



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

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’.¹ Zijn ratio evenmin. Het relativiteitsvereiste is wat dat betreft onderbepaald.²

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.³ 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.⁴ 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.⁵ 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.⁶ 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.⁷ 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.⁸

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.⁹ 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.’¹⁰

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.’¹¹

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.¹² 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.¹³

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'.¹⁴

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.¹⁵ 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.¹⁶ 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.¹⁷ Het bij wijze van 'model' of vast stramien hanteren van het generiek vermoeden van relativiteit moet daarom worden verworpen.¹⁸ Ook de Hoge Raad heeft dat overigens gedaan.¹⁹

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.²⁰ 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.²¹ 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.²²

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.²³ 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.²⁴ Het relativiteitsoordeel betreft immers een rechtsoordeel.²⁵ Het is vervolgens aan de rechter zelfstandig,²⁶ 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.²⁷ 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’.²⁸ Hij heeft dus de ruimte om eigen keuzes te maken.²⁹ 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.³⁰

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.³¹ 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.³² 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.³³ 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.³⁴

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.³⁵ 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.³⁶ 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.³⁷ 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.³⁸ 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.³⁹ 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.⁴⁰

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, 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.⁴¹ 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.⁴² 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.⁴³ 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.⁴⁴

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.⁴⁵ 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.⁴⁶ 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.'⁴⁷

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.⁴⁸ 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.⁴⁹ 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

⁴⁸ In deze zin ook Schutgens 2015a, p. 311.

⁴⁹ 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.⁵⁰

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’.⁵¹ 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’.⁵²

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.⁵³ 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.’⁵⁴

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'.⁵⁵ 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.⁵⁶

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.⁵⁷ 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.⁵⁸ 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).⁵⁹ Tot op heden heeft de Hoge Raad aan deze keuze niet willen tornen. Interessant is dat hij aanvan-

⁵⁵ Arbeidskostenforfait, r.o. 3.18.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ 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.⁶⁰ 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.⁶¹ 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.’⁶²

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.’⁶³

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.⁶⁴

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'.⁶⁵

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.⁶⁶ 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.⁶⁷ 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.⁶⁸ Dat wetsvoorstel wordt echter verworpen. In 2015 heeft de regering weer een nieuw wetsvoorstel aanhangig gemaakt.⁶⁹ De Hoge Raad voelt het controversiële karakter dus blijkbaar goed aan.⁷⁰

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.’⁷¹

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.⁷² 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.’⁷³

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.⁷⁴ 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.⁷⁵ 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.⁷⁶

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. Lindenbergh 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’⁷⁷ vraag naar het ‘beschermingsdoel’⁷⁸ 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’.⁷⁹ Te denken valt, aldus Van Buuren, aan belangen als ‘evenwichtige ruimtelijke ordening, milieubeheer, natuurbescherming, werkgelegenheid of openbaar vervoersbeleid’.⁸⁰ Schutgens en Schlössels komen tot vergelijkbare opsommingen.⁸¹ Individuele vermogensbelangen laten zich van zulke algemene belangen onderscheiden doordat het gaat om belangen die een individu toekomen ‘met uitsluiting van anderen’.⁸² 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’.⁸³

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-

⁷⁷ Lankhorst 1992b, p. 93.

⁷⁸ Lankhorst 1992b, p. 103.

⁷⁹ 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.

⁸⁰ 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’.

⁸¹ 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’.

⁸² Schutgens 2012, p. 209. In de zin ook Wiggers-Rust 2011, p. 24.

⁸³ 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.⁸⁴ Dat laatste is waar het om gaat bij de vraag naar het beschermingsdoel.⁸⁵ 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.’⁸⁶

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’⁸⁷ 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.⁸⁸ In de literatuur worden deze dimensies vaak voorop gesteld bij de weergave van de theorievorming over de toets aan het relativiteitsvereiste.⁸⁹ 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. Lindenberg 2007b, p. 779-780. Zie ook Spier e.a. 2015, nr. 60 (G.E. van Maanen/S.D. Lindenberg) 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.⁹⁰ Sommigen houden de uitsplitsing beperkt tot twee dimensies en spreken van het ‘personele’ en het ‘zakelijke’ beschermingsbereik.⁹¹

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.⁹² 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’.⁹³ Van Geleijn Vitringa onderkent dit onderscheid eveneens, in de bijdrage waarin hij het relativiteitsvereiste introduceert.⁹⁴

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. (...)’⁹⁵

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’.⁹⁶ 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.⁹⁷

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').⁹⁸

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.⁹⁹ 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.'¹⁰⁰

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.¹⁰¹ 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.'¹⁰²

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.¹⁰³ 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'.¹⁰⁴ 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.¹⁰⁵ 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-zwandel), 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',¹⁰⁶ met als inzet de 'plaats' van de norm 'binnen het rechtssysteem'.¹⁰⁷

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.¹⁰⁸ Dit komt doordat private partijen worden geacht in rechte steeds op te komen voor hun eigen, individuele vermogensbelangen.¹⁰⁹ 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'¹¹⁰ 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.¹¹¹ Dat is in beginsel voorbehouden aan de overheid en daarmee onderworpen aan democratische controle.¹¹²

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'.¹¹³ 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.¹¹⁴

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.¹¹⁵ 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.¹¹⁶ 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.¹¹⁷ De vraag naar het beschermingsdoel vormt hiervoor dan althans geen beletsel.¹¹⁸

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.¹¹⁹ 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'.¹²⁰ Alleen handhaving van de norm in het publiekrecht behoort dan in beginsel tot de mogelijkheden, middels strafrechtelijke vervolging of bestuursrechtelijke sanctionering of een combinatie van beide.¹²¹ In zoverre is met deze vraag dus ook de scheidslijn van publiek- en privaatrecht gemoeid.¹²²

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'.¹²³ 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.¹²⁴ 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.¹²⁵ Anderen zien hier juist een taak voor het privaatrecht weggelegd, omdat het publiekrecht te kort zou schieten en 'handhavingstekorten' zou laten ontstaan.¹²⁶ 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.¹²⁷ 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.¹²⁸ 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 voorgezeten, dat de wet op de Geneesmiddelenvoorziening slechts regelen zal dienen te geven voor zover de belangen van de volksgezondheid dit noodzakelijk maken.’¹²⁹

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.’¹³⁰

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.¹³¹

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’.¹³² 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.¹³³ 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.’¹³⁴

Een ander voorbeeld uit het ‘financiële’ recht biedt de aangescherpte Verordening inzake ratingbureaus.¹³⁵ 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 markten¹³⁶ – 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. (...).'*¹³⁷

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,¹³⁸ 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.'*¹³⁹

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.¹⁴⁰

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.¹⁴¹ 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.¹⁴² 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*.¹⁴³ 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.¹⁴⁴ 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

¹⁴² Zie par. 4.3.

¹⁴³ Zie par. 1.2-1.5.

¹⁴⁴ 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.¹⁴⁵ 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.¹⁴⁶

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.¹⁴⁷ 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.¹⁴⁸ 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.¹⁴⁹ Of in een moderner variant: het afhandig maken van een virtueel 'amulet' en een masker uit een computerspel.¹⁵⁰ 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.¹⁵¹

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 specifiekere 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.¹⁵² 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.¹⁵³ 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.¹⁵⁴ De rechtsvinding door de rechter bij beantwoording van de vraag naar de beschermingsomvang is dus overwegend 'autonoom'.¹⁵⁵ 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.¹⁵⁶ 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.¹⁵⁷ 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.¹⁵⁸ 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.¹⁵⁹

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.¹⁶⁰ 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.¹⁶¹ 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.¹⁶²

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.¹⁶³ 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.¹⁶⁴ 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.¹⁶⁵ 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.¹⁶⁶

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.¹⁶⁷

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.¹⁶⁸ 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 ontnemen'. 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.¹⁶⁹ Het oordeel van de Hoge Raad in het taxibus-arrest, waarmee hij onder omstandigheden vergoeding van immateriële 'shock-schade' mogelijk maakt,¹⁷⁰ zou als een voorbeeld van zo'n voorwaardelijk relativiteitsoordeel kunnen worden gezien.¹⁷¹

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.

¹⁶⁹ Zie voor de figuur van het voorwaardelijk relativiteitsoordeel ook par. 5.11.

¹⁷⁰ 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'.

¹⁷¹ 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.¹⁷²

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.¹⁷³ 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.¹⁷⁴ Wat van dit zwijgen of van deze onduidelijkheid ook de reden is,¹⁷⁵ 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.¹⁷⁶ 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.¹⁷⁷ 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.¹⁷⁸ 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.¹⁷⁹

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).

¹⁷⁷ Zie Langemeijer 1934, p. 617-622; Langemeijer 1940a, p. 385-396 en p. 413-425.

¹⁷⁸ HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, NJ 1961/568 (Tandartsen I), p. 1202.

¹⁷⁹ Tandartsen I, p. 1202-1203.

norm en een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.¹⁸⁰ 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. (...).'¹⁸¹

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.'¹⁸²

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.*'¹⁸³

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’.¹⁸⁴

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’.¹⁸⁵ 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.’¹⁸⁶

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.

¹⁸⁴ Conclusie Procureur-Generaal Langemeijer voor Tandartsen I, p. 1207.

¹⁸⁵ Tandartsen I, p. 1204.

¹⁸⁶ 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.’¹⁸⁷

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’.¹⁸⁸ Zo komt de Hoge Raad tot vernietiging van het arrest van het hof, waarna hij de zaak terugverwijst.¹⁸⁹

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.¹⁹⁰ 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.¹⁹¹

Het voorgaande overziend, verbaast het niet dat de correctie-Langemeijer in de literatuur als ‘vaag’ en ‘onhanteerbaar’ te boek is komen te staan.¹⁹² 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.¹⁹³

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.¹⁹⁴ 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.¹⁹⁵ De tandartsenarresten tonen dat de rechter in de praktijk ook best met de correctie uit de voeten kan.¹⁹⁶ 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.¹⁹⁷ 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 zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden.¹⁹⁸ Ook rechtspraak uit recenter tijden toont dat de rechter de correctie-Langemeijer weet te hanteren.¹⁹⁹

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/Ladbroskes), 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.²⁰⁰

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.²⁰¹ 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,²⁰² krijgt de *toets* aan dit vereiste in zoverre onvermijdelijk een ‘rechtspolitiek’ karakter.²⁰³ Meer wellicht dan de toets aan de andere vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.²⁰⁴ 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’.²⁰⁵ 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.’²⁰⁶

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.