'niet zonder meer ook' beoogt te beschermen 'tegen mogelijke schade die voor een belanghebbende kan ontstaan' als te laat wordt beslist.

De Hoge Raad velt dus een *voorwaardelijk* relativiteitsoordeel.<sup>263</sup> De wettelijke beslistermijn beoogt 'in de eerste plaats' voortvarendheid van besluitvorming te bevorderen en duidelijkheid te verschaffen. Deze termijn beoogt 'niet zonder meer' ook de individuele vermogensbelangen van belanghebbenden te beschermen, aldus de Hoge Raad. Maar dat *kan* dus wel het geval zijn. Dat is anders dan in de tot nu toe besproken relativiteitsoordelen die zich situeren op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. In Pfizer/Cosmétique, Duwbak Linda en Iraanse vluchteling velt de Hoge Raad onvoorwaardelijke relativiteitsoordelen.

Het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in deze zaak laat zich daarmee niet goed inpassen in het model. Bij de vraag naar het beschermingsdoel is in het model voor zo'n voorwaardelijk relativiteitsoordeel geen ruimte. Of het zou zo moeten zijn dat wetstekst en wetsgeschiedenis van de betreffende wettelijke norm voorwaardelijke positieve aanwijzingen bevatten dat de daarin vervatte beslistermijn onder bepaalde voorwaarden naast een of meer algemene belangen ook bepaalde individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. In dit geval valt ook moeilijk vast te stellen of er überhaupt zulke positieve aanwijzingen zijn. De Hoge Raad spreekt zich uit over de relativiteit van de wettelijke beslistermijn in algemene zin, zonder daarbij een specifieke norm te benoemen.

In wetstekst en wetsgeschiedenis van artikel 1.5 lid 2 van de Amsterdamse APV en de Wet Bibob, waarop de beslistermijn in de zaak van Have en Venekamp c.s. is gebaseerd, ontbreken zulke positieve aanwijzingen in elk geval. In artikel 1.5 lid 2 kan wel een positieve aanwijzing worden gelezen dat deze termijn de individuele belangen van de aanvrager beoogt te beschermen, nu dit lid voorschrijft dat deze bij verdaging door het bestuursorgaan van de termijn wordt geïnformeerd. Daaruit blijkt echter niet dat het gaat om bescherming in vermogensrechtelijke zin. Dat blijkt ook niet uit de toelichting.<sup>264</sup> Hetzelfde geldt voor de Wet Bibob. In de wetsgeschiedenis staat de wetgever

263 Vgl. C.N.J. Kortmann, noot onder Gemeente Amsterdam/Have c.s., AB 2014/15, sub 10, die bepleit de leer-Smits-achtige maatstaf en het toelichtend relativiteitsoordeel van de Hoge Raad te interpreteren als toepassing van de correctie-Langemeijer. Ook Schutgens 2015c, p. 93, noot 50 ziet ruimte om deze maatstaf als 'variant van de correctie-Langemeijer' in te passen in de wet, door uit te gaan van een categorisch ontkennend relativiteitsoordeel – de wettelijke beslistermijn beschermt 'nooit' vermogensbelangen – en dat 'parallel aan' deze norm ook een zorgvuldigheidsnorm wordt geschonden 'die die bijzondere belangen wel beschermt'. Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven merkt het oordeel van de Hoge Raad in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.17 sowieso al aan als toepassing van de correctie-Langemeijer.

264 Ik ga uit van de Amsterdamse APV 1994, zoals geldig van 3 februari 2007 tot 1 februari 2008, kenbaar via [http://www.regelgeving.amsterdam.nl/algemene\\_plaatselijke\\_verordening\\_1994/20070203](http://www.regelgeving.amsterdam.nl/algemene_plaatselijke_verordening_1994/20070203) (geraadpleegd op 30 november 2015).

stil bij de mogelijkheid van aansprakelijkheid van de overheid, als een vergunning ten onrechte wordt geweigerd of een subsidie ten onrechte wordt ingetrokken 'ten gevolge van de toepassing van het Bibob-instrumentarium'. De wetgever heeft echter het oog op besluiten aansprakelijkheid in het algemeen en niet specifiek op zulke aansprakelijkheid op grond van de schending van normen uit de Wet Bibob.<sup>265</sup> De Hoge Raad spreekt zich als gezegd bovendien uit over de relativiteit van de wettelijke beslistermijn in het algemeen.<sup>266</sup>

Afgezet tegen het model stelt de Hoge Raad zich hier dus minder terughoudend op dan het model veronderstelt. Hij houdt zonder dekking van de wetgever de mogelijkheid open dat 'de wettelijke beslistermijn' onder omstandigheden mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Dit laat zich verklaren door het feit dat de Hoge Raad in deze zaak niet – zoals in de tot nu toe besproken zaken – een zelfstandige toets aan het relativiteitsvereiste uitvoert. Zijn relativiteitsoordeel is een toelichting op de maatstaf voor de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid uit de Eindhovense zaak. Het lijkt mij dan ook dat het relativiteitsoordeel veeleer is ingegeven door deze voordien al bestaande maatstaf voor de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid in zaken van overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn, dan door de 'werkelijke' relativiteit van de specifieke wettelijke beslistermijn die de gemeente Amsterdam in de zaak van Have en Venekamp c.s. heeft geschonden. Er is hier zo sprake van 'overloop' van het onrechtmatigheidsoordeel in het relativiteitsoordeel. Het eerste bepaalt het laatste. Wat dat betreft heeft het relativiteitsoordeel in deze eerste Amsterdamse prostitutiezaak een status aparte.

Overigens velt de Hoge Raad in deze zaak nog een tweede relativiteitsoordeel, ter zake van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die op basis van zijn maatstaf grondslag is voor eventuele aansprakelijkheid van de gemeente voor de overschrijding van de wettelijke beslistermijn. Reden daarvoor is de klacht van de gemeente dat het hof ten onrechte heeft aangenomen dat het niet tijdig beslissen op de aanvraag om een exploitatievergunning door Have ook onrechtmatig kan zijn 'jegens' andere 'belanghebbenden' en dat in dit geval ook daadwerkelijk is ten aanzien van Venekamp c.s. De laatste is echter geen belanghebbende in bestuursrechtelijke zin bij de door Have gedane aanvraag

---

265 Het kan gaan om zowel een 'verkeerd advies' van het bureau Bibob als een 'onjuiste afweging door het bestuursorgaan' (*Kamerstukken II* 1999/2000, 26 883, nr. 3. (MvT), p. 38-39).

266 In de Eindhovense zaak verwijst de Hoge Raad in r.o. 3.4 voor het oordeel dat de beslistermijn strekt tot bescherming van de belanghebbende naar de beslistermijn voor de bezwaarprocedure van art. 7:10 Awb. In wetstekst en wetsgeschiedenis van deze bepaling zie ik evenmin onmiddellijk dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen voor bescherming van de belangen van individuele belanghebbenden in vermogensrechtelijke zin. Vgl. Advocaat-Generaal Keus, conclusie voor Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., sub 2.36.

om de exploitatievergunning, zo klaagt de gemeente.<sup>267</sup> De Hoge Raad verworpt deze klacht en drukt zich daarbij evenals het hof en het cassatiemiddel uit in termen van het vereiste van relatieve onrechtmatigheid. Onder omstandigheden kan een bestuursorgaan, dat te laat beslist ook onrechtmatig handelen jegens andere “derden”, wier belangen op de een of andere manier bij het besluit zijn betrokken. Ook al zijn deze derden geen belanghebbende in de bestuursrechtelijke zin van de Awb, aldus de Hoge Raad:

‘Anders dan deze klachten tot uitgangspunt nemen, is voor aansprakelijkheid jegens een benadeelde op grond van de hiervoor in 3.3 vermelde maatstaf bij overschrijding van een (wettelijke) beslistermijn, niet vereist dat de benadeelde belanghebbende is in de zin van de Awb. Denkbaar is immers dat de belangen van bepaalde “derden”, kenbaar voor het bestuursorgaan, in zodanige mate betrokken zijn bij een tijdige beslissing, dat het bestuursorgaan ook jegens deze derden – afhankelijk van de verdere omstandigheden van het geval – in strijd kan handelen met de in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen zorgvuldigheid door pas na het verstrijken van de wettelijke beslistermijn een besluit te nemen. Daaraan doet niet af dat deze derden, indien zij geen belanghebbende in de zin van de Awb zijn, niet op grond van die wet kunnen opkomen tegen het niet tijdig beslissen.’<sup>268</sup>

Het gaat er dus om of het belang van de benadeelde niet-belanghebbende in ‘zodanige mate’ en ‘kenbaar voor het bestuursorgaan’ is ‘betrokken’ bij een tijdige beslissing, dat het bestuursorgaan erop bedacht moet zijn. Dit oordeel over de relativiteit van deze ongeschreven zorgvuldigheidsnorm sluit aan bij Staat/Shell.<sup>269</sup> Daarin spreekt de Hoge Raad zich in algemene zin uit over de relativiteit van zulke normen en oordeelt hij dat deze uitsluitend die belangen beogen te beschermen, waarop de aangesproken partij ‘bedacht moest zijn’.<sup>270</sup>

Bezien vanuit het besluiten aansprakelijkheidsrecht is dit laatste relativiteitsoordeel wellicht minder vanzelfsprekend. Op grond van de leer van de omgekeerde formele rechtskracht – waarover in de volgende paragraaf meer – kan in beginsel alleen de adressant van een besluit, op wiens initiatief het door de bestuursrechter is vernietigd, het feit dat dit besluit is vernietigd invoeren in het aansprakelijkheidsrecht als toerekenbare onrechtmatige daad. In dat licht zou het niet vreemd zijn dat ook alleen deze adressant en rechtstreekse belanghebbende in de zin van de Awb bij een besluit een beroep zou kunnen

---

267 Zoals ook in de literatuur wel wordt bepleit: zie M. Scheltema & M.W. Scheltema 2013, p. 389-399.

268 Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., r.o. 3.11.

269 Ook Di Bella 2015, p. 66-67 brengt dit relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in verband met Staat/Shell.

270 Staat/Shell, r.o. 3.8.4. Zie eerder par. 2.9.

doen op de overschrijding van een wettelijke beslistermijn als grondslag voor eventuele overheidsaansprakelijkheid. Dat zou in deze zaak dus alleen Have zijn en niet Venekamp c.s.

In de eerdere, Eindhovense zaak heeft de Hoge Raad overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn echter al van het besluitenansprakelijkheidsrecht losgekoppeld. Hij legt daarin de leer van de (omgekeerde) formele rechtskracht zo uit dat het voor de vestiging van dergelijke overheidsaansprakelijkheid niet nodig is eerst de bestuursrechter een te laat genomen (fictief) besluit te laten vernietigen, op de grond dat het tot stand is gekomen met overschrijding van de wettelijke beslistermijn. In de Eindhovense zaak maakt de Hoge Raad het daarmee mogelijk dat deze overschrijding rechtstreeks kan worden ingeroepen als grondslag voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter.<sup>271</sup> In het verlengde daarvan koppelt de Hoge Raad met het hierboven weergegeven tweede relativiteitsoordeel overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn ook los van het belanghebbendebegrip en de toegang tot de vernietigingsprocedure bij de bestuursrechter. Het sluitstuk van deze ont koppeling zou zijn dat de Hoge Raad het woord 'belanghebbende' schrapt uit zijn leer-Smits-achtige maatstaf voor de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid in zaken van overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn.

#### 5.12 STATUS APARTE II: AMSTERDAMSE PROSTITUTIEZAAK – MOTIVERINGSPLICHT

Ook in een tweede Amsterdamse zaak over prostitutievergunningen worden deze vergunningen allerminst van harte verleend. Aanvankelijk weigert de burgemeester. Hij vreest dat de aanvrager van de exploitatievergunningen, exploitant M., zal fungeren als stroman voor de verhuurder van de betreffende panden, D., en de exploitatie van de prostitutiepanden zal worden gebruikt voor het witwassen van crimineel geld. De burgemeester beroept zich hiertoe op artikel 1.7 APV. Deze bepaling biedt een weigeringsgrond in geval redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de situatie in werkelijkheid niet in overeenstemming zal zijn met de situatie, zoals die in de aanvraag wordt voorgespiegeld. De bestuursrechter fluit de burgemeester echter terug. Naar het oordeel van de bestuursrechter kan de burgemeester zijn vrees onvoldoende concreet maken. De bestuursrechter vernietigt op het beroep van exploitant M. de beslissing op bezwaar, waarin de burgemeester vasthoudt aan zijn

---

<sup>271</sup> Gemeente Eindhoven/Van Ingen en Van den Dungen q.q., r.o. 3.3.3, overigens onder verwijzing naar ABRvS 21 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1930, AB 2010/329, m.nt. B.P.M. van Ravels. Over de leer van de formele rechtskracht en de bevoegdheidsverdeling van burgerlijke rechter en bestuursrechter in dit verband is veel geschreven. Zie voor vindplaatsen Den Hollander 2013b, p. 203, noot 23.

weigering de gevraagde vergunningen te verlenen. Naar het oordeel van de bestuursrechter is deze beslissing op bezwaar niet deugdelijk gemotiveerd in de zin van artikel 7:12 lid 1 Awb. Dat luidt:

‘De beslissing op het bezwaar dient te berusten op een deugdelijke motivering, die bij de bekendmaking van de beslissing wordt vermeld. Daarbij wordt, indien ingevolge artikel 7:3 van het horen is afgezien, tevens aangegeven op welke grond dat is geschied.’

Blijkbaar ziet de burgemeester geen kans zijn vrees verder te concretiseren, want hij verleent de gevraagde vergunningen vervolgens alsnog.

Ondertussen heeft verhuurder D. de gemeente aansprakelijk gesteld uit onrechtmatige daad voor de schade die zij stelt te hebben geleden in de periode waarin de door exploitant M. aangevraagde prostitutievergunningen ten onrechte zijn uitgebleven. Ook exploitant M. en verhuurder D. zijn overeengekomen dat de huurovereenkomst zal ingaan zodra de vergunningen zijn verleend.<sup>272</sup> Verhuurder D. stelt derhalve als gevolg van het uitblijven van de vergunningen huurpenningen te derven en zelf gas, water en licht te moeten betalen.<sup>273</sup>

Aan haar vordering legt verhuurder D. onder meer de vernietigde beslissing op bezwaar ten grondslag, stellend dat de gemeente daarmee toerekenbaar onrechtmatig ‘jegens haar’ heeft gehandeld. Verhuurder D. doet dus een beroep op de leer van de omgekeerde formele rechtskracht. Deze leer van de omgekeerde – of: oneigenlijke<sup>274</sup> – formele rechtskracht houdt in dat uit het gegeven dat een besluit door de bestuursrechter is vernietigd een-op-een wordt afgeleid dat het openbaar lichaam, waartoe het bestuursorgaan behoort dat dit besluit heeft genomen, met dat besluit een toerekenbare onrechtmatige daad heeft gepleegd.<sup>275</sup> Zonder dat de aansprakelijkheidsrechter zelf nog een inhoudelijke toets verricht aan de vereisten van onrechtmatigheid en toerekenbaarheid.<sup>276</sup>

272 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:767, AB 2015/2, m.nt. C.N.J. Kortmann, JB 2014/115, m.nt. D.G.J. Sanderink (Gemeente Amsterdam/D.), r.o. 3.1 (i).

273 Gemeente Amsterdam/D., hof r.o. 3.11 en r.o. 3.2.

274 Zie Mok & Tjittes 1995, p. 389-390.

275 Zie bijv. HR 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0261, NJ 1993/112, m.nt. C.J.H. Brunner (Van Gog/Nederweert), r.o. 3.3. De Hoge Raad laat de mogelijkheid open van een uitzondering op deze leer van de omgekeerde formele rechtskracht, maar die lijkt vooral theoretisch. Zie nader M. Scheltema & M.W. Scheltema 2013, p. 354-361.

276 Nu de onrechtmatigheid één-op-één uit de vernietiging van het besluit wordt afgeleid, voegt de leer van de omgekeerde formele rechtskracht voor openbare lichamen in wezen een vierde, jurisprudentiële onrechtmatigheidsrubriek toe aan art. 6:162 lid 2 BW, bovenop de rechtsinbreuk, het doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of de zorgvuldigheid die naar ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Dit is de ‘onrechtmatigheidsrubriek’ geen te vernietigen besluiten te nemen. Vgl. C.N.J. Kortmann 2006, p. 35-37 en p. 111-117, die de omgekeerde formele rechtskracht via de schending van publiekrecht

De gemeente stelt hiertegenover dat verhuurder D. geen belanghebbende is bij de vernietigde beslissing op bezwaar. Het is immers niet verhuurder D., maar exploitant M. die de exploitatievergunningen heeft aangevraagd. Wat verhuurder D. daarmee te maken heeft, is alleen dat zij van de vergunningverlening een voorwaarde heeft gemaakt voor het ingaan van de huurovereenkomst. Bij gebreke van voldoende betwisting ter zake door verhuurder D. gaat de rechtbank mee in dit betoog van de gemeente. Zij ziet er reden in de vordering van verhuurder D. af te wijzen. Het hof constateert eerst in termen van het vereiste van relatieve onrechtmatigheid dat de gemeente met de vernietigde beslissing op bezwaar in elk geval onrechtmatig heeft gehandeld jegens exploitant M.:

‘Met de vernietiging door de bestuursrechter van het besluit van de burgemeester van 11 augustus 2008 staat vast dat dit besluit onrechtmatig is, in ieder geval jegens M.’<sup>277</sup>

Het hof ontleent dit aan de rechtspraak van de Hoge Raad over de omgekeerde formele rechtskracht van door de bestuursrechter vernietigde besluiten. In deze rechtspraak uit de jaren tachtig en negentig spreekt de Hoge Raad zich strikt genomen niet alleen uit over de vereisten van onrechtmatigheid en toerekenbaarheid, maar ook over het relativiteitsvereiste. Dat komt doordat deze rechtspraak is geformuleerd in termen van het vereiste van relatieve onrechtmatigheid. Een vernietigd besluit geldt in deze rechtspraak als toerekenbare onrechtmatige daad ‘jegens’ de adressant van het besluit, als rechtstreeks belanghebbende bij dat besluit, op wiens beroep de bestuursrechter het besluit heeft vernietigd.<sup>278</sup>

In zoverre – ten aanzien dus van exploitant M. – spreekt het hof zich uit over de relativiteit van de vernietiging van de beslissing op bezwaar als zodanig. Het is *deze vernietiging* die onrechtmatig is jegens exploitant M. of, in termen van te beschermen belangen, deze vernietiging die strekt tot bescher-

---

inpast in de tweede en derde onrechtmatigheidsrubriek van art. 6:162 lid 2 BW. Zie in dit verband ook Schlössels 2007, p. 322-323 en Schueler 2005a, p. 131-134.

<sup>277</sup> Gemeente Amsterdam/D., hof r.o. 3.3.

<sup>278</sup> Zie bijv. aanvankelijk alleen voor de vernietigingsgrond ‘strijd met de wet’: HR 24 februari 1984, NJ 1984/669, m.nt. J.A. Borman (St. Oedenrode/Driessen); HR 26 september 1986, NJ 1987/253, m.nt. M. Scheltema (Staat/Hoffman-La Roche); HR 30 januari 1987, NJ 1988/89, m.nt. M. Scheltema (Blaricum/Roozen), r.o. 4.2; HR 30 januari 1987, NJ 1988/90, m.nt. M. Scheltema (Nibourg/Zuidwolde), r.o. 3.1; HR 17 november 1989, NJ 1990/746, m.nt. J.B.M. Vranken (Velsen/De Waard), r.o. 3.4.1. In Van Gog/Nederweert, r.o. 3.3 maakt de Hoge Raad duidelijk dat deze ‘regel’ opgaat voor alle vernietigingsgronden. Zie tevens HR 14 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0281, NJ 1991/693 (Rigter c.s./Laren), r.o. 3.2. Ook uit het recentere HR 19 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2674, NJ 1998/869, m.nt. M. Scheltema (Kaveka/Apeldoorn), r.o. 3.3-3.4, spreekt deze lijn, waaraan bovendien het nog recentere HR 3 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3253, NJ 2006/325, m.nt. M.R. Mok (Staat/SFR), r.o. 3.3.4 niet afdoet. Zie nader Den Hollander 2014, p. 212-213, met verdere verwijzingen, waaraan toe te voegen Schueler 2005b, p. 76-85.

ming van het geschade belang van exploitant M. Het is in deze zaak echter niet exploitant M. die schadevergoeding vordert voor de vernietigde beslissing op bezwaar, maar verhuurder D. Daarentoest vervolgt het hof:

‘De vraag is dan of dit besluit ook onrechtmatig is jegens D. en of D. jegens de gemeente aanspraak kan maken op vergoeding van de schade die zij geleden heeft ten gevolge van dit besluit.’<sup>279</sup>

Om vast te stellen of de door de bestuursrechter vernietigde beslissing op bezwaar ook onrechtmatig is ‘jegens’ verhuurder D. stelt het hof eerst vast met welke norm de beslissing op bezwaar van de burgemeester in strijd is. Het hof constateert dat de bestuursrechter dit besluit heeft vernietigd, omdat dit in strijd is met de motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb. Zo komt deze Awb-norm in deze zaak centraal te staan.<sup>280</sup> Het hof:

‘Bij de beantwoording van deze vraag is in de eerste plaats van belang welke norm geschonden is bij het bestreden besluit. Uit de uitspraak van de bestuursrechter t[e] Amsterdam, die is bekrachtigd door de ABRS, volgt dat het besluit is vernietigd wegens strijd met art. 7:12 lid 1 van de Awb. Deze bepaling houdt in dat de beslissing op bezwaar dient te berusten op een deugdelijke motivering.’<sup>281</sup>

Het hof acht het niet uitgesloten dat deze motiveringsplicht ook strekt tot bescherming van anderen dan de rechtstreeks belanghebbende bij het besluit. Ook de belangen van derden-belanghebbenden kunnen naar zijn oordeel tot de door de motiveringsplicht te beschermen belangen behoren. Zoals verhuurder D., die het hof aanmerkt als zo’n derden-belanghebbende in zijn voorwaardelijk relativiteitsoordeel over de motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb:

---

279 Gemeente Amsterdam/D., hof r.o. 3.3.

280 Di Bella 2015, p. 69-70 acht dit ongelukkig, omdat het ‘onvoldoende recht’ doet aan de ‘bestuursrechtelijke werkelijkheid’ van de zaak. De beslissing op bezwaar is weliswaar door de Afdeling vernietigd op grond van een formeel motiveringsgebrek, maar dat doet er – in elk geval in dit geval – niet aan af, aldus Di Bella, dat dit besluit ook inhoudelijk onjuist is dus ook een ‘materieel gebrek’ kent. Zij acht het een ‘gemiste kans’ dat in de aansprakelijkheidsrechtelijke procedure bij de burgerlijke rechter de achterliggende materiële vraag of de vergunningen nu wel of niet terecht zijn geweigerd buiten beeld blijft, onder erkenning van het feit dat het dus aan partijen is ‘de geschonden materiële norm(en) in te brengen’ en mede onder verwijzing naar C.N.J. Kortmann 2015, p. 146. Hij pleit er voor dat ‘partijen en rechters op zoek gaan naar de achterliggende norm, de norm die uiteindelijk bepaalt welk besluit genomen had moeten worden, de norm die bepalend is voor het dictum van het besluit’ en die inzet te maken van het relativiteitsoordeel (Kortmann 2015, p. 154-155). De Afdeling toont zich in ABRvS 28 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN2670, AB 2011/240, m.nt. B.P.M. van Ravels (Nuthse geluidshinder), waarover in par. 6.5, wel bereid om bij het vaststellen van de relativiteit van een als formele norm aan te merken norm als een wettelijke beslistermijn de relativiteit van bijbehorende materiële wettelijke normen te betrekken of zelfs bepalend te laten zijn.

281 Gemeente Amsterdam/D., hof r.o. 3.4.

‘De strekking van deze norm is zodanig ruim, dat niet op voorhand kan worden uitgesloten dat schending van deze norm onder omstandigheden onrechtmatig kan zijn jegens derde belanghebbenden, zoals D.’<sup>282</sup>

In dit geval ziet het hof omstandigheden die maken dat de motiveringsplicht inderdaad onrechtmatig is jegens D.<sup>283</sup> Het hof voegt aan dit oordeel over de relativiteit van de motiveringsplicht nog toe dat D. niet behoort tot een ‘onbegrensde groep van derden belanghebbenden’, die op onvoorzienbare wijze schade lijden. Kennelijk had de gemeente zich daarop beroepen, geïnspireerd door Duwbak Linda:

‘Het ho[f] neemt hierbij mede in aanmerking dat, anders dan de gemeente stelt, zich niet voordoet het geval dat D. behoort tot een in beginsel onbegrensde groep van derden-belanghebbenden, die alle als potentiële benadeelden hebben te gelden bij het onrechtmatige besluit.

Integendeel, D. is één concrete derde belanghebbende, en zij heeft haar financiële belang bij een rechtmatig besluit onder de aandacht van de gemeente gebracht. De schade van D. was daarmee bekend bij en voorzienbaar voor de gemeente.

Voor wat betreft de door D. [g]evorderde schade is nog van belang dat deze schade rechtstreeks verband houdt met het niet verlenen van de vergunningen en dat de aard van de schade (verlies van huurinkomsten) niet wezenlijk afwijkt van overeenkomstige schade die door de aanvrager geleden had kunnen worden (huurkosten gedurende de periode dat de vergunning ten onrechte uitbleef) en dan vergoedbaar zou zijn geweest. De aard van de schade lag derhalve in de normale lijn der verwachtingen.

Voorts was de gemeente uit artikel 3 van de bij haar bekende huurovereenkomsten ermee bekend dat het ontbreken van vergunningen tot opschorting van de inwerkingtreding van de huurovereenkomst zou leiden, derhalve tot schade bij D.’<sup>284</sup>

Ten aanzien van verhuurder D. velt het hof dus geen oordeel over de relativiteit van de vernietiging van de beslissing op bezwaar door de bestuursrechter

---

282 Gemeente Amsterdam/D., hof r.o. 3.4.

283 Gemeente Amsterdam/D., hof r.o. 3.4-3.5. Het hof neemt in aanmerking dat de gemeente van ‘meet af aan’ bekend was met ‘de betrokkenheid van de financiële belangen van D. bij het verlenen van de raamprostitutievergunningen’, nu de huurovereenkomsten deel uitmaakten van de vergunningaanvraag. Ook heeft D. ‘in een vroeg stadium’ de gemeente aansprakelijk gesteld voor het geval de vergunningen niet zouden worden verleend. Het hof neemt verder in aanmerking dat D. zich in de bestuursrechtelijke procedure die leidde tot de vernietiging van de weigering de vergunningen te verlenen steeds op het standpunt heeft gesteld dat de burgemeester zijn weigering niet wegens gevaar voor witwassen kon baseren op de APV, maar dat alleen op grond van de Wet Bibob kon doen. Ook de voorzieningenrechter heeft bovendien ter zake zijn twijfels uitgesproken, aldus het hof.

284 Gemeente Amsterdam/D., hof r.o. 3.5.

als zodanig. Het hof velt ten aanzien van verhuurder D. een oordeel over de relativiteit van de specifieke norm waarmee de bestuursrechter de beslissing op bezwaar in strijd heeft geacht: de motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb. De strekking van deze norm is 'zodanig ruim' dat in de omstandigheden van het geval deze norm ook het geschade belang van verhuurder D. als 'derde belanghebbende' beoogt te beschermen. Het hof komt zo tot gedeeltelijke toewijzing van diens vorderingen.<sup>285</sup> Een derde van deze schade laat het hof voor eigen rekening, nu het hof het aannemelijk acht dat verhuurder D. de panden geheel of gedeeltelijk aan derden had kunnen verhuren om zo haar schade te beperken.

De gemeente kan zich er niet in vinden. In cassatie honoreert de Hoge Raad eerst haar klacht dat het hof er om appelprocesrechtelijke redenen van uit had moeten gaan dat verhuurder D. geen belanghebbende is in de zin van de Awb bij de vernietigde beslissing op bezwaar. Als althans wordt aangenomen dat het hof met het aanmerken van verhuurder D. als 'derde belanghebbende' bedoelt dat verhuurder D. zelf beroep heeft kunnen instellen tegen de vernietigde beslissing op bezwaar. Nu de gemeente heeft gesteld dat verhuurder D. geen belanghebbende is bij de beslissing op bezwaar, verhuurder D. dit naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende heeft weersproken én daarover in appel niet is gegriefd, moest ook het hof daarvan uitgaan.<sup>286</sup>

Dat betekent dat verhuurder D. dus ook geen beroep kan doen op de omgekeerde formele rechtskracht. Zoals Advocaat-Generaal Keus in zijn conclusie aangeeft, speelt de leer van de omgekeerde formele rechtskracht 'geen rol' in het geval dat de benadeelde geen belanghebbende is. In dat geval heeft de benadeelde immers geen toegang tot de bestuursrechter om het besluit te laten vernietigen, waarna op grond van de omgekeerde formele rechtskracht kan komen vast te staan dat het besluit onrechtmatig is. Is de benadeelde geen belanghebbende, dan moet de burgerlijke rechter zelf 'op reguliere wijze' inhoudelijk toetsen of het gewraakte besluit onrechtmatig is, zoals Keus het stelt.<sup>287</sup> De Hoge Raad laat zich over de toets aan het vereiste van onrecht-

---

285 Gemeente Amsterdam/D., hof r.o. 3.13-3.14. Het hof leidt uit het feit dat de burgemeester de gevraagde vergunningen na de vernietiging van de beslissing op bezwaar bij nieuw besluit alsnog verleent af dat het primaire besluit, waarbij de vergunningen aanvankelijk zijn geweigerd, is herroepen, zodat ook dat besluit onrechtmatig is. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat dit primaire besluit inhoudelijk in essentie op dezelfde argumenten is gebaseerd als de vernietigde beslissing op bezwaar. Het hof ondervangt zo het causaliteitsprobleem (*condicio-sine-qua-non*) dat de vernietigde beslissing op bezwaar niet het (eerste) schadeveroorzakende besluit is (hof r.o. 3.9).

286 Gemeente Amsterdam/D., r.o. 3.4-3.5. In het geval het hof ervan uit is gegaan dat verhuurder D. wel belanghebbende is, heeft het bovendien moeten oordelen dat in de verhouding van D. tot de gemeente de formele rechtskracht van de beslissing op bezwaar aan aansprakelijkheid van de gemeente in de weg staat, omdat verhuurder D. zelf niet tegen dit besluit in beroep is gegaan bij de bestuursrechter (dat deed alleen exploitant M.).

287 Conclusie Advocaat-Generaal Keus voor Gemeente Amsterdam/D., sub 2.10-2.11, onder verwijzing naar sub 2.7-2.9. Zie ook Schlössels & Zijlstra 2014, p. 428-429.

matigheid echter niet met zoveel woorden uit. Dat wil zeggen: ik lees zijn oordeel zo dat hij de zaak afdoet op het relativiteitsvereiste.

Over het relativiteitsoordeel van het hof klaagt de gemeente dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat zij met de vernietigde beslissing op bezwaar onrechtmatig heeft gehandeld jegens ‘een derde als D.’. De gemeente voert aan dat zij in ‘het bestuurlijke besluitvormingstraject’ alleen de belangen van belanghebbenden in de zin van de Awb bij het betreffende besluit dient mee te wegen. Alleen in zoverre dient zij toereikend te motiveren op grond van artikel 7:12 lid 1 Awb. De gemeente is dus naar eigen zeggen niet gehouden deugdelijk te motiveren ten opzichte van niet-belanghebbenden zoals verhuurder D. Zij beroept zich daarbij op het zogeheten specialiteitsbeginsel van artikel 3:4 Awb:

‘Het bestuursorgaan weegt de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit.’<sup>288</sup>

De Hoge Raad houdt zich in zijn relativiteitsoordeel op de vlakte over dit specialiteitsbeginsel. Hij reconstrueert eerst de bedoeling van de wetgever met de motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb:

‘Deze motiveringsplicht strekt ertoe, met name ingeval de bezwaren ongegrond worden verklaard, dat degene die tegen het besluit bezwaar heeft gemaakt en eventuele andere belanghebbenden uit de beslissing kunnen opmaken waarom aan de aangevoerde bezwaren niet is tegemoetgekomen. Dat is onder meer van belang voor de beantwoording van de vraag of een vervolgpprocedure met kans op succes gevoerd kan worden. (vgl. Parl. Gesch. Awb I, blz. 351).’<sup>289</sup>

Om vervolgens tot het relativiteitsoordeel te komen dat de motiveringsplicht niet de ‘vermogensbelangen’ beoogt te beschermen van de benadeelde, die geen belanghebbende is in de zin van de Awb. De Hoge Raad:

‘Hoewel de gehoudenheid om een besluit toereikend te motiveren mede kwaliteitsbevordering en -bewaking tot doel heeft, strekt zij niet tot bescherming van vermogensbelangen van personen die niet kunnen worden aangemerkt als belanghebbende bij een besluit in de zin van de Awb.’<sup>290</sup>

Tot zover spreekt de Hoge Raad zich alleen uit over de relativiteit van artikel 7:12 lid 1 Awb en dat bovendien in termen van de door deze norm te beschermen belangen. Maar dan wordt het ingewikkelder, want vervolgens drukt

---

288 Zie over de verhouding van het specialiteitsbeginsel tot het relativiteitsvereiste Wiggers-Rust 2011, p. 149-150.

289 Gemeente Amsterdam/D., r.o. 3.6.

290 Gemeente Amsterdam/D., r.o. 3.6.

hij zich uit in termen van het vereiste van relatieve onrechtmatigheid. Aannemende dat verhuurder D. geen belanghebbende is, oordeelt de Hoge Raad dat de vernietiging van de beslissing op bezwaar op de grond dat deze beslissing op bezwaar in strijd is met artikel 7:12 lid 1 Awb niet onrechtmatig is 'jegens' verhuurder D. De Hoge Raad:

'Bij het uitgangspunt dat D. [de verhuurder; PwvH] geen belanghebbende in de zin van de Awb was, is het door M. [de exploitant; PwvH] bestreden besluit dat is vernietigd op de grond dat het niet overeenkomstig art. 7:12 lid 1 Awb is gemotiveerd, anders dan het hof heeft overwogen, niet onrechtmatig jegens D., ook niet in de door het hof in rov. 3.4-3.5 genoemde omstandigheden (zie hiervoor in 3.3.3-3.3.4). In de verhouding tot D. is ter zake van de schending van art. 7:12 lid 1 Awb dus niet voldaan aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW.'<sup>291</sup>

Ik lees deze overweging zo dat de Hoge Raad zich niet zozeer uitlaat over de onrechtmatigheid van de door de bestuursrechter vernietigde beslissing op bezwaar, maar over de relativiteit van de motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb. Hij benadrukt in de laatste zin in het hierboven weergegeven citaat ook dat 'dus' niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW '[i]n de verhouding tot D.'. Dat vereiste is waar het de Hoge Raad om gaat.

Zeker is dat waar het hof een voorwaardelijk, casuïstisch relativiteitsoordeel velt en in de omstandigheden van het geval ruimte ziet om aan te nemen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan, de Hoge Raad een categorisch ontkenkend relativiteitsoordeel velt. De motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb strekt niet tot bescherming van de 'vermogensbelangen' van de benadeelde niet-belanghebbende, 'ook niet' in de door het hof genoemde omstandigheden en dus niet tot bescherming van het geschade belang van verhuurder D. Hierna wijst de Hoge Raad er nog op dat wel aansprakelijkheid zou kunnen worden aangenomen ten aanzien van een benadeelde die geen belanghebbende is, op de grond dat een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is geschonden:

'Het voorgaande laat onverlet dat onder omstandigheden sprake kan zijn van schending van een andere, jegens D. in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm. Daarentoe heeft het hof echter niets vastgesteld.'<sup>292</sup>

Bij deze correctie-Langemeijer-achtige exercitie gaat het echter om schending van een andere norm dan de motiveringsplicht.<sup>293</sup> Aan het categorisch karak-

<sup>291</sup> Gemeente Amsterdam/D., r.o. 3.7.

<sup>292</sup> Gemeente Amsterdam/D., r.o. 3.7.

<sup>293</sup> De correctie-Langemeijer behelst 'meer': nagaan of er, gelet op alle omstandigheden van het geval, een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is geschonden, waarbij het gegeven dat een wettelijke norm is geschonden meeweegt als een van die omstandigheden. Zie par. 4.10.

ter van zijn relativiteitsoordeel ter zake van die norm doet deze mogelijkheid daarom niet af.

De Hoge Raad komt in de tweede Amsterdamse prostitutiezaak dus tot een ontkennend relativiteitsoordeel.<sup>294</sup> Dit relativiteitsoordeel situeert zich zowel op het niveau van de abstracte vraag naar het beschermingsdoel, als op het niveau van de concrete vraag naar de beschermingsomvang. Centraal in het relativiteitsoordeel staat aanvankelijk de tegenstelling tussen algemene belangen en op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen. De motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb beoogt het als algemeen belang aan te merken belang van 'kwaliteitsbewaking en -bevordering' van besluiten te bevorderen en niet de individuele vermogensbelangen van benadeelden die geen belanghebbenden zijn bij een op grond van deze motiveringsplicht vernietigd besluit. Of zoals de Hoge Raad het formuleert: deze norm beoogt niet de 'vermogensbelangen van personen die niet kunnen worden aangemerkt als belanghebbende bij een besluit in de zin van de Awb' te beschermen. Het relativiteitsoordeel abstraheert op dit punt ook van het concrete geval. Verhuurder D. wordt niet bij name genoemd. Evenmin als diens specifieke geschade belang gevrijwaard te blijven van de derving van huurpenningen over de tijd waarin de vergunning ten onrechte is uitgebleven op grond van een ondeugdelijk gemotiveerde beslissing op bezwaar.

Daaruit spreekt in mijn optiek dat deze motiveringsplicht in de ogen van de Hoge Raad wel strekt tot bescherming van de vermogensbelangen van de benadeelde die wél belanghebbende is bij het op grond van de motiveringsplicht vernietigde besluit. Al spreekt de Hoge Raad dat niet met zoveel woorden uit. Hij laat de mogelijkheid in elk geval open.<sup>295</sup> Het zwaartepunt van het relativiteitsoordeel lijkt vervolgens ook te verschuiven naar het niveau van de concrete vraag naar de beschermingsomvang.<sup>296</sup> De Hoge Raad spreekt nog eens nadrukkelijk uit dat bij het 'uitgangspunt' dat verhuurder D. – de Hoge Raad noemt hem nu wel met name – geen belanghebbende is in 'de verhouding tot D. (...) ter zake van de schending van art. 7:12 lid 1 Awb dus niet [is] voldaan aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW'. Dat suggereert dat het anders is of kan zijn bij het uitgangspunt dat de benadeelde wel belanghebbende is. Hetgeen weer veronderstelt dat de motiveringsplicht wel de indi-

294 Kritisch hierover is Di Bella 2015, p. 70-71, volgens wie de Hoge Raad bij zijn relativiteitsoordeel ten onrechte de 'materiële kant' van het motiveringsbeginsel buiten beschouwing laat: nu de exploitatievergunningen uiteindelijk zijn verleend staat vast dat ook dit 'materiele element' is geschonden. Zij oppert dat dit wellicht ook een '(cassatie)brug' te ver was.

295 Vgl. B. Meijer & De Wit 2007, p. 190, die in het licht van het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Duwbak Linda het vermoeden uitspreken dat formele vernietigingsgronden als de motiveringsplicht niet strekken tot bescherming tegen vermogensschade, noch van de vergunningaanvrager zelf, noch van derden. Schlössels 2003, p. 531 daarentegen acht de schending van 'motiveringseisen' onrechtmatig 'jegens eenieder'.

296 Vgl. Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven, die in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.13, dit relativiteitsoordeel aanmerkt als relativiteitsoordeel op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang.

viduele vermogensbelangen beoogt te beschermen van benadeelden die tevens belanghebbende zijn bij het vernietigde besluit.

Wetstekst en wetsgeschiedenis van artikel 7:12 lid 1 Awb bieden daarvoor echter niet onmiddellijk dekking middels positieve aanwijzingen. Of deze positieve aanwijzingen zouden moeten worden ingelezen in de passage dat de motivering mede dient ter inschatting van de succeskans van een vervolgpcedure, waarnaar de Hoge Raad verwijst.<sup>297</sup> In zoverre stelt de Hoge Raad zich minder terughoudend op dan het model veronderstelt en laat het relativiteitsoordeel in de tweede Amsterdamse prostitutiezaak zich niet goed inpassen in het model.

De verklaring hiervoor lijkt mij dat ook in deze zaak in zekere zin een 'overloop' voordoet van het onrechtmatigheidsoordeel in het relativiteitsoordeel. Met het openlaten van de mogelijkheid dat de motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb wel strekt tot bescherming van het geschade belang van de benadeelde belanghebbende houdt de Hoge Raad zijn rechtspraak uit de jaren tachtig en negentig in het kader van de leer van de omgekeerde formele rechtskracht in de lucht dat een door de bestuursrechter vernietigd besluit onrechtmatig is 'jegens' de adressant van en belanghebbende bij dat besluit, op wiens initiatief het is vernietigd. Op die rechtspraak baseert ook het hof zich voor zijn oordeel dat de vernietigde beslissing op bezwaar in elk geval onrechtmatig is jegens exploitant M. als aanvrager van de prostitutievergunningen. Dat staat tussen partijen in wezen ook niet ter discussie.

De Hoge Raad vertaalt deze rechtspraak over de relativiteit van de vernietiging van een besluit als zodanig in de tweede Amsterdamse prostitutiezaak als het ware in een relativiteitsoordeel over de specifieke norm op grond waarvan het besluit is vernietigd, door de mogelijkheid open te laten dat motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb wel het individuele vermogensbelang van de benadeelde die belanghebbende is bij het besluit beoogt te beschermen. Het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad biedt zo continuïteit, maar die is wel in een nieuw jasje gestoken. Beslissend is niet, zoals in de rechtspraak over de omgekeerde formele rechtskracht uit de jaren tachtig en negentig, het oordeel van de rechter bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid of de vernietigde beslissing op bezwaar onrechtmatig is 'jegens' de benadeelde. Beslissend is zijn oordeel bij de toets aan het relativiteitsvereiste of de motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb als specifieke, met het vernietigde besluit geschonden norm, strekt tot bescherming van de benadeelde.<sup>298</sup>

---

<sup>297</sup> Parl. Gesch. Awb I, p. 351.

<sup>298</sup> Deze vertaalslag is niet alleen kwestie van vorm, maar heeft ook inhoudelijke consequenties. Het zou 'strategisch' gedrag in de hand kunnen werken, waarbij de benadeelde belanghebbende probeert de bestuursrechter te verleiden een besluit te vernietigen op grond van een vanuit het perspectief van de benadeelde niet-belanghebbende in aansprakelijkheidsrechtelijke zin 'gunstige' norm. In deze zin ook D.G.J. Sanderink, noot onder Gemeente Amsterdam/D., *JB* 2014/115, sub 6. Zie nader Den Hollander 2014, i.h.b. p. 99-100.

## 5.13 BALANS

In dit hoofdstuk heb ik onderzocht hoe de rechtspraak van de Hoge Raad over de relativiteit van wettelijke normen van grofweg het afgelopen decennium zich verhoudt tot het theoretisch kader en meer in het bijzonder het model dat ik daarvoor heb ontwikkeld. Deze rechtspraak is in elk geval niet volstrekt onverenigbaar met het model. De Hoge Raad gaat in lijn met het model niet uit van een generiek, voor alle wettelijke normen geldend vermoeden van relativiteit, behoudens aanwijzingen van het tegendeel. Ook overigens laten zijn relativiteitsoordelen in *reguliere* zaken over aansprakelijkheid voor de schending van een wettelijke norm – dus uitgezonderd de relativiteitsoordelen in twee Amsterdamse zaken over exploitatievergunning voor prostitutiepanden met hun status aparte – zich redelijk inpassen in het model.

Voorzichtig kan worden betoogd dat de Hoge Raad in de zaken waarin zijn relativiteitsoordeel zich situeert op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel, in lijn met het model een terughoudende opstelling kiest. Het gegeven dat wetstekst en wetsgeschiedenis al dan niet dekking bieden middels positieve aanwijzingen dat de betreffende norm of regeling mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, speelt in deze zaken een belangrijke rol, als het niet doorslaggevend is voor het oordeel dat al dan niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Het ontkennende relativiteitsoordeel van de Hoge Raad ten aanzien van de WGV in Pfizer/Cosmétique is hiervan het meest afgetekende voorbeeld. Maar de analyse kan worden verbreed naar de ontkennende relativiteitsoordelen van de Hoge Raad ten aanzien van het RosR en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de scheepskeuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht in Duwbak Linda en zijn eveneens ontkennende relativiteitsoordeel ten aanzien van de regels die gelden voor de toelatingsprocedure in Iraanse vluchteling. Hetzelfde geldt voor de bevestigende relativiteitsoordelen van de Hoge Raad ten aanzien van de Wtv en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat het toezicht op grond van deze wet zorgvuldig moet worden uitgeoefend in Vie d'Or. Een los eindje bij die laatste zaak is dat het bevestigende relativiteitsoordeel zich niet tevens situeert op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang, zoals het model veronderstelt. Dat laat zich verklaren doordat enerzijds de wetgever zich in de Wtv gedetailleerd uitsprekt over de vraag naar het beschermingsdoel en anderzijds de zaak een collectieve actie betreft.

In zaken waarin het relativiteitsoordeel zich situeert op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang of waarin het zwaartepunt van het relativiteitsoordeel op dat niveau ligt, kiest de Hoge Raad een actieve opstelling. Hij maakt in deze zaken in meer of mindere mate openlijk eigen keuzes, ervan uitgaande dat de betreffende wettelijke norm of regeling mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Dat staat in deze zaken ook niet ter discussie. Het bevestigende relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in de hangmatzaak, ten aanzien van artikel 6:174 BW, is hiervan het meest afgete-

kende voorbeeld, samen met zijn ontkennende oordeel in de manegepaardzaak ten aanzien van artikel 6:179 BW. Hetzelfde geldt evenwel voor zijn ontkennende relativiteitsoordelen ten aanzien van het Rbg en de WTG in Astrazeneca/Menzis, samen met zijn bevestigende oordeel ten aanzien van de Zvw in VGZ/Nutricia, als ook voor zijn bevestigende relativiteitsoordeel ten aanzien van artikel 28 leden 2-4 van de NRte 1999 in Nabbe/Staalbankiers en zijn bevestigende relativiteitsoordeel ten aanzien van artikel 164 van de bestemmingsplanvoorschriften in Gemeente Barneveld/Gasunie.

Daar komt bij dat in een van de besproken zaken – Pfizer/Cosmétique – gedeeltelijk aansprakelijkheid wordt aangenomen via de correctie-Langemeijer. In Astrazeneca/Menzis, Iraanse vluchteling en de tweede Amsterdamse prostitutiezaak houdt de Hoge Raad meer of minder uitdrukkelijk de mogelijkheid van toepassing van de correctie open, maar ziet hij er blijkbaar geen kans of noodzaak toe, gelet op de aangevoerde feiten, omstandigheden en klachten. In zaken waarin de aangesproken partij wordt verweten dat deze een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden, die op een wettelijke regeling is geënt, zoals Duwbak Linda, blijkt voor de correctie-Langemeijer geen plaats. Er kan hooguit een correctie-Langemeijer-achtige exercitie worden uitgevoerd. Die exercitie houdt in dat wordt nagegaan of ook een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is geschonden, die losstaat van de betreffende wettelijke norm.

Om in dit soort zaken de ‘echte’ correctie-Langemeijer te kunnen toepassen, moet de onrechtmatigheid in eerste instantie worden gebaseerd op de schending van een wettelijke norm. Daarmee blijft er ruimte om als het relativiteitsvereiste aan aansprakelijkheid voor de enkele schending van die norm in de weg staat, vervolgens via de correctie-Langemeijer uit te wijken naar de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm als grondslag voor aansprakelijkheid en daarbij de omstandigheid mee te wegen dat een wettelijke norm is geschonden. Of het mogelijk is in eerste instantie op de schending van een wettelijke norm in te zetten, hangt af van de formulering en uitleg van de betreffende wettelijke norm.<sup>299</sup> In het nu volgende hoofdstuk neem ik de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen van de Afdeling onder de loep. Zij treedt in zaken van overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten tevens op als aansprakelijkheidsrechter, parallel aan de burgerlijke rechter.

---

299 In Duwbak Linda was dat wellicht wel mogelijk geweest ten aanzien van de Staat. Hem zou mogelijk kunnen worden verweten dat hij – de Commissie van Deskundigen – bijv. in strijd heeft gehandeld met art. 2.04 van het RosR, als de Linda ten tijde van het verlenen van het certificaat inderdaad in een dermate slechte staat zou hebben verkeerd dat niet gezegd kon worden dat zij voldeed aan de voorschriften in het RosR ‘met betrekking tot bouw, inrichting en uitrusting’. Vgl. het oordeel van het hof in Duwbak Linda, in r.o. 10.2 dat in algemene zin spreekt van de ‘voorschriften van het Reglement die de Staat volgens Van Hasselt bij het verlengen van het onderhavige certificaat zou hebben geschonden’. Overigens stelt dit hof vast dat de keuring door het particuliere keuringsbureau wel degelijk aan regels der kunst voldeed.



## 6 | Rechtspraak van de Afdeling

### 6.1 DE BESTUURSRECHTER ALS AANSPRAKELIJKHEIDSRECHTER

Wie schade lijdt door een onrechtmatig besluit van een bestuursorgaan kan voor schadevergoeding niet alleen terecht bij de burgerlijke rechter, met een vordering uit onrechtmatige daad. De benadeelde die tevens belanghebbende is bij het besluit kan zich ook wenden tot de bestuursrechter. Deze kan desgevraagd het bestuursorgaan veroordelen tot vergoeding van de schade die van het onrechtmatig besluit het gevolg is. Sinds de inwerkingtreding van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten in 2013 biedt artikel 8:88 Awb daarvoor de wettelijke grondslag.<sup>1</sup> De bestuursrechter treedt in zaken van overheidsaansprakelijkheid voor een onrechtmatig besluit dus ook op als aansprakelijkheidsrechter, parallel aan de burgerlijke rechter. Deze bevoegdheid van de bestuursrechter is op grond van artikel 8:89 Awb inmiddels wel beperkt tot zaken waarin de te vergoeden schade niet de kantonrechtsgrens van EUR 25.000 overstijgt. Bedraagt de schade meer dan dat, dan kan de benadeelde, een aantal uitzonderingen daargelaten,<sup>2</sup> alleen terecht bij de burgerlijke rechter.<sup>3</sup>

Inhoudelijk toetst de bestuursrechter bij de beoordeling van een verzoek tot schadevergoeding voor een onrechtmatig besluit evenals de burgerlijke rechter aan de vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van artikel 6:162-163 BW. De bestuursrechter zoekt althans aansluiting bij deze vereisten en de rechtspraak ter zake van de burgerlijke rechter dan wel de algemene rechtsbeginselen die daaraan ten grondslag liggen.<sup>4</sup> Zodoende

---

1 Zie *Stb.* 2013/50.

2 In zaken waarin de Centrale Raad van Beroep of de belastingkamer van de Hoge Raad in enige of hoogste instantie oordeelt over de geldigheid van het besluit is daarentegen alleen de bestuursrechter bevoegd te oordelen over schadevergoeding (art. 8:89 lid 1 en 2 Awb). Zie hierover Van Ettekoven e.a. 2013, p. 52-53.

3 Het oude art. 8:73 Awb kende deze beperking niet. De benadeelde kon dan steeds kiezen of hij zich voor schadevergoeding voor een onrechtmatig besluit tot de bestuursrechter of tot de burgerlijke rechter wendde.

4 Zie bijv. Van Ravels 2009, p. 18. Vgl. Schlössels & Zijlstra 2014, p. 398-400, die erop wijzen dat het onrechtmatige daadsrecht daarmee 'niet tot het exclusieve domein van het privaatrecht behoort'. Vgl. tevens Schueler 2005a, p. 128-130, volgens wie het niet vanzelf spreekt dat de bestuursrechter de civielrechtelijke vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad hanteert en zich richt op de rechtspraak van de burgerlijke rechter ter zake. Hij wijst er ook op dat sommige bestuursrechters in hun rechtspraak slagen om de arm houden

spreekt ook de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State zich uit over de relativiteit van wettelijke normen in de zin van het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW.<sup>5</sup> Deze rechtspraak betreft zaken van vreemdelingenrecht en zaken van ruimtelijke ordening.

Hoe verhoudt de rechtspraak van de Afdeling zich tot het theoretisch kader en meer in het bijzonder tot het model dat ik voor het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm heb ontwikkeld? In dit hoofdstuk onderzoek ik het voor de vijftien zaken, waarin de Afdeling zich zo ver mij bekend daarover in de afgelopen jaren uitsprak. In algemene zin kan worden geconstateerd dat de Afdeling niet het model hanteert, evenmin als de Hoge Raad dat doet. Ook hanteert de Afdeling niet de fasering van Lankhorst. Zij maakt geen kenbaar onderscheid tussen de vraag naar het beschermingsdoel en de vraag naar de beschermingsomvang. Ik neem de relativiteitsoordelen in de verschillende zaken daarom weer afzonderlijk onder de loep.

De relativiteitsoordelen van de Afdeling in een serie zaken over de Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000) situeren zich telkens in wezen op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. Deze relativiteitsoordelen laten zich in zoverre inpassen in het model dat zich daarin een terughoudende opstelling van de Afdeling aftekent. Zij oordeelt dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan, terwijl dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen in wetstekst en wetsgeschiedenis ontbreekt dat de betreffende normen mede beogen individuele vermogensbelangen te beschermen. Dat betekent nog niet dat de Afdeling oordeelt dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan, *omdat* zulke positieve aanwijzingen ontbreken. Aannemelijker lijkt mij dat deze ontkennende relativiteitsoordelen zijn ingegeven doordat de Afdeling het eveneens ontkennende relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling 'volgt', zoals zij zelf vooropstelt (par. 6.2). In één vreemdelingenrechtelijke zaak komt de Afdeling daarentegen tot een bevestigend relativiteitsoordeel. Dat ziet echter niet op de Vw 2000, maar op het Nederlands-Amerikaans Vriendschapsverdrag. Dit relativiteitsoordeel laat zich eveneens inpassen in het model, nu aan dit verdrag wel dekking middels positieve aanwijzingen valt te ontleen dat het mede beoogt individuele vermogensbelangen te beschermen (par. 6.3).

---

en dat de wetgever er bij de introductie van art. 8:73 Awb als voorganger van het huidige art. 8:88 Awb vanuit leek te gaan dat de bestuursrechter dezelfde vereisten voor aansprakelijkheid hanteert als de burgerlijke rechter, onder verwijzing naar Parl. Gesch. Awb II, p. 474 (MvT) en p. 476 (MvA). Voor dit hoofdstuk is dit debat van minder praktisch belang, nu de Afdeling met zoveel woorden aansluiting zoekt bij de rechtspraak van de Hoge Raad over het relativiteitsvereiste, zoals zal blijken.

5 Voor de goede orde: deze rechtspraak van de Afdeling is dus te onderscheiden van de rechtspraak van de Afdeling over de relativiteit van wettelijke normen *in de zin van het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste* van art. 8:69a Awb bij de *vernietiging* van een onrechtmatig besluit als publiekrechtelijke rechtshandeling. Zie daarover par. 7.6.

Het relativiteitsoordeel van de Afdeling in de zaak van de Amelandse benzinestations laat zich daarentegen niet inpassen in het model. Dit relativiteitsoordeel situeert zich op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel en de Afdeling komt tot een bevestigend relativiteitsoordeel, terwijl dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen ontbreekt dat de betreffende norm uit de Woningwet (oud) mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. De Afdeling stelt zich hier dus minder terughoudend op dan het model veronderstelt. Dit laat zich wellicht verklaren doordat er haar vanuit materieel aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief veel aan is gelegen in deze zaak aansprakelijkheid van de overheid aan te nemen (par. 6.4). De relativiteitsoordelen van de Afdeling in twee andere zaken van ruimtelijke ordening laten zich weer wel inpassen in het model. Het betreft haar bevestigende relativiteitsoordeel op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang in Nuthse geluidshinder (par. 6.5) en haar ontkennende relativiteitsoordeel op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel in Warnsveldse woning (par. 6.6). De balans die kan worden opgemaakt, is dat ook de rechtspraak van de Afdeling zich *grosso modo* redelijk laat inpassen in het model (par. 6.7).

## 6.2 BESCHERMINGSDOEL, GEEN RELATIVITEIT I: VREEMDELINGENWET 2000-ZAKEN

De eerste zaak waarin de Afdeling zich bij mijn weten als aansprakelijkheidsrechter uitspreekt over de relativiteit van een wettelijke norm in de zin van het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW is die van 20 juni 2007.<sup>6</sup> Deze zaak situeert zich in de sfeer van het vreemdelingenrecht en lijkt op die van de Iraanse vluchteling,<sup>7</sup> met dien verstande dat de zaak speelt onder de nieuwe Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000) in plaats van de Vreemdelingenwet (oud). Een vrouw doet bij de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie een verzoek om vergoeding van de schade die zij stelt te hebben geleden, doordat haar gedurende bijna zes jaar ten onrechte een verblijfsvergunning is onthouden. De schade bestaat volgens de vrouw in het mislopen van een bijstandsuitkering, kinderbijslag en heffingskorting. Afgaand op de uitspraak van de Afdeling noemt de vrouw daarbij niet een specifieke geschonden norm.<sup>8</sup>

6 Helemaal vanzelfsprekend dat de bestuursrechter toetst aan het relativiteitsvereiste bij de beoordeling van een verzoek om schadevergoeding is het blijkbaar ook niet, gelet op de constatering van A.M.L. Jansen, noot onder ABRvS 20 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7572, AB 2008/336, sub 1, dat reden voor publicatie is 'de explicitering van de gedachte dat een relativiteitseis geldt'.

7 Zie par. 5.5.

8 ABRvS 20 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7572, AB 2008/336, m.nt. A.M.L. Jansen (verblijfsvergunning Vw 2000; misgelopen bijstandsuitkering, kinderbijslag en heffingskorting), r.o. 2.2. De vrouw vordert ook vergoeding van immateriële schade 'in de vorm van onder meer

De minister wijst het verzoek tot schadevergoeding af, voor zover dit verzoek ziet op vergoeding van materiële schade. Volgens de minister is niet aan het relativiteitsvereiste voldaan. De betreffende 'regels uit de Vreemdelingenwet 2000' hebben 'slechts tot doel (...) haar een recht op een bestendig verblijf in Nederland te verlenen'. Volgens de minister strekken deze niet ertoe 'haar vermogen[s]rechtelijke positie te beschermen door haar toegang te verschaffen tot voorzieningen die bestemd zijn voor Nederlanders of vreemdelingen met een verblijfsvergunning'.<sup>9</sup>

De vrouw gaat in beroep. De rechtbank verklaart dit beroep gegrond. Volgens de rechtbank biedt de verlening van een verblijfsvergunning 'rechten (...) die personen zonder verblijfsvergunning hier te lande in beginsel niet hebben'. Zij verwijst daarbij naar artikel 11 en 8 Vw 2000. Op grond van deze bepalingen kan de vreemdeling die rechtmatig in Nederland verblijft aanspraak 'maken op voorzieningen, verstrekkingen en uitkeringen'. Dat maakt naar het oordeel van de rechtbank 'de aanspraak van de vreemdeling op voorzieningen, verstrekkingen en uitkeringen mede een belang dat door de vergunningverlening wordt beschermd'.<sup>10</sup> De rechtbank zit daarmee op dezelfde lijn als het hof in Iraanse vluchteling, naar wiens arrest de rechtbank ook verwijst.<sup>11</sup>

In hoger beroep voert de staatssecretaris langs de lijnen van het cassatiemiddel van de Staat in Iraanse vluchteling aan dat de toegang die de vreemdeling kan krijgen tot 'verschillende voorzieningen' een 'nevengevolg' is van de verlening van een verblijfsvergunning. Die toegang is daarvan echter niet 'het doel'.<sup>12</sup> Met succes. De Afdeling stelt voorop dat zij het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling 'volgt':

'De Afdeling volgt ten deze het arrest van de Hoge Raad van 14 april 2007 (C06/081HR) [13 april 2007; PwvH], waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld over het door

---

gevoelens van spanning, frustratie en onzekerheid' als gevolg van het feit dat de verblijfsvergunning haar niet tijdig is verleend. Op dit punt vernietigt de Afdeling uiteindelijk het afwijzende besluit van de minister, volgens wie onvoldoende aannemelijk was dat de vrouw voor vergoeding in aanmerking komend geestelijk letsel had opgelopen. Naar het oordeel van de Afdeling volgt uit het Pizzati-arrest van het EHRM dat bij overschrijding van de redelijke termijn bij het nemen van een besluit, behoudens bijzondere omstandigheden, 'spanning en frustratie als grond voor vergoeding van schade wordt verondersteld' (ABRvS 20 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7572, AB 2008/336, m.nt. A.M.L. Jansen, r.o. 2.8-2.9). Zie hierover de noot van Jansen, sub 2. Ik ga hierop verder niet in.

<sup>9</sup> ABRvS 20 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7572, AB 2008/336, m.nt. A.M.L. Jansen, r.o. 2.3.

<sup>10</sup> ABRvS 20 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7572, AB 2008/336, m.nt. A.M.L. Jansen, r.o. 2.4.

<sup>11</sup> Zie par. 5.5. In Iraanse vluchteling verwijst het hof ter onderbouwing van zijn oordeel dat de toelating als vluchteling strekt tot bescherming van het 'belang' van het 'recht om arbeid te verrichten' naar art. 17 van het Vluchtelingenverdrag. Deze bepaling kent rechtmatig toegelaten vluchteling het recht toe op het verrichten van arbeid onder de meest gunstige omstandigheden als onderdanen van een vreemd land onder dezelfde omstandigheden.

<sup>12</sup> ABRvS 20 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7572, AB 2008/336, m.nt. A.M.L. Jansen, r.o. 2.5.

de Staat ingestelde cassatieberoep tegen het arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage.<sup>13</sup>

Dat wil niet zeggen dat de Afdeling het ontkennende relativiteitsoordeel van de Hoge Raad letterlijk overneemt.<sup>14</sup> Anders dan de Hoge Raad in Iraanse vluchteling expliciteert de Afdeling op welke wettelijke regeling haar relativiteitsoordeel ziet. Zij spreekt zich uit over de relativiteit van de 'regels uit de Vw 2000 op grond waarvan de vreemdeling recht had op de verblijfsvergunning die haar uiteindelijk ook is verleend'. De Afdeling stelt bovendien haar eigenlijke relativiteitsoordeel voorop en past dat in die zin aan, dat zij niet oordeelt dat de 'toelating als vluchteling' plaatsvindt 'om humanitaire redenen' teneinde 'de vluchteling te beschermen tegen vervolging in het land van herkomst', zoals de Hoge Raad doet. Zij oordeelt dat het doel van de 'regels uit de Vw 2000' is om de vreemdeling 'een recht op bestendig verblijf in Nederland te verlenen'. Waar de Hoge Raad daaraan in Iraanse vluchteling toevoegt dat de 'toelating als vluchteling' niet strekt tot bescherming van 'enig vermogensrechtelijk belang van de vluchteling', oordeelt de Afdeling dat de normen van de Vw 2000 niet strekken 'tot bescherming van vermogensrechtelijke belangen van' – in de terminologie van deze wet – de 'vreemdeling':

'De regels uit de Vw 2000 op grond waarvan de vreemdeling recht had op de verblijfsvergunning die haar uiteindelijk ook is verleend, hebben tot doel haar een recht op bestendig verblijf in Nederland te verlenen en strekken niet tot bescherming van vermogen[s]rechtelijke belangen van de vreemdeling.'<sup>15</sup>

De Afdeling voegt hieraan toe dat de mogelijkheid aanspraak te maken op voorzieningen, verstrekkingen en uitkeringen op grond van artikel 11 en 8 Vw 2000 pas ontstaat als de vluchteling eenmaal is toegelaten. De verlening van een verblijfsvergunning strekt er daarom niet toe 'inkomen (uit voorzieningen, verstrekkingen en uitkeringen) te verwerven', aldus de Afdeling:

'Weliswaar stelt de vergunningverlening de vreemdeling in staat hier te lande een bestaan op te bouwen, omdat het recht in Nederland in aanmerking te komen voor voorzieningen, verstrekkingen en uitkeringen als bedoeld in artikel 11 van de Vw 2000 is gebaseerd op rechtmatig verblijf als bedoeld in artikel 8 van de Vw 2000. Anders echter dan de rechtbank heeft overwogen, betekent dit niet dat de verlening van een verblijfsvergunning als hier aan de orde ertoe strekt de vreemdeling in staat te stellen inkomen (uit voorzieningen, verstrekkingen en uitkeringen) te verwerven. Dat recht ontstaat pas na een beoordeling op grond van de wetten en

13 ABRvS 20 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7572, AB 2008/336, m.nt. A.M.L. Jansen, r.o. 2.6.

14 Zie voor het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling par. 5.5.

15 ABRvS 20 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7572, AB 2008/336, m.nt. A.M.L. Jansen, r.o. 2.6.

overige regels waarin is bepaald wie en onder welke voorwaarden, waaronder rechtmatig verblijf, daarop aanspraak kan maken.<sup>16</sup>

De Hoge Raad stelt in Iraanse vluchteling een vergelijkbare passage voorop. Eveneens in lijn met dat relativiteitsoordeel wijst de Afdeling in haar relativiteitsoordeel erop dat 'de vermogensrechtelijke belangen' in algemene zin bij de beoordeling van de aanvraag om een verblijfsvergunning geen rol spelen:

'De vermogensrechtelijke belangen spelen ook geen rol bij de beoordeling van de aanvraag tot verlening van een verblijfsvergunning.'<sup>17</sup>

De Afdeling sluit haar relativiteitsoordeel af met vrijwel dezelfde passage als waarmee de Hoge Raad zijn relativiteitsoordeel in Iraanse vluchteling afsluit, over de gevolgen van de schending van een 'in het kader van de procedure tot verlening van een verblijfsvergunning (...) geldende regel':

'Als de Staat in het kader van de procedure tot verlening van een verblijfsvergunning een voor die procedure geldende regel heeft geschonden, heeft de aanvrager toegang tot de rechter om deze schade [schending; PwH] te doen herstellen. Deze schending geeft in beginsel echter geen recht op vergoeding van schade als hier door de vreemdeling gevorderd.'<sup>18</sup>

Aldus staat het relativiteitsvereiste in de weg aan vergoeding van de bijstands-uitkering, kinderbijslag en heffingskorting die de vrouw stelt te hebben misgelopen. Het hoger beroep van de staatssecretaris is gegrond en de Afdeling vernietigt de uitspraak van de rechtbank.<sup>19</sup>

Het ontkennende relativiteitsoordeel van de Afdeling in de zaak van 20 juni 2007 situeert zich in wezen op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel, evenals dat van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling. Weliswaar staat in het relativiteitsoordeel van de Afdeling niet of niet heel uitdrukkelijk de tegenstelling centraal tussen een als algemeen belang aan te merken belang enerzijds en individuele vermogensbelangen anderzijds. In het relativiteitsoor-

16 ABRvS 20 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7572, AB 2008/336, m.nt. A.M.L. Jansen, r.o. 2.6.

17 ABRvS 20 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7572, AB 2008/336, m.nt. A.M.L. Jansen, r.o. 2.6.

18 ABRvS 20 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7572, AB 2008/336, m.nt. A.M.L. Jansen, r.o. 2.6.

19 Op het punt van de vergoeding van immateriële schade trekt de staatssecretaris echter aan het kortste eind, omdat naar het oordeel van de Afdeling uit het Pizzati-arrest van het EHRM volgt dat bij overschrijding van de redelijke termijn bij het nemen van een besluit, behoudens bijzondere omstandigheden, 'spanning en frustratie als grond voor vergoeding van schade wordt verondersteld'. In zoverre is de afwijzing van het verzoek tot schadevergoeding daarom ondeugdelijk gemotiveerd, zodat de staatssecretaris op dit punt een nieuw besluit moet nemen (ABRvS 20 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7572, AB 2008/336, m.nt. A.M.L. Jansen, r.o. 2.8-2.9). Zie over dergelijke schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn nader ABRvS 7 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM0213, AB 2010/206, m.nt. F.M.J. den Houdijker, r.o. 2.5-2.9.

deel van de Afdeling staat het recht van de vreemdeling 'op bestendig verblijf in Nederland' tegenover diens 'vermogensrechtelijke belangen'. Maar de Afdeling oordeelt wel categorisch dat de verlening van een verblijfsvergunning niet strekt tot bescherming van 'vermogensrechtelijke belangen van de vreemdeling'. Daaraan voegt zij specifiek toe dat de verlening van deze vergunning ook niet ertoe strekt 'de vreemdeling in staat te stellen inkomen (uit voorzieningen, verstrekkingen en uitkeringen) te verwerven'.

Het relativiteitsoordeel van de Afdeling abstraheert daarmee van het concrete geval. De betreffende vreemdeling wordt niet bij name genoemd, evenmin als het specifieke geschade belang waarvoor zij opkomt: een misgelopen bijstandsuitkering en misgelopen kinderbijslag en heffingskorting. De Afdeling spreekt meer in het algemeen van 'voorzieningen, verstrekkingen en uitkeringen'. Zij benadrukt verder dat de vluchteling niet bij de aansprakelijkheidsrechter moet zijn om de schending van een 'voor de procedure tot verlening van een verblijfsvergunning' geldende regel aan de kaak te stellen, maar bij de bestuursrechtelijke vreemdelingenrechter om die schending 'te doen herstellen', zoals ook de Hoge Raad dat doet in Iraanse vluchteling.<sup>20</sup> Rechtstreekse handhaving van de betreffende normen van de Vw 2000 is dus alleen in het publiekrecht mogelijk. Uit dit alles spreekt dat dit relativiteitsoordeel zich situeert op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel.

In wetstekst en wetsgeschiedenis in hoofdstuk 3 van de Vw 2000, dat de normen ter zake van de verlening van een verblijfsvergunning bevat, zie ik voor de rechter geen dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen dat deze normen mede individuele vermogensbelangen beogen te beschermen. In artikel 13 Vw 2000 valt te lezen dat een aanvraag om een verblijfsvergunning 'slechts' wordt ingewilligd als internationale verplichtingen 'daartoe nopen', daarmee een 'wezenlijk Nederlands belang is gediend' dan wel 'klemmende redenen van humanitaire aard daartoe nopen'. Daarmee plaatst de wetgever de verlening van verblijfsvergunningen in het teken van het algemeen, Nederlands belang.

Dat sluit niet uit dat hij daarmee ook de individuele belangen van vreemdelingen bedoelt te beschermen. Dat spreekt bijvoorbeeld ook uit artikel 10 Vw 2000, dat ziet op onrechtmatig verblijvende vreemdelingen. Zij kunnen aanspraak maken op 'onderwijs', 'de verlening van medisch noodzakelijke zorg' of 'rechtsbijstand'. Uit artikel 29 Vw 2000, over de verblijfsvergunning voor asielzoekers, spreekt ook nadrukkelijker dat de verlening daarvan in het teken staat van bescherming van het individuele belang van asielzoekers. Zo'n verblijfsvergunning kan volgens lid 1 worden verleend aan 'de verdragsvluchteling' en aan de degene die aannemelijk maakt dat hij 'bij uitzetting een reëel risico loopt op ernstige schade', bestaande uit 'doodstraf of executie', 'folteringen, onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen' of 'ernstige en individuele bedreiging van het leven of de persoon van een burger als

---

20 Zie ook par. 5.5.

gevolg van willekeurig geweld in het kader van een internationaal of binnenlands gewapend conflict'.<sup>21</sup> Hoewel hier dus ook sprake is van het woord 'schade', doelt de wetgever daarmee niet op schade in de zin van financieel of vermogensrechtelijk nadeel. Hieruit kan in mijn optiek daarom niet worden afgeleid dat de wetgever met de normen die zien op de verlening van een verblijfsvergunning beoogt de individuele belangen van vreemdelingen in vermogensrechtelijke zin te beschermen.

Buiten hoofdstuk 3 bevat de Vw 2000 overigens wel bepalingen over schadevergoeding. Zo bepaalt artikel 71a en 72a Vw 2000 dat in afwijking van artikel 8:89 Awb de bestuursrechter exclusief bevoegd is te oordelen over een verzoek tot schadevergoeding voor een onrechtmatig besluit of onrechtmatige handeling van het bestuursorgaan 'ten aanzien van deze vreemdeling als zodanig' in de zin van artikel 8:88 Awb. Deze rechtsmachtsbepalingen dateren echter van 2013.<sup>22</sup> Daaruit kan in mijn optiek bovendien niet méér worden afgeleid dan dat een vreemdeling in algemene zin schadevergoeding kan vorderen wegens een onrechtmatig besluit in de sfeer van het vreemdelingenrecht. Daaruit betekent nog niet dat de wetgever specifiek met de normen van de Vw 2000 de belangen van vreemdelingen in vermogensrechtelijke zin beoogt te beschermen. Artikel 106 Vw 2000 verleent de vreemdelingenrechter de bevoegdheid de vreemdeling een vergoeding toe te kennen ten laste van de Staat, bij gelegenheid van opheffing door de rechter van een vrijheidsbenemende maatregel.<sup>23</sup> Ook daaruit kan in mijn optiek echter niet worden afgeleid dat de normen van de Vw 2000 die zien op de verlening van een verblijfsvergunning mede individuele vermogensbelangen beogen te beschermen.

Daarmee laat het relativiteitsoordeel van de Afdeling in deze eerste zaak waarin zij zich uitsprekt over de relativiteit van wettelijke normen in de sfeer van het vreemdelingenrecht zich inpassen in het model. Haar relativiteitsoor-

21 Aanvankelijk luidde art. 29 lid 1 Vw 2000 op dit laatste punt anders en kon ook een verblijfsvergunning asiel worden verleend o.g.v. 'klemmende redenen van humanitaire aard die verband houden met de redenen van (...) vertrek uit het land van herkomst' op grond waarvan van de vreemdeling 'in redelijkheid niet kan worden verlangd dat hij terugkeert naar het land van herkomst'. Dat maakt de analyse in de hoofdtekst echter niet anders.

22 Afstemmingsproblemen tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter in zaken van schadevergoeding in de sfeer van het vreemdelingenrecht zullen zich wat dat betreft voor zaken na 2013 niet meer voordoen. Overigens werd destijds door de VVD-fractie in de Tweede Kamer al gevraagd of niet art. 8:73 Awb in de Vw 2000 moest worden genoemd als grondslag voor eventuele schadevergoeding ter zake van een beschikking o.g.v. van de Vw 2000 'en dat geen afzonderlijke schadevergoeding kan worden gevorderd indien van deze mogelijkheid geen gebruik is gemaakt' (*Kamerstukken II 1999/2000*, 26 732, nr. 5, p. 18). De minister verwijst bij beantwoording van deze vraag naar HR 17 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3880, AB 2000/89, m.nt. P.J.J. van Buuren (Groningen/Raatgever) in *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 732, nr. 7, p. 61. Zie in dezelfde zin *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 732, nr. 9, p. 58-59, onder verwijzing naar HR 31 december 1915, NJ 1916, p. 407-411 (Noordwijkerhout/Guldemon), en *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 732, nr. 14, p. 24.

23 In deze zin ook de minister in *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 732, nr. 7, p. 219 en p. 225-226.

deel situeert zich op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel en de Afdeling komt tot een ontkennend relativiteitsoordeel, terwijl positieve aanwijzingen dat de betreffende normen van de Vw 2000 mede individuele vermogensbelangen beogen te beschermen, ontbreken. Of de Afdeling ook tot haar ontkennende relativiteitsoordeel komt, *omdat* zulke positieve aanwijzingen ontbreken, is moeilijk te zeggen. De opbouw en formulering van haar relativiteitsoordeel zijn ten opzichte van Iraanse vluchteling op onderdelen aangepast voor de Vw 2000. De passage in haar relativiteitsoordeel dat het doel van de 'regels uit de Vw 2000' is om de vreemdeling 'een recht op bestendig verblijf in Nederland te verlenen' is in elk geval in zoverre aan deze wet ontleend dat de term 'bestendig verblijf' daarin voorkomt. De Afdeling heeft dus in elk geval naar deze wet gekeken. Tegelijkertijd stelt de Afdeling voorop dat zij het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling 'volgt', is haar relativiteitsoordeel inhoudelijk gelijk en zijn sommige passages op onderdelen ook haast letterlijk hetzelfde.

Het blijft dus de vraag of het volgen van de Hoge Raad voorop heeft gestaan en de Afdeling diens relativiteitsoordeel slechts heeft aangepast voor de Vw 2000 dan wel ten principale een eigen inhoudelijk relativiteitsoordeel over de normen voor de verlening van een verblijfsvergunning van deze wet heeft geveld, op basis van wetstekst en wetsgeschiedenis. Een andere modaliteit is nog dat de Afdeling de Hoge Raad in zoverre 'volgt' dat zij 'in de geest' van diens relativiteitsoordeel in wetstekst en wetsgeschiedenis van de Vw 2000 is nagegaan of het relativiteitsoordeel voor deze wet hetzelfde moet luiden als dat in Iraanse vluchteling en inderdaad tot die conclusie is gekomen.

In de literatuur wordt doorgaans aangenomen dat het ontkennende relativiteitsoordeel van de Afdeling moet worden verklaard door haar keuze de Hoge Raad te volgen.<sup>24</sup> Van Ravels observeert dat de Afdeling de Hoge Raad 'eigenlijk zonder meer' volgt. Zijn inschatting is dat de Afdeling dat doet omwille van de rechtseenheid. Van Ravels sluit niet uit dat het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling haar mogelijk 'niet echt' kan 'bekoren'. Daarbij wijst Van Ravels erop dat de Afdeling in haar relativiteitsoordeel in Amelandse benzinstations – te bespreken in de volgende paragraaf – een andere lijn kiest.<sup>25</sup> Ook Barkhuysen & Di Bella gaan ervan uit dat het ontken-

---

24 Vgl. Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven, die er in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.8 in meer algemene zin vanuit gaat dat de Afdeling de Hoge Raad volgt, in gevallen waarin de Hoge Raad zich al over 'de beschermingsomvang van een geschonden norm' heeft uitgelaten. Dit geldt in de optiek van Widdershoven 'in het bijzonder' voor 'de opvatting van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling'.

25 Van Ravels 2009, p. 31.

nende relativiteitsoordeel van de Afdeling is ingegeven door overwegingen van rechtseenheid.<sup>26</sup> Zij werpen de retorische vraag op of de Afdeling hier niet de 'kwaliteit van de rechtspraak' had moeten laten prevaleren boven rechtseenheid met de rechtspraak van de Hoge Raad. Onder kwaliteit van rechtspraak verstaan Barkhuysen & Di Bella dan dat de Afdeling een eigen 'relativiteitskoers' had moeten kiezen.<sup>27</sup>

Hoe dit ook zij, zeker is dat de Afdeling aan haar lijn consequent vasthoudt in zaken van schadevergoeding voor een ten onrechte geweigerde of te laat verleende verblijfsvergunning. In 2008 volgen niet minder dan vijf zaken. In drie daarvan oordeelt de Afdeling in meer algemene zin dat 'de regels van het nationale vreemdelingenrecht' die zien op de verlening van een verblijfsvergunning niet strekken tot bescherming van 'vermogensrechtelijke belangen van de vreemdeling'. Het relativiteitsvereiste staat daarom steeds aan aansprakelijkheid van de Staat in de weg voor de verschillende specifieke schadeposten van de appellanten.<sup>28</sup> In twee andere zaken oordeelt de Afdeling dat hetzelfde geldt voor 'de wettelijke beslistermijn in de Vw 2000'. Naar haar oordeel kan 'de plicht om binnen de daartoe gestelde wettelijke termijn een beslissing op de aanvraag te nemen' niet 'los (...) worden gezien van de aard van het besluit'. Waarop de Afdeling vervolgt:

'Het tijdig nemen van een inwilligende beslissing op de aanvraag stelt [appellant] weliswaar in staat in Nederland eerder een bestaan op te bouwen door inkomen uit loondienst of uit uitkering te verwerven, maar dit betekent niet dat het nemen van een tijdige en juiste beslissing omtrent het recht op verblijf in Nederland strekt tot bescherming van zijn vermogensrechtelijke belangen.'<sup>29</sup>

26 Zie T. Barkhuysen & L. Di Bella, noot onder ABRvS 3 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG5893, AB 2009/65 (beslistermijn Vw 2000; gemiste bijstandsuitkering gezin en kosten aanschaf studieboeken), sub 4.

27 T. Barkhuysen & L. Di Bella, noot onder ABRvS 3 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG5893, AB 2009/65 (beslistermijn Vw 2000; gemiste bijstandsuitkering gezin en kosten aanschaf studieboeken), sub 12. Dat zou dan een koers moeten zijn die leidt tot een bevestigend relativiteitsoordeel in zaken als de onderhavige en Iraanse vluchteling, want Barkhuysen & Di Bella kunnen zich in de lijn van de Hoge Raad niet vinden en daarmee evenmin in die van de Afdeling.

28 ABRvS 26 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC7651, JB 2008/109, JV 2008/196 (nationale vreemdelingenrecht; Nationale Hypotheek Garantie), r.o. 2.4.1. In dezelfde zin ABRvS 4 juni 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD4462, JV 2008/296 (nationale vreemdelingenrecht; inkomen uit arbeid en ziektekostenverzekering), r.o. 2.2.1, waaraan de Afdeling toevoegt dat het feit dat de procedure 'door toedoen van de staat' nodeloos lang heeft geduurd dat niet anders maakt. In deze zin ook ABRvS 3 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG5902 (nationale vreemdelingenrecht; inkomen uit arbeid; uitkeringen en voorzieningen), r.o. 2.6.

29 ABRvS 3 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG5900 (beslistermijn Vw 2000; inkomen), r.o. 2.6. In dezelfde zin ABRvS 3 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG5893, AB 2009/65, m.nt. T. Barkhuysen & L. Di Bella (beslistermijn Vw 2000; gemiste bijstandsuitkering gezin en kosten aanschaf studieboeken), r.o. 2.6. Deze beslistermijn is neergelegd in art. 42 Vw 2000 jo. art. 4:13 lid 1 Awb. De Afdeling noemt deze bepalingen niet in haar oordeel. Tevens in dezelfde zin: ABRvS 18 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK3575, JB 2010/5, r.o. 2.5.1

In het licht van de eerdere zaken ligt dat wel voor de hand. Ook de wettelijke beslistermijn is immers een van de regels van de Vw 2000, die ziet op de verlening van een verblijfsvergunning, dan wel een regel van het 'nationale vreemdelingenrecht'. Ook Barkhuysen & Di Bella kunnen instemmen met het aldus bij het relativiteitsoordeel over één kam scheren van materiële normen en 'formele' normen als de beslistermijn. Maar zij zijn ook kritisch, omdat dit tot het in hun ogen ongerijmde resultaat zou kunnen leiden dat een wettelijke beslistermijn in de sfeer van het Vreemdelingenrecht niet strekt tot bescherming van vermogensrechtelijke belangen en op een ander rechtsgebied wellicht wel.<sup>30</sup> Mij lijkt dit minder problematisch. Het gaat om verschillende wettelijke normen, die weliswaar alle een beslistermijn inhouden, maar onderdeel zijn van verschillende wetten.

In 2010 herhaalt de Afdeling nog eens dat 'de regels uit de Vw 2000', die zien op de verlening van een verblijfsvergunning, niet strekken tot bescherming van 'vermogensrechtelijke belangen'. Bij deze gelegenheid merkt zij dit oordeel bovendien aan als 'vaste jurisprudentie'.<sup>31</sup> In een zaak uit 2012 komt de Afdeling tot hetzelfde oordeel, ook al is in die zaak het arbeidsverleden van appellant betrokken bij het besluit tot verlening van de verblijfsvergunning.<sup>32</sup> In 2014 expliciteert de Afdeling dat een verblijfsvergunning op grond van de Vw 2000 ook niet strekt tot het verkrijgen van voorschotten huur- en zorgtoeslag.<sup>33</sup> Daaraan voegt zij desgevraagd toe dat het recht op een eerlijk proces en op een effectief rechtsmiddel in artikel 6 EVRM respectievelijk 13 EVRM aan een dergelijk ontkennend relativiteitsoordeel niet in de weg staan.<sup>34</sup>

In de meest recente zaak, uit 2015, doet de Afdeling het enigszins anders. Zij wijst erop dat in deze zaak niet in geschil is dat de appellant zelf had kunnen voorkomen dat hij inkomen uit arbeid is misgelopen, als gevolg van een ten onrechte ingetrokken verblijfsvergunning. De vreemdeling had 'bij

---

(nationale vreemdelingenrecht).

30 Zie T. Barkhuysen & L. Di Bella, noot onder ABRvS 3 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG5893, AB 2009/65, sub 6.

31 ABRvS 7 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM0213, AB 2010/206, m.nt. F.M.J. den Houdijker (Vw 2000; materiële schade), r.o. 2.4.1. Wel kent de Afdeling in deze zaak een vergoeding toe van EUR 500 per half jaar dat de redelijke termijn is overschrijden die voor de beslechting van het geschil staat, op grond van art. 6 EVRM 'en het daaraan ten grondslag liggende rechtszekerheidsbeginsel' (r.o. 2.5.1-2.9).

32 ABRvS 29 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV7280 (regels nationale vreemdelingenrecht), r.o. 2.4.3.

33 ABRvS 16 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2688 (verblijfsvergunning en voorschotten huur- en zorgtoeslag), r.o. 4.

34 ABRvS 16 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2688 (verblijfsvergunning en voorschotten huur- en zorgtoeslag), r.o. 5. De Afdeling wijst erop dat het feit dat het relativiteitsvereiste aan aansprakelijkheid in de weg staat de uitkomst is van een 'inhoudelijke beoordeling' van het verzoek tot schadevergoeding. Daaruit blijkt dat appellant een effectief rechtsmiddel heeft kunnen inzetten, ook al heeft dat niet het gewenste resultaat opgeleverd. Zie in deze zin ook Vzr. Rb. Arnhem 17 december 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BP0931, GJ 2011/58, m.nt. P.W. den Hollander (Astrazeneca & GlaxoSmithKline/Uvit c.s.), r.o. 4.13.

het loket van de IND een sticker met verblijfsaantekening in zijn paspoort' kunnen laten plaatsen, in welk geval hij arbeid in loondienst had mogen verrichten. De Afdeling oordeelt daarom in deze zaak dat 'voor zover' het relativiteitsvereiste niet aan vergoeding van de schade in de weg staat, de schade niet aan de staatssecretaris 'kan worden toegerekend'.<sup>35</sup> In de rechtspraak van de Afdeling staat in zaken in de sfeer van het vreemdelingenrecht het relativiteitsvereiste, kortom, steeds aan overheidsaansprakelijkheid in de weg voor een besluit in strijd met een norm uit de Vw 2000. Eén zaak vormt de uitzondering op deze regel.

### 6.3 BESCHERMINGSDOEL, WEL RELATIVITEIT I: NEDERLANDS-AMERIKAANS VRIENDSCHAPSVERDRAG

Eén zaak vormt de uitzondering op de regel dat in zaken in de sfeer van het vreemdelingenrecht het relativiteitsvereiste bij de Afdeling steeds aan aansprakelijkheid in de weg staat. Het betreffende relativiteitsoordeel ziet dan ook niet op de normen van de Vw 2000, maar op het Nederlands-Amerikaans Vriendschapsverdrag. Een vrouw overweegt een verzoek om vergoeding van materiële en immateriële schadevergoeding te doen ter zake van de weigering een verblijfsvergunning te verlengen, als gevolg waarvan zij haar onderneming heeft moeten beëindigen. De bank en de verhuurder van het bedrijfspand waren vanwege haar 'onzekere verblijfsspositie' niet langer bereid tot samenwerking.<sup>36</sup> Dit mogelijke verzoek om schadevergoeding is ook het procesbelang voor de vrouw door te procederen tegen de beslissing op bezwaar, waarbij de staatssecretaris vasthoudt aan zijn weigering.

De rechtbank acht de vrouw niet ontvankelijk, omdat het mogelijke verzoek tot schadevergoeding een 'onzekere toekomstige gebeurtenis' betreft.<sup>37</sup> De Afdeling acht de vrouw in hoger beroep wel ontvankelijk, nu zij 'de door haar gestelde materiele schade (...) tot op zekere hoogte aannemelijk' heeft gemaakt.<sup>38</sup> De Afdeling constateert vervolgens dat de niet-verlengde verblijfsvergunning een 'verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd' betreft 'onder de beperking "arbeid als zelfstandige voor Hope's Business Center op grond van het Nederlands Amerikaans Vriendschapsverdrag"'. Dat maakt dat de kaarten voor de vrouw hier anders liggen dan voor de benadeelden in de tot nu toe besproken zaken. De Afdeling:

35 ABRvS 1 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1023 (intrekking verblijfsvergunning; schadebeperkingsplicht), r.o. 4.1. Waarschijnlijk doelt de Afdeling hier op de schadebeperkingsplicht van de benadeelde, in te passen in het leerstuk van de 'eigen schuld' van art. 6:101 BW. De rechtbank had de zaak afgedaan op het relativiteitsvereiste (r.o. 4).

36 ABRvS 16 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5594, JV 2012/427, m.nt. M.A.G. Reurs (Nederlands-Amerikaans Vriendschapsverdrag), r.o. 2.2.1.

37 Nederlands-Amerikaans Vriendschapsverdrag, r.o. 2.2.

38 Nederlands-Amerikaans Vriendschapsverdrag, r.o. 2.2.3.

‘Omdat voormelde verblijfsvergunning ertoe strekt de vreemdeling in staat te stellen inkomen te verwerven, kan niet worden geoordeeld dat het in artikel 6:163 van het Burgerlijk Wetboek neergelegde relativiteitsvereiste op voorhand aan vergoeding van dergelijke schade in de weg staat, zoals ook de minister ter zitting heeft beaamd. In zoverre wijkt het onderhavige geval af van het geval als aan de orde in de uitspraak van de Afdeling van 29 februari 2012 in zaak nr. 201108553/1/A2 (www.raadvanstate.nl).’<sup>39</sup>

Het relativiteitsvereiste staat daarom niet ‘op voorhand’ aan een veroordeling van het bestuursorgaan tot vergoeding van de door de vrouw als gevolg van de weigering geleden schade in de weg, aldus de Afdeling.<sup>40</sup> Zover komt het overigens niet, omdat de Afdeling vervolgens oordeelt dat de verlenging van de vergunning terecht geweigerd is.<sup>41</sup> Wel kent zij de vrouw een vergoeding toe vanwege overschrijding van de redelijke termijn.<sup>42</sup>

De Afdeling komt in deze zaak dus tot een bevestigend relativiteitsoordeel. Het Nederlands-Amerikaans Vriendschapsverdrag biedt ook dekking middels positieve aanwijzingen dat de verdragsluitende partijen met dit verdrag mede individuele vermogensbelangen bedoelen te beschermen. Het bepaalt in artikel II lid 1 aanhef en sub b:

‘Het zal onderdanen van de ene Partij zijn geoorloofd, het grondgebied van de andere partij te betreden en daarbinnen te verblijven (...) ten einde de bedrijfsuitoefening van een onderneming waarin zij een aanzienlijk kapitaal hebben belegd of waarin daadwerkelijk bezig zijn zulks te doen, te ontwikkelen en te leiden (...).’<sup>43</sup>

Dit Nederlands-Amerikaans Vriendschapsverdrag kent dus aan onderdanen van een van beide verdragsluitende partijen het recht toe te verblijven op het grondgebied van de andere verdragsluitende partij teneinde de uitoefening van een onderneming mogelijk te maken ‘waarin zij een aanzienlijk kapitaal hebben belegd’. Hier gaat het om bescherming van de individuele belangen van onderdanen van Nederland en Amerika, met een belang in een onderneming in een van beide landen, in vermogensrechtelijke zin.<sup>44</sup> Uit het relati-

39 Nederlands-Amerikaans Vriendschapsverdrag, r.o. 2.2.3.

40 Nederlands-Amerikaans Vriendschapsverdrag, r.o. 2.3.

41 Nederlands-Amerikaans Vriendschapsverdrag, r.o. 2.4-2.4.5. De toevoeging ‘op voorhand’ van de Afdeling moet wellicht worden begrepen in de zin van alvorens na te gaan of het bestuursorgaan onrechtmatig heeft gehandeld door de verblijfsvergunning ten onrechte te weigeren.

42 Nederlands-Amerikaans Vriendschapsverdrag, r.o. 2.7.

43 Verdrag van vriendschap, handel en scheepvaart tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika van 27 maart 1956, Trb. 1956/40, door de Afdeling aangehaald in r.o. 2.4.

44 Vgl. M.A.G. Reurs, noot onder Nederlands-Amerikaans Vriendschapsverdrag, *JV* 2012/427, sub 4, die het zo interpreteert dat het verschil is dat op grond van het Vriendschapsverdrag een verblijfsvergunning wordt verleend met het ‘oogmerk om inkomen te verwerven’, terwijl een verblijfsvergunning o.g.v. de Vw 2000 de vreemdeling daartoe slechts in staat stelt.

teitsoordeel van de Afdeling valt niet op te maken dat zij tot dit bevestigende relativiteitsoordeel komt, vanwege deze positieve aanwijzing. Dat lijkt mij evenwel aannemelijk, nu de Afdeling in een latere rechtsoverweging, bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de beslissing op bezwaar, de bovenstaande bepaling uit het Nederlands-Amerikaans Vriendschapsverdrag parafraseert. Al staat daar tegenover dat de Afdeling zich in de rechtsoverweging waarin zij haar relativiteitsoordeel velt niet zozeer uitspreekt over het verdrag, als wel over de verblijfsvergunning. Het is deze verblijfsvergunning die er naar het oordeel van de Afdeling toe strekt 'de vreemdeling in staat te stellen inkomen te verwerven'. Hoe dit laatste ook zij, de rechtspraak van de Afdeling in zaken in de sfeer van het vreemdelingenrecht over de relativiteit van de Vw 2000 en het Nederlands-Amerikaans Vriendschapsverdrag laat zich dus redelijk inpassen in het model. Anders is het in zaken in de sfeer van het ruimtelijke ordeningsrecht.

#### 6.4 BESCHERMINGSDOEL, WEL RELATIVITEIT II: AMELANDSE BENZINESTATIONS

De zaak van de Amelandse benzinestations gaat terug op een besluit van het College van B&W van de gemeente Ameland van 14 april 1992. Bij dat besluit verleent het college aan Taxicentrale Ameland een vergunning voor de bouw van een taxicentrale en een benzinestation, onder verlening van een zogeheten 'binnenplanse' vrijstelling van het bestemmingsplan. Nagtegaal, exploitant van een naburig benzinestation, komt tegen deze vergunning op.<sup>45</sup> Eerst in bezwaar, dat ongegrond wordt verklaard, en vervolgens in beroep.

In beroep heeft Nagtegaal succes. De Afdeling oordeelt dat het college de bouwvergunning had moeten weigeren op grond van artikel 48 lid 1 aanhef en sub b Woningwet (oud). Volgens deze bepaling moet een bouwvergunning worden geweigerd indien het bouwwerk waarop de aanvraag ziet in strijd is met het bestemmingsplan. Die situatie doet zich hier voor. Artikel 6 van de planvoorschriften bij het bestemmingsplan 'Bedrijventerrein Nes' verbiedt het gebruik van de betreffende gronden en bebouwing voor detailhandel. De vrijstelling waaronder het college de bouwvergunning heeft verleend, kan de bouwvergunning niet sauveren. Het bestemmingsplan voorziet anders dan het college blijkbaar dacht niet in de mogelijkheid van het verlenen van zo'n vrijstelling.<sup>46</sup> De Afdeling vernietigt daarom op 1 maart 1996 de beslissing op bezwaar, waarbij het college het bezwaar van Nagtegaal ongegrond heeft verklaard.

---

<sup>45</sup> Zie Damen 2009, p. 244, noot 3 voor de naam van de appellant, die Damen ontleent aan de kranten. Zie ook van Ravels 2009, p. 14-37.

<sup>46</sup> Althans niet voor detailhandel die geen ondergeschikte nevenactiviteit behelst. Daarvan is naar het oordeel van de Afdeling i.c. geen sprake, nu het bouwplan voorziet in een openbaar benzinestations. Zie Van Ravels 2009, p. 14-15.

Ondertussen staat het benzinestation van Taxicentrale Ameland er wel. Nagtegaal stelt inkomsten te derven en doet bij het college een verzoek om vergoeding van zijn schade. Het college trekt echter het oorspronkelijke besluit van 14 april 1992 in. Daarnaast verleent het college alsnog een zogeheten 'buitenplanse' vrijstelling van het bestemmingsplan, op grond van artikel 19 van de Wet op de ruimtelijke ordening (WRO), alsmede een nieuwe bouwvergunning voor het benzinestation. Dit besluit blijft ook na bezwaar en beroep overeind, zodat het benzinestation van Taxicentrale Ameland daarmee uiteindelijk alsnog is gelegaliseerd. Het verzoek om schadevergoeding van Nagtegaal wijst het college af, onder meer vanwege het ontbreken van causaal verband tussen de door de Afdeling vernietigde beslissing op bezwaar en de schade.

Nagtegaal laat het er niet bij zitten en maakt bezwaar tegen de afwijzing van zijn verzoek om schadevergoeding. Het college op zijn beurt verklaart dit bezwaar weer ongegrond. Deze beslissing op bezwaar wordt in beroep vernietigd door de rechtbank, met instemming van de Afdeling in hoger beroep. Als de Afdeling deze uitspraak doet is het inmiddels 15 december 2004.<sup>47</sup> Ruim anderhalf jaar later neemt het college een nieuwe beslissing op Nagtegaals bezwaar tegen de afwijzing van zijn nog altijd uitstaande verzoek om schadevergoeding. Het college verklaart het bezwaar van Nagtegaal tegen de afwijzing van diens verzoek om schadevergoeding wederom ongegrond. Dit maal op grond van het relativiteitsvereiste: de geschonden regels van ruimtelijke ordening strekken volgens het college 'louter' tot bescherming van 'ruimtelijke belangen' en niet tot bescherming 'van een ondernemer tegen schade door de komst van een concurrent in zijn afzetgebied'.<sup>48</sup>

Nogmaals stelt Nagtegaal beroep in en zo komt diens verzoek om schadevergoeding wederom bij de rechtbank terecht. De rechtbank oordeelt dat artikel 6 van de planvoorschriften inderdaad niet strekt tot bescherming tegen de schade van Nagtegaal. Onder de noemer van de correctie-Langemeijer oordeelt de rechtbank echter dat het college in strijd heeft gehandeld met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die wel strekt tot bescherming van het geschade belang van Nagtegaal:

'De rechtbank overweegt dat de WRO een systeem kent dat als uitgangspunt heeft dat in een op basis van die wet vastgesteld bestemmingsplan wordt aangegeven

47 ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7587, *Gst.* 2005/75 (Amelandse benzine-stations I), waarover Damen 2005, p. 276-281.

48 Rb. Leeuwarden 29 februari 2008, ECLI:NL:RBL:2008:BC6258. Bij de toets aan het vereiste van causaal verband betreft de Afdeling ook het vereiste van onrechtmatigheid. Ook het primaire besluit waarbij Taxicentrale Ameland de bouwvergunning is verleend – het schadeveroorzakende besluit omdat op grond van die achteraf (tijdelijk) ten onrechte verleende bouwvergunning het benzinestation is opgetrokken – is naar het oordeel van de Afdeling onrechtmatig, hoewel zij dat primaire besluit niet heeft vernietigd. Uit de uitspraak waarin de Afdeling de beslissing op bezwaar vernietigde, leidt zij echter af dat ook het primaire besluit 'rechts niet juist is' (r.o. 2.8). Zie hierover Van Ravels 2009, p. 19-20.

voor welk doel of doeleinden gronden kunnen en mogen worden benut. Burgers zullen dus voor wat betreft ruimtelijke ordening hun handelen in eerste instantie afstemmen op het bestemmingsplan.

Gelet hierop en op het feit dat verweerder het bestuursorgaan is dat primair belast is met de uitvoering/handhaving van het bestemmingsplan en het feit dat een afzetgebied als het onderhavige met een relatief klein aantal aanbieders en afnemers extra gevoelig is voor veranderingen, is de rechtbank van oordeel dat de wijze waarop verweerder op 14 april 1992 vrijstelling van het bestemmingsplan heeft gegeven jegens eiser onzorgvuldig is geweest, aangezien dat bestemmingsplan de belangen van eiser indirect beschermt. Door op deze wijze te handelen heeft verweerder zich onzorgvuldig jegens eiser gedragen in de zin van artikel 6:162 van het BW. Hieraan doet niet af dat de WRO onder omstandigheden de mogelijkheid biedt om met toepassing van artikel 19 af te wijken van het bestemmingsplan. Dat laat immers onverlet dat eiser er op grond van die bepaling niet op bedacht hoefde te zijn dat met toepassing van een binnenplanse vrijstelling het verbod van detailhandel zou worden opgeheven. Voor zover verweerder van mening is dat een ieder gelet op het bepaalde in artikel 19 van de WRO geen (enkel) gerechtvaardigd vertrouwen kan ontlenen aan hetgeen in het bestemmingsplan is bepaald, deelt de rechtbank die mening niet. Een dergelijke opvatting zou aan het bestemmingsplan zijn betekenis ontnemen.<sup>49</sup>

Of de rechtbank hier nu de 'echte' correctie-Langemeijer toepast of een correctie-Langemeijer-achtige exercitie is de vraag. In elk geval oordeelt zij niet expliciet dat de omstandigheid dat een wettelijke norm is geschonden de doorslag geeft voor het oordeel dat het college ook een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden.<sup>50</sup> Aldus komt de rechtbank tot de uitkomst dat het college aansprakelijk is voor de schade van Nagtegaal.

In hoger beroep voert Nagtegaal tegen het oordeel van de rechtbank over de relativiteit van het bestemmingsplan in de samenvatting van de Afdeling aan dat het bestemmingsplan 'in samenhang met de Woningwet en de WRO' wel degelijk strekt tot bescherming van zijn geschade belang. Nagtegaal betoogt dat hij op grond daarvan 'ervan uit mocht gaan dat ter plaatse geen detailhandel was toegestaan en dat detailhandel slechts mogelijk kon worden gemaakt na het doorlopen van een met procedurele waarborgen omgeven procedure op grond van artikel 19 van de WRO'.<sup>51</sup> Het college heeft begrijpelijkerwijs met het oordeel van de rechtbank over de relativiteit van het bestemmingsplan geen moeite. Wel verzet het college zich tegen het correctie-Langemeijer-achtige oordeel van de rechtbank dat het college tevens in strijd heeft gehandeld met

49 Rb. Leeuwarden 29 februari 2008, ECLI:NL:RBL:BC6258.

50 De rechtbank geeft de correctie wat dat betreft in abstracto niet correct weer in haar vonnis, voorafgaand aan de in de hoofdtekst geciteerde overweging. Zie over de correctie-Langemeijer par. 4.10. Vgl. Van Ravels 2009, p. 22, die in het oordeel van de rechtbank wel een 'echte' correctie-Langemeijer ziet. In deze zin ook Van den Berge 2012, p. 78.

51 ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8294, AB 2009/213, m.nt. B.P.M. van Ravels en A.M.L. Jansen (Amelandse benzinstations II), r.o. 2.3.

een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die wel strekt tot bescherming van het geschade belang van Nagtegaal.

De Afdeling gaat mee in het betoog van Nagtegaal. Zij stelt de vaste maatstaf van de Hoge Raad voorop, onder verwijzing naar zijn relativiteitsoordeel in Duwbak Linda:

‘Zoals de Hoge Raad onder meer in zijn arrest van 7 mei 2004 (nr. C02/310; NJ 2006, 281) [Duwbak Linda] heeft overwogen komt het bij de beantwoording van de vraag of voldaan is aan het in artikel 6:163 van het Burgerlijk Wetboek neergelegde vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, aan op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en tot welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt.’<sup>52</sup>

Vervolgens stelt de Afdeling vast welke norm het college heeft geschonden, teruggrijpend op haar uitspraak van 1 maart 1996. In deze uitspraak vernietigde de Afdeling de beslissing op bezwaar tegen het besluit van 14 april 1992. Het college had de bouwvergunning moeten weigeren op grond van artikel 48 lid 1 aanhef en sub b Woningwet (oud). Deze norm wijst de Afdeling daarom aan als geschonden norm. Zij geeft daarbij meteen ook een schot voor de boeg voor haar oordeel over de relativiteit van deze bepaling. Vanwege het ‘dwingende karakter’ van deze norm strekt deze er ‘mede toe’ om ‘een bepaalde mate van rechtszekerheid te bieden’ aan belanghebbenden bij een bestemmingsplan:

‘In voormelde uitspraak van 1 maart 1996 heeft de Afdeling, samengevat weergegeven, overwogen dat het bouwplan in strijd met het bepaalde in artikel 6 van voormeld bestemmingsplan is gericht op detailhandel, zodat het college de bouwvergunning wegens strijd met het bestemmingsplan had moeten weigeren en het college, door dat niet te doen, heeft gehandeld in strijd met artikel 48, eerste lid, aanhef en onder b, van de Woningwet zoals dat artikel destijds luidde. Het dwingende karakter van artikel 48, eerste lid, aanhef en onder b, van de Woningwet zoals dat artikel destijds luidde, strekt er mede toe een bepaalde mate van rechtszekerheid te bieden aan de belanghebbenden bij een bestemmingsplan.’<sup>53</sup>

Hierna verdwijnt artikel 48 Woningwet (oud) echter uit beeld en ligt de focus van het relativiteitsoordeel bij het bestemmingsplan en tot op zekere hoogte bij artikel 19 WRO. Het bestemmingsplan wordt vastgesteld ‘ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening’. Daaraan voegt de Afdeling toe dat ook het bestemmingsplan rechtszekerheid ‘biedt’:

---

52 Amelandse benzinestations II, r.o. 2.3.1.

53 Amelandse benzinestations II, r.o. 2.3.1.

‘Een bestemmingsplan wordt vastgesteld ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening in het desbetreffende gebied. Het bestemmingsplan biedt zo lang het geldt tevens rechtszekerheid aan belanghebbenden in dat gebied en bij dat plan, die hun handelen waar van belang op dat bestemmingsplan zullen afstemmen. In geval van afwijking van het bestemmingsplan wordt hun rechtsbescherming geboden in wettelijk voorgeschreven procedures, waarin zij hun bezwaren naar voren kunnen brengen.’<sup>54</sup>

Het bestemmingsplan dient echter niet ‘om concurrentieverhoudingen te regelen’, aldus de Afdeling:

‘Het bestemmingsplan dient evenwel, zoals de Afdeling onder meer heeft overwogen in de uitspraak van 5 februari 2003, nr. 200105211/1, niet om concurrentieverhoudingen te regelen.’<sup>55</sup>

Concreet betekent dit het volgende:

‘In dit geval kon in het plangebied van het bestemmingsplan “Bedrijventerrein Nes”, waarnaast appellant sub 2 zijn benzineverkoop punt exploiteerde, bij recht geen bouwvergunning voor een ander benzineverkoop punt worden verleend wegens een in de planvoorschriften opgenomen verbod van detailhandel. Om desondanks bouwvergunning te kunnen verlenen, was het volgen van de daarvoor wettelijk voorgeschreven vrijstellingsprocedure van artikel 19 van de WRO noodzakelijk.’<sup>56</sup>

Op *deze* rechtszekerheid – een bouwvergunning voor een ander benzine station dan dat van Nagtegaal is alleen mogelijk langs de weg van de vrijstellingsprocedure artikel 19 WRO – heeft het college in de woorden van de Afdeling ‘inbreuk’ gemaakt:

‘Aannemelijk is dat appellant sub 2 zijn bedrijfsvoering mede op het bestemmingsplan heeft afgestemd. Het college heeft inbreuk op die rechtszekerheid gemaakt door onrechtmatig aan een derde bouwvergunning te verlenen en heeft aldus een praktisch niet meer voor wijziging vatbare situatie in het leven geroepen. Weliswaar is deze situatie naderhand door het voeren van de hiervoor genoemde vrijstellingsprocedure gelegaliseerd, maar dat laat de inbreuk en de daaruit voor appellant sub 2 als belanghebbende voortvloeiende schade onverlet. Appellant sub 2 werd immers geconfronteerd met een besluit tot verlening van bouwvergunning met binnenplanse vrijstelling waarvoor minder uitgebreide procedurele waarborgen golden en heeft niet de met de procedure van artikel 19 van de WRO gemoeide tijd kunnen benutten om zijn bedrijfsvoering aan toekomstige ontwikkelingen aan

---

54 Amelandse benzinestations II, r.o. 2.3.1.

55 Amelandse benzinestations II, r.o. 2.3.1.

56 Amelandse benzinestations II, r.o. 2.3.1.

te passen. Vergelijk in dit verband de arresten van de Hoge Raad van 29 maart 1974 (NJ 1974, 344) en 21 mei 1976 (nr. 11 018, NJ 1977, 17).<sup>57</sup>

Ik begrijp de redenering van de Afdeling in de twee bovenstaande citaten zo dat het college inbreuk heeft gemaakt op de rechtszekerheid dat alleen een bouwvergunning kon worden verleend voor een ander, tweede benzinestation langs de weg van de vrijstellingsprocedure van artikel 19 WRO. Het college heeft deze inbreuk op onrechtmatige wijze gemaakt door toch een bouwvergunning te verlenen op grond van een binnenplanse vrijstelling, terwijl het bestemmingsplan daartoe geen bevoegdheid bood. Nagtegaal is daardoor voor een voldongen feit gesteld, aldus de Afdeling, nu het college daarmee een 'praktisch niet meer voor wijziging vatbare situatie' in het leven riep. Het feit dat het benzinestation naderhand is gelegaliseerd, door alsnog een buitenplanse vrijstelling te verlenen op grond van artikel 19 WRO, maakt dat naar het oordeel van de Afdeling niet anders. Voor de aanvankelijk door het college gegeven binnenplanse vrijstelling gelden minder 'uitgebreide procedurele waarborgen' en er is minder tijd mee gemoeid dan voor de buitenplanse vrijstelling op grond van artikel 19 WRO, zodat Nagtegaal ook minder tijd had 'om zijn bedrijfsvoering (...) aan te passen'.

Dit alles brengt de Afdeling tot de volgende conclusie, waarbij het in het verlengde van het bestemmingsplan ook artikel 48 lid 1 aanhef en sub b Woningwet (oud) weer in de redenering betreft:

'Het bestemmingsplan en in dit verband het dwingende karakter van artikel 48 eerste lid, aanhef en onder b van de Woningwet, zoals dat artikel destijds luidde, strekken er mede toe rechtszekerheid te verschaffen aan genoemde belanghebbenden en beschermen mede tegen schade die wordt veroorzaakt door een onrechtmatige inbreuk daarop.'<sup>58</sup>

De vraag is dan wel of de schade van Nagtegaal kan worden aangemerkt als schade 'veroorzaakt door een onrechtmatige inbreuk' op de hierboven beschreven rechtszekerheid. De Afdeling doet daar niet moeilijk over. Zij is blijkens haar eerder geciteerde overweging van oordeel dat het 'aannemelijk is' dat Nagtegaal 'zijn bedrijfsvoering mede op het bestemmingsplan heeft afgestemd'. De inbreuk op de rechtszekerheid raakt daarom rechtstreeks – zo vul ik aan – die bedrijfsvoering en veroorzaakt in die zin Nagtegaals inkomstenderving.

De Afdeling spreekt dat ook met zoveel woorden uit. Nadat zij heeft vastgesteld dat het relativiteitsvereiste is voldaan, toetst zij aan het vereiste van causaal verband. Bij deze toets past zij de leer-Demogue-Besier toe, teruggrijpend op haar eerdere uitspraak van 15 december 2004.<sup>59</sup> Het college moet

---

57 Amelandse benzinestations II, r.o. 2.3.1.

58 Amelandse benzinestations II, r.o. 2.3.1.

59 Zie par. 3.7. Het betreft de leer-Demogue-Besier in de tweede variant.

de schade van Nagtegaal vergoeden, geleden in de periode van het 'rechtens onjuiste' oorspronkelijke besluit van 14 april 1992 tot het moment waarop na het doorlopen van de buitenplanse vrijstellingsprocedure van artikel 19 WRO een 'rechtens juist besluit genomen had kunnen worden', aldus de Afdeling. De Afdeling betreft daarbij ook weer haar relativiteitsoordeel, door te overwegen dat de schade geleden in deze periode tot de schade behoort, waartegen artikel 48 lid 1 aanhef en sub b Woningwet (oud) beoogt te beschermen. In dit kader spreekt de Afdeling met zoveel woorden uit dat de schade van Nagtegaal is veroorzaakt door de inbreuk van het college op de rechtszekerheid en dat artikel 48 lid 1 aanhef en sub b Woningwet (oud) en het bestemmingsplan strekken tot bescherming tegen die schade:

'Deze schade is veroorzaakt door de inbreuk op de door artikel 48 eerste lid, aanhef en onder b van de Woningwet, zoals dat artikel destijds luidde, in samenhang met het bestemmingsplan aan [appellant sub 2] geboden rechtszekerheid, zodat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de door [appellant sub 2] geleden schade.'<sup>60</sup>

Concreet acht de Afdeling het 'reëel' en 'redelijk' de tijd die gemoeid zou zijn met de buitenplanse vrijstellingsprocedure te stellen op anderhalf jaar.<sup>61</sup> Het college moet daarom de schade van Nagtegaal bestaande in 'aantoonbare inkomstenderving' vergoeden over de periode van 14 april 1992 tot 15 oktober 1993. Althans voor zover Nagtegaal deze schade met 'concrete bedrijfsgegevens' weet te onderbouwen.<sup>62</sup> Daarbovenop veroordeelt de Afdeling het college tot het betalen van een schadevergoeding van EUR 6.000 aan Nagtegaal wegens het overschrijden van de redelijke termijn in de onderhavige procedure.<sup>63</sup>

Het bevestigende relativiteitsoordeel van de Afdeling in Amelandse benzinestations situeert zich op het niveau van de abstracte vraag naar het beschermingsdoel.<sup>64</sup> Het college voert aan dat de geschonden normen van ruimtelijke

<sup>60</sup> Amelandse benzinestations II, r.o. 2.3.2.

<sup>61</sup> De Afdeling gaat dus niet uit van de feitelijke duur van de vrijstellingsprocedure in deze zaak, omdat zij noodzaak ziet tot 'een zekere objectivering' (Amelandse benzinestations II, r.o. 2.3.1).

<sup>62</sup> Amelandse benzinestations II, r.o. 2.3.2.

<sup>63</sup> Amelandse benzinestations II, r.o. 2.4.

<sup>64</sup> Anders Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.18, die het oordeel van de Afdeling aanmerkt als toepassing van de correctie-Langemeijer 'ook al "framed" de Afdeling zelf – anders dan de rechtbank (...) – haar beoordeling niet in termen van die correctie', aldus Widdershoven. Hij wijst er ook op dat de wetgever in het kader van de introductie van het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste het relativiteitsoordeel van de Afdeling aanmerkt als 'variant' van de correctie-Langemeijer, onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3 (MvT Wab), p. 54. Vgl. Verburg 2011, p. 16, volgens wie het relativiteitsoordeel van de Afdeling in Amelandse benzinestations bij de correctie-Langemeijer 'dicht in de buurt' komt. In vergelijkbare zin Van den Berge 2012, p. 80 en p. 108.

ordering uitsluitend als algemene belangen aan te merken 'ruimtelijke belangen' beogen te beschermen. De Afdeling spreekt ook uit dat het bestemmingsplan 'wordt vastgesteld ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening'. Ook dit belang van een goede ruimtelijke ordening is aan te merken als algemeen belang. Zij voegt daaraan toe dat het bestemmingsplan, dat zij min of meer vereenzelvigt met artikel 48 lid 1 aanhef en sub b Woningwet (oud), niet dient 'om concurrentieverhoudingen te regelen'. In zoverre staat in haar relativiteitsoordeel dus de tegenstelling tussen centraal tussen een algemeen belang en op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen. Het bestemmingsplan beoogt wel het als algemeen belang aan te merken belang van 'een goede ruimtelijke ordening' te beschermen, maar niet individuele vermogensbelangen ter zake van 'concurrentieverhoudingen'.<sup>65</sup> In de betreffende passages van haar relativiteitsoordeel noemt de Afdeling de naam van Nagtegaal ook niet, noch zijn geschade belang.

De Afdeling verbindt opmerkelijk genoeg echter geen consequenties aan haar constatering dat het bestemmingsplan niet dient 'om concurrentieverhoudingen te regelen'. Het zou in mijn optiek voor de hand liggen om in een zaak waarin de exploitant van een benzinestation vergoeding verzoekt van schade door de verlening van een bouwvergunning voor een concurrerend benzinestation in strijd met een bestemmingsplan te oordelen dat het relativiteitsvereiste dan aan vergoeding van die schade in de weg staat. De Afdeling slaat na deze constatering echter een andere weg in door over de band van de rechtszekerheid en de onrechtmatige wijze waarop het college daarop inbreuk maakt alsnog te oordelen dat het bestemmingsplan en daarmee ook artikel 48 lid 1 aanhef en sub b Woningwet (oud) strekt tot bescherming van de schade van Nagtegaal. In zoverre situeert haar relativiteitsoordeel zich op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang.<sup>66</sup> Die redenering is opvallend. In de literatuur is deze ook bekritiseerd. Van alle geschreven en aldus gecodificeerd recht kan worden gesteld dat het strekt tot het bieden van enigerlei mate van rechtszekerheid.<sup>67</sup>

Nu valt op deze kritiek af te dingen dat de Afdeling hier lijkt te doelen op het bijzondere soort rechtszekerheid dat Nagtegaal er vanuit mocht gaan dat alleen een concurrerend benzinestation gebouwd zou kunnen worden na het doorlopen van de vrijstellingsprocedure van artikel 19 WRO. Dat is wat anders dan de 'normale' rechtszekerheid die gepaard gaat met de codificatie

65 In deze zin ook Van den Berge 2012, p. 79.

66 In deze zin ook Van den Berge 2012, p. 78-80.

67 Aldus ook C.L.G.F.H. Albers, noot onder Amelandse benzinestations II, *JB* 2009/42, sub 7 en Van Ravels 2009, p. 34. In deze zin ook Di Bella 2014, p. 153. Al is er ook bijval voor de Afdeling op dit punt. Zie T. Barkhuysen & L. Di Bella, noot onder ABRvS 3 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG5893, *AB* 2009/65, sub 10; Van den Berge 2012, p. 129-130; De Poorter 2010, p. 36-37 en p. 46. Vgl. Jurgens 2010, p. 139, die het relativiteitsoordeel van de Afdeling zo lijkt op te vatten dat het is gebaseerd op het rechtszekerheidsbeginnsel en daarmee kan instemmen.

van recht in een wettelijke norm. Rechtszekerheid is echter niet het geschade belang, waarvoor Nagtegaal met zijn verzoek om schadevergoeding opkomt.<sup>68</sup> Weliswaar houdt hij in hoger beroep een betoog met die strekking, afgaand op de uitspraak van de Afdeling, maar Nagtegaal doet niet een verzoek om schadevergoeding ter zake van zijn belang gevrijwaard te blijven van een inbreuk op deze rechtszekerheid. Nagtegaal doet een verzoek tot schadevergoeding ter zake van zijn belang gevrijwaard te blijven van inkomstenderving, doordat in strijd met het bestemmingsplan en daarmee met artikel 48 lid 1 aanhef en sub b Woningwet (oud) een bouwvergunning voor een concurrerend benzinestation wordt verleend. Daarvan gaat ook de Afdeling uit. Dat blijkt uit haar overweging in het kader van de toets aan het vereiste van causaal verband dat Nagtegaal de omvang van zijn schade, bestaande in 'aantoonbare inkomstenderving', met 'concrete bedrijfsgegevens' dient te onderbouwen.

Vanwege deze wending over de band van de rechtszekerheid laat het relativiteitsoordeel van de Afdeling zich ook niet inpassen in het model. Wetstekst en wetsgeschiedenis van artikel 48 Woningwet (oud) bieden geen dekking middels positieve aanwijzingen dat deze wettelijke norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Artikel 48 lid 1 aanhef en sub b Woningwet (oud) luidde als volgt:

'De bouwvergunning mag alleen en moet worden geweigerd, indien: (...) het bouwwerk in strijd zou zijn met een bestemmingsplan of de krachtens zodanig plan gestelde eisen.'<sup>69</sup>

In mijn optiek biedt deze wetstekst en ook overigens de wetstekst van de Woningwet (oud) geen dekking middels positieve aanwijzingen op basis waarvan de rechter in zijn terughoudende opstelling bij de vraag naar het beschermingsdoel kan aannemen dat artikel 48 lid 1 aanhef en sub b van deze wet mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Wat er wellicht het dichtst bij komt, is een regeling voor een tegemoetkoming van huisvestingskosten voor 'bewoners' die hun woning moeten verlaten 'ten gevolge van maatregelen, door de overheid in het belang van de volkshuisvesting getroffen' in artikel 62. Die regeling staat dus echter in het teken van het algemeen belang van 'de volkshuisvesting' en de financiering daarvan, via gemeenten en woningcorporaties.<sup>70</sup> Artikel 63 biedt een grondslag om 'geldelijke steun' te verlenen teneinde een nieuwe woning in eigendom te verkrijgen. Ook die regeling staat echter in het teken van het algemeen belang van de

---

68 Rechtszekerheid is in mijn optiek ook veeleer een algemeen belang, waarvoor een reguliere private partij als zodanig überhaupt niet kan opkomen. Zie hierover par. 4.6.

69 Wet van 12 juli 1962 tot vaststelling van nieuwe voorschriften omtrent de volkshuisvesting (Woningwet), *Stb.* 1962/287.

70 Zie bijv. *Kamerstukken II* 1955/56, 4234, nr. 3 (MvT), p. 11 e.v.

volkshuisvesting.<sup>71</sup> Ik zou daarin niet de bedoeling van de wetgever willen zien individuele vermogensbelangen te beschermen, al zijn die er wel bij gebaat. Afgezien nog ervan dat dit onderdeel van de Woningwet (oud) weinig van doen heeft met de door het college geschonden bepaling. Ook uit de wetsgeschiedenis spreekt dat de Woningwet (oud) beoogt het als algemeen belang aan te merken belang van de 'volkshuisvesting' te beschermen en geen individuele vermogensbelangen.<sup>72</sup> Op grond van het model zou het relativiteitsoordeel dus ontkennend moeten luiden, nu dat zich in wezen situeert op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel.

De Afdeling verwijst bij haar relativiteitsoordeel ook niet naar wetstekst of wetsgeschiedenis van de Woningwet (oud). Wel verwijst zij naar twee arresten van de Hoge Raad. Die bieden niet onmiddellijk steun voor haar relativiteitsoordeel.<sup>73</sup> De zaak uit 1974 ziet niet op het relativiteitsvereiste, maar op de zogeheten 'belangenleer'.<sup>74</sup> Bij deze inmiddels verlaten leer gaat het erom of de onrechtmatige daad als leerstuk beoogt het geschade belang van de benadeelde te beschermen en niet zoals in deze zaak de Woningwet (oud) en het bestemmingsplan.<sup>75</sup> In de zaak uit 1976 oordeelt de Hoge Raad dat het ten onrechte afwijken van een 'uitbreidingsplan' door een bestuursorgaan, waarmee 'een praktisch niet meer voor wijziging vatbare situatie in het leven' wordt geroepen, onrechtmatig is. Voor belangen waarvoor belanghebbenden 'zo de voor de herziening van het plan voorgeschreven procedure ware gevolgd, bij de desbetreffende overheidsorganen hadden kunnen opkomen' moet 'redres' mogelijk zijn. De Hoge Raad noemt in dat verband 'het woongenot, verbonden aan de eigendom of de huur van binnen het bestem-

---

71 Ook in *Kamerstukken II* 1995/56, 4234, nr. 3 (MvT), p. 17 is sprake van 'het grote algemene belang' toe te kennen aan het 'eigen-woning-bezit'.

72 Zie ook Van Ravels 2009, p. 26, die als ik het goed zie voor de Woningwet 1991 constateert dat deze algemene belangen als 'veiligheid' en 'gezondheid' en de 'voorziening in en financiering van volkshuisvesting' beoogt te beschermen en het bouwvergunningstelsel 'vooral gericht' is op 'het kunnen beheersen van de planologische inrichting, de welstand en de technische kwaliteit van bouwwerken'. Zie ook Schueler 2005b, p. 105-107, die in meer algemene zin aanneemt dat de Woningwet alleen algemene belangen als de bouw van 'betere woningen' beoogt te beschermen en geen individuele vermogensbelangen.

73 In HR 29 maart 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5430, NJ 1974/344, m.nt. W.F. Prins en G.J. Scholten (Gemeente Zaandam/Schilp) oordeelt de Hoge Raad dat de belangen waarvoor de benadeelde in die zaak opkwam – 'storing van woongenot en dreigende sloop van woningen' behoren 'tot de soort die valt onder de bescherming die art. 1401 bedoelt te bieden'. Deze zaak ziet dus niet op het relativiteitsvereiste, maar op de zogeheten 'belangenleer', waarover in par. 3.9.

74 HR 29 maart 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5430, NJ 1974/344, m.nt. W.F. Prins en G.J. Scholten (Gemeente Zaandam/Schilp).

75 De Hoge Raad oordeelt wat dat betreft in Gemeente Zaandam/Schilp dat de belangen waarvoor de appellant in die zaak opkwam – 'storing van woongenot en dreigende sloop van woningen' behoren 'tot de soort die valt onder de bescherming die art. 1401 bedoelt te bieden'.

mingsplan gelegen woningen'.<sup>76</sup> Dit oordeel ziet op de relativiteit van de Woningwet (oud) en de Wet op de ruimtelijke ordening en biedt in zoverre wel steun voor het relativiteitsoordeel van de Afdeling. Zij het dat het dan weer niet ziet op vergoeding van omzetsderving door concurrentie, zoals Nagtegaal verzoekt.<sup>77</sup> De Hoge Raad redeneert ook niet in termen van rechtszekerheid, zoals de Afdeling.

Het relativiteitsoordeel van de Afdeling in de Amelandse benzinestations is wat dat betreft enig zijn soort.<sup>78</sup> Het zou kunnen dat het moet worden verklaard, doordat er de Afdeling vanuit materieel aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief veel aan is gelegen in deze zaak aan te nemen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan en in het verlengde daarvan aansprakelijkheid aan te nemen van de gemeente Ameland voor de schade van Nagtegaal. In de literatuur wordt ook wel aangenomen dat de Afdeling zou hebben gemeend dat de gemeente Ameland hier moest 'bloeden'.<sup>79</sup> Nu verdient het trage optreden van het college van deze gemeente wellicht ook niet de schoonheidsprijs.<sup>80</sup> De Afdeling zelf brengt haar oordeel in het hierboven weergegeven citaat verder in verband met een gebrek aan rechtsbescherming waaraan de gemeente Nagtegaal heeft blootgesteld door een binnenplanse vrijstelling te verlenen, 'waarvoor minder uitgebreide procedurele waarborgen golden' dan voor de procedure van artikel 19 WRO. Nagtegaal had daarom minder tijd zijn bedrijfsvoering aan te passen. Blijkbaar weegt dat voor de Afdeling ook zwaar.

#### 6.5 BESCHERMINGSOMVANG, WEL RELATIVITEIT: NUTHSE GELUIDSHINDER

Werkzaamheden in de nachtelijke uren bij een pluimvee- en poeliersbedrijf te Nuth maken een 'normale nachtrust' in een nabijgelegen woning onmogelijk.<sup>81</sup> De huurder van de woning beklaagt zich bij de verhuurder en deze wendt zich tot het College van B&W van de gemeente Nuth. De verhuurder doet het college op 21 juni 2004 een verzoek tot handhaving van artikel 1.1.1

76 HR 21 mei 1976, ECLI:NL:HR:1976:AD7425, NJ 1977/17, m.nt. W.F. Prins (Gemeente Eindhoven/Aussems). Zie over dit arrest nadere Wiggers-Rust 2011, p. 145-146.

77 In deze zin ook Van Ravels 2009, p. 27.

78 Al heeft het in lagere rechtspraak wel navolging gekregen. Zie Rb. Alkmaar 24 juni 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BJ2329, NJF 2009/373 (paardrijhal), r.o. 4.1.2.

79 Zie Van Ravels 2009, p. 37. Vgl. C.L.F.G.H. Albers, noot onder Amelandse benzinestations II, JB 2009/42, sub 7, die constateert dat de Afdeling 'het relativiteitsvereiste' hier 'behoorlijk' lijkt 'op te rekken'. Vgl. Damen 2009, p. 250 die verheugd constateert dat het relativiteitsoordeel van de Afdeling erin resulteert dat een bestuursorgaan dat de wet schendt schadevergoeding moet betalen, hetgeen in zijn optiek ook 'volstrekt normaal' is. Instemmend ook Van den Berge 2012, p. 126-127.

80 Zo ook Van Ravels 2009, p. 37.

81 ABRvS 28 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN2670, AB 2011/240, m.nt. B.P.M. van Ravels (Nuthse geluidshinder), r.o. 2.6.6.

van het Besluit opslag- en transportbedrijven milieubeheer,<sup>82</sup> waarmee de geluidsoverlast in strijd is. Een beslissing van het college op dit verzoek blijft echter uit. De verhuurder maakt bezwaar tegen het uitblijven van deze beslissing en dat bezwaar wordt door het college gegrond verklaard, zij het niet dan nadat de Voorzitter van de Afdeling bij wijze van voorlopige voorziening het college heeft gesommeerd te beslissen.

Veel schiet de verhuurder daar niet mee op. De brief die het college bij gelegenheid van de gegrondverklaring van diens bezwaar aan de verhuurder stuurt, beperkt zich tot de constatering dat het pluimvee- en poeliersbedrijf zich niet aan de regels houdt en dat handhavend dient te worden opgetreden. Daarmee heeft het college dus nog altijd geen beslissing gegeven op het verzoek van de verhuurder om daadwerkelijk tot handhaving over te gaan. Laat staan dat er daadwerkelijk iets gebeurt. De verhuurder doet het college hierop een verzoek om vergoeding van zijn schade, bestaande in huurderiving, makelaarskosten en de kosten om een advocaat in te huren. De woning zou 'nagenoeg onverkoopbaar en onverhuurbaar' zijn geworden 'althans tegen een redelijk te achten prijs', aldus de verhuurder.<sup>83</sup> Aan het verzoek legt de verhuurder de overschrijding ten grondslag van de termijn om op zijn eerdere handhavingsverzoek te beslissen, alsook het feit dat het college niet tot handhaving overgaat. Het verzoek om schadevergoeding wijst het college af. Daartegen maakt de verhuurder bezwaar, waarop het college aanvankelijk niet reageert. Uiteindelijk verklaart het college het bezwaar tegen het afwijzen van het verzoek om schadevergoeding ongegrond.

De verhuurder gaat in beroep. Ten overstaan van de Afdeling erkent het college dat het in strijd heeft gehandeld met de beslistermijn van vier weken, die artikel 18.16 lid 1 aanhef en sub b Wet milieubeheer (Wm) geeft voor dit type handhavingsverzoeken, door niet tijdig op het handhavingsverzoek te beslissen. Het college erkent ook dat het daarmee een toerekenbare onrechtmatige daad heeft gepleegd en dat als tijdig was beslist op het handhavingsverzoek ook daadwerkelijk handhavend zou zijn opgetreden. Niettemin houdt het college vast aan zijn afwijzing van het verzoek om schadevergoeding. Volgens het college is niet aan het vereiste van causaal verband tussen de daad en de schade voldaan, omdat de verhuurder al voor het verzoek om handhaving een huurverlaging was overeengekomen.

Het college voert verder aan dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Zij voert blijkens het hieronder weer te geven relativiteitsoordeel van de Afdeling een toegespitst relativiteitsverweer, op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang. De bescherming die de geluidsvoorschriften beogen

---

82 Het betreft voluit het Besluit van 15 juni 2000, houdende regels voor inrichtingen ten behoeve van de opslag van goederen, *Stb.* 2000/278, en de Wet van 13 juni 1979, houdende regelen met betrekking tot een aantal algemene onderwerpen op het gebied van de milieuhygiëne, *Stb.* 1979/442.

83 Nuthse geluidshinder, r.o. 2.1.

te bieden zou volgens het college ‘slechts (...) zien op huurders’ en niet op de verhuurder.<sup>84</sup> In Nuthse geluidshinder staat dus niet ter discussie dat de geluidsvoorschriften mede individuele vermogensbelangen beogen te beschermen. Wat in Nuthse geluidshinder ter discussie staat, is of ook het geschade belang van de verhuurder daaronder kan worden geschaard.

De Afdeling constateert eerst dat het college in feite nimmer een beslissing heeft genomen op het handhavingsverzoek van de verhuurder. Zij acht het aannemelijk dat zonder het niet tijdig beslissen de huurdering niet zou zijn opgetreden. Het causaliteitsverweer van het college wordt dus door de Afdeling verworpen.<sup>85</sup> Ook in het relativiteitsverweer van het college gaat de Afdeling vervolgens niet mee. De Afdeling stelt bij haar relativiteitsoordeel voorop dat de Wet milieubeheer het belang van het milieu beoogt te beschermen en niet ‘louter economische belangen’:

‘De Afdeling overweegt voorts dat de Wet milieubeheer niet ziet op bescherming van louter economische belangen, maar op de bescherming van het milieu.’<sup>86</sup>

Vervolgens werkt de Afdeling het door de Wet Milieubeheer te beschermen belang van het milieu uit als bescherming van het woongenot van omwonenden. Onder die bescherming begrijpt zij ook het belang van de verhuurder, die zelf geen omwonende is. Het belang van de verhuurder ‘vloeit voort’ uit de belangen van de omwonenden, via de huurprijs:

‘In onderhavig geval, waar het gaat om geluidvoorschriften van het krachtens de Wet milieubeheer gestelde Besluit opslag- en transportbedrijven milieubeheer, betreft de bescherming van het milieu in het bijzonder de bescherming van de leefomgeving. De geluidvoorschriften strekken naar het oordeel van de Afdeling echter niet alleen tot bescherming tegen aantasting van het woongenot van omwonenden, maar ook van de daaruit voortvloeiende belangen, zoals die van een verhuurder. De huurprijs zal immers worden bepaald door het woon- en leefgenot van de bewoner. Hierbij is de leefomgeving een mede bepalende factor.’<sup>87</sup>

De Afdeling constateert dat het relativiteitsverweer van het college dus moet worden verworpen. De schending van de geluidsnormen is, in termen van het vereiste van relatieve onrechtmatigheid, ‘ook jegens appellant onrechtmatig’:

---

84 Nuthse geluidshinder, r.o. 2.6.6.

85 Nuthse geluidshinder, r.o. 2.6.5.

86 Nuthse geluidshinder, r.o. 2.6.6.

87 Nuthse geluidshinder, r.o. 2.6.6.

‘Het door het college ingenomen standpunt dat deze bescherming slechts zou zien op huurders, is naar het oordeel van de Afdeling dan ook niet juist. Schending van de geluidnormen is derhalve ook jegens appellant onrechtmatig.’<sup>88</sup>

Daarmee is echter hooguit iets gezegd over eventuele aansprakelijkheid van het pluimvee- en poeliersbedrijf. Het is dit bedrijf dat de geluidsnormen van het Besluit opslag- en transportbedrijven milieubeheer overtreedt. De verhuurder verzoekt echter om schadevergoeding van het college, ter zake van zijn overtreding van de beslistermijn voor handhavingsverzoeken. De Afdeling verklaart echter haar relativiteitsoordeel ter zake van de Wet milieubeheer en het daarop gebaseerde besluit ook van toepassing op de normen ‘die zien op handhaving’ van de geluidsvorschriften. Inclusief de beslistermijn voor een handhavingsverzoek ter zake, als wettelijke norm die het college heeft geschonden:

‘In onderlinge samenhang geldt dit ook voor de normen die zien op handhaving van de geluidsvorschriften en de normen die zien op het tijdig nemen van een besluit op een verzoek daartoe.’<sup>89</sup>

Dit alles brengt de Afdeling tot het volgende relativiteitsoordeel over de normen uit de Wet Milieubeheer die zien op de handhaving van de geluidsnormen in die wet en het daarop gebaseerde besluit, waaronder de wettelijke beslistermijn van artikel 18.16 lid 1 aanhef en sub b Wet milieubeheer (Wm):

‘Deze normen strekken, nu het gaat om aantasting van een met het woongenot van omwonenden nauw samenhangend belang, mede tot bescherming tegen de door appellant gestelde vermogensrechtelijke schade bestaande uit gederfde huurinkomsten door het onverhuurbaar worden van zijn pand als gevolg van de veroorzaakte geluidshinder, zodat het relativiteitsvereiste aan vergoeding van deze gestelde schade niet in de weg staat.’<sup>90</sup>

Ter zake van de derving van huurinkomsten veroordeelt de Afdeling het college uiteindelijk ook daadwerkelijk tot schadevergoeding.<sup>91</sup>

Het bevestigende relativiteitsoordeel van de Afdeling in Nuthse geluidshinder situeert zich op het niveau van de concrete vraag naar de beschermingsomvang. Het zwaartepunt van haar relativiteitsoordeel ligt bij de tegenstelling tussen op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen – van omwonenden en huurders ter zake van hun ‘woongenot’ – en het geschade belang van de verhuurder. Dit is het belang gevrijwaard te blijven van de derving van huurpenningen, doordat het college te laat beslist op een

---

88 Nuthse geluidshinder, r.o. 2.6.6.

89 Nuthse geluidshinder, r.o. 2.6.6.

90 Nuthse geluidshinder, r.o. 2.6.6.

91 Nuthse geluidshinder, r.o. 2.7.

verzoek om handhaving van geluidsvoorschriften van de verhuurder, waardoor diens huurders worden gestoord in hun woongenot en daarom een lagere huurprijs kunnen bedingen. Naar het oordeel van de Afdeling is dit geschade belang van de verhuurder met dat van de individuele vermogensbelangen van omwonenden en omwonende huurders op één lijn te stellen.

Het relativiteitsoordeel in Nuthse geluidshinder laat zich daarom in zoverre inpassen in het model, dat het zich situeert op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang en de bevestigende uitkomst berust op een eigen keuze van de Afdeling, op basis van een analogie-redenering. Het belang van de verhuurder is naar het oordeel van de Afdeling een uit het belang van de omwonende huurders 'voortvloeiend' belang, over de band van de huurprijs, dat daarmee 'nauw' samenhangt. Ook in deze zaak is er de Afdeling er vanuit materieel aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief wellicht veel aan gelegen aan te nemen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan en in het verlengde daarvan aan te nemen dat het college aansprakelijk is voor de schade van de verhuurder.<sup>92</sup>

Het feit dat de Afdeling in haar relativiteitsoordeel vooropstelt dat de Wet milieubeheer 'het milieu' en de 'leefomgeving' beoogt te beschermen en niet 'louter economische belangen' maakt haar relativiteitsoordeel wel innerlijk tegenstrijdig. Met het vervolg van haar relativiteitsoordeel maakt zij het immers juist wel mogelijk dat de verhuurder de schending van de beslistermijn uit het op de Wet milieubeheer gebaseerde Besluit transport- en opslagbedrijven milieubeheer inroept als zelfstandige grondslag voor een vordering uit onrechtmatige daad ter bescherming van zulke 'louter economische belangen': het belang gevrijwaard te blijven van de derving van huurpenningen. De vooropstelling was ook niet nodig geweest, nu het college een toegespitst relativiteitsverweer voert en dus niet ter discussie staat dat de geluidsvoorschriften uit het Besluit opslag- en transportbedrijven milieubeheer mede individuele vermogensbelangen beogen te beschermen.

## 6.6 BESCHERMINGSDOEL, GEEN RELATIVITEIT II: WARNSVELDSE WONING

Een eigenaar van een vrijstaande woning in Warnsveld ziet de waarde van zijn woning bedreigd, als een bouwvergunning wordt afgegeven voor het naastgelegen en tot dan toe onbebouwde perceel grond. De woningeigenaar

---

<sup>92</sup> Zie ook B.P.M. van Ravels, noot onder Nuthse geluidshinder, *AB* 2011/240, sub 14 en 16, die ook wijst op de 'gelijkenis' met het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in *Gemeente Barneveld/Gasunie*, hiervoor besproken in par. 5.9, mede onder verwijzing naar Schild & De Jongh 2007, p. 151, die in dit verband spreken van 'extensieve uitleg van het beschermingsbereik van de geschonden norm', grenzend aan de correctie-Langemeijer. Ook Advocaat-Generaal Widdershoven in zijn conclusie van 2 december 2015, *ECLI:NL:RVS:2015:3680*, sub 3.8, wijst op de gelijkenis van het relativiteitsoordeel in Nuthse geluidshinder met *Gemeente Barneveld/Gasunie*.

doet bij de gemeenteraad een verzoek om vergoeding van de schade die hij daardoor stelt te lijden. Het verwijt dat hij de gemeenteraad maakt, is dat deze te lang heeft gewacht met het vaststellen van het nieuwe bestemmingsplan 'Warnsveld Kom Noord 2008'. De gemeenteraad heeft aldus de wettelijke termijn van twaalf weken in artikel 3.8 lid 1 aanhef en sub e Wet ruimtelijke ordening (Wro) geschonden. Was het nieuwe bestemmingsplan tijdig vastgesteld, dan had de bouwvergunning niet verleend mogen worden, aldus de woningeigenaar.

Dit zit zo. Onder het oude bestemmingsplan 'Warnsveld 1978' was in het naastgelegen perceel een bouwvlak ingetekend, maar was het verboden op dat perceel een woning op te richten. In het nieuwe bestemmingsplan is het bouwvlak zelfs geheel geschrapt, hetgeen nog gunstiger is voor de woningeigenaar. Wat er echter gebeurt, is dat nádat het nieuwe bestemmingsplan op 28 mei 2009 ter inzage is gelegd, maar vóórdát dit nieuwe bestemmingsplan op 28 juni 2010 wordt vastgesteld, het naastgelegen perceel wordt gesplitst. Deze splitsing maakt het onder het nog geldende oude bestemmingsplan mogelijk dat toch een bouwvergunning wordt verleend en dat gebeurt ook.

Had de gemeenteraad het nieuwe bestemmingsplan echter tijdig, binnen de wettelijke termijn vastgesteld, dan had de aan deze beslistermijn gekoppelde aanhoudingsplicht van artikel 50 lid 1 aanhef en sub b Woningwet (oud) aan verlening van de bouwvergunning in de weg gestaan, zo voert de woningeigenaar aan. Op grond van deze aanhoudingsplicht moeten aanvragen om bouwvergunningen worden aangehouden gedurende de beslistermijn van twaalf weken tussen de terinzagelegging van het nieuwe bestemmingsplan en de vaststelling ervan. Vanwege de overschrijding van de wettelijke termijn voor het vaststellen van het nieuwe bestemmingsplan komt deze aanhoudingsplicht echter te vervallen, voordat het nieuwe bestemmingsplan is vastgesteld, op grond van artikel 50 lid 2 aanhef en sub b Woningwet (oud). Op grond van het oude bestemmingsplan kon en moest daarom de gevraagde bouwvergunning worden verleend.

De gemeenteraad wijst het verzoek om schadevergoeding van de woningeigenaar af. Hij meent dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan. In beroep betoogt de eigenaar ten overstaan van de Afdeling dat in dat geval de termijn voor het vaststellen van het bestemmingsplan van artikel 3.8 lid 1 aanhef en sub e Wro 'inhoudsloos' zou zijn.<sup>93</sup> De Afdeling legt het standpunt van de woningeigenaar zo uit dat daarin ligt besloten dat als de gemeenteraad het nieuwe bestemmingsplan tijdig zou hebben vastgesteld, daarin niet alsnog een bouwvlak zou zijn ingetekend. De bouwvergunning zou in dat geval bij tijdige vaststelling van het nieuwe bestemmingsplan daadwerkelijk geweigerd hebben moeten worden. Het kan de woningeigenaar echter niet baten. De Afdeling volgt het relativiteitsverweer van de gemeenteraad. Zij overweegt eerst dat het doel van de termijn voor het vaststellen van een nieuw bestem-

---

93 ABRvS 11 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2057 (Warnsveldse woning), r.o. 3.

mingsplan uit de Wro en de daaraan gekoppelde aanhoudingsplicht uit de Woningwet (oud) is om 'frustratie' van dat nieuwe bestemmingsplan te voorkomen. De Afdeling:

'De door [appellant] ingeroepen norm van artikel 3.8, eerste lid, aanhef en onder e, van de Wro, gelezen in verbinding met artikel 50, eerste lid, aanhef en onder b, van de Woningwet (oud), heeft tot doel te voorkomen dat, na de terinzagelegging van het ontwerp van het nieuwe bestemmingsplan, dat bestemmingsplan wordt gefrustreerd doordat, voorafgaand aan de vaststelling ervan, een aanvraag om bouwvergunning wordt ingediend die volgens het geldende planologische regime voor inwilliging in aanmerking komt.'<sup>94</sup>

Aldus strekken deze termijn en de aanhoudingsplicht naar het oordeel van de Afdeling tot bescherming van het 'planologisch regime' van het 'nieuwe bestemmingsplan'. Die bescherming is echter niet onbeperkt:

'De aanhoudingsplicht strekt tot bescherming van het planologische regime van het nieuwe bestemmingsplan, dat, naar de laatste inzichten, het meest wenselijke is. Dat de aanhoudingsplicht vervalt als het nieuwe bestemmingsplan niet binnen de in artikel 3.8, eerste lid, aanhef en onder e, van de Wro gestelde termijn wordt vastgesteld, is om de bescherming, die met die plicht wordt bewerkstelligd, in de tijd te begrenzen en de raad aan te sporen met de nodige voortvarendheid te handelen. Die termijn strekt niet tot bescherming tegen de vermogensrechtelijke schade zoals [appellant] die stelt te hebben geleden. De raad heeft het verzoek om schadevergoeding reeds hierom terecht afgewezen.'<sup>95</sup>

Het ontkennende relativiteitsoordeel van de Afdeling in de zaak van de Warnsveldse woning situeert zich op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. Centraal in dit relativiteitsoordeel staat de tegenstelling tussen het door de aanhoudingsplicht van de Woningwet (oud) te beschermen, als algemeen belang aan te merken, belang van bescherming 'het planologische regime van het nieuwe bestemmingsplan' en daardoor niet te beschermen individuele vermogensbelangen. Al formuleert de Afdeling het laatste niet in termen van te beschermen vermogensbelangen, maar in termen van artikel 6:163 BW. Zij oordeelt dat de beslistermijn niet strekt tot bescherming 'tegen de vermogensrechtelijke schade zoals [de eigenaar van de woning; PWdH] die stelt te hebben geleden'.

In dit geval biedt de wetgever in wetstekst en wetsgeschiedenis van de betreffende bepalingen ook geen dekking middels positieve aanwijzingen dat de norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Met de Wro beoogt de wetgever 'een nieuw stelsel' tot stand te brengen om het beleid voor een duurzame leefomgeving planologisch mogelijk te maken en

---

94 Warnsveldse woning, r.o. 3.1.

95 Warnsveldse woning, r.o. 3.1.

te normeren'.<sup>96</sup> Ook staat hem 'een grotere doelmatigheid en helderheid bij overheidsbesluiten ter zake van de ruimtelijke ordening' voor ogen. In de wetsgeschiedenis van artikel 3.8 Wro staat over de termijn voor het vaststellen van het bestemmingsplan opgetekend dat de 'sanctie' op overschrijding van deze termijn 'is gelegen in het doorbreken van de aanhoudingsplicht voor besluiten omtrent aanlegvergunning'.<sup>97</sup> In de wetsgeschiedenis van artikel 50 Woningwet (oud) valt te lezen dat met de aanhoudingsplicht de 'bescherming van plannen in voorbereiding' wordt 'verwezenlijkt'.<sup>98</sup>

Daarmee laat het relativiteitsoordeel van de Afdeling in Warnsveldse woning zich inpassen in het model. Haar relativiteitsoordeel situeert zich op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel en de Afdeling komt tot een ontkennend relativiteitsoordeel. Dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen ontbreekt, op basis waarvan de rechter in zijn terughoudende opstelling bij de vraag naar het beschermingsdoel kan aannemen dat de betreffende normen van de Wro en de Woningwet (oud) mede individuele vermogensbelangen beogen te beschermen. Daarmee is ook hier echter weer niet gezegd dat de Afdeling ook tot haar ontkennende relativiteitsoordeel komt, omdat in wetstekst en wetsgeschiedenis van de betreffende bepalingen van de Wro en de Woningwet (oud) zulke positieve aanwijzingen ontbreken. Onwaarschijnlijk acht ik het echter niet. Het relativiteitsoordeel van de Afdeling sluit er in elk geval inhoudelijk nauw bij aan. Het gevolg van schending van de beslistermijn is niet aansprakelijkheid, maar het doorbreken van de aanhoudingsplicht voor nieuwe vergunningen. Die plicht beoogt 'plannen in voorbereiding' te beschermen en niet, zoals de Afdeling het formuleert, te beschermen tegen 'vermogensrechtelijke schade'.

## 6.7 BALANS

In dit hoofdstuk heb ik onderzocht hoe de rechtspraak van de Afdeling over de relativiteit van wettelijke normen van de afgelopen jaren zich verhoudt tot het theoretisch kader en meer in het bijzonder het model dat ik daarvoor heb ontwikkeld. Ook voor de rechtspraak van de Afdeling geldt dat deze niet volstrekt onverenigbaar is met het model. Evenals de Hoge Raad gaat de Afdeling in lijn met het model niet uit van een generiek, voor alle wettelijke normen geldend vermoeden van relativiteit, behoudens aanwijzingen van het tegendeel. Haar relativiteitsoordelen in zaken van vreemdelingenrecht laten zich inpassen in het model, evenals het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling, dat de Afdeling met zoveel woorden stelt te volgen. De ontkennende uitkomst van deze relativiteitsoordelen lijkt daardoor ingege-

---

<sup>96</sup> *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3 (MvT), p. 3.

<sup>97</sup> *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3 (MvT), p. 99.

<sup>98</sup> *Kamerstukken II* 1955/56, 4234, nr. 3 (MvT), p. 16.

ven en niet zozeer doordat in wetstekst en wetsgeschiedenis van de Vw 2000 positieve aanwijzingen ontbreken dat de normen ter zake van de verlening van een verblijfsvergunning mede individuele vermogensbelangen beogen te beschermen. Al past de Afdeling haar relativiteitsoordelen tekstueel wel aan voor de Vw 2000.

Ook de relativiteitsoordelen van de Afdeling in twee van de drie zaken van ruimtelijke ordening laten zich inpassen in het model. Voor haar actieve opstelling in Nuthse geluidshinder is ruimte, nu dit bevestigende relativiteitsoordeel zich overwegend situeert op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang. Het relativiteitsoordeel van de Afdeling in Warnsveldse woning laat zich inpassen in het model als relativiteitsoordeel op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. In deze zaak tekent zich in zoverre in lijn met het model een terughoudende opstelling af, dat de Afdeling oordeelt dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan, terwijl positieve aanwijzingen in wetstekst en wetsgeschiedenis ontbreken dat de betreffende normen uit de WRO en de Woningwet (oud) mede individuele vermogensbelangen beogen te beschermen. Het is niet onwaarschijnlijk dat de Afdeling in deze zaak tot haar ontkennende relativiteitsoordeel komt, omdat zulke aanwijzingen ontbreken.

Een uitzondering vormt het relativiteitsoordeel van de Afdeling in Amelandse benzinestations. Zij stelt zich in deze zaak minder terughoudend op dan het model veronderstelt, door aan te nemen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan, terwijl dekking daarvoor van de wetgever middels positieve aanwijzingen in wetstekst en wetsgeschiedenis van de Woningwet (oud) ontbreekt. Verder valt op dat de Afdeling in geen van de zaken waarin zij zich uitspreekt over de relativiteit van wettelijke normen de correctie-Langemeijer toepast. Wellicht acht zij dit bestuursprocesrechtelijk niet mogelijk.<sup>99</sup> De rechtbank voert in de zaak van de Amelandse benzinestations echter wel een correctie-Langemeijer-achtige exercitie uit. Voor de Afdeling zelf geldt dat zij tegelijkertijd wel een zekere flexibiliteit betracht ten aanzien van de norm waarvan zij de relativiteit moet vaststellen. Zo stelt de Afdeling in Nuthse geluidshinder de relativiteit van een beslistermijn op een handhavingsverzoek vast op basis van de relativiteit van de te handhaven materiële wettelijke normen in het krachtens de Wet milieubeheer gestelde Besluit opslag- en transportbedrijven.

Bespreking van de rechtspraak van de Hoge Raad en de Afdeling in het licht van het model is hiermee voltooid. In het nu volgende slothoofdstuk resumeer ik mijn bevindingen en ga ik op basis daarvan na of alle kritiek op deze rechtspraak terecht is en deze rechtspraak bijstelling behoeft.

---

<sup>99</sup> Zie hierover nader par. 7.5.

## 7 | Synthese

### 7.1 EEN LICHT GEVOEL VAN VERWARRING

Vertrekpunt van dit proefschrift was het lichte gevoel van verwarring bij kennisneming van het debat over de rechtspraak van de Hoge Raad over de relativiteit van wettelijke normen in het algemeen en zijn relativiteitsoordelen in Duwbak Linda, Iraanse vluchteling en de hangmatzaak in het bijzonder. Volgens sommigen laat de Hoge Raad zich bij zijn oordeel of de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang leiden door bedenkelijk te achten ‘rechtspolitieke’ motieven als het ‘flood gates’-argument, trekt hij heimelijk keuzes naar zich toe die hij aan de wetgever zou moeten laten en laat hij na deze keuzes voldoende inzichtelijk te motiveren. Anderen menen dat de Hoge Raad met dezelfde rechtspraak juist precies doet waarvoor het relativiteitsvereiste is bedoeld. In hun ogen bakent hij de reikwijdte van aansprakelijkheid af op basis van eigen keuzes en blijft hij daarmee binnen de grenzen van zijn interpretatief of rechtsvormend mandaat. In de literatuur kan deze rechtspraak dus zowel rekenen op principiële kritiek, als op bijval, in al even principiële termen.

Klopt de kritiek en gaat de Hoge Raad inderdaad zijn boekje te buiten, zodat de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen bijstelling behoeft, of doet hij precies wat van hem verwacht mag worden, zoals de bijval wil? In dit slothoofdstuk zet ik op basis van mijn bevindingen in de voorgaande hoofdstukken bij wijze van beantwoording van deze hoofdvraag uiteen dat de waarheid ook hier in het midden ligt. Bezien door de bril van het model is de kritiek deels onterecht en behoeft deze voor het overige nuancering, maar de rechtspraak is niettemin voor verbetering vatbaar. Daartoe resumeer ik eerst het theoretisch kader voor de relativiteit van wettelijke normen dat ik in dit proefschrift heb ontwikkeld en waarmee ik heb proberen te voorzien in een samenhangende visie op de definitie van het relativiteitsvereiste, zijn ratio en de toets aan dit vereiste bij wettelijke normen. Dit kader laat zich samenvatten als herdefiniëren, normaliseren, faseren en differentiëren (par. 7.2).

Ook resumeer ik mijn bevindingen van de bespreking van de rechtspraak van de Hoge Raad en de Afdeling in het licht van het model dat ik heb ontwikkeld voor het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm. De rechtspraak van de Hoge Raad laat zich grosso modo redelijk inpassen in dit model, inclusief zijn relativiteitsoordelen in Duwbak Linda, Iraanse vluchteling en de hangmatzaak. Een uitzondering vormen zijn relativiteitsoordelen in twee

Amsterdamse zaken over prostitutievergunningen. Hetzelfde geldt voor de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen van de Afdeling. Met haar relativiteitsoordelen in vreemdelingenrechtelijke zaken volgt zij met zoveel woorden het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling. Deze relativiteitsoordelen laten zich daarom evenzeer inpassen in het model. Ook de relativiteitsoordelen van de Afdeling in zaken van ruimtelijke ordening laten zich grosso modo redelijk inpassen in het model, met uitzondering van haar relativiteitsoordeel in Amelandse benzinestations (par. 7.3).

Vervolgens keer ik terug naar het debat en betoog ik op basis van mijn bevindingen dat de kritiek op het 'rechtspolitieke' karakter van de relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in Duwbak Linda en Iraanse vluchteling en op de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen in het algemeen nuancerend behoefte. De rechter heeft bij het vaststellen van de relativiteit van wettelijke normen al interpreterend de ruimte om eigen keuzes te maken en dus ook om eventuele 'rechtspolitieke' gedachten over de reikwijdte van aansprakelijkheid mee te wegen, zoals het 'flood gates'-argument. Op zichzelf is dat dus geen reden voor kritiek. Althans tot op zekere hoogte, want het interpretatief of rechtsvormend mandaat van de rechter is niet onbegrensd. Nu de rechtspraak van de Hoge Raad zich voor het grootste deel redelijk laat inpassen in mijn model voor het vaststellen van de relativiteit van wettelijke normen – waarin ik in het licht van het debat over de rechtsvormende taak van de rechter in het algemeen voor dit leerstuk de 'grenzen' van dat mandaat heb gelegd bij het onderscheid tussen de vraag naar het beschermingsdoel en de vraag naar de beschermingsomvang – blijft hij evenwel binnen de 'grenzen' die dit model stelt. Ook met zijn relativiteitsoordelen in Duwbak Linda, Iraanse vluchteling en de hangmatzaak. De kritiek dat de Hoge Raad keuzes naar zich toetrekt die hij aan de wetgever zou moeten laten, is in mijn optiek dus niet terecht. Afgezet tegen het model is zijn rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen als geheel ook minder arbitrair en onvoorspelbaar dan in de literatuur wel wordt gesuggereerd. Deze kritiek behoeft dus nuancerend. Voor de rechtspraak van de Afdeling geldt mutatis mutandis hetzelfde (par. 7.4).

Tegelijkertijd is de rechtspraak voor verbetering vatbaar. Dat begint met het definitief verlaten van het vereiste van relatieve onrechtmatigheid. De Hoge Raad zou in zijn rechtspraak verder meer duidelijkheid kunnen betrachten over de norm, normen of wettelijke regeling die inzet is of zijn van het relativiteitsoordeel. Ook zou consequente hantering van het model bij de formulering en motivering van het relativiteitsoordeel de helderheid en inzichtelijkheid kunnen vergroten en deze in elk geval ogenschijnlijk ad hoc tot stand gekomen rechtspraak ook zichtbaar kunnen systematiseren. In zoverre deel ik de kritiek op het arbitraire en onvoorspelbare karakter van deze rechtspraak. De rechtspraak van de Afdeling laat zich eveneens langs deze lijnen aanscherpen. Verder bepleit ik inhoudelijke bijstelling langs de lijnen van het model van de relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in de Amsterdamse zaken over

prostitutievergunningen en van het relativiteitsoordeel van de Afdeling in de zaak van de Amelandse benzinestations (par. 7.5).

Bij wijze van afronding ga ik kort in op de implicaties van een en ander voor ontwikkelingen op het vlak van de relativiteit van wettelijke normen buiten het nationale aansprakelijkheidsrecht, die omwille van zijn omvang in dit proefschrift niet afzonderlijk aan bod konden komen. Het betreft het contractenrecht, het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste van artikel 8:69a Awb bij de vernietiging van een onrechtmatig besluit door de bestuursrechter en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (par. 7.6). Ik sluit dit proefschrift af met een korte slotbeschouwing (par. 7.7).

## 7.2 HERDEFINIËREN, NORMALISEREN, FASEREN EN DIFFERENTIËREN

Om tot een antwoord te komen op de hoofdvraag heb ik in dit proefschrift gezocht naar een ijkpunt om de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen tegen af te zetten. Beantwoording van de vraag of de kritiek terecht is en de rechtspraak bijstelling behoeft of niet, veronderstelt immers dat duidelijk is wat van de rechter mag worden verwacht bij het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm. In de eerste drie inhoudelijke hoofdstukken van dit proefschrift – hoofdstuk 2, 3 en 4 – heb ik daarom een theoretisch kader voor de relativiteit van wettelijke normen pogen te ontwikkelen, dat voorziet in een samenhangende visie op achtereenvolgens de definitie van het relativiteitsvereiste, zijn ratio en de toets aan dit vereiste bij wettelijke normen.

Het denken over het relativiteitsvereiste blijkt sterk bepaald door de min of meer toevallige gang van zaken bij zijn receptie in het Nederlandse onrechtmatige daadsrecht. Zo vloeit het feit dat er vandaag de dag in wetgeving, rechtspraak en literatuur twee varianten van dit vereiste circuleren en ook nog eens in verschillende formuleringen, voort uit het feit dat de Hoge Raad er in 1928 voor koos het Schutznorm-vereiste, dat Van Geleijn Vitringa naar Duits voorbeeld in de literatuur had voorgesteld, te incorporeren in het vereiste van onrechtmatigheid. Zo kon het gebeuren dat het vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang, zoals dat in negatieve en feitelijke formulering in artikel 6:163 BW is beland, geleidelijk vereenzelvigd raakte met het vereiste van relatieve onrechtmatigheid. Dit is het vereiste dat de onrechtmatige daad 'jegens een ander' moet zijn gepleegd, zoals het huidige artikel 6:162 lid 1 BW bepaalt, dan wel dat de schending van de norm onrechtmatig moet zijn 'jegens' de benadeelde, zoals het in literatuur en rechtspraak meestal wordt geformuleerd.

Ook de heersende visie op de ratio van dit samengestelde relativiteitsvereiste als instrument ter inperking, of ruimer genomen regulering van aansprakelijkheid, blijkt sterk historisch geïnspireerd. Deze visie lijkt althans vooral gebaseerd op het feit dat het relativiteitsvereiste in het interbellum als vijfde

vereiste werd toegevoegd aan de destijds bestaande vier vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van artikel 1401 van het Oud BW. Het relativiteitsvereiste bracht daardoor per definitie inperking van aansprakelijkheid met zich ten opzichte van het daarvoor bestaande aansprakelijkheidsregime op basis van de vier vereisten van artikel 1401 BW (oud). Zodoende kon het relativiteitsvereiste voorzien in de destijds gevoelde behoefte aan inperking van aansprakelijkheid. Zoals echter ook ieder ander nieuw aanvaard vereiste of aangescherpt bestaand vereiste dat zou hebben kunnen doen. Over het relativiteitsvereiste zelf en de vraag waarom we dit vereiste nodig hebben is daarmee dus nog weinig gezegd.

In dit proefschrift heb ik daarom geprobeerd enige afstand te nemen van de receptie van het relativiteitsvereiste en in zekere zin los van de geschiedenis naar zijn definitie en ratio te kijken. Herdefiniëring van het relativiteitsvereiste als het eenduidige vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang van de benadeelde is dan geïndiceerd, evenals hercodificatie in het BW. De reden waarom we het relativiteitsvereiste écht nodig hebben, is het relateren van geschonden norm en geschaad belang met een normatieve redenering als doel op zich. Dat is theoretisch noodzakelijk vanwege het gebruik van het concept normschending als institutioneel feit bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid. In dit relateren moet daarom de rechtvaardiging en daarmee de ratio van het relativiteitsvereiste worden gezocht. Een bepaalde reikwijdte van aansprakelijkheid is van dit relateren van geschonden norm en geschaad belang het gevolg en niet andersom. Ik heb daarom gepleit voor ‘normalisering’ van het relativiteitsvereiste. Het is niet uit zijn aard een aansprakelijkheidsinperkend of -regulerend vereiste, of althans niet meer of minder dan de andere vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad of leerstukken van schadevergoedingsrecht dat zijn.

De toets aan het relativiteitsvereiste bij wettelijke normen is een kwestie van wetsinterpretatie. In het model dat ik heb ontwikkeld voor het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm heb ik het institutionele perspectief vooropgesteld van de legitimiteit van het relativiteitsoordeel in het licht van de verhouding van de rechter tot de wetgever. In dit model werkt de rechter niet met een generiek, voor alle wettelijke normen geldend ‘vermoeden’ van relativiteit. De rechter zou dan alleen bij ‘negatieve’ aanwijzingen van de wetgever in wetstekst en wetsgeschiedenis van de betreffende norm mogen oordelen dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Zo’n vermoeden van relativiteit zou echter in de praktijk niet of nauwelijks kunnen worden weerlegd. Evenmin als de wetgever zich in positieve zin uitputtend kan uitlaten over de relativiteit van een door hem uitgevaardigde norm kan hij dat in negatieve zin. Het vermoeden van relativiteit zou het relativiteitsvereiste daarom in feite ecarteren.

Het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm moet in plaats daarvan worden gezien als kwestie van reguliere wetsinterpretatie, waarbij

de rechter de ruimte heeft om eigen keuzes te maken. Hij kan dus ook eventuele 'rechtspolitieke' gedachten meewegen over de reikwijdte van aansprakelijkheid in het algemeen, zoals het 'flood gates'-argument. Zijn interpretatief mandaat biedt daarvoor in beginsel ook legitimatie. Tegelijkertijd stellen het legaliteits- en machtscheidingsbeginsel daaraan in elk geval 'ergens' een grens, zodat de rechter ook weer geen carte blanche heeft bij het vaststellen van de relativiteit van wettelijke normen. Als bij alle wetsinterpretatie komt er een punt waarop de rechter voorrang moet geven aan de wetgever, al kan er in de praktijk verschillend over worden gedacht waar dat omslagpunt in een concreet geval zou moeten liggen. Daarover wordt ook verschillend gedacht, zeker of juist ook bij het vaststellen van de relativiteit van wettelijke normen. Het is dus ook aan de rechter zelf om te bepalen bepalen hoe ver hij al interpreterend gaat. Omwille van de legitimiteit van zijn relativiteitsoordeel als juridisch oordeel en zijn gezag als rechtsprekende staatsmacht bij het publiek als geheel zou de rechter er daarom in mijn optiek goed aan doen dat omslagpunt bij het vaststellen van de relativiteit van wettelijke normen te leggen bij het onderscheid tussen de vraag naar het 'beschermingsdoel', die centraal staat in de eerste fase die Lankhorst onderscheidt in het relativiteitsoordeel, en de vraag naar de 'beschermingsomvang' van de norm, die centraal staat in de tweede fase.

Bij de vraag naar het beschermingsdoel is er voor de rechter goede reden een terughoudende opstelling te kiezen, in de zin dat hij alleen met dekking van de wetgever, bestaande in 'positieve aanwijzingen' daartoe in wetstekst en wetsgeschiedenis van de geschonden norm, aanneemt dat de betreffende norm naast algemene belangen ook individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. De rechter laat dan de keuze of de schending van de betreffende norm kan worden ingeroepen in het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht als zelfstandige grondslag voor een vordering uit onrechtmatige daad en daarmee of rechtstreekse privaatrechtelijke handhaving van die norm überhaupt mogelijk is, naast publiekrechtelijke handhaving, aan de democratisch gelegitimeerde wetgever en in het openbare, parlementaire debat. Dat is niet alleen een kwestie van principe, maar ook van opportuniteit. De rechter hoeft zijn vingers dan niet te branden aan deze verstrekkende, individuele gevallen overstijgende en inhoudelijk beleidsmatige of zelfs ideologische keuze, waarvoor 'technisch-juridische' aanknopingspunten ontbreken. Hij zou daaraan zijn vingers kunnen branden doordat de legitimiteit van het feit dat de rechter die keuze buiten de wetgever om maakt ter discussie wordt gesteld of de rechter de consequenties ervan wellicht niet goed kan overzien. Een zwijgen van de wetgever op het punt van eventuele te beschermen individuele vermogensbelangen staat er in deze terughoudende opstelling dus aan in de weg dat de rechter oordeelt dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan.

Bij de vraag naar de beschermingsomvang is er daarentegen geen beletsel voor de rechter om een actieve opstelling te kiezen. Actief, in de zin dat de rechter in het verlengde van de bij beantwoording van de vraag naar het

beschermingsdoel vastgestelde bedoeling van de wetgever om – in meer of minder detail omschreven – individuele vermogensbelangen te beschermen zelf vaststelt of het specifieke geschade belang van de benadeelde daar al dan niet onder kan worden geschaard, mede in het licht van de omstandigheden van het geval. Daarbij ligt een keuze van gevalsvergelijking voor op basis van een analogie- of a contrario-redenering. Van dat type keuzes zijn we gewend dat de rechter die bij wetsinterpretatie maakt en dat de rechter daarbij in zoverre ook 'rechtspolitieke' keuzes kan maken, dat hij de aansprakelijkheidslast die ermee gemoeid zou kunnen zijn en de verzekerbaarheid daarvan kan meewegen. De legitimiteit van het feit dat de rechter zulke keuzes maakt, ook buiten de wetgever om, zal daarom niet snel ter discussie worden gesteld. Een zwijgen van de wetgever op dit punt hoeft er in deze actieve opstelling van de rechter dus niet aan in de weg te staan dat de rechter oordeelt dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan.

Het institutionele model voor het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm dat ik heb ontwikkeld, houdt dus in dat de rechter zijn relativiteitsoordeel faseert en zijn opstelling in zijn verhouding tot de wetgever differentieert, bestaande in een terughoudende opstelling bij de vraag naar het beschermingsdoel en een actieve opstelling bij de vraag naar de beschermingsomvang. Dit model heeft als bijkomend voordeel dat het de voorspelbaarheid van het relativiteitsoordeel vergroot op het punt van de vraag naar het beschermingsdoel.

Komt de rechter op grond van dit model tot het oordeel dat het relativiteitsvereiste aan aansprakelijkheid voor de schending van de betreffende wettelijke norm in de weg staat, dan kan de rechter als hij dat vanuit materieel aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief wenselijk acht, alsnog aansprakelijkheid aannemen via de correctie-Langemeijer. De rechter kan dat doen door de omstandigheid dat een wettelijke norm is geschonden mede in het licht van alle omstandigheden van het geval de doorslag te laten geven bij het oordeel dat ook een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is geschonden, die wél strekt tot bescherming van het geschade belang van de benadeelde. Grondslag van de aansprakelijkheid is dan de schending van deze ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, zodat het oordeel van de rechter niet met diens verhouding tot de wetgever is 'belast' en de legitimiteit van zijn oordeel in dat licht niet snel ter discussie zal komen te staan. Via de correctie-Langemeijer kan de rechter zo in een voorkomend geval tot op zekere hoogte – toegespitst op het concrete geval – vorm geven aan de rechtsontwikkeling en voorzien in indirecte privaatrechtelijke handhaving van een wettelijke norm. Aan de hand van dit model heb ik de rechtspraak van de Hoge Raad en de Afdeling onder de loep genomen. Ik resumeer nu mijn bevindingen 'door de bril' van dit model.

### 7.3 DOOR DE BRIL VAN HET MODEL

Bespreking van de rechtspraak van de Hoge Raad over de relativiteit van wettelijke normen aan de hand van het model leert om te beginnen dat hij niet uitgaat van een generiek, voor alle wettelijke normen geldend ‘vermoeden’ van relativiteit. Dat blijkt uit de neutraal geformuleerde maatstaf, die de Hoge Raad bij het relativiteitsoordeel hanteert. Het blijkt ook uit het feit dat hij dit vermoeden in *Astrazeneca/Menzis* met zoveel woorden van de hand wijst.<sup>1</sup> In zoverre is de rechtspraak van de Hoge Raad dus in lijn met het model. De Hoge Raad hanteert echter niet het model. Hij maakt ook geen kenbaar onderscheid tussen de vraag naar het beschermingsdoel en de vraag naar de beschermingsomvang.<sup>2</sup>

De twaalf zaken waarin de Hoge Raad zich in de afgelopen jaren uitsprak over de relativiteit van wettelijke normen laten zich evenwel onderverdelen al naar gelang de fase waarop het relativiteitsoordeel in wezen ziet. Het beeld dat zich dan aftekent, is dat zijn relativiteitsoordelen zich *grosso modo* redelijk laten inpassen in het model. ‘*Grosso modo*’ wil zeggen op twee later in deze paragraaf te bespreken zaken na. ‘Redelijk’ wil het volgende zeggen. In de zaken waarin het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad zich in wezen situeert op het niveau van de abstracte vraag naar het beschermingsdoel tekent zich in lijn met het model in elk geval in zoverre een terughoudende opstelling af, dat hij in de zaken waarin dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen in wetstekst en wetsgeschiedenis ontbreekt dat de betreffende norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen – *Duwbak Linda*, *Pfizer/Cosmétique* en *Iraanse vluchteling* – tot een ontkennend relativiteitsoordeel komt. In de enige zaak waarin het relativiteitsoordeel zich in wezen situeert op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel en de wetgever wel zulke dekking biedt – *Vie d’Or* – komt de Hoge Raad tot een bevestigend relativiteitsoordeel.

Daarmee is niet gezegd dat de Hoge Raad in deze zaken tot een ontkennend dan wel bevestigend relativiteitsoordeel komt, omdat hij in wetstekst en wetsgeschiedenis al dan niet dekking ziet middels positieve aanwijzingen dat de betreffende norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Afgaand op de motivering acht ik dit echter wel aannemelijk. Het relativiteitsoordeel in *Pfizer/Cosmétique* is wat dat betreft het meest afgetekend. De Hoge Raad volstaat bij zijn oordeel dat de Wet op de Genees-

---

1 HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, *NJ* 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken (*Astrazeneca/Menzis*), r.o. 3.3.1-3.3.2.

2 Inmiddels hanteert Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven dit onderscheid wel t.a.v. de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen van de Hoge Raad, in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.6-3.7. Hij komt deels tot dezelfde indeling van deze rechtspraak al naar gelang het relativiteitsoordeel zich in zijn optiek situeert op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel dan wel van de beschermingsomvang.

middelenvoorziening 'slechts ertoe strekt' het als algemeen belang aan te merken belang van 'de volksgezondheid' te beschermen met een verwijzing naar de wetsgeschiedenis van de WGV. Daarin valt hetzelfde te lezen.<sup>3</sup>

Ook ten aanzien van het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Duwbak Linda acht ik het aannemelijk dat zo het ontbreken van positieve aanwijzingen niet doorslaggevend is, het op zijn minst een belangrijke rol speelt. De Hoge Raad grijpt voor zijn oordeel dat de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de scheepskeuring op grond van het Reglement onderzoek schepen op de Rijn (RosR) zorgvuldig moet worden verricht niet strekt tot bescherming van het 'individuele vermogensbelang' van 'derden die schade lijden doordat een onvoldoende zorgvuldig gekeurd schip een ongeval veroorzaakt' terug op de relativiteit van dit RosR.<sup>4</sup> Daarbij verwijst de Hoge Raad via de conclusie van Advocaat-Generaal Spier tot tweemaal toe naar de wetstekst en wetsgeschiedenis van deze wettelijke regeling en de Herziene Rijnvaartakte, als verdrag waarop deze regeling is gebaseerd. Het relativiteitsoordeel in Duwbak Linda bevat verder weliswaar passages waaruit zou kunnen worden afgeleid dat dit relativiteitsoordeel een eigen 'rechtspolitieke' keuze van de Hoge Raad behelst, nu in die zaak sprake zou zijn van een 'onbeperkte' groep benadeelden, die op 'veelal niet te voorziene' wijze schade zouden kunnen lijden. Maar deze passages komen pas in het spel bij de 'vertaalslag' van de relativiteit van het RosR naar de relativiteit van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die het keuringsbureau en de Staat zouden hebben geschonden.<sup>5</sup> Deze passages lijken mij dus ofwel door deze vertaalslag te moeten worden verklaard, of hooguit een extra argument bij een al bereikte uitkomst op basis van wetstekst en wetsgeschiedenis.

Het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling is moeilijker te peilen. De Hoge Raad laat in het midden van welke wettelijke norm hij precies de relativiteit vaststelt of omschrijft deze althans alleen in algemene zin, als de 'voor de procedure tot toelating' geldende 'regels'. Hij verwijst niet naar enigerlei wetsgeschiedenis, noch naar de conclusie van Advocaat-Generaal Spier. Het lijkt mij evenwel waarschijnlijk dat het ontbreken van positieve aanwijzingen in wetstekst en wetsgeschiedenis een rol speelt bij het oordeel dat 'de toelating als vluchteling' niet strekt tot bescherming 'van enig vermogensrechtelijk belang van de vluchteling'.<sup>6</sup> Dit gezien de conclusie, waarin Advocaat-Generaal Spier uitvoerig in kaart brengt dat de wetgever in de Vreemdelingenwet (oud) en het Vluchtelingenverdrag geen uitsluitel biedt voor het relativiteitsoordeel. Daar komt bij dat de zaak speelt op het politiek

---

3 HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, NJ 2009/485, m.nt. M.R. Mok (Pfizer/Cosmétique II), r.o. 4.2.3.

4 HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006/281, m.nt. Jac. Hijma (Duwbak Linda), r.o. 3.4.2 en 3.4.3.

5 Duwbak Linda, r.o. 3.4.3.

6 HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, NJ 2008/576, m.nt. J.B.M. Vranken (Iraanse vluchteling), r.o. 3.4.

immer gevoelige terrein van asiel en immigratie. Op dat terrein is er voor de rechter des te meer reden zich van dekking van de wetgever te verzekeren, alvorens aan te nemen dat de betreffende normen mede individuele vermogensbelangen beogen te beschermen en derhalve rechtstreekse privaatrechtelijke handhaving ervan bij de aansprakelijkheidsrechter mogelijk is.

In *Vie d'Or* grijpt de Hoge Raad terug op de relativiteit van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf (Wtv) voor zijn oordeel dat de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat het toezicht op grond van deze Wtv zorgvuldig moet worden uitgeoefend mede strekt tot bescherming van de polishouders van het gefailleerde *Vie d'Or*. Het feit dat wetstekst en wetsgeschiedenis van de Wtv wel dekking bieden middels positieve aanwijzingen dat deze wet mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen en wel die van polishouders lijkt mij hier opnieuw zo niet doorslaggevend, dan toch een belangrijke rol te hebben gespeeld bij dit bevestigende relativiteitsoordeel. De Hoge Raad verwijst tot tweemaal toe naar de wetsgeschiedenis van de Wtv en citeert daaruit in algemene beschouwingen, die hij aan zijn oordeel vooraf laat gaan. Hij velt verder een sterk heteronoom, op de tekst van artikel 34 Wtv gebaseerd, relativiteitsoordeel. Evenals in *Duwbak Linda* bevat het relativiteitsoordeel in *Vie d'Or* weliswaar passages waaruit in de literatuur wordt afgeleid dat dit relativiteitsoordeel berust op een eigen 'rechtspolitieke' keuze van de Hoge Raad, nu hij spreekt van de 'voorzienbaarheid' van de schade en de 'bepaalbaarheid' van de benadeelden. Maar deze passages lijken mij wederom onderdeel van de vertaalslag van de relativiteit van de Wtv naar de relativiteit van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die de Verzekeringskamer zou hebben geschonden, of hooguit een extra argument bij een al bereikte uitkomst op basis van wetstekst en wetsgeschiedenis.<sup>7</sup>

In de zaken waarin het relativiteitsoordeel zich in wezen situeert op het niveau van de concrete vraag naar de beschermingsomvang of althans het zwaartepunt van het relativiteitsoordeel bij die vraag ligt, kiest de Hoge Raad een actieve opstelling. Dat is eveneens in lijn met het model. In deze zaken staat niet ter discussie dat de wettelijke norm of regeling waarvan de relativiteit moet worden vastgesteld mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Daarvan uitgaande maakt de Hoge Raad in deze zaken in meer of mindere mate openlijk eigen keuzes. Ook en juist als de wetgever zwijgt

---

7 HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, NJ 2008/527 (*Vie d'Or*), m.nt. C.C. van Dam onder NJ 2008/529, r.o. 4.2.2. Een los eindje aan het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in *Vie d'Or* in het licht van het model is dat dit relativiteitsoordeel zich uitsluitend situeert op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel, terwijl een bevestigend relativiteitsoordeel in het model ook een bevestigende beantwoording van de vraag naar de beschermingsomvang veronderstelt. Dat laat zich verklaren doordat enerzijds de wetgever zich in wetstekst en wetsgeschiedenis van de Wtv betrekkelijk gedetailleerd uitspreekt over de daarmee te beschermen individuele vermogensbelangen van polishouders en anderzijds het feit dat het in *Vie d'Or* gaat om een collectieve actie, waarin het geschade belang van de benadeelden juist betrekkelijk abstract is gedefinieerd.

op het punt van de vraag of het specifieke geschade belang van de benadeelde, die zich bij de rechter meldt, onder de individuele vermogensbelangen kan worden geschaard die de betreffende norm of regeling beoogt te beschermen.

Het meest afgetekende voorbeeld biedt hier het bevestigende relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in de hangmatzaak. Hij constateert daarin eerst dat de wetgever zwijgt over de vraag of de risicoaansprakelijkheid voor opstallen van artikel 6:174 BW ook beoogt het geschade belang te beschermen van de benadeelde vrouw, die zelf medebezitter is van de schadeveroorzakende opstal. Om vervolgens openlijk de 'keuze' naar redelijkheid te maken dat dit het geval is, welke keuze de Hoge Raad van een uitvoerige onderbouwing voorziet.<sup>8</sup> Hetzelfde geldt voor het ontkennende relativiteitsoordeel van de Hoge Raad ten aanzien van de risicoaansprakelijkheid voor dieren van artikel 6:179 BW in de vervolgzaak van het manegepaard.<sup>9</sup>

Ook het ontkennende relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Astrazeneca/Menzis berust evenwel op zo'n eigen keuze. Hij oordeelt dat het Rbg en de WTG wel strekken tot bescherming van de voorschrijfvrijheid van de arts, normering van geneesmiddelenreclame en in dat verband goede publieksvoorlichting, kostenbeheersing in de zorg en kwaliteitsverbetering van de zorg. In zoverre beogen deze wettelijke regelingen dus ook individuele vermogensbelangen te beschermen. Het Rbg en de WTG strekken naar het oordeel van de Hoge Raad echter niet tot bescherming 'van farmaceutische bedrijven tegen omzetverlies en daaruit resulterende schade als gevolg van bepaald voorschrijfgedrag van artsen' en daarmee niet van het geschade belang van Astrazeneca. Deze keuze benoemt de Hoge Raad echter niet als zodanig en onderbouwt hij verder ook niet.<sup>10</sup> In een tot op zekere hoogte vergelijkbare zaak onder de huidige Zorgverzekeringswet onderbouwt de Hoge Raad zijn keuze dat het geschade commerciële belang van Nutricia als fabrikant van dieetpreparaten onder de door bepaalde normen uit deze wet te beschermen individuele vermogensbelangen van zorgaanbieders kan worden geschaard met een analogie-redenering.<sup>11</sup>

Enige onderbouwing van zijn keuze laat zich ook herkennen in het eveneens ontkennende relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Nabbe/Staalbankiers. Hij oordeelt dat de saldi- en marginbewakingsplicht van artikel 28 leden 2-4 van de Nadere regeling toezicht effectenverkeer 1999 wel strekt 'tot bescherming van de cliënt tegen relatief te grote financiële risico's, maar niet tot een zo selectieve bescherming tegen elk (koers)verlies dat de belegger op een

---

8 HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, NJ 2011/465, m.nt. T. Hartlief (hangmat), r.o. 4.3.3-4.3.4. Zij het dat 'redelijke wetstoepassing' meebrengt 'dat de benadeelde medebezitter zelf dat gedeelte van de door hem geleden schade draagt dat overeenkomt met zijn aandeel in de opstal', zoals de Hoge Raad toevoegt in r.o. 5.2.2.

9 HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 (manegepaard), r.o. 3.4.5 e.v.

10 Astrazeneca/Menzis, r.o. 3.3.3.

11 HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3241 (VGZ c.s./Nutricia en Stichting Patiëntenbelang Vergoeding Dieetpreparaten), r.o. 3.11.4-3.11.5.

transactie lijdt als door Nabbe bepleit'.<sup>12</sup> Deze Nabbe heeft op een serie transacties per saldo winst behaald, maar op enkele transacties verlies geleden. In Gemeente Barneveld/Gasunie billijkt de Hoge Raad zonder verdere toelichting het bevestigende relativiteitsoordeel van het hof dat artikel 164 van de bestemmingsplanvoorschriften beoogt omwonenden en gebruikers van gronden rondom een aardgastransportleiding te beschermen en dat daaronder ook het geschade belang van Gasunie als leidingbeheerder kan worden begrepen. Dit belang is met de belangen van omwonenden en gebruikers dusdanig 'verweven' dat het ermee op één lijn kan worden gesteld.<sup>13</sup>

De relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in twee Amsterdamse zaken over prostitutievergunningen laten zich daarentegen minder goed inpassen in het model. In de eerste zaak overschrijdt de gemeente Amsterdam de wettelijke beslistermijn van de APV en de Wet Bibob, waarbinnen op de aanvraag om zo'n vergunning moet worden beslist. De Hoge Raad oordeelt dat 'de wettelijke beslistermijn' beoogt het als algemeen belang aan te merken belang van voortvarende besluitvorming door bestuursorganen te bevorderen 'en voor betrokkenen duidelijkheid te scheppen op welke termijn de beslissing is te verwachten'. De beslistermijn beoogt 'niet zonder meer' om 'ook te beschermen tegen mogelijke schade die voor een belanghebbende kan ontstaan bij uitblijven van de beslissing binnen die termijn'.<sup>14</sup> Uitgesloten is dat dus niet, zodat onder omstandigheden de wettelijke beslistermijn ook individuele vermogensbelangen kan beogen te beschermen.

Dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen ontbreekt echter dat 'de' wettelijke beslistermijn mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. In zoverre kiest de Hoge Raad met dit voorwaardelijk relativiteitsoordeel op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel dus een minder terughoudende opstelling dan het model veronderstelt. Het relativiteitsoordeel in deze zaak heeft echter sowieso een status aparte. Het relativiteitsoordeel dat de Hoge Raad velt, is niet de uitkomst van een zelfstandige toets aan het relativiteitsvereiste. Hij licht met dit relativiteitsoordeel in een overweging ten overvloede de bijzondere maatstaf toe, die hij hanteert bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid in zaken van overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn. Het is daarom deze maatstaf die de inhoud van het relativiteitsoordeel bepaalt.

Het relativiteitsoordeel in de tweede Amsterdamse zaak over prostitutievergunningen heeft een vergelijkbare status aparte. In deze zaak worden de prostitutievergunningen aanvankelijk geweigerd, maar vernietigt de bestuurs-

---

12 HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7320, *NJ* 2010/67, m.nt. M.R. Mok (Nabbe/Staalbankiers), r.o. 3.7.

13 HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1598, *NJ* 2007/504, m.nt. M.R. Mok (Gemeente Barneveld/Gasunie), r.o. 3.5.1-3.5.2. Voor zover daarover in cassatie wordt geklaagd, hetgeen niet geheel duidelijk is. Zie par. 5.9.

14 HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579, *NJ* 2013/47, *AB* 2014/15, m.nt. C.N.J. Kortmann (Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s.), r.o. 3.3.

rechter de eveneens afwijzende beslissing op bezwaar, omdat deze naar diens oordeel in strijd met artikel 7:12 lid 1 Awb ondeugdelijk is gemotiveerd. De Hoge Raad oordeelt dat deze motiveringsplicht 'mede kwaliteitsbevordering en -bewaking tot doel heeft'. De motiveringsplicht strekt echter niet 'tot bescherming van vermogensbelangen van personen die niet kunnen worden aangemerkt als belanghebbende bij een besluit in de zin van de Awb', zoals de benadeelde verhuurder van het te exploiteren pand in deze zaak.<sup>15</sup> Met dit dubbel ontkennende relativiteitsoordeel houdt de Hoge Raad de mogelijkheid open dat de motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb wel strekt tot bescherming van de benadeelde, die wel belanghebbende is bij het vernietigde besluit. Dat spreekt ook voor het overige uit zijn relativiteitsoordeel. Positieve aanwijzingen dat deze Awb-norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, ontbreken echter in wetstekst en wetsgeschiedenis van deze bepaling. In zoverre stelt de Hoge Raad zich ook met dit relativiteitsoordeel minder terughoudend op dan het model veronderstelt.

Dit zou kunnen worden verklaard doordat de Hoge Raad ook in deze zaak een bijzondere maatstaf hanteert bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid, die als het ware 'overloopt' in de toets aan het relativiteitsvereiste. In deze zaak is dat de zogeheten leer van de omgekeerde formele rechtskracht. Volgens vaste, oudere rechtspraak van de Hoge Raad, geformuleerd in termen van het vereiste van relatieve onrechtmatigheid, geldt een besluit dat door de bestuursrechter is vernietigd, als toerekenbare onrechtmatige daad 'jegens' de adressant en daarmee rechtstreeks belanghebbende bij het besluit, als het besluit op diens initiatief door de bestuursrechter is vernietigd. Het hof baseert zich in de tweede Amsterdamse prostitutiezaak op deze rechtspraak voor zijn oordeel dat de aanvrager van de prostitutievergunning – die wel belanghebbende is bij de afwijzende beslissing op bezwaar – deze door de bestuursrechter vernietigde beslissing op bezwaar kan inroepen als toerekenbare onrechtmatige daad van de gemeente. Voor deze rechtspraak houdt de Hoge Raad met zijn relativiteitsoordeel ruimte. Hij houdt de mogelijkheid open dat de geschonden motiveringsplicht uit de Awb wel de individuele vermogensbelangen van de belanghebbende bij de vernietigde beslissing op bezwaar beoogt te beschermen.

Voor de rechtspraak van de Afdeling geldt dat zij in vreemdelingenrechtelijke zaken het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling volgt. Haar relativiteitsoordelen in deze zaken laten zich daarom evenzeer inpassen in het model als dit relativiteitsoordeel van de Hoge Raad. De relativiteitsoordelen van de Afdeling in zaken van ruimtelijke ordening laten zich daarentegen niet alle inpassen in het model. Het relativiteitsoordeel in Amelandse benzinstations situeert zich op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. De Afdeling spreekt ook uit dat het bestemmingsplan het als algemeen belang aan te merken belang van een 'goede ruimtelijke ordening'

---

15 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:767, AB 2015/2, m.nt. C.N.J. Kortmann (Gemeente Amsterdam/D.), r.o. 3.6-3.7.

beoogt te beschermen en niet dient om 'concurrentieverhoudingen te regelen'.<sup>16</sup> De Afdeling komt vervolgens evenwel tot het bevestigende relativiteitsoordeel dat artikel 48 lid 1 aanhef en sub b Woningwet (oud) en het bestemmingsplan beogen de 'rechtszekerheid' te beschermen en over die band ook het geschade belang van de exploitant van een bestaand benzinestation, gevrijwaard te blijven van omzetting door de komst van een nieuw benzinestation waarvoor in strijd met het bestemmingsplan een bouwvergunning wordt verleend. Dekking middels positieve aanwijzingen ontbreekt echter in wetstekst en wetsgeschiedenis van artikel 48 lid 1 aanhef en sub Woningwet (oud) dat deze bepaling mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. In Amelandse benzinestation stelt de Afdeling zich daarom minder terughoudend op dan het model veronderstelt. Daarmee maakt zij bovendien in weerwil van haar vooropstelling dat het bestemmingsplan er niet is om concurrentieverhoudingen te regelen alsnog rechtstreekse privaatrechtelijke handhaving van dat bestemmingsplan mogelijk. Dit relativiteitsoordeel is met de wending over de band van de rechtszekerheid ook enig in zijn soort.

Twee andere relativiteitsoordelen van de Afdeling in zaken van ruimtelijke ordening laten zich daarentegen weer wel redelijk inpassen in het model. Dit betreft haar relativiteitsoordeel in Nuthse geluidshinder, in welke zaak niet ter discussie staat dat de geluidsvoorschriften van het Besluit opslag- en transportbedrijven milieubeheer mede bepaalde als individuele vermogensbelangen aan te merken belangen beogen te beschermen: die van omwonenden. De Afdeling maakt zelf de keuze dat daaronder niet alleen de belangen van omwonende huurders kunnen worden geschaard, maar ook het geschade belang van hun verhuurder om gevrijwaard te blijven van derving van huurpenningen door verminderd woongenot van deze huurders door geluidsoverlast. Dit oordeel over de relativiteit van de geluidsvoorschriften acht de Afdeling ook toepasselijk op de relativiteit van de wettelijke beslistermijn. Die termijn is de norm die het college van de gemeente Nuth in deze zaak heeft geschonden, door niet te beslissen op het verzoek van de verhuurder om handhavend op te treden tegen de overtreding van de geluidsvoorschriften. Nu dit relativiteitsoordeel zich situeert op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang, laat deze actieve opstelling van de Afdeling zich inpassen in het model. Al spreekt de Afdeling zich ook uit op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. Zij stelt voorop dat de Wet milieubeheer, waarop de geluidsvoorschriften zijn gebaseerd, 'het milieu' beoogt te beschermen en niet wat zij noemt 'louter economische belangen'.<sup>17</sup> Het geeft ook dit relativiteitsoordeel een innerlijk tegenstrijdig karakter, nu de Afdeling het

16 ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8294, AB 2009/213, m.nt. B.P.M. van Ravels en A.M.L. Jansen (Amelandse benzinestations II), r.o. 2.3.1.

17 ABRvS 28 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2011:BN2670, AB 2011/240, m.nt. B.P.M. van Ravels (Nuthse geluidshinder), r.o. 2.6.6.

met haar overige relativiteitsoordeel mogelijk maakt dat de verhuurder juist wel opkomt voor een louter economisch belang: derving van huurpenningen.

Naar het zich laat aanzien is er de Afdeling in Amelandse benzinestations en ook in Nuthse geluidshinder eenvoudigweg veel aan gelegen aansprakelijkheid van de betreffende overheid aan te nemen. Haar minder terughoudende opstelling dan het model veronderstelt bij de vraag naar het beschermingsdoel in de eerstgenoemde zaak moet waarschijnlijk ook daardoor worden verklaard. Het lijkt mij niet dat deze moet worden verklaard door het feit dat de Afdeling zich uitspreekt over de relativiteit van wettelijke normen in zaken van overheidsaansprakelijkheid voor een onrechtmatig besluit en derhalve in publiekrechtelijke verhoudingen. Evenmin moet dit worden verklaard door eigenaardigheden van het besluitenansprakelijkheidsrecht, zoals het belanghebbende-begrip. Haar relativiteitsoordelen in vreemdelingenrechtelijke zaken laten zich immers wel inpassen in het model en dat geldt ook voor haar relativiteitsoordeel in Nuthse geluidshinder evenals een derde zaak van ruimtelijke ordening. Ook dat zijn zaken van overheidsaansprakelijkheid, die zich situeren in publiekrechtelijke verhoudingen.

Het relativiteitsoordeel van de Afdeling in Warnsveldse woning laat zich eveneens redelijk inpassen in het model. De Afdeling oordeelt dat de termijn voor het vaststellen van een bestemmingsplan uit de Wro en de aanhoudingsplicht voor het beslissen op een aanvraag om een bouwvergunning onder het bestaande bestemmingsplan uit de Woningwet (oud) het als algemeen belang aan te merken belang van 'het planologische regime van het nieuwe bestemmingsplan' beoogt te beschermen. Deze termijn strekt niet tot bescherming tegen 'vermogensrechtelijke schade', aldus de Afdeling.<sup>18</sup> Dit relativiteitsoordeel situeert zich dus op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. Nu dekking middels positieve aanwijzingen ontbreekt dat deze normen mede individuele vermogensbelangen beogen te beschermen en de Afdeling tot een ontkennend relativiteitsoordeel komt, tekent zich hier in lijn met het model een terughoudende opstelling af. Het lijkt mij niet onwaarschijnlijk dat de Afdeling daadwerkelijk tot dit ontkennende relativiteitsoordeel komt, omdat zulke positieve aanwijzingen ontbreken. Inhoudelijk sluit het relativiteitsoordeel van de Afdeling aan bij de wetsgeschiedenis van de Wro en de Woningwet (oud). Grosso modo laat zowel de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen van de Hoge Raad als van de Afdeling zich dus redelijk inpassen in het model.

#### 7.4 TERUG NAAR HET DEBAT

Het is tijd terug te keren naar het debat en over te gaan tot beantwoording van de hoofdvraag. Is de kritiek op de rechtspraak over de relativiteit van

---

18 ABRvS 11 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2057 (Warnsveldse woning), r.o. 3.1.

wettelijke normen terecht en behoeft de rechtspraak bijstelling, of doet de rechter precies wat van hem verwacht mag worden, zoals de bijval wil? Evenals in het inleidende hoofdstuk bespreek ik in deze paragraaf achtereenvolgens drie typen kritiek: de kritiek op het 'rechtspolitieke' karakter van de relativiteitsoordelen van de Hoge Raad, de kritiek dat hij keuzes naar zich toetrekt die hij aan de wetgever zou moeten laten en de kritiek op het onvoorspelbare en arbitraire karakter van deze rechtspraak in algemene zin.

Het eerst type kritiek is kritiek op het 'rechtspolitieke' karakter van de rechtspraak van de Hoge Raad, in het bijzonder zijn relativiteitsoordelen in Duwbak Linda en Iraanse vluchteling. Deze kritiek komt erop neer dat hij in deze zaken welbewust oordeelt dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan, uit beduchtheid anders een te grote aansprakelijkheidslast voor de overheid in het leven te roepen. Auteurs als Van Maanen, Lindenbergh en Drion achten dit een bedenkelijk motief, waardoor de rechter zich niet zou moeten laten leiden. Die zou in zaken als Duwbak Linda en Iraanse vluchteling aansprakelijkheid moeten aannemen en zorgen over de eventuele consequenties daarvan voor de schatkist aan de wetgever moeten overlaten. Temeer daar het gevolg van de ontkennende relativiteitsoordelen in deze zaken is dat de overheid niet aansprakelijk is, ondanks het feit dat zij onrechtmatig handelt. Daarmee zou de 'normale consequentie' van onrechtmatig handelen – de verplichting tot vergoeding van de veroorzaakte schade – uitblijven.<sup>19</sup> De Hoge Raad zou bovendien 'gratis onrechtmatige daden' van de overheid mogelijk maken.<sup>20</sup> Ook zou hij de 'normeringskracht' van het onrechtmatige daadsrecht ondermijnen.<sup>21</sup>

Dit laatste lijkt mij als zodanig geen valide kritiek op de wijze waarop de Hoge Raad in Duwbak Linda en Iraanse vluchteling de toets aan het relativiteitsvereiste uitvoert. De mogelijkheid dat een partij onrechtmatig handelt, maar toch niet aansprakelijk is, is inherent aan iedere regeling van buitencontractuele aansprakelijkheid die uit meer dan één vereiste bestaat. Het vereiste van causaal verband kan bijvoorbeeld eveneens aan aansprakelijkheid in de weg staan, ook al is er wel degelijk onrechtmatig gehandeld.<sup>22</sup> Iets anders is of een 'rechtspolitiek' motief als het 'flood gates'-argument een bedenkelijk motief is voor een rechter. Mij lijkt het niet onmiddellijk opmerkelijk, laat staan

---

19 Van Maanen 2007a, p. 1, herhaald in Van Maanen 2007b, p. 130.

20 Lindenbergh 2007b, p. 782.

21 Drion 2007, p. 1395 t.a.v. Iraanse vluchteling. Evenzo in algemene zin Schild & De Jongh 2007, p. 154.

22 Al zal, toegegeven, die situatie doorgaans minder omstreken zijn. Anders dan het relativiteitsvereiste biedt de *condicio-sine-qua-non*-test bij de toets aan het vereiste van causaal verband een concreet criterium, dat bovendien intuïtief voor de hand ligt. Anders wordt het als op de *condicio-sine-qua-non*-test een normatieve 'kop' wordt gezet, zoals bij de bewijsrechtelijke omkeringsregel en de leerstukken van proportionele aansprakelijkheid en kansschade, waarover Castermans & Den Hollander 2009, p. 161-188 resp. Castermans & Den Hollander 2013, p. 185-195.

bedenklijk, als de rechter bij zijn relativiteitsoordeel rekening houdt met de aansprakelijkheidslast die daarmee op macroniveau gemoeid zou kunnen zijn. Niet omdat het relativiteitsvereiste uit zijn aard een instrument is om de reikwijdte van aansprakelijkheid in te perken of te reguleren, maar wel omdat de rechter bij de toets aan het relativiteitsvereiste tot op zekere hoogte – in mijn model voor zover het gaat om de vraag naar de beschermingsomvang – de ruimte heeft om eigen keuzes te maken. De toets aan het relativiteitsvereiste bij wettelijke normen is een kwestie van wetsinterpretatie, waarover de wetgever doorgaans geen uitsluitel biedt en ook niet kan bieden. De rechter kan dus ook – in mijn model, opnieuw, voor zover het gaat om de vraag naar de beschermingsomvang – eventuele meer algemene ‘rechtspolitieke’ gedachten meewegen over de wenselijke reikwijdte van aansprakelijkheid, zoals het ‘flood gates’-argument. Hij zal dat bij gebreke van ander houvast ook moeten doen. De toets aan het relativiteitsvereiste krijgt in zoverre onvermijdelijk een rechtspolitiek karakter. Daarmee is in de woorden van Vranken dus op zichzelf inderdaad ‘niets mis’.<sup>23</sup> Het relativiteitsvereiste is daarvoor inderdaad ook geschikt, zoals Hijma stelt.<sup>24</sup>

Het lijkt mij in dit verband verder goed voor ogen te houden dat de Hoge Raad niet met zoveel woorden uitspreekt dat zijn relativiteitsoordelen in Duwbak Linda en Iraanse vluchteling daadwerkelijk zijn ingegeven door diens beduchtheid een stortvloed aan claims op de overheid uit te lokken.<sup>25</sup> Het ‘rechtspolitieke’ karakter van deze relativiteitsoordelen blijft in zoverre een veronderstelling die impliciet aan het debat over de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen ten grondslag wordt gelegd. Al lijkt het ook

23 J.B.M. Vranken, noot onder Iraanse vluchteling, *NJ* 2008/576, sub 7. In deze zin ook Hartlief 2008a, p. 32.

24 Jac. Hijma, noot onder Duwbak Linda, *NJ* 2006/281, sub 11. Vgl. K.J.O. Jansen 2007, p. 184, die in meer neutrale zin constateert dat het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Duwbak Linda niet meer lijkt te zijn dan een ‘juridische-technische “verpakking”’ van een rechtspolitiek oordeel. Zie in constaterende zin ook t.a.v. zowel Duwbak Linda en Iraanse vluchteling C.N.J. Kortmann 2015, p. 144.

25 De Hoge Raad doet dat tot op zekere hoogte wel in twee zaken van overheidsaansprakelijkheid o.g.v. de risicoaansprakelijkheid voor opstallen van art. 6:174 BW. In HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. T. Hartlief (Wilnis), r.o. 4.4.5 maakt hij in de kelderluikachtige afweging die moet worden gemaakt bij beantwoording van de vraag of de betreffende opstal al dan niet voldoet aan de daaraan in de gegeven omstandigheden te stellen eisen met zoveel woorden ruimte om de beschikbare ‘financiële middelen’ van de overheid mee te wegen (alsook diens ‘beleidsvrijheid’). Zie gematigd kritisch over de daarmee geopende mogelijkheid van een ‘draagkrachtverweer’ door de overheid T. Hartlief, noot onder Wilnis, *NJ* 2012/155, sub 14-17. Zie over deze zaak tevens Den Hollander 2013c, p. 1413-1417. Een verweer dat een te grote aansprakelijkheidslast dreigt voor de overheid, mag echter ook weer niet te snel worden gehonoreerd, zo blijkt uit HR 14 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831, *NJ* 2014/368, m.nt. T. Hartlief (racefietser). Zie inmiddels ook HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 (manegepaard), waarin de Hoge Raad in een zaak tussen private partijen bij zijn relativiteitsoordeel met zoveel woorden de aansprakelijkheidslast en de verzekerbaarheid daarvan meeweegt in r.o. 3.6.4.

mij niet onwaarschijnlijk dat dit in elk geval *een* rol zou kunnen spelen. Tegelijkertijd moet er volgens mij voor worden gewaakt deze relativiteitsoordelen al te snel te reduceren tot één grote 'rechtspolitieke' keuze, afhankelijk van de aansprakelijkheidslast die met het relativiteitsoordeel gemoeid zou kunnen zijn. Zoals besproken in de vorige paragraaf, kunnen deze relativiteitsoordelen ook zo worden gelezen dat deze aansprakelijkheidslast hooguit een extra argument is voor een ontkennend relativiteitsoordeel dat de Hoge Raad ook al bereikt, bij gebreke van positieve aanwijzingen van de wetgever dat deze met het RosR en de Vreemdelingenwet (oud) mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen.

Als in breder verband wordt gekeken naar de rechtspraak van de Hoge Raad, blijkt het overigens ook niet zo dat de Hoge Raad de toets aan het relativiteitsvereiste voortdurend, waar hij maar kan, inzet om de aansprakelijkheidslast van de overheid in te perken. Integendeel. Weliswaar oordeelt de Hoge Raad in Duwbak Linda en Iraanse vluchteling dat het relativiteitsvereiste aan overheidsaansprakelijkheid in de weg staat, maar in twee andere zaken van overheidsaansprakelijkheid oordeelt hij dat wel aan het relativiteitsvereiste is voldaan. In *Vie d'Or* casseert de Hoge Raad vervolgens het oordeel van het hof evenwel bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid, zodat aansprakelijkheid van de Verzekeringskamer nog niet gegeven is. In *Gemeente Barneveld/Gasunie* laat hij het oordeel van het hof intact dat de gemeente aansprakelijk is voor de schade van Gasunie.<sup>26</sup> Verder laat de Hoge Raad in de twee Amsterdamse prostitutiezaken de mogelijkheid open dat het relativiteitsvereiste niet aan aansprakelijkheid van de gemeente in de weg staat.

Ook in zaken tussen private partijen is het beeld gemengder dan het debat over de relativiteit van wettelijke normen soms doet vermoeden. In *Pfizer/Cosmétique*, *Astrazeneca/Menzis*, *Nabbe/Staalbankiers* en de manegepaardzaak staat het relativiteitsvereiste aan aansprakelijkheid in de weg, maar in de hangmatzaak en *VGZ/Nutricia* niet. Zijn relativiteitsoordeel in de hangmatzaak is de Hoge Raad zelfs op de kritiek komen te staan dat hij zich onvoldoende beducht toont voor een te grote aansprakelijkheidslast.<sup>27</sup> Dat strookt

---

26 Het criterium van de 'bepaalbaarheid' is in de literatuur overigens ook inhoudelijk bekritiseerd. Zoals Van Dam betoogt kan in het geval van Duwbak Linda niet op voorhand worden bepaald wie schade zal lijden als gevolg van de door de Staat onzorgvuldig uitgevoerde scheepskeuring. Tegelijkertijd gaat het hier met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid om een in aantal beperktere groep personen dan de op voorhand wel 'bepaalbare' groep van meer dan tienduizend polishouders die in het geval van *Vie d'Or* schade zouden kunnen lijden als gevolg van het ontoereikende toezicht van de Verzekeringskamer. De Hoge Raad zou zo bezien dus juist oordelen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan in de zaak met de grootste aansprakelijkheidslast. Zie in deze zin C.C. van Dam, noot onder *Vie d'Or*, *NJ* 2008/529, sub 16 en Van Dam 2010, p. 237. Zie tevens W.H. van Boom, noot onder *Vie d'Or*, *JA* 2007/2, in de drie laatste alinea's boven het tussenkopje 'Omwille van een doelmatige afdoening van vormen van massaschade'.

27 Zie Oldenhuis 2010, p. 2460. Zie in deze zin ook Hartlief 2011, p. 18, die vreest voor stijgende verzekeringspremies.

niet met de gedachte dat de Hoge Raad het relativiteitsvereiste waar hij maar kan inzet om de reikwijdte van (overheids)aansprakelijkheid in te perken. Ook in dit bredere verband behoeft de kritiek op het 'rechtspolitieke' karakter van de relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in mijn optiek dus nuancerend. Zo bezien is bovendien de Hoge Raad in zaken van overheidsaansprakelijkheid niet zonder meer 'strenger' bij de toets aan het relativiteitsvereiste dan in zaken tussen private partijen, zoals in de literatuur wel wordt aangenomen.<sup>28</sup>

Het tweede type kritiek luidt dat de Hoge Raad met zijn relativiteitsoordelen in Duwbak Linda, Iraanse vluchteling en de hangmatzaak keuzes naar zich toetrekt die hij aan de wetgever zou moeten laten. Deze kritiek berust erop dat de wetgever in het RosR, de Vreemdelingenwet (oud) en de afdeling over risicoaansprakelijkheden in het BW geen uitsluitel biedt voor het relativiteitsoordeel. De gedachte lijkt dat nu de wetgever in zoverre zwijgt, hij blijkbaar geen probleem ziet in het relativiteitsvereiste en de rechter dat dus ook niet zou moeten doen. Temeer gezien het generieke vermoeden van relativiteit, dat bijvoorbeeld Meijer, Schild & De Jongh, Di Bella en Van Dam afleiden uit de negatieve formulering en de wetsgeschiedenis van artikel 6:163 BW. Op grond daarvan zou de rechter immers pas bij 'negatieve' aanwijzingen van de wetgever in wettekst en wetsgeschiedenis van de betreffende norm mogen aannemen dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Met zijn oordeel dat in Duwbak Linda en Iraanse vluchteling toch niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan, zou de Hoge Raad volgens Di Bella blijk geven van een 'activistische toets aan het relativiteitsvereiste'.<sup>29</sup> Schild & De Jongh menen dat het relativiteitsvereiste zo een 'meer prominente plek in het aansprakelijkheidsrecht dreigt op te eisen' dan de BW-wetgever voor ogen stond.<sup>30</sup>

In het model voor het vaststellen van de relativiteit van wettelijke normen ga ik niet uit van zo'n vermoeden van relativiteit, nu dat onhoudbaar is. Het feit dat de wetgever geen uitsluitel biedt voor het relativiteitsoordeel, betekent in dit model dus niet dat de rechter steeds zou moeten oordelen dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Het feit dat de wetgever zwijgt over de relativiteit van een door hem uitgevaardigde norm, zegt in het model op zichzelf nog niets. Het hangt er van af op welk punt de wetgever zwijgt. Zwijgt de wetgever over de vraag of de betreffende norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, dan zou de rechter in de terughoudende opstelling, waarin het model bij deze vraag naar het beschermingsdoel voorziet, moeten oordelen dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Zwijgt de wetgever over de vraag of het specifieke geschade belang van de benadeelde onder de individuele vermogensbelangen kan worden geschaad, waarvan bij beantwoording van de vraag naar het beschermingsdoel al is

---

28 Zie in deze zin Di Bella 2014, p. 144-145 en in dezelfde zin maar voorzichtiger J.E.M. Polak 2012, p. 147.

29 Di Bella 2014, p. 157. In deze zin ook Di Bella 2013a, p. 17-18 en Di Bella 2013b, p. 1515.

30 Schild & De Jongh 2007, p. 153.

vastgesteld of niet ter discussie staat dat de betreffende norm die beoogt te beschermen, dan hoeft een dergelijk zwijgen van de wetgever er in de actieve opstelling, waarin het model bij deze vraag naar de beschermingsomvang voorziet, niet aan in de weg te staan dat de rechter oordeelt dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Dat is in dat geval ter keuze aan de rechter.

Nu de rechtspraak van de Hoge Raad zich grosso modo redelijk laat inpassen in dit model, trekt hij bezien door de bril van dit model niet aan de lopende band keuzes naar zich toe, die hij aan de wetgever zou moeten laten. In de zaken waarin zijn relativiteitsoordeel zich situeert op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel en dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen in wetstekst en wetsgeschiedenis ontbreekt dat de betreffende norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen – Duwbak Linda, Iraanse vluchteling, Pfizer/Cosmétique – oordeelt de Hoge Raad dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan. In de enige zaak waarin hij oordeelt dat wel aan het relativiteitsvereiste is voldaan – Vie d’Or – bevatten wetstekst en wetsgeschiedenis wel dekking middels zulke aanwijzingen. In deze zaken acht ik het, als gezegd, bovendien in meer of mindere mate aannemelijk dat de Hoge Raad tot een bevestigend relativiteitsoordeel komt, omdat wetstekst en wetsgeschiedenis al dan niet zulke aanwijzingen bevatten. In zoverre laat de Hoge Raad de keuze dus aan de wetgever of de betreffende norm of wettelijke regeling in het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht zou moeten kunnen worden ingeroepen als zelfstandige grondslag voor een vordering uit onrechtmatige daad en daarmee of rechtstreekse privaatrechtelijke handhaving van de norm überhaupt mogelijk zou moeten zijn.<sup>31</sup>

In alle andere zaken – exclusief de twee Amsterdamse zaken over prostitutievergunningen – ziet het relativiteitsoordeel op de vraag naar de beschermingsomvang. In Astrazeneca/Menzis, Gemeente Barneveld/Gasunie, Nabbe/Staalbankiers, de hangmatzaak, VGZ/Nutricia en de manegepaardzaak is het bezien door de bril van mijn model daarom aan de rechter om zelf te kiezen of het specifieke geschade belang van de benadeelde dusdanig lijkt op de individuele vermogensbelangen die de norm beoogt te beschermen, dat het ermee op één lijn kan worden gesteld. Het feit dat de wetgever daarover desgevraagd wellicht anders zou hebben gedacht, lijkt mij in deze zaken dan ook geen reden waarom de Hoge Raad tot een ander relativiteitsoordeel zou moeten komen. Zo trekt Hartlief in twijfel of de wetgever in de hangmatzaak desgevraagd ook tot een bevestigend relativiteitsoordeel zou zijn gekomen en zet hij ook op die grond vraagtekens bij het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad.<sup>32</sup> Met zijn eigen keuzes blijft de Hoge Raad in deze zaken binnen de grenzen van zijn interpretatief of rechtsvormend mandaat, zoals Sieburgh en

31 Zie t.a.v. Duwbak Linda in dezelfde zin, maar niet per se instemmend Schueler 2005b, p. 107.

32 Zie T. Hartlief, noot onder de hangmatzaak, *NJ* 2011/465, sub 9-10. Zie ook Hartlief 2011, p. 17-18.

Kottenhagen constateren ten aanzien van de hangmatzaak.<sup>33</sup> Of althans: binnen de grenzen die de rechter daaraan op basis van het model zou moeten stellen.

De kritiek dat de Hoge Raad met zijn relativiteitsoordelen in Duwbak Linda, Iraanse vluchteling en de hangmatzaak keuzes naar zich toetrekt die hij aan de wetgever zou moeten laten, is in mijn optiek dus niet terecht. Ook in meer algemene zin is dat bezien door de bril van het model niet het geval bij zijn rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen. Op zijn relativiteitsoordelen in de twee Amsterdamse zaken over prostitutievergunningen na, maar deze hebben sowieso een status aparte. Bovendien houdt de Hoge Raad daarmee strikt genomen alleen de mogelijkheid open dat de betreffende normen mede individuele vermogensbelangen beogen te beschermen. Hij neemt dit niet aan in het concrete geval. Anders dan de Afdeling in Amelandse benzinstations. Zij oordeelt in die zaak daadwerkelijk dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan, zonder dekking van de wetgever in wetstekst en wetsgeschiedenis van de Woningwet (oud) dat de betreffende normen mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Afgezet tegen het model trekt de Afdeling met dit relativiteitsoordeel een keuze naar zich toe die zij aan de wetgever zou moeten laten. Hier zit wat dat betreft de grootste 'afwijking' van het model.

Het derde type kritiek is dat de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen in algemene zin arbitrair en onvoorspelbaar is. Die kritiek is zo algemeen, dat die moeilijk valt te toetsen. Alleen dat lijkt mij al reden deze kritiek te nuanceren. Afgezet tegen het model is de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen wellicht ook minder arbitrair en onvoorspelbaar dan in de literatuur wel wordt gesuggereerd. In elk geval deel ik niet het betoog van onder meer Van Dunné, Heilhof & Neerhof, Kortmann & Van der Grinten, Di Bella en Verheij om in meer of mindere mate de toets aan het relativiteitsvereiste te omzeilen en uit te wijken naar de leer van de redelijke toerekening van artikel 6:98 BW.<sup>34</sup> Sowieso zou ik niet voor dergelijke uitwijkmanoeuvres willen pleiten. Als de ratio van het relativiteitsvereiste wordt gezocht in het inperken of reguleren van de reikwijdte van aansprakelijkheid, dan vormt de leer van de redelijke toerekening daarvoor een alternatief. In mijn optiek moet de ratio van het relativiteitsvereiste echter worden gezocht in het relateren van geschonden norm en geschaad belang met een normatieve redenering als doel op zich, waarvan een bepaalde reikwijdte van aansprakelijkheid het gevolg is en niet andersom. In dit relateren kan de leer van de redelijke toerekening niet voorzien. In mijn visie op de ratio van het relativiteitsvereiste is de redelijke toerekening daarvoor daarom geen alternatief.

33 Zie Sieburgh 2011, p. 204-205 en Kottenhagen 2011, p. 252-253.

34 Zie Van Dunné 2007, p. 128-129; Heilhof & Neerhof 2008, p. 54-61; C.N.J. Kortmann & Van der Grinten 2012, p. 273-295; Di Bella 2014, p. 115, p. 128, p. 137 en p. 155-158; Verheij 2014, p. 102-104.

Daar komt bij dat dergelijke uitwijkmanoeuvres op gespannen voet staan met het onderscheid tussen de vestigings- en omvangsfase van aansprakelijkheid.<sup>35</sup> Het argument dat de leer van de redelijke toerekening geschikter zou zijn om ‘rechtspolitieke’ afwegingen inzichtelijk weer te geven, tenslotte, kan mij evenmin overtuigen. Er wordt dan wel erg veel heil verwacht van de gezichtspuntencatalogi die in het kader van de redelijke toerekening zijn ontwikkeld. Gezichtspuntencatalogi, die evenzeer inzet zijn van voortdurend debat in de literatuur.<sup>36</sup> Aanscherping van de formulering en motivering van de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen aan de hand van het model kan bovendien de helderheid en inzichtelijkheid daarvan vergroten en deze rechtspraak verder systematiseren. Dat laat ik zien in de nu volgende paragraaf.

#### 7.5 AANSCHERPING EN BIJSTELLING VAN DE RECHTSPRAAK

Het feit dat de kritiek op de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen van de Hoge Raad deels onterecht is en voor het overige nuancering behoeft, wil niet zeggen dat deze rechtspraak niet nog voor verbetering vatbaar is. Afgezet tegen het model als ijkpunt valt er bij nadere bestudering weliswaar een lijn in te ontwaren – of beter gezegd twee lijnen: relativiteitsoordelen die zich situeren op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel respectievelijk de vraag naar beschermingsomvang – maar er laat zich niet onmiddellijk een overkoepelende systematiek in herkennen. Op het eerste gezicht zijn de verschillende relativiteitsoordelen ogenschijnlijk ad hoc tot stand gekomen. De formulering en motivering van de relativiteitsoordelen van de Hoge Raad blinken bovendien niet altijd uit in helderheid en inzichtelijkheid. Het handhaven van een zekere vaagheid heeft als voordeel dat de Hoge Raad zijn handen vrijhoudt van norm tot norm en van geval tot geval te beslissen en de zaken niet te veel op scherp komen te staan. Maar welbeschouwd zou dat een vreemde reden zijn om rechtspraak op te leveren die helderder en inzichtelijker kan, over een leerstuk dat al ingewikkeld genoeg is. In zoverre deel ik de kritiek van onder meer Van Maanen, Lindenberg, Drion en Hartlief op het punt van de inzichtelijkheid van de motivering van diverse relativiteitsoordelen van de Hoge Raad.<sup>37</sup>

---

35 Het materieelrechtelijke onderscheid tussen de vestigings- en omvangsfase van aansprakelijkheid is overigens te onderscheiden van het procesrechtelijke onderscheid tussen hoofd- en schadestaatprocedure. Het relativiteitsvereiste kan zowel in de hoofd- als de schadestaatprocedure aan de orde komen. Zie in deze zin De Bie Leuveling Tjeenk 2010, p. 127.

36 Zie bijv. Dijkshoorn 2011, p. 257-268; Hartlief 2014b, p. 2917; Holthuijsen-van der Kop 2015, p. 520-527.

37 Zie Lindenberg 2007b, p. 784; G.E. van Maanen, noot onder Iraanse vluchteling, JA 2007/93, sub 6; Drion 2009, p. 357; Hartlief 2008a, p. 32.

De rechtspraak over de relativiteit laat zich om te beginnen aanscherpen door het vereiste van relatieve onrechtmatigheid voor eens en voor altijd te verlaten. De rechter zou dus de vereisten van onrechtmatigheid en relativiteit steeds moeten scheiden. Bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid zou hij zich moeten beperken tot het vaststellen of de betreffende norm al dan niet is geschonden en bij de toets aan het relativiteitsvereiste tot het vaststellen of deze norm strekt tot bescherming van het geschade belang. De rechter zou dus niet moeten nagaan of de schending van de betreffende norm onrechtmatig is 'jegens' de benadeelde. De bespreking van de rechtspraak leert dat de Hoge Raad zich soms toch deels uitdrukt in termen van deze relatieve onrechtmatigheid. De tweede Amsterdamse prostitutiezaak levert een extra argument daarmee te stoppen. Het hanteren van het vereiste van relatieve onrechtmatigheid maakt de rechtspraak over de toets aan het relativiteitsvereiste in zaken waarin de benadeelde zich beroept op de zogeheten leer van de omgekeerde formele rechtskracht dusdanig ingewikkeld dat die volgens mij voor niemand nog goed te begrijpen is. Ik kom daarop nog terug.

Aanscherping is verder mogelijk door steeds duidelijkheid te verschaffen over de norm, normen of wettelijke regeling die inzet is of zijn van het relativiteitsoordeel. Dat lijkt nogal een open deur, maar de bespreking van de rechtspraak leert toch anders. In Iraanse vluchteling laat de Hoge Raad aanvankelijk in het midden van welke norm hij de relativiteit vaststelt, door zich uit te spreken over 'de toelating als vluchteling'. Uiteindelijk geeft hij alleen in algemene zin aan dat hij zich uitspreekt over de relativiteit van 'voor de procedure tot toelating' geldende 'regels'. De Vreemdelingenwet (oud), waarop de Hoge Raad naar mag worden aangenomen in elk geval doelt, noemt hij niet. Ook blijft bij dit relativiteitsoordeel boven de markt hangen of en in hoeverre het Vluchtelingenverdrag daarvan deel uitmaakt. Het maakt dit toch al veelvuldig bekritiseerde relativiteitsoordeel er in elk geval niet inzichtelijker op. De relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in zaken als Duwbak Linda en Vie d'Or tonen eveneens het belang van duidelijkheid over de norm waarvan de relativiteit wordt vastgesteld. De geschonden norm is in deze zaken een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, waarvan de Hoge Raad de relativiteit vaststelt aan de hand van de wettelijke regeling waarop deze ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is geënt. Bij zo'n getrapte relativiteitsoordeel is het des te meer van belang helder te hebben welke overweging ziet op welke norm. Met name in zijn relativiteitsoordeel in Duwbak Linda schakelt de Hoge Raad niet altijd even duidelijk heen en weer tussen de relativiteit van het RosR en de daarop geënte ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht.

Vergroting van de helderheid en inzichtelijkheid en verdere systematisering van de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen is verder mogelijk door consequent het model te hanteren. Niet alleen bij het vaststellen van de relativiteit van wettelijke normen, maar ook bij de formulering en motivering van het relativiteitsoordeel. In zaken waarin positieve aanwijzingen in wetstekst

en wetsgeschiedenis ontbreken dat de betreffende norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen en het relativiteitsoordeel zich situeert op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel, zou het relativiteitsoordeel steeds moeten luiden dat de norm bepaalde algemene belangen beoogt te beschermen en geen individuele vermogensbelangen. De norm beoogt daarmee dus ook niet het geschade belang van de benadeelde te beschermen. De motivering zou gericht moeten zijn op de bedoeling van de wetgever, zoals die blijkt uit wetstekst en wetsgeschiedenis van de betreffende norm.

In Duwbak Linda zou het relativiteitsoordeel dan zo kunnen worden geformuleerd dat het RosR beoogt het algemene belang van de 'veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer' te beschermen en geen individuele vermogensbelangen en dus ook niet het belang van baggeraar Van Hasselt, gevrijwaard te blijven van schade aan zijn baggercombinatie doordat de beweerdelijk onzorgvuldig gekeurde Linda zinkt. Waaraan is toe te voegen dat hetzelfde geldt voor de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, die op het RosR is geënt, dat de scheepskeuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht. De motivering van dit relativiteitsoordeel zou moeten bestaan in een verwijzing naar wetstekst en wetsgeschiedenis van het RosR en de Herziene Rijnvaartakte. Het relativiteitsoordeel in Iraanse vluchteling zou langs dezelfde lijnen kunnen luiden dat de toelating als vluchteling op grond van de Vreemdelingenwet (oud) beoogt het humanitair belang te beschermen dat vluchtelingen, die moeten vrezen voor vervolging in het land van herkomst, daarnaar niet worden teruggestuurd, en geen individuele vermogensbelangen. Derhalve beoogt deze toelating als vluchteling ook niet het belang te beschermen van de uit Iran afkomstige vrouw, gevrijwaard te blijven van inkomens- en pensioenderving doordat haar de toelating aanvankelijk ten onrechte is geweigerd. Ook hier zou de motivering moeten bestaan in een verwijzing naar wetstekst en wetsgeschiedenis van in dit geval de Vreemdelingenwet (oud).

In zaken waarin wetstekst en wetsgeschiedenis van de betreffende norm wel positieve aanwijzingen bevatten dat deze norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen en het relativiteitsoordeel derhalve de vraag naar de beschermingsomvang bereikt, zou het relativiteitsoordeel steeds moeten luiden dat de norm bepaalde algemene belangen beoogt te beschermen en daarnaast bepaalde individuele vermogensbelangen. Afhankelijk van de eigen keuze van de rechter is daaronder ook of juist niet het specifieke geschade belang van de benadeelde te begrijpen. De motivering zou hier deels moeten zijn gericht op de bedoeling van de wetgever, zoals die blijkt uit wetstekst en wetsgeschiedenis, voor zover het relativiteitsoordeel luidt dat de betreffende norm naast algemene belangen ook individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Voor het overige zou de motivering moeten zijn gericht op onderbouwing van de eigen keuze van de rechter, op basis van een analogie- of a contrario-redenering, of het specifieke geschade belang van de benadeelde in het concrete geval al dan niet met die individuele vermogensbelangen op één lijn is te stellen.

Het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in de hangmatzaak zou dan bijvoorbeeld kunnen luiden dat de risicoaansprakelijkheid voor opstallen van artikel 6:174 BW beoogt het algemeen belang van een ordentelijk vermogensrechtelijk verkeer te beschermen en daarnaast de individuele vermogensbelangen van derden die schade lijden als gevolg van het feit dat een opstal niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen, onder verwijzing naar wetstekst en wetsgeschiedenis van artikel 6:174 BW en de afdeling over risicoaansprakelijkheden van het BW. Daaraan is – uitgaande van de keuze die de Hoge Raad maakt – toe te voegen dat onder deze individuele vermogensbelangen ook het geschade belang van de vrouw als benadeelde medebezitter is te begrijpen. Dit belang is op één lijn te stellen met de individuele vermogensbelangen van de ‘gewone’ benadeelde, die niet in een goederenrechtelijke betrekking staat tot de schadeveroorzakende opstal. De motivering voor dit deel van het relativiteitsoordeel – beantwoording van de vraag naar de beschermingsomvang – bestaat in dit geval dus in een analogie-redenering. Deze analogie-redenering is op zijn beurt gebaseerd op de afweging van voor- en tegenargumenten die de Hoge Raad in de hangmatzaak presenteert om de benadeelde medebezitter over één kam te scheren met de benadeelde die geen medebezitter is van de schadeveroorzakende opstal.

De rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen van de Hoge Raad laat zich dus aanscherpen, door het vereiste van relatieve onrechtmatigheid te verlaten, duidelijk te maken welke norm inzet is van het relativiteitsoordeel en de formulering en de motivering van het relativiteitsoordeel als het ware te uniformeren aan de hand van het model. Uiteraard moeten daarvan tegelijkertijd ook weer geen wonderen worden verwacht. Deze vergroting van de helderheid en inzichtelijkheid van de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen en een zekere systematisering verandert immers niets aan de uitkomst van de betreffende relativiteitsoordelen. Evenmin verandert dat iets aan het feit dat het relativiteitsoordeel, zoals elk rechterlijk oordeel, ook altijd een machtswoord is. Hoe veel werk er van de motivering ook wordt gemaakt.<sup>38</sup> In zoverre is elk rechterlijk oordeel een ‘machtsoordeel’. Kritiek van deze strekking op bijvoorbeeld het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling lijkt mij daarom in zoverre niet valide.<sup>39</sup>

Inhoudelijke bijstelling van de rechtspraak van de Hoge Raad bepleit ik op het punt van zijn relativiteitsoordelen in de twee Amsterdamse zaken over prostitutievergunningen.<sup>40</sup> In de eerste zaak gaat het om overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn. De Hoge Raad

---

38 Zie in deze zin Gelpke 2005, p. 148 en Lubach 2010, p. 319, bijgevalen door Advocaat-Generaal Spier in zijn conclusie voor HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 (manegepaard), noot 67.

39 Lindenbergh 2007b, p. 784. In dezelfde zin Hartlief 2008a, p. 32, ten aanzien van zowel Iraanse vluchteling als Duwbak Linda. Vgl. t.a.v. Duwbak Linda, Giesen 2005, p. 170.

40 Voor de goede orde: uiteraard is het niet mogelijk deze relativiteitsoordelen alsnog letterlijk ‘bij te stellen’: ik doel op bijstelling voor de toekomst, in vergelijkbare zaken.

zou de leer-Smits-achtige maatstaf die hij in dit type zaken hanteert bij het vereiste van onrechtmatigheid moeten verlaten. Deze maatstaf past niet in de systematiek van artikel 6:162 lid 2 BW. Evenmin past deze maatstaf bij het abstracte onrechtmatigheidsbegrip dat ik voorsta bij de toets aan het relativiteitsvereiste, waarin de schending van een wettelijke norm zonder meer onrechtmatig is te achten. Het hanteren van een leer-Smits-achtige maatstaf is ook niet nodig, aangenomen dat de Hoge Raad deze maatstaf hanteert vanwege zijn wens behoedzaam te zijn bij het aannemen van aansprakelijkheid van de overheid, telkens als een bestuursorgaan te laat is met beslissen en ruimte in te bouwen voor een afweging.<sup>41</sup> Die afweging zou ook gemaakt kunnen worden bij de toets aan het relativiteitsvereiste. In zoverre zou het voorwaardelijke relativiteitsoordeel van de Hoge Raad dat 'de wettelijke beslistermijn' onder omstandigheden kan strekken tot bescherming van individuele vermogensbelangen van belanghebbenden bij het besluit en eventueel ook van anderen kunnen worden gehandhaafd. Zij het niet als toelichtend relativiteitsoordeel ten overvloede bij de maatstaf voor de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid, maar als zelfstandig relativiteitsoordeel.<sup>42</sup>

In het licht van mijn theoretisch kader en mijn model zou dit relativiteitsoordeel echter wel moeten worden toegespitst op de specifieke wettelijke beslistermijn. In de eerste Amsterdamse prostitutiezaak is dat de beslistermijn van de Amsterdamse APV in combinatie met de opschortingsperiode van de Wet Bibob. De afweging of deze termijn strekt tot bescherming van het geschaade belang zou deels bij de wetgever moeten blijven liggen, voor zover het gaat om de vraag naar het beschermingsdoel of deze termijn naast algemene belangen ook individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen en de overschrijding van deze termijn dus überhaupt zelfstandige grondslag voor aansprakelijkheid van de overheid kan zijn. Eenmaal aangenomen dat dit zo is, is de afweging of ook het geschaade belang van de benadeelde onder die individuele vermogensbelangen kan worden geschaard aan de rechter. In het geval van de eerste Amsterdamse prostitutiezaak zou het relativiteitsoordeel dus niet (voorwaardelijk) bevestigend moeten luiden, maar bij gebreke aan dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen in de Amsterdamse APV en de Wet Bibob onvoorwaardelijk ontkennend. Zou de Hoge Raad ter zake van de overschrijding van deze beslistermijn in een voorkomend geval toch overheidsaansprakelijkheid willen aannemen, dan is er de correctie-Langemeijer

---

41 Deze behoedzaamheid wordt gedeeld: zie bijv. Advocaat-Generaal Keus, conclusie voor Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., sub 2.6. Zie tevens R.J.N. Schlössels, noot onder Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., *JB* 2013/43, sub 4. Kritisch Schutgens 2015c, p. 93-94 en p. 97-98, waar hij in dit verband spreekt van een 'privaatrechtelijke truc' om overheidsaansprakelijkheid te 'temperen'.

42 In deze zin ook Den Hollander 2013b, p. 205-206.

als bijsturingsmechanisme.<sup>43</sup> Materieel zou het verlaten van de leer-Smits-achtige maatstaf en het overhevelen van de afweging naar het relativiteitvereiste, naar ik vermoed, overigens niet veel verschil maken. De Hoge Raad legt de lat hoog om 'bijkomende omstandigheden' aan te nemen, die maken dat een overschrijding van een wettelijke beslistermijn op grond van zijn leer-Smits-achtige maatstaf onrechtmatig is.

Ook in de tweede Amsterdamse zaak over prostitutievergunningen zou het relativiteitsoordeel aldus moeten worden bijgesteld dat het in lijn met het model ontkennend luidt. Wetstekst en wetsgeschiedenis van artikel 7:12 lid 1 Awb bieden geen dekking middels positieve aanwijzingen dat de motiveringsplicht van deze bepaling naast algemene belangen als kwaliteitsbewaking en -bevordering en het individuele belang van de belanghebbende om zijn processansen in te schatten ook een individueel belang in vermogensrechtelijke zin beoogt te beschermen. De schending van deze norm is dan alleen in te roepen als onzelfstandige grondslag voor aansprakelijkheid via de correctie-Langemeijer, of de benadeelde nu belanghebbende is of niet.

Bijval en versterking verdient evenwel de door de Hoge Raad ingezette lijn om zijn rechtspraak over de leer van de omgekeerde formele rechtskracht in termen van het vereiste van relatieve onrechtmatigheid als het ware te vertalen naar specifieke relativiteitsoordelen per geschonden norm. Concreter gezegd: de lijn om de leer van omgekeerde formele rechtskracht te beperken tot de vereisten van onrechtmatigheid en toerekenbaarheid, onder hantering van een abstract onrechtmatigheidsbegrip. Met de vernietiging van een besluit door de bestuursrechter is dan alleen gegeven dat het openbaar lichaam, waartoe het bestuursorgaan behoort dat het besluit heeft genomen, een toerekenbare onrechtmatige daad heeft gepleegd en nog niet ter bescherming van wiens belang de norm strekt, waarmee het vernietigde besluit in strijd is. Daarover moet de aansprakelijkheidsrechter – de burgerlijke rechter of de bestuursrechter – oordelen, op basis van de specifieke norm waarmee het besluit in strijd is en niet op basis van het feit dat het besluit door de bestuursrechter is vernietigd als zodanig.<sup>44</sup>

Ook de rechtspraak van de Afdeling laat zich langs de besproken lijnen aanscherpen op het punt van formulering en motivering, met uitzondering van het vereiste van relatieve onrechtmatigheid dat in haar rechtspraak voorals-

---

43 Vgl. C.N.J. Kortmann, noot onder *Gemeente Amsterdam/Have c.s.*, AB 2014/15, sub 10, die eveneens bepleit de leer-Smits-achtige maatstaf te verlaten, het relativiteitsoordeel onvoorwaardelijk ontkennend te laten luiden en de correctie-Langemeijer in te zetten of althans het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad aldus te interpreteren. Zo ook Schutgens 2015c, p. 93, noot 50. Zie ook de conclusie van Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.17, die het oordeel van de Hoge Raad in *Gemeente Amsterdam/Have c.s.* sowieso al aanmerkt als toepassing van de correctie-Langemeijer.

44 Zie voor een betoog in deze zin ook Schueler 2005b, p. 83-84, n.a.v. HR 19 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2674, NJ 1998/869, m.nt. M. Scheltema (Kaveka/Apeldoorn).

nog niet voorkomt. Ik bepleit voor deze rechtspraak bovendien inhoudelijke bijstelling van het relativiteitsoordeel van de Afdeling in Amelandse benzine-stations. Dit relativiteitsoordeel zou in lijn met het model ontkennend moeten luiden. Desgewenst zou dan alsnog aansprakelijkheid kunnen worden aangenomen via de correctie-Langemeijer, zoals de rechtbank dat in deze zaak min of meer doet.<sup>45</sup> Met zo'n oordeel, ingebed in de omstandigheden van het geval, komt ook tot uitdrukking dat het aannemen van aansprakelijkheid hier berust op die specifieke omstandigheden van het geval in plaats van op de belangen die de betreffende wettelijke norm beoogt te beschermen. Aangenomen dat het motief van de Afdeling om in deze zaak 'relativiteit' en daarmee aansprakelijkheid van de overheid aan te nemen inderdaad is dat het Amelandse College van B&W het met deze eindeloze procedure wel erg bont maakt.<sup>46</sup>

Het zou echter kunnen dat de Afdeling toepassing van de correctie-Langemeijer in zaken van besluitenansprakelijkheid bestuursprocesrechtelijk niet mogelijk acht, omdat zij zich gebonden acht aan de vernietigingsgrond en daarmee aan de wettelijke norm waarmee het besluit in strijd is en op grond waarvan het is vernietigd.<sup>47</sup> De Afdeling past in de besproken zaken de correctie-Langemeijer ook niet toe. In de literatuur wordt evenwel ook voor het besluitenansprakelijkheidsrecht de mogelijkheid van toepassing van de correctie-Langemeijer open gelaten.<sup>48</sup> De Afdeling toont zich bovendien tegelijkertijd in die zin bereid tot enige flexibiliteit bij het vaststellen van de relativiteit van wettelijke normen, dat zij bijvoorbeeld in Nuthse geluidshinder de relativiteit van een wettelijke beslistermijn vaststelt op basis van de relativiteit van de materiële normen waarop de betreffende beslistermijn ziet, ook

---

45 Al neemt de rechtbank aansprakelijkheid aan met een correctie-Langemeijer-achtige exercitie en niet met de 'echte' correctie. Zie par. 6.3.

46 Persoonlijk zou ik voor een slagende correctie-Langemeijer in de zaak van de Amelandse benzinestations wel voelen, gezien de wel erg lange duur van de zaak, mede door toedoen van de gemeente. Al wordt dat ook al geredieerd door de schadevergoeding die Nagtegaal wordt toegekend ter zake van overschrijding van de redelijke termijn. Zie par. 6.4. In Nuthse geluidshinder zou daarentegen wat mij betreft geen aansprakelijkheid moeten worden aangenomen o.g.v. de correctie-Langemeijer. De benadeelde verhuurder kan zich ook wenden tot het geluidsoverlast veroorzakende pluimvee- en poeliersbedrijf, evenals trouwens de huurders zelf, met vorderingen wegens onrechtmatige hinder, in de eerste dan wel derde onrechtmatigheidsrubriek (rechtsinbreuk of de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm).

47 Zo merkt Jurgens 2010, p. 139 op dat met de vernietiging van een besluit de 'onrechtmatigheidsgrond' vast staat. Vgl. Van den Berge 2012, p. 106-108.

48 Zo merkt Van Ravels 2009, p. 22 het relativiteitsoordeel van de rechtbank in Amelandse benzinestations aan als toepassing van de correctie-Langemeijer, zonder die verder te problematiseren. Ook De Poorter 2010, p. 46-47 lijkt geen problemen te zien. Vgl. Verburg 2011, p. 16, die – voornamelijk schrijvend over het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste bij de vernietiging van besluiten – ook in meer algemene zin de mogelijkheid van toepassing van de correctie-Langemeijer openlaat. Voor hem spreekt het echter niet vanzelf. Jurgens 2010, p. 137-138 ziet ruimte voor toepassing van de correctie in het bestuursrecht, in zoverre dat het specialiteitsbeginsel daaraan in haar optiek niet in de weg hoeft te staan. Vgl. C.L.F.G.H. Albers, noot onder Amelandse benzinestations, *JB* 2009/42, sub 5.

al is het betreffende besluit niet op grond van die normen vernietigd. Inmiddels heeft Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven de Afdeling geadviseerd bij de toets aan het *bestuursrechtelijke* relativiteitsvereiste van artikel 8:69a Awb een correctie à la de correctie-Langemeijer te aanvaarden, over de band van het bestuursrechtelijke vertrouwens- of het gelijkheidsbeginsel.<sup>49</sup>

Er zou in mijn optiek dus geen inhoudelijk verschil moeten zijn tussen de rechtspraak van de burgerlijke rechter en de bestuursrechter – of specifieker: van de Hoge Raad en de Afdeling – over de relativiteit van wettelijke normen in de zin van het privaatrechtelijke relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW. Het feit dat de Afdeling opereert in publiekrechtelijke rechtsverhoudingen, zou het oordeel over de relativiteit van de norm op grond waarvan aansprakelijkheid wordt gevestigd niet a priori anders moeten maken.<sup>50</sup> Ook de eigenaardigheden van het besluiten aansprakelijkheidsrecht zouden wat dat betreft geen verschil moeten maken. Ik doel dan op de toets aan het belanghebbende-begrip als ontvankelijkheidsvereiste bij de bestuursrechter.<sup>51</sup> De rechtspraak van de Afdeling toont dat het ook niet hoeft, nu deze rechtspraak al groten-deels in lijn is met het model.

Anders gezegd pleit ik voor afstemming van de rechtspraak van de Hoge Raad en de Afdeling over de relativiteit van wettelijke normen in de zin van het privaatrechtelijke relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW langs de lijnen van het model.<sup>52</sup> Zulke afstemmingskwesties ontstaan ook op andere vlakken

49 Deze correctie zou inhouden dat als het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste aan vernietiging van een besluit in de weg staat op de grond dat dit besluit in strijd is met een wettelijke norm, de omstandigheid dat het besluit in strijd is met de betreffende wettelijke norm kan bijdragen aan het oordeel dat het vertrouwens- of gelijkheidsbeginsel is geschonden, welke beginselen wel strekken tot bescherming van de belangen van belanghebbenden, aldus Widdershoven. Zie diens conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, i.h.b. sub 4.12-4.13. Widdershoven spreekt daarbij de verwachting uit dat deze correctie niet 'helemaal vaak' zal worden gehonoreerd 'geheel in overeenstemming met de "echte" correctie-Langemeijer'.

50 Vgl. Schueler 2006, p. 215-217; Schild & De Jongh 2007, p. 152-153. Zie tevens T. Barkhuysen & L. Di Bella, noot onder ABRvS 3 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG5893, AB 2009/65, sub 12-13.

51 Zie in dit verband M. Scheltema & M.W. Scheltema 2013, p. 389-399, die een 'synchronisatie' van de toets aan het belanghebbende-begrip en het relativiteitsvereiste voorstaan. In mijn optiek ligt dat niet voor de hand, omdat het belanghebbende-begrip een ontvankelijkheidsvereiste is en het relativiteitsvereiste een materieel vereiste voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Bovendien is het belanghebbende-begrip een feitelijk vereiste, waarbij het erom gaat of de belanghebbende feitelijk door het besluit wordt geraakt. Het relativiteitsvereiste is een normatief vereiste, waarbij het erom gaat of de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang.

52 Hetzelfde geldt voor de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen in de zin van het privaatrechtelijke relativiteitsvereiste van de strafrechter, die ook in toenemende mate optreedt als aansprakelijkheidsrechter, parallel aan de burgerlijke rechter. De toets aan de vereisten voor aansprakelijkheid de onrechtmatige daad komt daarbij niet altijd even goed uit de verf, mede door het complexe strafprocesrechtelijke wettelijke kader waarin de schadevergoedingsvordering behandeld moet worden. Het is dan ook niet altijd duidelijk

buiten het nationale aansprakelijkheidsrecht, waarop zich in de afgelopen jaren ontwikkelingen hebben voorgedaan rondom het fenomeen van de relativiteit van wettelijke normen. Met het einde van het proefschrift in zicht ga ik daarop nu kort in.

## 7.6 ONTWIKKELINGEN BUITEN HET NATIONALE AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

Er valt in de afgelopen jaren niet alleen een heuse ‘proliferatie’ te constateren van het fenomeen van de relativiteit van wettelijke normen, bij de burgerlijke rechter en bij de bestuursrechter. Ook op andere vlakken is er van alles in beweging. Het gaat dan niet om de relativiteit van wettelijke normen in de zin van het aansprakelijkheidsrechtelijke relativiteitsvereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang van de benadeelde, dat tot nu toe centraal stond. Buiten het nationale aansprakelijkheidsrecht figureren ook relativiteitsvereisten of relativiteitsachtige concepten.<sup>53</sup> Dat roept afstemmingskwesies op, waarvan ik erop de valreep van dit proefschrift drie kort in kaart breng.

Wellicht het dichtst bij huis, binnen het privaatrecht, kent ook het contractenrecht verschillende relativiteitsachtige concepten. Zo is er zoiets als het leerstuk van de ‘relativiteit’ van de overeenkomst. Het gaat dan om de gedachte dat een overeenkomst in beginsel alleen partijen bij die overeenkomst bindt. Of anders gezegd, dat de overeenkomst als zodanig alleen strekt tot bescherming van de belangen van de partijen bij die overeenkomst. Alleen partijen kunnen daarop een beroep doen, of preciezer gezegd op een eventuele tekortkoming in de nakoming van daaruit voortvloeiende verbintenissen.<sup>54</sup> Onder omstandigheden kan deze relativiteit van de overeenkomst echter worden doorbroken en kan een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst ook gelden als grondslag voor aansprakelijkheid

---

hoe de strafrechter bij de toets aan het relativiteitsvereiste te werk gaat. Zie bijv. HR 29 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BR2093, *NJ* 2014/398, m.nt. C.P.M. Cleiren (ramkraak), r.o. 2.6-2.7.

53 Ook binnen het aansprakelijkheidsrecht doen zich overigens verwante concepten voor. Dit betreft de ‘bewijsrelativiteit’ bij de omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband in de zin van *condicio-sine-qua-non* en het gezichtspunt van ‘de strekking van de geschonden norm’ bij het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid, dat eveneens ziet op het causaal verband in de zin van *condicio-sine-qua-non*. Zie hierover par. 3.5.

54 Zie bijv. Koburg & Dijkshoorn 2012, p. 85-94. Zie ook HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1627, *NJ* 2015/2, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Eneco/Ronde van Nederland), r.o. 3.5.3. Dit leerstuk laat zich in zekere zin vergelijken met de belangenleer: de leer dat de onrechtmatige daad *als leerstuk* alleen bepaalde belangen beoogt te beschermen. Zie over deze belangenleer par. 3.9. Het leerstuk van wanprestatie of beter gezegd contractuele aansprakelijkheid wegens de toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst beoogt dan in beginsel alleen de belangen van partijen bij die overeenkomst te beschermen.

uit onrechtmatige daad jegens een derde.<sup>55</sup> Daarnaast signaleert Lankhorst ook het fenomeen van de relativiteit van een specifieke contractuele norm. Dan gaat het over de vraag of een contractuele norm strekt ter bescherming van het geschade belang van de benadeelde partij bij de overeenkomst. Dit 'relativiteitsvereiste' zou aan de orde kunnen komen bij de vestiging van aansprakelijkheid uit toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis op grond van artikel 6:74 BW, ook al stelt deze bepaling dit vereiste uiteraard niet met zoveel woorden voor de vestiging van deze contractuele aansprakelijkheid.<sup>56</sup>

De bevindingen van dit proefschrift hebben noch voor de relativiteit van de overeenkomst, noch voor de relativiteit van de contractuele norm onmiddellijk implicaties. Bij de toets aan deze 'relativiteitsvereisten' zal gezien de contractuele setting niet ter discussie staan dat de overeenkomst als zodanig dan wel een specifieke contractuele norm steeds zal beogen individuele vermogensbelangen te beschermen en wel die van partijen bij de overeenkomst en, onder omstandigheden, wellicht die van derden. Het 'relativiteitsoordeel' zal zich daarmee steeds situeren op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang of het specifieke geschade belang van de teleurgestelde contractant dan wel dat van een derde tot de door de overeenkomst of de contractuele norm te beschermen individuele vermogensbelangen moet worden gerekend. Ook overigens zullen zich hier niet snel afstemmingskwesties voordoen.

Anders is het bij het contractenrechtelijke leerstuk van de ongeoorloofde overeenkomst en dan meer specifiek de overeenkomst die naar inhoud of strekking in strijd is met de wet. Ook daarin figureert inmiddels een relativiteitsachtig concept. In de structuur van artikel 3:40 BW moet voor de vraag of zo'n overeenkomst geldig is of nietig een soort hink-stap-sprong worden uitgevoerd. Er moet niet alleen worden vastgesteld of de overeenkomst een door de wet verboden inhoud of strekking heeft (hink), maar ook of deze overeenkomst *om die reden* in strijd is met de openbare orde (stap) en derhalve nietig op grond van lid 1 van deze bepaling (sprong). Ging de Hoge Raad tot eind jaren tachtig uit van een automatisme bij de 'stap' – een overeenkomst die naar inhoud of strekking in strijd is met de wet is per definitie in strijd met de openbare orde – in Esmilo/Mediq heeft de Hoge Raad dit automatisme

---

55 De 'normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt' kunnen 'meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen', aldus de Hoge Raad in HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496, NJ 2012/59 (Wierds/Visseren), r.o. 3.4.2, onder verwijzing naar HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587, m.nt. C.E. du Perron (Vleesmeesters / Alog). Zulke omstandigheden kunnen niet al te snel worden aangenomen, aldus HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY0485, NJ 2013/46 (HZPC/Bureau Veritas).

56 Zie Lankhorst 1992a, p. 87-98. Hij noemt het voorbeeld van schadeposten die behoren tot het 'algemeen levensrisico', zoals de vergoeding van schade als gevolg van zakkenrollerij in een overvolle bus als tekortkoming van de busmaatschappij onder de vervoersovereenkomst.

definitief verruild voor een afweging.<sup>57</sup> Om vast te stellen of een overeenkomst die naar inhoud of strekking in strijd is met de wet om die reden ook in strijd is met de openbare orde, moet de rechter zich 'in elk geval' rekenschap geven van vier gezichtspunten. Daaronder is het relativiteitsachtige gezichtspunt 'welke belangen door de geschonden regel worden beschermd'.<sup>58</sup>

Hier ontstaat dus een afstemmingskwestie, wanneer een overeenkomst in strijd is met een wettelijke norm en de rechter zich over de relativiteit van die norm al in het kader van het aansprakelijkheidsrechtelijke relativiteitsvereiste heeft uitgelaten, of omgekeerd. Wat mij betreft ligt het voor de hand het 'relativiteitsoordeel' in het kader van artikel 3:40 BW zo veel mogelijk gelijk op te laten lopen met de relativiteit van dezelfde wettelijke norm in aansprakelijkheidsrechtelijke zin. Heeft de rechter zich in dat kader al uitgesproken, dan zou de rechter daarbij in het kader van artikel 3:40 BW dus aansluiting moeten zoeken.<sup>59</sup> De vraag is dan wel welke consequenties vervolgens moeten worden verbonden aan het gezichtspunt dat de betreffende norm al dan niet bepaalde algemene belangen en eventueel ook bepaalde individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, mede in het licht van de andere gezichtspunten die de Hoge Raad daarvoor geeft in Esmilo/Mediq. Dat laat hij in het midden.<sup>60</sup>

Afstemmingskwesties ontstaan ook bij het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste. Dit relativiteitsvereiste is verwant aan het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW. De wetgever heeft zich blijkbaar door dit relativiteitsvereiste laten inspireren om ook in het bestuursrecht een relativiteitsvereiste te introduceren bij de vernietiging van onrechtmatige besluiten.<sup>61</sup> Eerst als experiment, vanaf 2010, in het inmiddels weer geschrapte artikel 1.9 Crisis-herstelwet (Chw) en later structureel, vanaf 2013, in het huidige artikel 8:69a Awb:

57 Zie nader Den Hollander 2013a, p. 29-32.

58 HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, NJ 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Esmilo/Mediq), r.o. 4.4. Dit gezichtspunt tekende zich in zekere zin – als 'strekking' van de geschonden norm – al af in HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/184, m.nt. J.B.M. Vranken (GeSp/Aegon).

59 In Esmilo/Mediq is die aansluiting er in zoverre dat Advocaat-Generaal Wissink in zijn conclusie, sub 3.20.3 stelt dat het Besluit bereiding en aflevering farmaceutische producten, waarmee de overeenkomst van partijen in strijd is en dat is gebaseerd op de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening (WGV), strekt tot bescherming van de volksgezondheid, onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis van deze WGV. Hoewel Wissink niet verwijst naar het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Pfizer/Cosmétique, dat ziet op dezelfde WGV, komt hij dus wel tot hetzelfde door deze wet te beschermen belang.

60 Het lijkt er vooral om te gaan hoe 'zwaarwegend' de met de betreffende wettelijke norm te beschermen belangen zijn. Hoe belangrijker, hoe eerder wellicht strijd met de openbare orde en in het verlengde daarvan nietigheid moet worden aangenomen. Zie hierover Den Hollander 2013a, p. 32-35.

61 De wetgever constateert dat '[a]nders dan het privaatrecht, [...] (...) het bestuursrecht thans nog geen relativiteitsregel [kent]', *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 3 (MvT Chw), p. 49. Zie ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3 (MvT Wab), p. 18 en p. 54.

‘De bestuursrechter vernietigt een besluit niet op de grond dat het in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept.’

Het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste vraagt van de bestuursrechter dus een vergelijkbare exercitie als het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste van de aansprakelijkheidsrechter. Hij moet immers nagaan of de norm waarmee het besluit in strijd is ‘kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept’.

Maar het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste is ook van het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste te onderscheiden. Het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste ziet niet op de vestiging van aansprakelijkheid, maar op de bevoegdheid van de bestuursrechter een onrechtmatig besluit te *vernietigen*. Het gaat bij het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste dus ook niet per se om de bescherming van individuele belangen van de appellant in *vermogensrechtelijke* zin. Strekt de norm waarmee het besluit in strijd is niet tot bescherming van de belangen van degene die zich erop beroept, dan dient de bestuursrechter vernietiging van dat besluit achterwege te laten. Daar komt bij dat de wetgever het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste eerst en vooral in het instrumentele teken stelt van de versnelling van procedures, vermindering van het aantal te vernietigen besluiten en het bestrijden van wat de wetgever ziet als oneigenlijk gebruik van de vernietigingsprocedure (de hierna te bespreken situatie van het zogeheten contrair belang).<sup>62</sup> De bestuursrechter moet ook ambtshalve toetsen aan het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste.<sup>63</sup>

62 Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 3 (MvT Chw), p. 2. Zie hierover Michiels 2009, p. 531-535; Barkhuysen & C.N.J. Kortmann 2010, p. 326-334. Zie tevens *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3 (MvT Wab), p. 9-12 en p. 20, waarover Barkhuysen & Claessens 2012, p. 85-88. Uit de toelichtende stukken bij de Chw en de Wab kunnen overigens ook andere motieven worden gedestilleerd voor de introductie van het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste. De wetgever heroriënteert zich op de verschillende functies van de vernietiging van besluiten door de bestuursrechter. Hij legt de nadruk meer op het bieden van subjectieve rechtsbescherming en het beslechten van geschillen en minder op het handhaven van het objectieve recht. Zie onder meer *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 7 (Nota Chw), p. 43; *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 4 (Advies RvS en nader rapport Wab), p. 5-6; *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3 (MvT Wab), p. 20; *Kamerstukken II* 2010/11, 32 450, nr. 7 (Nota Wab), p. 23. Daarnaast wil de wetgever ‘oneigenlijk gebruik’ van de vernietigingsprocedure tegengaan, waarover *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3 (MvT Wab), p. 18. Zie over de achtergronden van het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste uitvoerig Wiggers-Rust 2011, p. 158-192 en Van den Berge 2012, p. 85-106.

63 *Kamerstukken I* 2009/10, 32 127, C (MvA Chw), p. 30-31. Zo ook Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.21, die er evenwel aan toevoegt dat de bestuursrechter niet ambtshalve aan het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste hoeft te toetsen, als de beroepsgrond faalt. Vernietiging van het besluit blijft dan op die grond al achterwege.

In dit instrumentele licht moet ook het voor het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste specifieke ‘kennelijkheidsvereiste’ worden begrepen uit artikel 8:69a Awb dat de norm waarmee het besluit in strijd is *kennelijk* niet moet strekken tot bescherming van het belang van de degene die zich op die norm beroept. Dit doet denken aan het generiek vermoeden van relativiteit, dat in de literatuur wordt afgeleid uit de wetsgeschiedenis van artikel 6:163 BW. Het gaat echter om iets anders. De Awb-wetgever heeft met het kennelijkheidsvereiste niet voor ogen dat het relativiteitsvereiste alleen aan vernietiging van een besluit in de weg zou moeten staan als uit wetstekst en wetsgeschiedenis ‘kenbaar’ is dat een norm niet strekt tot bescherming van het belang van de appellant. Met ‘kennelijk’ doelt de Awb-wetgever op ‘evident’.<sup>64</sup> De bestuursrechter moet vernietiging pas dan achterwege te laten, als het vanzelf spreekt dat de norm niet strekt tot bescherming van het belang van de appellant.

Met het opnemen van dit kennelijkheidsvereiste in het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste beoogt de wetgever te voorkomen dat met de introductie van het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste de ‘werklast’ van de rechter al te ver te oploopt. Anders zou weer een nieuwe bron van vertraging in bestuursrechtelijke procedures in het leven worden geroepen.<sup>65</sup> De gedachte van de wetgever is dat het ‘kennelijkheidsvereiste’ een vanzelfsprekende en ‘relatief eenvoudige toets’<sup>66</sup> maakt van de toets aan het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste. Een toets die nauwelijks extra werk voor de rechter met zich brengt. Die gedachte lijkt mij al te optimistisch.<sup>67</sup> Over de vraag of de geschonden norm strekt tot bescherming van het belang van de appellant kan nu eenmaal verschillend worden gedacht.

Inmiddels wordt het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste vooral gezien als ‘congruentievereiste’.<sup>68</sup> Daarmee wordt bedoeld dat er congruentie – een zeker verband – moet bestaan tussen de norm waarop de appellant zich beroept en diens belang. Zo vat de Afdeling het ook op, zoals blijkt uit de eerste zaak waarin zij toetst aan het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste, destijds nog neergelegd in het experimentele artikel 1.9 Chw. De Afdeling:

‘Uit de memorie van toelichting op het wetsvoorstel van de Chw (Kamerstukken II 2009/10, 32 127, nr. 3, p. 49) kan worden afgeleid dat de wetgever met dit artikel [het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste van art. 1.9 Chw; PwDH] de eis heeft willen

64 *Kamerstukken II 2009/10, 32 450, nr. 3 (MvT Wab)*, p. 20 en p. 53.

65 *Kamerstukken II 2009/10, 32 127, nr. 7 (Nota Chw)*, p. 45 en *Kamerstukken II 2009/10, 32 450, nr. 3 (MvT Wab)*, p. 20.

66 *Kamerstukken II 2009/10, 32 127, nr. 7 (Nota Chw)*, p. 46.

67 In deze zin bijv. ook Jurgens 2010, p. 87 en p. 144 en Barkhuysen & Claessens 2012, p. 86-87.

68 Zie De Poorter & Van Ettekovén 2013, p. 116-120 en M. Scheltema & M.W. Scheltema 2013, p. 393-394. Zie tevens Nijmeijer 2014, p. 230.

stellen dat er een verband moet bestaan tussen een beroepsgrond en de daadwerkelijke (of: achterliggende) reden om een besluit in rechte aan te vechten en dat de bestuursrechter een besluit niet moet vernietigen wegens schending van een rechtsregel die niet strekt tot bescherming van een belang waarin de eisende partij feitelijk dreigt te worden geschaad. Die zelfde gedachte ligt ten grondslag aan het voorstel voor een nieuw artikel 8:69a van de Awb volgens het bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht (Kamerstukken II, 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 18).<sup>69</sup>

Zo'n verband ontbreekt in elk geval als het belang van de appellant een zogeheten 'contrair belang' betreft. Het gaat dan om een beroep op een norm die niet strekt tot bescherming van het eigen belang van de appellant, maar 'specifiek' tot bescherming van het belang van een ander, terwijl dat belang bovendien *tegengesteld* is aan het eigen belang van de appellant.<sup>70</sup> Veel van de rechtspraak van de Afdeling over de relativiteit van wettelijke normen in de zin van het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste van artikel 8:69a Awb ziet op dergelijke contraire belangen.<sup>71</sup> Deze voor het bestuursrecht (omgevingsrecht) typische figuur is in het aansprakelijkheidsrecht als zodanig onbekend.

Ook overigens kent de rechtspraak van de Afdeling over de relativiteit van wettelijke normen in de zin van het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste van artikel 8:69a Awb een eigen dynamiek.<sup>72</sup> Deze rechtspraak laat zich dan ook niet zonder meer inpassen in het model. De figuur van het contrair belang zou zich wellicht nog wel laten inpassen op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang. Op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel stelt de Afdeling zich in deze rechtspraak echter als het ware structureel minder terughoudend op dan het model veronderstelt. Soms maakt de Afde-

69 ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1352, AB 2011/47, m.nt. A.A.J. de Gier & B.W.N. de Waard (Elzenbos Brummen), r.o. 2.4.3.

70 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3 (MvT Wab), p. 52. Zie hierover nader De Poorter 2010, p. 34 en p. 38-40. Klassiek is het voorbeeld van de bewoners van een villawijk die opkomen tegen de voorgenomen vestiging van een woonwagenkamp. Zij voeren aan dat niet zijzelf, maar de *woonwagenbewoners* op de geprojecteerde locatie te veel geluidsoverlast zullen ondervinden van een nabijgelegen zwembad. De geluidsvoorschriften beschermen in dit geval het belang van de (toekomstige) woonwagenbewoners gevrijwaard te blijven van geluidsoverlast en niet de villabewoners in hun – aan het belang van de (toekomstige) woonwagenbewoners tegengesteld – belang bij behoud van hun woonomgeving zonder woonwagenkamp. De villabewoners zouden zich wel op de geluidsvoorschriften kunnen beroepen wanneer door de vestiging van het woonwagenkamp de geluidsoverlast in en rond hun *eigen* woningen zou ontstaan. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 3 (MvT Chw), p. 49; *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3 (MvT Wab), p. 19 en p. 53. De wetgever ontleent het voorbeeld aan ABRvS 19 maart 2003, AB 2003/191, m.nt. A.A.J. de Gier.

71 Zie Den Hollander 2012c, p. 449-451, voor voorbeelden van rechtspraak onder art. 1.9 Chw als experimentele voorganger van het huidige art. 8:69a Awb.

72 Zie voor een vergelijkbare analyse Van den Berge 2012, p. 109-120.

ling onderscheid tussen door de norm te beschermen algemene belangen en individuele (vermogens)belangen,<sup>73</sup> maar soms ook niet. Zo heeft de Afdeling aanvaard dat, hoewel de Natuurbeschermingswet 1998 (Nbw 1998) uitsluitend het 'algemene belang van bescherming van natuur en landschap' beoogt te beschermen, deze wet onder omstandigheden toch strekt tot bescherming van het geschade belang van de appellant, gezien de 'verwevenheid' van diens individuele belang met het algemeen belang, dat de norm beoogt te beschermen.<sup>74</sup>

In de literatuur is deze rechtspraak van de Afdeling over met een algemeen belang verweven individuele belangen wel in verband gebracht met het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Gemeente Barneveld/Gasunie, dat zich ook situeert in de sfeer van de ruimtelijke ordening.<sup>75</sup> Wat de Afdeling doet, gaat echter nog een stap verder. De Hoge Raad billijkt in Gemeente Barneveld/Gasunie het oordeel van het hof dat artikel 164 van de bestemmingsplanvoorschriften beoogt de individuele vermogensbelangen van omwonenden en gebruikers van gebouwen en terreinen rondom een aardgastransportleiding te beschermen en dat het belang van Gasunie *met die individuele vermogensbelangen* dermate samenhangt dat het eronder kan worden begrepen. Dat is iets anders dan het oordeel van de Afdeling dat het individuele belang van een appellant dermate is verweven *met het algemene belang* dat bijvoorbeeld de Nbw 1998 beoogt te beschermen, dat het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste niet aan vernietiging van een besluit in de weg staat.<sup>76</sup>

De rechtspraak van de Afdeling over de relativiteit van wettelijke normen in de zin van het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste laat zich dus niet goed inpassen in het model. Daarmee wijkt deze rechtspraak ook af van de rechtspraak van de Hoge Raad en van de Afdeling zelf over de relativiteit van

---

73 Zie bijv. ABRvS 30 november 2011, ECLI:NL:RVS:BU6341, AB 2012/47, m.nt. A.G.A. Nijmeijer (Varenlaan), r.o. 2.7.2-2.7.4. De Afdeling oordeelt daarin dat de Monumentenwet 1988 het als algemeen belang aan te merken belang van 'het behoud van monumenten van archeologie' beoogt te beschermen, zodat het relativiteitsvereiste aan vernietiging van een besluit i.s.m. deze wet in de weg staat nu appellant opkomt 'voor het belang dat hij gevrijwaard blijft van de aantasting van zijn woon- en leefklimaat en meer in het algemeen om het belang van het behoud van zijn woonomgeving'.

74 Zie bijv. ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:BR1412, TBR 2011/152, m.nt. A.G.A. Nijmeijer (*Tuibrug II*), r.o. 2.7.7-2.7.9. Vgl. Advocaat-Generaal Widdershoven in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.12, die erop wijst dat het ook 'denkbaar' was geweest dat de Afdeling in dergelijke gevallen zou oordelen dat de betreffende normen 'überhaupt niet de bescherming van individuele belangen beogen'. Hij spreekt in dit verband van de 'verwevenheidscorrectie'. Zie voor een andere vaste vindplaats van een dergelijk, ontkennend 'verwevenheidsoordeel' ter zake van de Monumentenwet ABRvS 18 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1859, AB 2012/343, m.nt. A.T. Marseille en B.W.N. de Waard (Omega Properties), r.o. 2.4.2.

75 Schueler 2011, p. 167.

76 Schueler 2011, p. 165 constateert instemmend dat de Afdeling hiermee onderkent dat individuele belangen 'parallel' kunnen lopen met algemene belangen, als 'deelbelangen van het ruimere, meer omvattende algemene belang'.

wettelijke normen in de zin van het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste.<sup>77</sup> Dat lijkt mij echter niet bezwaarlijk, gelet op alle verschillen tussen het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste en het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste, in het bijzonder hun uiteenlopend object: de vernietiging van een besluit versus de vestiging van aansprakelijkheid.<sup>78</sup>

Dat betekent wel dat wat mij betreft voor lief moet worden genomen dat de Afdeling zou kunnen oordelen dat het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste niet aan vernietiging in de weg staat van een besluit, dat in strijd is met de Nbw 1998, om dat voorbeeld te nemen, omdat het geschade belang van de appellant dusdanig met het door deze wet te beschermen algemeen belang van bescherming van natuur en landschap is ‘verweven’. Tegelijkertijd zou de aansprakelijkheidsrechter – de Hoge Raad dan wel opnieuw de Afdeling – dan tot het oordeel kunnen komen dat het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste wel in de weg staat aan de vestiging van aansprakelijkheid voor de schending van dezelfde Nbw 1998, omdat deze wet alleen het algemeen belang van natuur en landschap beoogt te beschermen en geen individuele vermogensbelangen en dus ook niet het geschade belang van de appellant-benadeelde. Die divergentie laat zich in mijn optiek dan rechtvaardigen, nogmaals, vanwege het uiteenlopende object van beide relativiteitsvereisten: de vernietiging van een besluit versus de vestiging van aansprakelijkheid op de grond dat een wettelijke norm is geschonden. Het bestuursrechtelijk en het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste kunnen wat dat betreft gelden als twee-eiige tweeling.

Een laatste afstemmingskwestie ontstaat als gevolg van het feit dat ook het Hof van Justitie van de Europese Unie zich uitspreekt over de ‘relativiteit’ van Unierechtelijke wettelijke normen.<sup>79</sup> Het doet dat op twee manieren. Zo spreekt het Hof zich in wezen uit over de relativiteit van wettelijke normen, als het in hoogste instantie oordeelt over de vraag welke belangen normen uit verdragen, verordeningen en – in nationale wettelijke normen omgezette dan wel rechtstreeks werkende – richtlijnen beogen te beschermen. In Munoz/

---

77 Vgl. Van der Veen 2012, p. 15-16, die tot zijn verbazing constateert dat de Afdeling in haar rechtspraak over het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste over – tot dan toe – art. 1.9 Chw überhaupt geen ‘direct traceerbaar’ verband legt met haar rechtspraak over het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW.

78 In dat kader kan worden betoogd dat meer dan met de vestiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad tussen partijen met de vernietiging door de bestuursrechter van onrechtmatige besluiten steeds ook een algemeen belang is gemoeid. Dit is het algemeen belang dat besluiten waarbij bestuursorganen dwingende overheidsmacht uitoefenen rechtmatig zijn. Daarbij past het dat de Afdeling het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste zo toepast dat er enige ruimte overblijft voor de bestuursrechter om zijn vernietigingsbevoegdheid aan te wenden voor dergelijke handhaving van het objectieve recht, ongeacht het motief waarmee de belanghebbende hem het besluit ter beoordeling voorlegt. Zie in vergelijkbare zin ook Barkhuysen & Claessens 2012, p. 87.

79 Zie voor relativiteitsachtige concepten op ander transnationaal, Europees vlak, namelijk dat van de academische codificatie- en unificatieprojecten Lankhorst 2007, p. 209-214, over de Principles of European Tort Law (PETL), en Den Hollander 2012a, p. 241-260, over het Draft Common Frame of Reference (DCFR).

Frumar oordeelt het Hof dat twee verordeningen over kwaliteit van groenten en fruit 'aldus' moeten worden uitgelegd 'dat de naleving van de bepalingen met betrekking tot de kwaliteitsnormen voor groenten of fruit moet kunnen worden verzekerd in een civiel proces van een marktdeelnemer tegen een concurrent'.<sup>80</sup> Daarin laat zich een relativiteitsoordeel herkennen op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. Blijkbaar beogen deze bepalingen de individuele vermogensbelangen van concurrenten te beschermen, zodat de schending ervan in het privaatrecht kan worden ingeroepen als zelfstandige grondslag voor een vordering uit onrechtmatige daad. Dit bevestigende 'relativiteitsoordeel' is ingegeven door het zogeheten effectiviteitsbeginsel.<sup>81</sup>

In de Kone-zaak oordeelt het Hof dat omwille van 'de volle werking' van het verbod op mededingingsbeperkende afspraken artikel 101 VWEU eraan in de weg staat dat naar nationaal recht 'om juridische redenen categorisch is uitgesloten', dat ondernemingen die bij een kartel zijn betrokken civielrechtelijk aansprakelijk worden gehouden voor schade door zogeheten 'umbrella pricing'.<sup>82</sup> Dit is de schade als gevolg van het feit dat een onderneming die niet aan het kartel deelneemt ook hogere prijzen kan rekenen, meeliftend op hogere prijzen die het kartel afdwingt. Met 'om juridische redenen categorisch' uitgesloten doelt het Hof onder meer op het oordeel van de Oostenrijkse rechter dat het Schutznorm-vereiste naar Oostenrijks recht aan aansprakelijkheid voor zulke umbrella pricing in de weg staat.<sup>83</sup> Het Hof velt daarmee in wezen een relativiteitsoordeel dat zich situeert op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang. Artikel 101 VWEU beoogt mede individuele vermogensbelangen te beschermen, nu leden van een kartel aansprakelijk kunnen zijn voor daardoor veroorzaakte schade. Onder die individuele vermogensbelangen is ook het geschade belang te begrijpen van de benadeelde, gevrijwaard te blijven van financieel nadeel door umbrella pricing.

Ook in de rechtspraak van het Hof van Justitie op het vlak van lidstaataansprakelijkheid (Francovich-aansprakelijkheid) figureert een Unierechtelijk

---

80 HvJ EG 17 september 2002, C-253/00, ECLI:NL:XX:2002:AN9973, AB 2003/399, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt (Munoz/Frumar).

81 Het Hof overweegt in r.o. 30 dat privaatrechtelijke handhaving van de betreffende verordeningen mogelijk moet zijn 'omwille van de volle werking van de regeling inzake kwaliteitsnormen en, in het bijzonder, het nuttig effect van de in art. 3 lid 1 van verordening nr. 1035/72 én verordening nr. 2200/96 neergelegde verplichting'. In deze zin ook A.J.C. de Moor-van Vugt, noot onder Munoz/Frumar, AB 2003/399, sub 2. Zij brengt de zaak overigens ook met enige voorzichtigheid in verband met de 'Schutznormbenadering' (sub 3-4).

82 HvJ EU 5 juni 2014, C 557-12, ECLI:EU:C:2014:1317, JOR 2014/257, m.nt. M.M.C. van de Moosdijk (Kone), r.o. 33-37.

83 Naar Oostenrijks recht is blijkbaar ook het vereiste van causaal verband een probleem of lopen het Schutznorm-vereiste en het vereiste van causaal verband hier in zekere zin door elkaar. M.M.C. van de Moosdijk, noot onder Kone, JOR 2014/257, sub 1-5 legt de nadruk op het laatste vereiste.

‘relativiteitsvereiste’.<sup>84</sup> Een van de vereisten voor de vestiging van zulke aansprakelijkheid voor een inbreuk door een lidstaat op het Unierecht is dat de geschonden norm beoogt rechten aan particulieren toe te kennen.<sup>85</sup> Dit vereiste wordt in de literatuur doorgaans op één lijn gesteld met het relativiteitsvereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang van de benadeelde. In Peter Paul oordeelt het Hof dat onder meer een richtlijn uit de jaren negentig inzake depositogarantiestelsel zich niet ‘verzet tegen een nationale bepaling volgens welke de taken van de nationale autoriteit die toezicht houdt op de kredietinstellingen, enkel in het algemeen belang worden vervuld’. Om die reden mocht de Duitse rechter oordelen dat naar nationaal recht het Schutznorm-vereiste eraan in de weg staat dat Peter Paul c.s. vergoeding kunnen vorderen van schade veroorzaakt door gebrekkig toezicht van en toezichthouder op de gefailleerde BVH Bank, boven het bedrag in vergoeding waarvan het depositogarantiestelsel van deze richtlijn voorziet.<sup>86</sup>

In Leth spreekt een vrouw de Oostenrijkse Staat aan tot vergoeding van de waardedaling van haar huis, als gevolg van de uitbreiding van een nabijgelegen vliegveld. Ten onrechte is geen milieueffectrapportage uitgevoerd. Het Hof oordeelt dat de richtlijn over milieueffectrapportages beoogt ‘de bescherming van het milieu en de kwaliteit van het bestaan te verwezenlijken’ en dat het daarbij niet gaat om ‘de vermogenswaarde van materiële goederen’. Toch oordeelt het Hof uiteindelijk dat ‘vermogensschade’ onder ‘de beschermingsdoelstelling van deze richtlijn’ valt, ‘voor zover deze schade het rechtstreekse economische gevolg van de milieueffecten van een openbaar of particulier project is’. Daaraan voegt het Hof toe dat dergelijke ‘economische schade’ moet worden onderscheiden ‘van economische schade die niet rechtstreeks voortspuit uit milieueffecten en dus niet valt onder de beschermingsdoelstelling van deze richtlijn, zoals onder meer bepaalde concurrentienadeln’.<sup>87</sup>

Voor deze rechtspraak over de ‘relativiteit’ van wettelijke normen van Unierecht geldt wat mij betreft dat deze in lijn met het model zou moeten zijn. Het gaat hierbij immers om de vestiging van aansprakelijkheid voor de schending van een wettelijke norm. Op het eerste gezicht lijkt het mij dat in elk geval

84 Zo ook R.J.G.M. Widdershoven, noot onder HvJ EU 24 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:178, C-445/06 (*Danske Slagterier*), AB 2009/219, sub 1.

85 De andere vereisten zijn dat sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van een norm van Unierecht en van rechtstreeks causaal verband. Zie HvJ EG 19 november 1991, ECLI:EU:C:1991:428, C-9/90 (*Francovich*) en HvJ EG 5 maart 1996, ECLI:EU:C:1996:79, C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pecheur*).

86 HvJ EG 12 oktober 2004, ECLI:EU:C:2004:606, C-222/02, AB 2005/17, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Peter Paul c.s./Duitsland*), r.o. 26-51.

87 HvJ EU 14 maart 2013, C-420/11, ECLI:NL:XX:2013:BZ5291, NJ 2013/364, AB 2013/139, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, JB 2013/107, m.nt. N. Benhami en T. Lam (*Leth/Oostenrijk*), r.o. 36. Aansprakelijkheid van Oostenrijk lijkt evenwel ver weg, nu het Hof een probleem ziet in het causaal verband tussen het niet-uitvoeren van de milieueffectrapportage en de waardedaling van het huis van Leth.

het relativiteitsoordeel van het Hof in Kone zich laat inpassen in het model, als relativiteitsoordeel dat zich in wezen situeert op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang van artikel 101 VWEU. Zijn relativiteitsoordelen in Munoz/Frumar, Peter Paul en Leth situeren zich daarentegen in wezen alle op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel, zodat de 'inpasbaarheid' in het model afhankelijk is van de vraag of wetstekst en wetsgeschiedenis van de betreffende normen al dan niet dekking bieden middels positieve aanwijzingen dat deze normen mede individuele vermogensbelangen beogen te beschermen. Met name het relativiteitsoordeel van het Hof van Justitie in Peter Paul is wat dat betreft controversieel gebleken.<sup>88</sup>

## 7.7 DE MORAAL VAN HET VERHAAL

'Hoe onbegrijpelijk kan rechtspraak – en het relativiteitsvereiste – zijn?', zo vraagt Giesen zich af.<sup>89</sup> Bron van zijn verwondering is het vonnis van de Rechtbank Den Haag, in de zaak van Tristan van der V. Bij een schietpartij in een winkelcentrum in Alphen aan den Rijn schiet deze Van der V. zes mensen dood en verwondt hij zestien mensen, alvorens ook zichzelf om te brengen. Slachtoffers spreken de politie aan tot vergoeding van hun schade, omdat de politie Van der V. volgens hen nooit een wapenverlof had mogen verlenen voor de wapens waarvan hij zich bediende. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de politie daarmee inderdaad onrechtmatig gehandeld. Bij de besluitvorming op de aanvraag om het wapenverlof heeft de politie niet alle bij haar beschikbare informatie betrokken, over onder meer de psychische gesteldheid van Van der V. Het relativiteitsvereiste staat echter aan aansprakelijkheid van de politie in de weg. De norm dat de besluitvorming op grond van de Wet wapens en munitie op de aanvraag om een wapenverlof zorgvuldig moet zijn, strekt naar het oordeel van de rechtbank niet tot bescherming tegen de schade zoals de slachtoffers die hebben geleden.<sup>90</sup>

Aan het einde van dit proefschrift gekomen, kan worden geconcludeerd dat het vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang wellicht niet het meest vanzelfsprekende vereiste is voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Evenmin als de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen steeds de meest toegankelijke is. We moeten echter ook niet overdrijven. Ik kan mij althans niet aan de indruk onttrekken dat kritiek op de 'begrijpelijkheid' van rechtspraak over de relati-

<sup>88</sup> Zie Van Praag 2013, p. 216-219, met verwijzingen op p. 217, waaraan is toe te voegen R.J.G.M. Widdershoven, noot onder Leth/Oostenrijk, *AB* 2013/139, sub 1-6, eveneens met verwijzingen.

<sup>89</sup> Giesen 2015, p. 277. Köster 1963, p. 43 gaf het in de jaren zestig al op. Het relativiteitsvereiste valt voor 'de gemiddelde burger' vrijwel niet te begrijpen.

<sup>90</sup> Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1061, *NJF* 2015/174, *JB* 2015/158, m.nt. R.J.B. Schutgens (schietpartij Alphen), r.o. 5.36-5.46.

teit van wettelijke normen soms ten minste deels ook is ingegeven doordat men het eenvoudigweg oneens is met de uitkomst van de zaak: wel of geen 'relativiteit' en daarmee wel of geen aansprakelijkheid. Hetzelfde geldt voor de kritiek dat de Hoge Raad in zaken als Duwbak Linda, Iraanse vluchteling en de hangmatzaak op ongeoorloofde wijze 'rechtspolitiek' bedrijft, zich laat leiden door bedenkelijk te achten motieven als het 'flood gates'-argument en met heimelijke eigen keuzes de wetgever op ongeoorloofde wijze buiten spel zet.

Over de vraag of in de zaken waarop dat debat zich toespitst al dan niet aansprakelijkheid zou moeten worden aangenomen *kán* ook op goede gronden verschillend worden gedacht. Wie het belang van slachtofferbescherming vooropstelt, of meent dat de overheid die zich niet aan de regels houdt, altijd ook aansprakelijkheidsrechtelijk getroffen moet worden, zal allicht menen dat de Hoge Raad met zijn ontkennende relativiteitsoordelen in Duwbak Linda en Iraanse vluchteling baggeraar Van Hasselt en de uit Iran afkomstige vrouw in de kou laat staan en de overheid in de prijzen laat vallen met een 'gratis' onrechtmatige daad. Wie vreest voor een aansprakelijkheidslast waaronder de overheid bezwijkt, zullen deze relativiteitsoordelen meer aanspreken. Evenals wie meent dat aansprakelijkheid van de overheid als 'zijdelingse laedens' in zaken als Duwbak Linda wel 'erg ver' gaat. Het is in de eerste plaats de eigenaar van de Linda die ervoor verantwoordelijk is dat zij niet dusdanig doorroest dat zij zinkt en daarbij schade toebrengt aan andermans baggercombinatie.

Voor het bevestigende relativiteitsoordeel in de hangmatzaak, tussen private partijen, is het niet anders. Over de wenselijkheid van de uitkomst in die zaak kan evenzeer op goede gronden verschillend worden gedacht. Wie meent dat het aansprakelijkheidsrecht niet te ver in de privésfeer moet doordringen of vreest voor een 'claimcultuur', zal niet enthousiast zijn over het openen van de mogelijkheid via een partner, die toevallig medebezitter is van de schadeveroorzakende opstal, de gezamenlijke aansprakelijkheidsverzekeraar aan te spreken. Zeker niet als de benadeelde ook zelf medebezitter is van de schadeveroorzakende opstal. Wie daarentegen meent dat het voor de hand ligt dat ook de benadeelde medebezitter moet worden tegemoetgekomen in het risico dat niet valt te achterhalen wie schuldaansprakelijk is voor een schadeveroorzakende opstal, zodat de ratio van de risicoaansprakelijkheid van artikel 6:174 BW *mutatis mutandis* ook opgaat voor de benadeelde medebezitter, zal het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad meer aanspreken. Evenals wie meent dat de vrouw de schade ter zake van haar ernstige letsel moet kunnen verhalen via het aansprakelijkheidsrecht, in plaats van aangewezen te zijn op de sociale zekerheid.

In het debat over de relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in Duwbak Linda, Iraanse vluchteling en de hangmatzaak klinken telkens beide geluiden. Beide geluiden – slachtofferbescherming respectievelijk beheersing van de

(overheids)aansprakelijkheidslast – lijken mij ook even legitiem.<sup>91</sup> Zelf kan ik mij ook vanuit dit materieel aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief vinden in de uitkomsten die de Hoge Raad in deze zaken bereikt. Dat is echter een persoonlijke voorkeur en niet iets wat het recht dicteert. ‘Het recht’ biedt in deze zaken eenvoudigweg geen uitsluit. In zoverre heeft elk relativiteitsoordeel in deze zaken onvermijdelijk een arbitrair karakter.

Ook voor het debat – dat met het relativiteitsoordeel van de rechtbank in de zaak van Alphense schietpartij weer in alle richtingen is opgelaaid<sup>92</sup> – lijkt het mij daarom heilzaam onderscheid te maken tussen het materieel aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief van de wenselijkheid van de uitkomst die de rechter bereikt en het institutionele perspectief van de legitimiteit van het relativiteitsoordeel in het licht van de verhouding van de rechter tot de wetgever. Zoals ik dat ook met mijn model voor het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm heb willen doen. Het hanteren van dit dubbele perspectief maakt het mogelijk de ontkennde relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in zaken als Duwbak Linda en Iraanse vluchteling vanuit institutioneel perspectief te verklaren en wat mij betreft ook te rechtvaardigen als blijkt van een terughoudende opstelling van de rechter in zijn verhouding tot de wetgever. Waarvoor in zaken als deze, waarin het relativiteitsoordeel ziet op de vraag naar het beschermingsdoel of de norm überhaupt individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen en de wetgever zwijgt, goede reden bestaat. Tegelijkertijd kunnen deze relativiteitsoordelen dan vanuit materieel aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief worden bekritiseerd, indien en voor zover de uitkomst dat de overheid niet aansprakelijk is, onwenselijk wordt geacht, gelet op de omstandigheden van het geval, de verhouding van partijen en meer algemene ‘rechtspolitieke’ gedachten als het ‘flood gates’-argument.

In zaken als Duwbak Linda en Iraanse vluchteling zou dit debat over de wenselijkheid van het aannemen van aansprakelijkheid wat mij betreft moeten worden gevoerd in het kader van toepassing van de correctie-Langemeijer.<sup>93</sup> Nu er bij de stand van de wetgeving in die zaken vanuit institutioneel perspectief goede reden bestaat voor een terughoudende opstelling van de rechter, is deze correctie de aangewezen weg om desgewenst aansprakelijkheid aan te nemen.<sup>94</sup> In zaken als de hangmatzaak, waarin het relativiteitsoordeel ziet

---

91 Vgl. Meijer 2015, p. 80, t.a.v. van het in zijn ogen ‘rechtspolitieke’ relativiteitsoordeel van de rechtbank in de zaak van de Alphense schietpartij.

92 Zie zeer kritisch over het relativiteitsoordeel van de rechtbank Giesen 2015, p. 277-279. Kritisch zijn ook Franssen & Van Tilborg 2015, p. 57-66. Vgl. Meijer 2015, p. 76-81 en R.J.B. Schutgens, noot onder Schietpartij Alphen, *JB* 2015/158, die het relativiteitsoordeel van de rechtbank wel ‘overtuigend’ acht. Zie over dit relativiteitsoordeel eveneens instemmend Den Hollander 2015, p. 101-126.

93 Zie in deze zin ook R.J.B. Schutgens, noot onder Schietpartij Alphen, *JB* 2015/158, sub 5-7.

94 Dat veronderstelt dan wel dat de onrechtmatigheid aanvankelijk wordt gegrond in de schending van een wettelijke norm. In Duwbak Linda zou dit mogelijk zijn geweest. Zie nader par. 5.4 en 5.12. Zie tevens t.a.v. van de zaak van Alphense schietpartij, waarin in

op de vraag naar de beschermingsomvang, kan dit debat over de wenselijkheid van het al dan niet aannemen van aansprakelijkheid daarentegen direct worden gevoerd in het kader van het relativiteitsoordeel. In die zaken is er voor de rechter geen reden voor een terughoudende opstelling en kan hij eigen keuzes maken, afhankelijk ervan of hij aansprakelijkheid wenselijk acht.

Het debat over de relativiteit van wettelijke normen hoeft dan in elk geval niet onmiddellijk te verzanden in een steeds hoger oplopend ‘welles, nietes’ over de uitkomst, omdat het ‘toch niet kan’ dat de aangesproken partij weggeloopt zonder aansprakelijkheid dan wel het aannemen van aansprakelijkheid hier echt ‘te ver gaat’. Of in de verzuchting dat het ‘allemaal rechtspolitiek is’ met die vermaledijde relativiteit van wettelijke normen. Natuurlijk zal het ook altijd over de wenselijkheid van de uitkomst vanuit materieel aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief moeten gaan, maar over de relativiteit van wettelijke normen valt méér te zeggen. Namelijk dat de rechter bij het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm als bij alle wetsinterpretatie in de praktijk weliswaar beschikt over ‘onbegrensde krachten’.<sup>95</sup> Omwille van het behoud van zijn gezag in een wereld waarin dat niet vanzelf spreekt, is er echter goede reden daarmee in sommige gevallen terughoudend om te gaan.

Bij het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm vallen van de rechter in mijn optiek dan ook geen ‘rechtspolitieke’ wonderen te verwachten.<sup>96</sup> Noch in aansprakelijkheidsinperkende, noch in aansprakelijkheidsregulerende of desgewenst aansprakelijkheidsverruimende zin. Zoals elk vereiste van de onrechtmatige daad of leerstuk van schadevergoedingsrecht zou het relativiteitsvereiste dus wel een rol kunnen spelen als ‘mechanisme’ waarmee het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht ‘desastreuze gevolgen van een eventuele aansprakelijkheidslast’ als gevolg van de grote gevaren van deze tijd kan beperken: nanotechnologie, klimaatverandering, financiële crises.<sup>97</sup> Maar deze rol moet ook weer niet worden overschat. Bij aansprakelijkheid

---

het vonnis van de rechtbank een vergelijkbaar probleem speelt, Den Hollander 2015, p. 120-124.

<sup>95</sup> Sieburgh 2003, p. 173-198.

<sup>96</sup> Vgl. de constatering van Advocaat-Generaal Spier, in zijn conclusie voor de hangmatzaak, sub 6.7, dat die zaak past ‘in een lange reeks zaken waarvoor binnen de grenzen van het bestaande recht geen in alle opzichten bevredigende oplossing valt te geven’ en dat er ‘zelfs voor de meest slachtoffer-vriendelijke rechter (...) grenzen [zijn] aan het opstuwen van de rechtsontwikkeling’. Anders echter dezelfde in zijn conclusie voor de zaak van het schrikkend paard ‘Imagine’, gepubliceerd op 29 januari 2016, ECLI:NL:PHR:2015:2307, sub 17.2. Advocaat-Generaal Spier doet het voorstel de relativiteit van de risicoaansprakelijkheid van art. 6:179 BW zo vast te stellen dat deze strekt tot bescherming van de benadeelde medebezitter van het schadeveroorzakende dier voor zover sprake is van ‘ernstig letsel’. In dat kader constateert Spier dat het relativiteitsvereiste als ‘juridische toverformule (...) al vaker wonderen’ heeft ‘verricht’.

<sup>97</sup> Hartlief 2014, p. 171. Hij identificeert het relativiteitsvereiste in de context van crises, rampen en recht dan ook als een van de ‘mechanismen’ daartoe, naast onder meer de leer van de redelijke toerekening van art. 6:98 BW.

voor de schending van een door de wetgever uitgevaardigde norm of van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, die op een door de wetgever uitgevaardigde norm of regeling is geënt, zal het in *sommige* gevallen eenvoudigweg van de wetgever moeten komen. Voor wie meent dat de wetgever het privaatrecht laat versloffen of überhaupt weinig vertrouwen heeft in dit instituut is dat wellicht geen wenkend perspectief.<sup>98</sup> Maar dat maakt het niet minder waar.<sup>99</sup> Dat was in elk geval wat ik in dit proefschrift wilde laten zien.

---

98 Zo constateert Giesen 2014, p. 217-218 dat de Hoge Raad soms in het gat springt dat de wetgever laat vallen, onder verwijzing naar onder meer HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, NJ 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (bewijsbeslag), r.o. 3.5. Giesen is daarover overigens verheugd, omdat hij meer vertrouwen heeft in de Hoge Raad dan de wetgever als 'hoeder' van het privaatrecht.

99 Zie ook Voermans 2011, p 75-77. Hij wijst erop dat in weerwil van het haast beroepsmatige wantrouwen van veel juristen t.o.v. de wetgever en diens 'politieke machinaties' wetgeving nog altijd de beste legitimatie biedt voor overheidsoptreden en dat 'onenigheid en verschillen van opvatting' en 'politieke twist' bij de totstandkoming van wetgeving ook hun merites hebben.



## Samenvatting

Dit proefschrift gaat over aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad voor de schending van een wettelijke norm en het relativiteitsvereiste, dat daarbij een belangrijke toetssteen is. Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, aldus artikel 6:163 BW. Over de toets aan het relativiteitsvereiste is in de afgelopen jaren veel te doen geweest, met name naar aanleiding van de relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in *Duwbak Linda* en *Iraanse vluchteling* – twee zaken van overheidsaansprakelijkheid – en de zogeheten hangmatzaak, die zich tussen reguliere private partijen situeert. Volgens sommigen laat de Hoge Raad zich leiden door bedenkelijk te achten ‘rechtspolitieke’ motieven als het ‘flood gates’-argument, trekt hij heimelijk keuzes naar zich toe die hij aan de wetgever zou moeten laten en laat hij na deze keuzes voldoende inzichtelijk te motiveren. Anderen menen dat de Hoge Raad met dezelfde rechtspraak juist precies doet waarvoor het relativiteitsvereiste is bedoeld: de reikwijdte van aansprakelijkheid afbakenen op basis van eigen keuzes, binnen de grenzen van zijn interpretatief of rechtsvormend mandaat. In de literatuur kan deze rechtspraak dus zowel rekenen op principiële kritiek, als op bijval, in al even principiële termen.

Tegen de achtergrond van deze verdeeldheid formuleer ik in *hoofdstuk 1* van dit proefschrift de hoofdvraag of de kritiek klopt en de Hoge Raad inderdaad zijn boekje te buiten gaat, zodat de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen bijstelling behoeft, of dat de Hoge Raad precies doet van hem verwacht mag worden, zoals de bijval wil. Daartoe ontwikkel ik een samenhangende visie op de definitie en ratio van het relativiteitsvereiste en de toets aan dit vereiste, die uitmondt in een model voor het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm door de rechter.

In *hoofdstuk 2* ga ik na wat onder het relativiteitsvereiste moet worden verstaan. In wetgeving, rechtspraak en literatuur lopen twee varianten van het relativiteitsvereiste door elkaar. Het betreft de variant dat de geschonden norm strekt tot bescherming ‘tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden’ van het negatief geformuleerde artikel 6:163 BW. Daarnaast is er de variant dat de onrechtmatige daad ‘jegens een ander’ is gepleegd van artikel 6:162 lid 1 BW. Deze variant wordt ook vaak geformuleerd als het vereiste dat de schending van de norm onrechtmatig moet zijn ‘jegens’ de benadeelde. Ik laat zien hoe het ontstaan van deze varianten en hun vereenzelviging in

rechtspraak en literatuur historisch kunnen worden verklaard. Ook zet ik uiteen dat daarvoor vandaag de dag geen goede reden meer is. Het relativiteitsvereiste zou daarom eenduidig moeten worden gedefinieerd als het vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang. Dit eenduidige relativiteitsvereiste moet in mijn optiek steeds worden onderscheiden van het vereiste van onrechtmatigheid, onder hantering van een abstract onrechtmatigheidsbegrip.

In *hoofdstuk 3* bespreek ik of we het relativiteitsvereiste echt nodig hebben. Ik laat zien dat het bestaansrecht van het relativiteitsvereiste doorgaans wordt gezocht in inperking van de reikwijdte van aansprakelijkheid. Inperking ten opzichte van de reikwijdte van aansprakelijkheid die gold vóór aanvaarding van het relativiteitsvereiste door de Hoge Raad, in 1928, op basis van de vier vereisten van de toenmalige regeling van de onrechtmatige daad in artikel 1401 BW (oud). Inperking of, ruimer genomen, regulering ten opzichte van dat aansprakelijkheidsregime zou echter evenzeer kunnen worden gerealiseerd met aanvaarding van ieder ander nieuw vereiste (zoals de belangenleer) of aanscherping van een van de voordien bestaande vereisten voor aansprakelijkheid (zoals de leer van de instructie- en waarborgnormen, de leer-Smits, de leer-Demogue-Besier of de leer van de redelijke toerekening van art. 6:98 BW). De ratio van het relativiteitsvereiste moet in mijn optiek worden gezocht in het relateren van geschonden norm en geschaad belang, met een normatieve redenering, als doel op zich. Dit relateren is theoretisch noodzakelijk vanwege het gebruik van het concept normschending als institutioneel feit bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid. In dit relateren bestaat ook de meerwaarde van het relativiteitsvereiste ten opzichte van vereisten en leerstukken, die vanuit een oogpunt van inperking of regulering van aansprakelijkheid in de loop der tijd als alternatief voor het relativiteitsvereiste zijn aangevoerd. Een bepaalde reikwijdte van aansprakelijkheid in een concreet geval is van het relateren van geschonden norm en geschaad belang hooguit het gevolg en niet omgekeerd. Ik pleit daarom voor ‘normalisering’ van het relativiteitsvereiste. Het relativiteitsvereiste heeft niet *uit zijn aard* een meer of minder aansprakelijkheidsinperkend- of regulerend karakter dan ieder ander vereiste voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad of leerstuk van schadevergoedingsrecht.

Hoe zou de rechter de relativiteit van een wettelijke norm moeten vaststellen? De relativiteitstoets is een kwestie van interpretatie, zonder veel houvast, omdat de wetgever zich over de relativiteit van door hem uitgevaardigde normen vaak niet uitlaat en dat ook onmogelijk uitputtend kan. Om een stap verder te komen, betoog ik in *hoofdstuk 4* dat bij deze toets twee perspectieven moeten worden onderscheiden: het materieel aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief van de wenselijkheid van de uitkomst van het relativiteitsoordeel en het institutioneel perspectief van de legitimiteit van het relativiteitsoordeel in het licht van de verhouding van de rechter tot de wetgever. Ik ontwikkel een model voor het vaststellen van de relativiteit van wettelijke normen waarin

ik dit laatste perspectief vooropstel, op basis van het onderscheid dat Lankhorst maakt tussen de achtereenvolgens te beantwoorden abstracte vraag naar het 'beschermingsdoel' en de concrete vraag naar de 'beschermingsomvang' van de norm. Zwijgt de wetgever in wetstekst en wetsgeschiedenis over de vraag of de betreffende norm naast algemene belangen ook individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen (het beschermingsdoel), zodat wetstekst en wetsgeschiedenis geen 'dekking' bieden voor de rechter om dat op gezag van de wetgever aan te nemen, dan is er voor de rechter in de regel goede reden te oordelen dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Met deze terughoudende opstelling laat de rechter het aan de wetgever om te bepalen of alleen publiekrechtelijke handhaving van de betreffende norm mogelijk is, dan wel de schending ervan ook in het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht kan worden ingeroepen als zelfstandige grondslag voor een vordering uit onrechtmatige daad. Aangenomen dat de norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, is er voor de rechter vervolgens in de regel geen beletsel zelf de vraag te beantwoorden of het specifieke geschade belang van de benadeelde daaronder kan worden geschaard (de beschermingsomvang), ook als de wetgever hierover zwijgt. In deze actieve opstelling kan de rechter dus eigen, al dan niet 'rechtspolitieke' keuzes maken op basis van materieel aansprakelijkheidsrechtelijke overwegingen en naar bevind van zaken in het aan hem voorgelegde geval. Dit institutionele model is aan te vullen met de correctie-Langemeijer als bijsturingsmechanisme. Als de wetgever zwijgt over eventuele te beschermen individuele vermogensbelangen en de rechter dus zou moeten oordelen dat het relativiteitsvereiste aan aansprakelijkheid voor de enkele schending van een wettelijke norm in de weg staat, kan de rechter met behulp van de correctie-Langemeijer alsnog aansprakelijkheid aannemen als hij dat vanuit materieel aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief toch wenselijk acht. Grondslag van aansprakelijkheid bij toepassing van de correctie-Langemeijer is de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die wel strekt tot bescherming van het geschade belang van de benadeelde. Het oordeel van de rechter is dan niet met diens verhouding tot de wetgever 'belast' en is toegespitst op het concrete geval.

Dit model gebruik in *hoofdstuk 5* als ijkpunt om de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen van de Hoge Raad van grofweg de afgelopen tien jaar tegen af te zetten. Ook al hanteert de Hoge Raad dit model uiteraard niet, evenmin als de fasering van Lankhorst, zijn rechtspraak laat zich hierin grosso modo toch redelijk inpassen. In zaken waarin zijn relativiteitsoordeel zich in wezen situeert op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel – waaronder Duwbak Linda en Iraanse vluchteling – tekent zich een terughoudende opstelling af. Wanneer in wetstekst en wetsgeschiedenis positieve aanwijzingen ontbreken dat de betreffende normen mede individuele vermogensbelangen beogen te beschermen, neemt de Hoge Raad niet aan dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan en omgekeerd. Dat betekent nog niet dat de Hoge Raad in deze zaken oordeelt dat al dan niet aan het relativiteits-

vereiste is voldaan, omdat de wetgever al dan niet zwijgt over eventuele te beschermen individuele vermogensbelangen, maar dat is afgaand op de motivering wel aannemelijk. Zij het in wisselende mate. In zaken waarin niet ter discussie staat dat de betreffende norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen en het relativiteitsoordeel zich in wezen situeert op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang – waaronder de hangmatzaak – kiest de Hoge Raad in lijn met het model een actieve opstelling. Hij maakt in deze zaken eigen keuzes al naar gelang de uitkomst die hij vanuit materieel aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief wenselijk acht. Ook en juist als de wetgever zwijgt. De relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in twee Amsterdamse prostitutiezaken laten zich daarentegen minder goed inpassen in het model. Deze relativiteitsoordelen hebben echter een status aparte. Ze worden gekleurd door de bijzondere maatstaf die de Hoge Raad in deze zaken hanteert bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid.

In *hoofdstuk 6* voer ik dezelfde exercitie uit voor de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State. Zij spreekt zich uit over de relativiteit van wettelijke normen in de zin van het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW, in zaken waarin de benadeelde haar verzoekt het bestuursorgaan tot schadevergoeding te veroordelen ter zake van een onrechtmatig besluit. Ook de Afdeling hanteert niet het model, evenmin als de fasering van Lankhorst. Tegelijkertijd gaat ook zij in lijn met het model niet uit van een generiek vermoeden van relativiteit. De relativiteitsoordelen van de Afdeling in een serie vreemdelingenrechtelijke zaken laten zich bovendien inpassen in het model. Zij spreekt ook uit dat zij op dit punt het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling volgt. Het relativiteitsoordeel van de Afdeling in een zaak van ruimtelijke ordening – Amelandse benzinstations – laat zich daarentegen niet inpassen in het model. Dit relativiteitsoordeel situeert zich op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel en in wetstekst en wetsgeschiedenis van de betreffende norm ontbreekt dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen dat deze norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Toch komt de Afdeling tot een bevestigend relativiteitsoordeel. Daarmee stelt zij zich minder terughoudend op dan het model bij de vraag naar het beschermingsdoel veronderstelt. Naar het zich laat aanzien moet dit worden verklaard doordat er de Afdeling veel aan is gelegen overheidsaansprakelijkheid aan te nemen. Haar relativiteitsoordelen in twee andere zaken van ruimtelijke ordening laten zich weer wel redelijk inpassen in het model.

In *hoofdstuk 7* ga ik over tot beantwoording van de hoofdvraag. De Hoge Raad trekt niet steeds keuzes naar zich toe die hij aan de wetgever zou moeten laten. Voor zover hij wel eigen ‘rechtspolitieke’ keuzes maakt, is dat binnen de grenzen van het model, op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang. De rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen is daarmee bezien door de bril van het model ook minder onvoorspelbaar en arbitrair

dan in de literatuur wel wordt gesuggereerd. Bezien door de bril van het model is de kritiek op de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen dus deels onterecht en behoeft deze voor het overige nuancering. Tegelijkertijd is de rechtspraak van Hoge Raad en Afdeling voor verbetering vatbaar. Ik doe voorstellen voor aanscherping van de formulering en motivering van deze rechtspraak langs de lijnen van het model. Daarnaast bepleit ik inhoudelijke bijstelling van de relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in de Amsterdamse prostitutiezaken en van het relativiteitsoordeel van de Afdeling in Amelandse benzinstations, eveneens langs de lijnen van het model. Ook sta ik kort stil bij de eventuele implicaties van mijn bevindingen voor drie ontwikkelingen op het vlak van de relativiteit van wettelijke normen buiten het nationale aansprakelijkheidsrecht: in het contractenrecht, rondom het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste van artikel 8:69a Awb en in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie over aansprakelijkheid voor de schending van wettelijke normen van Unierechtelijke origine.



## Summary

### THE RELATIVITY OF STATUTORY PROVISIONS

This thesis is about non-contractual liability for the violation of a statutory provision and the doctrine of 'relativity' ('relativiteit', also known as *Schutz-norm-doctrine* or *relativité aquilienne*). On the basis of the Articles 6:162 and 6:163 of the Dutch Civil Code (DCC), liability for the violation of a statutory provision requires that the plaintiff's damage is caused by the violation of the statutory provision concerned. In addition, the establishment of such liability requires that the statutory provision aims to protect against the plaintiff's damage. His damage, in other words, should be within the 'protective scope' of the provision.<sup>1</sup>

In the past few years, the Dutch Supreme Court has rendered decisions about the protective scope of various statutory provisions in a series of cases. In the *Duwbak Linda*-case, for instance, it held that the damage caused to other ships by the sinking of the rusted push barge *Linda* was not within the protective scope of statutory provisions on ship inspection and certification. For this reason, the Dutch State was not held liable for this damage following an allegedly negligent inspection of the *Linda* and its wrongful permission to use the shipping lanes.<sup>2</sup> In the Iranian refugee-case, the Dutch Supreme Court held that missed income and pension benefits were not within the protective scope of statutory provisions for the admittance of refugees. Therefore, the Dutch State was not liable for such damage suffered by a woman from Iran, who was initially wrongfully refused refugee status.<sup>3</sup> In the so-called *Hammock*-case, between private parties, the Dutch Supreme Court held that severe injuries caused to a woman, as a result of the crumbling of a pillar in her own garden, fell within the protective scope of the strict liability for proprietors of constructions set out in Article 6:174 DCC. Therefore, the woman's partner was liable for fifty percent of her damages in his capacity as co-proprietor of

---

1 For comparative perspectives see P.W. den Hollander, 'Tort law and the violation of statutory provisions', in: V. Sagaert, M.E. Storme & E. Terryn (eds.), *The Draft Common Frame of Reference: national and comparative perspectives*, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia 2012, pp. 241-260.

2 Dutch Supreme Court 7 May 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012 (*Duwbak Linda*).

3 Dutch Supreme Court 13 April 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751 (Iranian refugee).

the pillar and, by that, their mutual insurance company had to pay damages, even though the woman was herself a co-proprietor of the pillar too.<sup>4</sup>

In legal literature, these decisions by the Dutch Supreme Court have been both criticised and applauded. Some authors feel that the court's decisions on the protective scope were 'political' and motivated by the fear of a flood of claims. The Dutch Supreme Court was also criticised for making choices that should have been left to the legislator. Given that the text and legislative history of the respective statutory provisions in *Duwbak Linda*, Iranian refugee and the *Hammock*-case are silent on their protective scopes, these authors argue that the Dutch Supreme Court should have held that the damage in these cases was within this protective scope. Other authors, however, are of the opinion that the Dutch Supreme Court does exactly what the requirement of relativity is meant for. It draws the boundaries of non-contractual liability, on the basis of proper choices, within the limits of its mandate to interpret statutes.

In *chapter 1*, against the background of this debate and as the central question of this thesis, I formulate the question whether the criticism of the case law on the relativity of statutory provisions is warranted, so that this case law should be amended, or whether the court does exactly what it should do, as the approval in literature indicates. As part of this process, I develop a comprehensive vision on the definition and the ratio of the requirement of relativity, as well as a model for the court to determine whether in a specific case the damage of the plaintiff is within the protective scope of a statutory provision.

In *chapter 2* I define the doctrine of relativity as a requirement for non-contractual liability. This is necessary because in case law, the DCC and in legal literature two variants of this doctrine are intertwined. These variants are that the violated provisions should aim to protect against the damage suffered by the plaintiff and that the violation of the provision is unlawful 'against' the plaintiff. I argue that the identification of these two variants might make sense historically, but that these days it is no longer warranted and unnecessarily complicates matters. In addition, in my view, (statutory) provisions by their very nature cannot protect against certain damage, but protect certain interests deemed worthy of protecting. The time has come, therefore, to redefine the requirement of relativity as the requirement that the violated provision should aim to protect the harmed interest of the plaintiff. I propose to separate this redefined requirement from the requirement of unlawfulness. In this respect, I further advocate the use of an abstract notion of unlawfulness. The violation of a statutory provision is to be considered *ipso facto* unlawful, without the additional requirement that this unlawfulness should somehow be 'directed' at the plaintiff.

---

4 Dutch Supreme Court 8 October 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095 (*Hammock*).

In *chapter 3* I discuss whether we actually need the doctrine of relativity as a requirement for non-contractual liability. In legal literature, its ratio is usually understood to be the limiting or regulating of non-contractual liability. I argue that the acceptance of the doctrine of relativity as a requirement for non-contractual liability by the Dutch Supreme Court in 1928 might be well explained by the perceived need to put limits on non-contractual liability. However, such limits could also have been achieved by the acceptance of any other new requirement for liability or the sharpening of previously existing requirements, such as causal effect. The perceived need to limit liability could thus explain, but not justify the acceptance of the doctrine of relativity. In my view, there is another reason why we need this doctrine: the use of the concept of the violation of a norm as a part of the requirement of unlawfulness. This concept as a so-called institutional fact makes it theoretically necessary to relate the violated norm to the harmed interest with a normative line of reasoning, which is, in my view, the ratio of the doctrine of relativity. A certain range of non-contractual liability in a particular case is merely the outcome of this relating and not the objective. The doctrine of relativity is thus not inherently meant to limit the range of liability, or at least not more or less than any other requirement for non-contractual liability.

In *chapter 4* I discuss how the court should determine whether the harmed interest of the plaintiff is within the protective scope of the violated statutory provision. This is a matter of interpretation, as the legislator often does not provide a clear-cut answer and is not capable of doing so exhaustively either. I argue that two perspectives should be distinguished. First of all, the material perspective whether it is desirable to assume that the harmed interest is or is not within the protective scope of the provision concerned, in view of the circumstances of the case, the relationship between parties and more general views on the range of civil liability such as the 'flood gates' argument. Secondly, the institutional perspective of the legitimacy of the decision on the protective scope in the light of the relationship between the court and the legislator. I develop a model for determining the protective scope of a statutory provision, in which I put this latter perspective first. The basis of this model is the distinction made by Lankhorst between whether the provision concerned aims to protect merely a general interest or also certain individual proprietary interests (the 'protective aim') and whether – assuming that the provision concerned aims to protect certain individual proprietary interests – the specific harmed interest of the plaintiff in the case at hand is to be aligned with these individual proprietary interests (the 'ambit of protection'). As a rule, I argue that there is good reason for the court to take a reticent stance in answering the abstract question on the protective aim. The model therefore entails that the court does not assume that the provision concerned aims to protect individual proprietary interests without 'cover' by the legislator to that extent in the text and legislative history of the provision. By this reticent stance, the court leaves it up to the legislator to decide whether the provision concerned

can only be enforced in public law or can also be invoked in private law by private parties, in order to protect their individual proprietary interests, as a self-standing ground for liability in tort. Assuming that the provision also aims to protect individual proprietary interests, there is, as a rule, no obstacle for the court to take an active stance in answering the concrete question on the ambit of protection. In deciding whether the particular harmed interest of the plaintiff in the case under consideration is to be aligned with the individual proprietary interests that the provision concerned aims to protect, the court can make its proper choices, from a material perspective, given the circumstances of the case, the relationship between parties, as well as more general views on the range of civil liability such as the 'flood gates' argument. This institutional model for determining the protective scope of a statutory provision is to be supplemented by a correction. If the legislator is silent about the protection of individual proprietary interests, so that the court has to decide that the harmed interest of the plaintiff is not within the protective scope and the requirement of relativity is not met, this so-called Langemeijer correction allows the court to still assume liability, if it deems this desirable from a material perspective. The ground for liability is then not the mere violation of the statutory provision, but the violation of an unwritten duty of care, taking into account all circumstances of the case, including the circumstance that a statutory provision is violated. In such circumstances, the court's decision is not burdened by its relationship with the legislator, while being narrowed down to the case at hand.

In *chapter 5* I use this model as a benchmark for the case law of the Dutch Supreme Court. Obviously, the Dutch Supreme Court does not apply the model nor does it apply the distinction by Lankhorst between the protective aim and the ambit of protection of a statutory provision. Yet its case law could roughly be said to reasonably fit into the model. In cases in which its decision on the protective scope in fact focuses on the question of the protective aim – such as the Duwbak Linda- and Iranian refugee-case – the Dutch Supreme Court appears to take a reticent stance. It does not assume that the requirement of relativity is met in these cases, if positive indications in the text of the provision concerned or its legislative history are lacking and vice versa. This is not to say that the Dutch Supreme Court actually decides that the requirement of relativity is or is not met, because of the presence or absence of such indications, as the model prescribes. Its decisions could also be inspired by the outcome the Dutch Supreme Court deems desirable for a material perspective. Yet the first is plausible in my opinion, albeit to a varying extent. In cases where there is no discussion about whether the provision aims to protect certain individual proprietary interests, so that the decision in fact focuses on the ambit of protection – such as in the Hammock-case – the Dutch Supreme Court takes an active stance. It makes proper choices in view of the outcome it deems desirable from a material perspective. Two cases on prostitution permits in Amsterdam, on the contrary, do not fit into the model. These

cases, however, are exceptional because the decision by the Dutch Supreme Court on the protective scope is determined by its decision on the unlawfulness.

In *chapter 6* I do the same exercise for the case law of the Administrative Court Branch of the Dutch Council of State. This court also decides on the protective scope in cases of public authorities' liability for public legal acts in violation of statutory provisions, which is parallel to the civil courts. The Administrative Court Branch does not apply the model either, nor the distinction by Lankhorst. Nevertheless its case law in a series of immigration cases could reasonably be said to fit into the model, to the same extent as the Iranian refugee case.<sup>5</sup> The Administrative Court Branch also states that it follows the case law of the Dutch Supreme Court in the Iranian refugee-case in this respect. The Administrative Court Branch's decision in the Gaz stations-case, however, does not fit into the model.<sup>6</sup> This decision in fact focuses on the question on the protective aim and it assumes that the provision under consideration aims to protect individual proprietary interests, while positive indications to this extent are absent in the text of the provision or its legislative history. The Administrative Court Branch in this case thus takes a more active stance than the model presupposes. Its decision on the protective scope of statutory provisions in two other cases of spatial planning on the contrary could be said to reasonably fit into the model.

On the basis of this analysis, in *chapter 7* I conclude that the Dutch Supreme Court by its decisions on the protective scope of statutory provisions does not make choices it should have left to the legislator. To the extent it does make proper, 'political', choices, these choices remain within the boundaries of the model, focusing on the question on the ambit of protection, assuming that the provision concerned aims to protect certain individual proprietary interests. Taking the model as a benchmark, the case law is also less unpredictable and arbitrary than has sometimes been suggested. The criticism for the most part is therefore not warranted and should be nuanced for the rest. At the same time, the case law of the Dutch Supreme Court and the Administrative Court Branch could be improved. I propose that the court sharpen its wording and motivation along the lines of the model. In addition, the outcome of two cases before the Dutch Supreme Court on prostitution permits in Amsterdam should be altered, so that these are in line with the model, as well as the outcome of the Administrative Court Branch's Gaz stations-case. In this concluding chapter, I also briefly discuss some implications of my analysis for developments relating to the protective scope of statutory provisions in other fields, such as contract law, the validity of public authorities' public legal acts in administrative law and the case law of the Court of Justice of the EU on liability for the violation of statutory provisions of EU origin.

---

5 See for instance Administrative Court Branch 20 June 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7572.

6 Administrative Court Branch 15 December 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7587 (Gaz stations).



## Literatuur

Albers 2005

C.L.G.F.H. Albers, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving. De geest uit de fles?', *NTBR* 2005-10, p. 482-497

Albers 2007

C.L.G.F.H. Albers, 'Toezichthoudersaansprakelijkheid. Een blik vanuit het bestuursrecht op Vie d'Or', *AV&S* 2007-3, p. 94-104

Albers & Heinen 2008

C.L.G.F.H. Albers & P.C.M. Heinen, 'Civiele en strafrechtelijke aansprakelijkheid van gemeenten bij falend bouw- en woningtoezicht (1)', *Gst.* 7308 (2008), p. 669-683

Alkema 2000

E.A. Alkema, 'Gedifferentieerde rechtsvinding door de rechter in veranderende staatkundige verhoudingen', *NJB* 2000-21, p. 1054-1057

Arons 2012

T.M.C. Arons, 'Annotatie bij Rechtbank Utrecht, 15 februari 2012 (LJN BV3753)', *NTBR* 2012-7, p. 262-266

Van Baalen 2010

S.B. van Baalen, 'Aansprakelijkheid als gevolg van een schending van Wft-regels', in: D. Busch e.a. (red.), *Onderneming en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 1013-1038

Barkhuysen & Claessens 2012

T. Barkhuysen & M. Claessens, 'Naar een "slagvaardiger" bestuursrecht met de Wet aanpassing bestuursprocesrecht?', *AA* 2012-2, p. 85-88

Barkhuysen, Den Ouden & Tjepkema 2012

T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema, 'Inleiding: coulant compenseren?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. xii-xxxiii

Barkhuysen & C.N.J. Kortmann 2010

T. Barkhuysen en C.N.J. Kortmann, 'Versnelling van infrastructurele en bouwprojecten: de crisis en herstelwet voorbij?', *AA* 2010-5, p. 326-334

Beck 2010

A.C. Beck, '"Gij had beter toezicht op mijn overtreding moeten houden". Het relativiteitsvereiste en toezicht op de naleving van de Woningwet', *MvV* 2010-9, p. 240-245

Di Bella 2007

L. Di Bella, 'De relativiteit van het recht op arbeid van vluchtelingen', *NJB* 2007-25, p. 1523-1524

- Di Bella 2012  
Laura Di Bella, 'Besluitenaansprakelijkheid en causaal verband', *NALL* 2012, april-juni, DOI: 10.5553/NALL/.000002 (open access-publicatie)
- Di Bella 2013a  
L. Di Bella, 'De relativiteit van de onrechtmatige overheidsdaad. De toepassing van het relativiteitsvereiste bij schending van publiekrechtelijke normen door de overheid in vergelijking met schending van privaatrechtelijke normen door andere (rechts)personen', *AV&S* 2013-1, p. 5-19
- Di Bella 2013b  
L. Di Bella, 'Het relativiteitsvereiste en de vergoeding van vermogensschade bij overheidsaansprakelijkheid. Kritiek en voorstel voor een alternatief', *NJB* 2013-23, p. 1510-1515
- Di Bella 2014  
L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014
- Di Bella 2015  
L. Di Bella, 'De onrechtmatige overheidsdaad: het heden. Het belang van bijkomende omstandigheden in recente rechtspraak over de onrechtmatige overheidsdaad', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht* (Guldemond-bundel), Deventer: Kluwer 2015, p. 61-77
- Van den Berge 2012  
L. van den Berge, *Recht tussen norm en belang*, Tilburg: Celsus 2012
- Bloch 2011  
C. Bloch, 'Définition de la faute', in: F. Terré (red.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Parijs: Dalloz 2011, p. 101-113
- Bloembergen 1965  
A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1965
- Van Bogaert 2005  
V.V.R. Van Bogaert, *De Rechter beoordeeld. Over aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in civiel- en staatsrechtelijk perspectief* (diss. Groningen), Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2005
- Boogaard 2011a  
G. Boogaard, 'De geheime politieke rol van de rechter. Over institutionele Real-politik', in: A. Nieuwenhuis e.a. (red.), *Rechterlijk activisme* (Jit Peters-bundel), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 17-30
- Boogaard 2011b  
G. Boogaard, 'Rondrennende mieren', *AA* 2011-6, p. 416-418
- Boogaard 2013  
G. Boogaard, *Het wetgevingsbevel. Over constitutionele verhoudingen en manieren om een wetgever tot regelgeving aan te zetten* (diss. UvA), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013
- Van Boom 2001  
W.H. van Boom, 'Boekbespreking C.H. Sieburgh, Toerekening van een onrechtmatige daad', *WPNR* 6441 (2001), p. 335-341

- Van Boom 2003  
W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003
- Van Boom 2006  
W.H. van Boom, 'Innovatieve handhaving in het vermogensrecht', *NTBR* 2006-4, p. 121
- Van Boom 2007  
W.H. van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *NJB* 2007-16, p. 982-991
- Borghetti 2008  
J.-S. Borghetti, 'Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle', in: M. Fabre-Magnan e.a. (red.), *Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris: L.G.D.J. 2008, p. 145-159
- Bovend'Eert 2009  
P.P.T. Bovend'Eert, 'Wetgever, rechter en rechtsvorming. "Partners in the business of law"?', *RM Themis* 2009-4, p. 145-153
- Bovend'Eert 2011  
P.P.T. Bovend'Eert, 'Dient de rechtsvormende taak van de Hoge Raad versterkt te worden bij de herziening van het cassatiestelsel?', in: A.E. Nieuwenhuis, J.-H. Reestman & C.M. Zoethout (red.), *Rechterlijk activisme* (Jit Peters-bundel), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 31-41
- Van den Brandhof 1968  
P.H. van den Brandhof, 'De Schutznormtheorie na veertig jaar rechtsontwikkeling', *AA* 1968-5, p. 163-177
- Brüggemeier 2006  
Gert Brüggemeier, *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich*, Berlin: Springer 2006
- Brunner 1978  
C.J.H. Brunner, 'Over relativiteit van verkeersnormen', *VR* 1978-2, p. 29-35
- Brunner 1981  
C.J.H. Brunner, 'Causaliteit en toerekening van schade', *VR* 1981-10, p. 210-217 en *VR* 1981-11, p. 233-236
- Busch 2010  
D. Busch, *Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010
- Busch 2013  
D. Busch, 'De invloed van MiFID op aansprakelijkheid in de Europese financiële sector', in: D. Busch e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 11-70
- Van Buuren 1978  
P.J.J. van Buuren, *Kringen van belanghebbenden* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1978
- Caria 2014  
V.Y.E. Caria, 'De (bijzondere) zorgplicht van banken jegens ondernemers bij renteswaptransacties', *O&F* 2014-2, p. 38-54

Castermans 1992

A.G. Castermans, 'Aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging: kenbaarheid en relativiteit', *WPNR* 5976 (1990), p. 628-630

Castermans 2012

A.G. Castermans, *Ik en mijn recht in Europa* (diesoratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2012, te downloaden via <http://media.leidenuniv.nl/legacy/diesoratie-castermans.pdf> (laatst geraadpleegd 24 september 2014)

Castermans & Den Hollander 2009

A.G. Castermans & P.W. den Hollander, 'Werkgeversaansprakelijkheid voor RSI, repetitive strain voor de rechter', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad* (BWKJ 25), Deventer: Kluwer 2009, p. 161-188

Castermans & Den Hollander 2012

A.G. Castermans & P.W. den Hollander, 'Dwaling tussen privaats- en publiekrecht', *WPNR* 6940 (2012), p. 563-574

Castermans & Den Hollander 2013

A.G. Castermans & P.W. den Hollander, 'Omgaan met onzekerheid. Proportionele aansprakelijkheid, artikel 6:101 BW en de leer van de kansschade', *NTBR* 2013-5, p. 185-195

Cherednychenko 2010

O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht', *NTBR* 2010-3, p. 66-77

Cherednychenko 2012

O.O. Cherednychenko, 'Het private in het publiek recht: over de opmars van het financiële "toezichtprivaatrecht" en zijn betekenis voor het verbintenissenrecht', *RM Themis* 2012-5, p. 223-235

Clerk & Lindsell 2014

Michael A. Jones e.a. (red.), *Clerk & Lindsell on Torts*, Londen: Thomson Reuters 2014

Daalder 2012

E.J. Daalder, 'Beperking van aansprakelijkheid van de overheid: door wie en wanneer? Reflecties over de rol van rechtspolitieke overwegingen bij de oordeelsvorming over overheidsaansprakelijkheid', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 255-271

Van Dam 1989

C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989

Van Dam 2000

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJu 2000

Van Dam 2010

C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid voor falend toezicht in tijden van financiële cholera – over coma-bankieren, vuvuzela-juristerij en De Nederlandsche Bank', *NTBR* 2010-7, p. 224-246

Van Dam 2013

C.C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2013

Damen 2005

L.J.A. Damen, 'De Amelandse benzinepomp die tijdelijk illegaal was', *AA* 2005-4, p. 276-281

Damen 2009

L.J.A. Damen, 'Nagtegaal als Pizzati op Ameland aangespoeld? "Op het strand van Ameland was hij als zuigeling aangespoeld"', *AA* 2009-4, p. 244-251

Deutsch 1996

E. Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht*, Köln: Carl Heymanns Verlag 1996

Demogue 1924

R. Demogue, *Sources des Obligations. Tome IV*, Paris: Librairie Arthur Rousseau 1924

Deschamps 2011

K. Deschamps, 'De formulering van rechtsnormen in wetsteksten', *RegelMaat* 2011-1, p. 37-49

Drucker 1912

W.H. Drucker, *Onrechtmatige daad. De regeling van het Duitsche Burgerlijke Wetboek getoetst aan de praktijk en vergeleken met het Fransche en het Engelsche recht, in het bijzonder in verband met de benadeelingen in den economischen strijd* (diss. Leiden), Den Haag: N.V. Drukkerij Trio 1912

Drion 1970

H. Drion, 'Het rechterlijk bevel of gebod als wapen voor de overheid', in: Van Opstall-bundel, Opstellen aangeboden aan prof. mr. S.N. van Opstall, Deventer: Kluwer 1970, p. 61-67

Drion 2007

C.E. Drion, 'Op de grenzen van het recht', *NJB* 2007-23, p. 1395

Drion 2009

C.E. Drion, 'De civiele kamer van de Hoge Raad: een paar observaties vanaf de wal', *NJB* 2009-6, p. 357

Van Dunné 1990

J.M. van Dunné, 'Benckiser-arrest', *AA* 1990-7/8, p. 469-480

Van Dunné 2004

J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht. Deel 2. Onrechtmatige daad. Overige verbintenissen*, Deventer: Kluwer 2004

Van Dunné 2007

J.M. van Dunné, 'De herfsttij der relativiteitsleer. Het beroep op de strekking van de wet bij aansprakelijkheid van toezichthouders nader bezien naar aanleiding van de arresten Duwbak Linda (2004) en Barneveld-Gasunie (2007). Een terugblik op Total (2002) en Akzo (2001) en relativiteit bij bodemvervuiling', *TMA* 2007-5, p. 123-143

Dijkshoorn 2011

W. Dijkshoorn, 'De leer van de redelijke toerekening: back to the eighties', *AV&S* 2011-6, p. 257-268

Dijkshoorn 2012

W. Dijkshoorn, 'Het privaatrecht is niet geschikt om het algemeen belang te dienen. Nou en?' (pre-essay Jonge NJV), *NJB* 2012-43, p. 3020-3024

Van Dijk & Van der Woude 2009

Chr.H. van Dijk & F. van der Woude, 'Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsverplichtingen en de Wet op het financieel toezicht', *AV&S* 2009-2, p. 74-92

Emaus 2011

P.B. Emaus, 'De ontwikkeling van het confrontatiecriterium in shockschadezaken', *AV&S* 2011-2, p. 65-66

Engelen 1986

B.J. Engelen, 'De rol van de wettelijke gedragsnorm bij het onrechtmatigheidsoordeel', *RM Themis* 1986-3, p. 208-224

Engelhard 2009

E.F.D. Engelhard, 'Handhaven van en door het privaatrecht', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: BJu 2009, p. 11-48

Van Ettekoven e.a. 2013

B.J. van Ettekoven e.a., 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2013: de stand van de rechtsontwikkeling', *O&A* 2013-2, p. 49-101

Franssen & Van Tilborg 2015

T.W. Franssen & D. van Tilborg, 'De ingewikkelde zoektocht naar doel en strekking van de geschonden norm', *O&A* 2015-2, p. 57-66

Fruin 1932

H.M. Fruin, 'De tegenwoordige stand der jurisprudentie betreffende de onrechtmatigheid in artikel 1401 B.W.', *RM* 1932, p. 1-65

Fuchs 2004

Maximilian Fuchs, *Deliktsrecht*, Berlin: Springer 2004

Van Geleijn Vitringa 1907

J. van Geleijn Vitringa, 'Publiekrechtelijk karakter van den openbaren weg', *RM* 1907-1, p. 1-44

Van Geleijn Vitringa 1919

J. van Geleijn Vitringa, 'Openbaarheid van den weg en burgerlijk recht', *RM* 1919, p. 23-50

Gelpke 2005

M.E. Gelpke, 'De relativiteit van de onrechtmatige overheidsdaad', *MvV* 2005-7/8, p. 143-148

Van Gerven & Lierman 2010

W. Van Gerven & S. Lierman, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Algemeen deel: veertig jaar later: privaatrecht en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen: Kluwer 2010

Giesen 2005

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005

Giesen & Schelhaas 2006

I. Giesen & H.N. Schelhaas, 'Samenwerking bij rechtsvorming. De instelling van een Periodiek Overleg van Rechtsvormers', *AA* 2006-3, p. 159-172

Giesen 2009

I. Giesen, 'Handhaving in, via, door en met het privaatrecht: waar staan we nu?', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: BJu 2009

Giesen 2014

I. Giesen, 'De Hoge Raad versus de wetgever: wie hoedt het privaatrecht?', *NTBR* 2014-6, p. 217-218

Giesen 2015

I. Giesen, 'Aansprakelijkheid na de schietpartij in Alphen aan den Rijn: hoe onbegrijpelijk kan rechtspraak – en het relativiteitsvereiste – zijn?', *WPNR* 7055 (2015), p. 277-279

De Graaff & Verhey 2014

R. de Graaff & D.J. Verhey, 'Pronken met eigen veren', *AA* 2014-5, p. 323

Grare-Didier 2011

C. Grare-Didier, 'Du dommage', in: F. Terré (red.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Parijs: Dalloz 2011, p. 131-141

Van der Grinten 1939

W.C.L. van der Grinten, 'Onrechtmatige daad en schade', *NJB* 1939-8, p. 159-168 en *NJB* 1939-9, p. 179-189

Groenewegen 2006

F.T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming* (diss. UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006

Grosheide 1994

F.W. Grosheide, 'Boekbespreking G.H. Lankhorst, De relativiteit van de onrechtmatige daad', *TMA* 1994-6, p. 150-154

De Haan 1940

C.J. de Haan, 'Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad', *WPNR* 3704 (1940), p. 589-593 en *WPNR* 3705 (1940), p. 601-604

Haazen 2009

I. Haazen, 'Schade in een niet-rechtmatig belang', *WPNR* 6816 (2009), p. 827-837

Haentjens & Den Hollander 2013

M. Haentjens & P.W. den Hollander, 'Europees aansprakelijkheidsrecht door de voordeur: de aangescherpte verordening inzake ratingbureaus', *WPNR* 6985 (2014), p. 623-624

Hammerstein 2009

A. Hammerstein, 'Rechtsvorming door de rechter is onvermijdelijk', *AA* 2009-10, p. 672-675

Hartlief & Tjittes 2004

T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2004-31, p. 1579-1588

Hartlief 2005

T. Hartlief, 'Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?', *NJB* 2005-22, p. 830-834

Hartlief 2006

T. Hartlief, 'Zicht op toezichthoudersaansprakelijkheid na Linda en Vie d'Or', *WPNR* 6688 (2006), p. 799-801

## Hartlief 2008a

T. Hartlief, 'Actualiteiten aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht 2006-2007', *NTBR* 2008-1, p. 27-41

## Hartlief 2008b

T. Hartlief, 'Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving', *WPNR* 6772 (2008), p. 769-777

## Hartlief 2009

T. Hartlief, 'Den Haag, let op Uw saeck!', *NJB* 2009-17, p. 1073

## Hartlief 2010

T. Hartlief, 'Een eenvoudige casus stelt het recht voor problemen', *NJB* 2010-32, p. 2071

## Hartlief 2011

T. Hartlief, 'In afwachting van de Franse slag', *NJB* 2011-1, p. 17-18

## Hartlief 2014a

T. Hartlief, 'Privaatrecht in nood. Over de beperkte betekenis van het privaatrecht bij rampen en crises en een rechtsgebied onder toenemende druk van het publiekrecht', in: *Crisis, rampen en recht* (preadviezen NJV), Deventer: Kluwer 2014, p. 65-194

## Hartlief 2014b

T. Hartlief, 'Een vak apart', *NJB* 2014-41, p. 2917

## Hebly, Van der Zalm &amp; Engelhard 2015

M.R. Hebly, I. van der Zalm & E.S. Engelhard, 'Wetsvoorstel schadevergoeding zorg- en affectieschade: verbetering van de positie van slachtoffers en naasten', *AA* 2015-2, p. 93-105

## Heilhof &amp; Neerhof 2008

N.R. Heilhof & A.R. Neerhof, 'Relativiteitsvereiste exit?', in: M.A. Heldeweg, B.M.J. van der Meulen & J.M.H.F. Teunissen (red.), *Publiekrecht in de Leer* (Takbundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 39-61

## Hoekstra 2008

J.J. Hoekstra, 'Bescherming door vluchtelingenstatus blijkt betrekkelijk', *Bb* 2008, p. 107-110

## Hoff 2013

G.T.J. Hoff, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid van uitgevende instellingen bij niet-naleving van de openbaarmakingsplicht van koersgevoelige informatie', in: D. Busch e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 711-772

## Hofmann/Drion/Wiersma 1959

L.C. Hofmann, *Het Nederlands verbintenissenrecht. De algemene leer der verbintenissen. Tweede gedeelte (artt. 1388-1492 B.W.)*, bewerkt door H. Drion & K. Wiersma, Groningen: J.B. Wolters 1959

## Den Hollander 2011a

P.W. den Hollander, 'Risicoaansprakelijkheid voor opstallen, relativiteit en redelijkheid. Bespreking van HR 8 oktober 2010, LJN BM6095, RvdW 2010, 1164 (hangmat)', *AV&S* 2011-1, p. 44-49

## Den Hollander 2011b

P.W. den Hollander, 'Van Parijs tot Berlijn. Het onrechtmatige daadsrecht en de schending van wettelijke normen', *NTBR* 2011-7, p. 336-343

## Den Hollander 2012a

P.W. den Hollander, 'Tort law and the violation of statutory provisions', in: V. Sagaert, M.E. Storme & E. Terry (red.), *The Draft Common Frame of Reference: national and comparative perspectives*, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia 2012, p. 241-260

## Den Hollander 2012b

P.W. den Hollander, 'Relativiteit en de verhouding van de rechter tot de wetgever', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 297-326

## Den Hollander 2012c

P.W. den Hollander, 'Het bestuursrechtelijk en het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste als twee-eiige tweeling', *AA* 2012-6, p. 443-454

## Den Hollander 2013a

P.W. den Hollander, 'De overeenkomst met een verboden inhoud of strekking en de hindernisbaan van de Hoge Raad', *NTBR* 2013-1, p. 28-37

## Den Hollander 2013b

P.W. den Hollander, 'Stroomlijning van overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn', *MvV* 2013-7/8, p. 200-206

## Den Hollander 2013c

P.W. den Hollander, 'De bijzondere positie van de overheid in het aansprakelijkheidsrecht in zes zaken', *TPR* 2013-2, p. 1404-1428

## Den Hollander 2014

P.W. den Hollander, 'Besluitenaansprakelijkheid en de relativiteit van de motiveringsplicht: continuïteit in een nieuw jasje', *O&A* 2014-3, p. 90-100

## Den Hollander 2015

P.W. den Hollander, 'Fout, maar niet aansprakelijk. Overheidsaansprakelijkheid en relativiteit in dubbel perspectief naar aanleiding van de Alphenese schietpartij', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht* (Guldemond-bundel), Deventer: Kluwer 2015, p. 101-126

## Den Hollander &amp; De Zanger 2011

P.W. den Hollander & W. de Zanger, 'Normen en waarden', *AA* 2011-3, p. 165

## Holthuijsen-van der Kop 2015

C.C.H.A. Holthuijsen-van der Kop, 'De redelijke toerekening en de deelregels anno 2015: een update', *WPNR* 2015 (7065), p. 520-527

## Hommes 1967

H.J. Hommes, 'De grondslag van de schade-aansprakelijkheid in de titel over de onrechtmatige daad in ontwerp Nieuw B.W. Boek 6, Titel 3', *WPNR* 4973 (1967), p. 497-503

## Howarth 2004

D. Howarth, 'The General Conditions of Unlawfulness', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 606-644

## Huijgen &amp; Nijland 2014

W.G. Huijgen & J. Nijland, 'Banken als hoeders van het publiek belang', *WPNR* 7007 (2014), p. 173-178

Jaakke 2014

J.C. Jaakke, 'Strengere regels voor ratingbureaus. Een vereenvoudiging van de aansprakelijkstelling onder Nederlands recht?', *AA* 2014-3, p. 190-193

K.J.O. Jansen 2007

K.J.O. Jansen, 'Samenloop en kanalisering van aansprakelijkheid', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Samenloop* (BWKJ 23), Deventer: Kluwer 2007

K.J.O. Jansen 2012

K.J.O. Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012

C.J.H. Jansen 2008

C.J.H. Jansen, 'Over de plaats en de functie van de Wet, houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk (1829)', *AA* 2008-1, p. 22-29

C.J.H. Jansen & Loonstra 2012

C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, 'Grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter in het privaatrecht en het arbeidsrecht', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2012-1, p. 3-21

De Jongh & Schild 2013

J.M. de Jongh & A.J.P. Schild, 'De leer van de redelijke uitkomst', *NJB* 2013-36, p. 2519-2523

Jurgens 2010

G.T.J.M. Jurgens, 'De bestuursrechtelijke relativiteitseis', in: *De toegang tot de rechter beperkt* (preadviezen VAR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 75-153

Kerkmeester & Visscher 1999

H.O. Kerkmeester & L.T. Visscher, 'Causaal verband tussen onrechtmatige daad en schade. Een nieuw pleidooi voor de leer Demogue-Besier', *WPNR* 6378 (1999), p. 835-840

Kist 1941

J. Kist, 'De leer der relatieve onrechtmatigheid', *WPNR* 3734 (1941), p. 301-304; *WPNR* 3735 (1941), p. 309-311 en *WPNR* 3736 (1941), p. 313-316

Van Klink & Poort 2013

B.M.J. van Klink en L.M. Poort, 'De normativiteit van de rechtswetenschap', *RM Themis* 2013-6, p. 259-268

Klomp 1998

R.J.Q. Klomp, 'De relativiteit van de ongeschreven norm naar Nederlands en Engels recht', *AA* 1998-5, p. 398-402

C.A.J.M. Kortmann 2008

C.A.J.M. Kortmann, 'De rechtsvormende taak van de Hoge Raad', in: W.M.T. Keukens & M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), *Raad & daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 31-37

C.A.J.M. Kortmann 2009

C.A.J.M. Kortmann, *Staatsrecht en raison d'Etat* (afscheidsrede RU), Deventer: Kluwer 2009

C.N.J. Kortmann 2005

C.N.J. Kortmann, 'Pandora revisited. Twee principiële Afdelingsuitspraken over causaliteit bij vernietigde besluiten', *Gst.* 7229 (2005), p. 257-267

- C.N.J. Kortmann 2006  
C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2006
- C.N.J. Kortmann 2007  
C.N.J. Kortmann, 'De relativiteit van de vrijheid van arbeidskeuze', *Migrantenrecht* 2007-6, p. 247-248
- C.N.J. Kortmann & Van der Grinten 2012  
C.N.J. Kortmann & J.H.A. van der Grinten, 'Artikel 6:98 BW opgepoetst. Een beschouwing over relativiteit als rechtspolitiek alternatief voor de relativiteitsleer', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 273-295
- C.N.J. Kortmann 2015  
C.N.J. Kortmann, 'De relativiteitseis bij gebrekkige vergunningverlening', *NTBR* 2015-5, p. 144-155
- J.S. Kortmann 2009  
J.S. Kortmann, *The Tort Law Industry* (oratie UvA), Amsterdam: Vossiuspers 2009
- J.S. Kortmann & Sieburgh 2009  
J.S. Kortmann & C.H. Sieburgh, *Handhaving door Nederlands privaatrecht*, in: A. Scheltema e.a. (red.), *Toezicht op de financiële markt en de energiemarkt. Staatsgeheimen en het strafproces. Rechtshandhaving door het privaatrecht* (preadviezen Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 249-302
- Kottenhagen 2011  
R.J.P. Kottenhagen, 'Het Hangmat-arrest (Verheijen Achmea-Van Oss). Een nieuwe route naar schadevergoeding', *NTBR* 2011-6, p. 246-253
- Köster 1963  
H.K. Köster, *Causaliteit en voorzienbaarheid. De betekenis van de begrippen causaliteit en voorzienbaarheid voor de omvang van de buitencontractuele schadevergoeding* (oratie UvA), Zwolle: Tjeenk Willink 1963
- Kötz & Wagner 2013  
Hein Kötz & Gerhard Wagner, *Deliktsrecht*, München: Verlag Franz Vahlen 2013
- Lameris 2010  
M.F. Lameris, 'Relativiteit en medebezit', *PIV-bulletin* 2010-8, p. 1-9
- Langemeijer 1934  
G.E. Langemeijer, 'Onrechtmatige daad en concurrentiestrijd', *NJB* 1934-36, p. 617-622
- Langemeijer 1940a  
G.E. Langemeijer, 'De praktische betekenis van de relativiteit der onrechtmatige daad', *NJB* 1940-17, p. 385-396 en *NJB* 1940-18, p. 413-425
- Langemeijer 1940b  
G.E. Langemeijer, 'Beginsel en terminologie in de leer der onrechtmatige daad', *NJB* 1940-26, p. 533-545
- Lankhorst 1992a  
G.H. Lankhorst, 'De relativiteit van de overeenkomst', in: *Als een goed huisvader* (Nieuwenhuis-bundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 87-98

Lankhorst 1992b

G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992

Lankhorst 2003

G.H. Lankhorst, 'Correctie-Langemeijer revisited', in: E.H. Hondius & G.E. van Maanen (red.), *Civiele klassiekers revisited. Van Blaauboer/Berlips tot Breda/Antonius*, Deventer: Kluwer 2003, p. 35-47

Lankhorst 2005

G.H. Lankhorst, 'Afgifte van keuringscertificaat door de Staat onzorgvuldig jegens derden?', *Bb* 2005-11, p. 115-119

Lankhorst 2007

G.H. Lankhorst, 'Principles of European Tort Law: art. 3:201 – scope of liability', *AV&S* 2007, p. 209-214

Van der Leeuw & Verspyck Mijnsen 2013

F.R.H. van der Leeuw & A.E.E. Verspyck Mijnsen, 'Zorgplicht van banken tegenover derden', in: D. Busch e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 595-645

Lennarts & De Valk 2012

M.L. Lennarts & S.N. de Valk, 'Aansprakelijkheidsclaims van beleggers tegen leidinggevend van beursvennootschappen wegens overtreding van de Wft: een nieuwe trend?', *AA* 2012-10, p. 731-734

Leopold 2009

F. Leopold, 'Aansprakelijkheid bij medebezit: een "relatief" complex vraagstuk', *TvVP* 2009-2, p. 49-62

Leopold 2010

F. Leopold, 'Kwalitatieve aansprakelijkheid jegens medebezitter', *TvVP* 2010-4, p. 107-113

Lierman 2015

S. Lierman, *Besturen zonder grenzen. Over grijze zones en blinde vlekken* (oratie Leuven), Antwerpen: Intersentia 2015

Lieverse & Sinnighe Damsté 2013

C.W.M. Lieverse & M.H.C. Sinnighe Damsté, 'Aansprakelijkheid van bestuurders voor schending van financieletoezichtswetgeving', in: D. Busch e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 663-710

Van der Linden 2013

T. van der Linden, 'Het legaliteitsbeginsel in de privaatrechtelijke rechtsvinding', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Rechtsvinding in een meerlagige rechtsorde* (BWKJ 28), Deventer: Kluwer 2013, p. 87-107

Lindenbergh 2002

S.D. Lindenbergh, 'Schade door geestelijk letsel als gevolg van een schokkende gebeurtenis', *AV&S* 2002-3, p. 63-73

Lindenbergh 2004

S.D. Lindenbergh, 'De betrekkelijkheid van de omkeringsregel', *WPNR* 6580 (2004), p. 433-435

Lindenbergh 2007a

S.D. Lindenbergh, *Alles is betrekkelijk* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007

- Lindenbergh 2007b  
S.D. Lindenbergh, 'De relativiteit van de toelating als vluchteling', *AA* 2007-10, p. 777-784
- Lindenbergh 2008a  
S.D. Lindenbergh, 'De betrekkelijkheid van de geschonden norm. Een verweer dat dwingt tot principiële keuzes', *TPR* 2008, p. 907-911
- Lindenbergh 2008b  
S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld voor naasten: de rechter heeft zijn werk gedaan en de wetgever moet de klus afmaken', *AV&S* 2008-5, p. 255-263
- Lindenbergh 2009  
S.D. Lindenbergh, 'Ore stabit', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 573-581
- Lindenbergh 2011a  
S.D. Lindenbergh, 'Een puzzeltje voor onder de kerstboom', *AV&S* 2011-6, p. 255-256
- Lindenbergh 2011b  
S.D. Lindenbergh, 'Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten' (preadvies VBR), Deventer: Kluwer 2011, p. 71-122
- Lindenbergh 2012  
S.D. Lindenbergh, 'Begrenzing van de verzekeringsplicht van de werkgever', *AA* 2012-3, p. 204-211
- Lindenbergh 2014  
S.D. Lindenbergh, 'Op weg naar meer erkenning van naasten', *WPNR* 7033 (2014), p. 855-857
- Lubach 2010  
R.D. Lubach, 'Opstalaansprakelijkheid tegenover de medebezitter: een nieuwe loot aan de stam van het aansprakelijkheidsrecht', *MvV* 2010-12, p. 317-320
- Van Maanen 1986  
G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad. Aspecten van de ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1986
- Van Maanen 1997a  
G.E. van Maanen, 'De relativiteit als onlosmakelijk bestanddeel van de onrechtmatigheidsvraag', in: *Miscellanea* (Van Dunné-bundel), Deventer: Kluwer 1997, p. 255-272
- Van Maanen 1997b  
G.E. van Maanen, 'Kip en Poot: de ene aandeelhouder is de andere niet', *NTBR* 1997/9, p. 299-304
- Van Maanen 1999  
G.E. van Maanen, 'De klassieken van het Nederlandse privaatrecht. J. van Geleijn Vitranga, Openbaarheid van den weg en burgerlijk recht, *RM* 1919, p. 23-50', *NTBR* 1999-2, p. 43-47
- Van Maanen 2004  
G.E. van Maanen, 'HR 7 mei 2004, RvdW 2004, 67 (De ledige Linda)', *NTBR* 2004-9, p. 482-483
- Van Maanen 2007a  
G.E. van Maanen, 'Vie d'Or en de ramkoers van de Linda', *NTBR* 2007-1, p. 1

Van Maanen 2007b

G.E. van Maanen, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht. Weging van argumenten en juridische technieken naar aanleiding van de Enschedese vuurwerkramp', *RM Themis* 2007-4, p. 127-140

Van Maanen 2013

G.E. van Maanen, 'Relativiteit. Het geheime wapen van de rechter', *AA* 2013-2, p. 153-159

Malinvaud & Fenouillet 2012

P. Malinvaud & D. Fenouillet, *Droit des obligations*, Parijs: LexisNexis 2012

B. Meijer & De Wit 2005

B. Meijer & M.Y.C.L. de Wit, 'Duwbak Linda en gebrekkige besluiten', *O&A* 2005-6, p. 183-195

R. Meijer 2008

R. Meijer, 'Het relativiteitsvereiste. Terug van nooit weggeweest', *MvV* 2008-2, p. 22-27

R. Meijer 2015

R. Meijer, 'Relativiteitsperikelen: Wet wapens en munitie geen schild tegen concrete (vermogens)schade', *MvV* 2015-3, p. 76-81

Meijers 1925

E.M. Meijers, 'De onrechtmatige overheidsdaad', *WPNR* 2883 (1925), p. 224-226 en *WPNR* 2884 (1925), p. 241-244

Michiels 2009

F.M.C.A. Michiels, 'Een snelweg voor besluitvorming', *AA* 2009-6, p. 531-535

Milo 1997

J.M. Milo, *Het rechtsvergelijkende argument in de ontwikkeling van het Nederlands vermogensrecht* (diss. Maastricht), Antwerpen: Intersentia 1997

Moesker 2007

H.C.W.M. Moesker, 'Bouw- en woningtoezicht na Vie d'Or. Hoe absoluut is relativiteit en wanneer is toezicht behoorlijk en zorgvuldig?', *BR* 2007-3, p. 214-222

Mok & Tjittes 1995

M.R. Mok & R.P.J.L. Tjittes, 'Formele rechtskracht en overheidsaansprakelijkheid', *RM Themis* 1995-9, p. 383-404

Neering 2013

V.M. Neering, 'Aansprakelijkheid bij execution only, advies en vermogensbeheer', in: D. Busch e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 373-422

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid van keuringsinstituten', *BR* 1979, p. 620-622

Nieuwenhuis 1982

J.H. Nieuwenhuis, 'Privaatrecht in de jaren zeventig. De jaren van het voorspel', *NJB* 1982-16, p. 477-484

Nieuwenhuis 1986

J.H. Nieuwenhuis, 'De Nieuwe Meer', *AA* 1986-10, p. 638-641

Nieuwenhuis 1987a

J.H. Nieuwenhuis, 'Welke belangen worden beschermd door art. 1401 BW?', *WPNR* 5821 (1987), p. 145-149

Nieuwenhuis 1987b

J.H. Nieuwenhuis, 'Tweëerlei rechtstechniek', in: *Ex Iure* (Grotius-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 131-139

Nieuwenhuis 2008

J.H. Nieuwenhuis, *Onrechtmatige daden*, Deventer: Kluwer 2008

Nijmeijer 2014

A.G.A. Nijmeijer, 'Dynamiek in relativiteit. De rechterlijke toetsing aan het relativiteitsvereiste in omgevingsrechtelijke zaken', *Trema* 2014, p. 226-233

Van Nispen 1978

C.J.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978

Van Nispen tot Sevenaer 1937

C.M.O. van Nispen tot Sevenaer, 'De beteekenis van het algemeen welzijn ten aanzien van privaatrechtelijke verhoudingen', *RM* 1937, p. 288-310

Oldenhuis 2010

F.T. Oldenhuis, 'De Hangmatzaak', *NJB* 2010-38, p. 2456-2460

Van Orsouw 2010

E.M. van Orsouw, 'Vuurwerkkramp Enschede: de Staat gaat vrijuit', *MvV* 2010-10, p. 256-263

R.J. Polak 1941

R.J. Polak, 'Gerelativeerde rechten', *NJB* 1941-22, p. 421-427 en *NJB* 1941-23, p. 441-448

De Poorter 2010

J.C.A. de Poorter, 'Doel en functie van de toegang tot de bestuursrechter: bespiegelingen over ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht', in: *De toegang tot de rechter beperkt* (preadviezen VAR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 7-74

De Poorter & Van Ettekoven 2013

J.C.A. de Poorter & B.J. van Ettekoven, 'Het relativiteitsvereiste in het bestuursrechter: de ene relativiteitseis is de andere niet', *NTB* 2013-6, p. 109-120

J.E.M. Polak 2012

J.E.M. Polak, 'Overheidsaansprakelijkheid: iets apart? In hoeverre verschilt de aansprakelijkheid van de overheid van die van private partijen?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 135-150

Van Praag 2013

E.J. van Praag, 'Toezichthoudersaansprakelijkheid voor onvoldoende toezicht en onrechtmatige besluiten', in: D. Busch, C.J.M. Klaassen & T.M.C. Arons (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 871-930

Van Praag 2014

E.J. van Praag, 'Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders naar Europees recht', *SEW* 2014-5, p. 214-231

Pijls 2010

A.C.W. Pijls, 'De bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener', in: F.G.M. Smeele & M.A. Verbrugh (red.), *'Opgelegde bescherming' in het bedrijfsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 167-193

Quézel-Ambrunaz 2012

C. Quézel-Ambrunaz, 'Fault, Damage and the Equivalence Principle in French Law', *JETL* 2012-1, p. 21-43

Raas 2013

R.P. Raas, 'Vijf jaar wet op het financieel toezicht', in: *Vijf jaar wet op het financieel toezicht* (preadvies Vereniging voor Financieel Recht', Deventer: Kluwer 2013, p. 3-50

Van Ravels 2009

B.P.M. van Ravels, 'De Amelandse benzinstations – de koers van de Afdeling in het besluiten aansprakelijkheidsrecht', *O&A* 2009-1, p. 14-37

Te Ronde 2007

C. te Ronde, 'Relativiteitsvereiste als rem op aansprakelijkheid: "de nieuwe betekenis" van art. 6:163 BW', *PIV-bulletin* 2007-10, p. 12-15

Van Rossum 2005

A.A. van Rossum, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht', in: *Handelingen NJV* 2005-I, Deventer: Kluwer 2005, p. 1-124

Van Rossum 2006

A.A. van Rossum, in: *Handelingen NJV* 2005-II, Deventer: Kluwer 2006, p. 46-47

Rijnhout & Giesen 2011

R. Rijnhout & I. Giesen, 'Rechterlijke "ongehoorzaamheid" en wetgevende zijpaden: gaat de wal het schip van de shock- en affectieschade keren?', *WPNR* 6870 (2011), p. 35-37

Rijnhout 2012

R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012

Van Schellen 1972

J. van Schellen, *Juridische causaliteit* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1972

M. Scheltema 2006

M. Scheltema, in: *Handelingen NJV* 2005-II, Deventer: Kluwer 2006, p. 40-44

M. Scheltema & M.W. Scheltema 2013

M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Deventer: Kluwer 2013

Schild & De Jongh 2007

A.J.P. Schild & J.M. de Jongh, 'Relativiteit bij overheidsaansprakelijkheid. Hoe (het) een gezonken duwbak verder verging', *O&A* 2007-5, p. 144-154

Schlössels 2002

R.J.N. Schlössels, 'Wie beschermt de beschermelingen tegen hun beschermers? Enige publiekrechtelijke kanttekeningen bij algemeen belangacties', in: A.W. Jongbloed (red.), *Samen sterk. Over het optreden in rechte door groeperingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002

Schlössels 2003

R.J.N. Schlössels, 'Overheidsaansprakelijkheid voor vernietigde besluiten', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 515-545

Schlössels 2007

R.J.N. Schlössels, 'Eenheid van onrechtmatigheid?', in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, A.G.A. Nijmeijer & L.J.M. Timmermans (red.), *In eenheid*, Den Haag: Sdu 2007, p. 315-338

Schlössels & Zijlstra 2014

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel 2* (onderwijseditie), Deventer: Kluwer 2014

Scholten 1911

P. Scholten, 'Aansprakelijkheid van de overheid. Wenschelijke wetswijziging', *WPNR* 2151 (1911), p. 97-100; *WPNR* 2152 (1911), p. 125-128; *WPNR* 2153 (1911), p. 137-140; *WPNR* 2156 (1911), p. 189-192; *WPNR* 2157 (1911), p. 197-199; *WPNR* 2158 (1911), p. 213-218

Schoordijk 1979

H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1979

Schoordijk 2011

H.C.F. Schoordijk, 'Een goede beslissing, zwak onderbouwd', *WPNR* 6876 (2011), p. 177-178

Schueler 2005a

B.J. Schueler, *Schadevergoeding en de Awb* (Mon. Awb B7), Deventer: Kluwer 2005

Schueler 2005b

B.J. Schueler, 'Aansprakelijkheid van gemeenten voor gebrekkige bouwwerken', in: *Privaat- en publiekrechtelijke aansprakelijkheid voor gebrekkige bouwwerken* (preadviezen VBR), Amsterdam: Weka 2005, p. 63-129

Schueler 2006

B. Schueler, 'Tussen pech en onrecht. Treedt de overheidsaansprakelijkheid buiten haar oevers?', in: K.J. de Graaf, A.T. Marseille & H.B. Winter, *Op tegenspraak* (Damen-bundel), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 205-219

Schueler 2011

B.J. Schueler, 'Het gaat u om iets anders', in: A.A.J. de Gier e.a. (red.), *Goed verdedigbaar* (Van Buuren-bundel), Deventer: Kluwer 2011, p. 159-174

Schueler 2012

B.J. Schueler, 'Waar zit de bestuursrechter van de toekomst?', *NJB* 2012-21, p. 1458-1461

Schut 1963

G.H.A. Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid* (diss. UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963

Schutte 2009

C. Schutte, 'De rechtsvormende taak van de rechter. Een kritische noot', *AA* 2009-10, p. 676-680

Schutgens 2009

R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009

## Schutgens 2012

R.J.B. Schutgens, 'Art. 3:305a BW: de burgerlijke rechter tussen algemene belangen en particuliere hobby's', in: L. de Groot-van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar (red.), *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 207-231

## Schutgens 2015a

R.J.B. Schutgens, 'Het rookverbod en de bevoegdheid van de Hoge Raad om wetgeving aan verdragen te toetsen', *AA* 2015-4, p. 305-311

## Schutgens 2015b

R.J.B. Schutgens, 'Urgenda en de Trias. Enkele staatsrechtelijke kanttekeningen bij het geruchtmakende klimaatvonnis van de Haagse rechter', *NJB* 2015-33, p. 2270-2277

## Schutgens 2015c

R.J.B. Schutgens, 'Overheid en maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht* (Guldemondbundel), Deventer: Kluwer 2015, p. 79-99

## Schutgens 2015d

R.J.B. Schutgens, 'Boekbespreking L. Di Bella, De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad', *RM Themis* 2015-6, p. 271-277

## Searle 1995

J.R. Searle, *The Construction of Social Reality*, New York: The Free Press 1995

## Sieburgh 2000

C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000

## Sieburgh 2003

C.H. Sieburgh, 'Beschikt de burgerlijke rechter echt over onbegrensde krachten?', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 173-198

## Sieburgh 2011

C.H. Sieburgh, 'Legitimiteit van de confrontatie van Europees recht en burgerlijk recht van nationale origine', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (pre-adviezen NJV), Deventer: Kluwer 2011, p. 187-242

## Siems 2014

M. Siems, *Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2014

## Slagter 1952

W.J. Slagter, *De rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Leiden: Luctor et Emergo 1952

## Slagter 1982

W.J. Slagter, 'De relativiteit van de onrechtmatige daad, in het bijzonder in het verkeersrecht', *VR* 1982-10, p. 303-317

## Smeehuijzen 2011

J.L. Smeehuijzen, 'Waarom het hangmatarrest onjuist is; over art. 6:174 BW als koekoeksjong in het contractenrecht', *VR* 2011-6, p. 165-170

## Smith 2005

C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005

Smith 2009

C.E. Smith, 'Het normatieve karakter van de rechtswetenschap: recht als oordeel', *R&R* 2009-3, p. 202-225

Smith 2011

C.E. Smith, 'Meergelaagdheid van rechtsordes: oude wijn in nieuwe zakken? Twee kritische kanttekeningen bij het magistrale *Algemeen Deel* van Van Gerven en Lierman', *AA* 2011-10, p. 753-757

Smits 1938

P.H. Smits, 'Iets over de vraag der relativiteit van de onrechtmatigheid bij onrechtmatige daad in verband met de door den Hoogen Raad onderscheiden onrechtmatigheidsvormen (I)', *WPNR* 3585 (1938), p. 433-437; *WPNR* 3587 (1938), p. 445-448; *WPNR* 3589, p. 469-472; *WPNR* 3589 (1938), p. 477-479; *WPNR* 3590 (1938), p. 489-492

Snijders 2015

H.J. Snijders, 'Bewijsvermoedens nader beschouwd. Mede in het licht van de actuele discussie over vergoeding van mijnbouwschade', *NJB* 2015-38, p. 2664-2672

Spier 1993

J. Spier, 'Boekbespreking G.H. Lankhorst, De relativiteit van de onrechtmatige daad', *NTBR* 1993-4, p. 81-83

Spier e.a. 2015

J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2015

Spierings & Pesselse 2012

C. Spierings & G. Pesselse, 'Reële diefstal van een virtuele amulet: een analyse van het RuneScape-arrest vanuit straf- en goederenrechtelijk perspectief', *NTBR* 2012-6, p. 195-202

Stanton e.a. 2003

Keith Stanton, Paul Skidmore, Michael Harris & Jane Wright, *Statutory Torts*, London: Sweet and Maxwell 2003

Street 2012

John Murphy e.a., *Street on Torts*, Oxford: Oxford University Press 2012

Telders 1929

B.M. Telders, 'Het verband tusschen onrechtmatigheid en schade bij art. 1401 B.W.', *WPNR* 3091 (1929), p. 169-171; 3092 (1929), p. 185-187; 3093 (1929), p. 201-203

Telders 1949

B.M. Telders, *Verzamelde geschriften* (Deel VI), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1949

De Bie Leuveling Tjeenk 2010

J. de Bie Leuveling Tjeenk, 'De verhouding tussen hoofdprocedure en schadestaat-procedure', *MvV* 2010-5, p. 121-128

Tjong Tjin Tai 2007

T.F.E. Tjon Tjin Tai, 'Vuile handen en relativiteit', *Bb* 2007-8, p. 71-74

Uzman 2013

J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten. Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013

Van 1996

A.J. Van, 'De relativiteit der onrechtmatigheid', in: M.E. Franke e.a. (red.), *Onrechtmatige daad* (BWKJ), Deventer: Kluwer 1996, p. 97-109

Vansweevelt & Weyts 2009

T. Vansweevelt & B. Weyts, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2009

Van der Veen 2012

G.A. van der Veen, 'Halverwege de Crisis- en herstelwet: de Afdelingsjurisprudentie tot dusverre', *JBPlus* 2012, p. 3-17

Van der Ven 1941

J.J.M. van der Ven, 'De strijd met de maatschappelijk betamende zorgvuldigheid als bestanddeel voor de aansprakelijkheid uit art. 1401 B.W.', *WPNR* 3744 (1941), p. 369-372; *WPNR* 3745 (1941), p. 381-385; *WPNR* 3746 (1941), p. 393-396

Verburg 2011

D.A. Verburg, 'Relativiteit in de Crisis- en herstelwet en in het wetsvoorstel Wet aanpassing bestuursprocesrecht', *NTB* 2011-1/2, p. 10-16

Verburgh 1978

M.J.P. Verburgh, 'Kroniek van het privaatrecht. Onrechtmatige daad', *RM Themis* 1978, p. 353-356

Verheij 2005

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (Mon. Privaatrecht 4), Deventer: Kluwer 2005

Verheij 2014

A.J. Verheij, 'De Hoge Raad en de relativiteit. Voorstel voor een hanteerbare toets', *NTBR* 2014-3, p. 95-104

Vigelijs 1935

C.C. Vigelijs, 'De elementen van art. 1401 B.W.', in: *Rechtskundige opstellen* (Meijers-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1935, p. 824-867

Viney, Jourdain & Carval 2013

Geneviève Viney, Patrice Jourdain & Suzanna Carval, *Traité de droit civil. Tome 2. Les conditions de la responsabilité*, Paris: L.G.D.J. 2013

Vranken 1995

J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel\*\**, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

Vranken 2005

J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel. Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005

Vranken 2009

J.B.M. Vranken, 'Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand', *NJB* 2009-17, p. 1082-1093

Vranken 2014

J.B.M. Vranken, '"Wij weten wel wat wij doen". Over juridisch-dogmatisch onderzoek in het privaatrecht, maar wel een slag anders', *NJB* 2014-26, p. 1728-1737

- Wagner 2003  
G. Wagner, 'Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts', in: R. Zimmermann (red.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2003, p. 189-340
- Watson 1993  
Alan Watson, *Legal transplants*, Athens and London: The University of Georgia Press 1993
- Weber 2014  
Franziska Weber, *The Law and Economics of Enforcing European Consumer Law. A Comparative Analysis of Package Travel and Misleading Advertising*, Farnham: Ashgate 2014
- Van der Weide 2013  
M. van der Weide, 'Nieuwe Europese regelgeving voor ratingbureaus inzake het beoordelen van uitgevende instellingen en securitisatietransacties', *V&O* 2013-12, p. 209-218
- Wertheim 1930  
W.F. Wertheim, *Aansprakelijkheid voor schade buiten overeenkomst* (diss. Leiden), Leiden: N.V. Boek- en Steendrukkerij Eduard IJdo 1930
- Wiarda 1999  
G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding* (bewerkt en van een nabeschouwing voorzien door T. Koopmans), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999
- Wiggers-Rust 2011  
L.F. Wiggers-Rust, *Belang, belanghebbende en relativiteit in bestuursrecht en privaatrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011
- Wiggers-Rust 2013  
L.F. Wiggers-Rust, 'Roeien tegen de stroom in? Over de verhouding tussen privaatrecht en bestuursrecht', *NJB* 2013-21, p. 1374-1383
- Van der Wiel 2004  
B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004
- Van der Wiel 2007  
B.T.M. van der Wiel, 'Kroniek algemeen deel aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2007-4, p. 175-191
- Van der Wiel 2009  
B.T.M. van der Wiel, 'Selecteren in plaats van afserveren? Het voorstel van de commissie-Hammerstein tot invoering van een selectiekamer bij de Hoge Raad', *AA* 2009-12, p. 855-859
- Van der Wiel 2010  
B.T.M. van der Wiel, 'De marginverplichting bij handel in aandelenopties. Van Haanstra/Rabobank naar Nabbe/Staalbankiers', *MvV* 2010-6, p. 149-157
- Winfield & Jolowicz 2010  
W.V.H. Rodgers, *Winfield & Jolowicz on Tort*, London: Thomson Reuters 2010
- Wolfsbergen 1946  
A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1946

Zieck 2008

M. Zieck, 'Toepassing relativiteitsvereiste strandt op eisen Vluchtelingenverdrag', *NJB* 2008-21, p. 1283-1289

Van Zwieten 2014

P. van Zwieten, 'Het nut en de noodzaak van het leerstuk subrogatie in het schadeverzekeringsrecht', *RMThemis* 2014-4, p. 172-193

## Rechtspraakregister

### HOF VAN JUSTITIE VAN DE EU

- HvJ EG 19 november 1991, ECLI:EU:C:1991:428, C-9/90 (Francovich) | 323-324
- HvJ EG 5 maart 1996, ECLI:EU:C:1996:79, C-46/93 en C-48/93 (Brasserie du Pecheur & Factortame) | 324
- HvJ EG 17 september 2002, C-253/00, ECLI:NL:XX:2002:AN9973, AB 2003/399, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt (Munoz/Frumar) | 323, 325
- HvJ EG 12 oktober 2004, ECLI:EU:C:2004:606, C-222/02, AB 2005/17, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (Peter Paul c.s./Duitsland) | 324, 325
- HvJ EU 14 maart 2013, C-420/11, ECLI:NL:XX:2013:BZ5291, NJ 2013/364, AB 2013/139, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, JB 2013/107, m.nt. N. Benhami en T. Lam (Leth/Oostenrijk) | 102, 324, 325
- HvJ EU 5 juni 2014, C 557-12, ECLI:EU:C:2014:1317, JOR 2014/257, m.nt. M.M.C. van de Moosdijk (Kone) | 323, 325

### HOGE RAAD

- HR 6 april 1883, W. 4901 (Elzer/De Gavere) | 84
- HR 31 december 1915, NJ 1916, p. 407-411 (Noordwijkerhout/Guldemond) | 73, 262
- HR 30 maart 1917, NJ 1917, p. 502-505 (Raalter weg) | **29-31**, 41, 49, 68-69, 90
- HR 23 maart 1917, NJ 1917, p. 449-451 (Deen/Lindenbaum) | 69-71
- HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161-163, W. 10365 m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (Lindenbaum/Cohen) | 72, 78, 83, 84, 89, 155
- HR 23 mei 1921, NJ 1921, p. 564-574, m.nt. Taverne (elektriciteit) | 145
- HR 20 november 1924, NJ 1925, p. 89-91 (Ostermann) | 72-73, 87
- HR 25 mei 1928, NJ 1928, p. 1688-1694, m.nt. E.M. Meijers (De Marchant et d'Ansembourg/Staat) | **33-35**, 41, 42, 48, 50, 54, 66, 67, 71-73, 80, 87, **93-95**, 97, 155, 190
- HR 28 februari 1929, NJ 1929, p. 905-912, m.nt. P. Scholten (Twentsche Bank) | 51
- HR 24 januari 1930, NJ 1930, p. 299-306, m.nt. E.M. Meijers (brandstichting) | **35-38**, 40, 41, 42, 58, 73
- HR 19 juni 1931, NJ 1931, p. 1301-1303 (Van de Klundert/Klippel & Hendrikse) | 38-39
- HR 19 juni 1931, NJ 1931, p. 1303-1306, m.nt. Paul Scholten (stoomtramconcessie) | **38-39**, 40, 41, 42

- HR 24 mei 1935, *NJ* 1935, p. 1497-1501, m.nt. E.M. Meijers (Cuykse keurmeester) | **39-40**, 41, 42, 219
- HR 11 maart 1937, *NJ* 1937/899, m.nt. E.M. Meijers (Holdisco) | 59, 73
- HR 23 november 1939, *NJ* 1940/242, m.nt. E.M. Meijers (Zuiderhaven) | **87-89**, 130
- HR 5 januari 1951, *NJ* 1951/494, m.nt. Ph.A.N. Houwing (Grofru) | 44, **166-167**
- HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, *NJ* 1961/568 (Tandartsen I) | 154-157, 180
- HR 14 maart 1958, *NJ* 1961/570 (stukgevlagen hoogspanningsleiding) | 61
- HR 4 januari 1963, ECLI:NL:HR:1963:AG2064, *NJ* 1964/434, m.nt. G.J. Scholten (Scholten's aardappelmeelfabrieken) | 59
- HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (Kelderluik) | 56, 58, 302,
- HR 20 maart 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5007, *NJ* 1970/251, m.nt. G.J. Scholten (waterwingebied) | 99
- HR 16 februari 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD7415, *NJ* 1973/463 (Maas/Willems), m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh | 116, 150
- HR 9 november 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC1078, *NJ* 1974/91, m.nt. W.F. Prins (Limmen/Houtkoop) | 104-105
- HR 29 maart 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5430, *NJ* 1974/344, m.nt. W.F. Prins en G.J. Scholten (Gemeente Zaandam/Schilp) | 104, 277
- HR 13 juni 1975, *NJ* 1975/509 (Amercentrale), m.nt. G.J. Scholten | 225
- HR 21 mei 1976, ECLI:NL:HR:1976:AD7425, *NJ* 1977/17, m.nt. W.F. Prins (Gemeente Eindhoven/Aussems) | 278
- HR 1 juli 1977, ECLI:NL:HR:1977:AB7067, *NJ* 1978/290 (Tandartsen II) | 159
- HR 1 juli 1977, ECLI:NL:HR:1977:AB7010, *NJ* 1978/84, m.nt. G.J. Scholten (stukgegraven gasbuis) | 61
- HR 2 november 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7349, *NJ* 1980/77, m.nt. G.J. Scholten (Versluis) | 99-101
- HR 1 juli 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4426, *NJ* 1983/684, m.nt. C.J.H. Brunner (Limburgse scheepsbevrachter) | 89
- HR 8 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4562, *NJ* 1984/717, m.nt. C.J.H. Brunner (Van der Heijden/Holland) | 126
- HR 27 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4748, *NJ* 1984/536, m.nt. W.C.L. van der Grinten, *AA* 1985, p. 88-93, m.nt. J.H. Nieuwenhuis (verstekeling) | 57, 58
- HR 24 februari 1984, *NJ* 1984/669, m.nt. J.A. Borman (St. Oedenrode/Driessen) | 244
- HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, *NJ* 1986/356, m.nt. M. Scheltema (Claas/Van Tongeren) | 95
- HR 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD3741, *NJ* 1987/743, m.nt. W.H. Heemskerk (Nieuwe Meer) | 136
- HR 26 september 1986, *NJ* 1987/253, m.nt. M. Scheltema (Staat/Hoffman-La Roche) | 244
- HR 30 januari 1987, *NJ* 1988/89, m.nt. M. Scheltema (Blaricum/Roozen) | 244
- HR 30 januari 1987, *NJ* 1988/90, m.nt. M. Scheltema (Nibourg/Zuidwolde) | 244

- HR 16 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5711, *NJ* 1989/505, m.nt. C.J.H. Brunner (Tandartsen III) | 159
- HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1990:AC3549, *NJ* 1990/712, m.nt. C.J.H. Brunner (Benckiser) | 105
- HR 17 november 1989, *NJ* 1990/746, m.nt. J.B.M. Vranken (Velsen/De Waard) | 244
- HR 26 januari 1990, *NJ* 1991/393, m.nt. M. Scheltema onder *NJ* 1991/394 (Staat/Windmill) | 105
- HR 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0261, *NJ* 1993/112, m.nt. C.J.H. Brunner (Van Gog/Nederweert) | 243, 244
- HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1460, *NJ* 1996/196, m.nt. C.J.H. Brunner (Staat/Shell) | 56-58, 177, 186, 241
- HR 9 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0747, *NJ* 1991/462, m.nt. C.J.H. Brunner (Staat/Van Amersfoort) | 57, 105
- HR 7 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0070, *NJ* 1991/474, m.nt. E.A.A. Luijten (SHV) | 150
- HR 14 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0281, *NJ* 1991/693 (Rigter c.s./Laren) | 244
- HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0576, *NJ* 1993/643 (Van Wijngaarden/Staat) | 57
- HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:AD1660, *NJ* 1993/644 (Staat/Akzo) | 57
- HR 22 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1347, *NJ* 1994/624, m.nt. C.J.H. Brunner (taxusstruik) | 61
- HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1463, *NJ* 1996/199, m.nt. C.J.H. Brunner (Van den Brink/Staat) | 56
- HR 2 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1564, *NJ* 1995/288, m.nt. J.M.M. Maeijer (Poot/ABP) | 56, 61
- HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1267, *NJ* 1995/718, m.nt. M. Scheltema (Staat/Kabayel) | 105
- HR 19 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2674, *NJ* 1998/869, m.nt. M. Scheltema (Kaveka/Apeldoorn) | 244, 312
- HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686, *NJ* 1998/660, m.nt. C.J. van Zeven (Van de Klundert/Rabobank) | 210, 212-213
- HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, *NJ* 2000/170, m.nt. A.R. Bloembergen (Arbeidskostenforfait) | 123-125
- HR 17 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3880, *AB* 2000/89, m.nt. P.J.J. van Buuren (Groningen/Raatgever) | 262
- HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, *NJ* 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (taxibus) | 58, 126-127, 150, 151
- HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8178, *NJ* 2003/706, m.nt. G.R.J. de Groot (Pfizer/Cosmétique I) | 170
- HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7345, *NJ* 2004/304 (TFS/NS) | 83
- HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7351, *NJ* 2004/305, m.nt. W.D.H. Asser (Kastelijn/Achtkarspelen) | 83
- HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, *NJ* 2006/281, m.nt. Jac. Hijma, *AB* 2005/127, m.nt. F.J. van Ommeren (Duwbak Linda) | 4-10, 14-16, 25, 89, 101,

- 102, 143, 153-154, 160, 161, 165-168, **173-186**, 189, 191, 194, 195, 196, 200, 205, 217, 220, 239, 246, 250, 252, 253, 271, 293, 294, 295, 301-306, 308-310, 326-327
- HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, *NJ* 2006/289, m.nt. M.R. Mok (Fortis/Stichting Volendam) | 210
  - HR 3 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3253, *NJ* 2006/325, m.nt. M.R. Mok (Staat/SFR) | 244
  - HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, *NJ* 2009/485, m.nt. M.R. Mok, *GJ* 2006/65, m.nt. M.F. van der Mersch (Pfizer/Cosmétique II) | 1-2, 4, 116, 139, 159, 166, 167, **169-173**, 180, 181, 183, 191, 194, 205, 239, 252-253, 293-294, 303, 305, 317,
  - HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, *NJ* 2008/527, m.nt. C.C. van Dam onder *NJ* 2008/529, *OR* 2006/200, m.nt. B.P.M. van Ravels, *JOR* 2006/295, m.nt. D. Busch, *JA* 2007/2, m.nt. W.H. van Boom (Vie d'Or) | 25, 153, 166, 169, 186, **195-202**, 252, 293, 295, 303, 305, 308
  - HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, *NJ* 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken, *JA* 2007/20, m.nt. M. van Kogelenberg (Astrazeneca/Menzis) | 116-118, 157-159, 166-167, **202-209**, 213, 253, 293, 296, 303, 305
  - HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, *NJ* 2008/492, m.nt. J.B.M. Vranken (De Groot/Io Vivat) | **59-60**, 150, 231-232
  - HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, *NJ* 2008/576, m.nt. J.B.M. Vranken, *JA* 2007/93, m.nt. G.E. van Maanen, *AB* 2008/16, m.nt. G.A. van der Veen, *Gst.* 2007/90, m.nt. J.A.E. van der Does, *JV* 2007/322, m.nt. H. Battjes (Iraanse vluchteling) | 4-10, 13-16, 101, 117, 143, **186-195**, 239, 252, 253, 257-261, 263, 264, 285, 293-294, 298, 301-310, 326-327
  - HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1598, *NJ* 2007/504, m.nt. M.R. Mok, *AB* 2008/155, m.nt. F.J. van Ommeren, *JB* 2007/160, m.nt. R.J.N. Schlössels, *Gst.* 2008/53, m.nt. J.A.E. van der Does (Gemeente Barneveld/Gasunie) | **214-220**, 253, 282, 297, 303, 305, 321
  - HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, *NJ* 2012/184, m.nt. J.B.M. Vranken (GeSp/Aegon) | 317
  - HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8583, *NJ* 2010/387, m.nt. J.B.M. Vranken (Vilt) | 127
  - HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7320, *NJ* 2010/67, m.nt. M.R. Mok (Nabbe/Staalbankiers) | 148, **209-213**, 253, 296-297, 303-305
  - HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, *NJ* 2010/388, m.nt. E.A. Alkema (Staat/Clara Wichmann c.s.) | 135-137
  - HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief (hangmat) | 10-13, 16, 143, 166, **220-234**, 252-253, 288, 296, 303-306, 310, 326-328
  - HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7040, *NJ* 2011/6, m.nt. M.R. Mok (Gemeente Eindhoven/Van Ingen en Van den Dungen q.q.) | 90, 91, 235, 236, 242
  - HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Fortis/Bourgonje) | 82, 83
  - HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. T. Hartlief (Wilnis) | 302
  - HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5215, *NJ* 2011/597, m.nt. T. Hartlief (TNT/Wijenberg) | 128-129

- HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412, *NJ* 2013/273, m.nt. J. Hijma (schriftelijkheidsvereiste) | 145
- HR 23 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7193, *NJ* 2012/377, m.nt. P. van Schilfgaarde (ontslagen bankbestuurders) | 96
- HR 31 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ9251, *NJ* 2012/536, m.nt. N. Keijzer (Runescape) | 145
- HR 29 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BR2093, *NJ* 2014/398, m.nt. C.P.M. Cleiren (ramkraak) | 315
- HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Esmilo/Mediq) | 317
- HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7264, *NJ* 2012/669 (beroepsaansprakelijkheid gynaecoloog) | 83
- HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579, *NJ* 2013/47, *AB* 2014/15, m.nt. C.N.J. Kortmann (Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s.) | 90-91, 97, **234-242**, 297, 311, 312
- HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682; *NJ* 2015/167, m.nt. H.J. Snijders (Coface Finanz/Intergamma) | 128-129
- HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:767, *AB* 2015/2, m.nt. C.N.J. Kortmann, *JB* 2014/115, m.nt. D.G.J. Sanderink (Gemeente Amsterdam/D.) | **242-251**, 297-298, 312
- HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (bewijsbeslag) | 329
- HR 14 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831, *NJ* 2014/368, m.nt. T. Hartlief (racefietser) | 302
- HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1627, *NJ* 2015/2, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Eneco/Ronde van Nederland) | 315
- HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3073, *JB* 2014/225, m.nt. S.A.L. van de Sande (Staat/Fabricom) | 47, 60
- HR 21 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3349, *NJ* 2015/217 (Band/AFM), m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *TBR* 2015/154, m.nt. H.C.W.M. Moesker | 201
- HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3594, *NJ* 2015/366, m.nt. S.D. Lindenbergh (Achmea/Staat) | 105
- HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296, *JB* 2015/125, m.nt. J.J.J. Sillen (Staat/Privacy First) | 136
- HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3241 (VGZ c.s./Nutricia en Stichting Patiëntenbelang Vergoeding Dieetpreparaten) | 148, 202, 209, 296
- HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399 (ponzi-zwendel) | 58, 134, 147
- HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 (manegepaard) | 147, **229-234**, 296, 302, 310

## HOVEN

- Hof Den Bosch 3 maart 1959, *NJ* 1959/545 (Tandartsen I) | 157
- Hof Arnhem 2 september 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AJ9996, *NJF* 2003/60 (Lotto/Ladbrokes) | 159

- Hof Arnhem 3 januari 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AU8962, *JGR* 2006/3, m.nt. Schutjens (Astrazeneca/Menzis) | 204
- Hof Den Bosch 11 april 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW0703, *NJ* 2006/438, *GJ* 2006/102 m.nt. G.R.J. de Groot (KNMP/Sofa) | 159
- Hof Arnhem 13 mei 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BF6799, *NJF* 2008/418 (Dopharma/AA Vet) | 159
- Hof Arnhem 23 september 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BF3594, *JGR* 2008/41, m.nt. Vollebregt (Lichtwer Pharma/Norgine) | 173
- Hof Amsterdam 29 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2717, *NJ* 2009/448 (Vie d'Or schikking) | 198
- Hof Arnhem 4 mei 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM5137, *NJF* 2010/262 (ingestort parkeerdek) | 181
- Hof Arnhem 17 januari 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BV1241 (Hof van Twente) | 159
- Hof Den Haag 27 november 2012, ECLI:NL:GHDHA:2012:BY4151, *GJ* 2013/36, m.nt. P.W. den Hollander (NMT c.s./Staat) | 208
- Hof Den Haag 31 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:641 (Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s. verwijzingsprocedure) | 238

#### RECHTBANKEN

- Rb. Den Haag 8 december 1999, ECLI:NL:RBSGR:1999:ZA5725, *AB* 2000/234, m.nt. B.P. Vermeulen, *JV* 2000/86, m.nt. J.E.M. Polak | 194
- Rb. Den Haag 3 april 2001, ECLI:NL:RBSGR:2001:AB2367, *JV* 2001/183 | 194
- Rb. Utrecht 12 augustus 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AI0977, *NJF* 2003/19 (Peak/Holland Casino) | 159
- Rb. Utrecht 18 september 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AK4749, *NJF* 2003/85 (Staatsloterij/Stargames) | 159
- Rb. Leeuwarden 3 december 2003, ECLI:NL:RBLEE:2003:AN9461 (Orde van Advocaten/stichtingen rechtsbijstand) | 159
- Rb. Leeuwarden 29 februari 2008, ECLI:NL:RBLEE:2008:BC6258 (Amelandse benzinestations) | 269-270
- Rb. Den Bosch 21 januari 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BH0728, *NJF* 2009/105 (hangmat) | 222-223
- Rb. Alkmaar 24 juni 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BJ2329, *NJF* 2009/373 (paardrijhal) | 278
- Rb. Rotterdam 13 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR1592, *JOR* 2011/335, m.nt. F.M.A. 't Hart (ponzi-zwandel) | 134
- Rb. Den Haag 4 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2443, *NJF* 2015/246 (Jengo) | 229
- Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1061, *JB* 2015/158, m.nt. R.J.B. Schutgens (schietpartij Alphen) | 143, 153, 181, **325**, 327
- Vزر. Rb. Arnhem 17 december 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BP0931, *GJ* 2011/58, m.nt. P.W. den Hollander (Astrazeneca & GlaxoSmithKline/Uvit c.s.) | 149, 208, 265

- Rb. Utrecht 15 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV3753, *JOR* 2012/243, m.nt. J.H.M. Willems, *AA* 2012-10, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (Fortis-bestuurders) | 147
- Rb. Den Haag 20 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV9316, *GJ* 2012/79 (NVD/Staat) | 159
- Vزر. Rb. Gelderland 3 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:3989, *GJ* 2014/12, m.nt. P.W. den Hollander & H.A. ten Oever (Crisiscare/VGZ c.s.) | 148, 209
- Rb. Den Haag 14 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5878, *NJF* 2014/295 (Energyclaim/Staat) | 160
- Vزر. Rb. Arnhem 14 oktober 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU4312, *JGR* 2005/53, m.nt. Schutjens (Astrazeneca/Menzis) | 203

#### AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

- ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7586, *AB* 2005/54, m.nt. A.A.J. de Gier (Meerssen) | 96
- ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7587, *Gst.* 2005/75 (Amelandse benzinstations I) | 96, 269
- ABRvS 20 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7572, *AB* 2008/336, m.nt. A.M.L. Jansen (verblijfsvergunning Vw 2000; misgelopen bijstandsuitkering, kinderbijslag en heffingskorting) | 257-260
- ABRvS 26 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC7651, *JB* 2008/109, *JV* 2008/196 (nationale vreemdelingenrecht; Nationale Hypotheek Garantie) | 264
- ABRvS 4 juni 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD4462, *JV* 2008/296 (nationale vreemdelingenrecht; inkomen uit arbeid en ziektekostenverzekering) | 264
- ABRvS 3 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG5902 (nationale vreemdelingenrecht; inkomen uit arbeid; uitkeringen en voorzieningen) | 264
- ABRvS 3 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG5893, *AB* 2009/65, m.nt. T. Barkhuysen & L. Di Bella (beslistermijn Vw 2000; gemiste bijstandsuitkering gezin en kosten aanschaf studieboeken) | 264, 265, 275
- ABRvS 3 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG5900 (beslistermijn Vw 2000; inkomen) | 264
- ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2009:BH1837, *AB* 2009/213, m.nt. B.P.M. van Ravels en A.M.L. Jansen, *JB* 2009/42, m.nt. C.L.G.F.H. Albers, *USZ* 2009/75, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Gst.* 2009/13, m.nt. J.M.H.F. Teunissen, *JBSELECT* 2009/28, m.nt. B.P.M. van Ravels (Amelandse benzinstations II) | 96, 102, **268-278**, 286, 288, 298-299, 300, 306, 313
- ABRvS 18 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK3575, *JB* 2010/5 (nationale vreemdelingenrecht) | 264
- ABRvS 7 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM0213, *AB* 2010/206, m.nt. F.M.J. den Houdijker | 260, 265
- ABRvS 21 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1930, *AB* 2010/329, m.nt. B.P.M. van Ravels | 242
- ABRvS 28 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN2670, *AB* 2011/240, m.nt. B.P.M. van Ravels (Nuthse geluidshinder) | 245, **278-282**, 286, 299, 300, 313

- ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1352, AB 2011/47, m.nt. A.A.J. de Gier & B.W.N. de Waard (Elzenbos Brummen) | 320
- ABRvS 29 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV7280 (regels nationale vreemdelingenrecht) | 265
- ABRvS 18 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1859, AB 2012/343, m.nt. A.T. Marseille en B.W.N. de Waard (Omega Properties) | 321
- ABRvS 16 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5594, JV 2012/427, m.nt. M.A.G. Reurs (Nederlands-Amerikaans Vriendschapsverdrag) | 266-268
- ABRvS 11 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2057 (Warnsveldse woning) | **282-285**, 286, 300
- ABRvS 16 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2688 (verblijfsvergunning en voorschotten huur- en zorgtoeslag) | 265
- ABRvS 1 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1023 (intrekking verblijfsvergunning; schadebeperkingsplicht) | 266

#### OVERIG

- Conclusie Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680 | 53, 89, 134, 146, 155, 172, 176, 180, 182, 192, 198, 207, 212, 239, 250, 263, 274, 293, 312, **314**, 318

#### *Buitenlandse rechtscolleges*

- *House of Lords X (Minors) v. Bedfordshire Country Council* [1995] 2 A.C. 633 | 133
- Cass. Civ. 1re 4 november 1992, nr. 89-21899, D. 1992, IR 270 | 85
- BGH 21 oktober 1991, NJW 1992, 241 en 242 | 133
- BGH 18 november 2003, NJW 2004, 356 | 133

## Wetgevingsregister

APV | 234-242, 246, 297, 311

Awb | 187, 190, 240, 241-251, 255-256, 262, 264, 292, 298, 314, 318-322

Besluit uitoefening artsenijkunst | 159

Besluit opslag- en transportbedrijven milieubeheer | 279-285, 299

Binnenschepenwet | 184

BGB | 32, 62, 107, 132, 142, 161

Wet Bibob | 234-246, 297, 311

DCFR | 322

Gemeentewet | 87-88

Grondwet | 124

Interim wet bodemsanering | 56

IVBPR | 123-125

Nbw 1998 | 321-322

Nederlands-Amerikaans Vriendschapsverdrag | 266-268

NRte | 148, 209-213, 296

Onteigeningswet | 33-36, 65, 80, 94

Rbg | 202-209, 253, 296

RosR | 5, 8, 25, 174-186, 252-253, 294, 303-304, | 308-309

Herziene Rijnvaartakte | 5, 8, 175-186, 294, 309

Wetboek van Strafrecht | 29, 69, 70, 145

Vluchtelingenverdrag | 6, 8, 188-194, 258, 294, 308

Vreemdelingenwet (oud) | 6, 8, 187-194, 256-258, 294, 303, 304, 308, | 309

Vw 2000 | 256-268, 286

VWEU | 323, 325

WCAM | 198

Wet AB | 120-121

Wet Bibob | 234-239, 246, 297, 311

Wet milieubeheer | 279-282, 286, 299

Wet op de kansspelen | 159

Wet op de openbare middelen van vervoer | 38-39  
Wet op de rechtsbijstand | 159  
Wet op de Tandheelkunst | 154-159  
Wet RO | 120, 171, 212  
Wetboek van Koophandel | 37  
Wft | 24, 140, 144-148, 150, 201  
WGV | 1-2, 139, 169-173, 181, 183, 198, 252, 294, | 317  
Wmg | 208-209  
Woningwet (oud) | 153, 181, 217, 257, 269-278, 283-285, 286, | 299, 300, 306  
Wro | 159, 269-278, 283-285, 286, 300,  
WTG | 2, 202-209, 253, 296  
Wte | 147, 210  
Wtv | 195-201, 252, 295  
WVW | 105  
  
Zvw | 141, 144, 148-149, 159, 208-209

## Trefwoordenregister

### A

algemeen belang: zie belang

algemeen belangactie: zie belang

aansprakelijkheid

- relatieve | 51
- absolute | 51
- besluiten- | 96, 240-244, 300, 313-314
- bestuurders- | 58-59, 147
- overheids- | 60, 73, 74, 86-87, 89-91, 95-96, 102, 144, 153, 165, 182, 184, 186, 195, 234, 238, 240, 242, 253, 255, 266, 297, 300, 302-304, 310
- proportionele: zie causaal verband
- risico- (kwalitatieve) | 10-13, **220-234**, 296, 302, 310, 326, 328
- schuld- | 10, 221, 226, 232
- toezichhouders- | 59-60, 136, 176, 181, 195-202, 217-218, 231, 295, 303, 324
- vestigings- en omvangsfase van | 14, 99, 307
- werkgevers- | 127, 128

adequatieleer: zie causaal verband

affectieschade: zie schade

alternatief, hypothetisch rechtmatig | 92

ambtshalve toetsing | 318

### B

behandeling, ongelijke | 124

belang

- als concept | 130
- algemeen belang | 130-131
- algemeen belangactie | 135-136
- individueel vermogensbelang | 130-131

belanghebbendebegrip | 88, 90, 135, 136, **235-251**, 255, 271-273, 277, 297-300, 311, 312, 314, 322

belangenleer | 74, 84, 86, **104-106**, 277, 315

belegger | 140-141, 147, 210-213, 296

besluitenaansprakelijkheid: zie aansprakelijkheid

bestemmingsplan | 214-220, 253, 268-278, 283-285, 299, 300

bestuurder | 58-59, 96, 147

bestuurdersaansprakelijkheid: zie aansprakelijkheid

bestuursorgaan | 25, 90, 95, 142, 188, 190, 193, 214, 235, 237, 238, 240, 241, 243, 248, 256, 262, 267, 270, 277, 278, 311, 312

bevel, rechterlijk | 105

burgemeester | 39, 87, 97, 214, 234, 238, 242-247

### C

causaal verband

- adequatieleer | 98
- condicio-sine-qua-non-test | 30, 66, 68, **77-83**, 92-99, 103, 104, 149, 161, 236, 247, 315
- leer-Demogue-Besier | 34, 74, 75, 86, 92-98, 108, 238
- leer van de kansschade | 301
- omkeringsregel | 83, 161, 301, 315
- proportionele aansprakelijkheid | 83, 150, 161, 301, 315
- vereiste van | 51, 82, 84, 92, 93, 94, 97, 98, 99, 104, 161, 186, 200, 217, 236, 238, 269, 273, 276, 279, 301, 323

· voorzienbaarheid | 40, 99, 200, 207, 295  
 codificatie | 28, 29, **40-44**, 48-49, **62-63**, 114, 275, 290, 322  
 collectieve actie | **135-136**, 196, 198, 201, 252, 295  
 concessie | 38-40  
 condicio-sine-qua-non-test: zie causaal verband  
 consumenten | 2, 130, 138, 140, 146-148, 203  
 correctie-Langemeijer | **154-161**, 170, 171, 179, 180, 183, 191, 204, 206-207, 216-217, 220, 239, 249, 253, 269-270, 274, | 282, 286, 292, **312-314**, 327

## D

delicto, in pari | 149  
 Demogue-Besier, leer-: zie causaal verband  
 democratie | 112, 121-122, 135, 142, 291  
 dieetpreparaat | 148, 209, 296  
 diefstal | 145  
 dieren | 13, 130, 229, 234, 296

## E

eigendom | 33-34, 94, 276, 277

## F

farmaceut | 149, 159, 170, 171, 202-208, 296  
 financiële dienstverlener | 210, 213, 140  
 'flood gates'-argument | 3, 6, 7, 8, 12, 16, 19, 110, 119, 164, 185, 186, 195, 287, 288, 291, 301, 302, 326, 327

## G

gebod, rechterlijk | 2, 24, 135, 144, 175, 192  
 geluid | 245, 278-282, 296, 299, 300, 313, 320  
 geneesmiddel | 1-2, 139, 149, 159, 169-173, 202-209, 296, 317  
 gevalsvergelijking | 145, 153, 292

gevolg, rechtstreeks economisch | 14, 102  
 gezichtspunten | 14, 99, 101, 102, 153, 307, 317  
 grondrechten | 125, 130, 136

## H

handhaving | 104-105, 112, 113, 136, **137-139**, **142-143**, **152-153**, 159, 160, 161, 191, 195, 261, 270, 278-282, 286, 291, 292, 295, 299, 305, 322, 323  
 handhavingstekort | 138, 156

## I

inbreuk op een recht: zie rechtsinbreuk  
 interbellum | 18, **71-73**, 74, 289  
 interpretatief mandaat van de rechter | 111, 119, **122-123**, 129, 291

## K

keuring | 4-6, 25, 39, 174-186, 252, 253, 294, 303, 308-309  
 kredietbeoordelaars: zie ratingbureaus

## L

legaliteitsbeginsel | 111, **118-123**, 145, 151, 291  
 legal transplant | 106-108  
 legisme | 121  
 letselschade: zie schade

## M

machtenscheidingsbeginsel | 111, **118-123**, 151, 291  
 marginplicht | 209-213, 296  
 milieu | 130, 136, 278-282  
 Ministerie, Openbaar | 1, 142

## N

normenhiërarchie | 125  
 normschending, begrip | 77-86, 93

## O

omvangsfase van aansprakelijkheid: zie aansprakelijkheid

## onrechtmatigheid

- absolute | 29-33, 47, 51, 71, 72
  - abstracte | **52-54**, 58, 60, 62, 311
  - en leer van de instructie- en waarborgnormen | 74, **86-92**, 97, 108, 137, **183-184**
  - en leer-Smits | 74, 75, **86-92**, **96-97**, 108, **235-242**, **311-312**
  - relatief onrechtmatigheidsbegrip | 29-31, **35-40**, 45-48, 50, 51, 53, 59, 73
  - onrechtmatigheidsrubrieken | 29, 36, 55-62, 69, 72, 78, **83-86**, 89, 91, 107, 154, 155-156, 160, 176, 243-244, 313
  - vereiste van | 18, 20, 28, 29, 35, 48, 49, 50, **53-54**, 55, 56, 57, 58, 60, 62, 66, **77-86**, 89, 91, 92, 97, 104, 165, 197, 214, 234, **240-244**, 251, 269, 289, 290, 297, 298, 303, 308, 311
- ongeschreven recht | 51, 53, 69, 78, 84, 85, 89, 90, 91, 147, 154-156, 217, 243, 316, 318
- onteigening | **33-35**, 54, 80, 81, 93, 94
- ontvankelijkheid | 21, **104-106**, 314
- openbaar vervoer | 38-39, 130
- openbare weg | 29-33, 68, 70, 128
- opstal | 10-13, 220-234, 296, 302, 310, 326
- overheidsaansprakelijkheid: zie aansprakelijkheid

**P**

- polishouder | 140, 196-202, 295, 303
- pot-verwijt-de-ketel: zie in pari delicto
- preferentiebeleid | 202-208
- proces, eerlijk | 265
- publiekrecht en privaatrecht: zie scheidslijn van publiek- en privaatrecht

**R**

- ratingbureaus | 140, 144
- recht, subjectief: zie rechtsinbreuk
- rechtsbescherming, effectieve: zie effectief rechtsmiddel

## rechtskracht

- formele | 214-215, 242
  - omgekeerde (oneigenlijke) formele | 70, 187-188, 241-244, 247, 251, 298, 308, 312
- rechtsinbreuk | 29, 32, 34, 36, 38, 54, 55, **60-62**, 78, 83, 84, 107, 154, 156, 193, 243, 272-276, 313, 324
- rechtsmiddel, effectief | 265
- rechtsvormende taak | 16, 17, **119-129**, 142, 151, 288, 305
- rechtsvorming | 16, **118-123**
- rechtsvinding | 23, 144, 147
- redelijke toerekening, leer van de | 14, 18, 43, 74, 86, 95, **98-104**, 236, **306-307**, 328
- Regout, wetsvoorstel- | 49, 68-69, 72
- richtlijn, Europese | 102, 159-160, 170-173, 206, 322-325
- risicoaansprakelijkheid: zie aansprakelijkheid

**S**

## schade

- immateriële | 99, **125-127**, 151, 187, 191, 257, 260, 266
- letsel- | 101, 153, 154, 182, 223-224, 228, 234
- overlijdens- | 150
- shock- | 127, 151
- zaaks- | 181-182
- zuivere vermogens- | 107, 158, 181-182, 215

schuldaansprakelijkheid: zie aansprakelijkheid

scheidslijn, van publiek- en privaatrecht | 112, 137, 138, 142

shockschade: zie schade

soeverein | 120

Smits, leer-: zie causaal verband

strafrecht | 1, 24, 51, 69-70, 96, 137, 142, 143, 145, 156, 314-315

**T**

- toerekenbaarheid, vereiste van | 30, 68, 79, 85, 236, 243, 244, 312
- toestanden, Amerikaanse | 15

toezicht | 2, 30, 59-60, 136, 140, 147,  
176, 181, 185, 192, 195-202, 209-213,  
217-218, 231, 295, 303, 324

## V

vergunning

- bouw- | 96, 181, 214-217, 268-277, 282-284, 299, 300
- exploitatievergunning voor prostitutiepand | 234-251, 297-298, 303, 305-306, 308, 310-312
- verblijfs- | 187-189, 258-268, 286

verordening

- gemeentelijke | 39, 104-105, 239,
- Europese | **140-141**, 322-325

verbod, rechterlijk | 1, 2, 105, 192, 202

vermogensschade, zuivere: zie schade

verzekering

- aansprakelijkheids- | 10-12, 220, 222, **225-230**, 326
- zorg- | 141, 149, 208-209, 296

vestigingsfase van aansprakelijkheid:  
zie aansprakelijkheid

## W

werkgeversaansprakelijkheid: zie aansprakelijkheid

wetenschap, exacte | 144, 152

wetsinterpretatie | **118-123**, 129, 145,  
153, 161, 290-292, 302, 328

## Z

zaaksschade: zie schade

zorgverzekeraar | 141, 148, 149, 159,  
202-209

zorgvuldigheidsnorm, ongeschreven  
| 5, 6, 20, 25, 29, 36-37, 48, 54, **55-61**, 68, 72, 78, 100, 113, 142, **154-161**, 170, 174-186, 189, 195-202, 204-207, 216, 217, 218, 235, 237, 238, 239, | 240, 241, 249, 252, 253, 269, 270, 271, 292, 294, 295, 308, 309, 313, 329

## Curriculum vitae

Philip Wouter (Wouter) den Hollander is op 29 maart 1983 geboren in Den Haag. Hij volgde middelbaar onderwijs aan het Insula College locatie Thurendrecht in Dordrecht en het Christelijk Gymnasium Beyers Naudé in Leeuwarden, alwaar hij ook vwo-examen deed. Na de middelbare school woonde Den Hollander enige tijd in Parijs, om vanaf 2002 in Leiden politicologie en vanaf 2003 ook rechten te studeren. In 2009 studeerde Den Hollander af in de rechtsgeleerdheid met als specialisatie burgerlijk recht en in 2010 ook in politicologie. Van november 2009 tot en met november 2015 was Den Hollander als promovendus en docent (PhD-fellow) verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden. In het kader van het onderzoek voor zijn proefschrift verbleef Den Hollander korte tijd in Gent en Leuven en was hij als gastonderzoeker verbonden aan de Université Panthéon-Assas (Paris II). Momenteel is Den Hollander werkzaam als advocaat bij Stibbe in Amsterdam.



In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2014, 2015 en 2016 verschenen:

- MI-224 A.F. Rommelse, *De arbeidsongeschiktheidsverzekering: tussen publiek en privaat. Een beschrijving, analyse en waardering van de belangrijkste wijzigingen in het Nederlandse arbeidsongeschiktheidsstelsel tussen 1980 en 2010*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2014, ISBN 978 90 8728 205 9, e-ISBN 978 94 0060 170 3
- MI-225 L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, ISBN 978 90 1312, e-ISBN 978 90 1312 041 7 040 0
- MI-226 H. Duffy, *The 'War on Terror' and International Law*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2013, ISBN 978 94 6203 493 8
- MI-227 A. Cuyvers, *The EU as a Confederal Union of Sovereign Member Peoples. Exploring the potential of American (con)federalism and popular sovereignty for a constitutional theory of the EU*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2013, ISBN 978 94 6203 500 3.
- MI-228 M.J. Dubelaar, *Betrouwbaar getuigenbewijs. Totstandkoming en waardering van strafrechtelijke getuigenverklaringen in perspectief*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, ISBN 978 90 1312 232 9
- MI-229 C. Chamberlain, *Children and the International Criminal Court. Analysis of the Rome Statute through a Children's Rights Perspective*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2014, ISBN 978 94 6203 519 5
- MI-230 R. de Graaff, *Something old, something new, something borrowed, something blue? , Applying the general concept of concurrence on European sales law and international air law*, (Jongbloed scriptieprijs 2013), Den Haag: Jongbloed 2014, ISBN 978 90 7006 271 2
- MI-231 H.T. Wermink, *On the Determinants and Consequences of Sentencing*, (diss. Leiden) Amsterdam: Ipskamp 2014, ISBN 978 90 7006 271 2
- MI-232 A.A.T. Ramakers, *Barred from employment? A study of labor market prospects before and after imprisonment*, (diss. Leiden) Amsterdam: Ipskamp 2014, ISBN 978 94 6259 178 3
- MI-233 N.M. Blokker et al. (red.), *Vijftig juridische opstellen voor een Leidse nachtwacht*, Den Haag: BJu 2014, ISBN 978 90 8974 962 8
- MI-234 S.G.C. van Wingerden, *Sentencing in the Netherlands. Taking risk-related offender characteristics into account*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2014, ISBN 978 94 6236 479 0
- MI-235 O. van Loon, *Binding van rechters aan elkaars uitspraken in bestuursrechterlijk perspectief*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2014, ISBN 978 94 6290 013 4
- MI-236 L.M. Raijmakers, *Leidende motieven bij decentralisatie. Discours, doelstelling en daad in het Huis van Thorbecke*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, ISBN 978 90 1312 7772 0
- MI-237 A.M. Bal, *Taxation of virtual currency*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2014, ISBN 978 94 6203 690 1
- MI-238 S.M. Ganpat, *Dead or Alive? The role of personal characteristics and immediate situational factors in the outcome of serious violence*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp 2014, ISBN 978 94 6259 422 7
- MI-239 H.R. Wiratraman, *Press Freedom, Law and Politics in Indonesia. A Socio-Legal Study*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2014, ISBN 978 94 6203 733 5
- MI-240 H. Stolz, *De voorwaarde in het vermogensrecht*, (diss. Leiden), Den Haag: BJu 2015, ISBN 978 94 6290 031 8
- MI-241 A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten. Een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2015, ISBN 978 90 1312 911 3
- MI-242 F.G. Wilman, *The vigilance of individuals. How, when and why the EU legislates to facilitate the private enforcement of EU law before national courts*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2014
- MI-243 C. Wang, *Essays on trends in income distribution and redistribution in affluent countries and China* (diss. Leiden), Enschede: Gildeprint 2015, ISBN 978 94 6108 895 6

- MI-244 J. Been, *Pensions, Retirement, and the Financial Position of the Elderly*, (diss. Leiden), Enschede: Gildeprint 2014, ISBN 978 94 6108 942 7
- MI-245 C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M.W. Knigge, T. van der Linden, J.H. Nieuwenhuis & H.A. ten Oever (red.), *De meerpartijenovereenkomst*, BWKJ nr. 29, Deventer: Kluwer 2014, ISBN 978 9013 13 106 2
- MI-246 C. Vernooij, *Levenslang en de strafrechter. Een onderzoek naar de invloed van het Nederlandse gratiebeleid op de oplegging van de levenslange gevangenisstraf door de strafrechter* (Jongbloed scriptieprijs 2014), Den Haag: Jongbloed 2015, ISBN 979 70 9001 563 2
- MI-247 N. Tezcan, *Legal constraints on EU member states as primary law makers. A Case Study of the Proposed Permanent Safeguard Clause on Free Movement of Persons in the EU Negotiating Framework for Turkey's Accession*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2015, ISBN 978 94 6203 828 8
- MI-248 S. Thewissen, *Growing apart. The comparative political economy of income inequality and social policy development in affluent countries*, (diss. Leiden), Enschede: Gildeprint 2015, ISBN 978 94 6233 031 3
- MI-249 W.H. van Boom, 'Door meten tot weten'. *Over rechtswetenschap als kruispunt*, (oratie Leiden), Den Haag: BJu 2015, ISBN 978 94 6290 132 2
- MI-250 G.G.B. Boelens, *Het legaat, de wisselwerking tussen civiel en fiscaal recht* (diss. Leiden), 's-Hertogenbosch: BoxPress 2015, ISBN 978 94 6295 285 0
- MI-251 S.C. Huis, *Islamic Courts and Women's Divorce Rights in Indonesia. The Cases of Cianjur and Bulukumba*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2015, ISBN 978 94 6203 865 3
- MI-252 A.E.M. Leijten, *Core Rights and the Protection of Socio-Economic Interests by the European Court of Human Rights*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2015, ISBN 978 94 6203 864 6
- MI-253 O.A. Haazen, *Between a Right and a Wrong. Ordinary Cases, Civil Procedure, and Democracy*, (oratie Leiden), Amsterdam: Amsterdam University Press 2015, ISBN 978 90 8555 099 0
- MI-254 A. Marrone, *The Governance of Complementary Global Regimes and the Pursuit of Human Security. The interaction between the United Nations and the International Criminal Court*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2015.
- MI-255 M. Dubelaar, R. van Leusden, J. ten Voorde & S. van Wingerden, *Alleen voor de vorm? Frequentie, organisatie en praktijk van pro-formazittingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, ISBN 978 94 6290 156 8.
- MI-256 Y. Li, *Inter-creditor Equity in Sovereign Debt Restructuring. Towards the Establishment of a Multilateral Legal Framework*, (diss. Leiden) Amsterdam: Amsterdam University Press 2015, ISBN 978 90 8555 103 4
- MI-257 M.A.K. Klaassen, *The right to family unification. Between migration control and human rights* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2015, ISBN 978 94 6203 945 2
- MI-258 J.C.W. Gooren, *Een overheid op drift* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2015, ISBN 978 94 6203 973 5
- MI-259 S. Tjandra, *Labour Law and Development in Indonesia* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016, ISBN 978 94 6203 981 0
- MI-260 R.H.C. van Kleef, *Liability of football clubs for supporters' misconduct. A study into the interaction between disciplinary regulations of sports organisations and civil law* (diss. Leiden), Den Haag: Eleven International Publishing (BJu) 2016, ISBN 978 94 6236 670 1
- MI-261 C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M.W. Knigge, T. van der Linden & H.A. ten Oever (red.), *Core Concepts in the Dutch Civil Code. Continuously in Motion*, BWKJ nr. 30, Deventer: Kluwer 2016, ISBN 978 9013 725 5
- MI-262 P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, ISBN 978 94 6290 235 0

Zie voor de volledige lijst van publicaties: [www.law.leidenuniv.nl/onderzoek](http://www.law.leidenuniv.nl/onderzoek)