



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

**Over de grens van de onrechtmatige daad: een onderzoek naar de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht**

Franke, M.E.

**Citation**

Franke, M. E. (2022, January 12). *Over de grens van de onrechtmatige daad: een onderzoek naar de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*. Meijers-reeks. Boom juridisch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3249631>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3249631>

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

## 7 | Proportionaliteit en subsidiariteit

### 7.1 PROPORTIONALITEIT, SUBSIDIARITEIT EN RECHTVAARDIGING

#### 7.1.1 Inleiding

Proportionaliteit en subsidiariteit. Het begrippenpaar drukt uit dat een bevoegdheid mag worden uitgeoefend voor zover dat overeenkomt met haar doel en met toebrenging van zo min mogelijk schade. Men kan zeggen dat de begrippen deze kerngedachte uit het recht weergeven: een bevoegdheid mag alleen op een zorgvuldige wijze worden uitgeoefend.

Dat geldt voor het strafrecht allereerst op overheidsniveau. De straffende overheid treedt op om zwaarwegende belangen te beschermen.<sup>1</sup> Zij kan daarbij diep ingrijpen in het leven van de burgers. De bevoegdheid tot ingrijpen is echter niet ongelimiteerd:

‘Im Vordergrund steht (...) die *Wahrung der Menschenwürde* als Grundnorm des gesamten Wertsystems unserer Verfassung (Art. 1 I GG). Daraus folgt mit der Gewährleistung der allgemeinen Handlungsfreiheit (...) für das Strafrecht die *Beschränkung auf notwendige Eingriffe* die zur Sicherung des Zusammenlebens der Menschen in der Gemeinschaft unabdingbar sind.’<sup>2</sup>

Opgetreden mag alleen worden als het noodzakelijk is en ook niet verder dan noodzakelijk is. Daarbij geldt de eis van de ‘Verhältnismässigkeit’;<sup>3</sup> het gebruikte middel moet ook redelijk zijn in verhouding tot het beoogde doel.

Dezelfde beginselen spelen ook op een lager niveau, namelijk op dat van de burger die zich op een rechtvaardigingsgrond moet beroepen. De situatie waarin hij zich bevindt, verschilt wezenlijk van de zojuist geschetste. Daar ging het om de overheid die straf(recht) *toepast*. Wie zich op een rechtvaardig-

---

1 Voor een bespreking van de doelen van strafrecht in het algemeen zie hoofdstuk 2 (*Strafrecht en civielrecht*).

2 Jescheck & Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts* 1996, p. 26 (cursiveringen in origineel).

3 Zie Jescheck & Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts* 1996, p. 27. Zie verder over deze beginselen op het gebied van strafbaarstelling: J. de Hullu, *Zijn er grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid?* (Rede Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 16/17.

gingsgrond beroept, wil juist aan de werking van straf(recht) *ontkomen*. Hij beroept zich op een *strafuitsluitingsgrond*.<sup>4</sup>

Maar er is ook een duidelijke overeenkomst tussen beide gevallen. Wie zich op een rechtvaardigingsgrond moet beroepen, streeft, net als de straffende overheid, een legitiem doel na, variërend van zelfverdediging (noodweer) tot gehoorzaamheid aan de staat (ambtelijk bevel). Ook hij kan daarbij ingrijpen in de levenssfeer van anderen door hen schade toe te brengen. En ook zijn bevoegdheid tot handelen is niet onbegrensd. Zij is onderworpen aan dezelfde beginselen als voor de straffende overheid gelden. Deze spelen alleen in een andere context.

In het burgerlijk recht zijn de beginselen eveneens van belang bij de bepaling van de grenzen van een uit te oefenen bevoegdheid. De beginselen komen bijvoorbeeld aan de orde in de parlementaire geschiedenis van Boek 5, in de toelichting op een ontwerp van een artikel dat de bevoegdheden van de eigenaar omschrijft:<sup>5</sup>

‘Een noodtoestand rechtvaardigt (...) alleen dan een handeling, die de eigendom van een ander aantast, wanneer daardoor een plotseling dreigend ernstig nadeel voor een persoon of diens vermogen wordt voorkomen, er geen mogelijkheid bestond dit nadeel op andere wijze te voorkomen en het aan de rechthebbende toegebrachte nadeel in verhouding tot de voorkomen schade uiterst gering is.’<sup>6</sup>

Een beroep op noodtoestand ter rechtvaardiging van een eigendomsinbreuk slaagt dus alleen als het doel niet op een andere manier te bereiken was, en de toegebrachte schade relatief (zeer) gering is.

Proportionaliteit en subsidiariteit. Hun betekenis is deze. Proportionaliteit: er moet een redelijke verhouding bestaan tussen het beoogde doel en het middel dat wordt gehanteerd om dat doel te bereiken. Subsidiariteit: het gebruikte middel moet ook op zichzelf beschouwd redelijk zijn, dat wil zeggen dat er niet een beter middel voorhanden mag zijn geweest om het doel te bereiken. Een rechtvaardiging of rechtvaardigingsgrond is een bevoegdheid

4 Dit onderscheid wordt overigens niet gemaakt in *Hazewinkel-Suringa/Rommelink*. Na de bespreking van de proportionaliteit en subsidiariteit als fundamentele normen van de rechtstaat volgt een eenvoudige verwijzing naar de strafuitsluitingsgronden als toepassingsgebied van de beginselen, zie *Hazewinkel-Suringa/Rommelink* 1996, p. 66. Evenmin wordt overigens gewezen op de *overeenkomst* tussen de straffende overheid en de burger die zich op een rechtvaardigingsgrond beroept.

5 De passage waarop ik doel, is de Toelichting Meijers bij het ontwerp van artikel 5.1.3. Het artikel stelt dat de eigenaar geen gebruik door enen ander van zijn zaak hoeft te dulden, tenzij die ander bevoegd is ‘krachtens de wet, een hem toekomend recht of een rechtvaardigingsgrond’. *TM, Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 65 e.v. Juist de regeling van het meest volledige zakelijke recht dat het burgerlijk recht kent, gaf de wetsontwerper kennelijk aanleiding tot diepgaande overwegingen omtrent noodtoestand. Elders in de parlementaire geschiedenis ontbreken deze.

6 *TM, Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 66.

schade toe te brengen. Proportionaliteit en subsidiariteit geven aan op welke wijze die bevoegdheid moet worden uitgeoefend; zij begrenzen die uitoefening dus. Een succesvol beroep op een rechtvaardigingsgrond is alleen mogelijk als is gehandeld overeenkomstig de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit,<sup>7</sup> wanneer aan die eis niet is voldaan, wordt het beroep op de rechtvaardiging afgewezen.<sup>8</sup>

### 7.1.2 Onderscheiden, niet: scheiden

Hoewel beide voorwaarden op deze wijze onderscheiden worden, zijn ze in de praktijk toch niet steeds goed te scheiden.<sup>9</sup> Zo is niet altijd eenvoudig uit te maken of een beroep op een rechtvaardigingsgrond moet worden afgewezen, omdat de handeling disproportioneel of insubsidiair was. Dat zal met name het geval zijn wanneer sprake is van ernstige schade – een factor die in beide toetsen relevant is. Dan zal de handeling, gezien de ernst van de schade, eerder disproportioneel zijn, en zal ook de noodzaak om andere middelen te overwegen groter zijn, dan wanneer sprake is van een kans op slechts lichte schade.

Nog om een andere reden is het onderscheid tussen beide begrippen soms diffuus. Het is namelijk heel wel mogelijk de subsidiariteit op te vatten als een onderdeel van de proportionaliteit. Een voorbeeld daarvan is te vinden in het civielrechtelijke Uitsmijter-arrest, waarin de Hoge Raad weergeeft hoe het hof het beroep op het *proportionaliteitsbeginsel* beoordeelde. Behalve het gevaar waaraan de noodweerder (P.) en de geredde (Eren) blootstonden, is daarbij van belang:

‘de vraag of in het licht van dit een en ander en *mede gelet op de voor P. beschikbare andere mogelijkheden om het gevaar voor Eren af te wenden*, het door P. gehanteerde middel niet als onevenredig moet worden aangemerkt’ (cursivering toegevoegd).<sup>10</sup>

Getoetst wordt aan het beginsel van subsidiariteit; de conclusie betreft proportionaliteit. Het weergegeven oordeel geeft volgens de Hoge Raad niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

---

7 Bijv. HR (Strafkamer) 16 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:211, NJ 2021/130 (*Nekklem*), r.o. 3.4. Hetzelfde geldt voor het civiele recht, zie Rb. Den Haag 17 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:14249 (*Politieoptreden ADO-stadion*), waarin het handelen van de politie deels als rechtmatig wordt beoordeeld (r.o. 4.15), maar op bepaalde onderdelen niet ‘voldoet (...) aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit’ (r.o. 4.18) en op die onderdelen onrechtmatig is (r.o. 4.28).

8 HR (Strafkamer) 6 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1488, NJ 2020/385 (*Aanhoudingsvuur*), r.o. 2.3-2.5 en concl. A-G Paridaens, onder 8-20, en HR (Strafkamer) 16 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:211, NJ 2021/130 (*Nekklem*), r.o. 3.5.2.

9 Vgl. HR (Strafkamer) 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, NJ 2016/316 (*Overzichtsarrest noodweer*), r.o. 3.5.1.

10 HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, NJ 2000/9 (*Uitsmijter*), r.o. 3.3.2.

Dezelfde wijze van redeneren is te vinden in de uitspraak van het Hof Leeuwarden in de strafzaak tegen de verdachte die door ene Van der Schoot wordt bedreigd met een vork en zich verweert met een schop:

‘niet aannemelijk is geworden, dat verdachte zich aan het treffen met dien van der Schoot, toen deze op hem toe kwam lopen, niet zoude hebben kunnen onttrekken en verdachte nu hij in stede daarvan, met een schop slaande naar (...) van der Schoot, die (...) niet door het plat doch door de scherpe zijde van dien schop ernstig in het gelaat werd getroffen, niet met vrucht een beroep kan doen op het bij art. 41 Sr. bepaalde, voor welks toepasselijkheid (...) aanwezig moet zijn eene in casu niet gebleken zekere verhouding tusschen de aanranding en de daartegen gebezigde verdediging.’<sup>11</sup>

Ook in de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens wordt subsidiariteit opgevat als onderdeel van de proportionaliteit.<sup>12</sup> De verhouding tussen beide beginselen is deze:

‘The availability of alternative solutions does not in itself render the leasehold reform legislation unjustified; it constitutes one factor, along with others, relevant for determining whether the means chosen could be regarded as reasonable and suited to achieving the legitimate aim being pursued, having regard to the need to strike a “fair balance”.’<sup>13</sup>

Hoewel de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit dus samenhangen, bespreek ik ze hieronder apart, om er een zo helder mogelijk beeld van te krijgen.

### 7.1.3 De gebruikte begrippen

Tenslotte een kwestie van terminologische aard. De begrippen proportionaliteit en subsidiariteit worden ook wel in andere betekenissen gebruikt dan de hier

11 Hof Leeuwarden (Tweede Kamer) 3 mei 1934, *NJ* 1935, p. 1351. Vgl. ook Rb. Den Haag 6 augustus 2003, die overweegt: ‘Nu uit het voorgaande volgt dat er alternatieve mogelijkheden zijn, hadden dergelijke mogelijkheden aangewend kunnen worden. De gekozen weg om een verordening vast te stellen moet dan ook als disproportioneel worden aangemerkt’ (ECLI:NL:RBSGR:2003:AI0834, *KG* 2003, 196 (*Fotografeerverbod De Horsten*), r.o. 3.6).

12 Voor de kennis van de begrippen van proportionaliteit en subsidiariteit bevat de rechtspraak van het EHRM een schat aan informatie waar het gaat om overheidshandelen en grondrechten. Het gaat het bestek van dit boek helaas te buiten om hierop diep in te gaan. Naar deze jurisprudentie zal in dit hoofdstuk slechts op enkele plaatsen worden verwezen. Voor een bespreking van de beginselen in het algemeen in het EVRM zie nog: J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden: Martinus Nijhoff 2009.

13 EHRM 21 februari 1986, A. 98, ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379 (*James and Others*), par. 51.

bedoelde. Zo wordt met de term proportionaliteit in straf- en civielrecht geduid op de evenredigheidseis bij sanctieoplegging.<sup>14</sup> En met het subsidiariteitsbeginsel wordt wel bedoeld op het procedurele principe dat ‘zaken die door een lager orgaan kunnen worden verricht niet door een hoger ter hand behoren te worden genomen’,<sup>15</sup> of wordt de kern van het strafrecht als *ultimum remedium* gekarakteriseerd.<sup>16</sup> In het volgende worden de begrippen echter opgevat in de zin zoals hierboven al is aangegeven: als bepalende (inhoudelijke) factoren voor de toets van doel en middel bij de uitoefening van een bevoegdheid, zoals een rechtvaardiging(sgrond).

Proportionaliteit en subsidiariteit. Het worden wel de ‘basisvoorwaarden voor *alle* rechtvaardigingsgronden’ genoemd.<sup>17</sup> Reden voor een analyse.

## 7.2 PROPORTIONALITEIT EN RECHTVAARDIGING

### 7.2.1 Inleiding: het talio-beginsel

‘Men steke geen huis in brand om een biefstuk te bakken.’ De meest nuchtere omschrijving van de proportionaliteitseis staat ongetwijfeld op naam van R Emmelink.<sup>18</sup> Het vereiste heeft oude papieren. Al bij de private wraakoefening (oervorm van eigenrichting en voorloper van de huidige noodweerbevoegdheid)<sup>19</sup> nam men aan dat de toe te brengen schade de opgelopen schade niet te boven mocht gaan.<sup>20</sup> Er moest verder een zekere equivalentie bestaan tussen het ondergane en toe te brengen leed. Indringend is die voorwaarde verwoord in de zo’n 3.500 jaar oude mozaïsche wetten:

‘Als ook iemand aan zijn naaste een gebrek zal aangebracht hebben; gelijk als hij gedaan heeft, zo zal ook aan hem gedaan worden: Breuk voor breuk, oog voor

14 Zie bijvoorbeeld voor het strafrecht: Kelk & De Jong, *Studieboek materieel strafrecht* 2019/1.7.6 (p. 26); voor het civiele contractenrecht: T. Hartlief, ‘Subsidiariteit en proportionaliteit in het contractenrecht’, *AAe* 1997, p. 196-202 en M.M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming. De remedies voor wanprestatie in het licht van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit*, (diss.) Nijmegen, Deventer: Gouda Quint 2007; voor het verzekeringsrecht: de uitgebreide conclusie van A-G Asser voor HR 19 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1006, *NJ* 1990/780 (*Westermij BV/Zwolsche Algemeene NV*), onder 2.9. e.v.

15 Aldus Van Dale, *Groot woordenboek der Nederlandse taal*. Over subsidiariteit in deze zin: Petzold, *The Principle of Subsidiarity* 1993, p. 41 e.v.

16 Waarover bijvoorbeeld Kelk & De Jong, *Studieboek materieel strafrecht* 2019/1.3.

17 Strijjards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 48 (cursivering in origineel).

18 Hazewinkel-Suringa/R Emmelink 1996, p. 66.

19 Waarover uitgebreider in par. 3.4 (Volledige rechtvaardiging; *Noodweer*).

20 Vgl. Julius Stone over de *lex talionis* in de joodse traditie: ‘What it prescribes is that an injury is to be requited by a reciprocal injury, perhaps no less and certainly no more’, *Human Law and Human Justice*, Sydney 1968, p. 20 (cursivering in origineel).

oog, tand voor tand;<sup>21</sup> gelijk als hij een gebrek een mens zal aangebracht hebben, zo zal ook hem aangebracht worden. Wie dan enig vee verslaat, die zal het wedergeven; maar wie een mens verslaat, die zal gedood worden.<sup>22</sup>

De oudste Romeinse wetgeving kende een soortgelijke regeling. Zij was opgenomen bij de bepalingen betreffende de afkoop van wraak in geval van verwonding. Zo schrijft Gaius:

‘De boete voor onrechtmatige aantasting van de persoon bestond krachtens de Wet der Twaalf Tafelen bij blijvende beschadiging van een der ledematen in de wedervergelding.’<sup>23</sup>

Nieuw was dat de Romeinen haar voor het eerst een naam gaven: *talio*, van: talis (dergelijk/soortgelijk). Cardascia beschrijft haar als volgt:

‘Le talion est une peine qui inflige au coupable un *mal de même nature et de même gravité* que le mal causé à la victime. Il est la répétition à titre de peine, – c’est à dire qu’ il est un mal juste –, du mal commis dans l’infraction, – qui était un mal injuste.’<sup>24</sup>

Het toebrengen van gelijksoortig letsel werd gezien als een rechtvaardige wraakoefening. Deze ‘Privatrache’, is volgens Ebert de ‘früheste Form der Reaktion auf Unrecht’.<sup>25</sup> De rol van het taliobeginsel is die gerechtvaardigde wraak te begrenzen:

21 Letterlijk dezelfde teksten zijn te vinden in de Codex van Hammoerabi (rond 2250 vC). Zie par. 196, 197, 200 Cod.Ham. Vgl over het onderwerp ook Leo Polak, *De zin der vergelding* (Verz. Werken I), p. 164.

22 Leviticus 24: 19-21 (gebr. vert.: Statenvertaling). In plaats van deze tekst wordt in verband met het oog om oog-principe wel Exodus 21: 23-25 aangehaald. Het Exodusfragment betreft echter de straf voor het mishandelen van een zwangere vrouw. Afhankelijk van de gevolgen van de mishandeling kon de *echtgenoot* van de vrouw (bij een vroeggeboorte, vgl. Ex. 21:21) schadevergoeding eisen van de dader wegens de slagen die de vrouw kreeg of wegens de verhoogde kwetsbaarheid van het kind, of (bij een miskraam, vgl. Ex. 21:23) het leven van de dader. Het gaat hier dus niet om het toebrengen van hetzelfde leed, maar eerder om het vorderen van een soort vervangende schadevergoeding. Zie hierover: M. Prevost, *A propos du talion*, in: *Mélanges dédiés à la mémoire de Jaques Teneur*, Lille : Université du Droit et de la Santé 1977, p. 625.

23 Institutien Gaius. 3,223, gebr. vert.: Spruit en Bongenaar (1994).

24 Cardascia, *La place du talion* 1979, p. 170 (cursivering in origineel). De hier geschetste talio moet niet worden verward met wat in Duitsland *spiegelnde Strafe* worden genoemd; sancties die refereren aan het misdrijf, als het afhakken van de hand van de dief. Zie Cardascia, *La place du talion* 1979, p. 171. Over de verschillende typen talio uitgebreid: Ebert, *Talion und Spiegelung* 1987, p. 399-422.

25 Ebert, *Talion und Spiegelung* 1987, p. 405. Zie voor een uitgebreider bespreking van de ontwikkeling van de ‘Privatrache’: par. 3.4.1 (*Noodweer; Inleiding*).

‘Als Maß der Rache (...) bietet das Talionsprinzip sich an. (...) Die Begrenzung der Rache ist die erste historische Leistung des Talionsprinzip.’<sup>26</sup>

De gerechtvaardigde wraakoefening verengde zich tot de rechtvaardigingsgrond noodweer.<sup>27</sup> De proportionaliteitseis bleef. Zij geldt voor alle rechtvaardigingsgronden.

### 7.2.2 Doel/middel. Factoren, inleiding

Opmerkelijk genoeg ontbreekt in bijna alle strafrechtelijke handboeken een algemene behandeling van de proportionaliteits- en subsidiariteitseis. Wie iets over de vereisten wil lezen, zoek bij de besprekingen van de verschillende rechtvaardigingsgronden, maar wordt dan nog vaak teleurgesteld. Machielse zegt bijvoorbeeld over de evenredigheidseis bij noodweer, dat deze zozeer afhangt

‘van de bijzondere omstandigheden van het geval, dat de feitelijke constatering van de lagere rechter in de praktijk onaantastbaar zijn, en dat de jurisprudentie over dit onderwerp een casuïstisch beeld oproept’.<sup>28</sup>

Ook in de civielrechtelijke literatuur zoekt men tevergeefs naar een aparte bespreking van de proportionaliteitstoets bij rechtvaardigingen. In de jurisprudentie treft men haar, buiten verwijzingen naar het strafrecht, en buiten één belangrijke uitzondering,<sup>29</sup> niet aan.

Voor de beantwoording van de vraag of voldaan is aan de proportionaliteitseis kan een aantal gezichtspunten worden onderscheiden.

### 7.2.3 Doeltoets: het nagestreefde belang

Niet ieder doel heiligt de middelen. Een ongeoorloofd doel rechtvaardigt het gebruik van geen enkel middel. En niet ieder op zichzelf nobel doel mag met alle middelen worden nagestreefd.

Zo behoeft het geen betoog dat de noodrem in een trein niet mag worden gebruikt om een treinkaping uit te voeren. Evenmin geoorloofd is het aan de noodrem te trekken om eens rustig het landschap te bestuderen. Hoewel dat laatste een zeer respectabele bezigheid is, staat het in geen verhouding tot het

26 Ebert, *Talion und Spiegelung* 1987, p. 406.

27 Vgl. nogmaals par. 3.4.1.

28 Machielse, *Noodweer in het strafrecht* (diss.) 1986, p. 664.

29 Namelijk: het hierboven al genoemde Uitsmijter-arrest en de zeer uitgebreide conclusie daarvoor van A.-G. Spier (HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, NJ 2000/9 (*Uitsmijter*)). Hieruit zal ik in de volgende paragrafen verschillende malen citeren.



ertoe gebruikte middel, dat in elk geval vertraging oplevert voor de medepassagiers en wellicht gevaar meebrengt voor het overige treinverkeer.<sup>30</sup> Wie tenslotte aan de noodrem trekt, omdat hij een kind verderop op de spoorbaan ziet spelen, vindt het recht aan zijn zijde.

In proportionaliteitstermen is dat zo weer te geven: Schade toebrengen voor een niet rechtmatig doel is per definitie disproportioneel, dus onrechtmatig. Wanneer een op zichzelf rechtmatig doel wordt nagestreefd, wordt dat doel afgewogen tegen het gebruikte middel. Als dat middel 'disproportioneel' is, zal de daad om *die* reden onrechtmatig worden verklaard.

Dat geldt in het strafrecht, zoals blijkt uit de zaak betreffende de gecoupeerde paardenstaart. Volgens het hof is het een redelijk doel,

'om in verband met de hogere handelswaarde of hogere esthetische waarde van na te noemen paard diens staart te verwijderen'.<sup>31</sup>

Ontoelaatbaar is het echter dit doel na te streven met het gebruikte middel van de verdachte, die

'in zijn smederij een gedeelte van de staart (...) heeft afgehakt met een hakmes, waarna hij de daardoor ontstane bloedende wonde heeft afgebrand'.<sup>32</sup>

Voor een belangrijk doel, als het redden van iemand uit een (levens)bedreigende situatie, hoeft echter er ook het hanteren van een heel gevaarlijk middel niet onevenredig te zijn. Dat leert ook het civiele recht: zelfs het rondzwaaien met een ijzeren staaf in een menigte mensen kan een evenredig middel zijn om iemand in nood te hulp te komen.<sup>33</sup> Hoe voornamer het doel, hoe eerder aan de proportionaliteitseis is voldaan.

In verband met (de toets van) het doel kan verder relevant zijn in wiens belang is gehandeld. Een handeling puur in het eigenbelang zal een minder rechtvaardigende kracht hebben dan een altruïstische handeling, geheel gericht op het belang van een ander.

30 Hetzelfde geldt voor wie de noodrem gebruikt omdat hij allergisch is voor sigarettenrook en in de treincoupé gerookt wordt, zie HR (Strafkamer) 4 juni 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AB8793, NJ 1986/74 (*Noodrem*).

31 Hof 's-Hertogenbosch 28 september 1949, ECLI:NL:GHSHE:1949:17, NJ 1951/53 (*Couperen van paardenstaart*).

32 Hof 's-Hertogenbosch 28 september 1949, ECLI:NL:GHSHE:1949:17, NJ 1951/53. Het hof voegt er in zijn slotoverweging aan toe: 'dat het couperen van een paardenstaart het toelaatbare niet overschrijdt indien dit geschiedt na voorafgaande plaatselijke verdoving op deskundige wijze met gebruik van de daarvoor geëigende instrumenten, doch dit is in casu niet geschied'.

33 HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, NJ 2000/9 (*Uitsmijter*), r.o. 3.3.2, waar de Hoge Raad de ernst van het gevaar afweegt tegen de beschikbaarheid van andere mogelijkheden om de schade af te wenden.

#### 7.2.4 Doeltoets: de noodzaak tot ingrijpen; ernst van het gevaar

In verband met het doel van de handeling is nog van belang: de noodzaak op te treden. Deze factor hangt samen met de ernst van het gevaar dat afgewend dient te worden. Hoe ernstiger het dreigende gevaar, hoe groter de noodzaak op te treden en hoe minder snel de (schadelijke) handeling onrechtmatig zal zijn.

In de conclusie van Spier voor het Uitsmijter-arrest komt deze factor aan de orde om te rechtvaardigen dat de noodweerder een gevaarlijk wapen gebruikte:

‘Opmerking verdient nog dat Eren heeft aangevoerd dat een pistool op korte afstand op hem was gericht en dat hij met de dood werd bedreigd (...). Die omstandigheid zou het grijpen naar een gevaarlijk wapen m.i. kunnen rechtvaardigen.’<sup>34</sup>

Wanneer een groot, zeker of acuut gevaar moet worden afgewend, kan het toch in overeenstemming met de proportionaliteit zijn flinke schade toe te brengen, of daarmee te dreigen. Schade, toegebracht ter afwering van een klein, onzeker, of niet acuut gevaar zal eerder disproportioneel zijn en de daad eerder onrechtmatig.

Om terug te komen op het in de vorige paragraaf (waar het ging om het doel van de handeling op zichzelf) gegeven voorbeeld van het trekken aan de noodrem: Het afwenden van een groot, zeker gevaar voor het spelende kind gaat boven het voorkomen van een kleiner (de vertraging voor de overige reizigers) of onzeker gevaar (voor het overige treinverkeer).

#### 7.2.5 Middeltoets: schadelijkheid van het gebruikte middel

Hoe groter het nagestreefde belang, hoe zwaarder het gehanteerde middel mag zijn, zo is zojuist beschreven. Het doel van de handeling is dus geen absoluut gegeven. Het moet worden *gewogen*; het wordt afgezet tegen het middel dat is gebruikt. Dat wil zeggen: de wijze waarop het doel is bereikt en de schade die daarbij is toegebracht.

Het toebrengen van schade aan een persoon om een bepaalde zaak te redden, zal snel disproportioneel zijn, zeker als die schade mogelijk ernstig is. Uit de oudere strafrechtelijke jurisprudentie zijn voorbeelden bekend van de palingstroker die wordt blind geschoten door een tevoren opgesteld geweer,<sup>35</sup> een jongetje dat geëlectrocuteerd wordt terwijl hij fruit wil stelen,<sup>36</sup>

---

34 Conclusie voor HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, NJ 2000/9 (Uitsmijter), onder 3.27.

35 HR (Strafkamer) 25 juni 1934, ECLI:NL:HR:1934:197, NJ 1934, p. 1261 (Palingfuiken).

36 Zie *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996, p. 317, noot 2, slot.

of dieven van olieblikken die dood worden geschoten door tevoren opgestelde vuurwapens.<sup>37</sup> Hoe schadelijker het ingezette middel, hoe zwaarder de aangevoerde rechtvaardiging zal moeten zijn, dus hoe groter het te beschermen belang. De uitkomst van de toets in de zojuist genoemde casus is dan ook deze: bij het nastreven van een redelijk doel als de bescherming van zijn bezit van paling, fruit of olie mag men geen ernstig letsel toebrengen, laat staan de dood veroorzaken.

Voor het zoeken naar een antwoord op de vraag welke factoren voor het civiele recht bij de proportionaliteitstoets de schadelijkheid van het middel bepalen, wil ik onderscheiden tussen twee zaken: Een middel dat schadelijk is *op zichzelf*, of schadelijk is omdat het *tegen een bepaalde* (kwetsbare) *persoon* is ingezet.

Een middel is *schadelijk op zichzelf*, wanneer het gebruik ervan leidt of kan leiden tot ernstige schade. Hoe ernstiger de mogelijke schade, en hoe groter de kans erop, hoe eerder de handeling onrechtmatig zal zijn, en hoe gewichtiger de aan te voeren rechtvaardiging zal moeten zijn. De factoren ernst van de schade en de voorzienbaarheid ervan zijn terug te vinden in het Kelderluik-arrest.<sup>38</sup> Ze gelden daar als gezichtspunten die medebepalend zijn voor de beoordeling van de zorgvuldigheid van een handeling. Dat diezelfde factoren bepalend zijn voor de beoordeling van de wijze waarop de ingeroepen rechtvaardiging/bevoegdheid is uitgeoefend, is goed te verklaren. Geheel aan het begin van dit hoofdstuk heb ik immers gesteld dat proportionaliteit en subsidiariteit een uitdrukking zijn van de gedachte dat een bevoegdheid alleen op zorgvuldige wijze mag worden uitgeoefend. Dat de Kelderluikfactoren daarom (ook) hier de toets voor de zorgvuldigheid bieden, zal dus geen verbazing wekken.<sup>39</sup>

Ook in de conclusie van Spier voor het Uitsmijter-arrest worden overigens genoemd als bepalend voor de proportionaliteit: de kans op schade en de ernst van de schade.<sup>40</sup> In die zaak ging het om het zwaaien met een ijzeren staaf, waarmee – bij een slag – waarschijnlijk zeer ernstig letsel zou worden toegebracht:

‘Van groot belang is dan welke kans bestond dat een ander door de staaf zou worden getroffen. Naarmate die kans groter wordt, zal eerder van disproportionaliteit sprake zijn.’<sup>41</sup>

37 Hoogerechtshof Ned. Indië 14 september 1892, W. 6253.

38 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136 (Kelderluik).

39 Hierna, in par. 7.4 (*Proportionaliteit, subsidiariteit en zorgvuldigheid*), wordt het verband tussen de Kelderluiknorm en proportionaliteit en subsidiariteit nader uitgewerkt.

40 Waarbij Spier overigens niet het verband met de Kelderluiknorm legt.

41 In Conclusie, onder 3.25. Hij voegt er terecht aan toe dat de ernst van de (toe te brengen) schade en de kans daarop, moeten worden afgewogen tegen het geredde belang: ‘Daarbij is uiteraard niet zonder belang hoe ernstig het letsel was dat Eren dreigde op te lopen zonder ingrijpen’.

De schadelijkheid van een middel is verder mede afhankelijk van de vraag *tegen wie het middel wordt ingezet*. Daarmee kom ik op de tweede reden waarom een middel schadelijk kan zijn. Zo zal een klein duwtje tegen de schouder in het algemeen harder aankomen bij een broze oude dame dan bij een getrainde kickbokser. Om deze factor juridisch te plaatsen, sluit ik aan bij de artikelen 6:164-166 BW, waarin een drietal bijzondere toerekeningsregels is opgenomen. Het betreft de aansprakelijkheid van jonge kinderen (artikel 6:164); van personen met een gebrek (artikel 6:165), en de aansprakelijkheid voor handelen in groepsverband (artikel 6:166). Het gaat om de aansprakelijkheid van personen die, vergeleken met de gemiddelde dader kwetsbaarder (artikel 164 en 165) of juist sterker (artikel 166) zijn.

Nu kan men tegenwerpen dat de regeling van artikel 164-166 ziet op de *handelende*, waar ik haar wil toepassen op de *benadeelde*: het gaat immers om de vraag tegen wie het middel wordt ingezet. Maar op zichzelf is dat niet een unieke methode, zoals de verkeersaansprakelijkheid jegens jeugdige verkeersdeelnemers laat zien.<sup>42</sup> Daarnaast speelt een andere factor een rol. De toerekening van een onrechtmatige daad aan een kwetsbare handelende is discutabel, omdat het de vraag is of het billijk is een kwetsbare handelende zijn daden in gelijke mate als aan 'gewone' handelenden toe te rekenen.<sup>43</sup> Diezelfde billijkheid zal een rol spelen als het gaat om de vraag of het redelijk is dat iemand zich aan aansprakelijkheid kan onttrekken jegens een bijzonder kwetsbare benadeelde.<sup>44</sup>

Van belang voor de proportionaliteitstoets bij rechtvaardigingen zijn daarom volgens mij allereerst de leeftijd of lichamelijke gesteldheid van de betrokken personen en de mate waarin zij in staat zijn zichzelf te verweren. Zo zal men ter afwering van een aanval van een klein kind niet snel gerechtigd zijn geweld te gebruiken. En zo lijkt mij ook disproportioneel de reactie van een jonge, bewapende agent die een oudere dronken vrouw doodschiet, omdat zij hem bedreigt met een aardappelschilmesje.<sup>45</sup> Relevant zijn dus zowel de kwetsbaarheid aan de ene zijde als de kracht/macht aan de andere.<sup>46</sup>

Ten slotte kan ik mij voorstellen dat wanneer schade dreigt te worden toegebracht door een grote groep aan een enkeling, ook een héftige reactie

---

42 Voor de *slachtofferbescherming* is aansluiting gezocht bij de leeftijdsgrens van *dadens* ex artikel 6:164. Zie bijv. HR 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0253, NJ 1991/721 (*Marbeth van Uitregt*).

43 Over de discussies m.b.t. de toerekening aan personen met een geestelijke of lichamelijke tekortkoming en jonge kinderen, zie: Sieburgh, *Toerekening* (diss.) 2000, p. 172-176.

44 Ook dat toont de jurisprudentie m.b.t. aansprakelijkheid jegens jeugdigen en andere kwetsbaren in het verkeer aan, zie bijv. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/285 en 286.

45 Anders: HR (Strafkamer) 1 maart 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7537, NJ 1983/468 (*Meta Hofman*). De uitkomst in die zaak was ook in het strafrecht aanleiding tot discussie, zie daarover De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.3.8.

46 In het strafrecht kent men de *Garantenstellung*. Zie in dit verband De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.3.4 (p. 313) en V.3.5 (p. 316). Over *Garantenstellung* en politiegeweld: EHRM 12 maart 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0312JUD001628110, *EHRC* 2013/121 (*Aydan vs Turkije*).

van de eenling niet snel als disproportioneel wordt aangemerkt. Omgekeerd zal het spoedig als disproportioneel worden beschouwd als die groep zich bedreigd voelt door de enkeling en zich als afweer daarop als één man op dat individu stort. Deze factor is ook terug te vinden in de hierboven al vaker aangehaalde conclusie van Spier:

‘Het doel van P. was immers onmiskenbaar om Eren te bevrijden uit de groep vechtende mensen; een aantal hunner hield zich bezig met het slaan en schoppen van Eren (...). [Het] behoeft weinig betoog dat men, onder dergelijke omstandigheden, beducht is met blote handen het slachtoffer van dit zinloze geweld te bevrijden.’<sup>47</sup>

Tegenover een groep mag een eenling (ook) met zware middelen optreden.

### 7.2.6 Middelhoets: geschiktheid van het gebruikte middel

Het middel mag niet ernstiger zijn dan de kwaal. Daarmee stelt de proportionaliteitseis een bovengrens aan de toe te brengen schade.

Daaraan moet worden toegevoegd dat de toets tevens een ondergrens stelt. Het gebruikte middel moet op zijn minst *geschikt* zijn geweest om de kwaal te bestrijden.<sup>48</sup> Lenckner bespreekt deze eis bij de behandeling van de *Ange-messenheit* van het in noodtoestand gehanteerde middel:

‘Die erste Voraussetzung lautet: Erforderlich ist das Mittel, d.h. die Beeinträchtigung eines anderen Rechtsguts, nur, wenn es auf diese Weise möglich ist, das bedrohte Gut zu retten. Nur dann kann für die Rechtsordnung überhaupt Anlaß bestehen, den Eingriff in eine fremde Rechtssphäre zuzulassen. Andernfalls kommt eine Rechtfertigung schon deshalb nicht in Betracht, weil von dem Betroffenen kein sinnloses Opfer verlangt werden kann. Daraus ergibt sich der Grundsatz, daß die Notstandshandlung *geeignet* sein muß, die Gefahr zu beseitigen.’<sup>49</sup>

Een ongeschikt middel kan de handeling niet tot een rechtmatige maken. Een zinloos offer mag ook niet worden verlangd van de benadeelde. Lenckner geeft het volgende voorbeeld:

‘Benützt der Täter (...) bei einem Brand ein fremden Feuerlöscher, so braucht der Eigentümer dies nicht zu dulden, wenn der Gebrauch des Geräts angesichts der

---

47 Conclusie, onder 3.31.

48 De Hullu spreekt in verband met noodtoestand van het *adequatievereiste*; ‘voor een doeltreffend beroep op noodtoestand is op zijn minst vereist dat het strafbare feit een zinnige bijdrage aan het beoogde doel kan leveren’, De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.2.4.1, p. 298.

49 Lenckner, *Rechtfertigende Notstand* 1965, p. 79 (cursivering in origineel).

Größe des Brandes keinerlei Erfolg verspricht, da der Eingriff in das Eigentum hier nutzlos und damit nicht "notwendig" (...) ist.<sup>50</sup>

In de Nederlandse strafrechtelijke jurisprudentie is deze eis terug te vinden in het arrest met betrekking tot de rellen in de Nieuwmarktbuurt. Een demonstrant wilde protesteren tegen het politieoptreden bij de ontruiming van woningen bij de Nieuwmarkt. Hij gooide daarbij met stenen naar de politie. Zijn beroep op noodtoestand wordt afgewezen. Een van de redenen is dat het door hem gebruikte middel niet tot het beoogde doel (beëindiging van 'het door hem waargenomen zinloos geweld van de politie') kon leiden:

'dat zelfs indien kon worden aangenomen dat het de bedoeling van verdachte was belangen van derden te redden (...) verdachte op grond van zijn inzicht dat het plegen van geweld tegen de politie niet tot het beoogde doel zou leiden – welk inzicht blijkt uit zijn verklaring ter terechtzitting in hoger beroep dat hij wel wist dat zijn handeling slechts een futiel gebaar was – zulk een geweldpleging had moeten nalaten'.<sup>51</sup>

Wie zich beroept op een rechtvaardigingsgrond, stelt dat hij een goed doel nastreefde met een juist middel. Een 'futiel gebaar' legt geen gewicht in de schaal bij de beoordeling van de proportionaliteit van een schade toebrengende handeling.<sup>52</sup>

In de jurisprudentie van het EHRM komt men, bij de toetsing van de ingeroepen rechtvaardiging, dezelfde eis tegen, dat

'the means chosen could be regarded as reasonable and suited to achieving the legitimate aim being pursued' (cursivering toegevoegd).<sup>53</sup>

De proportionaliteitseis brengt mee dat het middel niet te zwaar mag zijn. Maar het mag bovendien niet te licht zijn om het beoogde doel te bereiken. Ook in dit opzicht is dus een evenredigheid tussen doel en middel vereist.

50 Lenckner, *Rechtfertigende Notstand* 1965, p. 79.

51 HR (Strafkamer) 14 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB4832, NJ 1977/174 (*Rellen in de Nieuwmarktbuurt I*).

52 Het geciteerde arrest geeft de ondergrens aan. Daarmee is dus niets gezegd over de vraag hoe effectief een handeling wél zou moeten zijn, zoals Van Veen terecht opmerkt in zijn annotatie bij het tweede arrest over de rellen in de Nieuwmarktbuurt (HR (Strafkamer) 14 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB4833, NJ 1977/175 (*Rellen in de Nieuwmarktbuurt II*), p. 615, l.k.

53 EHRM 21 februari 1986, Series A, no. 98, ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379 (*James and Others v. United Kingdom*), par. 51. Vgl. ook par. 51: 'A measure must be both appropriate for achieving its aim and not disproportionate thereto'.

### 7.2.7 De aard van de ingeroepen rechtvaardiging

In verband met de proportionaliteit is tot slot van belang de soort rechtvaardigingsgrond waarop een beroep wordt gedaan.

*Noodtoestand* is de situatie waarin sprake is van twee conflicterende plichten. Wie dan voor de hoogste plicht of het grootste belang kiest, gaat vrijuit. Dat is een proportionaliteitskwesitie, die inherent is aan de definitie van noodtoestand. Alleen het voornaamste doel rechtvaardigt het hanteren van een schadelijk middel. Het handelen van degene die een gelijkwaardig of een groter belang opoffert ten behoeve van het geredde, wordt niet als rechtmatig aangemerkt. De klassieke casus van de ene drenkeling die de andere van het vlot stoot dat maar één van hen beiden kan dragen, is in een eerder hoofdstuk al besproken.<sup>54</sup> De assertieve drenkeling handelt mijns inziens civielrechtelijk niet rechtmatig. Bij noodtoestand komt het aan op de precieze weging van twee belangen.

Aan *noodweer* worden wel lichtere proportionaliteitseisen gesteld; van de noodweerder wordt niet verwacht dat hij *precies* zoveel schade toebrengt als voor het beoogde doel noodzakelijk is. De verklaring daarvoor vloeit voort uit de inhoud van het noodweerbegrip zelf. De noodweerder moet snel handelen om een vaak ernstig gevaar af te wenden.<sup>55</sup> Dikwijls gaat het daarbij om het beschermen van een belang als de lichamelijke integriteit van zichzelf of van anderen.<sup>56</sup> Zowel de noodzaak tot ingrijpen als de aard van het te beschermen belang leidt ertoe dat snel is voldaan aan de proportionaliteitstoets; ook het toebrengen van ernstige schade kan gerechtvaardigd zijn om het bedreigde belang te redden.

Een andere verklaring is dat de aanvaller zelf de noodweersituatie en het risico van schade in het leven heeft geroepen. In dit opzicht verschilt de aanvaller van de van het vlot gestoten drenkeling, die niet zelf de veroorzaker van de noodsituatie was.<sup>57</sup> Dit verschil brengt mee dat tegen de aanvaller ingrijpender maatregelen gerechtvaardigd kunnen zijn dan tegen de ongelukkige mede-drenkeling.

Nog een andere verklaring voor de mildere proportionaliteitseis bij noodweer wordt gezocht in het bijzondere karakter van deze rechtvaardigingsgrond. Bij noodweer staat recht tegenover onrecht; de noodweerder wordt gezien als iemand die niet alleen zijn eigen belang behartigt, maar tevens de rechts-

---

54 In par. 3.7.3 (*De weging van de belangen: gekozen voor gelijk of geringer belang*) is uitgebreid aandacht besteed aan deze kwesitie.

55 Vgl. par. 7.2.4 (*Doeltoets: de noodzaak tot ingrijpen; ernst van het gevaar*).

56 Vgl. par. 7.2.3 (*Doeltoets: het nagestreefde belang*).

57 De reden waarom jegens de aanvaller (de veroorzaker van de noodweersituatie) minder snel onrechtmatig wordt gehandeld, is in het voorgaande hoofdstuk 6 (*Culpa in causa*) uitvoerig aan de orde geweest.

orde beschermt tegen ongeoorloofde inbreuken.<sup>58</sup> Een en ander geldt uiteraard binnen redelijke grenzen:

‘Nooit is bedoeld dat iemand die in de verte een jongen zijn appels of peeren ziet stelen, dezen zou mogen doodschieten’,

aldus de minister in het mondeling overleg over het ontwerp van artikel 41 Sr, dat de noodweerbevoegdheid regelt.<sup>59</sup>

Voor de uitvoering van een wettelijk voorschrift of ambtelijk bevel tenslotte, gelden geen bijzondere proportionaliteitseisen. Meestal wordt bij de bespreking volstaan met de opmerking dat het aangewende middel ‘redelijk en gepast’ moet zijn.<sup>60</sup> In het algemeen zullen de hierboven besproken factoren daarbij van belang zijn. Zo zal bij het inrekenen door de politie van een uiterst agressieve voortvluchtige moordenaar, gezien de ernst van het gevaar, eerder geweld gerechtvaardigd zijn dan bij het afweren van een oude vrouw die dreigt met een aardappelschilmesje.<sup>61</sup>

## 7.2.8 Conclusie

De proportionaliteitseis is een rem op ongewenst gedrag. Zij werkt naar twee kanten.

Eenzijds geeft zij een beperking met betrekking tot het na te streven doel. Niet ieder doel mag men met een schadelijke handeling trachten te bereiken. Hoe zwaarwegender het doel, hoe eerder een schade toebrenkende handeling gerechtvaardigd zal zijn. Vergelijk de omschrijving die Matscher geeft van de proportionaliteitstoets voor het EVRM:

‘the seriousness of the interference is balanced against the importance of the aim pursued by it or the extent of the danger which is to be warded off by the measure’.<sup>62</sup>

---

58 Vgl. bijv. Machielsse over de dubbele grondslag van noodweer, *Noodweer in het strafrecht* (diss.) 1986, p. 523/524.

59 *Smidt I* 1891, p. 407.

60 Zie bijv. Houben, *Artikel 42* (diss.) 1959, p. 61-63. Van Rest, *Het ambtelijk bevel* (diss.) 1991 onderscheidt nog tussen proportionaliteit en subsidiariteit bij de bevoegdheidsvraag (of de bevelgever het juiste middel heeft aangedragen ter bereiking van het beoogde doel) en bij de vraag of de bevolene ‘ter uitvoering van’ het bevel heeft gehandeld (p. 123-125).

61 Voor een dergelijke casus zie opnieuw HR (Strafkamer) 1 maart 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7537, NJ 1983/468 (*Meta Hofman*), waarin het beroep op noodweer van de agent overigens gehonoreerd werd. Op die zaak kom ik hierna nog terug, bij de bespreking van relativiteit in hoofdstuk 10, zie par. 10.3.4.2 (*Ongeoorloofde wijze van verdedigen*).

62 Matscher, *Methods of Interpretation of the Convention* 1993, p. 78.



Anderzijds stelt het proportionaliteitsvereiste een grens aan het bij de handeling gebruikte middel. Ook een respectabel doel mag niet met alle middelen worden nagestreefd. Een behoorlijk doel is, met andere woorden, geen rechtvaardiging(sgrond) op zichzelf. Of de daad gerechtvaardigd is, zal behalve van het doel afhangen van het gebruikte middel.

Met de hierboven besproken proportionaliteitseis wordt het gehanteerde middel gezien in verhouding tot het beoogde doel. Dit middel wordt echter ook op zichzelf beschouwd. Dat gebeurt met de subsidiariteitstoets, die nu aan de orde komt.

### 7.3 SUBSIDIARITEIT EN RECHTVAARDIGING

#### 7.3.1 Ter inleiding: de rover bij Justinianus

Behalve redelijk in verhouding tot het doel (proportioneel) moet het gekozen middel de minst schadelijke van de voorhanden alternatieven zijn.

‘Erforderlich ist der Eingriff in ein anderes Rechtsgut (...) nur, wenn dies der letzte Ausweg ist, dem Täter also unter mehreren gleich wirksamen Mitteln keine weniger einschneidende Maßnahme zur Verfügung steht, um die Gefahr abzuwenden (*Grundsatz des relativ mildesten Mittels*). Denn es ist selbstverständlich, daß die Erhaltung des bedrohten Guts nur mit dem geringstmöglichen Verlust erkaufte werden darf.’<sup>63</sup>

De genomen maatregel moet de minst *einschneidende* zijn geweest om het beoogde doel te bereiken. Die eis is niet nieuw. Zij was bijvoorbeeld al opgenomen in de tweede paragraaf van de *lex Aquilia*:

‘Men wordt geacht onrechtmatig gedood te hebben, indien men zonder enig recht doodt. Dus wie een rover doodt, is niet aansprakelijk, althans indien men het gevaar niet op andere wijze kon ontvluchten.’<sup>64</sup>

Een verbluffend voorbeeld van pregnante wetgeving. In twee zinnen achtereenvolgens een definitie van onrechtmatig handelen, een voorbeeld van een rechtvaardigingsgrond en een weergave van een van de vereisten voor een rechtvaardigingsgrond. De vraag dringt zich natuurlijk op *wanneer* een bepaald

63 Aldus Lenckner, *Rechtfertigende Notstand* 1965, p. 80/81.

64 *Instituten Iustinianus*. 4,3,2. Vgl. ook *Digesten* 9,2,5: ‘Ook indien iemand uit angst om gedood te worden een dief heeft gedood, lijdt het geen twijfel dat hij niet aansprakelijk is op grond van de *Lex Aquilia*. Als hij hem echter had kunnen inrekenen, maar er de voorkeur aan gaf hem te doden, is er meer voor te zeggen hem te beschouwen als iemand die onrechtmatig heeft gehandeld’.

gevaar 'op een andere wijze te ontvluchten' was dan de dader deed. Met andere woorden: wanneer kan worden gesproken van een laatste redmiddel?

### 7.3.2 Middel/andere middelen. Factoren, inleiding

Hierboven is opgemerkt dat in de strafrechtelijke literatuur niet een algemene bespreking van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit te vinden is.<sup>65</sup> Aangehaald is daar Machielse, volgens wie de proportionaliteit afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, waarbij de feitelijke constateringen van de rechter praktisch onaantastbaar zijn. Nagenoeg hetzelfde wordt door Strijards betoogd met betrekking tot subsidiariteit:

'Overigens is de vraag naar subsidiariteit een vrijwel geheel *feitelijke* kwestie. Het is iets wat in cassatie niet of nauwelijks ten toets kan komen zolang de lagere rechter zich maar begrijpelijk heeft uitgedrukt.'<sup>66</sup>

Om een goed beeld te krijgen van de essentie van subsidiariteit, is het van belang die factoren op te sporen die relevant zijn voor de beantwoording van de feitelijke vraag: had de dader anders kunnen en moeten handelen dan hij deed?<sup>67</sup>

### 7.3.3 Alternatief middel: minder schadelijk middel

Wanneer een minder schadelijk middel voorhanden is om het beoogde – en op zichzelf geoorloofde – doel te bereiken, zal dat gekozen moeten worden. Een fraai voorbeeld van een middel dat onjuist was, omdat minder gevaarlijke alternatieven onbenut bleven, biedt de strafrechtelijke casus van de ijverige seinwachter.

Een automobilist glipt onder de dalende afsluitbomen van een spoorwegovergang door. Dat is, het zal geen verbazing wekken, verboden. Op de seinwachter rust in een dergelijk geval de plicht een bekeuringsrapport op te maken. De automobilist in casu weigert echter hiervoor zijn naam op te geven. De seinwachter, kennelijk bang dat de automobilist hem zal ontsnappen voordat hij de voor het rapport benodigde gegevens heeft verzameld, laat de bomen van de overweg gesloten. Zo houdt hij de automobilist tien minuten

---

65 In par. 7.2.2 (*Doel/middel. Factoren, inleiding*).

66 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 61, met verwijzing naar HR (Strafkamer) 10 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AB4375, NJ 1975/490.

67 Volgens Strijards is het antwoord in veel gevallen wel duidelijk: 'Meestal kon de dader toch wel anders'. Zie zijn *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 60.

lang gevangen totdat de politie arriveert. Aan beide zijden van de spoorovergang staat dan inmiddels een lange file wachtenden.

De seinwachter wordt vervolgd, omdat hij in strijd met de voorschriften de overgang niet vrijmaakte en de doorgang van het verkeer belemmerde. Zijn beroep op overmacht en ambtelijk bevel (de dienstplicht om te bekeuren en eventueel politiehulp in te roepen) baat hem niet. De Hoge Raad overweegt dat:

‘de genomen maatregel niet noodzakelijk was om den naam van den onwilligen automobilist te achterhalen, waarbij, al zegt de Rechtbank dit niet met zoovele woorden, kennelijk wordt gedoeld op het daartoe gebruikelijke opnemen van nummer met letter van het betrokken motorrijtuig’.<sup>68</sup>

Een ingeroepen rechtvaardiging zal de subsidiariteitstoets niet doorstaan als het beoogde doel ook met een minder schadelijk of minder gevaarlijk middel kan worden bereikt.<sup>69</sup> Daarbij geldt: hoe ernstiger de toe te brengen schade, hoe zwaarwegender de verplichting zich op een minder schadelijk alternatief te bezinnen.

#### 7.3.4 Alternatief middel: wettig middel.

Een man neemt deel aan een demonstratie van de actiegroep ‘De lastige Zwanenburgers’. Hij rijdt, net als de andere groepsleden hinderlijk langzaam (met een snelheid van 4 à 5 km per uur) over de Rijksweg langs Schiphol. Daarmee belemmert hij de overige gang van het verkeer, wat een strafbaar feit oplevert.<sup>70</sup> De ‘lastige Zwanenburger’ beroept zich er echter op dat hij uit nood handelt. Het is zijn bedoeling te protesteren tegen de door Schiphol veroorzaakte geluidshinder. Volgens hem is ‘het demonstreren voor het opheffen van de noodtoestand waarin men in Zwanenburg verkeert gewoon een noodzaak’. De Hoge Raad ziet dat anders. Hij stelt voorop:

68 HR (Strafkamer) 9 december 1940, ECLI:NL:HR:1940:204, NJ 1941/189 (*Seinwachter*), zie ook, voor een vergelijkbare civiele casus: GiEA Aruba, no. 44 van 1960 (datum niet vermeld), NJ 1962/238 (*Politieauto dwars op de weg*).

69 Voor een civielrechtelijke toepassing van de subsidiariteit, waardoor het beroep op rechtvaardigingsgrond noodtoestand wordt verworpen: Rb. Rotterdam 29 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV8133, met zeer uitgebreide bespreking van de alternatieve uitwegen uit de noodtoestand in r.o. 2.3-2.9. Zie ook de reeds genoemde zaak GiEA Aruba, no. 44 van 1960 (datum niet vermeld), NJ 1962/238 (*Politieauto dwars op de weg*) I.v.m. de vrijheid van burgemeester tot treffen van maatregelen bij noodtoestand en plicht om minst schadelijke alternatief te kiezen: Rb. Haarlem 30 oktober 2001, ECLI:NL:RBHAA:2001:AE7923, NJ 2002/423.

70 Destijds: art. 50 lid 2 RVV 1966. Het artikel is bij de invoering van het RVV 1990 vervallen.

‘dat in de huidige Nederlandse samenleving tal van wettige middelen bestaan om bepaalde noden van de bevolking en daarmee samenhangende verlangens nopens, of gevoelens van onvrede over enig onderdeel van het overheidsbeleid onder de aandacht van de autoriteiten, de vertegenwoordigende lichamen en de publieke opinie te brengen’.

Daarna geeft de Hoge Raad het oordeel van de kantonrechter weer, zoals dat ‘kennelijk’ door de rechtbank is verstaan:

‘klaarblijkelijk tot uitdrukking heeft willen brengen dat niet aannemelijk is dat boven bedoelde wettige middelen ontoereikend waren om de autoriteiten, de vertegenwoordigende lichamen en de publieke opinie opmerkzaam te maken op de ernstige lichamelijke en geestelijke gevaren waaraan omwonenden van Schiphol door de uit het overheidsbeleid voortvloeiende toename van het gebruik van de luchthaven naar zijn mening op ontoelaatbare wijze worden blootgesteld.’<sup>71</sup>

Wie zich op een rechtvaardigingsgrond moet beroepen, heeft schade veroorzaakt om een bepaald doel te bereiken. Als dat doel ook bereikt had kunnen worden met een wettig middel, dat de dader echter ongebruikt heeft gelaten, slaagt het beroep niet. Aan de subsidiariteitseis is dan niet voldaan.<sup>72</sup>

Uit de laatste hierboven geciteerde overweging van de Hoge Raad zou men wellicht kunnen opmaken dat als het wettige middel ontoereikend zou zijn, het door de dader onbeproefd zou mogen blijven. Dat is onjuist. Een wettig middel moet worden gebruikt. Alleen in heel bijzondere gevallen kan op die regel een uitzondering worden gemaakt. Te denken valt aan zeer zwaarwegende maatschappelijke belangen, die met wettige middelen niet voldoende kunnen worden behartigd.<sup>73</sup>

---

71 HR (Strafkamer) 7 december 1971, ECLI:NL:HR:1971:AJ3856, VR 1972/25 (*Lastige Zwanenburgers*).

72 Zie verder bijv.: HR (Strafkamer) 1 november 1949, ECLI:NL:HR:1949:80, NJ 1950/121, betreffende een directeur die zijn werknemers in strijd met de wet te veel loon betaalde, zonder daarvoor eerst toestemming te vragen. En: HR (Strafkamer) 12 juni 1951, ECLI:NL:HR:1951:303, NJ 1952/6 (*Overtreding Deviezenbesluit*), betreffende verboden uitvoer van deviezen, terwijl het resultaat van de wettelijke procedure kon worden afgewacht.

73 Dan kan de toevlucht tot onwettige middelen acceptabel zijn. Zo’n uitzondering deed zich enkele decennia geleden voor in de opsporings sfeer, zie bijv.: HR (Strafkamer) 4 december 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7429, NJ 1980/356 en: HR (Strafkamer) 1 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7774, NJ 1984/586 en (i.v.m. pseudokoop) HR (Strafkamer) 24 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC8256, NJ 1990/239 en: HR (Strafkamer) 26 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:AD1367, NJ 1991/614 (*Pseudokoop van horloges*). Met de invoering van de Wet BOB (*Stb.* 1999, 245) hebben de bijzondere opsporingsbevoegdheden echter een wettelijke basis gekregen in art. 126g e.v. Sv.

### 7.3.5 Alternatief middel: mogelijkheid om te vluchten

Uit de subsidiariteitseis wordt voor het geval van noodweer wel een vluchtplicht afgeleid voor degene die onverwachts met de gevaarlijke situatie wordt geconfronteerd. De gedachte is duidelijk: wie kan vluchten voor het gevaar, vermijdt het risico dat hij schade moet toebrengen om dat gevaar af te weren. De minst schadelijke 'afweer'-methode bij nood is dus de vlucht. Wie kan vluchten, maar dat niet doet, heeft geen beroep op een rechtvaardigingsgrond. Vergelijk nog eenmaal Iustinianus:

'Dus wie een rover doodt, is niet aansprakelijk, althans indien men het gevaar niet op andere wijze kon ontvluchten.'<sup>74</sup>

Aan de subsidiariteitseis is anders niet voldaan.

Of een noodweerberoep openstaat wanneer de dader de vluchtkans onbenut liet, is een vraag die niet vatbaar is voor beantwoording in algemene zin.<sup>75</sup> In de strafrechtelijke literatuur wordt al sinds de jaren '80 van de vorige eeuw een genuanceerde benadering van de kwestie verdedigd door Machielse.<sup>76</sup> Hij stelt dat men zich in beginsel mag verdedigen, ook al was vluchten mogelijk, behoudens bijzondere omstandigheden. Daarbij denkt hij aan de niet verwijtbare aanranding of de zelf veroorzaakte aanranding.<sup>77</sup>

Uit de oudere jurisprudentie van de Strafkamer van de Hoge Raad krijgt men in het algemeen de indruk dat de Raad niet negatief tegenover het aannemen van een vluchtplicht stond.<sup>78</sup> De Hoge Raad toont in zijn meer recente jurisprudentie echter een mildere visie op de vluchtplicht/onttrekkingsmoge-

74 Instituten Iustinianus 4,3,2.

75 HR (Strafkamer), 18 juni 1957, ECLI:NL:HR:1957:222, NJ 1957/446. In zijn noot onder het arrest stelt Pompe dat de redelijkheid van de verdediging ondanks de mogelijkheid van vlucht moet worden gezien 'van het standpunt van de dader op het ogenblik der wederrechtelijke aanranding'.

76 Machielse, *Noodweer in het strafrecht* (diss.) 1986, p. 655, met een beroep op het karakter van noodweer als middel tot 'rechtsordehandhaving'. Vgl. ook *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996, p. 321/322.

77 Machielse, *Noodweer in het strafrecht* (diss.) 1986, p. 655.

78 Bijvoorbeeld: HR (Strafkamer) 15 januari 1957, ECLI:NL:HR:1957:51, NJ 1957/187; HR (Strafkamer) 9 oktober 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC1036, NJ 1980/45; Rb. Arnhem (Strafkamer) 13 december 1991, ECLI:NL:RBARN:1991:AC3348, NJ 1992/256 (*Vechtpartij bij Club Joy*). Anders bijv.: Hof Den Haag (Vierde Kamer) 3 februari 1941, ECLI:NL:GHSGR:1941:14, NJ 1941/253.

lijkheid.<sup>79</sup> Daarbij gaat het overigens steeds om verdachten die vrij plotseling werden geconfronteerd met een ernstige mate van geweld.

Een dergelijke, minder strikte benadering dan het eisen van de vlucht lijkt mij redelijk, ook voor het civiele recht. Het is waar: degene die zich in het geheel niet verweert tegen een aanval, berokkent zijn aanvaller geen schade en kiest dus de minst bezwaarlijke uitweg. Zijn handelen voldoet zeker aan de subsidiariteitseis. Toch zal niemand hier het christelijke gebod van de ene en de andere wang letterlijk willen nemen: men hoeft zich niet te laten slaan, op straffe van het verlies van zijn noodweerbevoegdheid. Zover kan men de subsidiariteitseis niet oprekken. Zij zou verworpen worden van een redelijke toets van de daden van de (te beschermen) *aangevallene* tot een vergaande bescherming van de *aanvaller*. Dit geldt ook voor de vluchtplicht. Wie wordt aangevallen, wordt *door zijn belager* in een lastig parket gebracht. Als hij daaruit niet de meest elegante (of: smadelijke) uitweg kiest, mag hij dat later niet tegengeworpen krijgen.<sup>80</sup> Met instemming citeer ik De Hullu, die zijn noot onder het strafrechtelijke Bierglas-arrest aldus besluit:

‘Redelijk handelen, met een zeker begrip voor de moeilijke situatie waarin iemand zich in zo’n dynamische noodweersituatie kan bevinden en met verrekening van het rechtsordehandhavende karakter van zijn optreden, zou voldoende moeten kunnen zijn voor uitsluiting van de strafrechtelijke aansprakelijkheid.’<sup>81</sup>

79 Zie bijv. HR (Strafkamer) 29 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0152, NJ 1997/627 (*Steken met schaar*); HR (Strafkamer) 21 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:ZD2062, NJ 2001/160 (*Bierglas*); HR (Strafkamer) 6 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3874, NJ 2010/301 (*Groep bij de bushalte*) zie ook de noot van Borgers, onder 1 en HR (Strafkamer) 25 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1035, NJ 2019/275. Uit HR (Strafkamer) 8 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:858, NJ 2014/228 en HR (Strafkamer) 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, NJ 2016/316 (*Overzichtsarrest noodweer*), r.o. 3.5.2 blijkt dat het niet gaat om de vraag of de verdediger zich kon onttrekken, maar ook of hij zich redelijkerwijs moest onttrekken. Herhaald in HR (Strafkamer) 13 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2094, NJ 2018/457, r.o. 2.3 en in HR (Strafkamer) 22 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:934.

80 In dit opzicht verschilt het hier beschreven geval van de culpa in causa situatie, waar de aangevallene in elk geval zelf heeft bijgedragen aan het ontstaan van een toestand waarin hij zich op een rechtvaardiging(sgrond) zou moeten beroepen (zie daarover verder hoofdstuk 6). Vgl. Machielse, *Noodweer in het strafrecht* (diss.) 1986, p. 653. Ik denk daarbij ook aan gevallen waarin het ‘slachtoffer’ wist dat een situatie kon ontstaan waarin hij zou worden aangevallen, maar opzettelijk niet wegliep van de plaats des onheils, bijvoorbeeld om een oude rekening te vereffenen. Dat de grens met geoorloofd niet-vluchten overigens niet altijd gemakkelijk te trekken is, toont de casus van HR (Strafkamer) 29 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0152, NJ 1997/627 (*Steken met schaar*).

81 Annotatie bij HR (Strafkamer) 21 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:ZD2062, NJ 2001/160 (*Bierglas*). Zie uitgebreider zijn bespreking van het onttrekkingsvereiste bij noodweer in zijn handboek: De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.3.4, p. 314-315.

Juist in een situatie die door de aanvaller is veroorzaakt en waarin men snel moet optreden, is er reden om het handelen van de noodweerder met mildheid te bezien.<sup>82</sup>

### 7.3.6 Alternatief middel: mogelijkheid om te wachten

Een relevante factor in verband met de toets van de subsidiariteit zal verder zijn de noodzaak om snel op te treden. Wie kans heeft minder schadelijke alternatieven voor zijn handeling te zoeken, treft een verwijt als hij die kans niet heeft benut. Duidelijk is dat wie gedwongen wordt snel te handelen, minder mogelijkheden zal hebben om rustig de minst schadelijke uitweg uit de problemen te kiezen. Aan zijn handelen zullen daarom minder zware eisen kunnen worden gesteld. Kortweg: een handeling in een acute noodsituatie is minder snel onrechtmatig dan een daad in een situatie waar de noodzaak tot snel handelen minder groot is.

In dit verband is illustratief de strafrechtelijke casus van de man die de merel van zijn buurman met loog bespoot, waarop het dier bezweek. Reden voor de daad was het feit dat de merel vanaf het begin van de morgen aanhoudend floot, waar de echtgenote van de loogspuiter ernstig hinder van ondervond; zij was hartpatiënte en 'dientengevolge zeer zenuwachtig'.<sup>83</sup> In zijn commentaar op het vonnis van de rechtbank – waarin overmacht voor de loogspuiter werd aangenomen – merkt 't Hooft mijns inziens terecht op:

'Naar onze meening had de beklagde, omdat er in dit geval sprake was van een langdurigen toestand, welke niet op een enkel bepaald oogenblik dreigend werd, en het hier een toestand betrof die langzaam doorwerkte en reeds twee jaren had bestaan, den eigenaar van de merel, nadat gebleken was, dat deze niet genegen was zijn verzoek in te willigen, kunnen aanspreken op grond van art. 1401 B.W., en voor den President van de Rechtbank in kort geding een vordering kunnen instellen (...) tot verwijdering van de merel.'<sup>84</sup>

Wellicht ten overvloede moet hierbij worden opgemerkt dat de noodzaak tot (snel) handelen op zichzelf de subsidiariteitstoets niet overbodig maakt. Als een minder schadelijke oplossing mogelijk is, *moet* deze, ook in geval van nood, gekozen worden. Na een verkeersongeluk mag iemand aan wie de rijbevoegd-

82 Dit thema kwam in het voorgaande al aan de orde, zie par. 3.11.1 (*Van buiten komende, plotselinge noodzaak op te treden, vaak buiten het eigen belang*), en zal hierna nog worden uitgewerkt, zie par. 7.7.3 (*'Margin of appreciation'*), 7.7.4 (*Terug naar de kenmerken van rechtvaardigingen*) en 10.7.2 (*Correctie-Langemeijer; Toepassing in geval van rechtvaardigingen*). Daarna i.v.m. met het oordeel over de onrechtmatigheid in par. 11.5 (*Bijzondere omstandigheden in geval van een beroep op een rechtvaardiging*) en i.v.m. het oordeel over de vergoedingsplicht in par. 12.6.2 (*Toerekening op grond van artikel 6:98*).

83 Rb. Rotterdam 18 juli 1913, ECLI:NL:RBROT:1913:4, NJ 1913, p. 1133 (*Fluitende merel*).

84 't Hooft, *Beschouwingen over noodtoestand* (diss.) 1925, p. 46.

heid is ontzegd het slachtoffer niet zelf naar het ziekenhuis rijden als er ook anderen in de gelegenheid zijn om dit te doen of als de komst van een ambulance kan worden afgewacht.

### 7.3.7 De aard van de ingeroepen rechtvaardiging

Reeds lang is vaste leer dat de subsidiariteitseis voor alle soorten rechtvaardigingsgronden geldt.<sup>85</sup> Daarbij zal uiteraard van belang zijn op welke grond een beroep wordt gedaan.

Bij noodweer en noodtoestand gaat het dikwijls om een plotselinge noodzaak om onmiddellijk in te grijpen. Dat betekent (het kwam hierboven reeds ter sprake) dat geen al te zware eisen aan het gekozen middel kunnen worden gesteld.

Tegelijkertijd is bij noodtoestand en noodweer vaak sprake van een scala van mogelijkheden om op de situatie te reageren. Daarom zal de toets van het gekozen middel hier op zichzelf van groter gewicht kunnen zijn dan wanneer het bijvoorbeeld gaat om een strikt omschreven ambtelijk bevel of wettelijke plicht. Bij deze laatste rechtvaardigingen zal het ervan afhangen hoe nauwkeurig het bevel (dan wel de plicht) is omschreven. Als een agent door zijn meerdere de straat wordt opgestuurd met het bevel: 'Los die ruzie op',<sup>86</sup> zal meer ruimte zijn voor een subsidiariteitsoordeel over de door de agent gekozen handelwijze, dan wanneer sprake is van het opvolgen van een uiterst gedetailleerde ambtsinstructie, waar de keuzevrijheid klein of afwezig is. Hetzelfde geldt voor de wettelijke plicht: hoe ruimer deze is omschreven, hoe groter de handelingsmarge en hoe meer ruimte bestaat voor de subsidiariteitstoets.

### 7.3.8 Conclusie

Onnodige schade moet worden voorkomen. Zo omschreven, blijkt dat de subsidiariteitseis in wezen niets anders is dan een (uit het civiele recht bekende) schadebeperkingsplicht.

Zij is hier besproken na de proportionaliteitseis. De gekozen volgorde is te verklaren uit de gedachte dat eerst moet worden nagegaan of voor de schadetoebrenging (het gehanteerde middel) een redelijk doel bestaat, dus na

---

85 Voor wat betreft het ambtelijk bevel en het wettelijk voorschrift: zie HR 3 mei 1915, W9820, NJ 1915, p. 813. Voor noodtoestand zie bijv. 't Hooft, *Beschouwingen over noodtoestand* (diss.) 1925, p. 46. Zie voor noodweer de eis in de Memorie van Toelichting op het oorspronkelijk ontwerp (art. 51 ORO): de noodzaak van de zelfverdediging ligt in de afweer van een actueel en 'anders niet te keeren' gevaar, *Smidt I* 1891, p. 406.

86 Het voorbeeld ontleen ik aan Van Rest, *Het ambtelijk bevel* (diss.) 1991, p. 47/124.



de proportionaliteitstoets. Immers: een nadere inspectie van het gebruikte middel heeft geen zin als de handelende niet eens de bevoegdheid had dat middel te gebruiken.<sup>87</sup>

De subsidiariteit moet daarbij niet worden gezien als losstaand van de proportionaliteit, maar in onderling verband ermee. Bij toepassing van het EVRM, bij de toetsing van wetgeving, is dat als volgt verwoord:

‘The availability of alternative solutions does not in itself render the leasehold reform legislation unjustified; it constitutes one factor, along with others, relevant for determining whether the means chosen could be regarded as reasonable and suited to achieving the legitimate aim being pursued, having regard to the need to strike a “fair balance”.’<sup>88</sup>

De aanwezigheid van alternatieven is een van de factoren bij de beoordeling van de redelijkheid en geschiktheid van het middel dat gebruikt is om het gerechtvaardigde doel te bereiken.

## 7.4 PROPORTIONALITEIT, SUBSIDIARITEIT EN ZORGVULDIGHEID

### 7.4.1 Terug naar het begin: het nachtoog

Aan het begin van dit boek is gesteld dat het denken over rechtvaardigingen van belang zou kunnen zijn voor het denken over de onrechtmatige daad in het algemeen. In navolging van Oger heb ik die benadering genoemd: ‘kijken met je nachtoog’.<sup>89</sup> Het wordt tijd deze methode toe te passen.

In het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht is het in de vorige paragrafen behandelde begrippenpaar (tenzij er grondrechten in het geding zijn,<sup>90</sup> of bij toepassing op het gebied van rechtvaardigingsgronden) een vreemde grootheid. Dat wil niet zeggen dat de *toets* van de proportionaliteit en subsidiariteit onbekend is in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Integendeel. Mijn stelling is dat zij ook hier een dagelijkse verschijning is, maar alleen

87 Overigens is die volgorde niet dwingend, zie bijvoorbeeld Machielse, die meent dat de toets van de proportionaliteit pas aan de orde komt na die van de subsidiariteit: ‘Als verdediging niet eens noodzakelijk is, of als een minder ingrijpende afweer mogelijk was met gelijk resultaat, zal art. 41 lid 1 reeds om die reden niet tot toepassing kunnen komen’, *Noodweer in het strafrecht* (diss.) 1986, p. 661.

88 EHRM 21 februari, A. 98, ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379 (*James and Others*), par. 51.

89 Par. 1.1 (*Onderwerp en benadering ervan*).

90 Zoals bij toepassing van de WGB (HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3628, NJ 2016/170); mogelijke schending van privacy (HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, NJ 2015/20 en HR 29 september 2017, ECLI:NL:HR:2015:2518, NJ 2018/306, HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3053, NJ 2018/166); in BOPZ-zaken (bijv. HR 21 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1724, NJ 2019/155).

is ingeburgerd onder een andere naam: die van de zorgvuldigheidsnorm. De proportionaliteits- en subsidiariteitseis geven tezamen, zo is de gedachte, een beschrijving van behoorlijk, zorgvuldig gedrag in het algemeen.

#### 7.4.2 Belangenafweging en gevaarzetting

In zijn bespreking van de vraag wanneer een handeling onzorgvuldig genoemd kan worden, kwam Rutten tot de volgende conclusie:

‘Van welk een verscheidenheid de aan de rechter voorgelegde gevallen ook mogen zijn en hoe uiteenlopend de omstandigheden bij soortgelijke situaties, toch zou men het merendeel der gepubliceerde uitspraken kunnen onderbrengen in twee algemene rubrieken, naargelang daarbij een *afweging van belangen*, dan wel een beoordeling van een *in leven geroepen gevaar* een rol speelt.’<sup>91</sup>

Belangenafweging en gevaarzetting. Men kan stellen dat de tweede categorie een subcategorie van de eerste is.<sup>92</sup> Dat is juist. Maar met die vaststelling mag niet uit het oog worden verloren dat voor de beide rubrieken andere factoren een rol spelen.

De standaard waaraan een *gevaarzettende handeling* wordt getoetst, is gezet in het Kelderluik-arrest. Bepalend is volgens de Hoge Raad:

‘niet alleen (...) de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid (*van anderen dan de gevaarzetter, toevoeging MF*) kan worden verwacht, maar ook op de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, op de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben, en op de mate van bezwaarlijkheid van te nemen voorzorgsmaatregelen’.<sup>93</sup>

---

91 Asser/Rutten III 1979, p. 59 (cursivering in origineel). De genoemde onderverdeling is ook nog te vinden in Asser-Rutten-Hartkamp III\* 1986/44. Zij is daarna verdwenen om bij Hartkamp plaats te maken voor de mijns inziens in dit opzicht niet verhelderende verdeling in drie categorieën, te weten: a. schending van verkeers- en veiligheidsnormen, b. normen ter bescherming tegen vermogens-, of c. ideële schade (zie Asser-Hartkamp III 1993/44-51e) en gehandhaafd tot in de laatste druk (zie Asser/Sieburgh 6-IV 2019/57-71). In dit opzicht niet verhelderend. In een ander opzicht biedt de indeling wel een bevredigende indeling van de verschillende onrechtmatigheidscategorieën. Ik kom daarop terug in paragraaf 7.7.2 (*De aard van de overtreden norm*).

92 Zo bijvoorbeeld: Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, p. 108, voetnoot 4.

93 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136 (*Kelderluik*).

Het arrest levert drie<sup>94</sup> maatstaven om vast te stellen of aan de zorgvuldigheidseis is voldaan:

1. de kans op schade;
2. de ernst van de schade;
3. de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen.<sup>95</sup>

Deze gezichtspunten gelden, zoals gezegd, vooral voor een situatie waarin sprake is van *gevaarzetting*. Voor de overige gevallen wordt vaak nog een andere factor aan het rijtje toegevoegd:

4. het doel dat met de schade toebrengende activiteit wordt nagestreefd.<sup>96</sup>

Deze laatste factor zal met name een rol spelen in situaties waarin het gaat om een *belangenafweging*.

#### 7.4.3 De strafrechtelijke beginselen opnieuw bezien

Nu de factoren zo op een rij staan, wordt de overeenkomst met de strafrechtelijke proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginselen zichtbaar.

---

94 In het arrest wordt nog een vierde criterium genoemd: de grootte van de kans dat het potentiële slachtoffer onvoorzichtig is. Mijns inziens wordt het inschatten van de kans op ongevallen (hierboven, factor 1) echter mede bepaald door de mate waarin van anderen de vereiste voorzichtigheid kan worden verwacht. Het laatste is dus geen zelfstandig criterium, maar slechts een subcategorie van het eerste. Het verdient daarom geen aparte vermelding. Anders: Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, p. 110, die eveneens tot drie criteria komt, maar de mate waarin anderen onvoorzichtig zijn, vat onder de rubriek: bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen. Dat lijkt mij niet juist. De bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen moet worden *afgewogen* tegen de kans dat derden onvoorzichtig zijn. Zij maakt er geen *onderdeel* van uit. Het samenvatten van deze factoren versluiert bovendien dat het in het ene geval (toets van de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen) gaat om een omstandigheid aan de zijde van de *handelende*, terwijl het andere geval (kans op onvoorzichtigheid van derden) ziet op een omstandigheid van de *benadeelde*. Aan het samenbrengen van de factoren kans op schade en onvoorzichtigheid van derden kleeft dat bezwaar niet, omdat het in beide gevallen gaat om een omstandigheid aan de kant van de benadeelde.

95 In deze factoren zijn, als bekend, de variabelen van de Learned Hand-formule (uit 1947) te herkennen, door Cane als volgt weergegeven: 'negligence exists where the burden of the precautions needed to avoid a risk of injury or damage occurring as a result of particular conduct is less than the product of the likely magnitude of the damage and the probability that the damage will occur', Cane, *Atiyah's Accidents* 2018, par. 2.4.2, p. 32.

96 In Nederland wees o.a. Brunner erop dat bepalend voor aansprakelijkheid is het antwoord op de vraag in wiens belang de handeling werd verricht; noot onder HR 6 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4257, NJ 1982/567 (*Bloedprik*). Door Cane wordt deze factor samengenomen met de factor van de bezwaarlijkheid van de voorzorgsmaatregelen (The Value of the Activity and the Cost of the Precautions Needed to Avoid Harm), Cane, *Atiyah's Accidents* 2018, par. 2.4.5.

Kern van de beoordeling van *gevaarzettend gedrag* is de vraag naar de bezwaarlijkheid van de te nemen voorzorgsmaatregelen. Dat is in feite een subsidiariteitskwestie. Waar het om gaat, is of een minder schadelijk middel voorhanden was om het doel te bereiken. Het zal daarbij aankomen op de mogelijkheid van het treffen van maatregelen om de schade te beperken of voorkomen. In Kelderluiktermen: de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen, gezien de kans op schade en de ernst van die schade.

Het oordeel over een mogelijk onrechtmatige *belangenafweging* gaat geheel op in de proportionaliteitstoets. Centraal staat het met de handeling beoogde doel, dat moet worden afgewogen tegen het daartoe gebruikte middel, dat wil zeggen: tegen de schade die men toebrengt om het doel te bereiken. Vergelijk ook de rechtspraak van de 'opperrechter van de belangenafweging', het EHRM, waarin de schadelijkheid van het gebruikte middel (ernst van de inbreuk) wordt afgezet tegen het nagestreefde belang en de ernst van het afgewende gevaar, door Matscher aldus omschreven:

'the seriousness of the interference is balanced against the importance of the aim pursued by it or the extent of the danger which is to be warded off by the measure'.<sup>97</sup>

Als de hierboven door mij geopperde gedachte juist is, zou dat betekenen dat de zorgvuldigheidstoets (bij gevaarzetting en belangenafweging) uiteindelijk neerkomt op een toets van de proportionaliteit en subsidiariteit. De toets aan een rij van factoren zou daarmee zijn teruggebracht tot een toets aan twee beginselen. Dat zou vereenvoudiging en dus winst betekenen. De vraag is of het denken in proportionaliteits- en subsidiariteitstermen verder iets zou kunnen bijdragen aan het denken over de onrechtmatige daad. Keren we terug naar Rutten, die aan zijn onderscheiding tussen de rubrieken belangenafweging en gevaarzetting het volgende toevoegt:

'Aan de eerstgenoemde rubriek ligt de gedachte ten grondslag, dat het leven in maatschappelijk verband noodzakelijkerwijze een botsing van belangen teweeg brengt. Men kan aan het verkeer niet deelnemen zonder daarbij voortdurend een aantal medemensen te schaden, meestal in geringe mate, soms ook ernstig. Men behoeft – gesteld dit ware mogelijk – zijn levenswandel niet zó in te richten dat daardoor een ander niet benadeeld wordt, doch wél moet men met de belangen van anderen rekening houden.

In de gevallen van de tweede rubriek wordt er van uitgegaan, dat, hoe voorzichtig hij ook te werk tracht te gaan, niemand het scheppen van gevaarlijke situaties kan voorkomen. Wederom kan hem dit, in het algemeen, niet worden verweten. Verwijtbaar en onrechtmatig wordt zijn gedraging eerst, indien zij in strijd is met de maatschappelijk betamende zorgvuldigheid.<sup>98</sup>

---

97 Matscher, *Methods of Interpretation of the Convention* 1993, p. 78.

98 Asser-Rutten III 1979, p. 59.

Prangende vraag blijft: in *hoeverre* 'moet men met de belangen van anderen rekening houden'? En: *wanneer* nemen we van gevaarzettend gedrag aan dat het 'in strijd is met de maatschappelijk betamende zorgvuldigheid'? Naar mijn mening bieden de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit goede gezichtspunten voor de beantwoording van ook deze (voor het aansprakelijkheidsrecht belangrijke) opgeworpen vragen.

## 7.5 PROPORTIONALITEIT EN ZORGVULDIGHEID

### 7.5.1 Inleiding

Uit de bespreking van de proportionaliteitseis bij rechtvaardigingen (hierboven in par. 7.2) bleek dat een redelijke verhouding moet bestaan tussen het doel dat met een bepaalde handeling is beoogd en het middel dat is gekozen om dat doel te bereiken. Mijn stelling is, als gezegd, dat het vereiste ook geldt voor het civiele recht; met name voor de gevallen waarin het gaat om een mogelijk onrechtmatige belangenafweging.

Om dat aan te tonen, zal ik eerst de invloed nagaan van het *doel* dat met de handeling in kwestie wordt nagestreefd (of: het belang dat met de schade-toebrenging wordt gediend). Als de gedachte juist is dat de onrechtmatigheid van een daad wordt bepaald door de redelijkheid van de doel/middel-verhouding, zou dat verklaren waarom, bij gelijkblijvend schaderisico, door een variatie in het doel van de handeling een ander oordeel over de eventuele onrechtmatigheid ontstaat.

Hetzelfde geldt voor de toets van het *middel*: de proportionaliteitseis brengt met zich mee dat ook een gerechtvaardigd doel niet met alle middelen mag worden nagestreefd. De onrechtmatigheid van een handeling waarmee bijvoorbeeld een geoorloofd doel wordt nagestreefd, zou worden verklaard door een gebrek in het gehanteerde middel. Daarom ga ik vervolgens na welk effect verandering van het gehanteerde middel heeft op de beoordeling van de onrechtmatigheid.

### 7.5.2 Variaties met het doel van de activiteit

#### 7.5.2.1 Uiteenzetting toets: het *Halcion*-arrest

In mijn visie komt de proportionaliteitstest overeen met dat gedeelte van de Kelderluiktoets dat geldt voor beoordeling van een gemaakte *belangenafweging*: de kans op en de ernst van de schade worden afgewogen tegen het doel dat met de handeling is beoogd. Voor het nastreven van een zwaarwegend belang is dus het nemen van meer risico op schade acceptabel dan voor het nastreven van een minder groot belang. In het *Halcion*-arrest is een goede verwoording

van deze gedachte te vinden; daarom dient het arrest als uitgangspunt voor het betoog.

Halcion is een slaapmiddel dat ernstige bijwerkingen kan hebben. De bijwerkingen variëren van onder meer ondraaglijke hoofdpijnen tot paniekaanvallen tot zelfmoordneigingen. Voor de beoordeling van de vraag of het onrechtmatig is een slaapmiddel in de handel te brengen dat dit soort bijwerkingen teweeg kan brengen, stelt het hof voorop:

‘dat geneesmiddelen – een slaapmiddel als Halcion is een geneesmiddel – onder omstandigheden gevaren voor de gebruiker kunnen opleveren zonder dat het middel als gebrekkig is te beschouwen’.<sup>99</sup>

Vervolgens geeft het hof aan welke risico’s acceptabel zijn bij een slaapmiddel:

‘De aanvaardbaarheid van de risico’s, die het in het verkeer brengen van een geneesmiddel met zich meebrengt, is afhankelijk van de ernst van de ziekte of kwaal die het bedoelt te genezen of bestrijden: hoe ernstiger de ziekte hoe meer risico er met een geneesmiddel mag worden genomen. Hieruit volgt dat bij een slaapmiddel – slapeloosheid is hoe onaangenaam ook naar verhouding geen ernstige kwaal (...) – slechts geringe risico’s toelaatbaar zijn.’<sup>100</sup>

Deze afweging wordt in cassatie overgenomen.<sup>101</sup> Hoe ernstiger de te bestrijden kwaal – dus hoe groter het belang de ziekte te smoren, hoe groter de kans op schade mag zijn. Ter bestrijding van kanker of aids zijn schadelijker middelen acceptabel dan bij de bestrijding van verkoudheid of slapeloosheid.

In het Halcion-arrest bestaat het doel van de handeling uit het bestrijden van een bepaald kwaad. Denkbaar zijn ook handelingen zonder legitiem rechtvaardigend doel. Deze zullen, wanneer daarbij aan anderen schade is toegebracht, snel onrechtmatig worden geacht. Het doel van een handeling kan ook op een andere manier relevant zijn, namelijk in verband met de vraag in wiens belang is gehandeld. Wanneer bij een schadeveroorzakende daad is gehandeld in het belang van een derde (een altruïstische daad), zal deze, gezien het doel, eerder rechtmatig worden geacht dan wanneer de schade is toegebracht alleen in het belang van de handelende. Als schade wordt veroorzaakt door een handeling waarbij zowel handelende als benadeelde belang hebben (of daar profijt van hebben of plezier aan ontleen), zal, wederom

---

99 HR 30 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:13564, NJ 1990/652 (*Halcion*), hof, r.o. 4.

100 HR 30 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:13564, NJ 1990/652 (*Halcion*), hof, r.o. 5.

101 Vgl. HR 30 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:13564, NJ 1990/652 (*Halcion*), HR r.o. 4.4.2. Het hele arrest blijft overigens in cassatie in stand. Voor de beoordeling of het slaapmiddel gebrekkig is, worden daarnaast door hof en Hoge Raad nog enkele andere omstandigheden genoemd, die hierna (bij de bespreking van subsidiariteit) ter sprake komen. Bij de beoordeling van de gebrekkigheid gaat het immers om de vraag of het product de veiligheid biedt die de consument mag verwachten; m.a.w. of hier niet sprake is van gevaarstelling door de producent. In mijn visie is dat laatste, als gezegd, een subsidiariteitskwesitie.

gezien het doel van de handeling, de daad eveneens eerder rechtmatig worden geacht. Bij een schadeveroorzakende handeling die niet is verricht in het belang van de benadeelde zal minder redenen bestaan de daad rechtmatig te achten.

Ik ga daarom nu na welke invloed het doel van de handeling precies heeft op het oordeel over de onrechtmatigheid van die handeling.<sup>102</sup> Daarbij varieert het doel van 'fout' naar 'goed'.

### 7.5.2.2 Handeling zonder rechtvaardigend doel

Wanneer een handelende schade toebrengt waarvoor hij geen rechtvaardigende redenen kan aanwijzen, is zijn handeling om die redenen disproportioneel en zal deze dus het predicaat 'onzorgvuldig' verdienen. In een van de vorige paragrafen noemde ik het voorbeeld van iemand die aan de noodrem trekt om een treinkaping uit te voeren.<sup>103</sup> Waar schade wordt toegebracht en een rechtens te respecteren doel ontbreekt, is – dus – sprake van onrechtmatigheid. Het is niet eenvoudig voorbeelden van deze categorie in de jurisprudentie te vinden.<sup>104</sup> De verklaring daarvoor is waarschijnlijk dat de onrechtmatigheid van de gedraging in zo'n geval zo evident is, dat de kwestie niet aan de rechter wordt voorgelegd. Een voorbeeld is nog te ontleen aan de jurisprudentie omtrent wilsgebreken. In een zaak waarin een man had ingestemd met een alimentatievoorstel, onder bedreiging van aangifte bij onder andere de fiscus, oordeelde het hof: De 'in het vooruitzicht gestelde aangifte is op zichzelf niet als onrechtmatig te beschouwen'. De Hoge Raad casseert:

'Bedreiging in de zin van art. 3:44 lid 2 BW kan niet alleen aanwezig zijn wanneer het toebrengen van het nadeel waarmee bedreigd wordt, op zichzelf (...) onrechtmatig is, maar ook wanneer dit toebrengen van nadeel op zichzelf niet onrechtmatig is, doch het bedreigen ermee niettemin wegens het beoogde doel dan wel wegens de wijze waarop of de omstandigheden waaronder het plaatsvindt, onrechtmatig is in de zin van art. 6:162 lid 2 BW.'<sup>105</sup>

De onrechtmatigheid van het dreigen met toebrengen van nadeel wordt hier rechtstreeks afgeleid uit de onrechtmatigheid van het nagestreefde doel.

---

102 Vgl. nogmaals Van Dam, die aan het begin van deze studie al is aangehaald. Ook Van Dam wees erop dat de aard van de gedraging een sleutelrol speelt bij de vaststelling van de waarde van de andere elementen van de zorgvuldigheidsnorm. Zie Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* 1989, p. 120.

103 Par. 7.2.3 (*Doeltoets: het nagestreefde belang*).

104 Gedacht kan worden aan vorderingen van immateriële schadevergoeding in de gevallen als bedoeld in artikel 6:106 lid 1 sub a, zoals in de zaak waarin kort voor de echtscheiding tussen man en vrouw de man hun zevenjarig kind doodt, om daarmee aan de vrouw / moeder leed toe te brengen: HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2775, NJ 2002/216 (*Oogmerk*). De onrechtmatigheid is in zulke gevallen uiteraard geen punt van discussie.

105 HR 8 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2810, NJ 1999/342 (*Echtscheidingsconvenant*).

Een andere casus waarin de onrechtmatigheid uit het ongeoorloofde doel werd afgeleid, is die van dr. Scholten's Aardappelmeelfabrieken. Ter ontduiking van de statuten waren stromannen gebruikt om te zorgen dat in een aandeelhoudersvergadering op een aan het bestuur welgevallige wijze zou worden gestemd. De op zichzelf geoorloofde gedragingen (uitgave niet-geplaatste aandelen) kunnen door het daarmee beoogde doel onrechtmatig worden, zo overwoog de Hoge Raad.<sup>106</sup>

Wanneer de handelende wél een geoorloofde reden voor zijn schade toebrengende handeling heeft, zal het oordeel anders uitvallen. Toepassing van de proportionaliteitsgedachte zal ertoe leiden dat in zo'n geval minder snel aansprakelijkheid wordt aangenomen. En die verwachting is ook juist: een schade toebrengende handeling, waarvoor de laedens zich kan beroepen op een rechtvaardigingsgrond, of waarbij de laedens handelde op grond van een andere sterke bevoegdheid, zal niet snel onzorgvuldig genoemd kunnen worden. Wanneer het rechtvaardigende doel op zichzelf niet sterk genoeg is om de handeling te rechtvaardigen (zoals bij onvolledige rechtvaardigingen),<sup>107</sup> zal naast het doel ook het gehanteerde middel in de beoordeling worden betrokken. Ik kom daarop terug bij de bespreking van het gebruikte middel.<sup>108</sup>

### 7.5.2.3 Handeling in het belang van een der partijen: eigenbelang

Wanneer een handeling plaatsvindt vooral of uitsluitend in het belang van een der partijen, zal die handeling eerder onrechtmatig zijn dan een handeling in het belang van beide partijen tezamen. Een voorbeeld van het eerste.

In het circus van Mullens wordt aan het eind van de voorstelling iemand uit het publiek uitgenodigd deel te nemen aan 'de laatste stunt', door op een ongezadelde ezel een ronde door de piste te rijden. Spekman meldt zich aan. Hem wordt te verstaan gegeven dat hij zich niet aan de oren van de ezel mag vasthouden en het dier ook niet met schoppen zijn wil mag opleggen. Tijdens de rit gaat het mis: Spekman wordt door de ezel afgeworpen en houdt aan zijn val een ernstige heupbreuk over. Het hof oordeelt dat Spekman geen vordering jegens Mullens heeft, omdat Spekman willens en wetens aan de act heeft meegewerkt. De Hoge Raad ziet het anders en betreft in zijn overwegingen uitdrukkelijk de omstandigheid dat de ezel-act diende om de circusvoorstelling van Mullens luister bij te zetten:

---

106 HR 4 januari 1963, ECLI:NL:HR:1963:AG2064, NJ 1964/434 (*Scholten/Scholten's Aardappelmeelfabrieken c.s.*), r.o. nav. eerste cassatiemiddel.

107 Deze zijn besproken in hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*). Hetzelfde geldt als een tekortschietend beroep op een volledige rechtvaardiging wordt gedaan, zoals in de situatie waarin een man aan de noodrem trekt uit protest tegen de plaatsing van kruisraketten in Woensdrecht, HR (Strafkamer) 29 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0260, NJ 1989/162 (*Noodrem-protest*).

108 In par. 7.5.3 (*Variaties met het gebruikte middel*).



‘Het gaat hier (...) om schade veroorzaakt door een dier waarvan Mullens – als circusexploitant – zich bediende om het “ter opluistering van de voorstelling” ongezadeld door onervaren lieden als Spekman te doen berijden terwijl Mullens wist dat dit “uitermate grote risico’s in zich hield”. Dan is de circusexploitant, zowel als eigenaar van het dier (...), als omdat het in strijd met de maatschappelijk betamende zorgvuldigheid is een ander aan een dergelijk gevaar bloot te stellen, voor die schade aansprakelijk.’<sup>109</sup>

Wanneer beide partijen profijt van de handeling hebben, zal het oordeel over de aansprakelijkheid anders uitvallen. Daar ga ik nu op in.

#### 7.5.2.4 Handeling in het belang van beide partijen: sport en spel; vriendendienst

De veronderstelling is gerechtvaardigd dat wanneer een schadelijke handeling wordt verricht, niet in het belang van maar één partij, maar van beide, of alle, bij de handeling betrokken partijen, de proportionaliteitseis mee zal brengen dat lichtere zorgvuldigheidseisen aan die handeling worden gesteld dan wanneer de handeling plaatsvindt uitsluitend in het belang van een der partijen. De proportionaliteitseis is, zoals ik hierboven stelde, in feite een rem op ongewenst gedrag. Voor zo’n rem zal weinig reden bestaan in het geval beide partijen profiteren van een schadelijke of risicovolle gedraging.

Hierin schuilt mijns inziens de verklaring voor de ‘normverlichting’ die wordt aangenomen in sport- en spelsituaties. In deze gevallen is het scheppen van een zeker schaderisico toegestaan.<sup>110</sup> Dat is verklaarbaar gezien het feit dat beide partijen baat hebben bij het gevaarzettende gedrag, dat wil zeggen: bij de risicovolle sport die zij beoefenen. Wanneer uit het gevaarzettende gedrag inderdaad schade voortvloeit, zal dat gedrag, gezien het belang dat ermee wordt gediend, minder snel als onrechtmatig kunnen worden gekwalificeerd.<sup>111</sup>

Dezelfde verklaring geldt mijns inziens voor de verlaagde aansprakelijkheidsnorm die van toepassing is op vriendendiensten. In de relatie tussen vrienden, of hulpvaardige bekenden, hebben beide partijen baat bij hulpvaardigheid over en weer. Om die reden zal minder aanleiding bestaan voor aansprakelijkheid in geval er schade ontstaat bij het bieden van hulp in een

109 HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0482, NJ 1989/729 (*Circusezel*), r.o. 3.3.

110 Mits men de spelregels behoorlijk in acht neemt. Zie reeds: Rb. Amsterdam 7 december 1937, ECLI:NL:RBAMS:1937:54, NJ 1939/220 (*Loopduikspel*).

111 Daarbij geldt uiteraard de eis dat de bij de handeling betrokkenen zich houden aan de regels die voor de handeling gelden (zie ook de vorige noot). Als dat niet het geval is, gaat het om een gebrek in het gehanteerde *middel* om het doel te bereiken en kan om die reden sprake zijn van onrechtmatig handelen. Zie hierna onder par. 7.5.3 (*Variaties met het gebruikte middel*). A-G Hartlief wijst nog op een ander belang dat de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel verklaart: het maatschappelijke belang van ontspanning. Conclusie A-G Hartlief voor HR 11 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:857 (PHR 2021:40), onder 5.1.

vriendenrelatie.<sup>112</sup> Door Verheij is ervoor gepleit om in geval van vrienden-diensten eenzelfde aansprakelijkheidsregime toe te passen als bij hulp aan onbekenden. Zaakwaarneming noemt hij dan ook 'vriendendienst aan onbekende'.<sup>113</sup> Ik zie echter een duidelijk verschil tussen beide. Bij echte zaakwaarneming ontbreekt tevoren de verhouding tussen de betrokken partijen, die bij vrienden wel bestaat. Voorafgaand aan het uitvoeren van een vriendendienst kunnen zelfs afspraken worden gemaakt over de uitvoering, terwijl dat bij zaakwaarneming nu juist onmogelijk is. Bij zaakwaarneming is geen sprake van de wederzijdsheid en gelijkwaardigheid die de vriendenrelatie kenmerkt. Bij hulpverlening in een zaakwaarnemingscontext is dan ook veeleer sprake van altruïsme. Dat wordt in de volgende paragraaf besproken.

Het doel van de handeling kan natuurlijk alleen ten aanzien van de bij die handeling betrokken partijen (dus deelnemers en toeschouwers) reden zijn om minder snel aansprakelijkheid aan te nemen.<sup>114</sup> Het doel heiligt het mogelijk schadelijke middel niet tegenover buitenstaanders, zoals een toevallige passant die geraakt wordt door een bal.<sup>115</sup> Immers: de passant heeft geen enkel belang bij de gevaarlijke situatie waarin hij verzeild raakt. Ten aanzien van hem ontbreekt dus het rechtvaardigende doel. Dat betekent dat de gevaarzettende handeling jegens hem onrechtmatig is – of: blijft. Daarbij ga ik er vanuit dat de passant buiten het wedstrijdterrein blijft. Wie zich op het speelterrein begeeft, kan, evenals als toeschouwers,<sup>116</sup> gevaar verwachten.<sup>117</sup>

---

112 Dat kan anders liggen als sprake is van organisatie door of regie van een der partijen (zoals in Hof Amsterdam 28 december 2010, VR 2012/75 (*Levende sjoelbak*), en Rb. Oost-Brabant 11 november 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6456, JA 2016/19, waar de benadeelde zelf de regie had), of van een zorgplichtschending (zoals in Hof Arnhem 8 september 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK2508, JA 2010/50 (*Vriendendienst met gebrekkige ladder*), en Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1701, JA 2020/111 (*Val uit kerstboom*)). Over aansprakelijkheid bij vriendendiensten zie nog 't Mannetje, *Wie goed doet, goed ontmoet?* 2015, die (op p. 217) eveneens concludeert tot een mildere norm in dit soort situaties.

113 Verheij, *Ongelukkige samenloop* 2003, p. 187-197.

114 Zie bijv.: HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1456, NJ 1992/621 (*Tennisbal*), HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2679, NJ 2003/718 (*Witmarsumer Merke*) en HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1239, NJ 2004/238 (*Midgetgolfstick*) betreffende de spelers. En betreffende de toeschouwers: Rb. 's-Hertogenbosch 8 november 1957, ECLI:NL:RBSHE:1957:2, NJ 1958/354 (*Toeschouwers bij motorwedstrijd*). Door Zwolve is in de Maatmanbundel het toeschouwersrisico beschreven, uitgaand van de casus van de tijdens het kijken naar een voetbalwedstrijd gekelde slaaf: Zwolve, *Het toeschouwersrisico* 2008, p. 15-29.

115 Zoals in Rb. Den Haag 19 december 2012, ECLI:RBSGR:2012:BZ2046 (*Passant geraakt door paintball*); de aansprakelijkheid jegens de passant was erkend door de verzekeraar van de paintball-schutter.

116 Zie nogmaals Rb. 's-Hertogenbosch 8 november 1957, ECLI:NL:RBSHE:1957:2, NJ 1958/354 (*Toeschouwers bij motorwedstrijd*); zie ook Rb. Arnhem 14 november 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU6757 (*Toeschouwer mountainbikewedstrijd*), r.o. 4.7-4.8. Tegenover toeschouwers is het handelen minder snel onrechtmatig, omdat zij anders dan toevallige passanten profijt of plezier hebben van het bijwonen van het spel.

### 7.5.2.5 Handeling in het belang van een ander: altruïsme

Ik bespreek ten slotte een geval dat het omgekeerde is van de zojuist behandelde situatie: aan een partij is met zijn toestemming, schade toegebracht voor een doel dat *buiten hemzelf* ligt. Ook hier gaat het om twee samenwerkende partijen, maar het doel van de handeling is (mede) buiten hemzelf gelegen. Nu zal, gezien het nobele doel van de handeling, in plaats van normverlichting sprake zijn van normverzwaring.

Te denken valt bijvoorbeeld aan het toebrengen van schade bij medische experimenten. In het algemeen gelden daarvoor zeer zware zorgvuldigheidseisen, die uit het doel van de handeling te verklaren zijn. Sluyters gaat uit van een risicoaansprakelijkheid, met name in gevallen waarin het niet gaat om een medisch onderzoek of medische behandeling in het belang van degene die het onderzoek of de behandeling ondergaat, zoals de proefpersoon bij een medisch experiment en de bloeddonor of levende orgaan-donor.<sup>118</sup> Wanneer het, zoals in medische experimenten, gaat om het nastreven van een ver weg gelegen, niet acuut belang, van een ander dan de proefpersoon,<sup>119</sup> waarbij mogelijk ernstige schade als letsel wordt toegebracht aan de proefpersoon,<sup>120</sup> dan brengt de proportionaliteitstoets mee dat snel onrechtmatigheid zal worden aangenomen. Tegenover een kans op – mogelijk ernstig – letsel moet immers een zware rechtvaardiging, dus een groot belang staan. In het algemeen zal het enkele abstracte belang zoals het bevorderen van de medische wetenschap daarvoor niet toereikend zijn. Hierin schuilt mijns inziens de verklaring van de wel voorgestelde ‘risicoaansprakelijkheid’ van de onderzoeker tegenover de proefpersoon van een medisch experiment en een bloed- of orgaan-donor.<sup>121</sup>

Ook in situaties van belangeloos hulpbetoon zal het altruïsme van de helper mijns inziens reden zijn de redder niet aansprakelijk te houden voor door hem

117 Deze onderscheiding naar locatie is al te vinden in de Digesten: Als zomaar ergens een partijtje speerwerpen wordt gehouden, en een slaaf is gedood, is de Lex Aquilia van toepassing. ‘Als echter op een oefenveld mensen aan het speerwerpen waren en een slaaf dit terrein overstak, vindt de Aquilia geen toepassing: hij behoorde niet op een ongeschikt moment over het oefenveld voor speerwerpen te lopen’, Digesten 9,2,9,4. Deze casus wordt ook door Zwolve besproken, die erbij terecht opmerkt dat het natuurlijk anders is als een van de spelers opzettelijk heeft geprobeerd de passant te raken (Zwolve, *Toeschouwersrisico* 2008, p. 18, voetnoot 18).

118 Sluyters, *Baliebundel* 1991, p. 96.

119 Vgl. de hierboven bij de bespreking van de proportionaliteitseis genoemde factor: ernst van het gevaar, zie par. 7.2.4 (*Doeltoets: de noodzaak tot ingrijpen; ernst van het gevaar*).

120 Vgl. par. 7.2.5 (*Middeltoets: schadelijkheid van het gebruikte middel*).

121 Zie nogmaals Sluyters, *Baliebundel* 1991, p. 96. Voor medische experimenten geldt tegenwoordig op grond van de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen (art. 7) een verzekeringsplicht voor schade veroorzaakt door het onderzoek.

aangerichte schade – mits deze proportioneel is.<sup>122</sup> En schade die de benadeelde helper zelf leed, zal om dezelfde reden voor vergoeding in aanmerking komen.<sup>123</sup>

### 7.5.2.6 Conclusie

Voor rechtvaardigingen geldt dat hoe zwaarwegender het nagestreefde doel is, hoe minder snel de handeling onrechtmatig zal zijn, zo is in het eerste deel van de proportionaliteitstoets bij rechtvaardigingen geconcludeerd.<sup>124</sup> De *aanwezigheid* van een rechtvaardigend doel bleek een van de verklarende factoren voor de rechtmatigheid van de handeling. En de handeling zal ook minder snel onrechtmatig zijn jegens degene die profiteert of mede-profiteert van die handeling.

Omgekeerd geldt dat bij onrechtmatige daden de onrechtmatigheid verklaard kan worden uit de *afwezigheid* van een rechtvaardigend doel. Ook hier geldt: een abject doel verklaart al op zichzelf de onrechtmatigheid van de handeling; hoe nobeler het doel, hoe minder snel de handeling onrechtmatig zal zijn.

## 7.5.3 Variaties met het gebruikte middel

### 7.5.3.1 Uiteenzetting toets

Als de gedachte juist is dat de proportionaliteitstoets bepalend is voor het oordeel over een mogelijk onrechtmatige belangenafweging, zou dat betekenen dat *naast* het nagestreefde doel het gehanteerde middel de factor is die bepalend is voor de onrechtmatigheid van de daad. Met andere woorden: in gevallen van onrechtmatig handelen, waarbij een op zichzelf gerechtvaardigd doel wordt nagestreefd, zou (een gebrek in) het gebruikte middel de onrechtmatigheid van de daad verklaren. Ik meen dat dit inderdaad het geval is. Een voorbeeld om de gedachten te bepalen. Greenpeace blokkeert een chloortransport van Solvay, die hierdoor schade lijdt. Ter rechtvaardiging van haar handeling beroept Greenpeace zich op het algemene (milieu)belang dat zij

---

122 Anders: Sieburgh, in het geval een voorbijganger een raam inslaat om iemand te redden uit een brandend huis. Als de geredde niet de huiseigenaar is maar een dief, handelt de redder volgens Sieburgh onrechtmatig. Aldus Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 669. In hoofdstuk 12 kom ik hierop terug in par. 12.4.2 (*Redding uit een brandend huis*).

123 Daarover Franke in annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4434, JA 2016/173, m.nt. M.E. Franke (*Hond in de lift*), onder 4. Op de grondslag van de vergoedingsplicht – waarvoor ik in mijn annotatie zaakwaarneming aanwijs – wordt nader ingegaan in hoofdstuk 12 (*Invloed op oordeel vergoedingsplicht*).

124 Zie par. 7.2.3 (*Doeltoets: het nagestreefde belang*) en 7.2.4 (*Doeltoets: de noodzaak tot ingrijpen; ernst van het gevaar*).

met de blokkade nastreeft. Volgens het hof is dit echter onvoldoende om de inbreuk op de rechten en belangen van Solvay te rechtvaardigen:

‘De enkele omstandigheid dat Greenpeace met haar acties een redelijk doel beoogt, ontslaat haar niet van de verplichting om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van anderen. Door zonder aankondiging, zonder overleg over de mogelijke consequenties, zonder ruimte te laten voor een alternatief en zonder duidelijkheid te verschaffen omtrent de duur van de actie, plotseling in te grijpen in de gang van zaken binnen het bedrijf van Solvay, heeft Greenpeace de belangen van Solvay ondergeschikt gemaakt aan het algemene (milieu)belang dat Greenpeace nastreeft. Daartoe mist Greenpeace echter het recht. Ook al werd met haar optreden een alleszins respectabel doel gediend, dan betekent dit nog niet dat dit optreden jegens Solvay, die erdoor benadeeld werd, gerechtvaardigd is te achten.’<sup>125</sup>

Wanneer een op zichzelf juist doel wordt nagestreefd, zou de eventuele onrechtmatigheid van de handeling dus te verklaren zijn uit een gebrek in het gehanteerde middel. In deze paragraaf ga ik na of deze gedachte juist is. Daarbij ga ik steeds uit van een legitiem doel, en varieert het middel dat wordt gebruikt om het doel te bereiken. De variatie verloopt ook hier van ‘fout’ naar ‘goed’.

#### 7.5.3.2 Een gevaarlijk middel

Het is hierboven al vaker gesteld: niet ieder op zichzelf nobel doel mag met alle middelen worden nagestreefd. Het doel rechtvaardigt niet elk middel. Een legitiem en belangrijk doel als het bevorderen van een vlotte doorstroming van het openbaar vervoer mag bijvoorbeeld niet met gevaarlijke middelen worden verwezenlijkt. Zo overwoog de Hoge Raad in het Bussluis-arrest:

‘Evenzeer heeft het hof met juistheid geoordeeld dat het belang van de bevordering van een vlotte doorstroming van het openbaar vervoer het scheppen van (een) voor de veiligheid van personen en zaken gevaarlijke situatie niet kan rechtvaardigen.’<sup>126</sup>

De omstandigheid dat het ingezette middel gevaarlijk is, is bepalend voor de onrechtmatigheid van de handeling. Een maatschappelijk belang als een goedlopend openbaar vervoersnet rechtvaardigt niet het scheppen van gevaarsituaties.

---

125 Rb. Amsterdam 5 april 1995, Hof Amsterdam 25 april 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AU5949, NJ 1998/179 (*Greenpeace-blokkade chloortransport*), r.o. 4.11.

126 HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, NJ 1993/547 (*Bussluis*), r.o. 3.3, slot.

### 7.5.3.3 Een anderszins schadelijk middel

Dat het gebruikte middel van belang kan zijn voor de beoordeling van onrechtmatigheid van de handeling, ligt in de zojuist beschreven casus voor de hand. Toch denk ik dat het belang van de toets van het middel dikwijls uit het oog wordt verloren. Dat gebeurt met name als het met de handeling nagestreefde doel een hoog geschat belang is. Dan wordt vaak aangenomen dat, *omdat* sprake is van het nastreven van zwaarwegende belangen, de handeling *dus* gerechtvaardigd is.<sup>127</sup> Ten onrechte. Het doel van de handeling is één aspect dat beoordeeld moet worden. Het daarvoor gebruikte middel het tweede. De proportionaliteitseis biedt dan ook een goede verklaring voor rechtspraak waarin wordt aangenomen dat een handeling, ondanks het nagestreefde belangrijke doel, toch onrechtmatig wordt geacht. In die gevallen is de onrechtmatigheid volledig te verklaren uit een gebrek in het gehanteerde middel.

Een en ander kwam ook aan de orde in hoofdstuk 4, waar als voorbeeld het Duinwaterleiding-arrest werd besproken.<sup>128</sup> De gemeente Den Haag exploiteert een sprank in de duinen, waardoor zij veel grondwater onttrekt aan de naburige weilanden van Jochems. Deze weilanden dreigen door uitdroging volkomen waardeloos te worden. Jochems moet kostbare maatregelen treffen om dat laatste te voorkomen. De gemeente weigert de kosten hiervan voor haar rekening te nemen. De Hoge Raad meent dat de exploitatie van de sprank door de gemeente 'uit oogpunt der gemeentelijke belangen volkomen gerechtvaardigd of zelfs geboden kan zijn', ook als dat schade met zich meebrengt voor een eigenaar van een naburig erf, als Jochems. Niettemin meent de Hoge Raad dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld. Reden daarvoor is de wijze waarop de gemeente haar belangen heeft nagestreefd, namelijk:

'waar zij de sprank is gaan exploiteren zonder zich de belangen van zoodanigen eigenaar aan te trekken'.<sup>129</sup>

Dát is wat de gemeente wordt aangerekend: exploitatie van de sprank, *zonder zich de belangen van anderen aan te trekken*, dus op een onjuiste wijze.

In hoofdstuk 4 is uitgebreid beschreven dat een rechtvaardiging ontoereikend kan zijn om de handeling het predicaat 'zorgvuldig' te verlenen. Nu blijkt waarom: wanneer om een nobel doel te bereiken een onjuist (schadelijk) middel is gebruikt, is de handeling disproportioneel.<sup>130</sup>

---

127 Deze idee is hierboven, in hoofdstuk 4 al besproken in verband met de onvolledige rechtvaardiging, zie par. 4.3.4 (*Bloembergen c.s.: bevoegd, dus rechtmatig*) en verworpen in par. 4.4.5 en 4.4.6 (*Het manco, bezien vanuit de rechtvaardiging* en *Het manco, bezien vanuit de normschending*).

128 Zie nogmaals par. 4.4.6 (*Het manco, bezien vanuit de normschending*).

129 HR 18 februari 1944, ECLI:NL:HR:1944:33, NJ 1944/226 (*Haagse duinwaterleiding*).

130 Vgl. nogmaals hierboven, par. 7.2.5 (*Middeltoets: schadelijkheid van het gebruikte middel*) en 7.3.3 (*Alternatief middel: minder schadelijk middel*).

### 7.5.3.4 Een onbehoorlijk middel

Ik vervolg het onderzoek met wat de standaardcasus van een onrechtmatige belangenafweging mag worden genoemd: het geval van de boosaardige neef Pos. Deze Pos troggelt zijn zesentachtigjarige tante een boerderij af in de wetenschap dat hij daarmee de koopoptie frustreert die Van den Bosch op de boerderij heeft.<sup>131</sup>

Wat Pos doet, is op zichzelf niet onrechtmatig. Hij streeft een te respecteren doel na: het behartigen van zijn eigen belangen. Hij doet dit door de koopoptie van Van den Bosch illusoir te maken. Met dit laatste hoeft op zichzelf nog niets mis te zijn. Als Pos de boerderij tot zijn verrassing zou blijken te hebben geërfd, zou het resultaat hetzelfde zijn geweest: Pos zou de boerderij ten koste van Van den Bosch hebben verkregen. Maar onrechtmatig zou het handelen van Pos dan (waarschijnlijk) niet genoemd kunnen worden. Het *verwijt* dat Pos treft, is gelegen in het middel dat hij kiest om zijn doel te bereiken: het misbruiken van het vertrouwen dat hij bij zijn tante geniet, in de volle wetenschap dat hij daarmee ernstige schade aan Van den Bosch toebrengt:

‘enerzijds de omstandigheid dat Pos de optie kende en zich bewust moet zijn geweest van het aanmerkelijk nadeel dat Van den Bosch zou lijden, indien het hem onmogelijk zou worden gemaakt daarvan gebruik te maken, anderzijds de bijzondere vertrouwenspositie die Pos ten opzichte van de 86-jarige N. Brouwer innam en de invloed die hij op haar kon uitoefenen’.<sup>132</sup>

Hier is sprake van een wanverhouding tussen het beoogde doel en het gekozen middel. Het handelen van Pos voldoet met andere woorden niet aan de eisen van proportionaliteit.

Dit is ook de kern van het verwijt dat de Zutphense juffrouw treft.<sup>133</sup> Zij heeft net als ieder ander recht op ongestoorde nachtrust. Maar als de verwezenlijking van dat recht op zeker moment alleen mogelijk is ten koste van enorme schade aan een ander,<sup>134</sup> is sprake van een wanverhouding tussen doel en middel. Uitoefening van een recht dat men in principe heeft, wordt onrechtmatig wanneer men daartoe een te grof middel aanwendt. Van dezelfde categorie is het verwijt dat gemaakt werd aan Cohen, de drukker die zijn concurrentiepositie trachtte te verbeteren. Dit is een volstrekt legitiem doel,

131 HR 17 november 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4789, NJ 1968/42 (*Pos/Van den Bosch*).

132 HR 17 november 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4789, NJ 1968/42 (*Pos/Van den Bosch*).

133 HR 10 juni 1910, W. 9038 (*Zutphense juffrouw*). In het arrest oordeelde de Hoge Raad overigens nog dat niet onrechtmatig was gehandeld, nu geen sprake was van schending van een wettelijke plicht en de passieve houding van de vrouw volgens de Hoge Raad ‘geen door haar ondernomen inbreuk’ op de rechten van de leerhandelaar zijn. Het arrest dateert van 1910, dus 9 jaar voor het baanbrekende *Lindenbaum/Cohen* (HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, NJ 1919, p. 161).

134 De leervoorraad in het onder haar woning gelegen pakhuis ging verloren, doordat de Zutphense weigerde waterleiding af te sluiten.

dat echter niet mocht worden nagestreefd met een ongeoorloofd middel, als het omkopen van personeel van de concurrent.<sup>135</sup> De onrechtmatigheid van het gedrag van Cohen is gelegen in de disproportionaliteit tussen het doel van zijn gedrag en het daartoe gehanteerde middel.

Daarbij is kenmerkend voor zowel Pos, als de Zutphense juffrouw, als Cohen, dat zij allen uitsluitend hun eigen belang nastreven. Dat betekent dat aan de zijde van de doeltroef (in wezen: de rechtvaardiging van het gedrag) weinig in hun voordeel spreekt. Dat hoeft op zichzelf niet erg (of: onrechtmatig) te zijn. Als aan de andere kant echter sprake is van het hanteren van een onbehoorlijk middel om het doel te realiseren, slaat het oordeel over de handeling spoedig om naar: 'onrechtmatig'.

#### 7.5.3.5 Een juist middel, onjuist toegepast: wederom sport en spel

Een handeling die op zichzelf rechtmatig is, kan onrechtmatig worden, wanneer zij op een onjuiste, gevaarlijke, wijze wordt uitgevoerd.

Hierboven is betoogd waarom in sport- en spelsituaties lagere zorgvuldigheidsnormen gelden dan gewoonlijk: spelers nemen voor hun eigen plezier, in hun eigen belang, deel aan het spel. Daardoor hebben deelnemers aan sport en spel 'tot op zekere hoogte gevaarlijke gedragingen waartoe het spel uitlokt over en weer te verwachten', aldus de Hoge Raad in het Natrap-arrest.<sup>136</sup> Het enkele feit dat daarbij spelregels worden overtreden, maakt een spelhandeling niet onrechtmatig.<sup>137</sup> Deelnemers kunnen overtredingen immers van elkaar verwachten.

Wél onrechtmatig zijn disproportionele overtredingen. Dat wil zeggen: overtredingen van zodanige aard – met name: met kans op zodanige schade, dat ze niet meer in de normale lijn der verwachtingen liggen, of die in strijd met de spelregels zijn. Denk aan een karatetrap bij voetbal,<sup>138</sup> schieten in de pauze van de jacht,<sup>139</sup> of het uitvoeren van een gevaarlijke handeling nadat de wedstrijd is gestaakt.<sup>140</sup> Dat een handeling in het laatste geval tot aansprakelijkheid leidt, is al in de Digesten beschreven voor worstelwedstrijden:

135 HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, NJ 1919, p. 161, m.nt. Meijers in WPNR 1919/2564, p. 66 (Lindenbaum/Cohen).

136 HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, NJ 1992/622 (Natrappen), r.o. 3.3. Zie over de normverlaging bij sport en spel hierboven, par. 7.5.2.4 (Handeling in het belang van beide partijen: sport en spel; vriendendienst).

137 Zie nogmaals HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, NJ 1992/622 (Natrappen), r.o. 3.3, midden.

138 Rb. Zwolle 26 november 1986, ECLI:NL:RBZWO:1986:AJ5424, VR 1988/44.

139 Rb. Breda 8 maart 1966, ECLI:NL:RBBRE:1966:AC0236, NJ 1967/145. Zoals bekend, hoeft het slaan van een tennisbal in de pauze van het spel niet onrechtmatig te zijn (HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1456, NJ 1992/621 (Tennisbal)). De verklaring van dat verschil schuilt mijns inziens in de gevaarlijkheid van de handeling op zichzelf. Hoe gevaarlijker, hoe eerder disproportioneel, dus onrechtmatig.

140 HR 11 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1533, NJ 1996/376 (Judoworp).



‘Natuurlijk moet, als iemand een ander verwond heeft die de strijd al gestaakt heeft, de actie op grond van de Lex Aquilia wel toegepast worden.’<sup>141</sup>

De onrechtmatigheid van de handeling is in deze gevallen te verklaren uit een gebrek dat kleeft aan het gehanteerde middel. Een handeling is *te* gevaarlijk binnen de context van het spel, of is te gevaarlijk omdat zij op een verkeerd moment wordt uitgevoerd.

#### 7.5.3.6 Conclusie met betrekking tot het gebruikte middel

De onbehoorlijkheid of schadelijkheid van het gehanteerde middel is een belangrijke verklaring voor de onrechtmatigheid van een gemaakte belangenafweging. Wanneer de handelende een op zichzelf respectabel doel heeft nagestreefd met de daad, kan deze daad toch onrechtmatig zijn, als een gebrek kleeft aan het gehanteerde middel. Hoe ernstiger de eventuele schade, hoe sneller de handeling onrechtmatig zal zijn, of hoe sterker de aangevoerde rechtvaardiging dient te zijn.

Aan het einde van deze paragraaf over proportionaliteit en zorgvuldigheid besteed ik ten slotte aandacht aan een bijzondere rechtsfiguur: misbruik van bevoegdheid. Hierin komen de beide aspecten van de proportionaliteitstoets (doel en middel) duidelijk naar voren.

#### 7.5.4 Tot slot: gebrek in doel of middel: misbruik van bevoegdheid

Een wettelijke toepassing van de gedachte dat het onjuiste doel, of een gebrek in het gehanteerde middel de onrechtmatigheid van een handeling bepaalt, is te vinden in artikel 3:13. Het artikel geeft een regeling voor misbruik van bevoegdheid.

Een bevoegdheid impliceert het recht een bepaalde handeling te verrichten. Die handeling is – gezien de bevoegdheid – een rechtmatige handeling. Zij wordt echter als onrechtmatig gekwalificeerd, wanneer de bevoegdheid wordt *misbruikt*. Van misbruik is sprake als een gebrek kleeft aan het doel waartoe men de bevoegdheid uitoefent, of aan het middel dat men gebruikt om het doel te bereiken. Van beide categorieën geeft artikel 3:13 voorbeelden in lid 2.

Een bevoegdheid wordt misbruikt, wanneer zij wordt uitgeoefend met geen ander doel dan een ander te schaden, of met een ander doel dan waartoe zij is verleend. De handeling wordt dan – ondanks de bevoegdheid ertoe – onrechtmatig vanwege het doel dat ermee is beoogd.

Een bevoegdheid kan ook worden misbruikt, als er disproportionaliteit bestaat tussen het doel van de handeling en het daarbij gebruikte middel. In de termen van artikel 3:13 lid 2, slot, wordt een bevoegdheid misbruikt, ‘in

---

141 Digesten 9,2,7,4.

geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen’.

### 7.5.5 Conclusie met betrekking tot proportionaliteit

De proportionaliteitstoets biedt een verklaring voor die gevallen van onzorgvuldig handelen, waarin sprake is van een mogelijk onjuiste belangenafweging.

Hij verklaart waaróm in bepaalde situaties (die nu in de leerboeken algemeen worden aangeduid als ‘bijzondere toepassingen’ van de zorgvuldigheidsnorm)<sup>142</sup> lichtere zorgvuldigheidsnormen gelden dan in andere: dat vloeit voort uit het *doel* van de handeling.<sup>143</sup>

Hij verklaart bovendien waarom in gevallen waarin een op zichzelf respectabel belang is nagestreefd, toch schadevergoeding moet worden betaald, en waarom de grondslag van de vergoedingsplicht *onrechtmatige daad* is: dat vloeit voort uit het feit dat een gebrekkig *middel* is gehanteerd om het doel te bereiken.<sup>144</sup> Dat strookt met de in hoofdstuk 4 genoemde grondslag van schadevergoeding bij onvolledige rechtvaardigingen, en de verwerping aldaar van de gedachte dat een respectabel doel op zichzelf zou meebrengen dat de handeling als rechtmatig moet worden aangemerkt.<sup>145</sup>

Van schadevergoeding bij rechtmatige daad is alleen sprake indien een geoorloofd doel wordt nagestreefd met het juiste middel.

## 7.6 SUBSIDIARITEIT EN ZORGVULDIGHEID

### 7.6.1 Vooraf: subsidiariteit, heuristiek en legitimatie

Aan de rechter wordt een beoordeling gevraagd van de handeling zoals die door de dader is verricht. Het lijkt dan niet erg zinvol allerlei minder schadelijke alternatieven voor de handeling na te gaan. Deze zijn immers niet aan de orde geweest; zij worden niet ter toetsing voorgelegd. Men zou dus kunnen denken dat voor een aparte subsidiariteitstoets weinig ruimte bestaat in het civiele recht.

---

142 Lindenbergh in: *Verbindenissen uit de wet en Schadevergoeding* 2018/48 spreekt van ‘contextgebonden gedragsnormen’. Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020, hoofdstuk 8, onderscheidt in dit verband enkele ‘bijzondere rechtsverhoudingen’.

143 Zie par. 7.5.2 (*Variaties met het doel van de activiteit*). Vgl. par. 7.2.3 (*Doeltoets: het nagestreefde belang*) en 7.2.4 (*Doeltoets: de noodzaak tot ingrijpen; ernst van het gevaar*).

144 Zie par. 7.5.3 (*Variaties met het gebruikte middel*). Vgl. par. 7.2.5 (*Middeltoets: schadelijkheid van het gebruikte middel*) en 7.2.6 (*Middeltoets: geschiktheid van het gebruikte middel*).

145 Zie hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*) en de slotsom in par. 4.4.7 (*Conclusie*).

Toch denk ik dat de subsidiariteitstoets een goed hulpmiddel kan zijn bij het beoordelen van de mogelijke onzorgvuldigheid van een bepaalde handeling. Ik meen zelfs dat deze toets precies weergeeft hoe men dikwijls te werk gaat bij het vormen van een dergelijk oordeel. Voor die opvatting heb ik twee gronden.

De eerste ligt op het terrein van de heuristiek. Wanneer men de onzorgvuldigheid van een bepaalde handeling wil onderzoeken, zal men op zoek gaan naar het gedrag van een 'maatman': de zorgvuldige persoon. De vraag die uiteindelijk beantwoord moet worden is: hoe zou de zorgvuldige persoon in de onderhavige situatie hebben gehandeld?<sup>146</sup>

De tweede reden waarom ik denk dat de subsidiariteitstoets ook in het civiele recht een belangrijke rol speelt, is gelegen op het gebied van de legitimatie. Juist bij een handeling die getoetst wordt aan een diffuse norm als de maatschappelijke zorgvuldigheid, waar de rechter niet kan volstaan met een verwijzing naar een door de dader gepleegde rechtsinbreuk of wetschending, zal het van belang zijn aan te geven *waarom* het handelen van de dader in casu als onzorgvuldig wordt aangemerkt. Een overtuigend argument daarbij is het wijzen op minder schadelijke alternatieven voor het gedrag van de dader.

### 7.6.2 Een standaardcasus: de Meppelse ree

Een goed voorbeeld van het gebruik van de subsidiariteit bij de legitimering van het rechterlijk oordeel biedt het Meppelse ree-arrest. Daarin gaat het om de beoordeling van het gedrag van een automobilist, Vos, die plotseling wordt geconfronteerd met een voor zijn auto overstekende ree. In een reflex om het dier te ontwijken, stuurt Vos naar links en belandt daarmee op de linker weghelft. Hij botst daar frontaal op een tegenligger: Lanting. Deze Lanting spreekt de verzekeraar van Vos (D.L.G.) aan tot vergoeding van zijn schade. Rechtbank en hof menen dat de achteraf gezien onjuiste en fatale reactie van Vos niet onbegrijpelijk is en Vos niet als schuld aan te rekenen is. De Hoge Raad heeft een andere visie:

'Uit de bestreden uitspraak, noch uit de overige stukken van het geding blijkt dat D.L.G. heeft aangevoerd dat een andere, voor het overige verkeer minder gevaarlijke reactie (...) niet mogelijk was en blijkens zijn oordeel dat sprake was van "error in extremis aan de zijde van Vos" moet het Hof ervan zijn uitgegaan dat een dergelijke reactie mogelijk was geweest. Voorts is van belang dat Vos zijn gevaarlij-

---

146 Hierover uitgebreider in hoofdstuk 1 (*Begripsbepaling*), bij de bespreking van de verschillende typen rechtmatige daden, m.n. par. 1.4.2 (*Type 1: geen schade; juiste belangenafweging. De rechtmatige daad*). Volgens Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020, 202-1, wordt de vergelijking met de redelijk handelende persoon vooral gemaakt op het gebied van de beroepsaansprakelijkheid. Over verschillende aspecten van 'De maatman in het burgerlijk recht' zie verder nog *Maatmanbundel* 2008.

ke manoeuvre maakte kort nadat hij het gevarenbord nr. 88 was gepasseerd, welk bord hem ertoe verplichtte zich in te stellen op de mogelijkheid dat hij plotseling met vlak voor zijn auto overstekend groot wild zou worden geconfronteerd. Onder deze omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat Vos van zijn wijze van rijden – hoezeer zijn reactie op de plotseling kritieke situatie menselijkerwijs ook begrijpelijk moge zijn – rechtens geen enkel verwijt valt te maken.<sup>147</sup>

De Hoge Raad acht het gedrag van Vos onder de maat. Hij legt ook uit waarom: ‘een andere, voor het overige verkeer minder gevaarlijke, reactie’ was mogelijk. Om duidelijk te maken dat het in concreto ook redelijk is deze ‘maat’ als norm te nemen, worden alternatieven aangedragen voor het gedrag van Vos: Vos had zich beter kunnen en moeten voorbereiden op mogelijk gevaar en beter moeten reageren toen het gevaar zich verwezenlijkte. Het verwijt dat Vos treft, is dat hij van die alternatieven geen gebruik maakte.<sup>148</sup>

De procedure staat in de sleutel van ‘schuld’ in de zin van verwijtbaarheid.<sup>149</sup> Dat is, als bekend, niet hetzelfde als onrechtmatigheid. Hoewel ik meen dat verwijtbaarheid en onzorgvuldigheid (dus onrechtmatigheid) in gevallen als deze samenvallen,<sup>150</sup> is het verstandig na te gaan hoe de subsidiariteitseis wordt toegepast in gevallen van andere – zo men wil: echte – normschendingen.

### 7.6.3 Twee andere toepassingen: artikel 6:174 en 6:162

De als eerste te bespreken toepassingen ontleen ik aan de jurisprudentie met betrekking tot gevaarlijke opstellen. Artikel 6:174 vestigt een risicoaansprakelijkheid voor de bezitter van een opstal die niet voldoet ‘aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen’. De te beantwoorden vraag is *welke* eisen men mag stellen. Een bruikbare toets is de subsidiariteitstest: was een betere (minder gevaarlijke) wijze van bouw of inrichting mogelijk?

147 HR 11 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4688, NJ 1984/331 (*Meppelse ree*).

148 Voor een vergelijkbare redenering: zie Hof Arnhem 10 juni 1975, ECLI:NL:GHARN:1975:AJ4394, VR 1976/91. De zaak betreft een kartonnen doos die op de voorruit van een auto waait. Het hof oordeelt dat de automobilist zich niet op overmacht kan beroepen en geeft heel uitgebreid aan welke reactie een betere zou zijn geweest dan de reactie van de automobilist: hij had op de natte weg pompend moeten remmen en het stuur niet naar links moeten draaien.

149 Sinds de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek zou het geval ongetwijfeld worden gebracht onder de rubriek onrechtmatige daden die aan de dader worden toegerekend, omdat ze te wijten zijn aan een oorzaak die krachtens de verkeersopvattingen voor zijn rekening komt. Vgl. artikel 6:162 lid 3, slot. Voor de bespreking van het probleem doet dat verder niet ter zake.

150 In die zin dat de handeling nauwelijks verwijtbaar en dus nauwelijks onzorgvuldig te noemen is. Maar er wordt toch toegerekend. Daarover uitgebreid in hoofdstuk 9, par. 9.7 (*Vermijdbaarheid*) en 9.8 (*Toerekening*).

Naim voert brandgevaarlijke werkzaamheden uit voor Foekens BV in een loods die bekleed is met brandbaar isolatiemateriaal. Tijdens het werk breekt brand uit. Naim loopt daardoor letsel op. Voor zijn schade stelt hij Foekens aansprakelijk, omdat de loods waarin Naim moest werken vanwege de brandbaarheid van het isolatiemateriaal niet voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen (vgl. artikel 6:174 BW). Het hof concludeert tot aansprakelijkheid van Foekens op grond van een zuivere toepassing van het subsidiariteitsvereiste. Het neemt aan dat minder brandbaar isolatiemateriaal beschikbaar was en dus had moeten worden toegepast. Dat oordeel wordt in cassatie door de Hoge Raad overgenomen:

‘Zoals het Hof heeft overwogen, heeft Naim in verband met zijn stelling dat de loods niet voldeed aan de daaraan in de gegeven omstandigheden te stellen eisen, onweersproken gesteld dat de loods na de brand is herbouwd met toepassing van ander, (vrijwel) onbrandbaar isolatiemateriaal.’<sup>151</sup>

De Hoge Raad stelt dat het hof kon oordelen dat het vervolgens op de weg van Foekens had gelegen het verweer te voeren dat dit andere isolatiemateriaal voor de brand niet beschikbaar was. Nu Foekens dit naliet, heeft het hof

‘uit deze proceshouding van Foekens in samenhang met het gebruik van (vrijwel) onbrandbaar isolatiemateriaal bij de herbouw van de loods mogen afleiden dat (...) vóór de brand in ieder geval minder brandbaar isolatiemateriaal in de loods had kunnen worden toegepast’.<sup>152</sup>

Foekens is aansprakelijk. Zijn opstal is gebrekkig, omdat deze op een minder gevaarlijke wijze had kunnen worden ingericht.

Een andere toepassing van het subsidiariteitsbeginsel met betrekking tot gevaarlijke opstallen is te vinden in het Bussluit-arrest. Met dat voorbeeld treed ik buiten de eigenlijke aansprakelijkheid voor gevaarlijke opstallen (artikel 6:174), omdat de vordering in het Bussluit-arrest was gebaseerd op de gewone onrechtmatige daad (artikel 1401/6:162).

De feiten zijn hierboven al beschreven, maar in een andere context. Daarom een korte herhaling. De gemeente Diemen legt een bussluis aan, bestaand uit een in het wegdek gemaakt gat met rondom een zodanige constructie dat autobussen wel, maar gewone personenauto's niet kunnen passeren, 'omdat deze vanwege hun smallere wielbasis in dat gat terechtkomen'. De weg naar de bussluis is weliswaar van waarschuwingborden voorzien, maar deze zijn 'als zodanig niet direct als waarschuwingssignaal herkenbaar', zo is vastgesteld. Een klein jaar na de aanleg (het verschijnsel bussluis heeft dan nog geen algemene bekendheid) rijdt 's nachts een taxi de bussluis in. De taxi raakt

---

151 HR 20 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7686, NJ 2000/700 (*Brandbare loods*), r.o. 3.6.

152 HR 20 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7686, NJ 2000/700 (*Brandbare loods*), r.o. 3.6.

daarbij ernstig beschadigd, een passagier gewond. De eigenaar van de taxi stelt de gemeente op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk voor de schade, wegens het creëren van een gevaarlijke situatie. Interessant is de uitgebreide wijze waarop de Hoge Raad het cassatieberoep behandelt.

Eerst geeft hij een algemene omschrijving van de op de gemeente rustende zorgplicht:

‘Vooropgesteld moet worden dat in het algemeen op de gemeente die moet zorgen dat een openbare weg in goede staat verkeert, de plicht rust ervoor te zorgen dat de toestand van de weg de veiligheid van personen en zaken niet in gevaar brengt.’<sup>153</sup>

Vervolgens wordt gedetailleerd aangegeven op welke wijze deze plicht moet worden nageleefd:

‘Hieruit vloeit voort dat, wanneer de gemeente ter fysieke ondersteuning van verkeersmaatregelen een weg zodanig inricht dat deze zonder beveiligingsmaatregelen gevaar oplevert voor personen of zaken, zij door deugdelijke beveiligingsmaatregelen, zoals waarschuwingen, ervoor zorg behoort te dragen dat de veiligheid van personen en zaken voldoende gewaarborgd blijft, waarbij de gemeente mede in aanmerking heeft te nemen dat niet alle verkeersdeelnemers steeds de nodige voorzichtigheid en oplettendheid zullen betrachten.’<sup>154</sup>

De vraag die in de bovenstaande arresten van de loods en de bussluis moest worden beantwoord, is of de opstal voldeed aan de eisen die men daaraan mag stellen. Voor de beantwoording ervan blijkt de doorslaggevende factor het feit dat een minder gevaarlijk alternatief voorhanden was. Kan het criterium van de vereiste veiligheid in *De brandbare loods* nog worden afgeleid uit artikel 6:174 zelf, uit de toepassing in het Bussluis-arrest blijkt dat dezelfde toets geldt voor de beoordeling van de zorgvuldigheid op grond van artikel 6:162. Zoals Hartlief opmerkt in zijn noot onder het Wilnis-arrest: ‘Er is geen wereld van verschil tussen art. 6:174 en 6:162.’<sup>155</sup> De jurisprudentie met betrekking tot gevaarstelling in het algemeen laat zien dat de subsidiariteit *het* criterium is waaraan wordt getoetst. Steeds gaat het om de mogelijkheid schade te voorkomen. Daarbij geeft de rechter, zoals hieronder zal blijken, aan welke betere, minder schadelijke handelwijze voor de aansprakelijke mogelijk was geweest.

---

153 HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, NJ 1993/547 (*Bussluis*), r.o. 3.3.

154 HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, NJ 1993/547 (*Bussluis*), r.o. 3.3, vervolg.

155 HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155 (*Wilnis*), annotatie Hartlief onder 5 e.v. Eerder formuleerde Hartlief het nog iets steller: ‘de zogenaamde risicoaansprakelijkheid van art. 6:174 en de klassieke schuldaansprakelijkheid van art. 6:162 zijn eigenlijk één pot nat!’, ‘Schuld en risico: wereld van verschil of één pot nat?’, *NJB* 2011, p. 227.

Om de stelling dat het bij gevaarzetting uiteindelijk om de subsidiariteitstest gaat te verduidelijken en te toetsen, wordt nu de jurisprudentie over belangrijkste groepen zorgplichtschendingen op haar 'subsidiariteitsgehalte' onderzocht. De genoemde voorbeelden zijn niet uitputtend bedoeld.

#### 7.6.4 Waarschuwings- en informatieplichten

In het Veenbroei-arrest gaat het om de zorgplicht van de staat als eigenaar en beheerder van een gebied waar veenbroei kan voorkomen. De aansprakelijkheid van de staat tegenover een vijfjarig slachtoffer van een tweedegraads verbranding door veenbroei wordt aldus gefundeerd:

'Degene die de zorg voor een terrein heeft, handelt in strijd met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, wanneer hij, terwijl hij moet verwachten dat het publiek dit terrein zal betreden en weet dat zich op dit terrein een voor het publiek niet steeds waarneembaar gevaar als het onderhavige voordoet, dat aan het publiek niet bekend is, niettemin nalaat maatregelen te nemen zoals een ter plaatse kenbaar verbod het terrein te betreden of waarschuwing voor dit gevaar.'<sup>156</sup>

Een voor het publiek minder gevaarlijke wijze van beheren was mogelijk en had dus gekozen moeten worden.

Een ander beroemd voorbeeld van het verzaken van de waarschuwingplicht biedt het Natronloog-arrest. Personeel van het Dorpshuis te Kamerik zet een huisvuilzak op straat, met daarin een emmertje met onbekende vloeistof, verpakt in een kartonnen doos. Een medewerker van de reinigingsdienst krijgt bij het ophalen van het vuilnis een deel van de inhoud van die zak over zich heen. Dan blijkt dat de stof die in het emmertje zit, bijt of etst. De stof in het emmertje is natronloog. De vuilnisophaler verliest door het gebeurde onder meer zijn oog, verder raakt zijn gezichtshuid ernstig verbrand. In de rechtszaak die erop volgt, neemt de Hoge Raad als uitgangspunt dat het onzorgvuldig is om een emmertje met onbekende vloeistof 'voor afvoering door een vuilnisophaaldienst neer te zetten',

'tenzij men ófwel weet of gegronde redenen heeft om aan te nemen dat het om een vloeistof gaat die bij aanraking met de mens geen gevaar oplevert, ófwel de betreffende vuilniszak onder controle houdt en degeen die de zak aan wil pakken waarschuwt voor de aanwezigheid daarin van een emmertje met een mogelijk gevaarlijke vloeistof'.<sup>157</sup>

---

156 HR 27 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0344, NJ 1989/29 (*Veenbroei*), r.o. 3.2.

157 HR 8 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4306, NJ 1982/614 (*Natronloog*), r.o. 4.

De eerste factor (de wetenschap dat de vloeistof geen gevaar oplevert) betreft de voorzienbaarheid van de schade, dus de kans op schade. Die is mede bepalend voor de subsidiariteit, omdat de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen ertegen moet worden afgewogen.

De tweede factor – waarbij de Hoge Raad aangeeft op welke wijze men een mogelijk gevaarlijke vloeistof wél mag afleveren – is een toepassing van het andere deel van de subsidiariteitstoets: de vraag of in deze omstandigheden een betere handelwijze mogelijk was.

Wanneer men potentiële slachtoffers voor schade kan behoeden door hen te waarschuwen, eist de subsidiariteit dat men dit laatste doet.<sup>158</sup> Voor producenten geldt dezelfde regel: de gebruiker zal over mogelijke schadelijke effecten van het product geïnformeerd dienen te worden. Die verplichting geldt sterker, naarmate de mogelijke schade ernstiger is.<sup>159</sup>

#### 7.6.5 Onderzoeksplichten

Men dient niet alleen potentiële slachtoffers te waarschuwen voor schade; wanneer een redelijke kans op schade bestaat, kan van de handelende worden geëist dat hij eerst zelf deugdelijk onderzoek pleegt alvorens een (mogelijk) schadelijke activiteit te beginnen.

Dat was de boodschap aan Norwegian Talc Holland (NTH), die op haar eigen terrein een grote hoeveelheid talk opsloeg. Zij deed dit op slechts een meter afstand van het perceel van Van Houwelingen, en op een wijze die schadelijk kon zijn voor een nabij gelegen pand van Van Houwelingen. Het hof oordeelde dat NTH

‘in redelijkheid met het optreden van schade rekening had behoren te houden en daarom in overleg met Van Houwelingen had dienen te onderzoeken of de opslag kon geschieden zonder gevaar voor de terreinen van Van Houwelingen. Door dit

---

158 Voor de beantwoording van de vraag of een waarschuwing afdoende is, is van doorslaggevende betekenis of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot handelen of nalaten waardoor het gevaar zal worden vermeden. Aldus HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224, NJ 2005/105, m.nt. C.J.H. Brunner (*Jetblast*), r.o. 3.4.3. In dit verband zullen van belang kunnen zijn de omstandigheden waarop P-G Hartkamp wijst in zijn conclusie voor het arrest: de waarschuwingsborden noemden niet een concreet gevaar; voor de beheerder waren er andere mogelijkheden om de schade te voorkomen (aanstellen supervisors, oprichten scheidingswand); de beheerder van het vliegveld wist of kon weten dat dagelijks vele toeristen de borden negeerden (concl. onder 19 en 20). Kritisch over die laatste factor is Brunner in zijn annotatie bij het arrest (zie zijn annotatie, onder 2).

159 Vgl. nogmaals het Halcion-arrest (HR 30 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:13564, NJ 1990/652), waarin het hof overweegt dat tabletten met een zware dosis reeds op zichzelf gebrekkig zijn. Het in het verkeer brengen van minder zware tabletten is op zichzelf niet onrechtmatig. Het werd in casu echter wel onrechtmatig geacht, omdat *onvoldoende was gewaarschuwd voor eventuele bijwerkingen*.



niet te doen en door ook na te laten voor het storten van de vloer de vereiste bouwvergunning aan te vragen en na waarschuwing van Van Houwelingen maatregelen ter voorkoming van schade te nemen, heeft NTH naar het oordeel van het hof een aan haar schuld te wijten onrechtmatige daad gepleegd.<sup>160</sup>

Dit oordeel geeft volgens de Hoge Raad niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

Vergelijkbaar (wat betreft grondslag van aansprakelijkheid – onrechtmatigheid – en de redenering die daarheen leidt) met de juist besproken zaak is het geschil tussen Van de Reek en de Boerenleenbank. De bank liet een damwand slaan, waardoor het belendende pand van Van de Reek verzakte en inscheurde. De bank had, nu zij zich bewust was van de mogelijkheid van schade door de heiwerkzaamheden, daarnaar eerst onderzoek dienen te verrichten. In casu heeft het hof terecht aangenomen

‘dat de Boerenleenbank er zonder nader onderzoek niet op mocht vertrouwen dat de fundering van het pand van Van de Reek tegen het heien van de onderhavige damwand bestand was’.<sup>161</sup>

#### 7.6.6 Andere maatregelen om de schade te voorkomen

De onrechtmatigheid van een handeling kan daarin schuilen, dat men heeft nagelaten voorzorgsmaatregelen te treffen, terwijl deze in redelijkheid te vergen waren. In subsidiariteitstermen: wanneer minder schadelijke alternatieven voorhanden zijn, zullen die benut moeten worden. Als de handelende dat niet doet, is hij aansprakelijk.

Ook deze factor kwam aan de orde in het zojuist besproken arrest van de Boerenleenbank en Van de Reek. De bank, die op haar eigen terrein ging bouwen en daarbij schade toebracht aan het belendende pand van Van de Reek, was volgens het hof voor deze schade aansprakelijk, omdat ‘de Boerenleenbank op haar kosten maatregelen had kunnen en moeten nemen om de schade te voorkomen’, waarin volgens de Hoge Raad

---

160 HR 6 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9285, NJ 1989/282 (*Norwegian Talc/Van Houwelingen*), r.o. 3.3.

161 HR 9 maart 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC0760, NJ 1973/464 (*Boerenleenbank/Van de Reek*). In zijn noot onder het arrest wijst Zonderland op het belang van het arrest: ‘In deze nieuwe zaak, (...) heeft de H.R. een sterk beginsel geformuleerd, nl. dat onzorgvuldigheid is gelegen in het zonder voorafgaand onderzoek of overleg heien van de damwand.’

‘besloten ligt dat (...) het Hof heeft beslist dat de Boerenleenbank zich van het doen slaan van de damwand had behoren te onthouden, nu zij naliet op haar kosten een maatregel als vorenbedoeld te nemen’.<sup>162</sup>

Naarmate de mogelijke voorzorgsmaatregelen eenvoudiger of goedkoper zijn, zal het nalaten ervan eerder tot aansprakelijkheid leiden. Zo overweegt de Hoge Raad in het arrest betreffende de patiënt die door onvoldoende toezicht in de uitslaapkamer uit zijn bed kon vallen:

‘Uitgaande van de niet betwiste omstandigheid dat de verpleegkundige bezetting in de uitslaapkamer (...) ontoereikend was, heeft het Hof overwogen dat in zo’n geval het plaatsen van onrusthekken of onrustbanden een aangewezen voorziening zou zijn geweest, en dat dit ook van De Heel kon worden verlangd, zeker nu de kosten van een dergelijke voorziening te verwaarlozen zijn. Door dit na te laten is De Heel, aldus het Hof, verwijtbaar tekortgeschoten in haar zorgplicht jegens Korver.’<sup>163</sup>

En hoe ernstiger de mogelijke schade, hoe meer moeite moet worden gedaan om deze te voorkomen.<sup>164</sup>

Wie helemaal *niets* heeft gedaan om eventuele schade te voorkomen, zal om die reden snel aansprakelijk zijn. Dat gold ook voor de Stichting ‘t Ruige Veld, waar een meisje (Wendelien) was opgenomen, dat al een paar keer was weggelopen en daarbij tenminste éénmaal gevaar voor derden had veroorzaakt. Wendelien loopt nogmaals weg en sticht daarbij brand. Met betrekking tot het van de Stichting te vergen toezicht overweegt de Hoge Raad:

‘dat reeds het feit dat aan het weglopen van Wendelien verhoogd gevaar voor enigerlei schade aan derden was verbonden, de Stichting aanleiding had moeten geven om nadere maatregelen ter voorkoming van weglopen te treffen die verder gingen dan het gebruikelijke toezicht, onverschillig of al dan niet viel te verwachten tot welke soort schade wederom weglopen van Wendelien zou leiden’.<sup>165</sup>

De Hoge Raad stelt dat het karakter van open inrichting volgens het hof niet eraan in de weg stond om een ontsnapping zonder ‘relevante extra kosten en moeite te voorkomen’. Daarbij verdient volgens de Hoge Raad vermelding dat de Stichting vóór de brandstichting geen, en erna wel aanleiding zag tot verscherpt toezicht op Wendelien. De overweging omtrent het te vergen toezicht besluit de Hoge Raad aldus:

---

162 HR 9 maart 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC0760, NJ 1973/464 (*Boerenleenbank/Van de Reek*). Opmerking verdient dat de Hoge Raad zeer uitgebreid aangeeft welke maatregelen precies getroffen hadden moeten worden, zie p. 1265, l.k., halverwege.

163 HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1611, NJ 1997/175 (*Patiënt op uitslaapbed*), r.o. 2.3.1.

164 Deze factor bespreek ik apart in par. 7.6.7 (*De aard en ernst van de schade*).

165 HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, NJ 1996/118 (*t Ruige Veld*), r.o. 3.7.

‘Tegen deze achtergrond behoefde het Hof niet nader aan te geven welke specifieke maatregelen het op het oog had, zulks te minder nu vast stond dat de Stichting *in het geheel geen* nadere maatregelen had getroffen om herhaling van weglopen te voorkomen.’<sup>166</sup>

Wanneer de schade op een eenvoudige wijze te voorkomen was geweest, had dat gedaan moeten worden. Daarbij geldt: hoe groter de kans op schade, hoe dringender de verplichting om een minder schadelijke handelwijze te kiezen. Op deze factor kom ik hierna (in 7.6.8) nog terug.

### 7.6.7 De aard en ernst van de schade

De subsidiariteit eist dat in gevallen waar een minder schadelijke weg opstond om het doel te bereiken, die weg ook wordt bewandeld. In de vorige paragrafen is aan de hand van verschillende typen zorgplichtschendingen deze factor besproken.

Maar hiermee is de subsidiariteitstoets niet compleet weergegeven. Uit de omschrijving van de subsidiariteit als een gedeelte van de Kelderluik-toets, volgt dat de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen dient te worden afgewogen tegen de kans op schade en de ernst ervan.<sup>167</sup> Als laatste moet daarom nog bij deze twee factoren worden stilgestaan.

Wat de ernst van de schade betreft: de eis dat een minder schadelijke weg wordt gekozen zal klemmender zijn, naarmate de ernst van de voorzienbare schade groter is.<sup>168</sup> Dat geldt zeker als sprake is van letselschade, die naar zijn aard altijd voorkomen dient te worden. Een voorbeeld is te vinden in het arrest van de turnster, die een disloque uitvoert. Bij een val uit een disloque is de kans op letsel aan hoofd, nek en rug bijzonder groot. De Hoge Raad overweegt dat

‘nu bij de activiteiten waarvan hier sprake is, een val met het risico van zeer ernstig letsel op zichzelf niet altijd is te vermijden, het treffen van bijzondere maatregelen ter voorkoming of beperking van de gevolgen geboden is’.<sup>169</sup>

---

166 HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1611, NJ 1997/175 (*Patiënt op uitslaapbed*), r.o. 3.7, slot. Cursivering in origineel. Vgl. ook Hof Arnhem 8 april 1997, ECLI:NL:GHARN:1997:AC0331, NJ 1997/632, betreffend een ziekenhuis dat geen speciale aandacht had besteed aan het voorkomen van ongewenste seksuele intimiteiten in het ziekenhuis. Hoewel het hof aanneemt dat het ziekenhuis een middenweg moet zoeken tussen verschillende conflicterende belangen, oordeelt het dat het ziekenhuis is tekortgeschoten in zijn zorgplicht jegens een patiënte die slachtoffer was van ongewenste seksuele intimiteiten, nu ‘niet is gebleken dat er ook maar enige adequate maatregel is getroffen om dat te voorkomen’ (r.o. 2.7).

167 Zie par. 7.5.2 (*Variaties met het doel van de activiteit*) en 7.5.3 (*Variaties met het gebruikte middel*).

168 Vgl. i.v.m. de subsidiariteit bij rechtvaardiging par. 7.3.3 (*Alternatief middel: minder schadelijk middel*).

169 HR 6 oktober 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1836, NJ 1998/190 (*Disloque*), r.o. 3.4.

Bij een kans op ernstige schade moeten derhalve voorzorgsmaatregelen getroffen worden. Dat geldt zelfs wanneer de kans op schade op zichzelf klein is. Zo bijvoorbeeld in het Halcion-arrest, waar het gaat om bijverschijnselen:

‘waarvan de ernst (...) meebrengt dat daarvoor moet worden gewaarschuwd ook indien de frequentie daarvan gering is’.<sup>170</sup>

Bij mogelijk ernstige schade kan de subsidiariteit zelfs meebrengen dat de activiteit volledig achterwege wordt gelaten. Dat is te lezen in het sluitstuk van de redenering van de Hoge Raad in het hierboven al besproken Bussluit-arrest. Voor het geval de norm (dat de veiligheid van verkeersdeelnemers gewaarborgd is door deugdelijke beveiligingsmaatregelen) niet is nageleefd, is dit de conclusie:

‘Indien deze veiligheid niet voldoende kan worden gewaarborgd, dient de gemeente van een zodanige inrichting van de weg af te zien.’<sup>171</sup>

Wie met een bepaalde handelwijze de veiligheid van anderen niet kan garanderen, moet geheel van de voorgenomen handelwijze afzien.

#### 7.6.8 De rol van de voorzienbaarheid: de kans op schade

De subsidiariteit eist dat, wanneer om het beoogde doel te bereiken een minder schadelijk middel aanwezig is, dat ook moet worden gekozen. Subsidiariteit vergt dus een afweging van alternatieven. Dat betekent dat tot de handelende persoon op zijn minst moet zijn doorgedrongen dat wat hij doet, gevaarlijk is.

Iemand die in de veronderstelling leeft en mag leven dat wat hij doet ongevaarlijk is, behoeft zich niet te bezinnen op alternatieven voor zijn gedrag, omdat er niets mis is met zijn gedrag. Zo is de overweging van de Hoge Raad in het Natronloog-arrest op te vatten dat het onzorgvuldig is een ‘emmertje met onbekende vloeistof’ op straat te zetten,

‘tenzij men (...) weet of gegronde redenen heeft om aan te nemen dat het om een vloeistof gaat die bij aanraking met de mens geen gevaar oplevert’.<sup>172</sup>

---

170 HR 30 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:13564, NJ 1990/652 (*Halcion*), r.o. 4.4.4.

171 HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, NJ 1993/547 (*Bussluit*), r.o. 3.3, vervolg.

172 HR 8 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4306, NJ 1982/614 (*Natronloog*), r.o. 4. De vraag in hoeverre het dan nog zou kunnen gaan om een ‘onbekende vloeistof’ laat ik hier onbesproken.

Het besef dat de handeling gevaarlijk is en men dus de plicht heeft minder gevaarlijke middelen te overwegen kan ontbreken, omdat het gevaar ten tijde van de handeling nog niet kenbaar was.<sup>173</sup>

Het besef kan ook afwezig zijn, omdat het voor deze dader niet mogelijk was het gevaar van de situatie in te zien.<sup>174</sup>

Wie echter door onderzoek had kunnen ontdekken dat inderdaad een kans op schade bestond bij een bepaalde handelwijze, zal dat onderzoek moeten verrichten.<sup>175</sup>

Tot slot: vereist is dat de *kans op schade* voorzienbaar was; niet de (uiteindelijk toegebrachte) schade zelf.<sup>176</sup>

### 7.6.9 Toepassing op nalaten

In deze paragraaf is de zorgvuldigheidstoets (mede) omschreven als subsidiariteitstoets. De toets bestaat uit drie factoren:

1. mogelijkheid schade te voorkomen;<sup>177</sup>
2. ernst van de schade;<sup>178</sup>
3. voorzienbaarheid van de schade.<sup>179</sup>

Dat blijken precies de factoren te zijn die Van Dam noemde voor de beoordeling van de onrechtmatigheid van 'zuiver nalaten': a: kennis van een gevaarlijke situatie (in de zin van bedreiging met ernstige schade); b: mogelijkheid om de situatie te beëindigen/voorkomen; c: bezwaarlijkheid maatregelen (afwegen tegen dreigend risico); d: bewustheid dat de ander niet de mogelijk-

173 Zie bijv.: Rb. Almelo 29 oktober 2003, ECLI:NL:RBALM:2003:AM7964, NJ 2004/32 (*Wegverharding met asbestcementafval*), HR 4 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4596, JAR 2004/287 (*Wit asbest*).

174 Zie HR 22 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5503, NJ 1975/149 (*Struikelende bakker*).

175 Zie daarover uitgebreid in par. 7.6.5 (*Onderzoeksplichten*).

176 Vgl. bijv. HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, NJ 1993/686 (*Cijsouw/De Schelde I*), r.o. 3.6 (tekortschieten in bescherming tegen bekende gevaren brengt ook aansprakelijkheid mee voor onbekende gevaren); HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, NJ 1996/118 (*'t Ruige Veld*), r.o. 3.7, eerste alinea, slot (nu bij het weglopen verhoogd gevaar bestond voor enigerlei schade, hadden maatregelen genomen moeten worden, onverschillig of te verwachten viel tot welke soort schade het weglopen zou leiden) en HR 8 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4306, NJ 1982/614 (*Natronloog*), r.o. 5 (als zorgplicht is geschonden, doet het er voor aansprakelijkheid in beginsel niet toe of de wijze van de precieze veroorzaking van het letsel voorzienbaar was).

177 Zie (over subsidiariteit en zorgvuldigheid) par. 7.6.2 – 7.6.6. Vergelijk ook (meer in het algemeen over subsidiariteit en rechtvaardiging) par. 7.3.3 – 7.3.6.

178 Zie par. 7.6.7 (*De aard en ernst van de schade*). Vergelijk ook par. 7.3.3 (*Alternatief middel: minder schadelijk middel*).

179 Zie par. 7.6.8 (*De rol van de voorzienbaarheid: de kans op schade*).

heid heeft gevaarssituatie te beëindigen (gezien ontbreken kennis van gevaar, of van mogelijkheid om zelf in te grijpen).<sup>180</sup>

Ook op dit terrein biedt de subsidiariteitstoets dus een bevredigende verklaring voor aansprakelijkheid bij schending van de verplichting in te grijpen. Het is dus niet nodig de categorie van het zuiver nalaten als aparte categorie te omschrijven.<sup>181</sup>

Tot slot een recent voorbeeld van onrechtmatigheidsoordeel gegrond op een nalaten, waar een andere mogelijkheid voorhanden was. Het betrof het handelen van Dutchbat in Srebrenica. Aan de in de compound verblijvende vluchtelingen had de keus moeten worden geboden achter te blijven, waardoor ze de mogelijkheid hadden gehad uit handen van de vijand te blijven. In de woorden van de Hoge Raad:

‘Dutchbat heeft nagelaten aan de mannelijke vluchtelingen die op de compound verbleven de keuze te bieden om daar achter te blijven, hoewel dat mogelijk was. Daardoor heeft Dutchbat aan de mannelijke vluchtelingen de kans onthouden om uit handen van de Bosnische Serven te blijven. Dat was onrechtmatig.’<sup>182</sup>

#### 7.6.10 Conclusie met betrekking tot subsidiariteit

De subsidiariteitstoets biedt een goede verklaring voor aansprakelijkheid in geval van zorgplichtschendingen, met name bij gevaarzetting. Ook biedt de toets een goede verklaring voor de aansprakelijkheid in geval van handelingen die als ‘zuiver nalaten’ worden beschouwd.

Aansprakelijk is degene die schade toebrengt, terwijl een minder schadelijke handelwijze mogelijk was (paragraaf 7.6.2-7.6.6). En hoe ernstiger de mogelijke schade en hoe groter de kans op schade is, hoe zwaarder ook de verplichting te kiezen voor een minder schadelijke handelwijze (paragraaf 7.6.7-7.6.8).

### 7.7 PROPORTIONALITEIT, SUBSIDIARITEIT EN ZORGVULDIGHEID. AFRONDING

#### 7.7.1 Inleiding

In het laatste deel van dit hoofdstuk zijn proportionaliteit en subsidiariteit apart besproken. Op deze plaats is het goed er nogmaals aan te herinneren dat het onderscheid tussen beide begrippen soms diffuus is, zoals aan het begin

---

180 Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2000/1601-1608. De geciteerde toets is te vinden op p. 447/448. In de laatste druk worden de voorwaarden iets anders geformuleerd; ze komen op hetzelfde neer (Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020, 214-3).

181 Tot dezelfde conclusie, maar met een geheel andere redenering, komt Giesen, *Aansprakelijkheid na een nalaten* 2004, p. 25-26.

182 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, NJ 2019/356 (*Mothers of Srebrenica*), r.o. 5.1.

van dit hoofdstuk is opgemerkt.<sup>183</sup> Bij beide toetsen spelen ook dezelfde factoren een rol, zoals de ernst van de schade, en de kans op schade. Hoe groter de mogelijke schade en hoe groter de kans op schade, hoe sterker de aangevoerde rechtvaardiging dient te zijn,<sup>184</sup> en hoe dringender de plicht minder schadelijke alternatieven voor de handeling te benutten.<sup>185</sup>

In deze slotparagraaf van het hoofdstuk maak ik nog enkele afsluitende opmerkingen, die voor proportionaliteit als subsidiariteit tezamen van belang zijn, zowel in de relatie tot de zorgvuldigheidsnorm als tot de rechtvaardiging.

### 7.7.2 De aard van de overtreden norm

Bij de bespreking van de proportionaliteits- en subsidiariteitstoets van rechtvaardigingen en van overheidshandelen is steeds als laatste aandacht besteed aan de aard van de ingeroepen rechtvaardiging,<sup>186</sup> respectievelijk van de aard van het geschonden recht. Het bleek dat de aard van de ingeroepen rechtvaardiging van invloed was op de beoordeling van de proportionaliteit en de subsidiariteit van de handeling.

In deze laatste paragraaf over het verband tussen proportionaliteit, subsidiariteit en zorgvuldigheid wil ik daarom eerst – en spiegelbeeldig – stilstaan bij de aard van de normschending.<sup>187</sup> De te bespreken vraag is wat de invloed is van de aard van de overtreden norm op de beoordeling van de zorgvuldigheid. Bezien wordt of de proportionaliteits- en subsidiariteitsgedachte daarvoor een verklaring biedt.

Als uitgangspunt voor de bespreking van deze vraag neem ik het opstel van Van Dam over de ongelukkige samenloop.<sup>188</sup>

Van Dam constateert terecht dat de Hoge Raad in sommige gevallen (Van Dam noemt als voorbeelden: afwijking van geschreven of ongeschreven veiligheidsvoorschriften) hoge zorgvuldigheidseisen stelt, en in andere gevallen (Van Dam noemt als voorbeelden: de bushalte en het tennisspel) de norm minder scherp lijkt te stellen. Van Dam vraagt zich af of de Hoge Raad hierbij een onderscheid maakt tussen moderne en klassieke risico's.<sup>189</sup> Volgens hem 'slijpt de Hoge Raad' bij *moderne risico's* 'de zorgvuldigheidsnorm niet zelden vlijm-

183 Zie par. 7.1.2 (*Onderscheiden, niet: scheiden*).

184 Zie bijv. par. 7.2.4 (*Doeltoets: de noodzaak tot ingrijpen; ernst van het gevaar*) en 7.5.3.6 (*Conclusie met betrekking tot het gebruikte middel*).

185 Zie bijv. par. 7.6.7 (*De aard en ernst van de schade*).

186 Par. 7.2.7 (*Proportionaliteit; De aard van de ingeroepen rechtvaardiging*) en par. 7.3.7 (*Subsidiariteit; De aard van de ingeroepen rechtvaardiging*).

187 Het gaat hier uiteraard om het spiegelbeeld van de in par. 7.2.7 (*Proportionaliteit; De aard van de ingeroepen rechtvaardiging*) en 7.3.7 (*Subsidiariteit; De aard van de ingeroepen rechtvaardiging*) besproken invloed van de aard van de ingeroepen rechtvaardiging op de proportionaliteit en subsidiariteit.

188 Van Dam, *Het zinledige 'osvo-criterium'* 2001.

189 Dezelfde indeling is te vinden in Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020/211-1 en 211-2.

scherp'.<sup>190</sup> Bij moderne risico's denkt Van Dam aan 'gedragingen die nauw samenhangen met de technische en industriële ontwikkelingen van de laatste twee eeuwen'. Als voorbeelden noemt hij (als gezegd) de overtreding van veiligheidsnormen. *Klassieke risico's* zijn 'schadelijke gedragingen die ook twee eeuwen geleden hadden kunnen worden verricht'.<sup>191</sup> Volgens Van Dam is de zorgvuldigheidsnorm hier minder scherp en hanteert de Hoge Raad hier de terminologie ongelukkige samenloop van omstandigheden.<sup>192</sup>

Ik geloof niet dat de indeling in moderne en klassieke risico's adequaat is. Ook in de klassieke oudheid leidde het overtreden van verkeers- of veiligheidsnormen (door Van Dam als 'modern risico' aangemerkt) tot aansprakelijkheid, getuige de Digesten. Wie een balk naar beneden gooit en daarmee een slaaf verplettert, is aansprakelijk;<sup>193</sup> de voerman die de stenen die hij met zijn wagen vervoert slecht heeft geladen, waardoor de stenen gaan schuiven, is aansprakelijk wanneer de stenen van de wagen vallen en daardoor iets vernielen;<sup>194</sup> de tuinman die een tak op de weg gooit en niet 'van onderen' roept, is aansprakelijk als een passerende slaaf door de tak wordt gedood.<sup>195</sup> Ook een van de oudste geschreven wetten in de wereld, die van koning Hammoerabi,<sup>196</sup> kent aansprakelijkheden voor het schenden van veiligheidsnormen. De bouwer die een huis bouwt waarvan de constructie niet stevig is, wordt bijvoorbeeld ter dood gebracht als het huis instort en de eigenaar daarbij de dood vindt,<sup>197</sup> wie zijn dijk verwaarloost en niet verstevigt, is aansprakelijk als de dijk doorbreekt en door het overstromende water schade wordt toegebracht aan het land van een ander.<sup>198</sup> Niet alleen huis-, tuin- en keukenongelukjes zijn van alle tijden. Ook de gedachte dat sommige risico's, gezien de kans op (ernstige) schade vermeden moeten worden, is zo oud als de mensheid.

Met die laatste constatering kom ik terug op de in dit hoofdstuk behandelde beginselen, en op de observatie van Van Dam dat bij schending van (verkeers- en) veiligheidsnormen de zorgvuldigheidsnorm 'vlijmscherp' wordt 'geslepen'

190 Van Dam, *Het zinledige 'osvo-criterium'* 2001, p. 141, l.k.

191 Aldus Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020/211-2.

192 Ik merk hierbij overigens op dat de Hoge Raad ook bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen een soortgelijke terminologie hanteert. Alleen blijkt de constatering dat zich 'een hoogst uitzonderlijke en ongewone samenloop van toevalligheden' voordoet dan geen beletsel voor aansprakelijkheid, althans toerekening te zijn. Zie bijv. HR 16 juni 2000, ECLI: NL:HR:2000:AA6233, NJ 2000/584 (*Brandstichting*), r.o. 3.6.

193 Digesten 9,2,4. De aansprakelijkheid is gegrond op de Lex Aequilia.

194 Digesten 9,2,33.

195 Digesten 9,2,31. Dezelfde norm geldt volgens de Digestentekst voor 'iemand die op een bouwsteiger bezig was'.

196 Koning van Babylonië van 2285-2242 v.C.

197 Paragraaf 229 Cod.Ham. De aansprakelijkheid van artsen voor mislukte operaties (met voor de arts ernstige straffen) laat ik hier onbesproken (zie par. 218-220 Cod.Ham.).

198 Paragraaf 53 en 54 Cod.Ham. Voor waterschade door overstromingen veroorzaakt door (anderszins) onzorgvuldig handelen: zie paragraaf 55 en 56 Cod.Ham.



en dat bij de overtreding van andere zorgvuldigheidsnormen de lat kennelijk lager ligt. Hoe is dat te verklaren? Mijns inziens schuilt de verklaring (ook hier) in de toets van proportionaliteit en subsidiariteit.

Proportionaliteit en subsidiariteit willen zeggen dat naarmate de kans op schade groter, en die eventuele schade ernstiger kan zijn, de eisen aan de handelende hoger zullen zijn. Uit die gedachte is te verklaren waarom de overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen eerder tot aansprakelijkheid leidt dan de overtreding van zorgvuldigheidsnormen. Verkeers- en veiligheidsnormen dienen in het algemeen tot bescherming tegen ernstige risico's, of ernstige soorten schade, met name: letselschade. Dat betekent dat aan het gedrag van de handelende hogere eisen worden gesteld, dan wanneer de te verwachten schade niet ernstig, of de schadekans klein is. Schending van zulke normen zal volgens de toets van proportionaliteit en subsidiariteit snel leiden tot onrechtmatigheid. Immers: wie een daad pleegt waarbij een kans op ernstige schade bestaat, zal zich eerder moeten bezinnen op minder schadelijke alternatieven,<sup>199</sup> dan in gevallen waarin geen ernstige schade te voorzien is. En: hoe ernstiger de als gevolg van de daad te verwachten schade, hoe sterker de voor de daad aan te voeren rechtvaardiging zal moeten zijn.<sup>200</sup>

Deze onderverdeling naar de aard van de schade waartegen de norm beschermt, is ook te vinden bij Hartkamp, die schendingen van de zorgvuldigheidsnorm onderverdeelt in drie rubrieken, waarvan de eerste is de schending van verkeers- en veiligheidsnormen is.<sup>201</sup> Hartkamp zegt over de verkeers- en veiligheidsnormen nog dit:

'Op het gebied van het verkeer gelden vele wettelijke voorschriften, waarvan de overtreding doorgaans (maar niet steeds (...)) bepalend is voor het onrechtmatigheidsoordeel.'<sup>202</sup>

Daarmee raak ik al aan een volgend deel van het onderzoek: hoe werken normschending en rechtvaardiging door op het oordeel over de (on)rechtmatigheid van de handeling? Maar daaraan voorafgaand eerst nog een laatste blik op het handelen van degene die zich op een rechtvaardiging beroept, mede in verband met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.

199 Vgl. par. 7.6.7 (*Subsidiariteit en zorgvuldigheid; De aard en ernst van de schade*).

200 Vgl. par. 7.5.3.6 (*Conclusie met betrekking tot het gebruikte middel*).

201 Zie *Asser-Hartkamp III* 1994/44 en 45-51e In *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/56-71 is de onderverdeling nog steeds te vinden; er is een aparte categorie, Toezicht, aan toegevoegd in nr. 72-73. De onderverdeling wordt in de jurisprudentie meestal toegepast op het (vaststellen van) het causale verband tussen daad en schade na een gepleegde normschending. Zie bijv. HR 2 november 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7349, NJ 1980/77 (*Vader Versluis*). Vgl. ook *Asser-Hartkamp III*/46, slot.

202 *Asser-Hartkamp III* 1994/45, begin. De passage is (zonder de tussenzin) gehandhaafd in *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/58.

### 7.7.3 *Margin of appreciation*

In dit hoofdstuk is met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit een beschrijving van de zorgvuldigheidsnorm gegeven.

Beide beginselen stellen niet de allerhoogste eisen aan de handelende. Bij proportionaliteit geldt dat een redelijke verhouding tussen het gebruikte middel en het beoogde doel moet bestaan. Een zekere speelruimte is er voor de handelende dus wel. Hetzelfde geldt voor de subsidiariteitstoets. De handelende heeft niet de plicht de allerveiligste weg te kiezen, of op alle mogelijke manieren te voorkomen dat eventueel schade ontstaat. Zoals De Hullu over de vluchtplicht bij noodweer schreef:

‘Nu in het algemeen voor de aanvaarding van een beroep op noodweer niet moet worden vereist dat de verdachte een optimale, maar een redelijke oplossing heeft gekozen, zou in mijn ogen slechts een feitelijk en psychologisch reële en vrij duidelijk aanbevelenswaardige mogelijkheid tot onttrekking een probleem voor het aanvaarden van noodweer(exces) mogen vormen.’<sup>203</sup>

Niet de optimale maar een redelijke oplossing kiezen om uit de problemen te komen.<sup>204</sup> Dat is de eis die voor de handelende geldt. De handelende heeft dus een zekere keuzevrijheid, een *margin of appreciation*.<sup>205</sup>

Deze zekere mate van vrijheid zal vooral in het geval van een beroep op een rechtvaardiging van belang kunnen zijn. In zo’n situatie immers, is de handelende dikwijls tot zijn actie gedwongen door een plotselinge, van buiten komende oorzaak om op te treden, en moet hij bovendien vaak handelen in het belang van een ander.<sup>206</sup> In die omstandigheden is het goed te verklaren waarom niet de strengste eisen aan het gedrag van de handelende kunnen worden gesteld. Bij de genoemde omstandigheden sta ik in de volgende paragraaf nog iets uitgebreider stil.

Maar ook buiten het gebied van rechtvaardigingen, waar veel minder vaak sprake zal zijn van een noodsituatie, kan de gedachte van de handelingsvrijheid relevant. Wanneer de mogelijkheid bestaat om alternatieve handelwijzen rustig te overdenken (zoals dikwijls het geval zal zijn bij waarschuwings- en onderzoeksplichten), zal eerder aansprakelijkheid worden aangenomen wanneer de handelwijze toch tot schade heeft geleid, dan in het geval onder grote

---

203 De Hullu, *Materieel strafrecht* 2018, par. V.3.4 (p. 329). De tekst is vervallen in de achtste druk (2021), p. 315, waar wordt gesteld dat het moet gaan om een reëel alternatief, dat bovendien verstandig en redelijk is.

204 Vgl. nogmaals De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.3.4, over de proportionaliteitseis bij noodweer: ‘De precieze manier van verdedigen hoeft dus zeker niet de beste te zijn’ (p. 315).

205 De term is gebruikelijk bij de toetsing van proportionaliteit en subsidiariteit op grond van het EVRM, zie bijv. reeds EHRM 28 november 1984, A. 87, ECLI:CE:ECHR:1984:1128JUD000 8777/79 (*Rasmussen v. Denmark*), par. 40.

206 Zie daarover bijv. par. 3.11.1 (*Van buiten komende, plotselinge noodzaak op te treden, vaak buiten het eigen belang*).

druk een beslissing moest worden genomen. Zo zullen bij een wegafzetting die gedurende lange tijd kon worden voorbereid gevaarlijke situaties volledig moeten worden vermeden; een plotselinge afzetting na een botsing op de snelweg, is bijna per definitie gevaarlijk – daar zal men zoveel mogelijk moeten proberen om de afzetting zo veilig mogelijk te maken voor het overige verkeer. De mogelijkheden om de situatie volstrekt te controleren zijn in zo'n geval kleiner en de beoordelingsvrijheid van de handelende daarmee ruimer.

#### 7.7.4 Terug naar de kenmerken van rechtvaardigingen

Met de verwijzing naar de *margin of appreciation* kan worden teruggegrepen op een eerder in deze studie gedane observatie (het kwam in de vorige paragraaf al kort aan de orde).

Bij de behandeling van de volledige rechtvaardiging is gesignaleerd dat in situaties waarin een beroep moet worden gedaan op een rechtvaardiging, dikwijls sprake is van dezelfde kenmerken.<sup>207</sup> Het gaat vaak om een noodzaak snel op te treden, waarbij de reden tot ingrepen van buiten afkomstig is, en het optreden wordt ingegeven door een belang dat niet het eigen belang van de handelende is. Uit de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit vloeit voort dat in een dergelijke situatie het gedrag van de handelende met enige mildheid dient te worden beoordeeld en de handeling minder snel als onrechtmatig dient te worden aangemerkt.

Immers: wanneer snel moet worden opgetreden in een onvoorziene – niet zelf veroorzaakte – situatie, zal minder mogelijkheid bestaan om de alternatieven voor het schadeveroorzakend gedrag rustig af te wegen.<sup>208</sup> Uit de subsidiariteitseis volgt dan dat het handelen minder snel onrechtmatig is; de mogelijkheid om maatregelen te treffen die schade te voorkomen, te voldoen aan onderzoeks- of waarschuwingsplichten, zal in zo'n geval afwezig zijn door de nijpende situatie waarin de handelende verkeert en gedwongen is te handelen.<sup>209</sup> En wanneer de handeling wordt verricht in het belang van een ander (zoals bij in noodtoestand uitgevoerde reddingsacties, of zaakwaarneming) brengt de proportionaliteitseis mee dat de handeling gezien het doel ervan, minder snel als onrechtmatig zal kunnen worden aangemerkt.<sup>210</sup>

---

207 Zie par. 3.11.1 (*Van buiten komende, plotselinge noodzaak op te treden, vaak buiten eigen belang*).

208 Vgl. par. 7.6.8 (*De rol van de voorzienbaarheid: de kans op schade*).

209 Vgl. par. 7.6.4 t/m 7.6.6.

210 Zie par. 7.5.2 (*Variaties met het doel van de activiteit*).

### 7.7.5 Concluderend over proportionaliteit en subsidiariteit

Wanneer een beroep op een rechtvaardigingsgrond wordt gedaan, wordt het gedrag van de dader getoetst aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Stond de handeling van de dader in een redelijke verhouding tot het beoogde doel, en heeft de dader minder schadelijke mogelijkheden om dat doel te bereiken niet onbenut gelaten? De dader kan zich alleen dan met succes op een rechtvaardiging beroepen, als hij bij het uitoefenen van die bevoegdheid zorgvuldig is geweest.

De eisen van proportionaliteit en subsidiariteit bleken ook de perfecte omschrijving van de zorgvuldigheidstoets in het algemeen, dus buiten de toepassing in geval van de toets van de aangevoerde rechtvaardiging of van overheidshandelen. De zorgvuldigheidstoets is niets anders dan een toets van de proportionaliteit en subsidiariteit van de te beoordelen handeling.

De proportionaliteitseis verheldert de aansprakelijkheid in geval van een onjuiste belangenafweging: onrechtmatig is die handeling waarbij een (juridisch) foutief doel is nagestreefd, of een respectabel doel is nagestreefd met een schadelijk middel. Daarmee kan ook de 'onvolledigheid' worden verklaard die kenmerkend is voor de eerder in deze studie (zie hoofdstuk 4) beschreven onvolledige rechtvaardigingen.

Maar omgekeerd biedt de proportionaliteitstoets ook een goede verklaring voor de 'normverlichting' die in bepaalde verhoudingen wordt toegepast. Denken vanuit het doel van de handeling en de belangen van de betrokken partijen van gevallen maakt duidelijk waarom in bepaalde situaties lichtere normen gelden dan in andere situaties.

Aan de hand van het subsidiariteitsvereiste zijn de gevallen van gevaarzetting te verklaren: in deze gevallen zou het met een andere handelwijze mogelijk zijn geweest minder, of zelfs geen schade te veroorzaken. De onrechtmatigheid van het gedrag schuilt erin dat deze betere handelwijze niet is gekozen.

Proportionaliteit en subsidiariteit tezamen bleken een goede verklaring te bieden voor het verschil in de beoordeling van de aansprakelijkheid in geval van schending van verkeers- en veiligheidsnormen enerzijds, en algemene zorgvuldigheidsnormen anderzijds. Beide toetsen verklaren ook de redelijkheid van het verlenen van een zekere handelingsvrijheid (*margin of appreciation*) in sommige situaties. In geval van nood is de keuzevrijheid van de handelende groter.

De zorgvuldigheidsnorm bestaat uiteindelijk uit twee toetsen: die van proportionaliteit en subsidiariteit. Dat is de les die voor het algemene aansprakelijkheidsrecht te trekken valt uit de bestudering van rechtvaardigingsgronden.

### 7.7.6 Overgang naar wat volgt

Met het aanvoeren van een rechtvaardiging voor zijn handelen wil de gedaagde de beoordeling van de rechtmatigheid van de handeling beïnvloeden. In het voorgaande deel van dit boek stonden de *rechtvaardigingen* centraal. Bepaalde rechtvaardigingen bleken een doorslaggevende invloed op de beoordeling van de handeling te hebben en het oordeel over de handeling: deze kunnen het oordeel veranderen van onrechtmatig in rechtmatig. Zij zijn hiervoor aangeduid als volledige rechtvaardigingen.<sup>211</sup> Andere rechtvaardigingen bleken wel in staat de beoordeling te beïnvloeden, maar bleken niet op zichzelf of niet definitief in staat de kwalificatie van de daad te veranderen in rechtmatig.<sup>212</sup> Kortweg: een sterke rechtvaardiging kan de handeling tot een rechtmatige maken.

In dit hoofdstuk over proportionaliteit en subsidiariteit kwam ook de logische keerzijde van de redenering naar voren. Voor bepaalde schadelijke handelingen moet men een wel zeer krachtige rechtvaardiging aanvoeren om te ontkomen aan het predicaat onrechtmatig. Dan staat de *normschending* centraal en is de vraag welke verweren kunnen worden aangevoerd bij een geconstateerde onrechtmatige daad. Dan blijkt dat sommige typen normschendingen op zichzelf al (zeer) bepalend voor de beoordeling van de handeling zijn. Dat is het geval bij de schending van verkeers- en veiligheidsnormen. Ook zal bij de overtreding van dwingendrechtelijke regels gezien de aard van de geschonden norm zwaardere eisen worden gesteld aan de rechtvaardiging dan bij de overtreding van andere regels.<sup>213</sup>

Niet alleen de rechtvaardiging stuurt dus de beoordeling van de rechtmatigheid van de daad. De (aard van de) normschending doet precies hetzelfde, maar dan uiteraard van de andere kant. In het eerste hoofdstuk van dit boek heb ik dat de 'polariteit van de normschending en rechtvaardiging' genoemd.<sup>214</sup> Daarmee doelde ik op twee zaken. Ten eerste de polaire dynamiek van normschending en rechtvaardiging: zij trekken van verschillende zijden aan de oordeelsvorming. En ten tweede de afhankelijkheid tussen beide: niet tegen iedere normschending kan men zich met succes verweren met een beroep op elke soort rechtvaardiging.

Hiermee is het terrein van de normschending betreden, waar de vraag rijst hoe de verhouding tussen normschending en ingeroepen rechtvaardiging moet worden gezien. Die vraag betreft niet alleen de normschending zelf, maar ook de toerekening ervan, mede gezien de strekking van de ingeroepen rechtvaardiging.

---

211 Waarover hoofdstuk 3 (*De volledige rechtvaardiging*).

212 Zie hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*) resp. 5 (*De voorwaardelijke rechtvaardiging*). Uit de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit kan worden verklaard waarom de rechtvaardiging als onvolledig wordt aangemerkt.

213 Vgl. Hof Amsterdam 21 december 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AD2457, NJ 1997/740 (*Simon Levelt*).

214 Zie par. 1.2.4 (*De polaire verhouding tussen norm en rechtvaardiging*).

ging. Het gaat, met andere woorden over de juridische inhoud en kwalificatie van de te rechtvaardigen handeling. Het nu volgende deel van de studie is daaraan gewijd.