

The victim takes the tortfeasor as he finds him

NTBR 2015/30

Redactioneel

Student-assistenten van Hans Nieuwenhuis in de jaren tachtig hadden drie belangrijke taken. De eerste was te fietsen van Leiden naar Den Haag om bij de Hoge Raad een kopie op te halen van een net gewezen uitspraak. Voor f 25 kreeg je een in grijze kافت gebonden, ruim uitgetypte en enkelzijdig gekopieerde uitspraak mee. De tweede was te reflecteren op zijn noot onder dat arrest, bestemd voor *Ars Aequi*. De derde voltrok zich in de tussenliggende weken. Tijdens de lunch legde hij casusposities voor zoals wij ze kennen uit zijn *Hoofdstukken vermogensrecht*, met dien verstande dat als reactie een simpel ja of nee zelden bevredigde.

Zo leerde ik het adagium *The tortfeasor takes the victim as he finds him* kennen. Hans schreef erover in zijn noot onder het arrest *Henderson/Gibbs*:

“Iemand maakt een verkeersfout waardoor een ander lelijk komt te vallen. Is het slachtoffer een robuuste bejaarde met AOW en zonder betaalde nevenactiviteiten, of is het een veelbelovende Philips-directeur zonder eigen vermogen, maar met een eierschedel? In het eerste geval heeft de dader of zijn aansprakelijkheidsverzekeraar geluk; in het tweede geval domme pech.”²

De Hoge Raad oordeelde dat de dader ook pech heeft als de reactie van het slachtoffer op de onrechtmatige daad mede verband houdt met de neurotische behoefte van het slachtoffer een vergoeding te krijgen, ook al zijn de gevolgen van de daad daardoor ernstiger en langer van duur dan in de normale lijn van verwachtingen ligt.³

Mijn vraag aan Hans of het spiegelbeeld van het adagium ook waar is, heeft de kolommen van zijn noot niet gehaald. Moet het slachtoffer de dader nemen zoals hij is?

Al bij het beoordelen van de onrechtmatige daad en de toerekenbaarheid daarvan spelen de kennis en ervaring van de dader een rol.⁴ Wie in zijn professionele hoedanigheid handelt, wordt strenger de maat genomen dan de goedwillende amateur. *Noblesse oblige* geldt bijvoorbeeld voor banken die hun klanten moeten beraten over hun ingewikkelde financiële producten.⁵ Voor de buurman die tijdens een verjaardag beleggingsadviezen rondstrooit, gelden andere normen. Schade die voor de dader niet voorzienbaar was, kan hem mogelijk in redelijkheid niet worden toegerekend (art. 6:98 BW).⁶ Voorts kan het geringe vermogen van de dader aanleiding zijn de omvang van de schadevergoeding te matigen (art. 6:109 BW).⁷ Ten slotte is het slachtoffer ook voor het feitelijk verhaal met huid en haar overgeleverd aan de dader: de robuuste bejaarde dader met AOW biedt minder verhaal dan de veelbelovende Philips-directeur met een flinke maandelijks loonaanspraak. Kort

1 Citeerwijze: A.G. Castermans, 'The victim takes the tortfeasor as he finds him', *NTBR* 2015/30, afl. 7.

2 J.H. Nieuwenhuis, Een neurotische behoefte aan schadevergoeding, *AA* 1985, p. 417.

3 HR 8 februari 1985, *NJ* 1986/137 (*Henderson/Gibbs*), m.nt. C.J.H. Brunner.

4 Met betrekking tot de onrechtmatigheid: HR 22 april 1994, *NJ* 1994/624 (*Taxusstruik*), m.nt. C.J.H. Brunner: de inhoud van de zorgvuldigheidsnorm wordt beoordeeld aan de hand van wat de dader wist of behoorde te weten over – in dit geval – de giftigheid van taxus voor paarden. Wat betreft de toerekening moet wel rekening worden gehouden met art. 6:165 BW: lichamelijke en psychische gebreken komen voor rekening van de aangesproken persoon.

5 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken.

6 HR 25 maart 1983, *NJ* 1984/629 (*Steengaassteller*), m.nt. C.J.H. Brunner; HR 25 mei 1990, *NJ* 1990/577 (*Boukes/Schuurmans*).

7 Toe te passen met terughoudendheid, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval; HR 28 mei 1999, *NJ* 1999/510.

en goed, in het aansprakelijkheidsrecht doet het ertoe wie de dader is of uit welke kringen hij komt; het slachtoffer moet het met hem doen.

Het beeld van *The tortfeasor takes the victim as he finds him* staat er goed op. De dader heeft nu eenmaal de schade teweeggebracht. Juist daarom moet hij ook verantwoordelijkheid dragen voor schade die samenhangt met iets eigens van het slachtoffer.⁸ Het spiegelbeeld, *The victim takes the tortfeasor as he finds him*, is daarentegen ongezien. Is dat omdat het als vanzelfsprekend in het oog springt? De aan de zorgvuldigheid te stellen eisen moeten niet zo hoog worden opgeschroefd, dat men er realiter niet aan kan voldoen.⁹ Ook is er heel wat voor te zeggen de aansprakelijke daders niet over de kling te jagen, als na verhaal hun financiële armslag zo gering is, dat zij zichzelf en degenen die aan hun zorg zijn toevertrouwd niet meer fatsoenlijk kunnen onderhouden.

Sinds 1985 schreef Hans Nieuwenhuis nog verschillende keren over *The tortfeasor takes his victim as he finds him* zonder aan het spiegelbeeld te refereren.¹⁰ Toch, de erkenning van het spiegelbeeld versterkt de ratio van het adagium dat de dader zijn slachtoffer neemt zoals hij is. De aangesproken dader die meent dat het slachtoffer wegkomt met zijn eigenaardigheden kan immers worden tegengeworpen dat dat wederkerig is.

8 Het gaat hier om individuele kenmerken van het individuele slachtoffer. Dat verzekeraars uitgaan van groepskenmerken is kritisch beoordeeld door het College voor de Rechten van de Mens, oordeelnummer 2014-97, waarover instemmend M.A. Loth, 'Schadebegroting en mensenrechten', *AV&S* 2014/17, afl. 5/6.

9 A-G mr. Bloembergen in zijn conclusie voor het *Taxusstruik*-arrest.

10 Onder meer: 'Het slachtoffer', *RM Themis* 1998, p. 161-162, waarover Tineke Cleiren, 'Het slachtoffer, een persoon met rechten?', in: *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 479 e.v.; 'The tortfeasor takes his victim as he finds him', in: *Eigen schuld bij onrechtmatige daad; de verdeelsleutel zoals neergelegd in art. 6:101 BW; Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1997*, p. 57-60, waarover Anne Keirse, 'Een sigaar uit eigen doos', in: *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer, p. 557 e.v.