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

Leiden University Repository

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

5 Rechtspraak van de Hoge Raad

5.1 Het model als ijkpunt in twaalf zaken

In de voorgaande hoofdstukken heb ik een poging gedaan een ijkpunt te vinden, waartegen de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen kan worden afgezet. Daartoe heb ik een theoretisch kader geschetst, met het doel te voorzien in een samenhangende visie op de definitie van het relativiteitsvereiste, zijn ratio en de toets aan dit vereiste bij wettelijke normen. Bij wijze van sluitstuk heb ik een model ontwikkeld voor het vaststellen van de relativiteit van een wettelijke norm, waarin de verhouding van de rechter tot de wetgever vooropstaat.

Dit 'institutionele' model houdt kort gezegd in dat de rechter zijn relativiteitsoordeel faseert en zijn opstelling in zijn verhouding tot de wetgever differentieert. Bij de vraag naar het beschermingsdoel of de geschonden norm naast een of meer algemene belangen ook individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, in de eerste fase van het relativiteitsoordeel, kiest de rechter een terughoudende opstelling. Terughoudend, in de zin dat hij beantwoording van deze vraag aan de wetgever overlaat. De rechter kan dat doen door alleen aan te nemen dat de betreffende norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen – en derhalve kan worden ingeroepen in het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht als zelfstandige grondslag voor een vordering uit onrechtmatige daad, zodat rechtstreekse privaatrechtelijke handhaving mogelijk is – als de wetgever daarvoor dekking biedt in wetstekst en wetsgeschiedenis middels positieve aanwijzingen. De wetgever zal daartoe in elk geval bepaalde individuele belangen als te beschermen belangen moeten omschrijven en duidelijk moeten maken dat hij bedoelt met de betreffende norm deze belangen in vermogensrechtelijke zin te beschermen. Alleen in dat geval komt de rechter toe aan de vraag naar de beschermingsomvang, in de tweede fase van het relativiteitsoordeel. Bij beantwoording van deze vraag kiest de rechter een actieve opstelling. Actief, in de zin dat hij deze vraag zelf voor zijn rekening neemt en op basis van gevalsvergelijking, met een analogie- of a contrario-redenering, zelf de keuze maakt of het specifieke geschade belang van de benadeelde, die zich in het concrete geval bij de rechter meldt, onder de individuele vermogensbelangen kan worden geschaard die de norm beoogt te beschermen.

Hoe verhoudt de rechtspraak van de Hoge Raad zich tot dit theoretisch kader en meer in het bijzonder tot dit model? In dit hoofdstuk onderzoek ik

het voor de twaalf zaken waarin hij zich zo ver mij bekend in grofweg de afgelopen tien jaar uitsprak over de relativiteit van wettelijke normen. Ik begin met de maatstaf die de Hoge Raad hanteert voor de toets aan het relativiteitsvereiste. Terminologisch wijkt deze deels af van mijn definitie van het relativiteitsvereiste. Maar zijn maatstaf sluit daarbij ook deels aan, onder meer op het punt dat deze maatstaf niet zoals artikel 6:163 BW negatief, maar positief of beter gezegd neutraal is geformuleerd. Dit suggereert dat de Hoge Raad niet uitgaat van een generiek, voor alle wettelijke normen geldend 'vermoeden' van relativiteit. In zijn relativiteitsoordeel in Astrazeneca/Menzis wijst hij een dergelijk vermoeden ook daadwerkelijk met zoveel woorden van de hand. In zoverre laat de rechtspraak van de Hoge Raad zich dus inpassen in het model. Verder valt over de verhouding van zijn rechtspraak tot het model op basis van deze maatstaf niet veel te zeggen (par. 5.2).

Ik neem daarom de relativiteitsoordelen in de twaalf zaken elk afzonderlijk onder de loep. Het zal niet verbazen dat de Hoge Raad het model niet hanteert. Evenmin hanteert hij de fasering van Lankhorst. De Hoge Raad maakt geen kenbaar onderscheid tussen de vraag naar het beschermingsdoel en de vraag naar de beschermingsomvang. In vier zaken situeert het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad zich niettemin in wezen op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. De relativiteitsoordelen in deze zaken laten zich in zoverre inpassen in het model, dat zich daarin een terughoudende opstelling aftekent van de Hoge Raad. Wanneer in deze zaken dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen in wetstekst of wetsgeschiedenis ontbreekt dat de betreffende norm of regeling mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, oordeelt de Hoge Raad dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan en omgekeerd. Daarmee is nog niet gezegd dat de Hoge Raad in deze zaken oordeelt dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan, *omdat* positieve aanwijzingen ontbreken en omgekeerd. Ook materieel aansprakelijkheidsrechtelijke overwegingen als het flood gates-argument zouden een rol kunnen spelen. Afgaande op de motivering is het in mijn optiek echter wel aannemelijk, zij het in de ene zaak meer dan in de andere. Dat laat ik zien voor de ontkennende relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in Pfizer/Cosmétique (par. 5.3), Duwbak Linda (par. 5.4) en Iraanse vluchteling (par. 5.5) en zijn bevestigende relativiteitsoordeel in Vie d'Or (par. 5.6).

De relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in zes andere zaken situeren zich in wezen overwegend op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang. In deze zaken staat niet ter discussie dat de betreffende norm mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Wat in deze zaken wel ter discussie staat, is of het specifieke geschade belang van de benadeelde, die zich bij de rechter meldt, onder die individuele vermogensbelangen kan worden geschaard, mede in het licht van de omstandigheden van het geval. In deze zaken tekent zich een actieve opstelling af van de Hoge Raad. Hij maakt meer of minder kenbaar eigen keuzes, ook of juist als de wetgever op dit punt zwijgt. Ook deze relativiteitsoordelen laten zich daarom inpassen in

het model. Dat laat ik zien voor de relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in Astrazeneca/Menzis c.a. (par. 5.7) en Nabbe/Staalbankiers (par. 5.8) en voor zijn relativiteitsoordelen in Gemeente Barneveld/Gasunie (par. 5.9) en de hangmatzaak c.a. (par. 5.10).

De relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in twee Amsterdamse zaken over prostitutievergunningen laten zich daarentegen minder goed inpassen in het model. Hij kiest hier een minder terughoudende opstelling dan het model veronderstelt. De Hoge Raad houdt de mogelijkheid open dat de betreffende norm of regeling al dan niet onder bepaalde voorwaarden mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, zonder dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen daartoe. Een mogelijke verklaring is de bijzondere maatstaf die de Hoge Raad in deze zaken van overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn, respectievelijk voor door de bestuursrechter vernietigde besluiten hanteert bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid. Als gevolg daarvan doet zich een 'overloop' voor van het onrechtmatigheidsoordeel in het relativiteitsoordeel. Wat dat betreft hebben de relativiteitsoordelen in deze zaken een status aparte (par. 5.11). De balans die kan worden opgemaakt, is dat de rechtspraak van de Hoge Raad over de relativiteit van wettelijke normen zich grosso modo redelijk laat inpassen in het model (par. 5.12).

5.2 De neutrale maatstaf van de Hoge Raad

Om na te gaan of en in hoeverre de rechtspraak van de Hoge Raad over de relativiteit van wettelijke normen van grofweg de afgelopen tien jaar zich laat inpassen in het model, onderzoek ik eerst de maatstaf die hij in vijf van de twaalf zaken hanteert. De Hoge Raad presenteert deze maatstaf voor het eerst in Duwbak Linda:

> 'Bij de beantwoording van de vraag of voldaan is aan het in art. 6:163 BW neergelegde vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, komt het aan op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt.'[1]

In de hangmatzaak merkt de Hoge Raad deze maatstaf zelf ook aan als 'vaste rechtspraak'.[2] Al is dat opvallend genoeg tot op heden ook meteen de laatste

1 HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, *NJ* 2006/281, m.nt. Jac. Hijma (Duwbak Linda), r.o. 3.4.1.

2 HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief (hangmat), r.o. 4.3.1.

keer dat hij deze maatstaf heeft gehanteerd, zij het dat deze in verkorte vorm terugkeert in de manegepaardzaak.[3]

Terminologisch wijkt deze maatstaf deels af van de door mij voorgestelde definitie van het relativiteitsvereiste als het vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang.[4] De Hoge Raad volgt de feitelijke formulering van artikel 6:163 BW dat de geschonden norm strekt tot bescherming 'tegen de schade' van de benadeelde en formuleert zijn maatstaf dus niet in termen van het door de geschonden norm te beschermen *belang*. Zoals in het vervolg van dit hoofdstuk zal blijken, drukt de Hoge Raad zich bij zijn inhoudelijke relativiteitsoordelen vaak wel ten dele uit in termen van door de norm te beschermen belangen.

Op andere aspecten sluit de maatstaf van de Hoge Raad aan bij mijn definitie van het relativiteitsvereiste. De Hoge Raad laat het vereiste van relatieve onrechtmatigheid dat de onrechtmatige daad 'jegens' de benadeelde is gepleegd van artikel 6:162 lid 1 BW of, anders geformuleerd, dat de schending van de norm onrechtmatig is 'jegens' de benadeelde achterwege. Hij gaat in zoverre uit van een eenduidige definitie van het relativiteitsvereiste, zoals ik heb bepleit. Wat bovendien aansluit, is dat de Hoge Raad niet kiest voor een negatieve formulering van zijn maatstaf, zoals in artikel 6:163 BW, maar voor een positieve of, beter gezegd, neutrale formulering. Bij de toets aan het relativiteitsvereiste 'komt het aan op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt'.

Uit deze neutrale formulering zou bovendien voorzichtig kunnen worden afgeleid dat de Hoge Raad niet uitgaat van een generiek, voor alle wettelijke normen geldend 'vermoeden' van relativiteit. Althans niet in zijn rechtspraak van grofweg de afgelopen tien jaar.[5] Uit de maatstaf van de Hoge Raad

---

3 De Hoge Raad hanteert deze maatstaf behalve in Duwbak Linda in HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, *NJ* 2009/485, m.nt. M.R. Mok (Pfizer/Cosmétique II), r.o. 4.2.3; HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, *NJ* 2008/527 (Vie d'Or), m.nt. C.C. van Dam onder *NJ* 2008/529, r.o. 4.2.2; HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, *NJ* 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken (Astrazeneca/Menzis), r.o. 3.3.2 en hangmat, r.o. 4.3.1. In de laatste zaak spreekt de Hoge Raad overigens van 'aansprakelijkheidsnorm' in plaats van 'geschonden norm', nu in die zaak art. 6:174 BW inzet is van het relativiteitsoordeel. Zie nader par. 5.8. Vgl. HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162, r.o. 3.4.2 (manegepaard).

4 Zie par. 2.8-2.9.

5 Eerder was dat in mijn optiek overigens ook niet het geval. Anders Lankhorst 1992b, p. 44-45, die wijst op HR 5 januari 1951, *NJ* 1951/494, m.nt. Ph.A.N. Houwing (Grofru). De Hoge Raad oordeelt dat 'veeleer, nu van het tegendeel niet blijkt, moet worden aangenomen, dat de onderhavige – op het Organisatiebesluit Voedselvoorziening 1941 berustende – verordening, in het bijzonder art. 2, naast andere belangen, gelijk bijvoorbeeld die van de telers, ook de belangen van kopers, met name die van den groothandel in groenten en fruit, waaronder Grofru, beoogde te behartigen'. Ook hier oordeelt de Hoge Raad echter niet dat de betreffende verordening strekt tot bescherming van groothandel

spreekt in elk geval niet onmiddellijk dat hij steeds aanneemt dat de geschonden norm strekt tot bescherming van het geschade belang, behoudens aanwijzingen van de wetgever van het tegendeel.[6] Die indruk wordt bevestigd door het feit dat de Hoge Raad een dergelijk generiek vermoeden van relativiteit uitdrukkelijk verwerpt, naar aanleiding van de cassatieklacht van Astrazeneca c.s. in Astrazeneca/Menzis.[7] Hij merkt daarbij een dergelijk vermoeden aan als 'te beperkt' en 'dus onjuist',[8] onder verwijzing naar zijn vaste maatstaf. Ik bespreek dit relativiteitsoordeel later in dit hoofdstuk in meer detail.

De rechtspraak van de Hoge Raad laat zich dus in elk geval in zoverre inpassen in het model, dat hij bij het relativiteitsoordeel een neutraal vertrekpunt kiest. Verder valt op basis van zijn maatstaf voor dat oordeel niet veel te zeggen over de 'inpasbaarheid' van zijn rechtspraak in het model. Uit deze maatstaf blijkt dat in de optiek van de Hoge Raad bij de toets aan het relativiteitsvereiste niet alleen 'de strekking' van de geschonden norm, maar ook zijn 'doel' in aanmerking moet worden genomen. Op basis daarvan moet het beschermingsbereik van de norm worden vastgesteld, in termen van de drie dimensies van de door de norm te beschermen personen, typen schade en wijzen van ontstaan van de schade. Deze dimensies ontleent de Hoge Raad waarschijnlijk aan de wetsgeschiedenis van artikel 6:163 BW,[9] of aan het proefschrift van Lankhorst,[10] of aan beide.[11] De achtergrond van het onderscheid tussen 'het doel' en 'de strekking' van de geschonden norm is minder duidelijk. Het zou kunnen dat de Hoge Raad daarmee doelt op het onderscheid dat Lankhorst maakt tussen de vraag naar het beschermingsdoel en de vraag naar de beschermingsomvang, waarop ik mijn model voor het vaststellen van de relativiteit van wettelijke norm heb gebaseerd.[12] Aanknopingspunten dat de Hoge Raad daarop werkelijk doelt, heb ik echter niet kunnen vinden.

Grofru, bij gebreke van aanwijzingen van het tegendeel *in wetstekst en wetsgeschiedenis* van de verordening of het Organisatiebesluit die hier inzet zijn van het relativiteitsoordeel.

6 Zie par. 4.2.

7 In deze zin ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 129. Zie tevens t.a.v. Duwbak Linda, Gelpke 2005, p. 144 en t.a.v. Astrazeneca/Menzis J.B.M. Vranken, noot onder Astrazeneca/Menzis, *NJ* 2008/491, sub 13-14. Zie in meer algemene zin Leopold 2009, p. 52-53; Jurgens 2010, p. 112-113; Franssen & Van Tilborg 2015, p. 58. Vgl. minder stellig Groene Serie Onrechtmatige daad, art. 6:163 BW, aant. 5.2 en 6.1-6.2 (K.J.O. Jansen); Schueler 2005b, p. 98; Wiggers-Rust 2011, p. 137.

8 Astrazeneca/Menzis, r.o. 3.3.1-3.3.2. Zie nader par. 5.7. Impliciet doet de Hoge Raad hetzelfde in Pfizer/Cosmétique II, r.o. 4.2.2-4.2.3, waarover nader in par. 5.3.

9 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 637 (MvA II) en nader par. 4.2.

10 Zie Lankhorst 1992b, p. 101-102. In deze zin ook Lankhorst zelf: Lankhorst 2005, p. 118.

11 Zie voor een nadere bespreking van deze drie dimensies par. 4.2.

12 Later in zijn eigenlijke relativiteitsoordeel in Duwbak Linda, in r.o. 3.4.4, neemt de Hoge Raad ook het woord 'beschermingsomvang' in de mond, maar mijn indruk is dat hij deze term gebruikt in neutrale zin, als synoniem voor 'beschermingsbereik'.

De vraag is wat dan het nut is van deze tweedeling. Die vraag rijst ook bij Hijma. Hij zoekt het in het taalkundige onderscheid tussen het 'doel' van de norm als het 'oogmerk' waarmee de wetgever deze heeft uitgevaardigd en de 'strekking' van de norm als 'aanmerkelijk rijker begrip, dat verwijst naar de interpretatie van de norm en zodoende naar al hetgeen bij de wetsuitleg een rol kan spelen'. Zo opgevat overlappen beide begrippen, zodat volgens Hijma het begrip 'doel' achterwege kan worden gelaten.[13] Mij lijkt dat ook. Sterker nog, ik vraag mij af of hetzelfde niet geldt voor de maatstaf als geheel. Informatie over *hoe* de relativiteit van een wettelijke norm zou moeten worden vastgesteld, geeft deze niet of nauwelijks.[14] Hooguit blijkt daaruit *wat* vastgesteld moet worden en dat onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen de drie dimensies van de door de norm te beschermen personen, typen schade en wijzen van ontstaan van schade. De toegevoegde waarde van deze maatstaf lijkt zo vooral dat het een 'cue' is dat er een relativiteitsoordeel volgt. Wellicht is dat ook de reden van dat de Hoge Raad zijn maatstaf niet consequent bij al zijn relativiteitsoordelen voorop stelt.

Uit deze maatstaf valt verder dus niet veel af te leiden over de wijze waarop de Hoge Raad de relativiteit van wettelijke normen vaststelt. Om meer te kunnen zeggen over de vraag of zijn rechtspraak zich laat inpassen in het model, moeten daarom zijn relativiteitsoordelen afzonderlijk onder de loep worden genomen. Hoewel de Hoge Raad het model uiteraard niet hanteert en evenmin de fasering van Lankhorst, laten zijn relativiteitsoordelen in de twaalf zaken zich onderverdelen al naar gelang het relativiteitsoordeel zich in wezen situeert op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel of op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang. Het relativiteitsoordeel zou zich in de theorie van het model weliswaar steeds ofwel moeten beperken tot de vraag naar het beschermingsdoel, ofwel de vraag naar het beschermingsdoel en de vraag naar de beschermingsomvang moeten omvatten. Maar in de praktijk kan het mede om procesrechtelijke redenen ook voorkomen dat de rechter alleen gevraagd wordt zich uit te laten over de vraag naar de beschermingsomvang.

Staat in het relativiteitsoordeel de tegenstelling centraal tussen een als algemeen belang aan te merken belang enerzijds en op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen anderzijds, dan merk ik dat relativiteitsoordeel aan als relativiteitsoordeel dat zich situeert op het niveau van de abstracte vraag naar het beschermingsdoel. Dit is het geval bij de relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in Pfizer/Cosmétique, Duwbak Linda,

13 Jac. Hijma, noot onder Duwbak Linda, *NJ* 2006/281, sub 4, onder verwijzing naar Bloembergen 1965, nr. 122 en Lankhorst 1992b, p. 117 e.v. Instemmend Van der Wiel 2007, p. 188. Anders Franssen & Van Tilborg 2015, p. 60, die wel toegevoegde waarde zien in het onderscheid. Zij brengen dit onderscheid bovendien in verband met het onderscheid tussen de vraag naar het beschermingsdoel en de vraag naar de beschermingsomvang van Lankhorst, al spreken zij van 'beschermingsinhoud' en 'beschermingsbereik' (voetnoot 29).

14 In deze zin ook Verheij 2014, p. 97-98.

Iraanse vluchteling en Vie d'Or. Staat daarentegen de tegenstelling centraal tussen op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen enerzijds en het specifieke geschade belang van de benadeelde, die zich bij de rechter meldt, anderzijds, dan merk ik het relativiteitsoordeel aan als relativiteitsoordeel dat zich situeert op het niveau van de concrete vraag naar de beschermingsomvang. Dat is het geval in Astrazeneca/Menzis, Nabbe/Staalbankiers, Gemeente Barneveld/Gasunie en de hangmatzaak. In de nu volgende paragrafen bespreek ik de relativiteitsoordelen in deze volgorde – die dus licht afwijkt van de chronologische volgorde – nader. Te beginnen met de zaken waarin het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad zich situeert op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel.

5.3 Beschermingsdoel, geen relativiteit I: Pfizer/Cosmétique

Een van de zaken waarin het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad zich situeert op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel is de zaak van de rivaliserende fabrikanten van haargroeimiddelen Pfizer en Cosmétique, waarmee ik dit proefschrift opende. Inzet van het relativiteitsoordeel in deze zaak is de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening (WGV). Volgens Pfizer doet Cosmétique haar oneerlijke concurrentie aan, door in strijd met deze WGV de haargroeimiddelen Dercos en Kérastase op de markt te brengen als 'cosmeticum tegen haaruitval', zonder registratie als geneesmiddel.[15] Pfizer meent dat deze haargroeimiddelen wel degelijk over zo'n registratie zouden moeten beschikken, omdat deze hebben te gelden als geneesmiddelen. Zelf heeft Pfizer het haargroeimiddel Regaine, dat zij op de markt brengt, wel conform de WGV laten registreren als geneesmiddel. Pfizer vordert daarom een verbod voor Cosmétique ongeregistreerde haargroeimiddelen op de markt te brengen. Ook vordert Pfizer vergoeding van de omzet en winst, die zij stelt te hebben misgelopen doordat Cosmétique haar ongeregistreerde haargroeimiddelen op de markt heeft gebracht. Cosmétique bestrijdt dat het bij Dercos en Kérastase om geneesmiddelen gaat. Zij voert verder aan dat het relativiteitsvereiste aan toewijzing van de vorderingen van Pfizer in de weg staat.

De rechtbank wijst de vorderingen van Pfizer – destijds Upjohn geheten – inderdaad af, omdat de WGV 'slechts' strekt 'ter bescherming van het belang van de volksgezondheid' en niet ter bescherming van de 'commerciële belangen' van Pfizer.[16] Ook het eerste hof dat zich over de zaak buigt, komt tot afwijzing van de vorderingen, maar dan omdat de haargroeimiddelen van Cosmétique – destijds opererend als L'Oréal – geen geneesmiddelen zijn. Dit

15 HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, *NJ* 2009/485, m.nt. M.R. Mok (Pfizer/Cosmétique II), r.o. 3.1 (ii).

16 Geciteerd uit de samenvatting van Advocaat-Generaal Keus voor HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8178, *NJ* 2003/706, m.nt. G.R.J. de Groot (Pfizer/Cosmétique I), sub 1.5.

arrest van het hof wordt door de Hoge Raad echter vernietigd, onder meer omdat het hof niet op de juiste manier heeft vastgesteld of de haargroeimiddelen van Cosmétique geneesmiddelen zijn.[17] In de procedure na verwijzing oordeelt een tweede hof dat alleen het haargroeimiddel Dercos als geneesmiddel moet worden aangemerkt. Dit hof komt daarom weer toe aan de relativiteit van de WGV en velt opnieuw een ontkennend relativiteitsoordeel. De 'voornaamste doelstelling' van de richtlijn 1965/65/EG, die in de WGV is geïmplementeerd, is naar het oordeel van het hof dezelfde als die van de wetgever bij het opstellen van de WGV: het beschermen van 'de volksgezondheid', naast 'het geheel of ten dele opheffen van belemmeringen van het intracommunautaire handelsverkeer van farmaceutische producten'. De WGV 'bezit' niet de strekking 'de eerlijke mededinging tussen producenten of handelaren van geneesmiddelen te beschermen', aldus het hof.[18]

Ondanks dit ontkennende relativiteitsoordeel wijst het tweede hof de vorderingen van Pfizer deels toe, voor zover die zien op het haargroeimiddel Dercos. Dat doet dit hof op grond van de correctie-Langemeijer.[19] Het hof stelt daartoe eerst vast dat Dercos van Cosmétique en Regaine van Pfizer concurrerende producten zijn. Dercos is vergelijkbaar met Regaine, voor wat betreft onder meer verkrijgbaarheid bij de apotheek, prijs en presentatie als middel dat 'niet alleen haaruitval vermind[er]t maar het haar tijdens de groeifase ook doet toenemen', aldus het hof. Beide middelen zijn ook zonder recept bij de apotheek verkrijgbaar.[20] Vervolgens past het hof de correctie-Langemeijer toe. Cosmétique handelt naar zijn oordeel in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm en daarmee onrechtmatig, doordat zij Dercos als cosmetisch product op de markt brengt, het in strijd met de WGV niet als geneesmiddel heeft laten registreren en zich daarmee een 'voorsprong' verschaft op een concurrent. Deze geschonden ongeschreven zorgvuldigheidsnorm strekt bovendien naar het oordeel van het hof wel tot bescherming van het geschade belang van Pfizer. Dat blijkt uit zijn overweging in termen van het vereiste van relatieve onrechtmatigheid dat Cosmétique onrechtmatig handelt 'jegens' Pfizer, aan het slot van het onderstaande citaat:

> 'Naar het oordeel van het hof geeft het op de markt brengen van haar product Dercos als cosmetische product aan L'Oréal [Cosmétique] een voorsprong ten opzichte van Upjohn [Pfizer] die voor haar product Regaine de volgens de WGV vereiste registratie-procedure, met de daaraan verbonden kosten en daarmee gemoeid tijdverlies, heeft moeten volgen, terwijl het achterwege laten van registratie door L' Oréal [Cosmétique] in strijd is met artikel 3 WGV, nu Dercos van L'Oréal [Cosmétique] moet word[en] aangemerkt als geneesmiddel. Door Dercos als cosme-

17 Pfizer/Cosmétique I, r.o. 3.4-3.5.
18 Pfizer/Cosmétique II, hof r.o. 17.
19 In deze zin ook M.F. van der Mersch, noot onder Pfizer/Cosmétique II, *GJ* 2006/65. Zie over de correctie-Langemeijer nader par. 4.10.
20 Pfizer/Cosmétique II, hof r.o. 21.

> tisch product op de markt te brengen was en is L'Oréal [Cosmétique] bovendien niet gebonden is aan de beperkende regelgeving voor productie en distributie van en reclame voor geneesmiddelen. Van belang is voorts dat, zoals hierboven is overwogen, Regaine en Dercos concurrerende producten zijn.
> Mede gelet op deze bijkomende omstandigheden is het hof van oordeel dat de gedragingen van L'Oréal [Cosmétique] bestaande in het op de markt brengen van Dercos als cosmetisch product onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig is jegens Upjohn [Pfizer].'[21]

Pfizer neemt met de gedeeltelijke toewijzing van haar vorderingen geen genoegen en stelt opnieuw cassatieberoep in. Ten overstaan van de Hoge Raad beroept zij zich op het 'vermoeden' van relativiteit. Pfizer betoogt dat uit het feit dat de WGV beoogt de volksgezondheid te beschermen nog niet volgt dat deze wet dus niet beoogt de eerlijke mededinging te beschermen. Het vermoeden is daarmee niet weerlegd, zodat in de optiek van Pfizer moet worden aangenomen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan.[22] De Hoge Raad gaat hier niet uitdrukkelijk op in. Hij stelt zijn vaste maatstaf voor het relativiteitsoordeel voorop, stemt in met het ontkennende relativiteitsoordeel van het hof en verwerpt daarmee impliciet het beroep van Pfizer op het vermoeden van relativiteit. De Hoge Raad:

> 'Het hof heeft met zijn in rov. 17 vervatte oordeel de vorenbedoelde maatstaf niet miskend. 's Hofs oordeel, dat erop neerkomt dat de WGV, gelet op de parlementaire geschiedenis, zowel van de oorspronkelijke wet als van de wijzigingswet waarbij Richtlijn 65/65/EEG is geïmplementeerd (Wet van 8 december 1977, *Stb.* 692), en mede in het licht van de doelstellingen van de – hiervoor in 3.2 vermelde – Europese richtlijnen, slechts ertoe strekt de volksgezondheid te beschermen en dat de geschonden bepalingen van de WGV niet strekken tot bescherming tegen schade die producenten van of handelaren in geneesmiddelen hebben geleden door oneerlijke concurrentie, is juist.'[23]

Over de correctie-Langemeijer als zodanig spreekt de Hoge Raad zich niet uit. Wel verwerpt hij met een beroep op artikel 81 RO de klachten van Cosmétique in het door haar ingestelde incidentele cassatieberoep. Dat ziet onder

---

21 Pfizer/Cosmétique II, hof r.o. 22.

22 Pfizer/Cosmétique II, r.o. 4.2.2. Pfizer beroept zich er in de samenvatting van de Hoge Raad ook nog op dat 'wettelijke systemen' als de WGV 'die een activiteit verbieden maar onder bepaalde voorwaarden vergunningverlening mogelijk maken' vergunninghouders 'beschermen tegen beunhazen' zonder vergunning.

23 Pfizer/Cosmétique II, r.o. 4.2.3. De richtlijnen, waarnaar de Hoge Raad verwijst, zijn de Richtlijn 65/65/EEG van de Raad van 26 januari 1965 betreffende de aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake farmaceutische specialiteiten (PB 1965 nr. L022, p. 369). Deze is later vervangen door Richtlijn 2001/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik (PB 2001 nr. L311, p. 67).

meer op het oordeel van het hof dat de haargroeimiddelen Regaine van Pfizer en Dercos van Cosmétique concurrerende producten zijn. Dat oordeel ligt aan die correctie mede ten grondslag.[24]

Het ontkennende relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Pfizer/Cosmétique situeert zich op het niveau van de abstracte vraag naar het beschermingsdoel. Centraal staat de tegenstelling tussen een algemeen belang en op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen. De WGV beoogt wel het als algemeen belang aan te merken belang van 'de volksgezondheid' te beschermen, maar niet de individuele vermogensbelangen van 'producenten van of handelaren in geneesmiddelen' gevrijwaard te blijven van omzetderving 'door oneerlijke concurrentie'. Al formuleert de Hoge Raad het laatste niet in termen van belangen, maar in de feitelijke formulering van artikel 6:163 BW dat de WGV niet strekt tot bescherming 'tegen schade die producenten van of handelaren in geneesmiddelen hebben geleden door oneerlijke concurrentie'. De naam van Pfizer wordt door de Hoge Raad niet genoemd, evenmin als haar specifieke geschade belang, gevrijwaard te blijven van omzetderving doordat Cosmétique in strijd met de WGV haargroeimiddelen op de markt brengt zonder registratie als geneesmiddel. Het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad abstraheert daarmee van het concrete geval. Daaruit blijkt eveneens dat het zich situeert op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. De Hoge Raad oordeelt bovendien uitdrukkelijk dat de WGV uitsluitend ('slechts') het als algemeen belang aan te merken belang van de volksgezondheid beoogt te beschermen en dus geen enkel ander belang, waaronder welke individuele vermogensbelangen dan ook.[25]

In dit geval biedt de wetgever in wetstekst en wetsgeschiedenis van de WGV ook geen dekking voor de rechter om aan te nemen dat deze WGV mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, middels positieve aanwijzingen. De wetgever spreekt in de wetsgeschiedenis van de WGV juist met zoveel woorden uit dat deze wet uitsluitend het belang van de volksgezondheid beoogt te beschermen en dus geen individuele vermogensbelangen:

> 'Bij het ontwerpen van deze regeling heeft de gedachte voorgezeten, dat de wet op de Geneesmiddelenvoorziening slechts regelen zal dienen te geven voor zover de belangen van de volksgezondheid dit noodzakelijk maken.'[26]

Ook Advocaat-Generaal Keus constateert in zijn conclusie onder verwijzing naar deze passage dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Hij voegt

24 Pfizer/Cosmétique II, r.o. 5.

25 Zo ook Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven in zijn conclusie van 2 december 2005, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.6, die in dit verband eveneens constateert dat de Hoge Raad 'de relativiteitskwestie' in Pfizer/Cosmétique afdoet 'op basis van het beschermingsdoel van de wettelijke norm'.

26 *Kamerstukken I* 1951/52, 2479, nr. 3 (MvT), p. 7, aangehaald door Advocaat-Generaal Keus in zijn conclusie voor Pfizer/Cosmétique II, sub 2.10.

daaraan toe dat hetzelfde spreekt uit de considerans van Richtlijn 65/65/EEG. Daarin valt te lezen, zoals het hof oordeelde, dat 'elke regeling op het gebied van de produktie en de distributie van farmaceutische specialiteiten de bescherming van de volksgezondheid tot voornaamste doelstelling moet hebben'.[27] In de implementatiewet is daarnaast ook sprake van het door de wetgever specifieker geachte belang van 'de geneesmiddelenvoorziening'.[28] Ook dat belang is echter als algemeen belang aan te merken.

Resumerend situeert het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Pfizer/Cosmétique zich op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. Hij oordeelt dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan, terwijl dekking middels positieve aanwijzingen ontbreekt op basis waarvan de rechter in zijn terughoudende opstelling bij de vraag naar het beschermingsdoel kan aannemen dat de WGV mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. In zoverre laat dit relativiteitsoordeel zich inpassen in het model. Of de Hoge Raad ook tot zijn ontkennende relativiteitsoordeel komt, *omdat* positieve aanwijzingen in wetstekst en wetsgeschiedenis van de WGV en de onderliggende richtlijnen ontbreken, is niet met zekerheid te zeggen zolang we niet in raadkamer kunnen kijken. Mij lijkt dit echter wel degelijk het geval.[29] De motivering van de Hoge Raad beperkt zich tot een verwijzing naar wetstekst en wetsgeschiedenis van de WGV en de daarin geïmplementeerde richtlijnen. Het hierboven weergegeven citaat uit de wetsgeschiedenis van de WGV toont bovendien hoezeer de Hoge Raad een heteronoom oordeelt velt.[30] Dit alles maakt zijn relativiteitsoordeel in Pfizer/Cosmétique het meest afgetekende voorbeeld van een relativiteitsoordeel dat zich situeert op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel en zich laat inpassen in het model. Dezelfde analyse kan evenwel worden gemaakt voor Duwbak Linda en Iraanse vluchteling. Dat laat ik nu zien.

5.4 Beschermingsdoel, geen relativiteit II: Duwbak Linda

Aanleiding tot het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Duwbak Linda geeft het zinken van een duwbak genaamd 'Linda', midden in de nacht in een grindgat in de Maas nabij Kinrooij, België.[31] Schepen van de baggercombi-

27 Richtlijn van de Raad van 26 januari 1965 betreffende de aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake farmaceutische specialiteiten (65/65/EEG), Pb. EG 1965, p. 369. In dezelfde zin Richtlijn 2001/83/EG, Pb. EG L 311, p. 67, considerans 2 en 3.

28 *Kamerstukken II* 1972/73, 12 448, nr. 3 (MvT), p. 7.

29 Zo ook Di Bella 2014, p. 130.

30 Zie in dezelfde zin over twee bepalingen van de Geneesmiddelenwet, die de WGV heeft vervangen, Hof Arnhem 23 september 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BF3594, *JGR* 2008/41, m.nt. Vollebregt (Lichtwer Pharma/Norgine), r.o. 27.

31 In appel komt vast te staan dat de zaak moet worden afgedaan naar Nederlands recht. HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, *NJ* 2006/281, m.nt. Jac. Hijma (Duwbak Linda), hof r.o. 6.

natie van Van Hasselt's Baggermij B.V., waaraan de Linda ligt afgemeerd om te worden beladen met zand, raken hierbij beschadigd. Het betreft de zandsorteerinstallatie Annette, de emmerbaggermolen Vrouwe Johanna en de ponton met zandwasinstallatie Moonlight.[32] De Linda blijkt gezonken door lekkage als gevolg van corrosie van de bodemplaten, die weer het gevolg is van slecht onderhoud.[33] Baggeraar Van Hasselt wil haar schade vergoed zien en spreekt de eigenaar van de duwbak aan.[34]

Daarmee volstaat Van Hasselt echter niet. Zij spreekt ook het particulier keuringsbureau Van Duijvendijk en de Staat aan. Volgens Van Hasselt hebben dit keuringsbureau en de Staat de Linda ruim een jaar eerder ten onrechte door de scheepskeuring op grond van het Reglement onderzoek schepen op de Rijn 1975 (RosR) laten komen. Deze keuring is zowel uitgevoerd door een expert van het keuringsbureau, als door een expert van de Scheepvaartinspectie.[35] Het keuringsbureau en de Staat hebben daarmee volgens Van Hasselt een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm geschonden: de norm dat de keuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht. Van Hasselt verwijt de Staat daarnaast ook rechtstreeks in strijd met het RosR te hebben gehandeld, doordat hij op basis van de onzorgvuldige keuring het certificaat van onderzoek voor de Linda heeft verlengd. De duwbak bleef daarmee toegelaten tot het scheepvaartverkeer.

De rechtbank wijst de vorderingen van Van Hasselt af. Dat doet ook het hof, op verschillende gronden, waaronder de grond dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan.[36] Het hof velt separate relativiteitsoordelen ten aanzien van het keuringsbureau en de Staat, die evenwel op hetzelfde neerkomen. De keuring en certificering op grond van het RosR en de voorschriften van het RosR beogen geen individuele vermogensbelangen te beschermen, aldus het hof. Ik citeer hier zijn relativiteitsoordeel ten aanzien van de Staat:

> 'Het keuren van binnenschepen en het afgeven c.q. verlengen van een certificaat van onderzoek op grond van het Reglement Onderzoek Schepen op de Rijn vinden

32 Duwbak Linda, r.o. 3.1 (vi).

33 Duwbak Linda, r.o. 3.1 (ix).

34 Deze procedure blijft hier verder buiten beschouwing. Uit het arrest van het hof, r.o. 5, valt op te maken dat in deze procedure debat ontstaat over eventuele medeschuld van baggeraar Van Hasselt vanwege de (on)deugdelijkheid van de koppelingen tussen de verschillende schepen van zijn baggercombinatie.

35 Duwbak Linda, r.o. 3.1 (ii-iii).

36 Naar het oordeel van het hof is bovendien niet gebleken dat het onderzoek van de Linda door de expert van het keuringsbureau niet aan de regelen der kunst voldeed, noch dat de Linda zich ten tijde van de keuring ook al in de slechte staat van onderhoud bevond, waardoor zij kon zinken. Ook de vereisten van onrechtmatigheid en causaal verband staan daarom aan aansprakelijkheid van het keuringsbureau in de weg (Duwbak Linda, hof r.o. 9.5). Ten aanzien van de Staat laat het hof in het midden of het onderzoek door diens expert van het 'lenssysteem' van de Linda onzorgvuldig is geweest. Het is het hof niet gebleken dat dit 'al dan niet falend' systeem werd gebruikt op het moment dat de Linda zonk (Duwbak Linda, hof r.o. 10.4).

> plaats ter behartiging van het algemeen belang, het belang van de algemene veiligheid van de vaart en niet ter bescherming van het individuele vermogensbelang. De voorschriften van het Reglement die de Staat volgens Van Hasselt bij het verlengen van het onderhavige certificaat zou hebben geschonden, strekken derhalve niet tot bescherming tegen vermogensschade zoals die Van Hasselt stelt te hebben geleden.'[37]

Noch de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht, noch het RosR zelf strekken naar het oordeel van het hof dus tot bescherming van het geschade belang van baggeraar Van Hasselt. Aan zijn relativiteitsoordeel ten aanzien van het keuringsbureau voegt het hof min of meer als overweging ten overvloede beschouwingen toe over de aard en status van de keuring en certificering. De keuring is geen garantie voor veiligheid, aldus het hof. De verantwoordelijkheid van de overheid voor de veiligheid van het scheepvaartverkeer doet bovendien niet af aan de verantwoordelijkheid van de scheepseigenaar zelf.[38]

Baggeraar Van Hasselt procedeert door. In cassatie voert zij aan dat de norm dat de keuring zorgvuldig moet worden verricht wel degelijk ook strekt ter voorkoming van scheepsongevallen en daarmee tot het voorkomen van haar schade. Ook wijst Van Hasselt op de bijzondere omstandigheden dat een eerdere aanvraag van een certificaat van onderzoek voor de Linda werd ingetrokken en dat de duwbak ten tijde van de keuring 32 jaar oud was, zodat extra zorgvuldigheid geboden was. Tevergeefs, want de Hoge Raad stemt in met het relativiteitsoordeel van het hof. Anders dan het hof doet de Hoge Raad de zaak enkel af op het relativiteitsvereiste. Hij velt één relativiteitsoordeel ten aanzien van het keuringsbureau en de Staat, waarin als geschonden norm de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm centraal staat dat de keuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht. Om de relativiteit van deze ongeschreven zorgvuldigheidsnorm vast te stellen, grijpt de Hoge Raad evenwel terug op de relativiteit van het RosR en de Herziene Rijnvaartakte, als verdrag waarop het RosR is gebaseerd. Althans, als het onderscheid dat de Hoge Raad in de nu te citeren rechtsoverweging maakt tussen 'de algemene norm' en 'de gedragsnorm' zo wordt gelezen dat hij met deze 'algemene norm' doelt op de relativiteit van het RosR en met de 'gedragsnorm' op de ongeschre-

37 Duwbak Linda, hof r.o. 10.2. Zie t.a.v. van het keuringsbureau hof r.o. 9.2.
38 Duwbak Linda, hof r.o. 9.3.

ven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring zorgvuldig moet worden verricht.[39] De Hoge Raad:

> 'Gelet op de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.8.1 tot en met 4.20 vermelde gegevens met betrekking tot de Herziene Rijnvaartakte en het RosR en enige andere regelingen op het gebied van de bevordering van de veiligheid van het scheepvaartverkeer, heeft het hof kennelijk en terecht geoordeeld dat het RosR en de daarin voorziene eis van een certificaat van onderzoek beogen de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer te bevorderen, waaronder uiteraard mede is te verstaan het voorkomen van ongevallen als gevolg van ondeugdelijkheid van de aan het Rijnvaartverkeer deelnemende vaartuigen, waarvoor het certificaat van onderzoek is vereist. In 's hofs oordeel ligt besloten *dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen deze algemene norm en de gedragsnorm die volgens de stellingen van Van Hasselt door Van Duijvendijk en de Staat zou zijn geschonden en die betrekking heeft op de zorgvuldigheid waarmee het aan de afgifte of het verlengen van het certificaat ten grondslag liggende onderzoek moet worden verricht*. Ook deze eis van zorgvuldigheid bij het overeenkomstig het RosR uit te voeren onderzoek beoogt bij te dragen aan het bevorderen van de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer, maar dat wil niet zeggen dat de aan het onderzoek te stellen eisen van zorgvuldigheid strekken tot bescherming van het individuele vermogensbelang van derden die schade lijden doordat een onvoldoende zorgvuldig gekeurd schip een ongeval veroorzaakt.'[40]

Ik lees deze rechtsoverweging zo dat de Hoge Raad eerst de relativiteit van het RosR vaststelt, onder verwijzing naar het onderzoek van wetstekst en wetsgeschiedenis van het RosR, de Herziene Rijnvaartakte en andere regelingen door Advocaat-Generaal Spier in diens conclusie. Het RosR beoogt 'de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer te bevorderen'. Daaraan voegt de Hoge Raad toe dat onder deze veiligheid 'uiteraard' ook het 'voorkomen van ongevallen' moet worden begrepen. Hierna vult hij de relativiteit van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht als het ware in met de relativiteit van het RosR.[41] Ook deze ongeschreven zorgvuldigheidsnorm beoogt 'bij te dragen

39 In deze zin bijv. ook B. Meijer & De Wit 2005, p. 184-185; Schueler 2005b, p. 98; Schild & De Jongh 2007, p. 148. Vgl. Jac. Hijma, noot onder Duwbak Linda, *NJ* 2006/281, sub 6, die in de algemene norm 'nauwelijks' een norm ziet, maar een 'algemeen, op macroniveau geformuleerd doel'. In zijn optiek kan 'houvast' voor het relativiteitsoordeel echter alleen op het 'microniveau' worden gevonden 'van de wettelijke regeling waarin de litigieuze gedragsnorm is neergelegd'. Hijma meent verder dat de Hoge Raad de 'onrechtmatigheidsrubrieken min of meer in één greep' neemt (sub 9). Vgl. ook F.J. van Ommeren, noot onder Duwbak Linda, *AB* 2005/127, sub 3, die de gedragsnorm van de Hoge Raad aanmerkt als 'toezichts- oftewel (…) onderzoeksnorm'.

40 Duwbak Linda, r.o. 3.4.2 (cursivering toegevoegd).

41 Vgl. Beck 2010, p. 244, die er vanuit lijkt te gaan dat de Hoge Raad twee separate, inhoudelijk gescheiden relativiteitsoordelen velt over het RosR en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring zorgvuldig moet worden verricht. Vgl. ook de conclusie van Staatsraad

aan het bevorderen van de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer', zoals de Hoge Raad het iets voorzichtiger formuleert. Maar dat 'wil niet zeggen' dat deze ongeschreven zorgvuldigheidsnorm strekt 'tot bescherming van het individuele vermogensbelang van derden die schade lijden doordat een onvoldoende zorgvuldig gekeurd schip een ongeval veroorzaakt', aldus de Hoge Raad in de laatste zin van de hierboven weergegeven rechtsoverweging.

Het teruggrijpen van de Hoge Raad op de relativiteit van het RosR teneinde de relativiteit vast te stellen van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht, ligt bij een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm als de onderhavige voor de hand. Het gaat om een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die op een wettelijke regeling is geënt: de norm dat de keuring *op grond van het RosR* zorgvuldig moet worden verricht. Dit teruggrijpen laat zich ook dogmatisch inpassen. Ongeschreven zorgvuldigheidsnormen strekken, aldus de Hoge Raad in Staat/Shell, 'uitsluitend ter bescherming van belangen van anderen waarop de dader bedacht moest zijn'.[42] Het is dan niet vreemd de belangen waarop degene bedacht moet zijn, die de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm schendt dat de keuring en certificering op grond van het RosR zorgvuldig moeten worden verricht, gelijk te stellen aan de belangen die dit RosR beoogt te beschermen.[43]

In het vervolg van zijn oordeel komt de Hoge Raad tot de conclusie dat de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht inderdaad niet beoogt het 'individuele vermogensbelang van derden die schade lijden doordat een onvoldoende zorgvuldig gekeurd schip een ongeval veroorzaakt' te beschermen. Zoals hij in de hierboven geciteerde rechtsoverweging al suggereert ('maar dat wil niet zeggen...'). De Hoge Raad constateert dat uit het RosR, de Herziene Rijnvaartakte en aanverwante regelingen niet blijkt dat deze regelingen dit individuele vermogensbelang beogen te beschermen, opnieuw onder verwijzing naar de conclusie van Advocaat-Generaal Spier. De Hoge Raad:

> 'Aan de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.8.1 tot en met 4.20 vermelde gegevens met betrekking tot de Herziene Rijnvaartakte en het RosR en enige andere regelingen op het gebied van de bevordering van de veiligheid van het scheepvaartverkeer kan niet worden ontleend dat deze regelingen mede strekken tot bescherming van het individuele vermogensbelang van de hiervoor aan het slot van 3.4.2 bedoelde derden [derden 'die schade lijden doordat een onvol-

Advocaat-Generaal Widdershoven van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.6 en 3.14, die eveneens onderscheid maakt tussen de relativiteitsoordelen t.a.v. van het RosR en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, maar zich niet uitlaat over een eventueel inhoudelijk verband tussen beide.

42 HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1460, *NJ* 1996/196, m.nt. C.J.H. Brunner (Staat/Shell), r.o. 3.8.4. Zie eerder par. 2.9.

43 In deze zin ook Van der Wiel 2007, p. 189.

> doende zorgvuldig gekeurd schip een ongeval veroorzaakt'; PWdH] en dat derhalve de Staat of het particuliere onderzoeksbureau dat in dit verband het schip ten behoeve van de Staat heeft onderzocht, voor de onderhavige schade aansprakelijk zou zijn te stellen.'[44]

In navolging van en onder verwijzing naar het hof voegt de Hoge Raad daaraan beschouwingen toe over de aard en status van de keuring en de verhouding van de verantwoordelijkheden van de overheid en de scheepseigenaar. Deze beschouwingen komen er evenals bij het hof op neer dat keuring en certificering geen garantie bieden voor veiligheid. Verder overweegt de Hoge Raad dat de 'betrokkenheid' van de Staat bij de keuring en certificering van schepen, voortvloeiend uit de 'algemene verantwoordelijkheid van de overheid voor de veiligheid van het scheepvaartverkeer', aan de eigen verantwoordelijkheid van de eigenaar niet afdoet:

> 'Hierbij is in aanmerking te nemen dat de betrokkenheid van de Staat bij de afgifte van het certificaat van onderzoek en de daarvoor vereiste keuring van schepen voortvloeit uit de algemene verantwoordelijkheid van de overheid voor de veiligheid van het scheepvaartverkeer. Die betrokkenheid neemt niet weg dat het de eigenaar van het schip is die voor de deugdelijkheid en veiligheid van het schip bij de exploitatie en de deelname aan het verkeer en voor een regelmatige controle en onderhoud van het schip verantwoordelijk blijft, zoals het hof in rov. 9.3 terecht heeft overwogen. Het vereiste van een periodiek te verlengen certificaat van onderzoek en de in dat kader te verrichten keuringen hebben vooral deze functie, dat zij de naleving van de verplichting van de eigenaar het schip in een deugdelijke en veilige staat te houden bevorderen en daarop een zekere controle mogelijk maken. Het certificaat geeft echter, zoals het hof eveneens met juistheid overwoog, geen garantie voor (een gedurende de periode waarvoor het is verleend blijvende) deugdelijkheid van het schip. Indien zich (kortere of langere tijd na een keuring) een ongeval met het schip voordoet dat (mede) wordt veroorzaakt door ondeugdelijkheid of onveiligheid van het schip die bij een zorgvuldig uitgevoerde keuring aan het licht had moeten komen, dan berust de aansprakelijkheid van de eigenaar voor de dientengevolge door een derde geleden vermogensschade niet daarop dat hij ondanks een ondeugdelijk uitgevoerde keuring het schip in de vaart heeft gehouden, maar op het feit dat hij verantwoordelijk is voor de deugdelijkheid en veiligheid van het schip.'[45]

Dit alles brengt de Hoge Raad tot zijn uiteindelijke oordeel over de relativiteit van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht, die het keuringsbureau en de Staat volgens baggeraar Van Hasselt hebben geschonden. De Hoge Raad drukt zich op dit punt gekomen niet langer uit in termen van te beschermen belangen,

44 Duwbak Linda, r.o. 3.4.3.
45 Duwbak Linda, r.o. 3.4.3.

maar in termen van schade waartegen de norm beoogt te beschermen, in lijn met artikel 6:163 BW:

> 'Tegen deze achtergrond moet worden geoordeeld dat de uit de algemene verantwoordelijkheid van de Staat voor een veilig scheepvaartverkeer voortvloeiende verplichting bij de keuring van schepen met het oog op de afgifte of verlenging van een certificaat van onderzoek zorgvuldig te werk te gaan, *niet de strekking heeft een in beginsel onbeperkte groep van derden te beschermen tegen de vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan doordat de ondeugdelijkheid en onveiligheid van het schip bij de door of onder verantwoordelijkheid van de Staat verrichte keuring ten onrechte niet aan het licht is gekomen*. Aan de omstandigheid dat de keuring onvoldoende zorgvuldig heeft plaatsgevonden, kunnen derden dan ook niet een aanspraak tot vergoeding van vermogensschade jegens de Staat of de voor het verrichten van de keuring ingeschakelde particuliere onderzoeksbureaus ontlenen.'[46]

De 'verplichting bij de keuring van schepen met het oog op de afgifte of verlenging van een certificaat van onderzoek zorgvuldig te werk te gaan' heeft naar het oordeel van de Hoge Raad niet 'de strekking' een 'in beginsel onbeperkte groep van derden te beschermen tegen de vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan doordat de ondeugdelijkheid en onveiligheid van het schip bij de door of onder verantwoordelijkheid van de Staat verrichte keuring ten onrechte niet aan het licht is gekomen'. Aldus staat het relativiteitsvereiste aan aansprakelijkheid van het keuringsbureau en de Staat in de weg voor de schending van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht.

Dan volgt een nabrander. De Hoge Raad geeft aan dat hij bij dit relativiteitsoordeel de specifieke omstandigheden van het geval buiten beschouwing heeft gelaten, waaronder de omstandigheden waarop baggeraar Van Hasselt zich beroept:

> 'Het voorgaande is gegrond op de beperkte beschermingsomvang van de volgens Van Hasselt geschonden norm op het punt van de bij het onderzoek in acht te nemen zorgvuldigheid. Dit brengt mee dat in beginsel niet van belang is of er redenen waren de duwbak extra kritisch te onderzoeken, bijvoorbeeld omdat deze ten tijde van de keuring 32 jaar oud was of omdat eerder was afgezien van een verzoek om verlenging van het certificaat van onderzoek.'[47]

Deze bijzondere omstandigheden neemt de Hoge Raad vervolgens alsnog separaat in beschouwing, in een correctie-Langemeijer-achtige exercitie. Voor de 'echte' correctie is hier geen ruimte. In cassatie staat als (beweerdelijk)

46 Duwbak Linda, r.o. 3.4.3.
47 Duwbak Linda, r.o. 3.4.4.

geschonden norm de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm centraal dat de keuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht en niet de rechtstreekse schending van het RosR of een specifieke norm uit dat RosR. Het is daarom niet mogelijk de omstandigheid dat een wettelijke norm is geschonden mee te wegen bij het oordeel dat het keuringsbureau en de Staat mede gelet op de overige omstandigheden van het geval een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm hebben geschonden, die wel strekt tot bescherming van het geschade belang van baggeraar Van Hasselt, zoals de correctie-Langemeijer wil.[48] Hooguit kan worden nagegaan of de aangesproken partij naast de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring op grond van het RosR onzorgvuldig is verricht nog een andere ongeschreven zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden, die wel strekt tot bescherming van het geschade belang van de benadeelde. De Hoge Raad gaat in deze zin na of het keuringsbureau en de Staat 'los van de gestelde schending van de verplichting het aan de verlenging van het certificaat ten grondslag liggende onderzoek zorgvuldig uit te voeren' onrechtmatig hebben gehandeld jegens Van Hasselt. Dat blijkt niet het geval:

> 'Deze omstandigheden zijn ook onvoldoende om het oordeel te rechtvaardigen dat Van Duijvendijk [het keuringsbureau; PWdH] en de Staat, ook los van de gestelde schending van de verplichting het aan de verlenging van het certificaat ten grondslag liggende onderzoek zorgvuldig uit te voeren, jegens Van Hasselt als deelnemer aan het scheepvaartverkeer onrechtmatig hebben gehandeld.'[49]

De Hoge Raad velt dus ook in Duwbak Linda een ontkennend relativiteitsoordeel. Evenals zijn relativiteitsoordeel in Pfizer/Cosmétique situeert het zich op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. Centraal staat de tegenstelling tussen een algemeen belang en op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen. Het RosR en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring zorgvuldig moet worden verricht, beogen het als algemeen belang aan te merken belang van de 'veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer' te beschermen, maar niet het 'individuele ver-

48 Vgl. Jac. Hijma, noot onder Duwbak Linda, *NJ* 2006/281, sub 9-10, die wel van een reguliere correctie-Langemeijer lijkt uit te gaan, maar het onderhavige geval ook onderscheidt van dat van HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, *NJ* 1961/568 (Tandartsen I). Zie in vergelijkbare zin Gelpke 2005, p. 144. Vgl. Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven, volgens wie in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.14 'principieel' onderscheid moet worden gemaakt tussen zaken waarin de correctie-Langemeijer aan de orde is en zaken waarin het – zoals in Duwbak LInda – gaat 'om de zorgvuldigheidsnorm sec'. Widdershoven doelt daarmee echter niet (specifiek) op de nabrander in r.o. 3.4.4, maar op het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in r.o. 3.4.2-3.4.3. Zie eveneens in meer algemene zin Moesker 2007, p. 215, volgens wie in algmene zin Duwbak Linda 'geen plaats [is] ingeruimd' voor de correctie-Langemeijer. Ook Van Dunné 2007, p. 128 meent dat de Hoge Raad zich hiervoor niet 'gevoelig' toont.

49 Duwbak Linda, r.o. 3.4.4.

mogensbelang' van 'derden die schade lijden doordat een onvoldoende zorgvuldig gekeurd schip een ongeval veroorzaakt'. Zij het dat de Hoge Raad zich ten aanzien van de relativiteit van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm uiteindelijk niet uitdrukt in termen van belangen, maar in termen van schade waartegen de norm beoogt te beschermen, in lijn met artikel 6:163 BW.

De formulering van het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Duwbak Linda is minder categorisch dan in Pfizer/Cosmétique. Hij oordeelt in Duwbak Linda niet met zoveel woorden dat het RosR en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm *uitsluitend* een algemeen belang beogen te beschermen, zoals hij in Pfizer/Cosmétique oordeelt dat de WGV 'slechts' het als algemeen belang aan te merken belang van 'de volksgezondheid' beoogt te beschermen. Strikt genomen laat het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Duwbak Linda daarom de mogelijkheid open dat het RosR en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring zorgvuldig moet worden verricht wel de individuele vermogensbelangen beogen te beschermen van personen die geen 'derde' zijn bij de keuring. Zoals in dit geval de eigenaar van de Linda. Het ligt echter niet zonder meer voor de hand dat de eigenaar de schending van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring op grond van het RosR van de Linda onzorgvuldig moet worden verricht, wel zou kunnen inroepen als zelfstandige grondslag voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.[50] Dit Hoge Raad benadrukt immers de eigen verantwoordelijkheid van de eigenaar voor de deugdelijkheid en veiligheid van diens schip.[51]

Een andere mogelijkheid die de Hoge Raad openlaat, is dat het RosR wel strekt tot bescherming van derden die op andere wijze schade lijden dan doordat 'een onvoldoende zorgvuldig gekeurd schip een ongeval veroorzaakt'.[52] Te denken is aan de individuele vermogensbelangen van derden

---

50 Afgezien nog van eventuele samenloopproblemen voor zover een overeenkomst van opdracht tot keuring bestaat tussen de eigenaar en het particuliere keuringsbureau.

51 Zie in ontkennende zin het hof in zijn relativiteitsoordeel t.a.v. het keuringsbureau, Duwbak Linda hof r.o. 9.2. Zie tevens Hof Arnhem 4 mei 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM5137, *NJF* 2010/262 (ingestort parkeerdek), r.o. 4.17-4.18. Het hof oordeelt dat het bouw- en woningtoezicht door de gemeente o.g.v. de Woningwet (oud) niet strekt tot bescherming van het geschade belang van de houder van een overtreden en dus onvoldoende gehandhaafde bouwvergunning, nu op die houder 'primair de verantwoordelijkheid rust om de geldende bouwvoorschriften na te leven'. Deze casus is wel 'bonter' dan Duwbak Linda, omdat de vergunninghouder op herhaalde verzoeken van de gemeente om de situatie in overeenstemming te brengen met de regels niet inging. Zie instemmend met het oordeel van het hof Beck 2010, p. 245.

52 In de literatuur wordt ook rekening gehouden met de mogelijkheid dat de Hoge Raad hier oordeelt dat het RosR, de Herziene Rijnvaartakte en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm niet beogen de individuele vermogensbelangen van derden te beschermen voor zover zij opkomen voor vergoeding van 'vermogensschade' in de enge zin van 'zuivere vermogensschade': schade die niet bestaat in personen- of zaaksschade. In deze zin Giesen 2015, p. 278. Hij lijkt er n.a.v. Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI.NL.RBDHA.2015.1061 (schietpartij Alphen), waarover in par. 7.7, vanuit te gaan dat de term 'vermogensbelangen' in het relativiteitsoordeel in Duwbak Linda alleen ziet op dergelijke zuivere vermogensschade.

die schade lijden doordat een schip een ongeval veroorzaakt dat niet aan de technische vereisten van het RosR voldoet. Zulke derden zouden in een zaak tegen de eigenaar van het schip dan de eventuele schending van dergelijke RosR-normen door die eigenaar wellicht kunnen inroepen als zelfstandige grondslag voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.[53]

Hoewel het niet valt uit te sluiten dat de Hoge Raad deze mogelijkheid of mogelijkheden heeft willen openlaten, meen ik dat zijn relativiteitsoordeel niet zo moet worden opgevat. Het had dan voor de hand gelegen dat de Hoge Raad de eventuele wél te beschermen individuele vermogensbelangen zou hebben benoemd en het niet te beschermen specifieke geschade belang van Van Hasselt dáártegen zou hebben afgezet, in plaats van tegen het algemeen belang van de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer. In de literatuur wordt het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad ook opgevat in de categorische zin dat het RosR en de Herziene Rijnvaartakte in het geheel geen 'vermogensbelangen van individuele burgers' beogen te beschermen.[54] Ook het hof formuleert zijn ontkennende relativiteitsoordeel in elk geval ten aanzien van de Staat in de categorische zin dat de keuring en certificering op grond van het RosR niet strekt 'ter bescherming van het individuele vermogens-

---

Vgl. Beck 2010, p. 244, die deze mogelijkheid openhoudt. Reden hiervoor lijkt dat de Hoge Raad de term 'vermogensschade' gebruikt in zijn uiteindelijke oordeel over de relativiteit van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Mij lijkt dat echter niet moet worden aangenomen dat het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad zich beperkt tot zuivere vermogensschade, omdat de Hoge Raad zich in zijn daaraan voorafgaande overwegingen steeds uitdrukt in termen van individuele vermogensbelangen en Van Hasselt in deze zaak naar ik aanneem ten minste ook mede opkomt voor vergoeding van zaaksschade aan de schepen van zijn baggercombinatie en niet alleen voor zuivere vermogensschade. Het lijkt mij daarom dat de Hoge Raad de term 'vermogensschade' hanteert in de ruime zin van art. 6:95 BW en deze term dus zowel personen-, zaaks-, als zuivere vermogensschade omvat. In deze zin ook Jac. Hijma, noot onder Duwbak Linda, *NJ* 2006/281, sub 8 en, voorzichtiger, F.J. van Ommeren, noot onder Duwbak Linda, *AB* 2005/127, sub 3. Ook Di Bella 2014, p. 135-136 lijkt ervan uit te gaan dat het relativiteitsoordeel in Duwbak Linda ziet op alle typen schade, gezien haar kritiek op het feit dat '[n]ormaliter (...) de relativiteit ruim [wordt] genomen bij normen die beschermen tegen letselschade'.

53 Mogelijk ziet de Hoge Raad wat dat betreft een aanknopingspunt in de bepalingen over de 'Rijnvaartrechtbanken' in de Herziene Rijnvaartakte, die ook Advocaat-Generaal Spier signaleert in zijn conclusie, sub 4.9, waarnaar de Hoge Raad verwijst. Spier ziet daarin een mogelijke, maar niet 'dwingende' (sub 4.22) contra-indicatie dat de wetgever met de Herziene Rijnvaartakte en dus ook het daarop gebaseerde RosR niet heeft bedoeld overheidsaansprakelijkheid bij onzorgvuldige keuringen in het leven te roepen.

54 In deze zin ook M. Scheltema 2006, p. 43 en Hartlief 2006, p. 800; Van den Berge 2012, p. 66-67. Zie tevens Schueler 2006, p. 217, die in dit verband weinig enthousiast spreekt van 'Schutznorm-nieuwe stijl'. Ook Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven gaat hiervan uit in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.6, waarin hij het relativiteitsoordeel in Duwbak Linda aanmerkt als door de Hoge Raad afgedaan 'op basis van het beschermingsdoel van de wettelijke norm'. Vgl. Wiggers-Rust 2011, p. 132-133.

belang' in algemene zin.[55] De Hoge Raad stemt uiteindelijk met dit oordeel van het hof in.

Ook het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Duwbak Linda moet daarom worden aangemerkt als relativiteitsoordeel dat zich situeert op het niveau van de abstracte vraag naar het beschermingsdoel. Dat blijkt er ook uit dat het inderdaad abstraheert van het concrete geval. De naam van baggeraar Van Hasselt noemt de Hoge Raad niet in zijn eigenlijke relativiteitsoordeel. Evenmin noemt de Hoge Raad het specifieke geschade belang van Van Hasselt, gevrijwaard te blijven van schade aan zijn schepen door het zinken van de – beweerdelijk – onzorgvuldig gekeurde Linda. De naam van baggeraar Van Hasselt valt pas en haar specifieke geschade belang wordt pas genoemd in de nabrander bij het relativiteitsoordeel en de correctie-Langemeijer-achtige exercitie die de Hoge Raad in die nabrander uitvoert.

Evenals in Pfizer/Cosmétique ontbreekt in Duwbak Linda dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen in wetstekst en wetsgeschiedenis dat het RosR en de Herziene Rijnvaartakte mede individuele vermogensbelangen beogen te beschermen. Al bevatten deze regelingen niet één specifieke passage waaruit dat met zoveel woorden blijkt, zoals de in de vorige paragraaf besproken passage in de wetsgeschiedenis uit de WGV. Uit het RosR valt in mijn optiek af te leiden dat het de bedoeling van de wetgever is dat bepaalde schepen die de Rijn bevaren (art. 1.02) aan bepaalde voorschriften voldoen met betrekking tot bouw, inrichting en uitrusting (art. 2.04), waartoe hij een systeem van keuring en certificering in het leven roept.[56] Het RosR is als gezegd gebaseerd op de Herziene Rijnvaartakte, dat in artikel 22 een 'scheepspatent' verplicht stelt: een verklaring na onderzoek dat het schip 'de nodige hechtheid en de vereiste uitrusting bezit voor de vaart'. Dit scheepspatent staat blijkens artikel 1 van de Herziene Rijnvaartakte in het teken van bevordering van de 'vrije scheepvaart' op de Rijn, alsmede de 'algemene veiligheid' daaromtrent, zoals ook Advocaat-Generaal Spier in zijn conclusie aangeeft.[57]

---

55 Althans ten aanzien van de Staat, want in zijn separate relativiteitsoordeel ten aanzien van het keuringsbureau spreekt ook het hof van het niet te beschermen 'individuele vermogensbelang van Van Hasselt als derde' (Duwbak Linda, hof r.o. 9.2).

56 Kenbaar uit *Stb.* 1976/476.

57 In deze zin ook Advocaat-Generaal Spier, conclusie voor Duwbak Linda, sub r.o. 4.8.1-4.8.5. Spier baseert zich daarvoor mede op de zinsnede 'La navigation sur le Rhin (…) sera libre' uit het Parijse Vredesverdrag van 1814. Anders dan het hof en – nadien – de Hoge Raad drukt Advocaat-Generaal Spier zich in zijn conclusie overigens niet uit in termen van door de keuring en certificering te beschermen belangen. Hij signaleert wel dat het hof spreekt van 'individueel vermogensbelang', maar meent dat het hof daarmee geen 'afzonderlijk criterium' heeft willen introduceren (sub 5.2). Veeleer zoekt Spier naar aanwijzingen dat het RosR, de Herziene Rijnvaartakte en aanverwante regelingen zijn bedoeld om aansprakelijkheid in het leven te roepen van de overheid, als zij worden overtreden. Bij zijn constatering dat zulke aanwijzingen ontbreken, neemt Spier in aanmerking dat als de overheid aansprakelijkheid voor zichzelf in het leven roept, zij dat volgens hem 'openlijk en duidelijk' pleegt te doen (sub 4.28.1). De benadering van Advocaat-Generaal Spier doet denken aan de leer van de instructie- en waarborgnormen, die hij in zijn conclusie ook noemt. In zijn

Dat wil niet zeggen dat de Herziene Rijnvaartakte geen enkel aanknopingspunt bevat dat dit verdrag mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. De Herziene Rijnvaartakte bevat een verwijzing naar het privaatrecht en meer specifiek het aansprakelijkheidsrecht. Ook dat signaleert Advocaat-Generaal Spier in zijn conclusie.[58] In artikel 33 worden 'Rijnvaartrechtbanken' ingesteld, die op grond van artikel 34 ook bevoegd zijn uitspraak te doen 'in burgerlijke zaken', in geschillen over 'de schade, veroorzaakt door schippers en houtvlotters gedurende de reis of bij het aanleggen'. Toch zou ik daarin voor de rechter geen dekking willen zien om aan te nemen dat de wetgever met de Herziene Rijnvaartakte en het RosR mede individuele vermogensbelangen bedoelt te beschermen. Daarvoor is de tekst van artikel 34 van de Herziene Rijnvaartakte onvoldoende specifiek, gelezen in de context van dit hele verdrag. De verdragsluitende partijen omschrijven daarin niet *bepaalde* individuen die zij bedoelen te beschermen. Evenmin maken de verdragsluitende partijen daarin duidelijk dat zij met de normen in de Herziene Rijnvaartakte ter bevordering van de vrije vaart en de algemene veiligheid de belangen van die – onbenoemde – individuen in vermogensrechtelijke zin bedoelen te beschermen. Veeleer blijkt daaruit in mijn optiek dat er in algemene zin een mogelijkheid moet zijn om in het geval van schade als gevolg van de scheepvaart op de Rijn een vordering tot vergoeding van die schade aan de rechter voor te leggen.[59] Dat sprak in 1868, toen de Herziene Rijnvaartakte werd gesloten, waarschijnlijk nog niet vanzelf.

Resumerend situeert het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Duwbak Linda zich op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. Hij oordeelt dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan, terwijl dekking van de wetgever

---

optiek kan deze leer 'verhelderend' werken om inzichtelijk te maken waarom wel of niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan (sub 4.26(f) en noot 27). Zie ook F.J. van Ommeren, noot onder Duwbak Linda, *AB* 2005/127, sub 3, die het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad eveneens in verband brengt met instructie- en waarborgnormen, evenals Wiggers-Rust 2011, p. 132-133.

58 Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor Duwbak Linda, sub 4.9. Hierin kan volgens Spier een 'contra-indicatie' worden gezien dat een onzorgvuldige scheepskeuring overheidsaansprakelijkheid in het leven roept, omdat dergelijke aansprakelijkheid niet wordt genoemd in verband met de Rijnvaartrechtbanken. Zie m.n. sub 4.9 en 4.22.

59 Vgl. Advocaat-Generaal Spier voor Duwbak Linda, die in zijn conclusie de mogelijkheid van privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor schending van het RosR en de Herziene Rijnvaartakte niet geheel uitsluit, maar voor overheidsaansprakelijkheid geen aanknopingspunten ziet. Zie m.n. sub 4.9 en 4.22. Anders Van Dunné 2007, p. 127, volgens wie uit wetstekst en wetsgeschiedenis '*luce clarius*' blijkt dat de wetgever met de Binnenschepenwet wel bedoelt de 'vermogensbelangen van derden-eigenaren van schepen' te beschermen. In mijn optiek ten onrechte, want Van Dunné leidt dit af uit het oogmerk van de wetgever de 'veiligheid' van het scheepvaartverkeer te bevorderen, zodat van bescherming in vermogensrechtelijke zin ook hier geen sprake is. De Binnenschepenwet wordt door Advocaat-Generaal Spier ook in zijn conclusie betrokken (sub 4.22-4.27), al ziet deze volgens hem weer niet op vaartuigen die zich bevinden in een grindgat, zoals de Linda (sub 4.13 en 4.25.2). De Hoge Raad noemt deze wet niet.

middels positieve aanwijzingen ontbreekt op basis waarvan de rechter in zijn terughoudende opstelling bij het beschermingsdoel kan aannemen dat het RosR en de Herziene Rijnvaartakte mede individuele vermogensbelangen beogen te beschermen. In zoverre laat dit relativiteitsoordeel zich inpassen in het model. Daarmee is opnieuw nog niet gezegd dat de Hoge Raad oordeelt dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan, uitsluitend *omdat* zulke positieve aanwijzingen ontbreken. Zijn ontkennende relativiteitsoordeel zou ook kunnen zijn ingegeven door materieel aansprakelijkheidsrechtelijke overwegingen, waaronder 'rechtspolitieke' gedachten als het flood gates-argument. Het ontbreken van dekking van de wetgever speelt hier in mijn optiek echter wel degelijk een rol, als het al niet doorslaggevend is.[60] De Hoge Raad verwijst bij zijn oordeel dat het RosR beoogt de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer te beschermen en niet de individuele vermogensbelangen van de door hem omschreven derden via de conclusie van Advocaat-Generaal Spier tot tweemaal toe naar de bedoeling van de wetgever. In elk geval zijn oordeel over de relativiteit *van het RosR* lijkt daarmee ingegeven door de bedoeling van de wetgever en daarmee het gebrek aan positieve aanwijzingen in wetstekst en wetsgeschiedenis van het RosR en de Herziene Rijnvaartakte.

Deze relativiteit van het RosR als zodanig stelt de Hoge Raad in zijn relativiteitsoordeel vervolgens voorop, om vervolgens daarmee de relativiteit in te vullen van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht. Pas dan komen er ook passages in de motivering van de Hoge Raad in het spel, die zouden kunnen worden opgevat als een eigen 'rechtspolitieke' keuze van de Hoge Raad. Dit betreft de passage over de aard en status van de keuring en de verhouding van de verantwoordelijkheden van de overheid en de eigenaar en de passage over de 'onbeperkte groep van derden' en 'de vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan'.[61] Deze passages worden in de literatuur doorgaans aangehaald ter staving van de stelling dat het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad zou zijn ingegeven door het 'flood gates'-argument.

Of deze passages inderdaad als vertolking van het 'flood gates'-argument moeten worden opgevat, valt niet met zekerheid vast te stellen. De Hoge Raad

---

60 Aldus ook Schueler 2005b, p. 87-88 en p. 99-100, die dit tegelijkertijd 'dubieus' acht (p. 100), omdat de wetgever over de eventuele bescherming van individuele vermogensbelangen tot aan het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Duwbak Linda 'nooit' zou hebben hoeven nadenken. Zie tevens Schild & De Jongh 2007, p. 148 en Van den Berge 2012, p. 67. Vgl. Verheij 2014, p. 98, volgens wie de wetsgeschiedenis 'bepalend' lijkt, maar dat in het licht van het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling toch niet is. Vgl. verder Franssen & Van Tilborg 2015, p. 59, die uitdrukkelijk stellen dat de betekenis die Hoge Raad in Duwbak Linda ook volgens hen toekent aan het 'zwijgen van de wetgever' mede moet worden begrepen in het licht van zijn beschouwingen over de aard en status van het toezicht en de verhouding van de verantwoordelijkheden van de Staat en de eigenaar van het schip.

61 Zie voor vindplaatsen par. 1.2.

geeft het niet met zoveel woorden aan. De passages kunnen ook worden opgevat als onderdeel van de 'vertaalslag' van de relativiteit van het RosR naar de relativiteit van de beweerdelijk door het keuringsbureau en de Staat geschonden ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.[62] Zulke normen strekken uitsluitend tot bescherming van belangen 'van anderen' waarop de aangesproken partij 'bedacht moest zijn'.[63] Op basis van de relativiteit van het RosR – dat geen 'individuele vermogensbelangen' beoogt te beschermen van 'derden' die 'schade lijden doordat een onvoldoende zorgvuldig gekeurd schip een ongeval veroorzaakt' – constateert de Hoge Raad in deze lezing dat het keuringsbureau en de Staat niet bedacht hoefden te zijn op het belang van baggeraar Van Hasselt, nu zij dan bedacht zouden moeten zijn op de belangen van een 'onbeperkte' groep benadeelden, die op 'onvoorzienbare' wijze schade zouden kunnen leiden.

De passages over de 'bepaalbaarheid' van de aansprakelijkheidslast[64] hoeven dus niet te worden gezien als bewijs voor een eigen 'rechtspolitieke' keuze van de Hoge Raad, ingegeven door het 'flood gates'-argument. Zouden deze wel zo moeten worden gezien, dan lijkt mij het 'flood gates'-argument in elk geval niet de exclusieve ratio decidendi van het relativiteitsoordeel in Duwbak Linda. Eerder lijkt het mij een extra argument.[65] Dit gezien het relativiteitsoordeel als geheel en het feit dat de Hoge Raad de relativiteit van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de keuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht, invult met de relativiteit van het RosR.

5.5 Beschermingsdoel, geen relativiteit III: Iraanse vluchteling

Ook het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling situeert zich op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. Een uit Iran afkomstige vrouw genaamd Yazdanlatif doet op 14 september 1994 een aan-

62 Vgl. Advocaat-Generaal Timmerman in zijn conclusie voor Vie d'Or, sub 4.8, die deze link in meer algemene zin legt. Anders Wiggers-Rust 2011, p. 134-135, die deze passages in verband brengt met het vereiste van causaal verband.

63 Staat/Shell, r.o. 3.8.4.

64 De term is van Hartlief 2006, p. 800.

65 Zoals dat ook geldt voor de conclusie van Advocaat-Generaal Spier, die niet alleen constateert dat in het RosR, de Herziene Rijnvaartakte en andere wettelijke regelingen positieve aanwijzingen ontbreken voor overheidsaansprakelijkheid voor onzorgvuldig uitgevoerde scheepskeuringen, maar er ook geen geheim van maakt dat hij het 'flood gates'-argument meeweegt bij zijn constatering dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Spier waarschuwt bij wijze van 'gedeeltelijke rechtspolitieke kanttekening' voor het gevaar dat 'de geest uit de fles raakt' bij het aannemen van 'een ruim geldingsbereik van allerlei keuringsbepalingen' en wijst erop dat Van Hasselt zich kan verhalen op de eigenaar van de Linda en/of zich kan verzekeren (sub 4.41.2 resp. 4.45.4). Zie overigens kritisch over deze conclusie Van Dunné 2007, p. 125-126, volgens wie de Hoge Raad zich daardoor 'op het verkeerde been' zou hebben laten zetten.

vraag om toelating als vluchteling en een verblijfsvergunning op grond van de Vreemdelingenwet (oud). Beide worden haar geweigerd. De vrouw gaat in bezwaar. Bij beslissing op bezwaar houdt de staatssecretaris vast aan de weigering haar toe te laten. In beroep wordt deze beslissing echter door de bestuursrechter vernietigd. De vrouw kan niet worden tegengeworpen dat zij zich niet direct na aankomst als asielzoeker heeft gemeld, aldus de bestuursrechter. De beslissing op bezwaar is daarnaast in strijd met artikel 3:2 Awb onzorgvuldig voorbereid. De staatssecretaris neemt hierop een nieuwe beslissing op bezwaar. De vrouw wordt bij besluit van 16 juli 1999 alsnog als vluchteling toegelaten tot ons land.[66]

Ten overstaan van de burgerlijke rechter spreekt de vrouw vervolgens de Staat aan tot vergoeding van gederfd inkomen en pensioen.[67] Gedurende de kleine vijf jaar waarin haar ten onrechte de toelating als vluchteling is geweigerd, mocht zij namelijk geen betaalde arbeid verrichten.[68] Welke specifieke norm de Staat daarmee heeft geschonden, laat de vrouw in het midden. Afgaand op de samenvatting van de Hoge Raad doet zij geen beroep op de door de bestuursrechter geconstateerde schending van het zorgvuldigheidsbeginsel artikel 3:2 Awb, dan wel van de materiële wettelijke norm op grond waarvan de vrouw recht heeft op toelating. Dat zal ermee te maken hebben dat artikel 15 Vreemdelingenwet (oud) als wettelijke grondslag van de toelating op dit punt open is geformuleerd:

> 'Vreemdelingen die afkomstig zijn uit een land waarin zij gegronde reden hebben te vrezen voor vervolging wegens hun godsdienstige of politieke overtuiging of hun nationaliteit, dan wel wegens het behoren tot een bepaald ras of tot een bepaalde sociale groep, kunnen een aanvraag doen om toelating als vluchteling bij Onze Minister.'[69]

Met een onterechte weigering van toelating is deze norm dus niet geschonden. Dat is pas het geval als een vreemdeling niet de kans zou krijgen een aanvraag om toelating als vluchteling te doen.

Evenmin doet de vrouw een beroep op de leer van de omgekeerde formele rechtskracht. Deze leer houdt in dat uit het gegeven dat een besluit van een

---

66 HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, *NJ* 2008/576, m.nt. J.B.M. Vranken (Iraanse vluchteling), r.o. 3.1 (iii-iv).

67 Iraanse vluchteling, r.o. 3.2. Ook vordert de vrouw vergoeding van immateriële schade (smartengeld) 'wegens gederfde levensvreugde'. Deze vordering wordt zowel door de rechtbank als het hof afgewezen, omdat onvoldoende aannemelijk is geworden dat meer dan van enkel 'psychisch onbehagen' sprake is van zogeheten 'aantasting in de persoon' in de zin van art. 6:106 lid 1 aanhef en sub b BW. In cassatie komt deze vordering niet meer aan de orde.

68 Het was althans werkgevers verboden haar betaalde arbeid te laten verrichten op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav).

69 Geciteerd door Advocaat-Generaal Spier in zijn conclusie voor Iraanse vluchteling, sub 4.8. Zie ook *Stb.* 1965/40.

bestuursorgaan door de bestuursrechter is vernietigd één-op-één wordt afgeleid dat het openbaar lichaam waartoe het betreffende bestuursorgaan behoort een toerekenbare onrechtmatige daad heeft gepleegd.[70] Reden daarvoor is wellicht dat het vernietigde besluit de beslissing op bezwaar is. Strikt genomen staat daarmee alleen de onrechtmatigheid van de beslissing op bezwaar vast en niet de onrechtmatigheid van het zogeheten primaire, schadeveroorzakende besluit, waarbij de vrouw de toelating voor het eerst werd geweigerd.[71]

De vrouw steekt haar vordering 'feitelijk' in. Zij legt daaraan ten grondslag dat de Staat een onrechtmatige daad heeft gepleegd 'door haar pas vijf jaar na datum aanvraag de vluchtelingenstatus te geven waarop zij van meet af aan aanspraak had'.[72] De Staat verweert zich met een beroep op het relativiteitsvereiste. Aanvankelijk met succes. De rechtbank oordeelt dat de 'erkenning als vluchteling' niet strekt tot bescherming 'van het verlies van arbeidsvermogen en pensioenschade'. Deze erkenning heeft 'primair tot doel om bescherming te bieden tegen het terugsturen naar het land van herkomst'. De rechtbank betrekt bij haar ontkennende relativiteitsoordeel met zoveel woorden artikel 17 van het Vluchtelingenverdrag.[73] Deze verdragsbepaling luidt:

> 'De Verdragsluitende Staten zullen aan de rechtmatig op hun grondgebied verblijvende vluchtelingen de meest gunstige behandeling verlenen, welke wordt toegekend aan onderdanen van een vreemd land onder dezelfde omstandigheden, wat betreft het recht om loonarbeid te verrichten.'[74]

Naar het oordeel van de rechtbank is het recht waarin het Vluchtelingenverdrag voorziet voor toegelaten vluchtelingen om 'de Nederlandse arbeidsmarkt te betreden en zich op die manier een inkomen te verwerven' slechts 'een neveneffect van de erkenning als vluchteling'.[75]

Het hof verwijst eveneens naar artikel 17 van het Vluchtelingenverdrag. Het komt echter tot een bevestigend relativiteitsoordeel. De 'toelating als

---

70 Zie nader par. 5.10. Vgl. Schild & De Jongh 2007, p. 149, die er wel vanuit lijken te gaan dat de vrouw een beroep doet op de leer van de omgekeerde formele rechtskracht. Ook G.E. van Maanen, noot onder Iraanse vluchteling, *JA* 2007/93, sub 2, gaat ervan uit dat de onrechtmatigheid van het handelen van de Staat is gegeven nu de beslissing op bezwaar door de bestuursrechter is vernietigd.

71 Althans voor de burgerlijke rechter. De bestuursrechter blijkt – optredend als aansprakelijkheidsrechter in zaken van overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten – bereid uit het feit dat een beslissing op bezwaar is vernietigd onder omstandigheden ook de onrechtmatigheid van het primaire besluit af te leiden. Zie hierover bijv. Van Ravels 2009, p. 19-20.

72 Iraanse vluchteling, r.o. 3.2.

73 Geciteerd uit de conclusie van Advocaat-Generaal Spier voor Iraanse vluchteling, sub 2.3.3.

74 Geciteerd door Advocaat-Generaal Spier in zijn conclusie voor Iraanse vluchteling, sub 4.18 (voetnootverwijzing weggelaten).

75 Geciteerd uit de conclusie van Advocaat-Generaal Spier voor Iraanse vluchteling, sub 2.3.3. Over de 'beslistermijnen' voor de beslissing op de aanvraag oordeelt de rechtbank dat deze niet de 'vermogensrechtelijke positie' van de vrouw beogen te beschermen.

vluchteling', zoals het hof het formuleert, strekt naar zijn oordeel mede tot bescherming van het belang van 'het recht om arbeid te verrichten'. Het hof:

> 'Het is duidelijk dat een vluchteling primair moet worden beschermd tegen vervolging in het land van herkomst. Deze bescherming wordt reeds geboden door de vluchteling niet uit te zetten. Echter, naast deze bescherming biedt de toelating als vluchteling in Nederland rechten die personen zonder verblijfsvergunning hier in beginsel niet hebben. De toelating als vluchteling strekt er aldus (mede) toe het de vluchteling mogelijk te maken hier een nieuw bestaan op te bouwen. Daartoe is onder meer in artikel 17 van het Vluchtelingenverdrag het recht op het verrichten van loonvormende arbeid aan (rechtmatig verblijvende) vluchtelingen toegekend. Mitsdien is het recht om arbeid te verrichten mede een belang dat door de toelating als vluchteling wordt beschermd.'[76]

De Staat laat het er niet bij zitten. In cassatie klaagt hij dat de geschonden norm niet strekt tot 'bescherming van het vermogensbelang dat de aanvrager van de toelating erbij heeft om aanstonds te kunnen toetreden tot de Nederlandse arbeidsmarkt'. Daarbij gaat de Staat er zelf vanuit dat de norm die hij heeft geschonden een op een wettelijke norm geënte ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is, zoals ook in Duwbak Linda. Het betreft de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de besluitvorming op de aanvraag om toelating als vluchteling op grond van artikel 15 Vreemdelingenwet (oud) juist is. In zijn cassatiemiddel formuleert de Staat deze norm als volgt:

> 'De te dezen door de Staat geschonden norm behelst, kort gezegd, dat de Staat niet aanstonds juist heeft beslist op de aanvraag van verweerster in cassatie tot toelating als vluchteling tot Nederland overeenkomstig art. 15 leden 1 en 2 van de toenmalige Vreemdelingenwet.'[77]

De Staat onderbouwt zijn klacht met het betoog dat het recht om inkomen te verwerven uit arbeid niet een belang is dat door de toelating als vluchteling wordt beschermd. Het is slechts een 'nevengevolg', dat de vluchteling in staat stelt 'een nieuw bestaan op te bouwen'. De toelating als vluchteling is daar 'als zodanig' niet 'op gericht'. Het hoort 'bij de toelatingsbeslissing' ook geen rol te spelen, aldus de Staat.[78]

De Hoge Raad gaat mee in het betoog van de Staat. De Hoge Raad laat echter in het midden over de relativiteit van welke ongeschreven zorgvuldigheidsnorm of wettelijke norm of regeling hij zich uitspreekt. Aanvankelijk spreekt hij alleen van de 'toelating als vluchteling'. De Hoge Raad:

---

76 Iraanse vluchteling, hof r.o. 2.2.
77 Iraanse vluchteling, cassatiemiddel kenbaar uit *NJ* 2008/576.
78 Iraanse vluchteling, cassatiemiddel kenbaar uit *NJ* 2008/576.

> 'Op zichzelf is juist dat de toelating van een vluchteling tot Nederland de vluchteling in staat stelt hier te lande een nieuw bestaan op te bouwen. Anders dan het hof heeft geoordeeld, betekent dit echter niet dat de toelating als vluchteling ertoe strekt deze in staat te stellen inkomen (uit betaalde arbeid) te verwerven. Het recht in Nederland betaalde arbeid te verrichten vloeit voort uit de toelating als vluchteling, en ontstaat pas nadat hij in Nederland als vluchteling is toegelaten.'[79]

Vervolgens formuleert de Hoge Raad zijn oordeel over de relativiteit van de toelating als vluchteling als volgt:

> 'De toelating vindt plaats om humanitaire redenen, teneinde hem [de vluchteling; PWdH] te beschermen tegen vervolging in het land van herkomst. Zij strekt niet tot bescherming van enig vermogensrechtelijk belang van de vluchteling.'[80]

De Hoge Raad volgt de Staat eveneens op het punt dat het belang om inkomen uit arbeid te verwerven bij de toelatingsbeslissing geen rol speelt:

> 'Het belang van de vluchteling om inkomen uit arbeid te kunnen verwerven speelt bij de beoordeling tot toelating als vluchteling geen rol en de Staat dient bij zijn beslissing omtrent de toelating als vluchteling hiermee geen rekening te houden.'[81]

Aan het slot van zijn relativiteitsoordeel verbreedt de Hoge Raad het alsnog tot alle wettelijke normen ter zake van de toelating als vluchteling. Of zoals hij het zelf formuleert: alle 'regels' die gelden voor 'de procedure tot toelating'.[82] De Hoge Raad doet dat in een passage waarin hij zich uitspreekt over de gevolgen van de schending van zo'n regel:

> 'Als de Staat in het kader van de procedure tot toelating een voor die procedure geldende regel heeft geschonden, heeft de aanvrager toegang tot de rechter om deze schending te doen herstellen. Deze schending geeft in beginsel echter geen recht op vergoeding van schade als hier door Yazdanlatif is gevorderd.'[83]

---

79 Iraanse vluchteling, r.o. 3.4.

80 Iraanse vluchteling, r.o. 3.4.

81 Iraanse vluchteling, r.o. 3.4. Op grond van deze passage wordt het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling wel in verband gebracht met het bestuursrechtelijke specialiteitsbeginsel van art. 3:4 Awb. Dit beginsel houdt in dat het bestuursorgaan dat een besluit neemt alleen met bepaalde, daarbij betrokken belangen rekening hoeft te houden. Zie Wiggers-Rust 2011, p. 149-150, die dit beginsel ziet als 'bijkomend argument' voor het ontkennende relativiteitsoordeel. Kritisch hierover zijn Schild & De Jongh 2007, p. 150. Vgl. G.A. van der Veen, noot onder Iraanse vluchteling, *AB* 2008/16, sub 3, die het niet 'aannemelijk' acht dat de Hoge Raad hier het relativiteitsvereiste als het ware met het specialiteitsbeginsel heeft willen aanscherpen.

82 Zie in de zin ook G.A. van der Veen, noot onder Iraanse vluchteling, *AB* 2008/16, sub 2.

83 Iraanse vluchteling, r.o. 3.4. Zie voor een 'precedent' het eveneens ontkennende relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in HR 25 mei 1928, *NJ* 1928, p. 1688-1694, m.nt. E.M. Meijers (De Marchant et d'Ansembourg/Staat) besproken in par. 2.3, dat een vergelijkbare passage bevat over het 'rechtsgevolg' van de geschonden norm.

De laatste zin vat ik op als opening naar de correctie-Langemeijer ('in beginsel').[84] Blijkbaar voelt de Hoge Raad echter niet de behoefte langs die weg alsnog aansprakelijkheid van de Staat aan te nemen. Daarbij zal meespelen dat de vreemdeling zich kan wenden tot de vreemdelingenrechter om de schending van zo'n regel 'te doen herstellen', zoals de Hoge Raad benadrukt. Deze rechter kan aldus voorzien in handhaving van deze regels.[85]

Het ontkennende relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling situeert zich evenals het relativiteitsoordeel in Pfizer/Cosmétique en Duwbak Linda op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. Centraal staat weer de tegenstelling tussen een algemeen belang en op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen. Al is deze tegenstelling hier minder scherp dan in Pfizer/Cosmétique en Duwbak Linda. De Hoge Raad oordeelt dat de toelating als vluchteling plaatsvindt in het als algemeen belang aan te merken belang van humaniteit en ter bescherming van de individuele belangen van vluchtelingen gevrijwaard te blijven van vervolging van het land van herkomst. De toelating beoogt echter niet hun belangen te beschermen in de vermogensrechtelijke zin dat zij 'in staat' gesteld worden 'inkomen (uit betaalde arbeid) te verwerven'. Sterker nog, de toelating als vluchteling beoogt niet '*enig* vermogensrechtelijk belang van de vluchteling' te beschermen, zoals de Hoge Raad het categorisch formuleert.

Het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad abstraheert ook van het concrete geval. De naam van de vrouw noemt de Hoge Raad niet eerder dan in de laatste zin, waarin hij een opening maakt naar de correctie-Langemeijer. Evenmin noemt de Hoge Raad het concrete geschade belang van de vrouw, gevrijwaard te blijven van derving van inkomen en pensioen doordat de Staat haar gedurende bijna vijf jaar ten onrechte de toelating als vluchteling heeft onthouden. Bovendien is er de passage over de gevolgen van de schending van een voor de procedure tot toelating geldende regel. De vluchteling moet in beginsel niet bij de burgerlijke rechter – of althans de aansprakelijkheidsrechter – zijn om de schending van een voor de procedure tot toelating geldende regel aan de kaak te stellen, aldus de Hoge Raad. De schending van een norm ter zake van de procedure tot toelating kan dus niet worden ingeroepen in het privaatrecht als zelfstandige grondslag voor een vordering uit onrechtmati-

84 Zo ook Schild & De Jongh 2007, p. 150-151 en J.B.M. Vranken, noot onder Iraanse vluchteling, *NJ* 2008/576, sub 12. Vgl. Lindenbergh 2007b, p. 783, noot 44 en m.n. Lindenbergh 2011b, p. 103-104, die betoogt dat deze passage ook ruimte biedt om immateriële schadevergoeding te vorderen op grond van de schending van een fundamenteel recht.

85 Vgl. J.A.E. van der Does, noot onder Iraanse vluchteling, *Gst.* 2007/90, sub 4, die vermoedt dat de Hoge Raad het bewust in het midden laat welke rechter in deze rechtsbescherming moet voorzien. Van der Does wijst er daarbij op dat de burgerlijke rechter altijd 'restrechter' blijft.

ge daad.[86] Daaruit blijkt eveneens dat het relativiteitsoordeel in Iraanse vluchteling zich situeert op het niveau van de abstracte vraag naar het beschermingsdoel.[87]

Ook in Iraanse vluchteling ontbreekt dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen dat de betreffende wettelijke norm of regeling mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Althans ervan uitgaande dat het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad ziet op alle voor de procedure tot toelating geldende regels en dat hij zich dus in elk geval heeft gebaseerd op de Vreemdelingenwet (oud). Meer in het bijzonder zou het moeten gaan om artikel 15 als wettelijke grondslag voor de aanvraag om toelating als vluchteling.[88] Uit de tekst van deze bepaling – eerder in deze paragraaf al geciteerd – blijkt dat de toelating plaatsvindt ter voorkoming van vervolging van de vluchteling in het land van herkomst, zoals de Hoge Raad ook oordeelt. In deze wetstekst tekenen zich geen positieve aanwijzingen af dat deze norm mede beoogt individuele vermogensbelangen te beschermen.

Dat is in mijn optiek evenmin het geval in de wetsgeschiedenis van de Vreemdelingenwet (oud). Over het ontwerp voor deze wet valt te lezen dat het er niet slechts toe strekt 'aan het beleid ten aanzien van de toelating, het toezicht en de uitzetting een duidelijke en deugdelijke basis in de wet te verschaffen, maar vooral ook om de vreemdeling zoveel mogelijk rechtsbescherming te geven'.[89] Wat dat betreft heeft de wetgever dus wel degelijk ook de individuele belangen van vreemdelingen voor ogen. Ik zie echter geen aanwijzingen dat de wetgever deze belangen ook in vermogensrechtelijke zin bedoelt te beschermen. Wel wijst de wetgever erop dat de Vreemdelingenwet de mogelijkheid onverlet laat een vordering in te stellen bij de burgerlijke rechter, al dan niet uit onrechtmatige overheidsdaad.[90] Daarnaast bepaalt artikel 39 lid 2 Vreemdelingenwet (oud) dat 'zo daartoe termen zijn' bij vernietiging van een beslissing een vergoeding 'uit 's Lands kas zal worden toegekend'. Ook hierin zou ik echter geen dekking willen zien voor de rechter om aan te nemen dat de wetgever heeft bedoeld specifiek met de normen van de Vreemdelingenwet (oud) en meer in het bijzonder artikel 15 van deze wet

86 Strikt genomen beperkt het oordeel van de Hoge Raad zich tot de remedie van schadevergoeding, maar ik ga er vanuit dat gebods- en verbodsacties daarmee over één kam moeten worden geschoren. Zie par. 4.6.

87 Anders Van den Berge 2012, p. 75, die het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling aanmerkt als relativiteitsoordeel op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang, omdat duidelijk is dat de betreffende normen zien op de belangen van 'individuele vluchtelingen'. Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven merkt in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.6 het relativiteitsoordeel in Iraanse vluchteling eveneens aan als relativiteitsoordeel op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang.

88 Aldus ook J.B.M. Vranken, noot onder Iraanse vluchteling, *NJ* 2008/576, sub 3 en H. Battjes, noot onder Iraanse vluchteling, *JV* 2007/322, sub 2.

89 *Kamerstukken II* 1962/63, 7163, nr. 3 (MvT), p. 11.

90 *Kamerstukken II* 1962/63, 7163, nr. 3 (MvT), p. 13.

mede individuele vermogensbelangen te beschermen. Hieruit volgt veeleer dat er in algemene zin de mogelijkheid bestaat van schadevergoeding ter zake van een onterechte weigering van toelating als vluchteling, binnen en buiten rechte.

De Wijzigingswet Vreemdelingenwet (oud) biedt op dit punt geen nieuwe inzichten. Deze staat vooral in het teken van het aanscherpen en stroomlijnen van beleid en procedures in het licht van de 'welhaast jaarlijks toenemende stroom van vreemdelingen'.[91] Wel wordt daarbij met het nieuwe artikel 34j Vreemdelingenwet (oud) de mogelijkheid gecreëerd voor de rechter schadevergoeding toe te kennen in het specifieke geval dat de rechter overgaat tot opheffing van een vrijheidsbenemende maatregel opgelegd door een bestuursorgaan. Daarin zou ik echter opnieuw niet een positieve aanwijzing willen zien dat de normen van de Vreemdelingenwet (oud) ter zake van de toelating als vluchteling mede individuele vermogensbelangen beogen te beschermen.

Artikel 17 van het Vluchtelingenverdrag behoort in mijn optiek niet tot deze voor de procedure tot toelating geldende regels. Deze verdragsbepaling over het recht van vluchtelingen op het mogen verrichten van loonvormende arbeid richt zich op eenmaal toegelaten, 'rechtmatig (…) verblijvende' vluchtelingen. Artikel 15 Vreemdelingenwet (oud) is daarop ook niet gebaseerd. Het lijkt mij daarom terecht dat de Hoge Raad in zijn relativiteitsoordeel onderscheid maakt tussen de toelating als vluchteling als zodanig en de situatie die na toelating intreedt en de relativiteit van de toelating als zodanig ook niet vaststelt aan de hand van de situatie die daarna intreedt.[92]

Wordt artikel 17 van het Vluchtelingenverdrag niettemin bij het relativiteitsoordeel betrokken, dan zou ik ook daarin geen positieve aanwijzingen willen lezen dat de wetgever of althans de verdragsluitende partijen daarmee hebben bedoeld de belangen van vluchtelingen in vermogensrechtelijke zin te beschermen. Weliswaar is er in zoverre sprake van een vermogensrechtelijk element, dat de wetgever of althans de verdragsluitende partijen de vluchteling een recht toekennen om tot op zekere hoogte – op gelijke voet met 'onderdanen van een vreemd land onder dezelfde omstandigheden' – 'loonarbeid' te mogen verrichten. Maar het openen van de *mogelijkheid* om betaalde arbeid te verrichten, is nog iets anders dan dat de wetgever of in dit geval de verdragsluitende

91 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 735, nr. 3 (MvT), p. 1. Zie voor deze wet *Stb.* 1993/707.

92 J.B.M. Vranken merkt in zijn noot onder Iraanse vluchteling, *NJ* 2008/576, sub 4, deze 'scheiding' aan als 'kern' van het oordeel van de Hoge Raad. Zie kritisch hierover G.E. van Maanen, noot onder Iraanse vluchteling, *JA* 2007/93, sub 5; Zie tevens Zieck 2008, p. 1283-1289, die op basis van een uitvoerige analyse van het Vluchtelingenverdrag concludeert dat dit verdrag het onderscheid dat de Hoge Raad maakt 'slechts ten dele' lijkt te kunnen 'schragen' (p. 1288). Vgl. C.N.J. Kortmann 2007, p. 247-248, die zich ook kritisch toont. Reden daarvoor is echter vooral dat het debat in zijn optiek zou moeten gaan over de vraag of de Hoge Raad de vrouw schadevergoeding zou moeten toekennen op de grond dat de Staat door de onterechte weigering van toelating een inbreuk heeft gemaakt op het haar op grond van art. 17 Vluchtelingenverdrag toekomende 'subjectieve recht' op arbeid.

partijen daadwerkelijk bedoelen de belangen van toegelaten vluchtelingen in vermogensrechtelijke zin te beschermen. De reserves die daarbij in de travaux préparatoires door de vertegenwoordigers van verschillende Staten worden uitgesproken, aangehaald door Advocaat-Generaal Spier in zijn conclusie, wijzen eerder op het tegendeel.[93]

Al met al ontbreekt in mijn optiek in Iraanse vluchteling dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen, op basis waarvan de rechter in zijn terughoudende opstelling bij de vraag naar het beschermingsdoel kan aannemen dat de regels die gelden voor de procedure tot toelating, mede individuele vermogensbelangen beogen te beschermen. Ook Advocaat-Generaal Spier ziet zulke aanwijzingen niet. Dat wil zeggen: in zijn optiek vallen noch aan de Vreemdelingenwet (oud), noch aan het Vluchtelingenverdrag 'dwingende argumenten' te ontlenen voor of tegen het standpunt van Yazdanlatif dat het belang door arbeid inkomen te verwerven door de toelating als vluchteling wordt beschermd. Hetzelfde geldt voor het omgekeerde standpunt van de Staat.[94]

Resumerend situeert het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling zich op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. Hij oordeelt dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan, terwijl dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen ontbreekt op basis waarvan de rechter in zijn terughoudende opstelling bij de vraag naar het beschermingsdoel kan aannemen dat de Vreemdelingenwet (oud) of het Vluchtelingenverdrag mede individuele vermogensbelangen beogen te beschermen. In zoverre laat ook dit relativiteitsoordeel zich dus inpassen in het model. Op basis van de formulering en motivering van het relativiteitsoordeel valt niet vast te stellen of de Hoge Raad tot zijn ontkennende relativiteitsoordeel komt, *omdat* zulke aanwijzingen ontbreken. Anders dan in Pfizer/Cosmétique en Duwbak Linda ontbreekt in het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling immers iedere verwijzing naar wetstekst of wetsgeschiedenis of naar de

93 Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor Iraanse vluchteling, sub 4.20.

94 Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor Iraanse vluchteling, sub 4.32, 4.36, 4.41.1-4.41.2. Spier wijst evenwel op kritiek in de literatuur op lagere rechtspraak, die met het standpunt van de Staat in lijn is (sub 4.14.1-4.17, onder verwijzing naar Rb. Den Haag 8 december 1999, ECLI:NL:RBSGR:1999:ZA5725, *AB* 2000/234, m.nt. B.P. Vermeulen, *JV* 2000/86, m.nt. J.E.M. Polak en Rb. Den Haag 3 april 2001, ECLI:NL:RBSGR:2001:AB2367, *JV* 2001/183). Advocaat-Generaal Spier meent uiteindelijk dat moet worden aangenomen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan en het bevestigende relativiteitsoordeel van het hof dus juist is. In zijn optiek heeft het standpunt van de Staat 'hoe knap ook geformuleerd, iets artificieels' (sub 4.3.1), terwijl het resultaat ervan – geen aansprakelijkheid van de Staat voor de schade van de vrouw – 'niet in hoge mate bekoort' (sub 4.38). De uitkomst waartoe Advocaat-Generaal Spier komt, berust in mijn optiek derhalve op een eigen keuze. Vgl. Di Bella 2014, p. 138, die erop wijst dat Spier wel 'niet-dwingende-argumenten' ziet en erop wijst dat het 'recht op arbeid' in de wetsgeschiedenis wordt genoemd.

conclusie van Advocaat-Generaal Spier.[95] De Hoge Raad laat wat dat betreft in het midden waaraan hij zijn relativiteitsoordeel ontleent.[96]

Dat betekent dat het ook mogelijk is dat het ontkennende relativiteitsoordeel van de Hoge Raad het resultaat is van een eigen 'rechtspolitieke' keuze. Een keuze ingegeven uit beduchtheid een stortvloed aan claims op de overheid uit te lokken (het 'flood gates'-argument), zoals in de literatuur veelal wordt aangenomen.[97] Ook is het mogelijk dat zijn relativiteitsoordeel is ingegeven door een combinatie van dergelijke materieel aansprakelijkheidsrechtelijke overwegingen en het ontbreken van dekking van de wetgever.[98] Het zou mij echter niet verbazen als het laatste hier wel degelijk een doorslaggevende rol speelt. Ik zou mij in een zaak als Iraanse vluchteling in het bijzonder kunnen voorstellen dat de rechter niet zonder dekking van de wetgever aanneemt dat rechtstreekse privaatrechtelijke handhaving van voor de procedure tot toelating geldende wettelijke normen mogelijk zou moeten zijn. Alles wat met asiel- en immigratiebeleid te maken heeft, is politiek al snel controversieel om niet te zeggen explosief. Dat is voor overheidsaansprakelijkheid voor fouten in de toelatingsprocedure niet anders.

5.6 Beschermingsdoel, wel relativiteit: Vie d'Or

Zijn tot nu toe zaken aan de orde gekomen waarin het relativiteitsoordeel zich in wezen situeert op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel en het relativiteitsoordeel ontkennend luidt, het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Vie d'Or luidt bevestigend. Inzet van het relativiteitsoordeel in deze zaak is evenals in Duwbak Linda een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, die is geënt op een wettelijke regeling. Het gaat dit maal om de norm dat het toezicht op verzekeraars op grond van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf (Wtv) zorgvuldig moet worden uitgeoefend. Meer concreet gaat het om het toezicht op grond van deze Wtv door de Stichting Verzekeringskamer – welke toezichthouder later opgaat in De Nederlandsche Bank – op levensverzekeraar Vie d'Or.

Vie d'Or is een levensverzekeraar die zeer snel groeit – het premie-inkomen stijgt in vijf jaar tijd van *f* 6 naar *f* 154 miljoen[99] – en daaraan ook ten onder gaat. Zij blijkt financieel noch administratief in staat haar verplichtingen na te komen en uiteindelijk wordt het faillissement uitgesproken. Een deel van

95 Zo constateert ook G.A. van der Veen, noot onder Iraanse vluchteling, *AB* 2008/16, sub 2.
96 Aldus ook Van den Berge 2012, p. 75 en Franssen & Van Tilborg 2015, p. 65.
97 Zie voor vindplaatsen par. 1.2.
98 Vgl. Schild & De Jongh 2007, p. 151 die het mogelijk achten dat het '"floodgate-argument" op de achtergrond heeft meegewogen'.
99 HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, *NJ* 2008/527 (Vie d'Or), m.nt. C.C. van Dam onder *NJ* 2008/529, r.o. 3.1 (iii).

de verplichtingen van Vie d'Or wordt overgenomen door een branchegenoot, maar overigens zitten de polishouders van Vie d'Or met de gebakken peren. Zij verenigen zich in de gelijknamige stichting en pogen in een collectieve actie op grond van artikel 3:305a BW hun schade te verhalen op onder meer de Verzekeringskamer. De Verzekeringskamer is in de ogen van de polishouders tekortgeschoten in het toezicht op Vie d'Or en had moeten ingrijpen om het faillissement te voorkomen. Daartoe vorderen de polishouders een verklaring voor recht dat de Verzekeringskamer jegens hen onrechtmatig heeft gehandeld en gehouden is tot schadevergoeding.

De rechtbank wijst de vordering van de polishouders af. Het hof daarentegen wijst deze toe. Naar zijn oordeel heeft de Verzekeringskamer niet zo gehandeld als van een 'redelijk handelend toezichthouder mocht worden verwacht' en derhalve onrechtmatig. Het hof is het eens met de polishouders dat de Verzekeringskamer eerder dan zij uiteindelijk deed – eind november 1991 in plaats van in november 1993 – gebruik had moeten maken van haar bevoegdheid op grond van artikel 34 lid 4 juncto 3 Wtv een zogeheten stille bewindvoerder bij Vie d'Or te benoemen, teneinde de deconfiture af te wenden.[100] Het hof verwerpt alle overige verweren van de Verzekeringskamer in zoverre dat zij de gevorderde verklaring voor recht dat de Verzekeringskamer onrechtmatig heeft gehandeld toewijsbaar acht.

In cassatie klaagt de Verzekeringskamer over dit oordeel, onder meer met de klacht dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan. De Verzekeringskamer betoogt dat het 'doel' van het wettelijk toezicht is 'alleen' te bevorderen 'dat de verzekeraars te allen tijde aan hun verplichtingen kunnen voldoen' en dat het toezicht niet strekt tot bescherming van het 'individuele vermogensbelang' van de polishouders.[101] De Hoge Raad stelt bij zijn relativiteitsoordeel weer zijn maatstaf uit Duwbak Linda voorop.[102] Vervolgens velt de Hoge Raad zijn eigenlijke relativiteitsoordeel, te beginnen met de relativiteit van de Wtv en het in deze wet 'voorziene toezicht' van de Verzekeringskamer. Dat beoogt mede het 'financiële belang van een polishouder' te beschermen tegen 'deconfiture van de verzekeraar'. Daaraan voegt hij toe dat dit 'wettelijke toezicht' niet alleen het 'algemeen belang van bescherming en bevordering van het vertrouwen in het verzekeringswezen' beoogt te beschermen, maar ook de 'individuele vermogensbelangen' van 'polishouders'. Dat alles gebeurt in deze rechtsoverweging:

> 'Uit hetgeen hiervoor in de inleidende beschouwingen is vooropgesteld, moet worden afgeleid dat het in de Wet toezicht verzekeringsbedrijf voorziene toezicht van de Verzekeringskamer op een verzekeraar mede tot doel heeft het financiële belang van een polishouder, zoals dat voorzienbaar met een deconfiture van de

100 Vie d'Or, hof r.o. 7.16.
101 Vie d'Or, middel I, onderdeel 1, kenbaar uit *NJ* 2008/527.
102 Vie d'Or, r.o. 4.2.2.

> verzekeraar is gemoeid, te beschermen. Het strookt met het stelsel van de wet, het doel van het toezicht en met de bedoeling van de wetgever, zoals daarvan uit de parlementaire geschiedenis blijkt, dat dit wettelijk toezicht – naast het algemene belang van bescherming en bevordering van het vertrouwen in het verzekeringswezen – mede beoogt de individuele vermogensbelangen van degenen die als verzekeringnemers, verzekerden of gerechtigden tot uitkeringen betrokken zijn of zullen worden bij overeenkomsten van verzekering, gesloten of te sluiten met de verzekeraar (hierna ook gezamenlijk aan te duiden als de polishouders), zo goed mogelijk te beschermen tegen het gevaar dat de verzekeraar niet aan zijn verplichtingen tegenover de betrokken polishouders kan voldoen en mede beoogt te bewerkstelligen dat het risico van een deconfiture van de verzekeraar zo gering mogelijk is.'[103]

Met deze relativiteit van de Wtv vult de Hoge Raad vervolgens de relativiteit van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm in dat het toezicht van de Verzekeringskamer zorgvuldig moet zijn of althans dat zij daarin niet behoort tekort te schieten.[104] De Hoge Raad drukt zich uit in termen van het vereiste van relatieve onrechtmatigheid.[105] Het tekortschieten van de Verzekeringskamer is onrechtmatig 'jegens' polishouders die daardoor 'in hun individuele vermogensbelangen worden getroffen en deswege schade lijden'. De Hoge Raad:

> 'Daaruit volgt dat een tekortschieten van de Verzekeringskamer in de uitoefening van de haar in de Wet toezicht verzekeringsbedrijf opgedragen toezichthoudende taak, als gevolg waarvan de betrokken – tot een in beginsel bepaalbare groep van (potentiële) benadeelden behorende – polishouders in hun individuele vermogensbelangen worden getroffen en deswege schade lijden doordat de verzekeraar niet aan zijn verplichtingen uit de verzekeringsovereenkomst kan voldoen, onrechtmatig is jegens die polishouders.'[106]

Dat wil overigens niet zeggen dat de Verzekeringskamer dus aansprakelijk is jegens de polishouders. Dat is na het arrest van de Hoge Raad nog onbeslist. Hij vernietigt het arrest van het hof op het punt van de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid. Het hof heeft bij zijn oordeel dat het toezicht door de Verzekeringskamer tekortschoot onvoldoende rekening gehouden met de 'beleids- en beoordelingsvrijheid' van de Verzekeringskamer bij de uitoefening van haar bevoegdheden en de terughoudendheid die de rechter bij de beoordeling daarvan past, mede gelet op het gevaar van 'wijsheid achteraf'. Ook heeft

---

103 Vie d'Or, r.o. 4.2.2.

104 In vergelijkbare zin W.H. van Boom, noot onder Vie d'Or, *JA* 2007/2, in de eerste ongenummerde sub onder het tussenkopje 'Relativiteit, bepaalbaarheid van potentiële slachtoffers, en de verhouding van Vie d'Or tot Duwbak Linda' (p. 1153 in de gedrukte versie). Zie ook Van der Wiel 2007, p. 189.

105 Zie hfdst. 2.

106 Vie d'Or, r.o. 4.2.2.

het hof een en ander onvoldoende 'in samenhang' beoordeeld.[107] De zaak wordt uiteindelijk geschikt en de schikkingsovereenkomst op grond van de Wet Collectieve Afhandeling Massaschade (WCAM) door het Hof Amsterdam algemeen verbindend verklaard voor alle polishouders.[108]

Het bevestigende relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Vie d'Or situeert zich op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. Centraal staat de tegenstelling tussen een algemeen belang en op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen. De Hoge Raad oordeelt dat de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat het toezicht op grond van de Wtv zorgvuldig moet worden uitgeoefend niet alleen het 'algemene belang van bescherming en bevordering van het vertrouwen in het verzekeringswezen' beoogt te beschermen, maar ook de 'individuele vermogensbelangen' van 'polishouders' gevrijwaard te blijven financieel nadeel doordat een verzekeraar 'niet aan zijn verplichtingen kan voldoen'. Het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad abstraheert ook van het concrete geval. Hij drukt zich niet specifieker uit dan 'de polishouders' en spitst zijn oordeel niet toe op de polishouders *van Vie d'Or*.[109] Daaruit blijkt eveneens dat het relativiteitsoordeel zich situeert op het niveau van de abstracte vraag naar het beschermingsdoel.[110]

In dit geval biedt de wetgever in wetstekst en wetsgeschiedenis van de Wtv wél dekking middels positieve aanwijzingen dat de WGV mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. In de wetsgeschiedenis is sprake van de 'wens' aan 'het vertrouwen van de verzekeringnemer in de verzekeraar een hechtere basis te geven'.[111] Deze 'hechtere basis' van vertrouwen klinkt als een als algemeen belang aan te merken belang. Maar de wetgever omschrijft in wetstekst en wetsgeschiedenis ook de belangen van bepaalde individuen. Zo formuleert de wetgever in artikel 34 Wtv nauwkeurig in wiens belang de Verzekeringskamer de in deze bepaling genoemde bevoegdheden mag inzetten. De Hoge Raad vat deze bepaling in de algemene beschouwingen over het

107 Vie d'Or, r.o. 4.3.1-4.3.5.

108 Zie de noot van C.C. van Dam onder Vie d'Or, *NJ* 2008/529, sub 2 en Hof Amsterdam 29 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2717, *NJ* 2009/448 (Vie d'Or schikking).

109 Tenzij dit zou worden ingelezen in de in de hoofdtekst als tweede geciteerde passage uit het relativiteitsoordeel. Daarin vult de Hoge Raad de relativiteit van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, die de Verzekeringskamer volgens de polishouders zou hebben geschonden, in met de relativiteit van de Wtv. Daarbij spreekt hij een slag concreter van de 'betrokken' polishouders. 'Betrokken' zou hier kunnen worden opgevat in de zin van de in deze zaak bij het gefailleerde Vie d'Or betrokken polishouders, die zich in deze zaak bij de rechter melden om hun schade te verhalen. Maar de naam Vie d'Or valt niet en het specifieke geschade belang van deze benadeelden wordt niet omschreven. Het ligt daarom meer voor de hand deze passage zo te lezen dat 'betrokken polishouders' hier nog steeds is bedoeld als bij een levensverzekeraar in algemene zin betrokken polishouders.

110 Anders Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.6. Hij merkt het relativiteitsoordeel in Vie d'Or aan als relativiteitsoordeel op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang.

111 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 884, nr. 4, p. 3.

toezicht door de Verzekeringskamer, die hij aan zijn inhoudelijke oordeel vooraf laat gaan, als volgt samen:

> 'Wat de bevoegdheid van de Verzekeringskamer tot het treffen van maatregelen aangaat, verdient art. 34 Wtv bijzondere aandacht.
> Indien de Verzekeringskamer zulks noodzakelijk acht in het belang van *degenen die als verzekeringnemers, verzekerden of gerechtigden op uitkeringen betrokken zijn of zullen worden bij overeenkomsten van verzekering, gesloten of te sluiten door een verzekeraar*, kan zij deze verzekeraar een met redenen omklede aanwijzing geven (lid 1), waaraan de verzekeraar verplicht is binnen de door de Verzekeringskamer gestelde termijn te voldoen (lid 2).'[112]

Ook in de wetsgeschiedenis van de Wtv valt herhaaldelijk te lezen dat de wetgever met het toezicht op grond van deze wet mede de 'belangen van de verzekerden' wil beschermen. Daaruit blijkt bovendien dat het gaat om bescherming van deze individuele belangen in vermogensrechtelijke zin.[113] Het gaat om bescherming tegen het gevaar dat verzekeraars in de problemen komen en hun verplichtingen niet kunnen nakomen.[114] De wetgever of althans de minister van Financiën wil concreet 'financieel nadeel' voor 'verzekeringscrediteuren' als gevolg van het faillissement van een levensverzekeraar voorkomen.[115]

Resumerend situeert het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Vie d'Or zich op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. De Hoge Raad oordeelt dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan, terwijl wetstekst en wetsgeschiedenis van de Wtv dekking bieden middels positieve aanwijzingen op basis waarvan de rechter in zijn terughoudende opstelling bij de vraag naar het beschermingsdoel kan aannemen dat deze wet mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. In zoverre laat dit relativiteitsoordeel zich inpassen in het model. Ook hier is het weer de vraag of de Hoge Raad tot zijn bevestigende relativiteitsoordeel komt, *omdat* wetstekst en wetsgeschiedenis van de Wtv positieve aanwijzingen bevatten dat deze wet mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, of dat dit bevestigende relativiteitsoordeel is ingegeven door materieel aansprakelijkheidsrechtelijke overwegingen. Mij lijkt het eerste het geval.[116] Het relativiteitsoordeel bevat tot

---

112 Vie d'Or, r.o. 4.1.6 (cursivering toegevoegd).

113 Aldus ook Advocaat-Generaal Timmerman in zijn conclusie voor Vie d'Or, sub 4.14-4.15.

114 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 884, nr. 3, p. 1 en 3.

115 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 884, nr. 4, p. 11, aangehaald in r.o. 4.1.2. Ook aangehaald door Advocaat-Generaal Timmerman in zijn conclusie voor Vie d'Or, sub 4.12.

116 In deze zin ook Schild & De Jongh 2007, p. 148-149, volgens wie de wetsgeschiedenis in Vie d'Or 'een belangrijke (en mogelijk doorslaggevende)' rol speelt. Zo ook Di Bella 2014, p. 143. Vgl. Van den Berge 2012, p. 73, volgens wie de Hoge Raad tot zijn bevestigende relativiteitsoordeel komt o.g.v. 'zowel teleologische overwegingen als op basis van positieve aanwijzingen uit de parlementaire geschiedenis'. Volgens Franssen & Van Tilborg 2015, p. 65 hecht de Hoge Raad 'belangrijke betekenis' aan de bedoeling van de wetgever om

tweemaal toe een verwijzing naar de bedoeling van de wetgever, zoals die blijkt uit wetstekst en wetsgeschiedenis van de Wtv. De Hoge Raad verwijst hiernaar zowel via de 'inleidende beschouwingen' over het toezicht door de Verzekeringskamer, die de Hoge Raad in zijn arrest vooropstelt, als via een verwijzing in het relativiteitsoordeel zelf. Hij velt bovendien een sterk heteronoom oordeel, door in zijn relativiteitsoordeel de definitie van de polishouders letterlijk over te nemen uit de tekst van artikel 34 Wtv.[117]

Daar staat tegenover dat het relativiteitsoordeel ook passages bevat die kunnen worden opgevat als eigen 'rechtspolitieke' keuze van de Hoge Raad. Dit zijn de passages over de 'voorzienbaarheid' van de schade van de polishouders en de 'in beginsel bepaalbare groep van (potentiële) benadeelden' waartoe zij behoren. In de literatuur zijn deze passages ook daadwerkelijk als zodanig opgevat. Anders dan in Duwbak Linda zou de Hoge Raad – zo gaat de redenering – in Vie d'Or in de aansprakelijkheidslast geen bezwaar zien om aan te nemen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan, omdat deze aansprakelijkheidslast in dit geval 'bepaalbaar' zou zijn.[118] De conclusie van Advocaat-Generaal Timmerman biedt voor deze lezing steun. Hij noemt het feit dat de gedupeerde polishouders van Vie d'Or een 'begrensde' groep benadeelden vormen en dat hun vermogensschade 'voorzienbaar' is als redenen om te oordelen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Al stelt (ook) Timmerman voorop dat uit wetstekst en wetsgeschiedenis van de Wtv blijkt dat 'doel' en 'strekking' daarvan is de vermogensbelangen van polishouders te beschermen.[119] Evenals in Duwbak Linda zouden deze passages echter ook weer kunnen worden opgevat als onderdeel van de 'vertaalslag' van de relativiteit van de Wtv naar de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die de Verzekeringskamer zou hebben geschonden.[120] Op basis van de relativiteit van de Wtv – die mede de 'individuele vermogensbelangen' van 'polishouders' beoogt te beschermen – constateert de Hoge Raad in deze lezing dat de Verzekerings-

'individuele vermogensbelangen van polishouders te beschermen'. Anders Verheij 2014, p. 98. Volgens hem lijkt de wetsgeschiedenis in Vie d'Or evenals in Duwbak Linda 'bepalend', maar is dat in het licht van het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Iraanse vluchteling toch niet het geval.

117 Zie ook Moesker 2007, p. 219, volgens wie de Hoge Raad in Vie d'Or 'zich opnieuw bij het beoordelen van het relativiteitsvereiste strikt houdt aan het interpreteren van de wet en de parlementaire geschiedenis daarvan'.

118 Zie bijv. C.C. van Dam, noot onder Vie d'Or, *NJ* 2008/529, sub 15-16; B.P.M. van Ravels, noot onder Vie d'Or, *JOR* 2006/200, sub 14; W.H. van Boom, noot onder Vie d'Or, *JA* 2007/2, in de subs onder het tussenkopje 'Relativiteit, bepaalbaarheid van potentiële slachtoffers, en de verhouding van Vie d'Or tot Duwbak Linda'; Hartlief 2006, p. 800; Busch 2010, p. 43. Het criterium van de 'bepaalbaarheid' van de aansprakelijkheidslast is overigens door een aantal van deze auteurs ook inhoudelijk bekritiseerd. Zie nader par. 7.4.

119 Zie de conclusie van Advocaat-Generaal Timmerman voor Vie d'Or, sub 4.14-4.15.

120 Of weer, zoals Wiggers-Rust 2011, p. 134-135, doet in verband kunnen worden gebracht met het vereiste van causaal verband.

kamer bedacht moest zijn de belangen van de polishouders van Vie d'Or, omdat hun belangen voorzienbaar met het toezicht zijn gemoeid.

Zouden deze passages echter moet worden opgevat als blijk van een eigen 'rechtspolitieke' keuze van de Hoge Raad ingegeven door de 'bepaalbaarheid' van de aansprakelijkheidslast, dan lijkt deze 'bepaalbaarheid' mij in het licht van de dubbele uitdrukkelijke verwijzing naar de wetsgeschiedenis van de Wtv echter hooguit een extra argument bij een al bereikte uitkomst op grond van de bedoeling van de wetgever. Met de kennis van nu kan bovendien worden geconstateerd dat deze passages ook niet terugkeren in een zaak uit 2014. In die zaak spreekt de Hoge Raad zich onder verwijzing naar Vie d'Or 'in algemene zin' uit over de relativiteit van het wettelijke toezicht op de financiële sector.[121]

Een los eindje aan het bevestigende relativiteitsoordeel in Vie d'Or in het licht van het model is dat daarin alleen tot een bevestigend relativiteitsoordeel kan worden gekomen, als zowel de vraag naar het beschermingsdoel, als de vraag naar de beschermingsomvang bevestigend wordt beantwoord. Het relativiteitsoordeel zou zich dus zowel op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel, als op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang moeten situeren. De laatste vraag komt in het relativiteitsoordeel in Vie d'Or echter niet uit de verf.[122] Dat zou kunnen worden verklaard vanwege het feit dat het hier gaat om een collectieve actie. De gedupeerde polishouders hebben zich verenigd in een stichting die opkomt voor hun 'gebundelde' individuele vermogensbelangen op grond van artikel 3:305a BW. Het specifieke geschade belang van de benadeelden is dus op geaggregeerd niveau geformuleerd. Erg concreet wordt het bij de omschrijving van dit belang dus niet.

Daar komt bij dat de wetgever in wetstekst en wetsgeschiedenis de door de Wtv te beschermen individuele vermogensbelangen in betrekkelijk grote mate van detail omschrijft. De wetgever doet de rechter zo een flinke voorzet voor de beantwoording van de vraag naar de beschermingsomvang. Het toezicht beoogt de individuele vermogensbelangen te beschermen van nauw-

121 Het betreft een zaak over vermeend tekortschietend toezicht op de gefailleerde DSB Bank door de Autoriteit Financiële Markten als 'gedragstoezichthouder' op grond van de Wet op het financieel toezicht. De Hoge Raad overweegt in HR 21 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3349, *NJ* 2015/217 (Band/AFM), m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, r.o. 3.4.1 en r.o. 3.4.4 onder verwijzing naar Vie d'Or dat dit wettelijk toezicht 'mede' ertoe dient 'het vermogensbelang van de (toekomstige) cliënten, welk belang de toezichthouder uit de aard van zijn toezicht kent of behoort te kennen, zo goed mogelijk te beschermen tegen het gevaar van deconfiture van de aan toezicht onderworpene'. Blijkbaar kunnen de Wtv en de Wft naar het oordeel van de Hoge Raad in dit opzicht over één kam worden geschoren. In deze zin ook H.C.W.M. Moesker, noot onder Band/AFM, *TBR* 2015/154, sub 8, die enigszins verrast constateert dat de Hoge Raad in deze zaak het relativiteitsvereiste niet meer met zoveel woorden noemt en de inhoudelijke aansluiting bij Vie d'Or voor de Hoge Raad blijkbaar vanzelf spreekt.

122 Anders Van den Berge 2012, p. 73-74, volgens wie het relativiteitsoordeel in Vie d'Or zowel de vraag naar het beschermingsdoel als de beschermingsomvang omvat.

keurig gedefinieerde polishouders, gevrijwaard te blijven van financieel nadeel als gevolg van de deconfiture van een verzekeringsmaatschappij. Met een bevestigende beantwoording van de vraag naar het beschermingsdoel is de vraag naar de beschermingsomvang daarom in wezen ook al bevestigend beantwoord. In zoverre valt er bij deze vraag voor de rechter weinig meer te kiezen. De te maken keuze ligt in Vie d'Or in elk geval voor de hand. Dat neemt niet weg dat het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad zich op dit punt niet laat inpassen in het model.

Met bespreking van Vie d'Or zijn de zaken waarin het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad zich in wezen situeert op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel de revue gepasseerd. In zes andere zaken staat niet ter discussie of de wettelijke norm of regeling waarvan hij de relativiteit moet vaststellen mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad situeert zich zodoende op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang of het specifieke geschade belang van de benadeelde, die zich bij de rechter meldt met een vordering uit onrechtmatige daad, daaronder kan worden begrepen. Of althans ligt het zwaartepunt van het relativiteitsoordeel bij deze vraag, zoals in de nu te bespreken zaak Astrazeneca/Menzis.

5.7 BESCHERMINGSOMVANG, GEEN RELATIVITEIT I: ASTRAZENECA/MENZIS C.A.

Zorgverzekeraar Menzis probeert huisartsen te verleiden goedkope generieke cholesterolverlagers en maagzuurremmers voor te schrijven, in plaats van duurdere zogeheten 'spécialités'. Huisartsen kunnen vrijwillig deelnemen aan dit zogeheten preferentiebeleid. Zij ontvangen daarvoor extra honorering. De besparingen die Menzis hiermee denkt te realiseren, wil zij aanwenden voor 'betere zorg'.[123] Astrazeneca en een aantal andere farmaceuten, producenten van spécialités, zien door dit preferentiebeleid hun omzet bedreigd. Zij wenden zich tot de voorzieningenrechter en vorderen in kort geding een verbod voor Menzis daaraan uitvoering te geven. De farmaceuten voeren aan dat het preferentiebeleid in strijd is met het Reclamebesluit geneesmiddelen (Rbg) en de Wet Tarieven Gezondheidszorg (WTG) nu Menzis het voorschrijfbeleid van huisartsen wil beïnvloeden met financiële prikkels.[124] Dat zou in strijd zijn met de regels voor geneesmiddelenreclame in deze wettelijke regelingen.

123 HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, *NJ* 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken (Astrazeneca/Menzis), r.o. 3.1 (i-ix).

124 De farmaceuten voeren ook tevergeefs aan dat Menzis met het preferentiebeleid in strijd handelt met verschillende ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. Ik laat dat verder buiten beschouwing,

Menzis verweert zich onder meer met de stelling dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan.[125]

Inzet van Astrazeneca/Menzis is derhalve de relativiteit van het Reclamebesluit geneesmiddelen (Rbg) en de Wet Tarieven Gezondheidszorg (WTG). Het oordeel van de voorzieningenrechter is zo opgebouwd dat hij zich eerst uitspreekt over de relativiteit in algemene zin van de 'strenge regulering van de markt' voor geneesmiddelen.[126] Naar zijn oordeel 'dient' deze de volgende 'doeleinden': de voorschrijfvrijheid voor de arts, normering van geneesmiddelenreclame en in dat verband goede publieksvoorlichting, kostenbeheersing in de zorg en kwaliteitsverbetering van de zorg. De voorzieningenrechter constateert verder dat deze regulering de farmaceuten geen 'bijzondere bescherming' verschaft, nu zij opkomen voor 'commerciële belangen'.[127] Specifiek ten aanzien van de WTG overweegt de voorzieningenrechter verder dat 'de patiënten, de zorgverleners en de verzekeraars' bij de evenwichtige tarifering en kostenbeheersing waarin deze wet voorziet 'belang' hebben. De normen van de WTG strekken niet 'ter bescherming van commerciële belangen, zoals die van de fabrikanten en leveranciers van geneesmiddelen', aldus de voorzieningenrechter.[128]

Noch in appel, noch in cassatie stellen de farmaceuten het relativiteitsoordeel van de voorzieningenrechter dat de 'strenge regulering' deze algemene belangen en individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen als zodanig ter discussie. De wetgever biedt in wetstekst en wetsgeschiedenis van in elk geval de WTG ook dekking middels positieve aanwijzingen dat deze wet naast algemene belangen als 'evenwichtige tarieven, uniforme procedures voor een transparante totstandkoming van tarieven, een doelmatige organisatie van zorg en kostenbeheersing' ook individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen.[129] In de wetsgeschiedenis van een wijzigingswet noemt de wetgever de individuele belangen van 'consumenten' en van 'zorgaanbieders' en 'ziektekostenverzekeraars'. De wetgever maakt ook duidelijk dat hij hun belangen in vermogensrechtelijke zin bedoelt te beschermen. Consumenten wil de wetgever meer inzicht wil geven in de 'prijsvorming' bij tarieven in de gezondheidszorg. Voor zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars wil hij een 'stap' zetten naar 'gereguleerde marktwerking'.[130] In dat kader wil

125 Astrazeneca/Menzis, r.o. 3.2.1.

126 In deze zin ook M. van Kogelenberg, noot onder Astrazeneca/Menzis, *JA* 2007/20, onder het ongenummerde tussenkopje 'Oordeel voorzieningenrechter'.

127 Astrazeneca/Menzis, rechtbank r.o. 4, kenbaar uit Vzr. Rb. Arnhem 14 oktober 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU4312, *JGR* 2005/53, m.nt. Schutjens (Astrazeneca/Menzis).

128 Astrazeneca/Menzis, rechtbank r.o. 18. Het Rbg verdwijnt bij de voorzieningenrechter uit beeld, omdat Menzis als zorgverzekeraar naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet onder het Rbg 'valt' – daarvan geen normaddressaat is – en daarmee dus niet in strijd kan handelen. Astrazeneca/Menzis, rechtbank r.o. 6-9.

129 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 379, nr. 3 (MvT), p. 9.

130 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 379, nr. 3 (MvT), p. 4.

de wetgever hun meer 'meer speelruimte' bieden bij het maken van tariefafspraken.[131]

Wat wel ter discussie staat, is of ook het geschade belang van de farmaceuten onder aanvoering van Astrazeneca onder de individuele vermogensbelangen kunnen worden geschaard, die het Rbg en de WTG beogen te beschermen. In appel voeren de farmaceuten daartoe aan dat de voorzieningenrechter is uitgegaan van een 'onjuiste beschrijving en bepaling' van het belang waarvoor zij opkomen. Dat is volgens hen niet 'het commerciële belang … om hun geneesmiddelen in de pen van de arts te krijgen', maar het belang 'gevrijwaard' te blijven 'van financiële incentives van zorgverzekeraars die erop gericht zijn om hun geneesmiddelen "uit de pen" van de arts te krijgen'. De farmaceuten komen aldus naar eigen zeggen op voor een 'level playing field' op de markt, waarop niemand de 'voorschrijfkeuze van artsen met financiële incentives [mag] beïnvloeden'.[132] Dat belang behoort in hun optiek blijkbaar wel tot de belangen die het Rbg en de WTG beogen te beschermen.

Het hof laat zich echter niet verleiden tot een bevestigend relativiteitsoordeel. Het herhaalt de vier doeleinden van de voorzieningenrechter en benadrukt dat Menzis als zorgverzekeraar geen concurrent is van Astrazeneca c.s. Het preferentiebeleid doet daarom 'niets' af 'aan het "level playing field" tussen concurrerende farmaceutische ondernemingen'.[133] Ook de correctie-Langemeijer kan de farmaceuten hierbij niet baten:

> 'De zogenaamde correctie-Langemeijer brengt echter niet mee dat farmaceutische bedrijven zich ook tegenover een zorgverzekeraar als Menzis kunnen beroepen op schending van reclameregels.'[134]

Daarmee geeft het hof de correctie-Langemeijer wel erg gecomprimeerd weer. Deze correctie houdt immers in dat eerst wordt nagegaan of de 'schending van reclameregels' mede in het licht van de andere omstandigheden van het geval de doorslag geeft voor het oordeel dat Menzis tevens een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden. Vervolgens moet worden nagegaan of deze norm wel strekt tot bescherming van het geschade belang van de farmaceuten.[135] Hoe dan ook, hierna laat het hof zijn eigenlijke relativiteitsoordeel volgen, dat met dat van de voorzieningenrechter in lijn is. Daarin noemt het hof niet alleen het Rbg, maar ook de WTG met zoveel woorden:

---

131 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 379, nr. 3 (MvT), p. 24.

132 Astrazeneca/Menzis, hof r.o. 4.4, kenbaar uit Hof Arnhem 3 januari 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AU8962, *JGR* 2006/3, m.nt. Schutjens (Astrazeneca/Menzis).

133 Astrazeneca/Menzis, hof r.o. 4.5.

134 Astrazeneca/Menzis, hof r.o. 4.5.

135 Zie par. 4.10. Ook M. van Kogelenberg, noot onder Astrazeneca/Menzis, *JA* 2007/20, onder het kopje 'Oordeel Hoge Raad', acht de toepassing die het hof aan de correctie-Langemeijer geeft niet 'duidelijk'.

> 'Het RBG beoogt niet het belang van Astrazeneca c.s. bij behoud en vergroting van de afzet van haar producten te beschermen, net zo min als dit het geval is ten aanzien van de WTG, die strekt ter bescherming van de belangen van patiënten, zorgverleners en verzekeraars.'[136]

Het hof komt aan de vraag of het preferentiebeleid van Menzis in strijd is met het Rbg en de WTG en daarmee of Menzis op die grond onrechtmatig handelt niet toe. De farmaceuten hebben daarbij gezien het ontkennende relativiteitsoordeel 'rechtens onvoldoende belang', aldus het hof.[137]

In cassatie kiezen de farmaceuten een andere strategie en beroepen zij zich op het 'vermoeden' van relativiteit. Zij voeren aan dat het hof heeft miskend dat artikel 6:163 BW ervan uitgaat 'dat een norm in beginsel strekt ter bescherming van allen die als gevolg van overtreding ervan schade kunnen lijden, en wel tegen alle schade die aan de dader op de voet van art. 6:98 als gevolg van de overtreding kan worden toegerekend'. Dat betekent dat voor 'een beroep op art. 6:163 BW moet komen vast te staan dat de betrokken norm de eiser in het gegeven geval niet beschermt tegen [de] schade, zoals hij deze heeft geleden' en dat 'volgt' in dit geval 'niet reeds' uit 'de door het hof genoemde doeleinden van het Rbg en de WTG'.[138] Aldus de farmaceuten onder aanvoering van Astrazeneca. De Hoge Raad wijst hun beroep op het vermoeden van relativiteit van de hand. Anders dan in Pfizer/Cosmétique doet hij dat uitdrukkelijk. Hij merkt het vermoeden aan als 'te beperkt' en 'dus onjuist' en staaft dat met zijn maatstaf uit Duwbak Linda. De Hoge Raad:

> 'De onderdelen falen omdat zij berusten op een opvatting naar welke het hof een maatstaf had dienen aan te leggen die te beperkt en dus onjuist is. Immers, bij de beantwoording van de vraag of aan het in art. 6:163 BW neergelegde relativiteitsvereiste is voldaan, komt het aan op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt (HR 24 maart 2006, nr. C04/325, RvdW 2006, 310).'[139]

Vervolgens constateert de Hoge Raad dat het hof deze maatstaf niet heeft miskend en zich 'in het bijzonder' en 'terecht' niet heeft laten leiden door het vermoeden van relativiteit:

> 'Het hof heeft met zijn oordeel deze maatstaf niet miskend. In het bijzonder heeft het hof zich terecht niet laten leiden door het onjuiste uitgangspunt dat de normen van het Rbg en de WTG die, naar het hof in het midden heeft gelaten en in cassatie

136 Astrazeneca/Menzis, hof r.o. 4.5.
137 Astrazeneca/Menzis, hof r.o. 4.5. Het hof ziet ook geen reden om aan te nemen dat Menzis met haar preferentiebeleid in strijd handelt met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.
138 Astrazeneca/Menzis, r.o. 3.3.1.
139 Astrazeneca/Menzis, r.o. 3.3.2.

> daarom veronderstellenderwijs moet worden aangenomen, door het gewraakte handelen van Menzis zijn geschonden, in beginsel beschermen tegen alle schade die Astrazeneca c.s. als gevolg van die schending lijden en die aan Menzis kan worden toegerekend.'[140]

Daarna velt de Hoge Raad zijn eigenlijke relativiteitsoordeel. Ook hij stelt de vier doeleinden van de 'strenge regulering' van de markt voor geneesmiddelen van de voorzieningenrechter voorop, zonder die overigens zelf met zoveel woorden te noemen. Hoewel dit 'uitgangspunt' ook in cassatie niet wordt bestreden, voelt de Hoge Raad zich blijkbaar genoodzaakt het nader te onderbouwen, alvorens te concluderen dat het Rbg en de WTG dus niet strekken tot bescherming 'van farmaceutische bedrijven tegen omzetverlies en daaruit resulterende schade als gevolg van bepaald voorschrijfgedrag van artsen'. De Hoge Raad:

> 'De voorzieningenrechter en het hof hebben, in cassatie niet bestreden, tot uitgangspunt genomen dat de regelgeving waarvan zowel het Rbg als de WTG deel uitmaakt de hiervoor onder 3.2.2 vermelde doeleinden dient [de vier 'doeleinden' van de voorzieningenrechter; PWdH].
> Dit uitgangspunt vindt ten aanzien van het Rbg steun in de toelichtende stukken op deze regeling en de desbetreffende Europese richtlijnen, zoals nader is uiteengezet in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 5.12 – 5.16, en ten aanzien van het WTG in de wetsgeschiedenis en literatuur zoals is vermeld in die conclusie onder 5.36 – 5.40. Gelet op deze doeleinden staat de omvang van het omzetverlies en daarmee de daaruit voortvloeiende schade die A[s]trazeneca c.s. stellen te lijden als gevolg van de gewraakte gedragingen van Menzis, niet eraan in de weg dat Menzis zich ten aanzien van de schade die het gevolg zou zijn van schending van het Rbg en de WTG kan beroepen op het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW. De genoemde doeleinden maken immers duidelijk dat het Rbg en de WTG niet strekken tot bescherming van farmaceutische bedrijven tegen omzetverlies en daaruit resulterende schade als gevolg van bepaald voorschrijfgedrag van artsen.'[141]

De Hoge Raad laat ook de klachten van Astrazeneca c.s. falen over de toepassing door het hof van de correctie-Langemeijer. Hij vat het oordeel van het hof op dit punt zo op, dat het hof aanneemt dat het relativiteitsvereiste aan het slagen van de correctie-Langemeijer in de weg staat. De correctie-Langemeijer zou in de interpretatie van het oordeel van het hof door de Hoge Raad dus niet stranden bij de eerste stap dat de omstandigheid dat Menzis in strijd handelt met het Rbg en de WTG gelet op de andere omstandigheden van het geval de doorslag geeft voor het oordeel dat tevens een ongeschreven zorgvul-

140 Astrazeneca/Menzis, r.o. 3.3.2.

141 Astrazeneca/Menzis, r.o. 3.3.3. Advocaat-Generaal Spier vewijst in zijn conclusie naar Richtlijn 1992/98/EG (sub 5.12 en 5.16) en Richtlijn 2001/83/EG (sub 5.9). Ook volgens Spier strekken het Rgb en de WTG niet tot bescherming van het geschade belang van de farmaceuten.

digheidsnorm is geschonden, maar bij de tweede stap dat deze tevens door Menzis geschonden ongeschreven zorgvuldigheidsnorm wél strekt tot bescherming van het geschade belang van de farmaceuten. De Hoge Raad:

> 'Of, (mede) gelet op (a) de omstandigheid dat Menzis door haar handelen het Rbg en de WTG heeft geschonden, (b) de omvang van de schade en (c) de eventuele voorzienbaarheid daarvan voor Menzis, wellicht aangenomen zou moeten worden dat Menzis met haar handelen jegens Astrazeneca c.s. tevens een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden en daarmee jegens Astrazeneca c.s. onrechtmatig heeft gehandeld en uit dien hoofde aansprakelijk is voor de als gevolg daarvan door Astrazeneca c.s. geleden schade, is een andere vraag, namelijk die naar de eventuele toepassing van de correctie-Langemeijer. Aan 's hofs overweging dat de zogeheten correctie-Langemeijer niet meebrengt dat farmaceutische bedrijven zich ook tegenover een zorgverzekeraar als Menzis kunnen beroepen op schending van reclameregels, ligt kennelijk ten grondslag de opvatting dat toepassing van deze correctie niet meebrengt dat het relativiteitsvereiste wordt opzijgezet.'[142]

Daarmee heeft het hof de correctie-Langemeijer naar het oordeel van de Hoge Raad op de juiste wijze toegepast:

> 'Deze opvatting is juist omdat de genoemde correctie daarin bestaat dat, hoewel de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, en de schending van die norm dus op zichzelf genomen geen aansprakelijkheid voor die schade schept, nochtans daarvoor aansprakelijkheid bestaat omdat onder de omstandigheden van het geval die schending bijdraagt tot het oordeel dat een zorgvuldigheidsnorm is geschonden die wèl bescherming biedt tegen die schade.'[143]

Ook de Hoge Raad komt in Astrazeneca/Menzis dus tot een ontkennend relativiteitsoordeel. Nu de Hoge Raad het 'uitgangspunt' dat het Rbg en de WTG de vier doeleinden van de voorzieningenrechter beogen te beschermen zelf van een inhoudelijke onderbouwing voorziet – ondanks zijn constatering dat dit uitgangspunt in cassatie niet wordt bestreden – situeert het relativiteitsoordeel zich deels op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel of het Rbg en de WTG naast algemene belangen ook individuele vermogensbelangen beogen te beschermen. Maar het relativiteitsoordeel situeert zich ook op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang of het geschade belang van Astrazeneca c.s. daar onder kan worden geschaard en daar ligt ook het zwaartepunt.[144]

---

142 Astrazeneca/Menzis, r.o. 3.3.5.

143 Astrazeneca/Menzis, r.o. 3.3.5.

144 In deze zin ook Van den Berge 2012, p. 70, volgens wie in Astrazeneca/Menzis de vraag naar de beschermingsomvang centraal staat. Evenzo Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.6, die het relativiteitsoordeel in Astrazeneca/Menzis zonder meer aanmerkt als relativiteitsoordeel

Bij het hof en de Hoge Raad staat niet ter discussie dat het Rbg en de WTG of in elk geval de WTG naast bepaalde algemene belangen ook individuele vermogensbelangen beogen te beschermen. Dit zijn de individuele vermogensbelangen van 'patiënten, zorgverleners en verzekeraars', zoals de voorzieningenrechter en het hof het formuleren, dan wel 'zorgaanbieders' en 'ziektekostenverzekeraars', zoals Advocaat-Generaal Spier de laatste twee groepen in zijn conclusie omschrijft.[145] Centraal in het relativiteitsoordeel staat in elk geval de tegenstelling tussen deze op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen en het specifieke geschade belang van de farmaceuten onder aanvoering van Astrazeneca. Zij wordt door de Hoge Raad ook met name wordt genoemd. De tegenstelling komt echter niet erg uit de verf. Dat komt doordat de Hoge Raad de door het Rbg en de WTG te beschermen individuele vermogensbelangen zelf niet met zoveel woorden noemt, maar daarvoor verwijst naar het oordeel van de voorzieningenrechter, het hof en de conclusie van Advocaat-Generaal Spier.

Resumerend laat het relativiteitsoordeel in Astrazeneca/Menzis zich in zoverre inpassen in het model dat het zwaartepunt ervan ligt bij de vraag naar de beschermingsomvang en de ontkennende uitkomst berust op een eigen keuze van de Hoge Raad, op basis van een a contrario-redenering. Het specifieke geschade belang van de farmaceuten gevrijwaard te blijven van omzetderving door het preferentiebeleid van Menzis, inhoudende dat artsen goedkope, generieke geneesmiddelen voorschrijven, moet naar het oordeel van de Hoge Raad blijkbaar niet met de individuele vermogensbelangen van patiënten, zorgaanbieders en zorgverzekeraars op één lijn worden gesteld. Een onderbouwing van deze keuze geeft de Hoge Raad verder niet. Blijkbaar spreekt het voor hem vanzelf,[146] althans onder het destijds geldende regime van de WTG.

Onder het huidige regime van de Zorgverzekeringswet (Zvw) en de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) is in lagere rechtspraak in vergelijkbare zin geoordeeld.[147] Al is in deze lagere rechtspraak wel aangenomen dat artikel 13 Zvw ook het commercieel getinte belang van een private zorgaanbieder beoogt te beschermen om gevrijwaard te blijven van omzetderving

op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang.

145 Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor Astrazeneca/Menzis, sub 5.40.

146 Zie in deze zin ook Di Bella 2014, p. 133. Voor haar is het 'zonder twijfel' zo dat de WTG 'slechts strekt ter bescherming van de belangen van patiënten, zorgverleners en verzekeraars (en dat is Astrazeneca c.s. niet)'.

147 Zie Vzr. Rb. Arnhem 17 december 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BP0931, *GJ* 2011/58, m.nt. P.W. den Hollander (Astrazeneca & GlaxoSmithKline/Uvit c.s.), r.o. 4.9, t.a.v. van preferentiebeleid van een zorgverzekeraar bij inhalatiemedicatie en art. 2.8 Besluit Zvw en art. 11 Zvw. Vgl. Hof Den Haag 27 november 2012, ECLI:NL:GHDHA:2012:BY4151, *GJ* 2013/36, m.nt. P.W. den Hollander (NMT c.s./Staat), r.o. 4, t.a.v. art. 8 Wet Marktordening gezondheidszorg, dat beoogt het als algemeen belang aan te merken belang van 'parlementaire betrokkenheid' te vergroten en niet de individuele vermogensbelangen van tandartsen beoogt te beschermen. Dit relativiteitsoordeel situeert zich derhalve in wezen op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel.

als gevolg van te lage vergoeding door een zorgverzekeraar van zogeheten niet-gecontracteerde zorg.[148] Inmiddels is de Hoge Raad een stap verder gegaan met het oordeel dat ook het commerciële belang van Nutricia als fabrikant van dieetpreparaten, gevrijwaard te blijven van omzetverlies als gevolg van een voorkeursbeleid van VGZ en andere zorgverzekeraars, onder de door bepaalde normen uit de Zvw te beschermen belangen van zorgaanbieders kan worden geschaard. Fabrikanten als Nutricia zijn, aldus de Hoge Raad, 'door de levering van gebruiksklare producten aan zorgaanbieders in feite mede op de zorgmarkt werkzaam'.[149] Anders dan in Astrazeneca/Menzis komt de Hoge Raad in deze laatste zaak, onder de Zvw en de Wmg, dus tot een bevestigend relativiteitsoordeel, op basis van een analogie-redenering.

5.8 Beschermingsomvang, geen relativiteit II: Nabbe/Staalbankiers

Voor het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Nabbe/Staalbankiers is de analyse vergelijkbaar met die voor zijn relativiteitsoordeel in Astrazeneca/Menzis, in de vorige paragraaf. Nabbe is gepensioneerd directeur van de NMB-bank. Hij belegt privé jarenlang in aandelen, opties en futures bij een andere bank, Staalbankiers. Als Nabbe in de jaren 1997-2001 grote verliezen lijdt op transacties, in zijn opdracht door Staalbankiers uitgevoerd, spreekt hij de bank aan tot vergoeding van zijn schade. Volgens Nabbe heeft Staalbankiers in strijd met de op haar rustende bijzondere zorgplicht gehandeld. Een van de redenen daarvoor is volgens Nabbe dat Staalbankiers de transacties heeft uitgevoerd in strijd met de zogeheten saldi- en marginbewakingsplicht van artikel 28 leden 2-4 Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999 (NR).[150] Deze plicht houdt in dat de bank haar beleggende cliënt moet waarschuwen en de uitvoering van transacties moet weigeren, als de saldi op diens rekeningen ontoereikend zijn om te kunnen voldoen aan de verplichtingen die uit die transacties voortvloeien ('dekkingsplicht') en variaties in die verplichtingen te kunnen opvangen ('marginplicht').

Inzet van Nabbe/Staalbankiers is derhalve de relativiteit van deze saldi- en marginbewakingsplicht van artikel 28 NR. Daarbij staat niet ter discussie

148 Zie Vzr. Rb. Gelderland 3 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:3989, *GJ* 2014/12, m.nt. P.W. den Hollander & H.A. ten Oever (Crisiscare/VGZ c.s.), r.o. 4.5, waarover nader de noot van Den Hollander & Ten Oever, sub 13-15.

149 HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3241 (VGZ c.s./Nutricia en Stichting Patiëntenbelang Vergoeding Dieetpreparaten), r.o. 3.11.5. De Hoge Raad komt tot dit oordeel in verband met zijn oordeel in r.o. 3.11.4 dat de betreffende Zvw-normen weliswaar zijn opgesteld 'ten behoeve van de verzekerden', maar dat 'de Zvw beoogt, als onderdeel van de daarin nagestreefde doelmatigheid, mede de voorwaarden te scheppen voor een behoorlijk functionerende markt in de gezondheidszorg'.

150 Kenbaar uit Stcrt. 1999/12. De leden 2-4 worden ook aangehaald in de conclusie van Advocaat-Generaal Langemeijer voor HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7320, *NJ* 2010/67, m.nt. M.R. Mok (Nabbe/Staalbankiers), sub 2.3.

dat deze plicht mede beoogt individuele vermogensbelangen te beschermen. In dit geval is daarover eigenlijk ook geen discussie mogelijk, nu de saldi- en marginbewakingsplicht van privaatrechtelijke origine is. Zoals Advocaat-Generaal Langemeijer in zijn conclusie uiteenzet, gaat deze plicht op de verplichting voor effecteninstellingen in het Reglement voor de Handel van de Europese Optiebeurs (EOE) erop toe te zien dat de cliënt over voldoende 'marge' beschikt om eventuele verliezen bij de handel in opties op te vangen. Dit ter bescherming van de wederpartij.[151] Later oordeelt de Hoge Raad evenwel dat de marginbewakingsplicht niet alleen het belang van de wederpartij beoogt te beschermen, maar 'onmiskenbaar' ook dat 'van de cliënten van de bank'. Dat doet hij in de zaak van Van de Klundert, die zeer grote verliezen lijdt met de handel in opties via de Rabobank.[152] Als eind jaren negentig de zelfregulering in de financiële sector wordt verruild voor publiekrechtelijk overheidstoezicht, wordt deze plicht gecodificeerd in de NR. Deze regeling is gebaseerd op de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte).[153] Zowel deze Wte als de NR biedt ook dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen in wetstekst en wetsgeschiedenis dat de daarin vervatte normen mede de individuele belangen van cliënten in vermogensrechtelijke zin beogen te beschermen.[154]

Wat in Nabbe/Staalbankiers wel ter discussie staat, is of ook het specifieke geschade belang van Nabbe onder de individuele vermogensbelangen kan worden geschaard, die de saldi- en marginbewakingsplicht van artikel 28 NR beoogt te beschermen. De rechtbank wijst de vorderingen van Nabbe af en dat doet ook het hof. Het doel van de saldibewakings- en marginplicht van artikel 28 NR 1999 is naar het oordeel van het hof niet het voorkomen van beleggingsverliezen:

> 'De verplichting voor de bank om bij een saldotekort geen nieuwe transacties uit te voeren en de margin strict te handhaven, is niet bedoeld om te voorkomen dat de belegger verlies lijdt op de door hem verworven posities. Verliezen kunnen

151 Conclusie Advocaat-Generaal Langemeijer voor Nabbe/Staalbankiers, sub 2.

152 HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686, *NJ* 1998/660, m.nt. C.J. van Zeben (Van de Klundert/Rabobank), r.o. 3.6.

153 Conclusie Advocaat-Generaal Langemeijer voor Nabbe/Staalbankiers, sub 2. De literatuur over de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners, al dan niet bij optiehandel, is overvloedig. Zie bijv. Van der Wiel 2010, p. 149-157; Cherednychenko 2010, p. 66-77; Castermans & Den Hollander 2012, p. 564-566; Cherednychenko 2012, p. 223-235.

154 Zie t.a.v. van de Wte *Kamerstukken II* 1988/89, 21 038, nr. 3 (MvT), p. 3-4. In deze zin ook Van Rossum 2005, p. 82-83, volgens wie het 'evident' is dat de Wte naast het 'algemene economisch belang' ook in vermogensrechtelijke zin de individuele belangen van 'gedupeerde beleggers' beoogt te beschermen. Zie in dit verband ook HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, *NJ* 2006/289, m.nt. M.R. Mok (Fortis/Stichting Volendam), r.o. 6.3.2, waarover Castermans & Den Hollander 2012, p. 565-566.

> immers evengoed worden geleden als de in art. 28 lid 2 NR vermelde verplichting en de marginverplichting (alsnog) wèl worden nageleefd.'[155]

Het doel van deze verplichting is volgens het hof te voorkomen dat de belegger 'schade lijdt die hij niet wil of kan dragen'. Om te bepalen welke schade de belegger nog wel wil of kan dragen moet volgens het hof worden gekeken naar zijn 'voor beleggingsdoeleinden bestemde bestedingsruimte met inbegrip van hem verleend effectenkrediet'. Het hof:

> 'Het doel van deze verplichtingen is dan ook veeleer hierin gelegen, dat voorkomen moet worden dat de belegger schade lijdt die hij niet wil of kan dragen. De belegger zal in het algemeen geacht moeten worden een schade te kunnen of willen dragen die blijft binnen de door hem voor beleggingsdoeleinden bestemde bestedingsruimte met inbegrip van hem verleend effectenkrediet.'[156]

Als deze bestedingsruimte wordt overschreden of de marginplicht geschonden, dan kan er voor de bank een verplichting tot schadevergoeding bestaan. Maar dat is niet zo, aldus het hof, als de effectenportefeuille nadien weer in waarde stijgt, zodat de overschrijding weer ongedaan wordt gemaakt, zonder dat de belegger hoeft bij te storten. Dat is bij Nabbe het geval, aldus het hof:

> 'Wordt deze ruimte tijdelijk overschreden en/of de marginverplichting geschonden maar blijkt het verloop van de effectenportefeuille later zo uit te pakken dat die bestedingsruimte niet langer is overschreden, dan is er geen vergoedingsplicht, althans wanneer, zoals in dit geval, de belegger niet tussentijds gelden heeft hoeven bijstorten.'[157]

Het hof leidt dit af uit het feit dat in de jaren waarop het relativiteitsoordeel zich toespitst,[158] de 'netto vermogenspositie' van Nabbe is toegenomen. Hij

155 Nabbe/Staalbankiers, hof r.o. 3.4.
156 Nabbe/Staalbankiers, hof r.o. 3.4.
157 Nabbe/Staalbankiers, hof r.o. 3.4.
158 Het betreft de jaren 1997-1999 ('periode 1 en 2'). In de jaren 1999-2001 ('periode 3 en 4') deden zich alleen dekkingstekorten voor, zodat Staalbankiers niet op grond van art. 28 leden 3 en 4 NR 1999 verplicht was de posities van Nabbe zo snel mogelijk te sluiten, maar hem op grond van lid 2 van deze bepaling moest waarschuwen en moest weigeren transacties uit te voeren. Op de waarschuwing van de bank aan het einde van periode 3, bij brief van 22 maart 2001, heeft Nabbe HFL 150.000 bijgestort. Daaruit leidt het hof af dat als Staalbankiers eerder had gewaarschuwd, Nabbe niet zijn posities zou hebben gesloten, maar ook zou hebben bijgestort. Hier ontbreekt naar het oordeel van het hof daarom causaal verband tussen het niet-nakomen van de waarschuwingsplicht van Staalbankiers en de schade bestaande in beleggingsverliezen van Nabbe (Nabbe/Staalbankiers, hof r.o. 3.7-3.8). Hetzelfde geldt ten aanzien van een transactie die nog in periode 4 is uitgevoerd, aldus het hof (Nabbe/Staalbankiers, hof r.o. 3.9-3.10).

heeft daarom 'per saldo' geen schade geleden 'waartegen art. 28 NR beoogt te beschermen.'[159]

In cassatie bestrijdt Nabbe onder meer het relativiteitsoordeel van het hof dat de bank bij schending van artikel 28 NR alleen aansprakelijk is voor 'grotere risico's dan hij kan of wil dragen'. De verplichtingen van deze bepalingen hebben een 'strikt' karakter, zodat de bank aansprakelijk is voor alle schade die van schending ervan het gevolg is, zo voert Nabbe aan.[160] De Hoge Raad stelt zijn relativiteitsoordeel in de zaak van Van de Klundert voorop en zet deze zaak af tegen de onderhavige zaak van Nabbe:

> 'Bij de beoordeling van het onderdeel wordt vooropgesteld dat, anders dan bijvoorbeeld het geval was in het arrest van de Hoge Raad van 26 juni 1998, nrs. 16621 en C97/100, LJN ZC2686, NJ 1998, 660 [Van de Klundert/Rabobank; PWdH], in deze zaak niet sprake is van een geval waarin een cliënt, voor wie een bank (ongedekte) optietransacties heeft uitgevoerd hoewel niet aan de marginverplichting werd voldaan, bij sluiting van zijn posities een (aanzienlijk) debetsaldo heeft op zijn in verband met die transacties bij de bank aangehouden rekening. Ook al heeft Nabbe in de hiervoor in 3.3 vermelde perioden ten aanzien van de in 3.4 vermelde aandelen (zeer) grote verliezen geleden, hij heeft per saldo een positief beleggingsresultaat behaald met de in zijn opdracht door de bank uitgevoerde transacties.'[161]

Beide zaken laten zich dus niet vergelijken. De Hoge Raad honoreert Nabbes klacht daarom niet:

> 'In dit licht faalt het onderdeel omdat de in art. 28 leden 2–4 NR besloten normen wel strekken tot bescherming van de cliënt tegen relatief te grote financiële risico's, maar niet tot een zo selectieve bescherming tegen elk (koers)verlies dat de belegger op een transactie lijdt als door Nabbe bepleit.'[162]

De Hoge Raad komt in Nabbe/Staalbankiers dus tot een ontkennend relativiteitsoordeel, dat zich situeert op het niveau van de concrete vraag naar de beschermingsomvang.[163] Centraal in het relativiteitsoordeel staat de tegenstelling tussen op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen en het specifieke geschade belang van de benadeelde, die zich bij de

159 Nabbe/Staalbankiers, hof r.o. 3.5.

160 Ook klaagt Nabbe onder meer over het oordeel van het hof dat hij 'per saldo' geen schade heeft geleden in periode 1 en 2, alsmede dat het hof daarbij uitgaat van zijn 'netto vermogenspositie' omdat hij niet zijn hele vermogen aan beleggen zou hoeven te besteden. Verder klaagt Nabbe dat het hof niet per transactie of reeks samenhangende transacties vaststelt of er sprake is van schade. Principaal cassatiemiddel, subonderdeel 2, kenbaar uit *NJ* 2010/67. De Hoge Raad doet deze klacht in r.o. 3.8 af met art. 81 RO.

161 Nabbe/Staalbankiers, r.o. 3.7.

162 Nabbe/Staalbankiers, r.o. 3.7.

163 Aldus ook Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.7.

rechter meldt. Artikel 28 leden 2-4 NR beoogt de individuele vermogensbelangen van cliënten te beschermen gevrijwaard te blijven van 'te grote financiële risico's'. Het specifieke geschade belang van Nabbe, die door de Hoge Raad ook met name wordt genoemd, kan daar echter niet onder worden geschaard. Het belang waarvoor Nabbe opkomt, is niet het belang gevrijwaard te blijven van te grote financiële risico's, maar van verliezen op beleggingstransacties überhaupt.[164] Of zoals de Hoge Raad het verwoordt: het belang gevrijwaard te blijven van 'elk (koers)verlies dat de belegger op een transactie lijdt'.

Resumerend laat het relativiteitsoordeel in Nabbe/Staalbankiers zich in zoverre inpassen in het model, dat het zich situeert zich op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang en de ontkennende uitkomst berust op een eigen keuze van de Hoge Raad, op basis van een a contrario-redenering.[165] Het geschade belang van Nabbe moet naar het oordeel van de Hoge Raad blijkbaar niet op één lijn worden gesteld met de individuele vermogensbelangen van clienten, die de saldi- en marginbewakingsplicht van artikel 28 leden 2-4 NR 1999 beoogt te beschermen. Hij onderbouwt deze keuze door de zaak van Nabbe te onderscheiden van die van Van de Klundert, op het punt dat Nabbe per saldo een 'positief beleggingsresultaat' heeft behaald. Bovendien acht de Hoge Raad het belang waarvoor Nabbe opkomt blijkbaar 'selectief' of zelfs opportunistisch. Ook dat lijkt een reden om diens geschade belang niet op één lijn te stellen met de door de saldi- en marginbewakingsplicht uit de NR te beschermen individuele vermogensbelangen van beleggers, gevrijwaard te blijven van koersverliezen door blootstelling aan 'relatief te grote financiële risico's'. In twee andere zaken waarin het relativiteitsoordeel zich evenals in Astrazeneca/Menzis en Nabbe/Staalbankiers situeert op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang, komt de Hoge Raad tot een bevestigend relativiteitsoordeel. Het betreft de in de nu volgende paragrafen te bespreken zaken Gemeente Barneveld/Gasunie en de hangmatzaak.

164 Zo ook Advocaat-Generaal Langemeijer in zijn conclusie voor Nabbe/Staalbankiers, sub 3.7.

165 In de literatuur wordt het als 'opmerkelijk' ervaren dat de Hoge Raad aldus via het relativiteitsvereiste 'grenzen' stelt aan de doorwerking van de publiekrechtelijke Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999 in het privaatrecht. Aldus Cherednychenko 2012, p. 229, noot 38. Vgl. ook Van der Wiel 2010, p. 149, die het erop houdt dat het leerstuk van de bijzondere zorgplicht 'in ontwikkeling' is. Caria 2014, p. 45 ziet het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Nabbe/Staalbankiers als voorbeeld van een geval waarin de privaatrechtelijke bijzondere zorgplicht voor financiële dienstverleners minder ver gaat dan de publiekrechtelijke zorgplicht.

5.9 Beschermingsomvang, wel relativiteit I: Gemeente Barneveld/Gasunie

Aanleiding tot het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Gemeente Barneveld/Gasunie geeft de bouw van een schuur door een zekere Cozijnsen. In de grond onder het betreffende perceel bevindt zich echter een aardgastransportleiding van Gasunie. Als medewerkers van Gasunie bij een inspectie de schuur ontdekken en de leiding wordt opgegraven, blijkt de fundering van de schuur op de leiding gestort. Dit acht Gasunie 'uit veiligheidsoogpunt onverantwoord'.[166] In overleg met de gemeente besluit zij de bestaande leiding af te sluiten en een nieuwe leiding om de fundamenten van de schuur heen te leggen.[167]

Gasunie zint op verhaal van de kosten van het omleggen van de aardgastransportleiding. Zij schat echter de kansen de schade op Cozijnsen te verhalen in als gering. De gemeente heeft hem uiteindelijk – Cozijnsen was aanvankelijk zonder vergunning gaan bouwen – een bouwvergunning verleend voor de bouw van de schuur. Deze vergunning is inmiddels onaantastbaar, omdat de bezwaartermijn is verstreken. Gasunie zet daarom in op aansprakelijkheid van de gemeente en stelt een vordering in tot schadevergoeding. Volgens Gasunie heeft de gemeente in strijd gehandeld met artikel 164 van de te Barneveld geldende bestemmingsplanvoorschriften, door Cozijnsen de vergunning te verlenen. Dit artikel 164 bepaalt in lid 1 en 2 dat 'gronden', waarin zich een aardgastransportleiding bevindt, niet mogen worden bebouwd, tenzij met ontheffing van burgemeester en wethouders. Dit bestuursorgaan kan ontheffing verlenen, aldus lid 3, 'ten behoeve van het bouwen van andere bouwwerken, indien uit een daartoe ingewonnen advies van de desbetreffende leidingbeheerder blijkt, dat daartegen uit een oogpunt van exploitatie van de leiding geen overwegende bezwaren bestaan'. De gemeente had, aldus Gasunie, haar op zijn minst moeten consulteren over een eventuele te verlenen ontheffing om de grond waarin de aardgastransportleiding zich bevond te bebouwen.[168] Daarvan is het echter niet gekomen, omdat de gemeente geheel had gemist dat zich in de grond onder het perceel een aardgastransportleiding bevond, terwijl dat haar wel bekend had moeten zijn.

Een groot deel van de procedure tussen Gasunie en de gemeente gaat over de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid. Die toets ligt hier ingewikkeld. De gemeente beroept zich op het feit dat de bouwvergunning 'formele rechtskracht' heeft, omdat Gasunie niet tijdig bestuursrechtelijke rechtsmiddelen heeft aangewend tegen het besluit om de bouwvergunning te verlenen. Op grond van deze leer van de formele rechtskracht zou het besluit voor recht-

166 HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1598, *NJ* 2007/504, m.nt. M.R. Mok (Gemeente Barneveld/Gasunie), r.o. 3.1 (vi).
167 Gemeente Barneveld/Gasunie, r.o. 3.1 (vii).
168 Zie het citaat in Gemeente Barneveld/Gasunie), r.o. 3.1 (ii).

matig moeten worden gehouden. Gasunie zou dan ter zake van de verlening van de bouwvergunning geen schadevergoeding kunnen vorderen. Het hof acht met instemming van de Hoge Raad in dit geval echter een uitzondering op deze leer op zijn plaats. Het is aan de gemeente toe te rekenen dat Gasunie niet tijdig tegen de bouwvergunning is opgekomen, omdat de gemeente Gasunie niet conform artikel 164 van de bestemmingsplanvoorschriften heeft geconsulteerd alvorens de bouwvergunning aan Cozijnsen te verlenen.[169] Het besluit hoeft dus niet voor rechtmatig te worden gehouden. Het is integendeel naar het oordeel van het hof onrechtmatig. De gemeente heeft zelf erkend dat de bouwvergunning in strijd met de bestemmingsplanvoorschriften is verleend.[170]

De gemeente verweert zich verder tegen de vordering tot schadevergoeding van Gasunie met een beroep op het relativiteitsvereiste. Volgens de gemeente is niet aan het relativiteitsvereiste voldaan. Zij voert aan dat artikel 164 van de planvoorschriften strekt ter bescherming van 'omwonenden en gebruikers van de rond een aardgasleiding gelegen woningen respectievelijk gebouwen en terreinen tegen schade die door ongelukken met een gasleiding zou kunnen ontstaan'. Deze bepalingen beogen volgens de gemeente niet mede te beschermen tegen '(zaaks)schade'.[171] De gemeente baseert zich hiervoor blijkens het oordeel van het hof op een aanbeveling uit een circulaire van het toenmalige Ministerie van VROM. De circulaire schrijft voor dat in het bestemmingsplan wordt opgenomen dat niet mag worden gebouwd binnen een bepaalde afstand van een gasleiding. Dit met het oog op 'het gevaar voor omwonenden en voor activiteiten (…) in de directe omgeving van de gasleiding'. Van het belang van de leidingbeheerder is in die circulaire geen sprake, aldus de gemeente.[172]

De gemeente voert dus een toegespitst relativiteitsverweer, dat er niet in bestaat dat artikel 164 in het geheel geen individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, maar slechts niet die van Gasunie. Of de circulaire waarop de gemeente zich baseert dekking biedt middels positieve aanwijzingen dat deze aanbeveling de individuele belangen van omwonenden rondom een

---

169 Gemeente Barneveld/Gasunie, hof r.o. 4.4-4.5. Ook al is het hof het eens met de gemeente dat 'andere bouwwerken' in lid 3 niet ziet op 'gebouwen' zoals de schuur van Cozijnsen. De gemeente was naar het oordeel van het hof niettemin op grond van art. 164 van de bestemmingsplanvoorschriften, op dit punt aangevuld met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, verplicht Gasunie te informeren, zodat zij eventueel tegen de verlening van de bouwvergunning in rechte had kunnen opkomen. Anders zou Gasunie elke in enig huis-aan-huisblad bekend gemaakte aanvraag in Nederland moeten controleren op mogelijke consequenties voor de exploitatie of veiligheid van haar aardgastransportleidingen, aldus het hof.

170 Gemeente Barneveld/Gasunie, hof r.o. 4.8 en 4.10.

171 Gemeente Barneveld/Gasunie, hof r.o. 4.11. Mij lijkt het dat het hier gaat om zuivere vermogensschade bestaande in de kosten van het afsluiten van de oude leiding en het aanleggen van de nieuwe. Vgl. Advocaat-Generaal Keus in zijn conclusie voor Gemeente Barneveld/Gasunie, sub 2.29.

172 Gemeente Barneveld/Gasunie, hof r.o. 4.11.

aardgastransportleiding in vermogensrechtelijke zin beoogt te beschermen, heb ik niet kunnen vaststellen. Als zulke dekking al aan een beleidscirculaire zou kunnen worden ontleend. Hoe dan ook, tussen partijen staat niet ter discussie of artikel 164 van de bestemmingsplanvoorschriften mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Wat ter discussie staat, is of ook het specifieke geschade belang van Gasunie daaronder kan worden geschaard.

Het hof oordeelt dat artikel 164 van de planvoorschriften 'eerst en voor alles strekt ter bescherming van omwonenden en gebruikers van de rond een aardgasleiding gelegen woningen respectievelijk gebouwen en terreinen tegen schade die door ongelukken met een aardgastransportleiding zou kunnen ontstaan'.[173] Het toont zich er vervolgens niet van onder de indruk dat het belang van de leidingbeheerder in de VROM-circulaire niet wordt genoemd.[174] Zich uitdrukkend in termen van het vereiste van relatieve onrechtmatigheid acht het hof het niet uitgesloten dat de verlening van een vergunning in strijd met artikel 164 ook 'onrechtmatig' is 'ten opzichte van de leidingbeheerder'.[175] Naar het oordeel van het hof is dat hier ook daadwerkelijk het geval, zich weer uitdrukkend in termen van door artikel 164 te beschermen belangen. Weliswaar beogen de planvoorschriften niet het 'zelfstandig belang' van Gasunie bij een onbeschadigd leidingnet en 'onbelemmerde exploitatie' daarvan te beschermen. Maar Gasunie kan in de ogen van het hof nog voor een ander belang opkomen. Dit is een van de omwonenden en gebruikers 'afgeleid belang' dat 'daar zodanig nauw mee samenhangt' dat het onder de belangen van omwonenden en gebruikers 'moet worden begrepen'. Het hof:

> 'Gasunie heeft als leidingbeheerder – behalve een zelfstandig belang bij het niet beschadigd raken van haar leidingnet en de onbelemmerde exploitatie van dat net – een van het belang van bedoelde omwonenden en gebruikers afgeleid belang dat daar zodanig nauw mee samenhangt, dat het eronder moet worden begrepen.'[176]

De rechtvaardiging die het hof geeft voor deze vereenzelviging van het 'afgeleid belang' van Gasunie en de belangen van omwonenden en gebruikers is dat Gasunie 'met het oog' op hun belangen 'verplicht is' tot het 'instandhouden van een veilig leidingnet'.[177] Het relativiteitsvereiste staat daarom niet aan aansprakelijkheid van de gemeente in de weg op de grond dat zij artikel 164 van de planvoorschriften heeft geschonden. Voor het geval de relativiteit van artikel 164 van de planvoorschriften een andere zou zijn, voegt het hof hieraan meteen een correctie-Langemeijer-achtige exercitie toe. Het oordeelt dat de gemeente ook een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden, die wel strekt tot bescherming van Gasunie. De gemeente moest bedacht zijn op

173 Gemeente Barneveld/Gasunie, hof r.o. 4.12.
174 Gemeente Barneveld/Gasunie, hof r.o. 4.12.
175 Zie over het vereiste van relatieve onrechtmatigheid hfdst. 2.
176 Gemeente Barneveld/Gasunie, hof r.o. 4.12.
177 Gemeente Barneveld/Gasunie, hof r.o. 4.12.

het belang van Gasunie gevrijwaard te blijven van kosten voor het omleggen van een aardgastransportleiding. Een echte correctie-Langemeijer is het echter niet. Het hof betrekt in dit oordeel namelijk niet de omstandigheid dat wettelijke normen zijn geschonden:

> 'Voorzover over een en ander anders zou kunnen worden geoordeeld, geldt dat met het oog op het voor de Gemeente kenbare belang van Gasunie om geen kosten voor het omleggen van een aardgastransportleiding te behoeven maken, op grond van ongeschreven recht in de zin van artikel 6:162 BW op de Gemeente een ongeschreven zorgvuldigheidsverplichting rustte, die zij met de vergunningverlening heeft geschonden.'[178]

Het hof verwerpt de andere verweren van de gemeente, ter zake van het vereiste van causaal verband,[179] alsook van eigen schuld van Gasunie.[180] Aldus komt het hof tot toewijzing van de vordering van Gasunie.[181]

In cassatie klaagt de gemeente onder meer over het relativiteitsoordeel van het hof. Zij benadrukt dat haar rol in de systematiek van de Woningwet die van toezichthouder is en dat zij de naleving van regels als artikel 164 van de bestemmingsplanvoorschriften niet kan 'garanderen'. De norm dat de gemeente het bouw- en woningtoezicht 'naar behoren' moet uitoefenen, strekt volgens de gemeente uitsluitend ter bescherming van het individuele vermogensbelang van de vergunninghouder en niet van die van anderen. De gemeente wijst verder op de eigen verantwoordelijkheid van vergunninghouder Cozijnsen, aan wie de onveilige situatie is te wijten en tot wie Gasunie zich volgens haar zou moeten wenden.[182] De klachten van de gemeente lijken daarmee geïnspireerd door het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Duwbak Linda. Deze klachten gaan in lijn met dit relativiteitsoordeel ook uit van een andere geschonden norm dan artikel 164 van de planvoorschriften. Dit is de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat het door de gemeente uitgeoefende bouw- en woningtoezicht op grond van de Woningwet zorgvuldig moet zijn.

De gemeente lijkt met haar klachten ook niet te bestrijden dat artikel 164 de belangen van omwonenden en gebruikers van gronden rondom een aard-

---

178 Gemeente Barneveld/Gasunie, hof r.o. 4.12.

179 Gemeente Barneveld/Gasunie, hof r.o. 4.16-4.17. Volgens de gemeente is niet aan het vereiste van causaal verband voldaan, omdat Cozijnsen de fundering al had gestort, voordat de bouwvergunning werd verleend. Gasunie stelt daartegenover dat verwijdering van de fundering van de schuur zonder beschadiging van de gasleiding nog mogelijk was. Gemeente Barneveld/Gasunie, hof r.o. 4.16-4.17.

180 Gemeente Barneveld/Gasunie, hof r.o. 4.18-4.21. Het hof billijkt in dit kader ook de inschatting van Gasunie dat zo'n vordering weinig kansrijk zou zijn, nu Cozijnsen de schuur uiteindelijk met vergunning en op eigen grond heeft gebouwd en deze er al enige tijd stond, toen Gasunie deze ontdekte.

181 Zie de conclusie van Advocaat-Generaal Keus voor Gemeente Barneveld/Gasunie, sub 1.14.

182 Cassatiemiddel Gemeente Barneveld, sub 2.1, kenbaar uit *NJ* 2007/504.

gastransportleiding beoogt te beschermen. Evenmin lijkt zij de constructie van het hof te bestrijden dat het 'afgeleide' belang van Gasunie 'zodanig nauw' met deze belangen van omwonenden en gebruikers samenhangt, dat dit belang van Gasunie 'eronder moet worden begrepen'. Advocaat-Generaal Keus gaat er althans van uit dat de gemeente het relativiteitsoordeel van het hof op deze punten niet bestrijdt.[183] De Hoge Raad vat de klachten van de gemeente zo op dat deze tot uitgangspunt nemen dat artikel 164 van de planvoorschriften beoogt de belangen van omwonenden en gebruikers van rond een aardgastransportleiding gelegen gebouwen en terrein te beschermen. Hij vat de klachten van de gemeente als volgt samen:

> 'Onderdeel 2 neemt tot uitgangspunt dat de leden 1 en 2 van art. 164 van de planvoorschriften strekken tot bescherming van omwonenden en gebruikers van gebouwen en terreinen rond de aardgastransportleiding en, met het oog op de daaraan verbonden veiligheidsrisico's, ter voorkoming van bebouwing binnen een afstand van vijf meter ter weerszijden ervan. Het onderdeel betoogt dat het toezicht van de Gemeente tot doel heeft de naleving van de regels te bevorderen, doch dat het deze niet kan garanderen, zeker niet ten opzichte van anderen dan de vergunninghouder. De enkele omstandigheid dat de Gemeente in haar taak is tekortgeschoten, brengt volgens het onderdeel nog geen aansprakelijkheid met zich. Als een onveilige situatie is ontstaan, moet dat worden verweten aan degene die in strijd met de voorschriften heeft gebouwd op de aardgastransportleiding. Niet valt in te zien waarom een procedure van Gasunie tegen de vergunninghouder geen kans van slagen zou hebben gehad. Ten slotte keert het onderdeel zich ook tegen het oordeel van het hof dat op de Gemeente een ongeschreven zorgvuldigheidsverplichting rustte.'[184]

Vervolgens verwerpt de Hoge Raad de klachten van de gemeente. Daarbij merkt hij ook de constructie van het hof ter zake van het 'afgeleide belang' van Gasunie aan als 'in cassatie onbestreden':

> 'Het hof heeft het standpunt van de Gemeente dat art. 164 strekt tot bescherming van omwonenden en gebruikers zoals hiervoor vermeld [in de hierboven geciteerde rechtsoverweging; PWdH], als juist aanvaard doch daaraan, *in cassatie onbestreden*, toegevoegd dat Gasunie een daarvan afgeleid belang heeft dat daarmee zozeer samenhangt dat het onder deze bescherming moet worden begrepen. Dit belang

183 Zie de conclusie van Advocaat-Generaal Keus voor Gemeente Barneveld/Gasunie, sub 2.23.

184 Gemeente Barneveld/Gasunie, r.o. 3.5.1. T.a.v. de klacht over de correctie-Langemeijerachtige exercitie van het hof dat de gemeente ook aansprakelijk is, omdat zij tevens een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden, die wel strekt ter bescherming van Gasunie, voegt de Hoge Raad hieraan in r.o. 3.5.2 toe dat deze exercitie door het hof ten overvloede is uitgevoerd. Bij gebrek aan belang kan de daartegen gerichte klacht daarom niet tot cassatie leiden. In r.o. 3.7.1 komt de Hoge Raad zijdelings terug op de klacht dat 'niet valt in te zien' dat een procedure van Gasunie tegen Cozijnsen 'weinig kansrijk' zou zijn geweest. Die klacht slaagt evenmin.

> acht het hof door de Gemeente geschonden. Aan de aansprakelijkheid van de Gemeente kan niet afdoen dat de vergunninghouder ook een eigen verantwoordelijkheid heeft en niet op de aardgastransportleiding had mogen bouwen. Deze oordelen zijn juist; de ertegen gerichte klachten zijn dus tevergeefs voorgesteld.'[185]

Het lijkt erop dat de Hoge Raad zich dus alleen uitlaat over twee specifieke oordelen van het hof. Ten eerste het oordeel van het hof dat het belang van Gasunie, dat de gemeente heeft 'geschonden', het belang van Gasunie is, dat zodanig met dat van de omwonenden en gebruikers samenhangt, dat het onder hun, door artikel 164 te beschermen belangen kan worden geschaard. Ten tweede het oordeel dat de eigen verantwoordelijkheid van de vergunninghouder – in casu Cozijnsen – aan aansprakelijkheid van de gemeente niet afdoet. Helemaal duidelijk is het niet. De zin 'Deze oordelen zijn juist' van de Hoge Raad zou ook zo kunnen worden opgevat, dat die ziet op meer dan alleen de twee daaraan voorafgaande zinnen. In dat geval zou de Hoge Raad dus als het ware instemmen met het 'hele' relativiteitsoordeel van het hof. De uitleg ligt echter weer niet voor de hand nu de Hoge Raad ten aanzien daarvan constateert dat het in cassatie grotendeels 'onbestreden' is.[186]

Hoe dan ook billijkt de Hoge Raad in Gemeente Barneveld/Gasunie het bevestigende relativiteitsoordeel van het hof.[187] Dit relativiteitsoordeel situeert zich op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang.[188] Centraal in het relativiteitsoordeel staat niet de tegenstelling tussen een als algemeen belang aan te merken belang en op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen. De tegenstelling die centraal staat is die tussen op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen en het specifieke geschade belang van de benadeelde, die zich bij de rechter meldt. Artikel 164 van de Barnevelder bestemmingsplanvoorschriften beoogt de individuele vermogensbelangen van omwonenden en gebruikers van gebouwen en terreinen rondom een aardgastransportleiding te beschermen. Het specifieke geschade belang van Gasunie als leidingbeheerder kan daaronder worden geschaard, nu dit belang van deze individuele vermogensbelangen is 'afgeleid' en ermee 'zozeer samenhangt' dat het eronder kan worden geschaard.[189]

Resumerend laat ook het relativiteitsoordeel in Gemeente Barneveld/Gasunie zich in zoverre inpassen in het model dat het zich situeert op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang, terwijl de bevestigende

---

185 Gemeente Barneveld/Gasunie, r.o. 3.5.2 (cursivering toegevoegd).

186 Minder genuanceerd Den Hollander 2012b, p. 316-317. Vgl. ook J.A.E. van der Does, noot onder Gemeente Barneveld/Gasunie, *Gst*. 2008/53, sub 7.

187 Vgl. Schild & De Jongh 2007, p. 151, die in algemene zin constateren dat het relativiteitsoordeel van het hof in cassatie 'overeind' blijft.

188 Aldus ook Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.7.

189 Wiggers-Rust 2011, p. 148-149 brengt dit relativiteitsoordeel daarom in verband met dat van de Hoge Raad in HR 24 mei 1935, *NJ* 1935, p. 1497-1501, m.nt. E.M. Meijers (Cuykse keurmeester), waarover eerder in par. 2.4.

uitkomst berust op een eigen keuze van hof en Hoge Raad op basis van een analogie-redenering.[190] Het geschade belang van Gasunie als leidingbeheerder moet naar het oordeel van het hof op één lijn worden gesteld met de individuele vermogensbelangen van omwonenden en gebruikers van de gronden rondom een aardgastransportleiding. Het hof geeft voor die eigen keuze ook een onderbouwing: Gasunie is met het oog op die belangen gehouden tot de instandhouding van een veilig leidingnet.[191] Ook het bevestigende relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in de hangmatzaak getuigt van zo'n eigen keuze.

5.10 Beschermingsomvang, wel relativiteit II: de hangmatzaak c.a.

Een vrouw van 33 neemt plaats in een hangmat in haar achtertuin. Als de pilaar waaraan zij haar hangmat heeft vastgemaakt, afbreekt en over haar heen valt, raakt zij ernstig gewond. Zij loopt een hoge complete dwarslaesie op en breekt haar kaak, neus, jukbeen, oogkas en een rib. Tien weken ligt zij op de intensive care in het ziekenhuis. Na nog eens tien maanden in een revalidatiecentrum keert de vrouw terug naar huis. Als gevolg van het ongeval zal zij haar armen en benen niet meer kunnen gebruiken. Zij is rolstoelgebonden en afhankelijk van de hulp van anderen.[192] Tot vergoeding van haar schade spreekt de vrouw de man aan met wie zij ten tijde van het ongeval eigenaar is van de woning. De vrouw vordert een verklaring voor recht dat hij jegens haar aansprakelijk is voor de schade als gevolg van het ongeval. Ook vordert zij zowel de man als hun beider aansprakelijkheidsverzekeraar Achmea te veroordelen tot vergoeding van die schade.[193] De polisvoorwaarden sluiten dat niet uit.[194]

De vrouw baseert haar vordering op de risicoaansprakelijkheid voor opstallen van artikel 6:174 BW. Het eerste lid van deze bepaling luidt:

190 Schild & De Jongh 2007, p. 151 duiden het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad als 'extensieve uitleg van het beschermingsbereik van de geschonden norm', die in hun optiek inhoudelijk dicht aanligt tegen toepassing van de correctie-Langemeijer. Tussen beide figuren bestaat volgens deze auteurs dan ook een 'vloeiende grens'.

191 Instemmend Van Dunné 2007, p. 130-133, volgens wie de Hoge Raad met het relativiteitsoordeel in Gemeente Barneveld/Gasunie terugkomt op dat in Duwbak Linda en volgens wie de 'rol van de relativiteitsleer' met het relativiteitsoordeel in Gemeente Barneveld/Gasunie 'vrijwel' zou zijn 'uitgespeeld'. Instemmend met het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad ook F.J. van Ommeren, noot onder Gemeente Barneveld/Gasunie, *AB* 2008/155, sub 8.

192 HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief (hangmat), r.o. 3.1 (i).

193 De vrouw betrekt Achmea direct in de procedure tegen haar man, op grond van art. 7:954 BW, dat bepaalt dat de vrouw kan verlangen dat als de verzekeraar een uitkering schuldig is, deze aan haar wordt betaald.

194 Hangmatzaak, r.o. 4.2. De polisvoorwaarden zijn geciteerd in r.o. 3.1 (ii).

> 'De bezitter van een opstal die niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, en daardoor gevaar voor personen of zaken oplevert, is, wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt, aansprakelijk, tenzij aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling zou hebben ontbroken indien hij dit gevaar op het tijdstip van het ontstaan ervan zou hebben gekend.'

Op grond van deze risicoaansprakelijkheid is de bezitter van een 'gebrekkige' opstal in beginsel steeds aansprakelijk voor daardoor veroorzaakte schade aan personen en zaken. Dat biedt de benadeelde een bewijsvoordeel. Anders dan voor de vestiging van schuldaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad op grond van artikel 6:162 BW hoeft de benadeelde voor de vestiging van risicoaansprakelijkheid op grond van artikel 6:174 BW niet te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat de bezitter van de opstal op de hoogte was van het gebrek aan de opstal en daaraan dus 'schuld' heeft. Bij opstallen kan dat een serieuze hindernis voor aansprakelijkheid zijn. Opstallen in de zin van artikel 6:174 BW zijn volgens lid 4 gebouwen of werken die duurzaam met de grond zijn verenigd, rechtstreeks of door vereniging met andere gebouwen of werken. Vanwege de doorgaans lange levensduur kan het moeilijk zijn vast te stellen hoe het gebrek is ontstaan – bij de bouw of het onderhoud nadien – en daarmee wie de benadeelde zou moeten aanspreken.[195]

Volgens de man en Achmea kan de vrouw zich echter niet beroepen op de risicoaansprakelijkheid voor opstallen, omdat zij zelf eveneens (mede)bezitter is van de schadeveroorzakende opstal. Zij voeren aan dat artikel 6:174 BW en de hele derde titel van Boek 6 van het BW alleen 'derden' beschermen die schade lijden en niet de dader of daders zelf. De man en Achmea achten een aanspraak van de vrouw op de man verder 'gekunsteld' en niet passend in het systeem van de wet. De benadeelde medebezitter kan in hun optiek een ongevallenverzekering afsluiten, als hij zich wil wapenen tegen schade veroorzaakt door zijn eigen opstal.[196]

Inzet van de hangmatzaak is derhalve de relativiteit van de risicoaansprakelijkheid voor opstallen van artikel 6:174 BW. Daarbij staat niet ter discussie dat artikel 6:174 BW mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen.[197] In het geval van deze BW-norm is dat ook evident: het BW biedt daarvoor volop dekking middels positieve aanwijzingen. Maar het spreekt niet vanzelf of ook het specifieke geschade belang van de vrouw, die zelf mede-

195 Zie nader met verwijzingen Den Hollander 2011a, p. 44-45.

196 De man en Achmea doen ook een beroep op de zogeheten 'reflexwerking' van art. 6:174 BW. Deze reflexwerking houdt in dat mocht aansprakelijkheid van de man worden aangenomen, het feit dat de vrouw zelf ook bezitter is van pilaar en dus ook aansprakelijk is voor de schade, reden is voor het verminderen van de omvang van de schadevergoedingsplicht van de man in het kader van art. 6:101 BW ('eigen schuld'). Verder betwisten de man en Achmea de gebrekkigheid van de pilaar en beroepen zij zich ook overigens op 'eigen schuld' van de vrouw.

197 Zie over de 'gelding' van het relativiteitsvereiste bij risicoaansprakelijkheden Den Hollander 2011a, p. 45-46.

bezitter is van de schadeveroorzakende opstal, onder de individuele vermogensbelangen kan worden geschaard die artikel 6:174 BW beoogt te beschermen. Aangenomen dat dit het geval is, rijst bovendien de vraag in welke mate dat dan het geval is.

De rechtbank doet de zaak overigens af als reguliere interpretatiekwestie, zonder deze expliciet in het teken van het relativiteitsvereiste te stellen. Zij stelt in haar vonnis de hiervoor besproken ratio van de risicoaansprakelijkheid voor opstallen 6:174 BW voorop.[198] Vervolgens inventariseert de rechtbank wat uit wetstekst en wetsgeschiedenis van deze bepaling en de afdeling over risicoaansprakelijkheden kan worden afgeleid over de vraag of ook de vrouw als benadeelde medebezitter een beroep op artikel 6:174 BW kan doen. In dat kader bespreekt de rechtbank ook artikel 6:180 lid 1 BW. Volgens deze bepaling geldt in het geval dat er meer dan één bezitter is van de opstal dat deze medebezitters hoofdelijk aansprakelijk zijn voor schade veroorzaakt door die opstal.[199] De bezitter die aansprakelijk wordt gehouden voor het geheel van de schade heeft derhalve regres op zijn medebezitters op grond van 6:10 BW. De rechtbank constateert verder dat de tekst van artikel 6:174 BW niet bepaalt 'jegens wie' of 'ten aanzien van wiens schade' deze aansprakelijkheid bestaat. Er staat niet uitdrukkelijk dat deze aansprakelijkheid bestaat jegens 'derden' of 'anderen', aldus de rechtbank. Partijen zijn het er echter wel over eens dat een bezitter die schade lijdt door zijn eigen opstal niet zichzelf aansprakelijk kan stellen en daarmee zijn aansprakelijkheidsverzekeraar.[200] De rechtbank rondt haar inventarisatie af met de vaststelling dat de 'wettelijke regeling lijkt te zijn geschreven vanuit het perspectief van de (willekeurige) derde-benadeelde jegens de bezitter(s) van de opstal'.[201]

Tegen deze achtergrond overweegt de rechtbank dat de uitkomst dat de schade die door een gebrekkige opstal wordt veroorzaakt 'komt te drukken op (al) degenen tot wier vermogen het bouwwerk behoort' het meest met de wetsgeschiedenis van artikel 6:174 BW in overeenstemming is.[202] Ook meer in het algemeen strookt de uitkomst dat medebezitters elkaar onderling kunnen aanspreken op grond van artikel 6:174 BW volgens de rechtbank 'met de geest van de kwalitatieve aansprakelijkheidswetgeving'. Daarin staat 'telkens de bescherming van de benadeelde voorop'. Het feit dat de benadeelde zelf ook bezitter is van schadeveroorzakende opstal is 'pas' van belang in het kader van het verhaal 'op het vermogen waartoe het bouwwerk behoort'. Dan brengt deze 'hoedanigheid', zo meent de rechtbank, 'vanzelf' met zich 'dat het gedeelte van de schade dat overeenkomt met het eigen aandeel in de opstal voor

198 Hangmatzaak, rechtbank r.o. 4.8. Ook kenbaar uit Rb. Den Bosch 21 januari 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BH0728, *NJF* 2009/105.
199 Hangmatzaak, rechtbank r.o. 4.9.
200 Hangmatzaak, rechtbank r.o. 4.10.
201 Hangmatzaak, rechtbank r.o. 4.11.
202 Hangmatzaak, rechtbank r.o. 4.12.

eigen rekening dient te blijven'.[203] Aldus komt de rechtbank tot het oordeel dat de vrouw de man kan aanspreken op grond van de risicoaansprakelijkheid voor opstallen van artikel 6:174 BW, in zijn hoedanigheid van (mede)bezitter van de schadeveroorzakende opstal. Zij kan dat doen voor maximaal 50 procent van haar schade.[204]

Daarvoor moet dan nog wel komen vast te staan dat de pilaar inderdaad gebrekkig was, zoals de vrouw stelt, of preciezer gezegd niet voldeed aan de daaraan in de gegeven omstandigheden te stellen eisen. De man en Achmea voeren in dat kader ook aan dat deze niet was bedoeld om een hangmat aan op te hangen. De rechtbank neemt zich voor op dat punt een deskundige te benoemen,[205] alsook op het punt in hoeverre de vrouw bedacht kon zijn op de gebrekkige staat van de pilaar in het kader van eventuele 'eigen schuld'.[206] Van dit tussenvonnis stelt de rechtbank tussentijds hoger beroep open.[207]

Partijen komen sprongcassatie overeen, zodat het hof wordt overgeslagen. In cassatie klagen de man en Achmea dat artikel 6:174 BW alleen aansprakelijkheid vestigt van de bezitter jegens 'personen die niet de hoedanigheid van (mede)bezitter' hebben. De risicoaansprakelijkheid strekt niet 'tot bescherming van degene die schade lijdt als gevolg van een gebrek in een opstal waarvan hijzelf de (mede)bezitter is'. Zij voeren aan dat andere risicoaansprakelijkheden in dezelfde afdeling zich uitdrukkelijk richten op schade van 'derden'. Ook artikel 6:180 BW vestigt volgens hen niet zulke aansprakelijkheid. In haar incidenteel cassatieberoep betoogt de vrouw dat de man en Achmea aansprakelijk zouden moeten zijn voor 100 procent van haar schade in plaats van 50 procent, al dan niet op grond van de billijkheidscorrectie in het kader van artikel 6:101 BW.[208]

Zo komt de hangmatzaak in cassatie uitdrukkelijk in het teken te staan van de relativiteit van de risicoaansprakelijkheid voor opstallen van artikel 6:174 BW. Advocaat-Generaal Spier stelt in zijn conclusie bij het 'leerstuk der relativiteit' als 'pièce de résistance' van het principaal cassatiemiddel voorop dat 'terughoudendheid past' om met behulp van het relativiteitsvereiste 'een vorderingsrecht in zaken waarin het gaat om vergoeding van ernstige letselschade (geheel) te blokkeren'.[209] Tenzij voor zo'n blokkade 'werkelijk goede en klemmende redenen bestaan'. Spier stelt vast dat op basis van wetstekst en wetsgeschiedenis van artikel 6:174 BW geen 'werkelijk gefundeerde uitspra-

203 Hangmatzaak, rechtbank r.o. 4.12.
204 Hangmatzaak, rechtbank r.o. 4.13. Aan het beroep op 'reflexwerking' van art. 6:174 BW in art. 6:101 BW komt de rechtbank daarom niet toe.
205 Hangmatzaak, rechtbank r.o. 4.15.
206 Hangmatzaak, rechtbank r.o. 4.16-4.18.
207 Hangmatzaak, rechtbank r.o. 5.7. Zie over het oordeel van de rechtbank tevens uitvoerig Leopold 2009, p. 50-51.
208 Kenbaar uit *NJ* 2011/465.
209 Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor de hangmatzaak, sub 4.4.3. Spier betrekt daarbij ook de door hem geconstateerde 'afbrokkelende sociale zekerheid', sub 4.4.2.

ken' kunnen worden gedaan over de relativiteit van deze bepaling. Uit niets blijkt dat de wetgever heeft gedacht aan de situatie waarin de ene medebezitter de andere aanspreekt.[210] Het komt daarom aan op het zoeken naar een 'redelijke' oplossing.[211] Advocaat-Generaal Spier acht het 'uit een oogpunt van billijkheid' en om te voorkomen dat 'een bepaalde categorie slachtoffers steeds in de kou' zou blijven staan niet juist het standpunt van de man en Achmea te volgen dat de vrouw zich niet op artikel 6:174 BW zou kunnen beroepen. Hij komt daarom tot de uitkomst dat het relativiteitsvereiste er niet aan in de weg staat dat ook de vrouw zich op artikel 6:174 BW kan beroepen.[212] Om evenwel de 'sluisdeuren' van aansprakelijkheid 'niet wagenwijd open' te zetten, geeft Advocaat-Generaal Spier in dit verband in overweging het relativiteitsoordeel te differentiëren en alleen bij '(min of meer) ernstige ongevallen' te oordelen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan, dan wel bij 'beperkte zaakschade en geringe letselschade' te oordelen dat *niet* aan het relativiteitsvereiste is voldaan.[213] In het kader van het incidentele cassatieberoep dient volgens Spier bij wijze van 'redelijke wetstoepassing' de aanspraak van de vrouw beperkt te blijven tot 50 procent van haar schade, zoals de rechtbank oordeelde.[214]

Ook de Hoge Raad stelt de vraag of de vrouw haar man en Achmea kan aanspreken tot vergoeding van haar schade op grond van de risicoaansprakelijkheid voor opstallen van artikel 6:174 BW in het teken van de relativiteit van deze bepaling. Hij stelt zijn vaste maatstaf voorop, zij het licht aangepast:

> 'Of aan het in art. 6:163 BW neergelegde relativiteitsvereiste is voldaan, hangt naar vaste rechtspraak ervan af wat het doel en de strekking is van de *aansprakelijkheidsnorm*, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt.'[215]

De Hoge Raad spreekt niet van de 'geschonden norm', maar van de 'aansprakelijkheidsnorm'. Het gaat immers niet om schuld- maar om risicoaansprakelijkheid. De aansprakelijkheid berust dus niet zozeer op een normschending, maar op de kanalisering van aansprakelijkheid naar de bezitter.[216]

---

210 Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor de hangmatzaak, sub 4.10.
211 Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor de hangmatzaak, sub 4.11.3.
212 Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor de hangmatzaak, sub 4.22.
213 Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor de hangmatzaak, in sub 4.22-4.28.3.
214 Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor de hangmatzaak, sub 5.11.
215 Hangmatzaak, r.o. 4.3.1 (cursivering toegevoegd).
216 Al kan bij risicoaansprakelijkheden als 'geschonden norm' – in de zin van art. 6:163 BW – ook de 'garantienorm' worden begrepen, waarvan in de literatuur wordt aangenomen dat die aan de risicoaansprakelijkheden ten grondslag ligt. Zie in deze zin bijv. Lankhorst 1992b, p. 41-42.

In zijn eigenlijke relativiteitsoordeel gaat de Hoge Raad eerst in op de wetstekst en wetsgeschiedenis van artikel 6:174 BW en van de afdeling over risicoaansprakelijkheden in het algemeen. Het feit dat bij de risicoaansprakelijkheden voor kinderen, ondergeschikten, niet-ondergeschikten, respectievelijk vertegenwoordigers in artikel 6:169-172 BW uitdrukkelijk sprake is van schade aan 'derden' en in artikel 6:174 BW niet, pleit volgens de Hoge Raad 'eerder tegen de opvatting dat ook art. 6:174 alleen derden op het oog heeft dan ervoor'.[217] Zijn redenering is op dit punt dus precies tegenovergesteld aan die van de man en Achmea. Artikel 6:180 BW acht de Hoge Raad op dit punt niet van belang. De Hoge Raad resumeert daarna de wetsgeschiedenis van artikel 6:174 BW. Hij constateert dat de ratio van deze risicoaansprakelijkheid is dat de benadeelde niet wordt belast met het 'vaak moeilijke onderzoek' naar de bron van het gebrek en het eventueel in dat verband te maken verwijt aan een eventueel aansprakelijke persoon. De Hoge Raad verwijst daarbij ook naar het Amercentrale-arrest.[218]

De tussenconclusie van de Hoge Raad luidt aldus dat de wetgever niet 'kenbaar aandacht' heeft besteed aan de voorliggende relativiteitskwestie. Wetstekst en wetsgeschiedenis bieden daarom onvoldoende 'houvast' voor de opvatting van de man en Achmea, aldus de Hoge Raad:

> 'Aan de wetsgeschiedenis kan (…) geen (voldoende) houvast worden ontleend ten gunste van het standpunt dat de wetgever de risicoaansprakelijkheid van de bezitter heeft willen beperken tot die jegens derden en dat hij aanspraken in situaties als de onderhavige heeft willen uitsluiten. De wetgever heeft immers bij de totstandkoming van art. 6:174 niet kenbaar aandacht besteed aan de onderhavige situatie van aanspraken van de ene medebezitter tegen de andere en de parlementaire stukken bieden omtrent de strekking van art. 6:174 niet meer duidelijkheid dan dat met die bepaling in ieder geval is beoogd het bedoelde belang van derden te beschermen.'[219]

Hierop hakt de Hoge Raad zelf een knoop door:

> 'De kernvraag is of het recht bescherming behoort te verlenen aan degene die, hoewel de aansprakelijkheid van art. 6:174 niet is gebaseerd op overtreding van enigerlei gedragsnorm, zelf in zekere zin medeverantwoordelijk geacht kan worden voor de gebrekkige opstal. Bij de geschetste stand van zaken, waarbij de wetgever de door [de vrouw] bepleite aansprakelijkheid niet heeft uitgesloten, hangt de te maken keuze af van wat naar maatschappelijke opvattingen, in aanmerking genomen de belangen van de benadeelde, de bezitter en de aansprakelijkheidsverzeke-

217 Hangmatzaak, r.o. 4.3.2.
218 HR 13 juni 1975, *NJ* 1975/509 (Amercentrale), m.nt. G.J. Scholten.
219 Hangmatzaak, r.o. 4.3.3.

> raar, het meest redelijk moet worden geacht als reikwijdte van art. 6:174. Die keuze valt uit ten gunste van het standpunt van [de vrouw].'[220]

Deze openlijke eigen keuze onderbouwt de Hoge Raad vervolgens uitvoerig. Uitgangspunt is dat de 'beschermingsgedachte' van artikel 6:174 BW ook geldt voor de benadeelde, die zelf medebezitter is:

> 'Het behoort tot de algemene doelstelling van de kwalitatieve aansprakelijkheid van art. 6:174 dat op de benadeelden niet het risico wordt afgewenteld dat niet of niet eenvoudig kan worden bepaald en bewezen wie voor de door het gebrek veroorzaakte schade eventueel aansprakelijk kan worden gehouden op grond van de schuldaansprakelijkheid van art. 6:162 BW. Deze beschermingsgedachte gaat evenzeer op voor de benadeelde medebezitter.'[221]

Verder is het gegeven dat de gebrekkige opstal mede behoort tot het vermogen van de benadeelde medebezitter zelf onvoldoende grond hem elke aanspraak jegens de andere bezitter(s) te ontzeggen, aldus de Hoge Raad. Het feit dat de benadeelde medebezitter daardoor als het ware beter af is dan de benadeelde bezitter, die niet over medebezitters beschikt om op grond van artikel 6:174 BW tot schadevergoeding aan te spreken, is daartoe evenmin een 'voldoende klemmende reden'.[222] Ook het 'samenlevingsverband' tussen de vrouw en de man staat hieraan niet in de weg, aldus de Hoge Raad. Het doet in beginsel niet af aan de gelding van de 'gewone aansprakelijkheidsregels'.[223]

De Hoge Raad wijst er verder onder meer op dat het resultaat van aanvaarding van een aanspraak van de benadeelde medebezitter jegens de andere bezitter(s) 'uit maatschappelijk oogpunt redelijker' is. In dat geval zijn alle bezitters op grond van artikel 6:180 lid 1 BW hoofdelijk aansprakelijk en op grond van artikel 6:10 lid 1 BW verplicht bij te dragen in de schuld en de kosten voor het gedeelte dat hen in hun onderlinge verhouding aangaat. 'In het algemeen' zullen zij aansprakelijk zijn naar rato van hun aandeel in de opstal, aldus de Hoge Raad. De schade wordt zo over alle (mede)bezitters verdeeld. Zou de aanspraak niet worden aanvaard, dan zou de benadeelde medebezitter zijn schade volledig zelf moeten dragen en zouden de andere bezitters niets hoeven bijdragen 'hoewel ook zij in dezelfde relatie tot de gebrekkige opstal staan als de medebezitter die schade lijdt ten gevolge van het gebrek'.[224]

De belangen van de aangesproken bezitter en de aansprakelijkheidsverzekeraar weegt de Hoge Raad bij dit alles expliciet mee. De bezitter kan zich 'relatief eenvoudig' en 'relatief goedkoop' verzekeren, pleegt dat ook te doen

220 Hangmatzaak, r.o. 4.3.4.
221 Hangmatzaak, r.o. 4.3.5.
222 Hangmatzaak, r.o. 4.3.5.
223 Hangmatzaak, r.o. 4.3.5, onder verwijzing naar HR 11 april 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC1932, *NJ* 1975/373, m.nt. G.J. Scholten.
224 Hangmatzaak, r.o. 4.3.5.

en kan dat blijven doen. De aansprakelijkheidsverzekeraar hoeft niet te vrezen voor een 'onbeheersbare toename van claims'. Dit is althans voor de Hoge Raad onvoldoende aannemelijk geworden. Bovendien kan de aansprakelijkheidsverzekeraar daarmee rekening houden in de polisvoorwaarden en de premiestelling, zo overweegt hij.[225]

Het voorgaande sluit een beroep op 'eigen schuld' van de vrouw op grond van artikel 6:101 BW niet volledig uit, zo blijkt uit het vervolg van het oordeel van de Hoge Raad. Zo'n beroep zou echter op andere omstandigheden aan haar zijde moeten zijn gebaseerd dan haar hoedanigheid van medebezitter. De Hoge Raad denkt daarbij aan 'eigen nalatigheid of onachtzaamheid' en dat bovendien 'in grotere mate' dan haar man als aangesproken medebezitter:

> 'Slechts indien aan de zijde van [de vrouw] ook andere omstandigheden aan het ontstaan van haar schade zouden hebben bijgedragen, zoals eigen nalatigheid of onachtzaamheid (in grotere mate dan van [de man]), kan aanleiding bestaan haar schade op de voet van art. 6:101 BW geheel of voor meer dan 50% voor haar eigen rekening te laten, maar [de man] c.s. hebben zich niet op dergelijke omstandigheden beroepen.'[226]

De klacht van de vrouw in het incidentele cassatieberoep dat de man juist voor meer dan 50 procent van haar schade aansprakelijk zou moeten zijn, stuit ook bij de Hoge Raad af op 'redelijke wetstoepassing'. Daarbij expliciteert de Hoge Raad bovendien dat een regresvordering van de aangesproken medebezitter op de benadeelde medebezitter niet aan orde is, om te voorkomen dat via deze achterdeur de verdeling van aansprakelijkheid alsnog wordt ondergraven:

> 'Redelijke wetstoepassing brengt mee dat de benadeelde medebezitter zelf dat gedeelte van de door hem geleden schade draagt dat overeenkomt met zijn aandeel in de opstal, zodat hij op grond van art. 6:174 in zoverre geen aanspraak heeft op schadevergoeding jegens de andere medebezitter(s) (die dan, mede in verband met art. 6:102 lid 2 BW, voor het overige gedeelte van de schade jegens hem hoofdelijk aansprakelijk zijn). Gelet daarop heeft de rechtbank – die, in cassatie onbestreden, tot uitgangspunt heeft genomen dat [de vrouw] en [de man] elk voor 50% in de opstal gerechtigd zijn – met juistheid geoordeeld dat [de man] als de – enige – (mede)bezitter jegens [de vrouw] aansprakelijk is tot maximaal 50% van de schade. (…)

225 Hangmatzaak, r.o. 4.3.5. Met dit relativiteitsoordeel wijst de Hoge Raad ook de klacht van de hand dat de man en Achmea op grond van reflexwerking van art. 6:174 BW in art. 6:101 BW of anderszins wegens 'eigen schuld' voor minder dan 50 procent van de schade van de vrouw aansprakelijk zouden moeten zijn. Het gegeven dat de vrouw zelf medebezitter is van de schadeveroorzakende opstal en 'uit dien hoofde kwalitatief aansprakelijk jegens anderen', waaronder 'in voorkomend geval' ook de man, heeft de rechtbank 'reeds afdoende verdisconteerd' in de beperking tot deze 50 procent. Hangmatzaak, r.o. 4.5.2.

> Het voorgaande brengt voorts mee dat van een regresvordering van de aangesproken medebezitter op de benadeelde bezitter geen sprake kan zijn.'[227]

Al met al komt de Hoge Raad in de hangmatzaak zo tot een bevestigend relativiteitsoordeel. Dit situeert zich op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang.[228] Centraal staat niet de tegenstelling tussen een als algemeen belang aan te merken belang en op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen. Centraal staat de tegenstelling tussen op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen en het specifieke geschade belang van de benadeelde vrouw, die zich bij de rechter meldt en die de Hoge Raad ook met name noemt. Artikel 6:174 BW beoogt de individuele vermogensbelangen van 'derden' te beschermen en het geschade belang van de vrouw gevrijwaard te blijven van ernstige letselschade kan daaronder worden geschaard. De Hoge Raad ziet kort gezegd geen reden de benadeelde die zelf medebezitter is van de schadeveroorzakende opstal anders te behandelen dan de benadeelde die niet in een goederenrechtelijke betrekking staat tot die opstal. Met dien verstande dat de vrouw zelf dat deel van haar schade draagt dat overeenkomt met haar aandeel in de pilaar, in dit geval de helft.

Resumerend laat het relativiteitsoordeel in de hangmatzaak zich in zoverre inpassen in het model, dat het zich situeert op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang en de bevestigende uitkomst berust op een eigen keuze van de Hoge Raad, op basis van een analogie-redenering. Het geschade belang van de vrouw als medebezitter moet naar het oordeel van de Hoge Raad op één lijn worden gesteld met de individuele vermogensbelangen van de benadeelde die deze hoedanigheid ontbeert. De Hoge Raad maakt die keuze in de hangmatzaak opvallend openlijker dan tot dan toe in enige andere zaak. Hij presenteert zijn oordeel met zoveel woorden als eigen 'keuze', gegeven het eveneens openlijk geconstateerde feit dat de wetgever over de voorliggende relativiteitskwestie zwijgt. Wel objectiveert de Hoge Raad deze eigen keuze. Hij beroept zich op het hetgeen 'naar maatschappelijke opvattingen, in aanmerking genomen de belangen van de benadeelde, de bezitter en de aansprakelijkheidsverzekeraar, het meest redelijk moet worden geacht'.

Ook maakt de Hoge Raad werk van de onderbouwing van de gemaakte keuze, inclusief een bespreking van argumenten voor en tegen. Opvallend is dat de Hoge Raad daarbij de omstandigheid dat de schade van de vrouw bestaat in letsel en bovendien in ernstig letsel niet afzonderlijk noemt, anders dan Advocaat-Generaal Spier, die dit in zijn conclusie als gezegd juist wel benadrukt. Al wordt in de literatuur wel aangenomen dat het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in de hangmatzaak mede is ingegeven door de omstan-

227 Hangmatzaak, r.o. 5.2.2.
228 Evenzo Van den Berge 2012, p. 76-77.

digheid dat de vrouw vergoeding vordert van schade ter zake van zeer ernstig letsel.[229]

In de hangmatzaak laat de Hoge Raad zich niet uit over de betekenis van zijn relativiteitsoordeel voor de andere risicoaansprakelijkheden, zoals die voor zaken (art. 6:173 BW) en dieren (art. 6:179 BW). Advocaat-Generaal Spier doet dat in zijn conclusie – welbewust – evenmin.[230] In de literatuur is over deze betekenis gespeculeerd.[231] In een zaak van een vrouw die wordt aangevallen door hond Jengo en tot vergoeding van haar schade haar echtgenoot en hun beider aansprakelijkheidsverzekeraar aanspreekt, komt de Rechtbank Den Haag tot een ontkennend oordeel. Naar haar oordeel is voor analoge toepassing van het relativiteitsoordeel over de risicoaansprakelijkheid voor opstallen van artikel 6:174 BW van de Hoge Raad in de hangmatzaak bij de risicoaansprakelijkheid voor dieren van artikel 6:179 BW geen plaats, vanwege de uiteenlopende ratio van beide risicoaansprakelijkheden.[232]

Die uiteenlopende ratio blijkt ook cruciaal in het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in de zaak waarin hem de vraag naar de betekenis voor de risicoaansprakelijkheid voor dieren van artikel 6:179 BW inmiddels als prejudiciële vraag is voorgelegd. Tijdens een door haar verzorgde paardrijles voor kinderen wordt een vrouw omvergelopen door het manegepaard 'Imagine', dat na een schrikreactie op hol slaat. De vrouw spreekt haar echtgenoot aan tot vergoeding van 60 procent van haar schade, gelet op de afgesproken winstverdeling in de vennootschap onder firma, waarin de manage door hen wordt gedreven. Ook spreekt de vrouw ter zake hun beider aansprakelijkheidsverzekeraar Delta Lloyd aan.

Advocaat-Generaal Spier meent dat in deze zaak te snel naar het instrument van de prejudiciële vraag is gegrepen, omdat (nog) onvoldoende feiten zijn vastgesteld om de gestelde vraag te kunnen beantwoorden en deze wellicht überhaupt niet aan de orde zou hoeven te komen.[233] In zijn conclusie beantwoordt hij wel de vraag of het relativiteitsoordeel in de hangmatzaak heroverweging behoeft. Dat is volgens Advocaat-Generaal Spier niet het geval.[234] Vervolgens bespreekt hij ook de vraag of dit relativiteitsoordeel zou moeten worden doorgetrokken naar artikel 6:179 BW, maar naar eigen zeggen 'zonder daarover een standpunt in te nemen'. Advocaat-Generaal Spier acht het evenwel 'wellicht' verstandig 'pas op de plaats' te maken.[235] Hij besluit zijn 'tot voorlichting' van de Hoge Raad strekkende conclusie met een 'tussenoplossing',

229 Zie bijv. Lubach 2010, p. 320 en T. Hartlief, noot onder de hangmatzaak, *NJ* 2011/465, sub 3, 11 en 18. Evenzo Leopold 2010, p. 110.
230 Zie Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor de hangmatzaak, sub 4.10.3.
231 Zie Lameris 2010, p. 4-9; Den Hollander 2011a, p. 48-49. Zie ook Sieburgh 2011, p. 204-205.
232 Rb. Den Haag 4 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2443, *NJF* 2015/246 (Jengo), r.o. 4.9-4.10.
233 Advocaat-Generaal Spier, conclusie voor HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162 (manegepaard), sub 4.1 en 18.
234 Advocaat-Generaal Spier, conclusie voor manegepaard, sub 8.19-8.20.
235 Advocaat-Generaal Spier, conclusie voor manegepaard, sub 8.21.1.

nu de Hoge Raad bij ontkennende beantwoording 'een groep slachtoffers in de kou' zou blijven staan, maar bij bevestigende beantwoording het 'in elk geval een tijdje prijsschieten' is, zolang de verzekeraars hun polissen niet aanpassen en dekking uitsluiten.[236] Spier geeft daarom – eveneens als in zijn conclusie voor de hangmatzaak – in overweging de relativiteit van artikel 6:179 BW zo vast te stellen dat deze norm slechts strekt tot bescherming tegen 'schade als gevolg van ernstig letsel'.[237]

De Hoge Raad constateert, evenals in de hangmatzaak, ten aanzien van artikel 6:174 BW ook in de manegepaard-zaak eerst dat aan wetstekst en wetsgeschiedenis van artikel 6:179 BW geen 'beslissend argument' kan worden ontleend voor of tegen risicoaansprakelijkheid jegens de medebezitter van in dit geval een schadeveroorzakend dier. In dit licht komt het ook bij het vaststellen van de relativiteit van de risicoaansprakelijkheid voor dieren van artikel 6:179 BW aan op een 'keuze' naar redelijkheid, aldus de Hoge Raad. Hij benadrukt daarbij meteen dat deze keuze bij verschillende risicoaansprakelijkheden verschillend kan uitvallen:

> 'Op soortgelijke wijze als bij de kwalitatieve aansprakelijkheid uit hoofde van art. 6:174 BW, komt het dus bij de kwalitatieve aansprakelijkheid uit hoofde van art. 6:179 BW erop aan of aansprakelijkheid behoort te worden aanvaard van andere medebezitters tegenover een benadeelde medebezitter, hoewel deze aansprakelijkheid niet is gebaseerd op overtreding van enigerlei gedragsnorm, en de benadeelde zelf in zekere zin medeverantwoordelijk kan worden geacht voor het gevaar dat het dier oplevert. De te maken keuze hangt ook hier af van wat naar maatschappelijke opvattingen het meest redelijk moet worden geacht, in aanmerking genomen de belangen van de benadeelde, de bezitter en de eventuele aansprakelijkheidsverzekeraar. De omstandigheid dat dit een open criterium is, brengt mee dat deze keuze kan leiden tot verschillende uitkomsten bij deze te onderscheiden gevallen van kwalitatieve aansprakelijkheid.'[238]

Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat, anders dan de risicoaansprakelijkheid voor opstallen van artikel 6:174 BW, de risicoaansprakelijkheid voor dieren van artikel 6:179 BW niet strekt tot bescherming van de benadeelde die zelf medebezitter is van het schadeveroorzakende dier. De Hoge Raad wijst erop dat de ratio van artikel 6:179 BW een andere is dan het lenigen van de bewijsnood, die kan optreden als een opstal schade veroorzaakt, omdat door de doorgaans lange levensduur van een opstal niet kan worden vastgesteld wie

236 Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor manegepaard, sub 17.1.

237 Conclusie Advocaat-Generaal Spier voor manegepaard, sub 17.2. Zie eerder de conclusie van Advocaat-Generaal Spier voor de hangmatzaak, sub 4.22-4.28.3, naar aanleiding waarvan ik zijn gedifferentieerde benadering aanmerkte als sympathiek maar 'te complex' (Den Hollander 2011a, p. 48; zie ook kritisch T. Hartlief, noot onder de hangmatzaak, *NJ* 2011/465, sub 11). Zie daarover weer kritisch Spier in zijn conclusie voor manegepaard, sub 17.3 en m.n. noot 119.

238 Manegepaard, r.o. 3.4.5.

verantwoordelijk is voor een gebrekkige toestand. De ratio van artikel 6:179 BW schuilt in de 'onberekenbare krachten' van de 'eigen energie van het dier als levend wezen', aldus de Hoge Raad, onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis van deze bepaling:

> 'Grondslag voor de kwalitatieve aansprakelijkheid van art. 6:179 BW is dat de bezitter om hem moverende redenen – meestal economisch nut of eigen genoegen – het dier houdt, en daarmee voor derden gevaar schept in verband met de onberekenbare krachten die de eigen energie van het dier als levend wezen oplevert (vgl. T.M., Parl. Gesch. Boek 6, p. 764). Deze grondslag wijkt af van die van art. 6:174 BW . Bij dieren berust de kwalitatieve aansprakelijkheid niet zozeer – zoals bij art. 6:174 BW – op een risicoverdeling ter bescherming van de benadeelde, maar vooral op de omstandigheid dat de bezitter tegenover anderen een risico in het leven roept. De (mede)verantwoordelijkheid van de medebezitter voor het gevaar speelt dus een aanzienlijk sterkere rol bij art. 6:179 BW dan bij art. 6:174 BW. De maatschappelijke wenselijkheid van bescherming van benadeelden tegen het gevaar dat een risico zich verwezenlijkt, geldt – anders dan bij art. 6:174 BW – bij art. 6:179 BW niet zonder meer ook voor de benadeelde medebezitter, nu deze mede verantwoordelijk is voor het scheppen of handhaven van dat risico.'[239]

Vanwege de kenbaarheid van de onberekenbare eigen energie van een dier roept de medebezitter van een dier ook voor zichzelf een gevaar in het leven en hij wordt geacht zich daarvan bewust te zijn, zo vervolgt de Hoge Raad:

> 'Anders dan bij het gevaar voor schade dat uitgaat van een verborgen gebrek aan een opstal, is steeds kenbaar dat een dier – als levend wezen – beschikt over onberekenbare eigen energie waarmee het mogelijk schade kan toebrengen. Van de medebezitter die door toedoen van een dier schade lijdt, kan worden gezegd dat hij ook voor zichzelf een gevaar in het leven heeft geroepen of in stand heeft gehouden waarvan hij wordt geacht zich bewust te zijn. Het ligt minder voor de hand dat de norm van art. 6:179 BW ook zou strekken tot bescherming van de benadeelde die als medebezitter bewust bijdraagt tot het scheppen of handhaven van het voor hem kenbare gevaar waartegen deze bepaling bescherming biedt (vgl. HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, NJ 2008/492).'[240]

Het arrest waarnaar de Hoge Raad aan het slot van het hierboven weergegeven citaat verwijst, is De Groot/Io Vivat. Daarin oordeelt hij dat het relativiteitsvereiste aan aansprakelijkheid in de weg staat van een studentenvereniging voor de schade van een student, die gewond raakt op een zeilweekend, op de grond dat de vereniging ontoereikend toezicht zou hebben gehouden. Reden hiervoor is dat de betreffende student zelf lid is van de organiserende commissie en zich derhalve als '(mede-) organisator van het zeilweekeinde zelf ook niet naar

239 Manegepaard, r.o. 3.6.1.
240 Manegepaard, r.o. 3.6.2.

die norm heeft gedragen'.[241] De ratio van de risicoaansprakelijkheid voor dieren van artikel 6:179 BW brengt dus blijkbaar met zich dat de Hoge Raad het bij deze risicoaansprakelijkheid wel gepast acht te verwijzen naar dit 'pot-verwijt-de-ketel'-relativiteitsoordeel in De Groot/Io Vivat als zaak van *schuld*-aansprakelijkheid. In de hangmatzaak deed hij dat niet.[242]

De Hoge Raad zet zijn argumentatie voort met de verzekeringsaspecten, die hij in het licht van het voorgaande bespreekt. Hij wijst erop dat van de medebezitter van een (huis)dier – gelet op de kenbare onberekenbare eigen energie van zo'n dier – eerder dan van de medebezitter van een opstal kan worden verwacht dat deze zich verzekert tegen eigen schade door het dier. De Hoge Raad wijst er verder op dat de gevolgen voor verzekering van de aansprakelijkheid 'groter en minder overzichtelijk' zijn bij aanvaarding van aansprakelijkheid jegens benadeelde medebezitters bij de risicoaansprakelijkheid voor dieren dan bij die voor opstallen.[243] Daaraan voegt de Hoge Raad toe:

> 'In verband met het onberekenbare element dat in de eigen energie van (ook) huisdieren is gelegen, ligt voor de hand dat schade veroorzaakt door dieren regelmatig zal voorkomen. Indien medebezitters daaraan aanspraken jegens elkaar kunnen ontlenen, kan dit leiden tot een toename van claims die moeilijk te beoordelen zijn. Het risico dat een dier schade toebrengt aan een medebezitter, welke schade veelal in gezinsverband zal optreden, valt ook anderszins te verzekeren, bijvoorbeeld in geval van schade aan de persoon door middel van een ongevallenverzekering.'[244]

Aldus komt de Hoge Raad tot de conclusie dat het, 'de belangen van alle betrokkenen in aanmerking genomen, niet redelijk of maatschappelijk wenselijk' is dat artikel 6:179 BW ook aansprakelijkheid in het leven roept jegens de benadeelde medebezitter van een dier. Dit oordeel zet hij dan nog een keer af tegen dat in de hangmatzaak:

> 'De argumenten die in rov. 4.3.5 van het Hangmatarrest hebben geleid tot het wél aanvaarden van een aanspraak van de medebezitter van een gebrekkige opstal, kunnen voor een gedeelte ook worden gebruikt ten gunste van de aanspraak van de medebezitter van een dier. Uit hetgeen hiervoor is overwogen, volgt echter dat, bezien vanuit het in dit verband belangrijke gezichtspunt van het slachtoffer en vanuit verzekeringsoogpunt, minder aanleiding bestaat voor bescherming van de medebezitter van een dier dan voor bescherming van de medebezitter van een

241 HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, *NJ* 2008/492, m.nt. J.B.M. Vranken (De Groot/Io Vivat), r.o. 3.6.2. Zie hierover nader par. 2.8.

242 In de literatuur had Hartlief 2010, p. 2071 naar aanleiding van het oordeel van de rechtbank in de hangmatzaak – die tot dezelfde uitkomst kwam als de Hoge Raad – onder verwijzing naar De Groot/Io Vivat bepleit dat in de hangmatzaak de vrouw als benadeelde medebezitter zich niet op art. 6:174 BW zou kunnen beroepen.

243 Manegepaard, r.o. 3.6.4.

244 Manegepaard, r.o. 3.6.4.

opstal. Dit geeft de doorslag voor de beantwoording van de eerste prejudiciële vraag.'

Na dit ontkennende relativiteitsoordeel en de dientengevolge ontkennende beantwoording van de prejudiciële vraag oordeelt de Hoge Raad dat een en ander niet anders is, als er vanuit wordt gegaan dat geen sprake is van medebezit van het manegepaard, maar van bedrijfsmatig medegebruik in de zin van artikel 6:181 BW. Op grond van dezelfde argumenten oordeelt de Hoge Raad dat deze bepaling evenmin aansprakelijkheid in het leven roept jegens de benadeelde bedrijfsmatige medegebruiker van een dier, temeer daar '(ook) de benadeelde bedrijfsmatige medegebruiker profijt van het dier trekt'.[245]

Evenals het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in de hangmatzaak laat diens relativiteitsoordeel in de manegepaard-zaak zich in zoverre inpassen in het model, dat het zich situeert op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang en de – in dit geval – ontkennende uitkomst berust op een eigen keuze van de Hoge Raad, op basis van een a contrario-redenering. Het geschade belang van de vrouw als medebezitter dan wel bedrijfsmatig medegebruiker van het schadeveroorzakende paard moet naar het oordeel van de Hoge Raad bij de risicoaansprakelijkheid voor dieren niet op één lijn worden gesteld met de individuele vermogensbelangen van de benadeelde die deze hoedanigheid ontbeert. De Hoge Raad maakt die keuze in de manegepaard-zaak even openlijk als in de hangmatzaak. Hij presenteert zijn oordeel met zoveel woorden als eigen 'keuze', gegeven het eveneens openlijk geconstateerde feit dat de wetgever over de voorliggende relativiteitskwestie zwijgt, zij het ook hier weer geobjectiveerd in termen van hetgeen 'naar maatschappelijke opvattingen' het meest redelijk moet worden geacht.

De gevolgen voor de verzekerbaarheid van risicoaansprakelijkheid voor dieren weegt de Hoge Raad hierbij zeer nadrukkelijk mee, meer nog wellicht dan hij dat in de hangmatzaak al deed. De Hoge Raad benadrukt dat deze gevolgen 'groter' en 'minder overzichtelijk' zijn dan bij aanvaarding van dergelijke aansprakelijkheid voor schadeveroorzakende opstallen en dat een dergelijke aansprakelijkheid zou kunnen leiden 'tot een toename van claims die moeilijk te beoordelen zijn'.[246] Ook of wellicht juist wat dat betreft geldt voor de Hoge Raad dus dat de ene risicoaansprakelijkheid de andere niet is. Het verschil in ratio van de risicoaansprakelijkheid voor opstallen van artikel 6:174 BW – bewijsnood door de lange levensduur – en die voor dieren van artikel 6:179 BW – de onberekenbare eigen energie van dier – in combinatie met de verzekerbaarheid van aansprakelijkheid jegens medebezitters brengt

245 Manegepaard, r.o. 3.8.
246 Manegepaard, r.o. 3.6.4.

hem tot een uiteenlopend relativiteitsoordeel ter zake.[247] Het feit dat ook in de manegepaard-zaak sprake is van letselschade – zij het minder ernstig dan in de hangmatzaak – maakt dat hier niet anders.

5.11 STATUS APARTE I: AMSTERDAMSE PROSTITUTIEZAAK – WETTELIJKE BESLISTERMIJN

Anders dan in de tot nu toe besproken zaken laten de relativiteitsoordelen van de Hoge Raad in twee Amsterdamse zaken over de aanvraag van exploitatievergunningen voor prostitutiepanden zich minder goed inpassen in het model. De eerste zaak ziet op de verlening van zo'n vergunning voor een pand aan het Oudekerksplein, aangevraagd door Have Onroerend Goed B.V. op 28 november 2006. De burgemeester laat het Landelijk Bureau Bibob met medeweten van Have een onderzoek uitvoeren, om zich van de integriteit van Have te vergewissen. Het rapport laat op zich wachten. Als het er eenmaal is, wil de burgemeester bepaalde bevindingen uit dit onderzoek nog nader verifiëren. De wettelijke termijn om op de aanvraag van Have te beslissen is dan – driekwart jaar na de aanvraag – echter ruimschoots overschreden. Het betreft de maximale beslistermijn van acht weken uit artikel 1.5 lid 1 APV, die op grond van de Wet Bibob vanwege het uit te voeren onderzoek in dit geval voor maximaal acht weken wordt opgeschort.[248] Ook een op verzoek van Have door de voorzieningenrechter gestelde termijn laat de burgemeester verstrijken. Op 4 september 2007 kan echter ook volgens de burgemeester besluitvorming 'niet langer' uitblijven.[249] Hij verleent Have daarom de gevraagde vergunning, in tijd beperkt tot iets meer dan een jaar.

Have spreekt hierop de gemeente aan tot vergoeding van de schade, die zij stelt te lijden als gevolg van de overschrijding van de wettelijke beslistermijn. Have trekt samen op met Venekamp c.s., van wie Have het te exploiteren pand huurt. Zij zijn overeengekomen dat de huur ingaat 'per datum verlening prostitutievergunning'.[250] Venekamp c.s. stelt derhalve huur te derven als gevolg van de termijnoverschrijding. De rechtbank wijst de vorderingen van Have en Venekamp c.s. toe en dat doet ook het hof. Bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid hanteert het hof de bijzondere maatstaf die de Hoge Raad in het leven heeft geroepen voor de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid in zaken van overheidsaansprakelijkheid voor overschrijding van een wettelijke beslistermijn. Deze maatstaf houdt in dat de enkele overschrij-

247 Vgl. Den Hollander 2011a, p. 49, waar het voor mij de vraag was of het verschil in ratio uiteindelijk tot een ander relativiteitsoordeel zou moeten luiden ter zake van de risicoaansprakelijkheid voor dieren van art. 6:179 BW.

248 Op grond van art. 31 jo. art. 15 lid 1 en 3 jo. art. 32 Wet Bibob.

249 HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579, *NJ* 2013/47, *AB* 2014/15, m.nt. C.N.J. Kortmann (Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s.), r.o. 3.1 (xiii).

250 Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., r.o. 3.1 (sub iii).

ding van een wettelijke beslistermijn niet onrechtmatig is. Alleen als sprake is van 'bijkomende omstandigheden' kan het nemen van het besluit door een bestuursorgaan onder overschrijding van een wettelijke beslistermijn in strijd zijn met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm en daarmee onrechtmatig. Het hof verwijst daarbij naar een eerdere, Eindhovense zaak, waarin de Hoge Raad deze maatstaf als volgt formuleert:

> 'De enkele omstandigheid dat een bestuursorgaan een besluit neemt met overschrijding van de wettelijke beslistermijn, is onvoldoende voor het oordeel dat aldus onrechtmatig wordt gehandeld in de zin van art. 6:162 BW. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig die meebrengen dat het bestuursorgaan, door pas na het verstrijken van de wettelijke beslistermijn een besluit te nemen, in strijd handelt met de in het maatschappelijk verkeer jegens een belanghebbende in acht te nemen zorgvuldigheid. Daarbij kunnen onder meer van belang zijn de mate waarin de beslistermijn wordt overschreden, de oorzaak of oorzaken van de termijnoverschrijding, en de voor het bestuursorgaan kenbare belangen van de betrokken belanghebbenden.'[251]

In afwijking van artikel 6:162 lid 2 BW is op grond van deze maatstaf de overschrijding van een wettelijke beslistermijn dus niet per definitie onrechtmatig. De omstandigheid dat een wettelijke norm is geschonden is in feite hooguit een factor bij het oordeel dat in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm en daarmee onrechtmatig is gehandeld. Met deze maatstaf aanvaardt de Hoge Raad dus in wezen de leer-Smits.[252] Waar het nu echter om gaat, is dat zich in de zaak van Have en Venekamp c.s. naar het oordeel van het hof dusdanige bijkomende omstandigheden voordoen dat de gemeente naar zijn oordeel onrechtmatig heeft gehandeld door te laat te beslissen op de aanvraag van de prostitutievergunning.[253]

Vervolgens toetst het hof aan het relativiteitsvereiste. Het drukt zich uit in termen van het vereiste van relatieve onrechtmatigheid en gaat na 'jegens wie' de gemeente met de overschrijding van de wettelijke beslistermijn onrechtmatig heeft gehandeld. Het hof leidt uit de Eindhovense zaak af dat de overschrijding in elk geval jegens Have onrechtmatig is, als aanvrager van de exploitatievergunning en daarmee adressant van het te laat genomen besluit op die aanvraag:

---

251 HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7040, *NJ* 2011/6, m.nt. M.R. Mok (Gemeente Eindhoven/Van Ingen en Van den Dungen q.q.), r.o. 3.4.2.

252 Zie nader over deze maatstaf en de leer-Smits par. 3.6. Zie tevens par. 7.5.

253 Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., hof r.o. 3.4. Het hof wijst op de ruime mate waarin de beslistermijn is overschreden. Ook wijst het hof erop dat Have de gemeente herhaaldelijk heeft verzocht te beslissen en van de dreigende schade op de hoogte heeft gebracht. Have heeft bovendien – tevergeefs – de voorzieningenrechter de gemeente een extra termijn laten stellen om te beslissen. Verder had de gemeente naar het oordeel van het hof de vergunning ook al eerder, onder voorwaarden kunnen verlenen, voordat het Bibob-onderzoek was voltooid, zoals dat uiteindelijk ook is gebeurd.

> 'Naar 's hofs oordeel is dit in ieder geval onrechtmatig jegens Have, die de aanvrager van de exploitatievergunning was. Voor zover de gemeente zou willen betogen dat de geschonden norm niet strekt ter bescherming van Have, gaat dat betoog niet op; in het eerder genoemde arrest van de Hoge Raad van 22 oktober 2010 ligt besloten dat wanneer sprake is van onrechtmatig handelen handelen [sic] wegens overschrijding van de wettelijke beslistermijn, dit onrechtmatig is jegens degene [aan] wie het te nemen besluit gericht was.'[254]

Ook ten aanzien van Venekamp c.s. als verhuurder van het te exploiteren pand is naar het oordeel van het hof aan het relativiteitsvereiste voldaan. De maatstaf van de Hoge Raad sluit dat niet uit, aldus het hof, of in elk geval niet ten aanzien van 'andere belanghebbenden':

> 'In het genoemde arrest van de Hoge Raad van 22 oktober 2010 is overwogen dat het niet tijdig beslissen (in casu op een bezwaarschrift) ook strekt ter bescherming van de belangen van andere belanghebbenden dan (in casu) de indieners van het bezwaarschrift, en derhalve, onder bijkomende omstandigheden, ook jegens zulke andere belanghebbenden onrechtmatig kan zijn.'[255]

Nu de gemeente bekend was met het 'zakelijk belang' van Venekamp c.s. als verhuurder van het prostitutiepand is het te laat beslissen in dit geval ook onrechtmatig 'jegens Venema c.s.'. Vanwege dit zakelijk belang ziet het hof Venekamp c.s. – het hof spreekt van Venema c.s. – blijkbaar dus ook als belanghebbende in bestuursrechtelijke zin. Het hof:

> 'Naar 's hofs oordeel is in dit kader van belang dat bij de gemeente bekend was dat Venema c.s., als verhuurder van het pand, zakelijk belang had bij de aan Have te verlenen exploitatievergunning en dat Venema c.s. uit die[n] hoofde vermogensrechtelijk nadeel zou kunnen lijden door het niet tijdig besluiten op de aanvraag van Have. De gemeente beschikte immers over de "toevoeging huurcontract d.d. 1-1-2005", als genoemd in r.o. 2.2. Ook met het oog op het Bibob-onderzoek was de gemeente bekend met de betrokkenheid van Venema c.s. In dit licht moet geoordeeld worden dat – mede in aanmerking genomen de reeds in r.o. 2.4 genoemde omstandigheden – sprake is van bijkomende omstandigheden, die maken dat het niet tijdig beslissen ook onrechtmatig is jegens Venema c.s.'[256]

Hierna toetst het hof aan de vereisten van toerekenbaarheid, schade en causaal verband. Bij het laatste vereiste toetst het in een moeite door aan het vereiste van causaal verband in de zin van condicio-sine-qua-non en past het de leer van de redelijke toerekening van artikel 6:98 BW toe. Vestigings- en omvangs-

254 Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., hof r.o. 3.5.
255 Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., hof r.o. 3.6. Het hof doelt op de overweging van de Hoge Raad in Gemeente Eindhoven/Van Ingen en Van den Dungen q.q., r.o. 3.4.2.
256 Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., hof r.o. 3.6.

fase van de aansprakelijkheid vloeien ineen. In dit kader spreekt het hof zich bovendien nogmaals uit over de relativiteit van de norm, die op grond van de maatstaf van de Hoge Raad uit de Eindhovense zaak grondslag is voor eventuele aansprakelijkheid van de gemeente. Dit is dus niet de overschreden wettelijke beslistermijn. De schending daarvan is op grond van deze maatstaf immers op zichzelf nog niet onrechtmatig. De norm die grondslag voor aansprakelijkheid is, is de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat het overschrijden van een wettelijke beslistermijn onder bijkomende omstandigheden onrechtmatig kan zijn. Deze norm strekt 'mede' tot bescherming 'van vermogensrechtelijke belangen', aldus het hof:

> 'Het hof stelt hierbij voorop dat in het eerder genoemde arrest van de Hoge Raad besloten ligt dat het overschrijden van een wettelijke beslistermijn onder omstandigheden in civielrechtelijke zin onrechtmatig kan zijn, en dat *de aldus geschonden norm* in dat geval mede strekt tot bescherming van vermogensrechtelijke belangen. (...) Voorts ligt in het genoemde arrest ook besloten dat de schade zoals hier aan de orde is, aan het bestuursorgaan dient te worden toegerekend. (...).'[257]

Zo komt ook het hof tot toewijzing van de vorderingen van Have en van Venekamp c.s. tot vergoeding van de door hen misgelopen huurinkomsten.

De gemeente stelt cassatieberoep in. Van het arrest van het hof blijft weinig over. Het hof is weliswaar uitgegaan van de juiste, bijzondere maatstaf uit de Eindhovense zaak, zo stelt de Hoge Raad vast onder herhaling van deze maatstaf. De Hoge Raad:

> 'Deze maatstaf houdt in dat de enkele omstandigheid dat een bestuursorgaan een besluit neemt met overschrijding van de wettelijke beslistermijn, onvoldoende is voor het oordeel dat op grond van art. 6:162 BW aansprakelijkheid bestaat voor schade die eventueel voortvloeit uit die termijnoverschrijding en dat voor die aansprakelijkheid bijkomende omstandigheden nodig zijn die meebrengen dat het bestuursorgaan, door pas na het verstrijken van de wettelijke beslistermijn een besluit te nemen, in strijd handelt met de in het maatschappelijk verkeer jegens een belanghebbende in acht te nemen zorgvuldigheid.'[258]

Maar het hof heeft zijn oordeel dat sprake is van 'bijkomende omstandigheden', die maken dat de gemeente door te beslissen onder overschrijding van de wettelijke beslistermijn in strijd heeft gehandeld met een ongeschreven zorgvul-

257 Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., hof r.o. 3.7 (cursivering toegevoegd).
258 Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., r.o. 3.3. Deze maatstaf kwam ook al ter sprake in par. 3.6.

digheidsnorm, onvoldoende onderbouwd.[259] De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof.[260] Hij neemt de gelegenheid te baat zijn bijzondere maatstaf voor overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn toe te lichten. Dat doet hij in termen van de relativiteit van 'de wettelijke beslistermijn' in algemene zin, wellicht in reactie op het als laatste geciteerde relativiteitsoordeel van het hof.[261] De Hoge Raad:

> 'Opmerking verdient nog dat de in genoemd arrest aanvaarde regel dat de enkele overschrijding van de wettelijke beslistermijn onvoldoende is voor aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW, daarop berust dat die termijn in de eerste plaats ertoe strekt het bestuursorgaan met voortvarendheid te laten beslissen, en voor betrokkenen duidelijkheid te scheppen op welke termijn de beslissing is te verwachten. De wettelijke beslistermijn beoogt niet zonder meer om ook te beschermen tegen mogelijke schade die voor een belanghebbende kan ontstaan bij uitblijven van de beslissing binnen die termijn.'[262]

Dit toelichtende relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in de eerste Amsterdamse prostitutiezaak situeert zich op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. Centraal staat de tegenstelling tussen een algemeen belang en op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen. De Hoge Raad oordeelt dat de wettelijke beslistermijn het als algemeen belang aan te merken belang beoogt te beschermen van de voortvarendheid van besluitvorming door bestuursorganen en duidelijkheid over de termijn waarop dat gebeurt en niet 'zonder meer' ook de individuele vermogensbelangen. Dit zijn de individuele vermogensbelangen van belanghebbenden om gevrijwaard te blijven van schade doordat een beslissing uitblijft binnen de beslistermijn. Al drukt de Hoge Raad zich uit in de feitelijke formulering van artikel 6:163 BW

259 Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., r.o. 3.4-3.9. De Hoge Raad wijst onder meer op de omstandigheden dat de APV de burgemeester de mogelijkheid bood de beslistermijn te verlengen, ook al heeft hij daarvan geen gebruik gemaakt. Verder wijst de Hoge Raad op de beleidsvrijheid waarover de burgemeester beschikt bij de afweging of hij al dan niet beslist zonder Bibob-advies. In deze afweging moet ook het algemeen belang worden meegewogen dat met het afwachten van dat advies gemoeid kan zijn. Ook daarvan heeft het hof zich naar het oordeel van de Hoge Raad onvoldoende rekenschap gegeven. De Hoge Raad betrekt bij dit alles ook nog de omstandigheid dat Have zelf te laat was met het verschaffen van bepaalde gegevens.

260 Overigens ook op het punt van de toets aan het vereiste van causaal verband. De Hoge Raad maakt op dit punt een opening naar de leer-Demogue-Besier, waarover nader in par. 3.7. Inmiddels heeft het verwijzingshof de vorderingen van Have en Venekamp alsnog afgewezen. Zie Hof Den Haag 31 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:641 (Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s. verwijzingsprocedure).

261 Vgl. Di Bella 2015, p. 66-67, die (eveneens) met enige verbazing constateert dat de Hoge Raad de vraag of onrechtmatig is gehandeld jegens de benadeelde laat 'afhangen van de strekking van de geschonden wettelijke norm, terwijl hij de onrechtmatigheid uiteindelijk niet baseert op deze norm, maar op een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm'.

262 Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., r.o. 3.3.

door te oordelen dat de wettelijke beslistermijn 'niet zonder meer ook' beoogt te beschermen 'tegen mogelijke schade die voor een belanghebbende kan ontstaan' als te laat wordt beslist.

De Hoge Raad velt dus een *voorwaardelijk* relativiteitsoordeel.[263] De wettelijke beslistermijn beoogt 'in de eerste plaats' voortvarendheid van besluitvorming te bevorderen en duidelijkheid te verschaffen. Deze termijn beoogt 'niet zonder meer' ook de individuele vermogensbelangen van belanghebbenden te beschermen, aldus de Hoge Raad. Maar dat *kan* dus wel het geval zijn. Dat is anders dan in de tot nu toe besproken relativiteitsoordelen die zich situeren op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel. In Pfizer/Cosmétique, Duwbak Linda en Iraanse vluchteling velt de Hoge Raad onvoorwaardelijke relativiteitsoordelen.

Het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in deze zaak laat zich daarmee niet goed inpassen in het model. Bij de vraag naar het beschermingsdoel is in het model voor zo'n voorwaardelijk relativiteitsoordeel geen ruimte. Of het zou zo moeten zijn dat wetstekst en wetsgeschiedenis van de betreffende wettelijke norm voorwaardelijke positieve aanwijzingen bevatten dat de daarin vervatte beslistermijn onder bepaalde voorwaarden naast een of meer algemene belangen ook bepaalde individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. In dit geval valt ook moeilijk vast te stellen of er überhaupt zulke positieve aanwijzingen zijn. De Hoge Raad spreekt zich uit over de relativiteit van de wettelijke beslistermijn in algemene zin, zonder daarbij een specifieke norm te benoemen.

In wetstekst en wetsgeschiedenis van artikel 1.5 lid 2 van de Amsterdamse APV en de Wet Bibob, waarop de beslistermijn in de zaak van Have en Venekamp c.s. is gebaseerd, ontbreken zulke positieve aanwijzingen in elk geval. In artikel 1.5 lid 2 kan wel een positieve aanwijzing worden gelezen dat deze termijn de individuele belangen van de aanvrager beoogt te beschermen, nu dit lid voorschrijft dat deze bij verdaging door het bestuursorgaan van de termijn wordt geïnformeerd. Daaruit blijkt echter niet dat het gaat om bescherming in vermogensrechtelijke zin. Dat blijkt ook niet uit de toelichting.[264] Hetzelfde geldt voor de Wet Bibob. In de wetsgeschiedenis staat de wetgever

263 Vgl. C.N.J. Kortmann, noot onder Gemeente Amsterdam/Have c.s., *AB* 2014/15, sub 10, die bepleit de leer-Smits-achtige maatstaf en het toelichtend relativiteitsoordeel van de Hoge Raad te interpreteren als toepassing van de correctie-Langemeijer. Ook Schutgens 2015c, p. 93, noot 50 ziet ruimte om deze maatstaf als 'variant van de correctie-Langemeijer' in te passen in de wet, door uit te gaan van een categorisch ontkennend relativiteitsoordeel – de wettelijke beslistermijn beschermt 'nooit' vermogensbelangen – en dat 'parallel aan' deze norm ook een zorgvuldigheidsnorm wordt geschonden 'die die bijzondere belangen wel beschermt'. Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven merkt het oordeel van de Hoge Raad in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.17 sowieso al aan als toepassing van de correctie-Langemeijer.

264 Ik ga uit van de Amsterdamse APV 1994, zoals geldig van 3 februari 2007 tot 1 februari 2008, kenbaar via http://www.regelgeving.amsterdam.nl/algemene_plaatselijke_verordening_1994/20070203 (geraadpleegd op 30 november 2015).

stil bij de mogelijkheid van aansprakelijkheid van de overheid, als een vergunning ten onrechte wordt geweigerd of een subsidie ten onrechte wordt ingetrokken 'ten gevolge van de toepassing van het Bibob-instrumentarium'. De wetgever heeft echter het oog op besluitenaansprakelijkheid in het algemeen en niet specifiek op zulke aansprakelijkheid op grond van de schending van normen uit de Wet Bibob.[265] De Hoge Raad spreekt zich als gezegd bovendien uit over de relativiteit van de wettelijke beslistermijn in het algemeen.[266]

Afgezet tegen het model stelt de Hoge Raad zich hier dus minder terughoudend op dan het model veronderstelt. Hij houdt zonder dekking van de wetgever de mogelijkheid open dat 'de wettelijke beslistermijn' onder omstandigheden mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Dit laat zich verklaren door het feit dat de Hoge Raad in deze zaak niet – zoals in de tot nu toe besproken zaken – een zelfstandige toets aan het relativiteitsvereiste uitvoert. Zijn relativiteitsoordeel is een toelichting op de maatstaf voor de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid uit de Eindhovense zaak. Het lijkt mij dan ook dat het relativiteitsoordeel veeleer is ingegeven door deze voordien al bestaande maatstaf voor de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid in zaken van overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn, dan door de 'werkelijke' relativiteit van de specifieke wettelijke beslistermijn die de gemeente Amsterdam in de zaak van Have en Venekamp c.s. heeft geschonden. Er is hier zo sprake van 'overloop' van het onrechtmatigheidsoordeel in het relativiteitsoordeel. Het eerste bepaalt het laatste. Wat dat betreft heeft het relativiteitsoordeel in deze eerste Amsterdamse prostitutiezaak een status aparte.

Overigens velt de Hoge Raad in deze zaak nog een tweede relativiteitsoordeel, ter zake van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die op basis van zijn maatstaf grondslag is voor eventuele aansprakelijkheid van de gemeente voor de overschrijding van de wettelijke beslistermijn. Reden daarvoor is de klacht van de gemeente dat het hof ten onrechte heeft aangenomen dat het niet tijdig beslissen op de aanvraag om een exploitatievergunning door Have ook onrechtmatig kan zijn 'jegens' andere 'belanghebbenden' en dat in dit geval ook daadwerkelijk is ten aanzien van Venekamp c.s. De laatste is echter geen belanghebbende in bestuursrechtelijke zin bij de door Have gedane aanvraag

265 Het kan gaan om zowel een 'verkeerd advies' van het bureau Bibob als een 'onjuiste afweging door het bestuursorgaan' (*Kamerstukken II* 1999/2000, 26 883, nr. 3. (MvT), p. 38-39).

266 In de Eindhovense zaak verwijst de Hoge Raad in r.o. 3.4 voor het oordeel dat de beslistermijn strekt tot bescherming van de belanghebbende naar de beslistermijn voor de bezwaarprocedure van art. 7:10 Awb. In wetstekst en wetsgeschiedenis van deze bepaling zie ik evenmin onmiddellijk dekking van de wetgever middels positieve aanwijzingen voor bescherming van de belangen van individuele belanghebbenden in vermogensrechtelijke zin. Vgl. Advocaat-Generaal Keus, conclusie voor Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., sub 2.36.

om de exploitatievergunning, zo klaagt de gemeente.[267] De Hoge Raad verwerpt deze klacht en drukt zich daarbij evenals het hof en het cassatiemiddel uit in termen van het vereiste van relatieve onrechtmatigheid. Onder omstandigheden kan een bestuursorgaan, dat te laat beslist ook onrechtmatig handelen jegens andere '"derden"', wier belangen op de een of andere manier bij het besluit zijn betrokken. Ook al zijn deze derden geen belanghebbende in de bestuursrechtelijke zin van de Awb, aldus de Hoge Raad:

> 'Anders dan deze klachten tot uitgangspunt nemen, is voor aansprakelijkheid jegens een benadeelde op grond van de hiervoor in 3.3 vermelde maatstaf bij overschrijding van een (wettelijke) beslistermijn, niet vereist dat de benadeelde belanghebbende is in de zin van de Awb. Denkbaar is immers dat de belangen van bepaalde "derden", kenbaar voor het bestuursorgaan, in zodanige mate betrokken zijn bij een tijdige beslissing, dat het bestuursorgaan ook jegens deze derden – afhankelijk van de verdere omstandigheden van het geval – in strijd kan handelen met de in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen zorgvuldigheid door pas na het verstrijken van de wettelijke beslistermijn een besluit te nemen.
> Daaraan doet niet af dat deze derden, indien zij geen belanghebbende in de zin van de Awb zijn, niet op grond van die wet kunnen opkomen tegen het niet tijdig beslissen.'[268]

Het gaat er dus om of het belang van de benadeelde niet-belanghebbende in 'zodanige mate' en 'kenbaar voor het bestuursorgaan' is 'betrokken' bij een tijdige beslissing, dat het bestuursorgaan erop bedacht moet zijn. Dit oordeel over de relativiteit van deze ongeschreven zorgvuldigheidsnorm sluit aan bij Staat/Shell.[269] Daarin spreekt de Hoge Raad zich in algemene zin uit over de relativiteit van zulke normen en oordeelt hij dat deze uitsluitend die belangen beogen te beschermen, waarop de aangesproken partij 'bedacht moest zijn'.[270]

Bezien vanuit het besluitenaansprakelijkheidsrecht is dit laatste relativiteitsoordeel wellicht minder vanzelfsprekend. Op grond van de leer van de omgekeerde formele rechtskracht – waarover in de volgende paragraaf meer – kan in beginsel alleen de adressant van een besluit, op wiens initiatief het door de bestuursrechter is vernietigd, het feit dat dit besluit is vernietigd inroepen in het aansprakelijkheidsrecht als toerekenbare onrechtmatige daad. In dat licht zou het niet vreemd zijn dat ook alleen deze adressant en rechtstreekse belanghebbende in de zin van de Awb bij een besluit een beroep zou kunnen

267 Zoals ook in de literatuur wel wordt bepleit: zie M. Scheltema & M.W. Scheltema 2013, p. 389-399.
268 Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s., r.o. 3.11.
269 Ook Di Bella 2015, p. 66-67 brengt dit relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in verband met Staat/Shell.
270 Staat/Shell, r.o. 3.8.4. Zie eerder par. 2.9.

doen op de overschrijding van een wettelijke beslistermijn als grondslag voor eventuele overheidsaansprakelijkheid. Dat zou in deze zaak dus alleen Have zijn en niet Venekamp c.s.

In de eerdere, Eindhovense zaak heeft de Hoge Raad overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn echter al van het besluitenaansprakelijkheidsrecht losgekoppeld. Hij legt daarin de leer van de (omgekeerde) formele rechtskracht zo uit dat het voor de vestiging van dergelijke overheidsaansprakelijkheid niet nodig is eerst de bestuursrechter een te laat genomen (fictief) besluit te laten vernietigen, op de grond dat het tot stand is gekomen met overschrijding van de wettelijke beslistermijn. In de Eindhovense zaak maakt de Hoge Raad het daarmee mogelijk dat deze overschrijding rechtstreeks kan worden ingeroepen als grondslag voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter.[271] In het verlengde daarvan koppelt de Hoge Raad met het hierboven weergegeven tweede relativiteitsoordeel overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn ook los van het belanghebbendebegrip en de toegang tot de vernietigingsprocedure bij de bestuursrechter. Het sluitstuk van deze ontkoppeling zou zijn dat de Hoge Raad het woord 'belanghebbende' schrapt uit zijn leer-Smits-achtige maatstaf voor de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid in zaken van overheidsaansprakelijkheid voor de overschrijding van een wettelijke beslistermijn.

5.12 Status aparte II: Amsterdamse prostitutiezaak – motiveringsplicht

Ook in een tweede Amsterdamse zaak over prostitutievergunningen worden deze vergunningen allerminst van harte verleend. Aanvankelijk weigert de burgemeester. Hij vreest dat de aanvrager van de exploitatievergunningen, exploitant M., zal fungeren als stroman voor de verhuurder van de betreffende panden, D., en de exploitatie van de prostitutiepanden zal worden gebruikt voor het witwassen van crimineel geld. De burgemeester beroept zich hiertoe op artikel 1.7 APV. Deze bepaling biedt een weigeringsgrond in geval redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de situatie in werkelijkheid niet in overeenstemming zal zijn met de situatie, zoals die in de aanvraag wordt voorgespiegeld. De bestuursrechter fluit de burgemeester echter terug. Naar het oordeel van de bestuursrechter kan de burgemeester zijn vrees onvoldoende concreet maken. De bestuursrechter vernietigt op het beroep van exploitant M. de beslissing op bezwaar, waarin de burgemeester vasthoudt aan zijn

271 Gemeente Eindhoven/Van Ingen en Van den Dungen q.q., r.o. 3.3.3, overigens onder verwijzing naar ABRvS 21 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1930, *AB* 2010/329, m.nt. B.P.M. van Ravels. Over de leer van de formele rechtskracht en de bevoegdheidsverdeling van burgerlijke rechter en bestuursrechter in dit verband is veel geschreven. Zie voor vindplaatsen Den Hollander 2013b, p. 203, noot 23.

weigering de gevraagde vergunningen te verlenen. Naar het oordeel van de bestuursrechter is deze beslissing op bezwaar niet deugdelijk gemotiveerd in de zin van artikel 7:12 lid 1 Awb. Dat luidt:

> 'De beslissing op het bezwaar dient te berusten op een deugdelijke motivering, die bij de bekendmaking van de beslissing wordt vermeld. Daarbij wordt, indien ingevolge artikel 7:3 van het horen is afgezien, tevens aangegeven op welke grond dat is geschied.'

Blijkbaar ziet de burgemeester geen kans zijn vrees verder te concretiseren, want hij verleent de gevraagde vergunningen vervolgens alsnog.

Ondertussen heeft verhuurder D. de gemeente aansprakelijk gesteld uit onrechtmatige daad voor de schade die zij stelt te hebben geleden in de periode waarin de door exploitant M. aangevraagde prostitutievergunningen ten onrechte zijn uitgebleven. Ook exploitant M. en verhuurder D. zijn overeengekomen dat de huurovereenkomst zal ingaan zodra de vergunningen zijn verleend.[272] Verhuurder D. stelt derhalve als gevolg van het uitblijven van de vergunningen huurpenningen te derven en zelf gas, water en licht te moeten betalen.[273]

Aan haar vordering legt verhuurder D. onder meer de vernietigde beslissing op bezwaar ten grondslag, stellend dat de gemeente daarmee toerekenbaar onrechtmatig 'jegens haar' heeft gehandeld. Verhuurder D. doet dus een beroep op de leer van de omgekeerde formele rechtskracht. Deze leer van de omgekeerde – of: oneigenlijke[274] – formele rechtskracht houdt in dat uit het gegeven dat een besluit door de bestuursrechter is vernietigd een-op-een wordt afgeleid dat het openbaar lichaam, waartoe het bestuursorgaan behoort dat dit besluit heeft genomen, met dat besluit een toerekenbare onrechtmatige daad heeft gepleegd.[275] Zonder dat de aansprakelijkheidsrechter zelf nog een inhoudelijke toets verricht aan de vereisten van onrechtmatigheid en toerekenbaarheid.[276]

---

272 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:767, *AB* 2015/2, m.nt. C.N.J. Kortmann, *JB* 2014/115, m.nt. D.G.J. Sanderink (Gemeente Amsterdam/D.), r.o. 3.1 (i).

273 Gemeente Amsterdam/D., hof r.o. 3.11 en r.o. 3.2.

274 Zie Mok & Tjittes 1995, p. 389-390.

275 Zie bijv. HR 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0261, *NJ* 1993/112, m.nt. C.J.H. Brunner (Van Gog/Nederweert), r.o. 3.3. De Hoge Raad laat de mogelijkheid open van een uitzondering op deze leer van de omgekeerde formele rechtskracht, maar die lijkt vooral theoretisch. Zie nader M. Scheltema & M.W. Scheltema 2013, p. 354-361.

276 Nu de onrechtmatigheid één-op-één uit de vernietiging van het besluit wordt afgeleid, voegt de leer van de omgekeerde formele rechtskracht voor openbare lichamen in wezen een vierde, jurisprudentiële onrechtmatigheidsrubriek toe aan art. 6:162 lid 2 BW, bovenop de rechtsinbreuk, het doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of de zorgvuldigheid die naar ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Dit is de 'onrechtmatigheidsrubriek' geen te vernietigen besluiten te nemen. Vgl. C.N.J. Kortmann 2006, p. 35-37 en p. 111-117, die de omgekeerde formele rechtskracht via de schending van publiekrecht

De gemeente stelt hiertegenover dat verhuurder D. geen belanghebbende is bij de vernietigde beslissing op bezwaar. Het is immers niet verhuurder D., maar exploitant M. die de exploitatievergunningen heeft aangevraagd. Wat verhuurder D. daarmee te maken heeft, is alleen dat zij van de vergunningverlening een voorwaarde heeft gemaakt voor het ingaan van de huurovereenkomst. Bij gebreke van voldoende betwisting ter zake door verhuurder D. gaat de rechtbank mee in dit betoog van de gemeente. Zij ziet er reden in de vordering van verhuurder D. af te wijzen. Het hof constateert eerst in termen van het vereiste van relatieve onrechtmatigheid dat de gemeente met de vernietigde beslissing op bezwaar in elk geval onrechtmatig heeft gehandeld jegens exploitant M.:

> 'Met de vernietiging door de bestuursrechter van het besluit van de burgemeester van 11 augustus 2008 staat vast dat dit besluit onrechtmatig is, in ieder geval jegens M.'[277]

Het hof ontleent dit aan de rechtspraak van de Hoge Raad over de omgekeerde formele rechtskracht van door de bestuursrechter vernietigde besluiten. In deze rechtspraak uit de jaren tachtig en negentig spreekt de Hoge Raad zich strikt genomen niet alleen uit over de vereisten van onrechtmatigheid en toerekenbaarheid, maar ook over het relativiteitsvereiste. Dat komt doordat deze rechtspraak is geformuleerd in termen van het vereiste van relatieve onrechtmatigheid. Een vernietigd besluit geldt in deze rechtspraak als toerekenbare onrechtmatige daad 'jegens' de adressant van het besluit, als rechtstreeks belanghebbende bij dat besluit, op wiens beroep de bestuursrechter het besluit heeft vernietigd.[278]

In zoverre – ten aanzien dus van exploitant M. – spreekt het hof zich uit over de relativiteit van de vernietiging van de beslissing op bezwaar als zodanig. Het is *deze vernietiging* die onrechtmatig is jegens exploitant M. of, in termen van te beschermen belangen, deze vernietiging die strekt tot bescher-

---

inpast in de tweede en derde onrechtmatigheidsrubriek van art. 6:162 lid 2 BW. Zie in dit verband ook Schlössels 2007, p. 322-323 en Schueler 2005a, p. 131-134.

277 Gemeente Amsterdam/D., hof r.o. 3.3.

278 Zie bijv. aanvankelijk alleen voor de vernietigingsgrond 'strijd met de wet': HR 24 februari 1984, *NJ* 1984/669, m.nt. J.A. Borman (St. Oedenrode/Driessen); HR 26 september 1986, *NJ* 1987/253, m.nt. M. Scheltema (Staat/Hoffman-La Roche); HR 30 januari 1987, *NJ* 1988/89, m.nt. M. Scheltema (Blaricum/Roozen), r.o. 4.2; HR 30 januari 1987, *NJ* 1988/90, m.nt. M. Scheltema (Nibourg/Zuidwolde), r.o. 3.1; HR 17 november 1989, *NJ* 1990/746, m.nt. J.B.M. Vranken (Velsen/De Waard), r.o. 3.4.1. In Van Gog/Nederweert, r.o. 3.3 maakt de Hoge Raad duidelijk dat deze 'regel' opgaat voor alle vernietigingsgronden. Zie tevens HR 14 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0281, *NJ* 1991/693 (Rigter c.s./Laren), r.o. 3.2. Ook uit het recentere HR 19 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2674, *NJ* 1998/869, m.nt. M. Scheltema (Kaveka/Apeldoorn), r.o. 3.3-3.4, spreekt deze lijn, waaraan bovendien het nog recentere HR 3 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3253, *NJ* 2006/325, m.nt. M.R. Mok (Staat/SFR), r.o. 3.3.4 niet afdoet. Zie nader Den Hollander 2014, p. 212-213, met verdere verwijzingen, waaraan toe te voegen Schueler 2005b, p. 76-85.

ming van het geschade belang van exploitant M. Het is in deze zaak echter niet exploitant M. die schadevergoeding vordert voor de vernietigde beslissing op bezwaar, maar verhuurder D. Daaromtrent vervolgt het hof:

> 'De vraag is dan of dit besluit ook onrechtmatig is jegens D. en of D. jegens de gemeente aanspraak kan maken op vergoeding van de schade die zij geleden heeft ten gevolge van dit besluit.'[279]

Om vast te stellen of de door de bestuursrechter vernietigde beslissing op bezwaar ook onrechtmatig is 'jegens' verhuurder D. stelt het hof eerst vast met welke norm de beslissing op bezwaar van de burgemeester in strijd is. Het hof constateert dat de bestuursrechter dit besluit heeft vernietigd, omdat dit in strijd is met de motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb. Zo komt deze Awb-norm in deze zaak centraal te staan.[280] Het hof:

> 'Bij de beantwoording van deze vraag is in de eerste plaats van belang welke norm geschonden is bij het bestreden besluit. Uit de uitspraak van de bestuursrechter t[e] Amsterdam, die is bekrachtigd door de ABRS, volgt dat het besluit is vernietigd wegens strijd met art. 7:12 lid 1 van de Awb. Deze bepaling houdt in dat de beslissing op bezwaar dient te berusten op een deugdelijke motivering.'[281]

Het hof acht het niet uitgesloten dat deze motiveringsplicht ook strekt tot bescherming van anderen dan de rechtstreeks belanghebbende bij het besluit. Ook de belangen van derden-belanghebbenden kunnen naar zijn oordeel tot de door de motiveringsplicht te beschermen belangen behoren. Zoals verhuurder D., die het hof aanmerkt als zo'n derden-belanghebbende in zijn voorwaardelijk relativiteitsoordeel over de motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb:

---

279 Gemeente Amsterdam/D., hof r.o. 3.3.

280 Di Bella 2015, p. 69-70 acht dit ongelukkig, omdat het 'onvoldoende recht' doet aan de 'bestuursrechtelijke werkelijkheid' van de zaak. De beslisssing op bezwaar is weliswaar door de Afdeling vernietigd op grond van een formeel motiveringsgebrek, maar dat doet er – in elk geval in dit geval – niet aan af, aldus Di Bella, dat dit besluit ook inhoudelijk onjuist is dus ook een 'materieel gebrek' kent. Zij acht het een 'gemiste kans' dat in de aansprakelijkheidsrechtelijke procedure bij de burgerlijke rechter de achterliggende materiële vraag of de vergunningen nu wel of niet terecht zijn geweigerd buiten beeld blijft, onder erkennning van het feit dat het dus aan partijen is 'de geschonden materiële norm(en) in te brengen' en mede onder verwijzing naar C.N.J. Kortmann 2015, p. 146. Hij pleit er voor dat 'partijen en rechters op zoek gaan naar de achterliggende norm, de norm die uiteindelijk bepaalt welk besluit genomen had moeten worden, de norm die bepalend is voor het dictum van het besluit' en die inzet te maken van het relativiteitsoordeel (Kortmann 2015, p. 154-155). De Afdeling toont zich in ABRvS 28 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN2670, *AB* 2011/240, m.nt. B.P.M. van Ravels (Nuthse geluidshinder), waarover in par. 6.5, wel bereid om bij het vaststellen van de relativiteit van een als formele norm aan te merken norm als een wettelijke beslistermijn de relativiteit van bijbehorende materiële wettelijke normen te betrekken of zelfs bepalend te laten zijn.

281 Gemeente Amsterdam/D., hof r.o. 3.4.

> 'De strekking van deze norm is zodanig ruim, dat niet op voorhand kan worden uitgesloten dat schending van deze norm onder omstandigheden onrechtmatig kan zijn jegens derde belanghebbenden, zoals D.'[282]

In dit geval ziet het hof omstandigheden die maken dat de motiveringsplicht inderdaad onrechtmatig is jegens D.[283] Het hof voegt aan dit oordeel over de relativiteit van de motiveringsplicht nog toe dat D. niet behoort tot een 'onbegrensde groep van derden belanghebbenden', die op onvoorzienbare wijze schade lijden. Kennelijk had de gemeente zich daarop beroepen, geïnspireerd door Duwbak Linda:

> 'Het ho[f] neemt hierbij mede in aanmerking dat, anders dan de gemeente stelt, zich niet voordoet het geval dat D. behoort tot een in beginsel onbegrensde groep van derden-belanghebbenden, die alle als potentiële benadeelden hebben te gelden bij het onrechtmatige besluit.
> Integendeel, D. is één concrete derde belanghebbende, en zij heeft haar financiële belang bij een rechtmatig besluit onder de aandacht van de gemeente gebracht. De schade van D. was daarmee bekend bij en voorzienbaar voor de gemeente.
> Voor wat betreft de door D. [g]evorderde schade is nog van belang dat deze schade rechtstreeks verband houdt met het niet verlenen van de vergunningen en dat de aard van de schade (verlies van huurinkomsten) niet wezenlijk afwijkt van overeenkomstige schade die door de aanvrager geleden had kunnen worden (huurkosten gedurende de periode dat de vergunning ten onrechte uitbleef) en dan vergoedbaar zou zijn geweest. De aard van de schade lag derhalve in de normale lijn der verwachtingen.
> Voorts was de gemeente uit artikel 3 van de bij haar bekende huurovereenkomsten ermee bekend dat het ontbreken van vergunningen tot opschorting van de inwerkingtreding van de huurovereenkomst zou leiden, derhalve tot schade bij D.'[284]

Ten aanzien van verhuurder D. velt het hof dus geen oordeel over de relativiteit van de vernietiging van de beslissing op bezwaar door de bestuursrechter

282 Gemeente Amsterdam/D., hof r.o. 3.4.

283 Gemeente Amsterdam/D., hof r.o. 3.4-3.5. Het hof neemt in aanmerking dat de gemeente van 'meet af aan' bekend was met 'de betrokkenheid van de financiële belangen van D. bij het verlenen van de raamprostitutievergunningen', nu de huurovereenkomsten deel uitmaakten van de vergunningaanvraag. Ook heeft D. 'in een vroeg stadium' de gemeente aansprakelijk gesteld voor het geval de vergunningen niet zouden worden verleend. Het hof neemt verder in aanmerking dat D. zich in de bestuursrechtelijke procedure die leidde tot de vernietiging van de weigering de vergunningen te verlenen steeds op het standpunt heeft gesteld dat de burgemeester zijn weigering niet wegens gevaar voor witwassen kon baseren op de APV, maar dat alleen op grond van de Wet Bibob kon doen. Ook de voorzieningenrechter heeft bovendien ter zake zijn twijfels uitgesproken, aldus het hof.

284 Gemeente Amsterdam/D., hof r.o. 3.5.

als zodanig. Het hof velt ten aanzien van verhuurder D. een oordeel over de relativiteit van de specifieke norm waarmee de bestuursrechter de beslissing op bezwaar in strijd heeft geacht: de motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb. De strekking van deze norm is 'zodanig ruim' dat in de omstandigheden van het geval deze norm ook het geschade belang van verhuurder D. als 'derde belanghebbende' beoogt te beschermen. Het hof komt zo tot gedeeltelijke toewijzing van diens vorderingen.[285] Een derde van deze schade laat het hof voor eigen rekening, nu het hof het aannemelijk acht dat verhuurder D. de panden geheel of gedeeltelijk aan derden had kunnen verhuren om zo haar schade te beperken.

De gemeente kan zich er niet in vinden. In cassatie honoreert de Hoge Raad eerst haar klacht dat het hof er om appelprocesrechtelijke redenen van uit had moeten gaan dat verhuurder D. geen belanghebbende is in de zin van de Awb bij de vernietigde beslissing op bezwaar. Als althans wordt aangenomen dat het hof met het aanmerken van verhuurder D. als 'derde belanghebbende' bedoelt dat verhuurder D. zelf beroep heeft kunnen instellen tegen de vernietigde beslissing op bezwaar. Nu de gemeente heeft gesteld dat verhuurder D. geen belanghebbende is bij de beslissing op bezwaar, verhuurder D. dit naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende heeft weersproken én daarover in appel niet is gegriefd, moest ook het hof daarvan uitgaan.[286]

Dat betekent dat verhuurder D. dus ook geen beroep kan doen op de omgekeerde formele rechtskracht. Zoals Advocaat-Generaal Keus in zijn conclusie aangeeft, speelt de leer van de omgekeerde formele rechtskracht 'geen rol' in het geval dat de benadeelde geen belanghebbende is. In dat geval heeft de benadeelde immers geen toegang tot de bestuursrechter om het besluit te laten vernietigen, waarna op grond van de omgekeerde formele rechtskracht kan komen vast te staan dat het besluit onrechtmatig is. Is de benadeelde geen belanghebbende, dan moet de burgerlijke rechter zelf 'op reguliere wijze' inhoudelijk toetsen of het gewraakte besluit onrechtmatig is, zoals Keus het stelt.[287] De Hoge Raad laat zich over de toets aan het vereiste van onrecht-

285 Gemeente Amsterdam/D., hof r.o. 3.13-3.14. Het hof leidt uit het feit dat de burgemeester de gevraagde vergunningen na de vernietiging van de beslissing op bezwaar bij nieuw besluit alsnog verleent af dat het primaire besluit, waarbij de vergunningen aanvankelijk zijn geweigerd, is herroepen, zodat ook dat besluit onrechtmatig is. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat dit primaire besluit inhoudelijk in essentie op dezelfde argumenten is gebaseerd als de vernietigde beslissing op bezwaar. Het hof ondervangt zo het causaliteitsprobleem (condicio-sine-qua-non) dat de vernietigde beslissing op bezwaar niet het (eerste) schadeveroorzakende besluit is (hof r.o. 3.9).

286 Gemeente Amsterdam/D., r.o. 3.4-3.5. In het geval het hof ervan uit is gegaan dat verhuurder D. wel belanghebbende is, heeft het bovendien moeten oordelen dat in de verhouding van D. tot de gemeente de formele rechtskracht van de beslissing op bezwaar aan aansprakelijkheid van de gemeente in de weg staat, omdat verhuurder D. zelf niet tegen dit besluit in beroep is gegaan bij de bestuursrechter (dat deed alleen exploitant M.).

287 Conclusie Advocaat-Generaal Keus voor Gemeente Amsterdam/D., sub 2.10-2.11, onder verwijzing naar sub 2.7-2.9. Zie ook Schlössels & Zijlstra 2014, p. 428-429.

matigheid echter niet met zoveel woorden uit. Dat wil zeggen: ik lees zijn oordeel zo dat hij de zaak afdoet op het relativiteitsvereiste.

Over het relativiteitsoordeel van het hof klaagt de gemeente dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat zij met de vernietigde beslissing op bezwaar onrechtmatig heeft gehandeld jegens 'een derde als D.'. De gemeente voert aan dat zij in 'het bestuurlijke besluitvormingstraject' alleen de belangen van belanghebbenden in de zin van de Awb bij het betreffende besluit dient mee te wegen. Alleen in zoverre dient zij toereikend te motiveren op grond van artikel 7:12 lid 1 Awb. De gemeente is dus naar eigen zeggen niet gehouden deugdelijk te motiveren ten opzichte van niet-belanghebbenden zoals verhuurder D. Zij beroept zich daarbij op het zogeheten specialiteitsbeginsel van artikel 3:4 Awb:

> 'Het bestuursorgaan weegt de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit.'[288]

De Hoge Raad houdt zich in zijn relativiteitsoordeel op de vlakte over dit specialiteitsbeginsel. Hij reconstrueert eerst de bedoeling van de wetgever met de motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb:

> 'Deze motiveringsplicht strekt ertoe, met name ingeval de bezwaren ongegrond worden verklaard, dat degene die tegen het besluit bezwaar heeft gemaakt en eventuele andere belanghebbenden uit de beslissing kunnen opmaken waarom aan de aangevoerde bezwaren niet is tegemoetgekomen. Dat is onder meer van belang voor de beantwoording van de vraag of een vervolgprocedure met kans op succes gevoerd kan worden. (vgl. Parl. Gesch. Awb I, blz. 351).'[289]

Om vervolgens tot het relativiteitsoordeel te komen dat de motiveringsplicht niet de 'vermogensbelangen' beoogt te beschermen van de benadeelde, die geen belanghebbende is in de zin van de Awb. De Hoge Raad:

> 'Hoewel de gehoudenheid om een besluit toereikend te motiveren mede kwaliteitsbevordering en -bewaking tot doel heeft, strekt zij niet tot bescherming van vermogensbelangen van personen die niet kunnen worden aangemerkt als belanghebbende bij een besluit in de zin van de Awb.'[290]

Tot zover spreekt de Hoge Raad zich alleen uit over de relativiteit van artikel 7:12 lid 1 Awb en dat bovendien in termen van de door deze norm te beschermen belangen. Maar dan wordt het ingewikkelder, want vervolgens drukt

288 Zie over de verhouding van het specialiteitsbeginsel tot het relativiteitsvereiste Wiggers-Rust 2011, p. 149-150.
289 Gemeente Amsterdam/D., r.o. 3.6.
290 Gemeente Amsterdam/D., r.o. 3.6.

hij zich uit in termen van het vereiste van relatieve onrechtmatigheid. Aannemende dat verhuurder D. geen belanghebbende is, oordeelt de Hoge Raad dat de vernietiging van de beslissing op bezwaar op de grond dat deze beslissing op bezwaar in strijd is met artikel 7:12 lid 1 Awb niet onrechtmatig is 'jegens' verhuurder D. De Hoge Raad:

> 'Bij het uitgangspunt dat D. [de verhuurder; PWdH] geen belanghebbende in de zin van de Awb was, is het door M. [de exploitant; PWdH] bestreden besluit dat is vernietigd op de grond dat het niet overeenkomstig art. 7:12 lid 1 Awb is gemotiveerd, anders dan het hof heeft overwogen, niet onrechtmatig jegens D., ook niet in de door het hof in rov. 3.4-3.5 genoemde omstandigheden (zie hiervoor in 3.3.3-3.3.4). In de verhouding tot D. is ter zake van de schending van art. 7:12 lid 1 Awb dus niet voldaan aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW.'[291]

Ik lees deze overweging zo dat de Hoge Raad zich niet zozeer uitlaat over de onrechtmatigheid van de door de bestuursrechter vernietigde beslissing op bezwaar, maar over de relativiteit van de motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb. Hij benadrukt in de laatste zin in het hierboven weergegeven citaat ook dat 'dus' niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW '[i]n de verhouding tot D.'. Dat vereiste is waar het de Hoge Raad om gaat.

Zeker is dat waar het hof een voorwaardelijk, casuïstisch relativiteitsoordeel velt en in de omstandigheden van het geval ruimte ziet om aan te nemen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan, de Hoge Raad een categorisch ontkennend relativiteitsoordeel velt. De motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb strekt niet tot bescherming van de 'vermogensbelangen' van de benadeelde niet-belanghebbende, 'ook niet' in de door het hof genoemde omstandigheden en dus niet tot bescherming van het geschade belang van verhuurder D. Hierna wijst de Hoge Raad er nog op dat wel aansprakelijkheid zou kunnen worden aangenomen ten aanzien van een benadeelde die geen belanghebbende is, op de grond dat een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is geschonden:

> 'Het voorgaande laat onverlet dat onder omstandigheden sprake kan zijn van schending van een andere, jegens D. in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm. Daaromtrent heeft het hof echter niets vastgesteld.'[292]

Bij deze correctie-Langemeijer-achtige exercitie gaat het echter om schending van een andere norm dan de motiveringsplicht.[293] Aan het categorisch karak-

291 Gemeente Amsterdam/D., r.o. 3.7.
292 Gemeente Amsterdam/D., r.o. 3.7.
293 De correctie-Langemeijer behelst 'meer': nagaan of er, gelet op alle omstandigheden van het geval, een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is geschonden, waarbij het gegeven dat een wettelijke norm is geschonden meeweegt als een van die omstandigheden. Zie par. 4.10.

ter van zijn relativiteitsoordeel ter zake van die norm doet deze mogelijkheid daarom niet af.

De Hoge Raad komt in de tweede Amsterdamse prostitutiezaak dus tot een ontkennend relativiteitsoordeel.[294] Dit relativiteitsoordeel situeert zich zowel op het niveau van de abstracte vraag naar het beschermingsdoel, als op het niveau van de concrete vraag naar de beschermingsomvang. Centraal in het relativiteitsoordeel staat aanvankelijk de tegenstelling tussen algemene belangen en op geaggregeerd niveau omschreven individuele vermogensbelangen. De motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb beoogt het als algemeen belang aan te merken belang van 'kwaliteitsbewaking en -bevordering' van besluiten te bevorderen en niet de individuele vermogensbelangen van benadeelden die geen belanghebbenden zijn bij een op grond van deze motiveringsplicht vernietigd besluit. Of zoals de Hoge Raad het formuleert: deze norm beoogt niet de 'vermogensbelangen van personen die niet kunnen worden aangemerkt als belanghebbende bij een besluit in de zin van de Awb' te beschermen. Het relativiteitsoordeel abstraheert op dit punt ook van het concrete geval. Verhuurder D. wordt niet bij name genoemd. Evenmin als diens specifieke geschade belang gevrijwaard te blijven van de derving van huurpenningen over de tijd waarin de vergunning ten onrechte is uitgebleven op grond van een ondeugdelijk gemotiveerde beslissing op bezwaar.

Daaruit spreekt in mijn optiek dat deze motiveringsplicht in de ogen van de Hoge Raad wel strekt tot bescherming van de vermogensbelangen van de benadeelde die wél belanghebbende is bij het op grond van de motiveringsplicht vernietigde besluit. Al spreekt de Hoge Raad dat niet met zoveel woorden uit. Hij laat de mogelijkheid in elk geval open.[295] Het zwaartepunt van het relativiteitsoordeel lijkt vervolgens ook te verschuiven naar het niveau van de concrete vraag naar de beschermingsomvang.[296] De Hoge Raad spreekt nog eens nadrukkelijk uit dat bij het 'uitgangspunt' dat verhuurder D. – de Hoge Raad noemt hem nu wel met name – geen belanghebbende is in 'de verhouding tot D. (...) ter zake van de schending van art. 7:12 lid 1 Awb dus niet [is] voldaan aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW'. Dat suggereert dat het anders is of kan zijn bij het uitgangspunt dat de benadeelde wel belanghebbende is. Hetgeen weer veronderstelt dat de motiveringsplicht wel de indi-

294 Kritisch hierover is Di Bella 2015, p. 70-71, volgens wie de Hoge Raad bij zijn relativiteitsoordeel ten onrechte de 'materiële kant' van het motiveringsbeginsel buiten beschouwing laat: nu de exploitatievergunningen uiteindelijk zijn verleend staat vast dat ook dit 'materiele element' is geschonden. Zij oppert dat dit wellicht ook een '(cassatie)brug' te ver was.

295 Vgl. B. Meijer & De Wit 2007, p. 190, die in het licht van het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in Duwbak Linda het vermoeden uitspraken dat formele vernietigingsgronden als de motiveringsplicht niet strekken tot bescherming tegen vermogensschade, noch van de vergunningaanvrager zelf, noch van derden. Schlössels 2003, p. 531 daarentegen acht de schending van 'motiveringseisen' onrechtmatig 'jegens eenieder'.

296 Vgl. Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven, die in zijn conclusie van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, sub 3.13, dit relativiteitsoordeel aanmerkt als relativiteitsoordeel op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang.

viduele vermogensbelangen beoogt te beschermen van benadeelden die tevens belanghebbende zijn bij het vernietigde besluit.

Wetstekst en wetsgeschiedenis van artikel 7:12 lid 1 Awb bieden daarvoor echter niet onmiddellijk dekking middels positieve aanwijzingen. Of deze positieve aanwijzingen zouden moeten worden ingelezen in de passage dat de motivering mede dient ter inschatting van de succeskans van een vervolgprocedure, waarnaar de Hoge Raad verwijst.[297] In zoverre stelt de Hoge Raad zich minder terughoudend op dan het model veronderstelt en laat het relativiteitsoordeel in de tweede Amsterdamse prostitutiezaak zich niet goed inpassen in het model.

De verklaring hiervoor lijkt mij dat ook in deze zaak in zekere zin een 'overloop' voordoet van het onrechtmatigheidsoordeel in het relativiteitsoordeel. Met het openlaten van de mogelijkheid dat de motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb wel strekt tot bescherming van het geschade belang van de benadeelde belanghebbende houdt de Hoge Raad zijn rechtspraak uit de jaren tachtig en negentig in het kader van de leer van de omgekeerde formele rechtskracht in de lucht dat een door de bestuursrechter vernietigd besluit onrechtmatig is 'jegens' de adressant van en belanghebbende bij dat besluit, op wiens initiatief het is vernietigd. Op die rechtspraak baseert ook het hof zich voor zijn oordeel dat de vernietigde beslissing op bezwaar in elk geval onrechtmatig is jegens exploitant M. als aanvrager van de prostitutievergunningen. Dat staat tussen partijen in wezen ook niet ter discussie.

De Hoge Raad vertaalt deze rechtspraak over de relativiteit van de vernietiging van een besluit als zodanig in de tweede Amsterdamse prostitutiezaak als het ware in een relativiteitsoordeel over de specifieke norm op grond waarvan het besluit is vernietigd, door de mogelijkheid open te laten dat motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb wel het individuele vermogensbelang van de benadeelde die belanghebbende is bij het besluit beoogt te beschermen. Het relativiteitsoordeel van de Hoge Raad biedt zo continuïteit, maar die is wel in een nieuw jasje gestoken. Beslissend is niet, zoals in de rechtspraak over de omgekeerde formele rechtskracht uit de jaren tachtig en negentig, het oordeel van de rechter bij de toets aan het vereiste van onrechtmatigheid of de vernietigde beslissing op bezwaar onrechtmatig is 'jegens' de benadeelde. Beslissend is zijn oordeel bij de toets aan het relativiteitsvereiste of de motiveringsplicht van artikel 7:12 lid 1 Awb als specifieke, met het vernietigde besluit geschonden norm, strekt tot bescherming van de benadeelde.[298]

---

297 Parl. Gesch. Awb I, p. 351.

298 Deze vertaalslag is niet alleen kwestie van vorm, maar heeft ook inhoudelijke consequenties. Het zou 'strategisch' gedrag in de hand kunnen werken, waarbij de benadeelde belanghebbende probeert de bestuursrechter te verleiden een besluit te vernietigen op grond van een vanuit het perspectief van de benadeelde niet-belanghebbende in aansprakelijkheidsrechtelijke zin 'gunstige' norm. In deze zin ook D.G.J. Sanderink, noot onder Gemeente Amsterdam/D., *JB* 2014/115, sub 6. Zie nader Den Hollander 2014, i.h.b. p. 99-100.

5.13 Balans

In dit hoofdstuk heb ik onderzocht hoe de rechtspraak van de Hoge Raad over de relativiteit van wettelijke normen van grofweg het afgelopen decennium zich verhoudt tot het theoretisch kader en meer in het bijzonder het model dat ik daarvoor heb ontwikkeld. Deze rechtspraak is in elk geval niet volstrekt onverenigbaar met het model. De Hoge Raad gaat in lijn met het model niet uit van een generiek, voor alle wettelijke normen geldend vermoeden van relativiteit, behoudens aanwijzingen van het tegendeel. Ook overigens laten zijn relativiteitsoordelen in *reguliere* zaken over aansprakelijkheid voor de schending van een wettelijke norm – dus uitgezonderd de relativiteitsoordelen in twee Amsterdamse zaken over exploitatievergunning voor prostitutiepanden met hun status aparte – zich redelijk inpassen in het model.

Voorzichtig kan worden betoogd dat de Hoge Raad in de zaken waarin zijn relativiteitsoordeel zich situeert op het niveau van de vraag naar het beschermingsdoel, in lijn met het model een terughoudende opstelling kiest. Het gegeven dat wetstekst en wetsgeschiedenis al dan niet dekking bieden middels positieve aanwijzingen dat de betreffende norm of regeling mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen, speelt in deze zaken een belangrijke rol, als het niet doorslaggevend is voor het oordeel dat al dan niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Het ontkennende relativiteitsoordeel van de Hoge Raad ten aanzien van de WGV in Pfizer/Cosmétique is hiervan het meest afgetekende voorbeeld. Maar de analyse kan worden verbreed naar de ontkennende relativiteitsoordelen van de Hoge Raad ten aanzien van het RosR en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat de scheepskeuring op grond van het RosR zorgvuldig moet worden verricht in Duwbak Linda en zijn eveneens ontkennende relativiteitsoordeel ten aanzien van de regels die gelden voor de toelatingsprocedure in Iraanse vluchteling. Hetzelfde geldt voor de bevestigende relativiteitsoordelen van de Hoge Raad ten aanzien van de Wtv en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat het toezicht op grond van deze wet zorgvuldig moet worden uitgeoefend in Vie d'Or. Een los eindje bij die laatste zaak is dat het bevestigende relativiteitsoordeel zich niet tevens situeert op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang, zoals het model veronderstelt. Dat laat zich verklaren doordat enerzijds de wetgever zich in de Wtv gedetailleerd uitspreekt over de vraag naar het beschermingsdoel en anderzijds de zaak een collectieve actie betreft.

In zaken waarin het relativiteitsoordeel zich situeert op het niveau van de vraag naar de beschermingsomvang of waarin het zwaartepunt van het relativiteitsoordeel op dat niveau ligt, kiest de Hoge Raad een actieve opstelling. Hij maakt in deze zaken in meer of mindere mate openlijk eigen keuzes, ervan uitgaande dat de betreffende wettelijke norm of regeling mede individuele vermogensbelangen beoogt te beschermen. Dat staat in deze zaken ook niet ter discussie. Het bevestigende relativiteitsoordeel van de Hoge Raad in de hangmatzaak, ten aanzien van artikel 6:174 BW, is hiervan het meest afgete-

kende voorbeeld, samen met zijn ontkennende oordeel in de manegepaardzaak ten aanzien van artikel 6:179 BW. Hetzelfde geldt evenwel voor zijn ontkennende relativiteitsoordelen ten aanzien van het Rbg en de WTG in Astrazeneca/Menzis, samen met zijn bevestigende oordeel ten aanzien van de Zvw in VGZ/Nutricia, als ook voor zijn bevestigende relativiteitsoordeel ten aanzien van artikel 28 leden 2-4 van de NRte 1999 in Nabbe/Staalbankiers en zijn bevestigende relativiteitsoordeel ten aanzien van artikel 164 van de bestemmingsplanvoorschriften in Gemeente Barneveld/Gasunie.

Daar komt bij dat in een van de besproken zaken – Pfizer/Cosmétique – gedeeltelijk aansprakelijkheid wordt aangenomen via de correctie-Langemeijer. In Astrazeneca/Menzis, Iraanse vluchteling en de tweede Amsterdamse prostitutiezaak houdt de Hoge Raad meer of minder uitdrukkelijk de mogelijkheid van toepassing van de correctie open, maar ziet hij er blijkbaar geen kans of noodzaak toe, gelet op de aangevoerde feiten, omstandigheden en klachten. In zaken waarin de aangesproken partij wordt verweten dat deze een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden, die op een wettelijke regeling is geënt, zoals Duwbak Linda, blijkt voor de correctie-Langemeijer geen plaats. Er kan hooguit een correctie-Langemeijer-achtige exercitie worden uitgevoerd. Die exercitie houdt in dat wordt nagegaan of ook een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is geschonden, die losstaat van de betreffende wettelijke norm.

Om in dit soort zaken de 'echte' correctie-Langemeijer te kunnen toepassen, moet de onrechtmatigheid in eerste instantie worden gebaseerd op de schending van een wettelijke norm. Daarmee blijft er ruimte om als het relativiteitsvereiste aan aansprakelijkheid voor de enkele schending van die norm in de weg staat, vervolgens via de correctie-Langemeijer uit te wijken naar de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm als grondslag voor aansprakelijkheid en daarbij de omstandigheid mee te wegen dat een wettelijke norm is geschonden. Of het mogelijk is in eerste instantie op de schending van een wettelijke norm in te zetten, hangt af van de formulering en uitleg van de betreffende wettelijke norm.[299] In het nu volgende hoofdstuk neem ik de rechtspraak over de relativiteit van wettelijke normen van de Afdeling onder de loep. Zij treedt in zaken van overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten tevens op als aansprakelijkheidsrechter, parallel aan de burgerlijke rechter.

---

299 In Duwbak Linda was dat wellicht wel mogelijk geweest ten aanzien van de Staat. Hem zou mogelijk kunnen worden verweten dat hij – de Commissie van Deskundigen – bijv. in strijd heeft gehandeld met art. 2.04 van het RosR, als de Linda ten tijde van het verlenen van het certificaat inderdaad in een dermate slechte staat zou hebben verkeerd dat niet gezegd kon worden dat zij voldeed aan de voorschriften in het RosR 'met betrekking tot bouw, inrichting en uitrusting'. Vgl. het oordeel van het hof in Duwbak Linda, in r.o. 10.2 dat in algemene zin spreekt van de 'voorschriften van het Reglement die de Staat volgens Van Hasselt bij het verlengen van het onderhavige certificaat zou hebben geschonden'. Overigens stelt dit hof vast dat de keuring door het particuliere keuringsbureau wel degelijk aan regels der kunst voldeed.