

Normstelling voor deelverantwoordelijkheid in het ongeschreven recht

Thijmen Nuninga en Gitta Veldt

Een foto is een momentopname. Wat er gebeurt nadat de foto is geschoten laat zich raden. Hijma biedt – samen met Marianne Olthof – met het compendium al sinds jaar en dag de meest heldere momentopname van de stand van het privaatrecht, met scherpe contouren en in een fraaie compositie.

Met onze bijdrage vullen wij de fotocollectie aan met een shot van een reeds veel gefotografeerd onderwerp: de Urgenda-zaak.¹ Daarbij zoomen wij in op een dogmatische vraag die rijst naar aanleiding van een verweer van de Staat. De Staat betoogt namelijk dat het gevorderde bevel de Nederlandse CO₂-uitstoot voor het einde van 2020 met 20% te verlagen ten opzichte van 1990 zou moeten worden afgewezen omdat de gevreesde klimaatgevolgen ook bij naleving van het bevel toch wel zouden intreden. Nederland veroorzaakt immers slechts een klein deel van de mondiale CO₂-uitstoot.

Dit verweer is interessant omdat het de aandacht vraagt voor de rol die causale verbanden spelen bij het vinden van normen in de *ex ante* context van het rechterlijk bevel. Vooropgesteld: causaal verband als zodanig is niet vereist voor een geslaagde bevelsactie. Dat is ook logisch, want er wordt geen vergoeding gevorderd van specifieke schade die de gedaagde veroorzaakt zou hebben. Wel is vereist dat een zekere rechtsplicht bestaat waarvan nakoming wordt gevorderd. Daar zit de crux: bij het vinden van een ongeschreven zorgplicht – ook één die ziet op de voorkoming van schending van mensenrechten – is een zeker causaal element vereist. De verplichting kelderluiken in drukke cafés te sluiten ontstaat immers slechts omdat *daardoor* schade kan ontstaan. En niet alleen dat, het niet nemen van maatregelen moet bovendien onbetamelijk zijn. Zoals Hijma in zijn compendium helder uiteenzet:

‘De enkele mogelijkheid dat een gedraging tot schade leidt, maakt die gedraging nog niet onrechtmatig. Het gevaar moet dusdanig zijn, dat betrokkene zich naar maatstaven van zorgvuldigheid (maatschappelijke betamelijkheid) van dit gedrag had behoren te onthouden.’

Dat causale element is vaak niet heel problematisch; het gaat immers slechts om een mogelijkheid van schade, niet een zekerheid. Het probleem in de klimaat-context is dat het niet nemen van maatregelen door de Nederlandse overheid op

¹ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier.

zichzelf geen garantie biedt op het voorkomen van klimaatschade. Daarvoor zouden alle landen maatregelen moeten nemen. Een actueel voorbeeld is de maatregelen rondom de coronacrisis. Als één individu geen *social distancing* in acht neemt, is daarmee nog niet gezegd dat de gezondheidszorg overbelast zal raken. Tegelijkertijd is het omgekeerde ook waar: zelfs al houdt het individu zich aan de voorschriften, dan nog zou het virus zich door wangedrag van anderen zo snel kunnen verspreiden dat de gezondheidszorg de patiënten niet meer kan opvangen. De maatregel werkt alleen als iedereen zich eraan houdt. De vraag in dit soort situaties is wanneer deze sociale norm een afdwingbare privaatrechtelijke plicht wordt. De vraag is, met andere woorden, hoe cruciaal een direct en zeker causaal verband tussen een gedraging en toekomstige schade is om tot zo'n plicht te komen.

Om deze vraag te kunnen beantwoorden zullen wij de overweging van de Hoge Raad in Urgenda uiteenzetten (par. 2). Vervolgens zullen wij een vergelijking maken met drie gevallen waarin causaliteitsproblemen die samenhangen met deelverantwoordelijkheid via normstelling worden geëcarteerd, namelijk normstelling door de wetgever voor onzekere risico's in het productveiligheidsrecht, groepsaansprakelijkheid in art. 6:166 BW en andere voorbeelden van normstelling in het ongeschreven recht. Wij zullen uitdrukkelijk geen inspiratie putten uit schadevergoedingsregels aangaande alternatieve causaliteit en gedeeltelijke schadevergoeding.² Doel van deze exercitie is het vinden van dogmatische aanknopingspunten voor de nadere inbedding van deelverantwoordelijkheid in het ongeschreven recht.

1. Normstelling in Urgenda

Het arrest van de Hoge Raad

Het antwoord van de Hoge Raad in reactie op het genoemde verweer laat zich als volgt samenvatten.³ Eerst overweegt hij in de r.o. 5.1-5.64 dat uit het internationale recht kan worden afgeleid dat de Nederlandse overheid een positieve verplichting heeft ervoor zorg te dragen dat de mensenrechten van Nederlandse burgers niet geschonden worden. Om aan die plicht te voldoen, moet de Nederlandse overheid in ieder geval maatregelen nemen om tot een reductie van ten minste 25% ten opzichte van 1990 te komen. Omdat die verplichting voortvloeit uit het internationale recht, kan de Hoge Raad vanaf r.o. 5.7 een beroep doen op het zogenoemde *no harm*-beginsel. Dat internationaalrechtelijke beginsel schrijft voor dat Staten elkaar geen schade mogen berokkenen. In het kader van internationaal gemaakte afspraken betekent dat, dat zij een deelverantwoordelijkheid op zich nemen:

² Zie anders: M.A. Loth, 'Urgenda.1. 'Ieder het zijne' Oftewel: hoe in het Urgenda-arrest deelveroorzaking deelverantwoordelijkheid rechtvaardigt', *RMThemis* 2020/2, p. 91 en 92.

³ Zie voor een uitgebreidere bespreking van het arrest ook: M.A. Loth, *RMThemis* 2020/2, p. 89-93.

‘r.o. 5.7.5 Dat inzicht stemt overeen met het zogenoemde ‘no harm’-beginsel, een algemeen aanvaard beginsel van internationaal recht dat inhoudt dat landen elkaar geen schade mogen berokkenen. (...) Landen zijn op de uit dit beginsel voortvloeiende plicht individueel aan te spreken. Toegepast op de uitstoot van broeikasgassen betekent dit dat zij erop kunnen worden aangesproken om hun aandeel te leveren in de vermindering van de uitstoot van broeikasgassen. Deze benadering rechtvaardigt deelverantwoordelijkheid: ieder land is voor zijn deel verantwoordelijk en is dus ook daarop aan te spreken.’

Met andere woorden: misschien kun je het niet in je eentje voorkomen, maar dat ontslaat je niet van alle verantwoordelijkheid. De vraag voor civilisten is of eenzelfde redenering verplaatst kan worden naar een casus waar de mogelijke schade niet bestaat in mensenrechtenschendingen of waar de aangesproken partij niet een natiestaat, maar een private partij is. Heeft iedereen de plicht zich te onthouden van handelingen die op zichzelf niet schadelijk zijn, maar dat in combinatie met handelingen van anderen dat wel zullen zijn? Omgedraaid: kan een gedaagde zich ooit tegen een bevelsactie verweren met de stelling dat hij door het nemen van maatregelen ook niet kan garanderen dat schade niet in zal treden? Het antwoord van de Hoge Raad is duidelijk: je moet doen wat je kunt. Hieronder zullen wij proberen dit oordeel in te passen in ons recht. Conclusie zal zijn dat in een *ex ante*-context deelverantwoordelijkheid een gedragsnorm kan scheppen die kan worden gehandhaafd, ook al ontbreekt een direct verband met schade. De crux zit, met andere woorden, in het spiegelbeeld van de hierboven geciteerde passage. Het enkele feit dat gedrag schade kan veroorzaken hoeft het gedrag nog niet onrechtmatig te maken, maar het enkele feit dat de gedraging van de aangesproken partij slechts een kleine bijdrage aan eventuele schade kan leveren maakt haar nog niet *rechtmatig*. Hieronder verkennen wij verschillende voorbeelden waar rechter en wetgever gedragsnormen opleggen die in indirect verband staan met schade en komen tot de conclusie dat betamelijkheid onder omstandigheden meer eist dan enkel het nemen van maatregelen die schade *zullen* voorkomen. Daarbij is het echter van belang de reikwijdte van deze discussie enigszins in te kaderen.

De bijzonderheden van de deelverantwoordelijkheid in Urgenda

Wie deze deelverantwoordelijkheid beter wil begrijpen moet beseffen dat de casus in *Urgenda* een atypische is. Ten eerste is van lang niet alle stoffen die worden vermoed schade te veroorzaken *zeker* dat zij schadelijk zijn.⁴ Dat geldt voor Co₂ als *driver* van klimaatverandering wel.⁵ Ten tweede is het niet heel gebruikelijk dat duidelijk is dat individueel gedrag niet tot schade leidt, maar collectief gedrag wel.

4 Vgl. G.M. Veldt, ‘De betekenis van Europese productnormen voor privaatrechtelijke normstelling’, *RMThemis* 2020/1, p. 40; Vgl. E.R. de Jong, ‘Rechterlijke risicoregulering: over de veranderende publieke rol van de civiele rechter bij gezondheids- en milieurisico’s’, *RMThemis* 2020/1, paragraaf 2.1 en 4.2.

5 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier, r.o. 4.1-4.8.

Bij *Urgenda* stond dat echter buiten kijf.⁶ Tot slot geldt dat zelfs als duidelijk is dat schade veroorzaakt kan worden en een deelverantwoordelijkheid aangenomen wordt, er niet vaak zo'n brede consensus onder wetenschappers en normstellers is over welke (deel)maatregelen voldoende en verplicht zijn, waardoor discussie bestaat over de vast te stellen norm of de inhoud van de zorgplicht. In *Urgenda* was dat anders, omdat het mensenrechtenkader waarin het arrest is gewezen de Hoge Raad toestond onder toepassing van de *common ground*-methode een concrete norm af te leiden uit wetenschappelijke en politieke consensus.⁷

Al deze atypische eigenschappen maken dat het lastig is een oordeel van de Hoge Raad in *Urgenda* te vertalen naar het bredere privaatrecht. Ten aanzien van de deelverantwoordelijkheid willen we echter toch een poging wagen. Om de discussie scherp te houden schrijven we nadrukkelijk over bijzondere gevallen. Het gaat in deze bijdrage niet om gedragingen waarvan in het geheel niet vaststaat of ze schadelijk kunnen zijn. Het gaat ook niet om gedragingen waarvan vaststaat dat ze op zichzelf al schadelijk zijn. Het gaat om het bijzondere geval waarin vaststaat (i) dat meerdere actoren bepaald gedrag vertonen, (ii) dat deze gezamenlijke gedragingen schadelijk zullen zijn, maar ook (iii) dat de gedraging van de aangesproken partij op zichzelf geen schade kan veroorzaken.

In die gevallen richten we ons dan bovendien alleen op de vraag of een beroep op de derde omstandigheid – het feit dat de individuele gedraging *op zichzelf* niet schadelijk kan zijn – een goed verweer zou kunnen zijn tegen het aannemen van een ongeschreven zorgplicht. Daarmee laten we de precieze invulling van de zorgplicht – die de Hoge Raad in *Urgenda* aan wetenschappelijke en politieke discussies kon onttrekken – nadrukkelijk buiten beschouwing. Wij richten ons, met andere woorden, niet op het te vereisen niveau van zorg, maar slechts op de vraag of het feit dat de individuele bijdrage niet constitutief voor de schade is in de weg staat aan het aannemen van een ongeschreven zorgplicht. De Hoge Raad oordeelde in het bijzondere geval van *Urgenda* van niet. Wij denken dat dit verweer ook elders niet zou moeten slagen.

2. Voorbeelden van deelverantwoordelijkheid

Hoewel de deelverantwoordelijkheid als zodanig een nieuwe vondst lijkt, kent het Nederlandse recht verschillende figuren waaraan eenzelfde gedachte ten grondslag lijkt te liggen. Hieronder verkennen wij verschillende voorbeelden waar wetgever en rechter gedragsnormen opleggen die in indirect verband staan met schade. Wij komen tot de conclusie dat betamelijkheid onder omstandigheden meer eist dan enkel het nemen van maatregelen die schade zullen voorkomen.

⁶ *Ibid.* 5.6.3.

⁷ *Ibid.* 5.7.5.

Normstelling door de Europese wetgever

Normstelling voor deelverantwoordelijkheid is geen noviteit in het publiekrecht. Zo wordt bij normstelling in het Europese productveiligheidsrecht voor producten met enige regelmaat rekening gehouden met een fenomeen dat geaggregeerde of cumulatieve blootstelling wordt genoemd. Wanneer een maximumlimiet voor een bepaalde stof in een product wordt vastgesteld – bijvoorbeeld voor pesticiden in voedsel of chemicaliën in cosmetica of speelgoed – houdt de wetenschappelijke risicoanalyse die aan de norm ten grondslag ligt, rekening met het gegeven dat naast het product in kwestie de gebruiker mogelijk nog wordt blootgesteld aan de stof via andere producten of bronnen.⁸ Dit risico op een grotere blootstelling wordt vervolgens door de wetgever in de norm verdisconteerd. De wetgever anticipeert daarmee mede op eventuele normschendingen door anderen. Een enkele en individuele schending van de norm door een van de normadressaten zal veelal verre van onvoldoende zijn om schade te veroorzaken, maar dat weerhoudt de wetgever er niet van toch een strengere norm aan te nemen. Bij de uiteindelijke handhaving van de norm zal een individuele actor zich evenmin kunnen verweren met de stelling dat er andere overtreders van die norm zijn.

Wie deze vorm van publiekrechtelijke normstelling voor deelverantwoordelijkheid wil vertalen naar privaatrechtelijke normstelling voor deelverantwoordelijkheid onder het ongeschreven recht (zoals voor onrechtmatige gevaarzetting via *Kelderluik*), stuit op een aantal problemen. In het ongeschreven recht is voor het aannemen van een ongeschreven zorgplicht voor gevaarzetting altijd een bepaalde mate van kenbaarheid en voorzienbaarheid bij de normadressaat vereist, zowel van het totale risico, alsmede als van het aandeel van de individuele actor in het ontstaan daarvan (met name kelderluikfactor 1 en 2).⁹ Bij deelverantwoordelijkheid vertalen deze factoren zich naar een reële kans op schade, waarbij mede acht moet worden geslagen op de aard en de ernst van de gevolgen van een bepaalde mate van cumulatie van oorzaken. Dat risico hoeft niet voort te vloeien uit zuiver eigen gevaarscheppend handelen. Je kunt immers ook aansprakelijk zijn voor de ge-

8 Zie bijvoorbeeld art. 14 lid 2 sub b Verordening (EG) 396/2005 (*PbEU* 2005, L 70/1, pesticiden in levensmiddelen), art. 4 lid 2 sub a Verordening (EG) 1107/2009 (*PbEU* 2009, L 309/1 gewasbeschermingsmiddelen) en art. 14 lid 2 sub b (MRL's van pesticiden in food en feed). In 2013 heeft European Food Safety Authority een *cumulative risk assessment group methodology for pesticides* geïntroduceerd. Zij brengt regelmatig wetenschappelijk advies uit over cumulatieve risico's.

9 Vgl. voor opstalaansprakelijkheid: HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. Hartlief (*Wilnis*), r.o. 4.4.5, waarin kenbaarheid slechts een gezichtspunt vormt. Voor werkgeversaansprakelijkheid volgt dit uit de asbestjurisprudentie, zie o.a. HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, *NJ* 1993/686 (*Cijsouw I*), r.o. 3.6. Zie ook C.C. van Dam, *Zorgvuldighedsnorm en aansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989, p. 133. Vgl. over de grenzen van kenbaarheid ook E.R. de Jong, *Voorzorgverplichtingen. Over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling voor onzekere risico's* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, m.n. p. 93 e.v. Vgl. K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 370 e.v.

vaarzetting van een ander, zodra het gevaar dat die ander oplevert tot je is doorgedrongen of – zo durven wij aan te vullen – redelijkerwijs tot je is doorgedrongen.¹⁰ Ook natuurlijke oorzaken kunnen aan die cumulatie bijdragen. Bij normstelling door de wetgever zijn die kenbaarheid en voorzienbaarheid op individueel niveau niet noodzakelijk. Daar overziet de wetgever het hele speelveld, inclusief alle cumulerende factoren, en is de wetgever democratisch gelegitimeerd om een norm aan een individuele actor op te leggen. Het moge duidelijk zijn dat het krijgen van dit overzicht in de praktijk een behoorlijke uitdaging kan zijn voor een rechter gezien diens beperkte informatiepositie in het licht van het partijdebat. De wetgever zal veelal in de beste informatiepositie zitten om zo'n risicoanalyse op metaniveau te maken.¹¹

Normstelling via groepsaansprakelijkheid

De groepsaansprakelijkheid is een bijzondere figuur in het kader van de schadevergoeding voor onrechtmatige daad. Zij maakt het mogelijk een groepslid aansprakelijk te houden voor schade die zij zelf niet heeft veroorzaakt of met zekerheid had kunnen voorkomen. Slechts vereist is dat (1) de schade onrechtmatig door een groepslid is veroorzaakt, (2) de kans op het aldus toebrengen van schade het aangesproken lid had moeten weerhouden van zijn gedragingen in groepsverband en (3) de(z) gedraging (in groepsverband) de aangesprokene kan worden toegerekend.¹²

De figuur heeft daarmee twee kanten. Enerzijds biedt zij een praktische oplossing voor slachtoffers om een groepslid aan te spreken als niet geheel duidelijk is wie de schade heeft veroorzaakt. Anderzijds vult zij de onrechtmatigheid van art. 6:162 BW in.¹³ Met name het tweede punt is hier van belang. Het feit dat deelname zelf onrechtmatig is, legt bloot dat het hier niet slechts gaat om een praktische regel omtrent causaliteit, maar dat hier een eigen verantwoordelijkheid voor groepsleden wordt gecreëerd. Dat is een belangrijke constatering, want dat betekent dat de deelname reeds voor het intreden van de schade onrechtmatig was. Iedereen heeft een plicht niet deel te nemen aan of zich te distantiëren van een groep wier gedrag mogelijk schade zal veroorzaken. En rechtsplichten kunnen worden afgedwongen middels een rechterlijk bevel.¹⁴

De problematiek van *Urgenda* of degene die *social distancing* weigert is lastig onder het bereik van art. 6:166 BW te brengen. De aangesproken Staat of het individu verricht weliswaar zijn gedragingen tegelijkertijd met anderen, maar dat is op zichzelf onvoldoende om van een groep te spreken. De DES-zaak is bijvoorbeeld

¹⁰ Vgl. HR 22 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5503, NJ 1975/149 (*Heddema/De Coninck, Struikelende broodbezorger, Springtouwteje*), r.o. 5.

¹¹ Vgl. eerder over de rol van het partijdebat in *Urgenda* in eerste aanleg, A.G. Castermans, 'Het klimaatgevaar en het gouden kelderluik', AA 2016/34, paragraaf 3.

¹² Art. 6:166 lid 1 BW, en zie voor het laatste element ook art. 6:166 lid 2 BW.

¹³ Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 295.

¹⁴ Art. 3:296 BW.

nadrukkelijk niet op deze grond beslist,¹⁵ de enkele deelname aan een criminele organisatie in de zin van art.140 Sr is ook onvoldoende om aansprakelijkheid op art. 6:166 BW te stelen¹⁶ en – dichterbij Urgenda – in de literatuur is wel verdedigd dat milieuschade door verschillende bedrijven veroorzaakt in de regel niet kan worden aangemerkt als een gedraging in groepsverband.¹⁷ Hoewel het collectief niet nemen van klimaatmaatregelen, het collectief produceren van gematigd gevaarlijke producten of het collectief weigeren *social distancing* in acht te nemen misschien lastig onder de groepsaansprakelijkheid te brengen is, biedt de achtergrond van art. 6:166 BW wel een ander perspectief. De deelname is immers onrechtmatig omdat door individuele deelname de kans op schade wordt vergroot. Deelname vergroot die kans omdat zo de destructieve energie in de groep blijft hangen zodat tussen deelname en uiteindelijke schade een psychisch causaal verband bestaat.¹⁸ Die gedachte is eenvoudiger te transponeren naar de Urgenda-casus. Als ieder land zich aan zijn verantwoordelijkheid zou onttrekken, zouden geen maatregelen worden genomen. Hoe meer landen weigeren maatregelen te nemen, des te aantrekkelijker wordt het voor andere landen om er ook maar vanaf te zien. Het nemen van maatregelen kost immers geld en naarmate minder landen meedoen kan van de gevolgen ook steeds minder verwacht worden. Eenzelfde mechanisme kan optreden bij producenten: hoe meer producenten nalaten verantwoordelijkheid te nemen, hoe groter het individuele concurrentienadeel zal zijn bij produceren zonder een bepaalde stof, hetgeen het beperken van de cumulatie van blootstelling in de weg kan staan. Deze gedachte biedt een opstapje het concept ‘deelverantwoordelijkheid’ te transponeren naar het Nederlandse ongeschreven privaatrecht. Doordat groepsaansprakelijkheid bovendien abstraheert van het gedrag van de anderen uit de groep en in plaats daarvan de focus verlegt naar een door het aangesproken lid geschonden gedragsnorm – simpel gezegd: het deelnemen of niet-distantiëren – zijn in deze context causaliteitsverweren die verwijzen naar het gedrag van de ander vruchteloos.¹⁹

Normstelling in het ongeschreven recht

De Hoge Raad zelf²⁰ ziet een aanwijzing voor de gedachte dat deelverantwoordelijkheid onderdeel van het Nederlandse recht is in het in 1988 gewezen Kalimijnen-

15 Naast het feit dat deze nieuwe aansprakelijkheid mogelijk nog niet op het feitencomplex van toepassing was, zouden de farmaceuten volgens het hof niet als groep zijn opgetreden. Dat laatste getuigt volgens de HR niet van een onjuiste rechtsopvatting, HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, NJ 1994/535, m.nt. C.J.H. Brunner (*DES-dochters*), r.o. 3.9.

16 HR 2 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2914, NJ 2016/194, m.nt. T. Hartlief, r.o. 3.5.2.

17 P.A. Kottentgen-Edzes, ‘Milieuschade die het gevolg is van meer dan een oorzaak’, *NJB* 1989, p. 1337 e.v. Gevolgd door: Asser/Sieburgh 6-IV 2019/128.

18 *Parl. Gesch. Boek 6 BW* 1990, p. 663-664.

19 Vgl. R.J.B. Boonekamp, *Onrechtmatige daad in groepsverband volgens NBW* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1990, p. 17-18.

20 Zie impliciet de HR in *Urgenda* (NJ 2020/41), r.o. 5.7.6 in noot 35. Zie expliciet Conclusie plv. P-G F.F. Langemeijer en A-G M.H. Wissink voor *Urgenda* (NJ 2020/41), ECLI:NL:PHR:2019:887 (hierna: Conclusie Urgenda), onder 2.13 en 2.18.

arrest,²¹ waarin de gedragsnorm werd gevonden in een belangenafweging met behulp van de gezichtspunten voor de beoordeling van onrechtmatige hinder. In die casus ging het om vervuiling van de Rijn door verschillende mijnbedrijven, waarvan een groot aantal werd geëxploiteerd door één rechtspersoon. Dat maakte dat het exploitatiebedrijf een groot deel van de vervuiling veroorzaakte, maar niet alle vervuiling. Ten aanzien van het causaliteitsverweer oordeelde de Hoge Raad dat het mogelijk moest zijn een gedeeltelijke schadevergoeding mogelijk te maken. Dat is een oplossing voor de causaliteitsproblematiek bij de schadevergoedingsvordering en het is de vraag hoeveel dat zegt over de vaststelling van de zorgplicht. Loth schrijft bijvoorbeeld dat de pro rata-benadering uit het Kalimijnen-arrest bij een bevelsactie nodig kan zijn om tot het vereiste voldoende belang bij de vordering te komen.²² Dat is een aantrekkelijke gedachte, maar daarmee is nog niets gezegd over de zorgplicht zelf. Zolang op de gedaagde geen met het gevorderde bevel overeenstemmende rechtsplicht rust, komen we aan de vraag of de eiser wel voldoende belang heeft helemaal niet toe. Die vraag wordt door het Kalimijnen-arrest niet één-op-één beantwoord.

Het exploitatiebedrijf werd in die procedure verantwoordelijk gehouden voor zijn aandeel in de zouttoename in de rivier door zijn lozingen. Het bedrijf was met andere woorden aansprakelijk voor zijn eigen deel. Daar gaat echter wel een belangrijke feitelijke constatering aan vooraf. Zowel rechtbank als hof nam op grond van de feiten een lineair verband aan tussen de toename van het zoutgehalte in de rivier door de lozing van de mijnbedrijven en de afname van de opbrengst van de gewassen. De schade ontstaat in dat geval niet door cumulatie: iedere lozing veroorzaakte een beetje schade. Dat is een uitdaging voor de schadevergoedingsactie, maar maakt iedere lozing op zichzelf al onrechtmatig.²³

Het feit dat iedere lozing op zichzelf al onrechtmatig was, maakt dat naar Nederlands recht in die casus zonder problemen een bevel had kunnen worden verkregen.²⁴ Dat is op zichzelf al bijzonder – in Engeland zou het verweer dat de *injunction* niet effectief kan zijn, kunnen leiden tot afwijzing van die vordering²⁵ – maar zelfs met deze bijzondere kwaliteit is het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht er nog niet: in *ex ante* context moet namelijk een norm kunnen worden gevonden. En de moeilijkheid aan de *Urgenda*-casus is nu juist de vraag of er wel een norm is als het gedrag van de aangesproken partij beschouwd in isolatie geen schade veroorzaakt of schade niet kan voorkomen. Anders dan in *Kalimijnen* lijkt het verband tussen uitstoot en schade niet lineair, maar eerder exponentieel. Niet iedere vorm van CO₂-uitstoot veroorzaakt

21 HR 23 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5713, NJ 1989/743 m.nt. J.H. Nieuwenhuis en J.C. Schultsz (*Kalimijnen*), r.o. 3.5.1.

22 M.A. Loth, *RMThemis* 2020/2, p. 92.

23 HR 23 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5713, NJ 1989/743 m.nt. J.H. Nieuwenhuis en J.C. Schultsz (*Kalimijnen*), r.o. 3.3.4 en 3.5.1.

24 Tenzij er zwaarwegende belangen zijn die aan een bevel in de weg kunnen staan, zie HR 23 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5713, NJ 1989/743 m.nt. J.H. Nieuwenhuis en J.C. Schultsz (*Kalimijnen*), r.o. 3.3.5.

25 Zie bijv. *Wood v Sutcliffe* (1851) 2 *Simons, New Series* 163.

schade; bij een opwarming tot 1,5 °C wordt in de klimaatwetenschap nog van veilige opwarming gesproken. Waar bovendien aanvankelijk de CO₂-uitstoot nog weinig effect op klimaatverandering heeft, wordt de impact naarmate de concentratie CO₂ in de atmosfeer steeds heftiger. Op enig moment zou zelfs een *tipping point* bereikt kunnen zijn waarop klimaatverandering in een stroomversnelling komt.²⁶

3. Schadevoorkoming en betamelijkheid

Betamelijke schadevoorkoming

Het bestaande recht biedt dus op verschillende punten aanwijzingen dat het feit dat jouw gedrag *samen met dat van anderen* tot schade kan leiden je er eigenlijk al van zou moeten weerhouden. Maar zou zo'n deelverantwoordelijkheid in het algemeen wel passen in ons onrechtmatigedaadsrecht? Hoewel volgens art. 6:162 lid 2 BW alle gedrag 'in strijd met (...) hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt' onrechtmatig is, heeft die derde onrechtmatigheids-categorie altijd wel een sterke link met schade gehad. Dat kwam het meest nadrukkelijk naar voren in het hiervoor al aangehaalde *Kelderluik*-arrest, waar onder meer de gerede kans op schade het niet-nemen van maatregelen onrechtmatig maakte. Maar ook in *Lindenbaum/Cohen* was het doorspelen van geheimen onrechtmatig omdat dit de belangen van Lindenbaum kon schaden.²⁷ Toen Molengraaff in 1887 betoogde dat de Hoge Raad een derde onrechtmatigheids-categorie moest omarmen, benadrukte hij ook dat het hem er niet om te doen was nieuwe exclusieve rechten in het leven te roepen; de gebroeders Jansen uit Groningen moesten net zo veel recht op die handelsnaam hebben als de gebroeders Jansen in Maastricht. Maar waar een dergelijk gebruik de ander schade zou kunnen berokkenen, zou dat wel onrechtmatig moeten zijn.²⁸

Een goed voorbeeld van de ontkoppeling tussen de gedragsnorm die ziet op het voorkomen van *potentiële schade* en de relevantie van de daadwerkelijke oorzaak voor de *geleden schade* is art. 7:658 BW aangaande werkgeversaansprakelijkheid. De werkgever heeft – kort gezegd – ex art. 7:658 lid 1 BW een zorgplicht zijn werknemers zo goed als redelijkerwijs mogelijk te beschermen tegen potentiële gevaren en bijbehorende schade. Deze zorgplicht met het oog op potentiële gevaren is in beginsel ex ante afdwingbaar ex art. 3:296 BW.²⁹ Het gebruikelijke *ex post* causaliteitsverweer van de werkgever dat de daadwerkelijk geleden schade bij de

²⁶ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier, r.o. 4.1-4.4.

²⁷ Zoals ook aangehaald in Concl. *Urgenda* onder 2.17.

²⁸ W.L.P.A. Molengraaff, 'De "oneerlijke concurrentie" voor het forum van den Nederlandschen rechter, tevens eene bijdrage tot de uitlegging van art. 1401 B.W. en van de Wet op de handels- en fabrieksmerken' *Rechtsgeleerd Magazijn* 1887, p. 412-419.

²⁹ Dat volgt uit art. 3:296 BW zelf, aangezien daar afdwinging van iedere rechtsplicht mogelijk gemaakt wordt. Voorbeelden van een vordering hiertoe werden niet gevonden. Het Hof Arnhem achtte de met art. 7:658 lid 1 BW vergelijkbare norm van art. 4:453 lid 1 BW (zorgplicht medisch hulpverlener) in beginsel mogelijk, zie: Hof Arnhem 24 mei 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ6277, r.o. 4.8.

werknemer bij naleving van de zorgplicht ook zou zijn ingetreden,³⁰ ontheft de werkgever niet van die zorgplicht. Het doet slechts de schadevergoedingsactie van de werknemer ex art. 7:658 lid 2 BW stranden wegens het ontbreken van *condicio sine qua non*-verband tussen de zorgplichtschending en de geleden schade.

De groter lijkende invloed van de factor schade bij het vaststellen van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen is wellicht ingegeven door formulering van art. 6:162 BW die op zichzelf weer voortbouwt op het oude art. 1401 oud BW. De vermenging van norm en remedie in dat artikel suggereert dat men schadevergoeding verschuldigd is waar onbetamelijk is gehandeld en dat onbetamelijk is gehandeld waardoor schade is ontstaan. Natuurlijk moest het ook toen al gaan om een onrechtmatige daad, maar door norm en remedie in één adem te noemen zijn die twee lastig te scheiden. Art. 6:162 lid 1 BW bewerkstelligt de eerste loskoppeling: schadevergoeding is verschuldigd als schade is ontstaan door schending van een rechtsplicht. Hier is duidelijker dat rechtsplichten elders in het recht kunnen worden gevonden en dat schadevergoeding een van de remedies is die bij schending kan worden ingeroepen.

Toch is dat in de praktijk niet altijd even duidelijk te zien. Omdat de meeste vorderingen gericht zijn op schadevergoeding en niet op een bevel, zijn het met name *ex post* geformuleerde ongeschreven rechtsplichten die we doorgaans zien. Vanzelfsprekend speelt de kans op de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd daarbij een grote rol. Maar in een *ex ante* context kan de betamelijkheid onzes inziens meer worden losgekoppeld van direct daaropvolgende schade. De structuur van ons aansprakelijkheidsrecht biedt daar alle ruimte toe.

Betamelijke voorzorg

Betamelijk handelen betekent heel vaak ‘onthoud je van gedrag dat anderen schade kan berokkenen’, maar soms betekent het ‘doe wat je kunt om anderen te beschermen’. Bevind je je tussenrellende hooligans? Verwijder je dan van hen. Bestaat de kans dat de kleine concentratie van een gevaarlijke stof in jouw product op den duur tot letselschade leidt? Zorg dan waar mogelijk dat dat product die stof niet bevat of breng het product in het geheel niet in het verkeer. Het gaat er in al die gevallen niet om dat jouw handelen de schade *moet* kunnen voorkomen, maar dat je het jouwe moet doen om de kans op ernstige schade te verkleinen. Die kans kan worden verkleind door jouw concrete maatregel (onrechtmatige gevaarstelling) maar ook doordat jij indirect anderen van onrechtmatig gedrag weerhoudt (groepsaansprakelijkheid).

De crux zou best weleens kunnen liggen in het spiegelbeeld van de nuance die Hijma in zijn compendium aanbrengt.

‘De enkele mogelijkheid dat een gedraging tot schade leidt, maakt die gedraging nog niet onrechtmatig. Het gevaar moet dusdanig zijn, dat betrokkene zich naar

³⁰ Onder andere HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2142, NJ 1997/198, m.nt. P.A. Stein (Pollemans/Hoondert), r.o. 3.5, onder verwijzing naar HR 22 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0191, NJ 1991/420, r.o. 3.2 laatste zin.

*maatstaven van zorgvuldigheid (maatschappelijke betamelijkheid) van dit gedrag had behoren te onthouden.*³¹

Maar misschien leert het Urgenda-arrest ons dat het tegenovergestelde ook waar kan zijn: zelfs als niet vaststaat dat deze concrete gedraging tot specifieke schade zal leiden, dan kan zij in het licht van de overige omstandigheden van het geval nog wel onbehoorlijk zijn.

Dat roept dan echter wel een volgende vraag op: wat is juridisch relevante betamelijkheid? Wie bepaalt wat betamelijk is? Vanaf welk moment wordt bijvoorbeeld de sociale norm *social distancing* in acht te nemen juridisch afdwingbaar? Zo'n deelverantwoordelijkheid is niet volledig ongekend in het Nederlandse recht. De (Europese) wetgever schept van tijd tot tijd specifieke deelverantwoordelijkheden en het aansprakelijkheidsrecht is niet onbekend met algemene deelverantwoordelijkheden. Het voorgaande suggereert dan ook dat daarvan sprake kan zijn zelf als een direct en zeker verband tussen het handelen van het individu en de schade ontbreekt. Maar het concept schade verdwijnt niet geheel uit beeld; het handelen van 'het collectief' moet namelijk wel schade kunnen veroorzaken. De bijzonderheid zit erin dat een onderdeel van een collectief – georganiseerd of niet – kan worden verplicht dat gedrag te vertonen dat ieder groepslid zou moeten vertonen.

Die verschuiving van focus moet niet worden overdreven. Voor het vinden van een ongeschreven rechtsplicht kan nog steeds worden aangesloten bij de bekende gevaarzettingscriteria uit het *Kelderluik*-arrest. De toepassing daarvan verandert echter wel enigszins. In het klassieke geval moet duidelijk zijn dat het eigen handelen of nalaten de kans op schade bij derden kan vergroten en dat maatregelen ter voorkoming van die schade mogelijk zouden zijn. In het collectieve geval moet (i) voorzienbaar zijn dat *collectief* gedrag tot schade zou kunnen leiden, (ii) dat het individuele lid een aandeel heeft in dat collectieve gedrag en (iii) dat het risico geëlimineerd kan worden doordat individuen hun gedrag aanpassen. De aanname dat goed voorbeeld goed doet volgen, doet vervolgens de plicht ontstaan.

Dat voorzienbaarheid van schade als gevolg van collectief handelen een plicht op het groepslid kan doen rusten volgt uit de groepsaansprakelijkheid van art. 6:166 BW. Zolang geen sprake is van een 'groep' in de zin van art. 6:166 BW is wel vereist dat het aangesproken lid een aandeel in het schadelijke collectieve gedrag heeft; alleen degene die een aandeel heeft kan worden aangesproken.³² Dat vereist dus (a) een zekere kennis van het gevaar dat ontstaat als het gedrag van het individu (bijv. afvallozing of gebruik van een gevaarlijke stof) ook door anderen vertoond wordt en (b) een zekere kennis van het feit *dat* anderen dat gedrag ook vertonen. Zoals gezegd, in *Urgenda* stond dat buiten kijf, maar het zal niet altijd even makkelijk kunnen worden aangetoond. Voor het gros van de gevallen van collec-

³¹ Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 289.

³² Vgl. HR 23 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5713, *NJ* 1989/743 m.nt. J.H. Nieuwenhuis en J.C. Schultz (Kalimijnen).

tieve gevaarzetting zal een wetgever beter in staat zijn het speelveld te overzien.³³ Maar daar waar kennis in de samenleving of binnen de groep bestaat, is de bodem voor die plicht wel degelijk aanwezig.

Tot slot blijft een zekere mate van effectiviteit vereist: als het risico zich van nature voordoet, hoeft daar niet tegen worden opgetreden. Maar als duidelijk is dat beëindiging van het *collectieve* gedrag wél effectief zou zijn, dan schept dat plichten voor het individu. Welke plicht dat dan precies schept blijft een open vraag – en ook hier kan de wetgever wellicht meer dan het ongeschreven recht – maar dat een plicht ontstaat staat buiten kijf. In ieder geval is het geen verweer dat eventueel door jou te nemen maatregelen het risico niet kunnen elimineren. Je hebt de plicht daartoe ook helemaal niet. Je moet het jouwe doen, en dat kan worden afgedwongen.

4. Conclusie

Het *Urgenda*-arrest stelde de Hoge Raad voor een bijzondere vraag: ‘Wat als duidelijk is dat het gedrag van een aangesproken partij samen met gedrag van anderen kan leiden tot grove schade, maar eveneens duidelijk is dat aanpassing van het gedrag door die aangesproken partij slechts minimale invloed zou hebben?’ De Hoge Raad wijst erop dat op individuen een ‘deelverantwoordelijkheid’ kan rusten. Hij kon die verantwoordelijkheid in *Urgenda* stoelen op het internationaalrechtelijke ‘no harm’-beginsel. De vraag die openbleef was of zo’n deelverantwoordelijkheid naar Nederlands recht inderdaad kan bestaan.

Een inventarisatie leert dat deelverantwoordelijkheden geschapen door de (Europese) wetgever ons recht niet vreemd zijn. Die normstelling heeft als voordeel dat een concrete norm geformuleerd kan worden op basis van een onderzoek door een instantie die het hele speelveld overziet. Kennis van het gevaar en voorzienbaarheid van het verwezenlijken van dat gevaar als gevolg van collectief gedrag zijn dan vanzelfsprekend niet meer vereist. De wetgever heeft het gedrag simpelweg verboden.

Maar dat betekent niet dat het algemene aansprakelijkheidsrecht dit soort normen niet kent. De groepsaansprakelijkheid van art. 6:166 BW schept nadrukkelijk een gedragsregel voor diegenen die kunnen voorzien dat (leden van) de groep waaraan zijn deelnemen schade zou(den) kunnen veroorzaken. En ook in een vervuilingzaak als *Kalimijnen* wordt aangenomen dat ieder beetje vervuiling al aansprakelijkheid schept. Toegegeven, de groepsaansprakelijkheid onderscheidt zich van een geval als *Urgenda* in die zin dat het ‘collectief’ in die gevallen niet als ‘groep’ in de zin van art. 6:166 BW kwalificeert en *Kalimijnen* verschilt weer in die zin dat de vervuiling in dat geval een lineair verband vertoonde, terwijl in *Urgenda* schade pas bij cumulatie waarschijnlijk werd.

Wat al deze gevallen ons echter wel leren, is dat het feit dat *jij* de schade niet direct veroorzaakt of direct kunt voorkomen je niet van alle verantwoordelijkheid ontslaat.

³³ Zie hiervoor onder ‘Betamelijke schadevoorkoming.’

Hijma schrijft dat het veroorzaken van schade pas onrechtmatig wordt als het gedrag ook onbetamelijk is. Wij suggereren dat het omgekeerde ook waar is. Ook al kun *jij* het intreden van schade niet direct voorkomen, dan nog kan het onbetamelijk zijn niets te doen. Daartoe lijkt vereist dat (i) voorzienbaar is dat *collectief* gedrag tot schade zou kunnen leiden, (ii) dat jij als individueel lid een aandeel hebt in dat collectieve gedrag en (iii) dat het risico geëlimineerd kan worden doordat individuen hun gedrag aanpassen. Als hiervan sprake is, ontstaat de plicht voor het individu maatregelen te nemen, zelfs als wordt de schade daarmee niet definitief voorkomen. Het voorkomen van schade is jouw plicht ook helemaal niet; jouw plicht bestaat erin dat je het jouwe doet. En die plicht kan in Nederland worden afgedwongen.