



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).

10 | Relativiteit

10.1 RECHTVAARDIGING EN RELATIVITEIT

10.1.1 Inleiding

In dit laatste hoofdstuk van het deel over de inhoud van rechtvaardigingsgronden keer ik nog eenmaal terug naar artikel 6:162, lid 2. Het artikellid geeft eerst een opsomming van wat als onrechtmatige daad geldt. Daarop volgt het slot:

‘een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond’.

De zinsnede suggereert dat geen sprake kan zijn van een onrechtmatige daad als een rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Die suggestie is onjuist. Ook als een rechtvaardigingsgrond of andere rechtvaardiging aanwezig is, kan de daad toch onrechtmatig zijn. De verklaring daarvoor is gelegen in het feit dat de rechtvaardigingsgrond – evenals zijn spiegelbeeld de onrechtmatige daad – een relatief karakter heeft. In dit hoofdstuk staat deze relativiteit van de rechtvaardiging centraal.

10.1.2 Relativiteit van de rechtvaardiging in verschillende rechtssferen

De basis voor de gedachte dat rechtvaardigingen relatief werken, is reeds te vinden bij Van Eikema Hommes. Hij wijst op de mogelijkheid dat een

‘concrete gedraging binnen de ene rechtssfeer rechtmatig, maar binnen een andere onrechtmatig is’.¹

Als voorbeeld geeft hij de Voorste Stroom-situatie. De gemeente Tilburg loost rioolwater in het riviertje de Voorste Stroom. Deze lozingsmethode brengt voor de omwonenden ernstige overlast mee. De gemeente beroept zich voor haar handelwijze op een rechtvaardiging: op grond van het algemeen belang was voor de goedkoopste lozingsmethode gekozen. Dit brengt voor de gemeente volgens Van Eikema Hommes mee dat

1 Van Eikema Hommes, *Elementaire grondbegrippen* 1983, p. 316.

'haar handelwijze uit oogpunt van de innen het kader van de gemeentelijke huishouding geboden en gerechtvaardigd is, [maar] (...) de handelwijze van de gemeente blijft tegenover de eigenaren van de bedreigde percelen onrechtmatig'.²

Deze redenering brengt Van Eikema Hommes tot de volgende conclusie:

'dan blijkt dat de HR niet op innerlijk tegenstrijdige wijze een handeling tegelijk rechtmatig en onrechtmatig verklaart, maar dat de handelwijze van de gemeente binnen het kader van de gemeentelijke huishouding, d.i. binnen het *publieke gemeenschapsrecht* van dit staatsonderdeel, *rechtmatig*, maar in de relatie tot de eigenaars van de bedreigde percelen, d.i. binnen het *burgerlijk maatschappelijke rechtsverkeer*, *onrechtmatig* is'.³

De door Van Eikema Hommes gemaakte onderscheiding berust op de gedachte dat een handeling in *verschillende* rechtssferen tegelijk rechtmatig en onrechtmatig kan zijn. Rechtmatig in het staatsrecht; onrechtmatig in het burgerlijk recht. Voor het denken over rechtvaardigingsgronden binnen één rechtssfeer, in dit onderzoek: het civiele recht, is de onderscheiding daarom weinig zinvol.⁴

Overigens lijkt mij de observatie juist dat de rechtmatigheid van een handeling in verschillende rechtssferen anders kan worden beoordeeld. Mijns inziens kan dat worden verklaard vanuit het beschermingsdoel van de rechtvaardigingen waarover Van Eikema Hommes spreekt. Ik kom daarop later terug.⁵

10.1.3 Relativiteit van de werking van de rechtvaardiging

Op het feit dat rechtvaardigingsgronden een relatief karakter kunnen hebben is ook gewezen door Remmelink. In zijn bewerking van Hazewinkel-Suringa constateert hij dat sommige rechtvaardigingsgronden weliswaar het feit recht-

2 Van Eikema Hommes, *Elementaire grondbegrippen* 1983, p. 435-436 (cursiveringen in origineel). Zie ook p. 316. Vgl. ook zijn *Beschouwingen over juridische causaliteit*, RMTh. 1965 I-II, p. 183. Op de aldus vastgestelde onrechtmatigheid in de civiele rechtssfeer grondt Van Eikema Hommes de schadevergoedingsverplichting van de gemeente jegens de grondeigenaren.

3 Van Eikema Hommes, *Elementaire grondbegrippen* 1983, p. 436 (cursiveringen in origineel).

4 In zijn proefschrift over de relativiteit verwijst Lankhorst ten onrechte naar de zojuist aangehaalde passages in het werk van Van Eikema Hommes voor de stelling dat eenzelfde handeling overmacht kan opleveren ten opzichte van x, maar niet ten opzichte van y. Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, p. 7, voetnoot 3. Lankhorst doelt hier op de relativiteit van de rechtvaardigingsgrond binnen één rechtssfeer, namelijk de civiele. (Zie daarover Franke, *Schadevergoeding na binnentreden*, AA 1991, p. 1030 e.v.) Hierover spreekt Van Eikema Hommes juist niet. In 'burgerrechtelijk opzicht' zijn de inbreuk makende handelingen volgens hem onrechtmatig, zie bijv. Van Eikema Hommes, *Beschouwingen over juridische causaliteit* 1965, p. 184. Zie ook diens *Elementaire grondbegrippen* 1983, p. 316.

5 In par. 10.2.2 (*Twee typen relativiteit*) en 10.2.3 (*Consequentie voor de afbakening van het onderzoeksterrein*).

vaardigen, maar slechts ten aanzien van één persoon. Hij onderscheidt zogenaamde 'relatieve en absolute rechtvaardigingsgronden' en zegt:

'In Noyon-Langemeijer (...) hadden wij, dit onderscheid niet makend, deswege moeite met het volgende geval: A dreigt B met een pak slaag, waardoor deze ter vermijding van groter kwaad een strafbaar feit begaat. Hij overschrijdt bijv. de maximumsnelheid. Noodtoestand wordt aangenomen en het feit wordt gerechtvaardigd. Kan A nu met succes worden vervolgd terzake van doen plegen? Antwoord: Nee, als het feit totaal gerechtvaardigd is. Ja, als het feit alleen gerechtvaardigd wordt ten behoeve van B, maar niet ten behoeve van A.'⁶

De hier gebruikte terminologie is mijns inziens verwarrend.

Het gaat niet om de vraag of de rechtvaardigingsgrond *zelf* absoluut is. Dat is in het genoemde voorbeeld immers niet het probleem. Pleger kan zich 'gewoon' op noodtoestand beroepen. En ten aanzien van doen-pleger A is geen enkele voorwaarde voor een beroep op noodtoestand vervuld. Hij kan zich er dus eenvoudig niet op beroepen. Daar is weinig relatiefs aan.

De vraag waar het om gaat, is of de rechtvaardigingsgrond absolute *werking* heeft. Dat wil zeggen: of hij alle gevolgen rechtvaardigt of niet. Dat dit is waar Rummelink op doelt, blijkt uit de passage waarnaar hij in de juist geciteerde alinea verwijst. Deze vermeldt in de laatste bewerking het volgende:

'In o.m. de vijftiende druk van Hazewinkel-Suringa (...) heb ik voorgesteld te erkennen, dat niet alle rechtvaardigingsgronden een absolute werking hebben, met andere woorden, dat het feit soms slechts ten aanzien van een bepaalde persoon wordt gerechtvaardigd, in casu derhalve ten aanzien van de pleger, en niet ten aanzien van de "doen-pleger". (...) Globaal gezegd zullen uitvoering van wettelijk voorschrift en ambtelijk bevel altijd wel een absolute werking hebben, terwijl met name noodweer – wellicht ook noodtoestand – niet zonder meer het gehele criminele gebeuren zal rechtvaardigen. Degeen die een ander ophitst om een niets vermoedende derde aan te vallen zal zich dan niet met een beroep op noodweer kunnen rechtvaardigen als hij vervolgens de verdediging van die derde op zich neemt.'⁷

Waarop Rummelink deze onderscheiding tussen de verschillende gronden baseert is overigens niet duidelijk. Het is moeilijk in te zien waarom sommige rechtvaardigingsgronden het feit slechts ten aanzien van bepaalde personen rechtvaardigen en een ambtelijk bevel of een wettelijk voorschrift altijd het gehele 'gebeuren' zouden rechtvaardigen. Ook een ambtelijk bevel werkt slechts ten aanzien van degene tot wie het gericht is en zover het bevel strekt. Anderen kunnen er geen rechten aan ontleen om hun daad te rechtvaardigen, ook niet als hun daad onderdeel van 'het gebeuren' was. Hetzelfde geldt voor

6 Hazewinkel-Suringa/Rummelink 1996, p. 267, voetnoot 1.

7 Noyon/Langemeijer/Rummelink, Strafrecht, titel III Sr, aant. 2 (online-versie 2017, bew. Machielse).

een wettelijk voorschrift. Dit rechtvaardigt slechts daden waarop het voorschrift betrekking heeft en voor zover dat voorschrift strekt. Andere daden blijven onrechtmatig, ook al maakten ze deel uit van het 'criminele gebeuren', of, in civielrechtelijke termen: van het schade toebrengende feit.⁸ De grote waarde van het door R Emmelink gemaakte onderscheid schuilt echter in de constatering dat de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond niet meebrengt dat *dus* de gehele daad gerechtvaardigd is. Anders gezegd: de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond hoeft niet in één klap de kwalificatie 'onrechtmatig' onder het feit vandaan te slaan. In hoeverre een rechtvaardigingsgrond de onrechtmatigheid *wel* opheft, hangt af van de *strekking* van de rechtvaardigingsgrond. In het civiele recht wordt dat een relativiteitskwestie genoemd.

10.1.4 Relativiteit van de rechtvaardiging zelf

Een rechtvaardigingsgrond is een verweermiddel van de gedaagde, dat sterk genoeg is de aanvankelijke beoordeling van de daad als 'onrechtmatig' te veranderen in 'rechtmatig'.⁹ Niet alle rechtvaardigingen (of: bevoegdheden) zijn daartoe in staat. Niet alle hebben ze ook de *strekking* dat de schade toebrengende handeling een rechtmatige wordt. Zo beschermt een vergunning de vergunninghouder niet altijd tegen een actie uit onrechtmatige daad. Of de vergunning als voldoende rechtvaardiging geldt tegen een actie uit onrechtmatige daad, hangt af van de aard van de vergunning en het doel van de regeling waarop zij berust:

'dat het antwoord op de vraag of en in hoeverre een door de overheid verstrekte vergunning invloed heeft op de beoordeling van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van degene die overeenkomstig de hem verstrekte vergunning handelt, doch daarbij schade of hinder toebrengt aan derden, afhangt van de aard van de vergunning en het belang dat wordt nagestreefd met de regeling waarop de vergunning berust, zulks in verband met de omstandigheden van het geval'.¹⁰

Ook als de ingeroepen rechtvaardiging *wel* de strekking heeft de handelende te vrijwaren tegen een actie uit onrechtmatige daad, is het mogelijk dat de handelende zich er *toch* niet op kan beroepen. Dat kan het geval zijn, wanneer de rechtvaardiging slechts strekt tot het toebrengen van een bepaald soort

8 Daarbij zal een rol spelen in hoeverre het bevel of het voorschrift geconcretiseerd is. Een op het geval toegesneden bevel of een zeer concreet wettelijk voorschrift zal eerder 'absolute werking' hebben dan een algemeen bevel of een voorschrift met een ruime strekking. Van Rest wijst erop dat bevelen en ambtsinstructies vaak niet zeer concreet kunnen zijn, zie Van Rest, *Het ambtelijk bevel* (diss) 1991, p. 47.

9 Zie par. 1.4.8 (*Bijstelling definitie*).

10 HR 10 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AC1311, NJ 1972/278 (*Vermeulen/Lekkerkerker*), r.o. t.a.v. het zevende onderdeel.

schade, of wanneer zij alleen een bepaalde wijze van schadetoebrenging rechtvaardigt.

Centraal in dit hoofdstuk staat de strekking van de rechtvaardiging. Zij kan worden weergegeven met de werking van rechtvaardigingen, door (R.J.) Polak zo omschreven, dat

‘de rechtvaardigingsgrond een belangeninbreuk dekt, welke anders niet door de gelaedeerde zou behoeven te worden geduld’.¹¹

Om te ontkomen aan een vordering uit onrechtmatige daad, moet de ‘belangeninbreuk’ (de in principe onrechtmatige handeling) worden gedekt door de rechtvaardiging waarop de aangesprokene zich beroept. Dat lijkt een voor de hand liggende gedachte. Een blik over de grenzen leert anders.

10.1.5 Ter illustratie: een Duitse controverse

Het belang van de kwestie van de strekking van rechtvaardigingen is aan te duiden aan de hand van een Duitse discussie over het bestaansrecht van rechtvaardigingsgronden. Overtuigd van het nut van deze gronden voor onder meer de beoordeling van de ‘Rechtswidrigkeit’ is Larenz, volgens wie

‘die Rechtfertigungsgründe in der gesamten Rechtsordnung gleich sind und (...) keinen spezifischen Bezug auf einen bestimmten Deliktsbestand haben’.¹²

Hiertegen neemt Von Bar stelling. Hij richt zich tegen de (ook door de Nederlandse wetgever gehuldigde)¹³ gedachte dat rechtvaardigingen niet speciaal betrekking hebben op één type normschending:

‘Zum einen gibt es nämlich kaum einen einzigen Rechtfertigungsgrund, der wirklich gegenüber allen unerlaubten Handlungen zum Tragen kommen könnte’.¹⁴

Hij laat op deze uitspraak een grote hoeveelheid voorbeelden volgen. Omdat ze van belang zijn voor het denken over het onderwerp, citeer ik een aanzienlijk deel van de betreffende passage:

11 Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid* (diss.) 1949, p. 120.

12 Larenz & Canaris, *Schuldrecht II/2* 1994, p. 370/371.

13 Zie TM op artikel 6.3.1.1 (6:162), *Parl. Gesch. BW Boek 6 1981*, p. 616: ‘De rechtvaardigingsgronden zijn de voor meer dan één norm geldende uitzonderingen’. Evenzo: Deutsch, *Deliktsrecht* 2002, p. 45, nr. 91: ‘die Rechtfertigung ist gegenüber allen Formen der Rechtswidrigkeit möglich’.

14 Von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* 1999, nr. 489.

‘Das in viele Rechtsordnungen jedermann gewährte Recht, einen auf frischer Tat betroffenen und der Flucht verdächtigen Straftäter vorläufig festzunehmen, rechtfertigt typischerweise nur die Freiheitsberaubung und die zu ihrem Zweck eingesetzte Gewalt gegen Personen und Sachen. Unterschiedlicher Auffassung kann man in der Frage sein, ob eine Einwilligung auch auf Fahrlässigkeitstaten bezogen werden kann (...), Notwehr gegenüber einer Beleidigung ist nur höchst eingeschränkt denkbar und rechtfertigt jedenfalls nicht den Einsatz körperlicher Gewalt (...) und das Recht des Mieters, die gemietete Sache zu gebrauchen, rechtfertigt natürlich nur die Sachbeschädigung. Für bau- und umweltrechtliche Genehmigungen gilt, sofern sie überhaupt den Rang eines Rechtfertigungsgrundes bekleiden, im Zweifel dasselbe, wie denn überhaupt gesetzliche Erlaubnisse und Befehle typischerweise nur eng umrissene Verhaltensweisen gestatten.’¹⁵

Sommige rechtvaardigingen zijn aan vrij strikte voorwaarden gebonden (zoals de bevoegdheid een voortvluchtige aan te houden, de noodweerbevoegdheid, of de bevoegdheden van een huurder). Wanneer aan die voorwaarden is voldaan, kan het toebrengen van schade gerechtvaardigd zijn. Sommige rechtvaardigingen dienen in het geheel niet ter rechtvaardiging van het toebrengen van schade (zoals bouw- en milieuvergunningen).

Daarnaast wijst Von Bar erop dat een rechtvaardiging in het ene rechtsgebied nog geen rechtvaardiging in het andere behoeft te zijn:

‘Denn es ist z.B. gut vertretbar, sadomasochistische Sexualpraktiken trotz der Einwilligung des Opfers zu bestrafen, aber es erscheint mir abwegig, dem “Kunden” gegen seine “Domina” einen Schadenersatzanspruch wegen einer Körperverletzung zu geben, solange sich das Geschehen im Rahmen des vorher Abgesprochenen hielt. Auch sonst macht es vielfach wenig Sinn, Rechtfertigungsgründe, die für das Strafrecht entwickelt wurden, unbesehen auf das Privatrecht zu übertragen, und umgekehrt.’¹⁶

Het voert hem tot deze conclusie:

‘Es bleibt demnach bei unserer schon früher geäußerten Ansicht, daß die Rechtswidrigkeit keine in einem europäischen Kontext brauchbare Kategorie ist, und wir fügen jetzt hinzu, daß dasselbe auch für die Rechtfertigungsgründe gilt.’¹⁷

Naar mijn mening hangen de voorbeelden die Von Bar geeft samen met het beschermingsbereik (of: de beschermingsomvang) van de rechtvaardiging: Een

15 Von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* 1999, nr. 489.

16 Von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* 1999, nr. 489. Op deze plaats haalt Von Bar met instemming de opvatting van de Nederlandse wetgever aan, die gezien (o.a.) de onzekerheid over de grenzen van verschillende rechtvaardigingsgronden geen afzonderlijke regeling van deze gronden opnam. Zie: TM bij art. 6.3.1.1 (6:162), *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.

17 Von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* 1999, nr. 490.

rechtvaardiging is alleen in te roepen voor de schending van bepaalde belangen.¹⁸

Het voorbeeld van de civielrechtelijke rechtvaardiging die voor het strafrecht geen betekenis heeft, past in mijn visie binnen de gedachte dat een norm (en ook een rechtvaardiging) een bepaald beschermingsdoel heeft.¹⁹ Zoals bij de bespreking van straf- en civielrecht bleek, zijn de doelen van beide rechtsgebieden niet dezelfde.²⁰ Het lijkt daarom aannemelijk dat de rechtvaardigingen die in het ene rechtsgebied een bepaald doel dienen, in het andere rechtsgebied en tegen een ander soort vordering niet dezelfde rechtvaardigende werking behoeven te hebben.

Mijn stelling is dan ook dat alle door Von Bar voor zijn conclusie aangevoerde voorbeelden te verklaren zijn vanuit de idee van de *relativiteit van de rechtvaardiging*. Deze stelling licht ik nu toe.

10.2 DE RELATIVITEIT VAN DE RECHTVAARDIGING: BEGRIPSBEPALING

10.2.1 Strekking van de norm en van de rechtvaardiging

Alle normen zijn relatief. Zij strekken slechts tot bescherming van bepaalde belangen. Artikel 6:163 zegt dat zo:

‘Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.’

Hetzelfde geldt, zo heb ik al eens betoogd, voor een rechtvaardiging:

‘Hierbij gaat het om een handeling die in het algemeen onrechtmatig zou zijn, maar in het bijzondere geval gerechtvaardigd is. Die rechtvaardiging is niet absoluut. Zij geldt slechts ten opzichte van *bepaalde* belangen.’²¹

Toegepast op rechtvaardigingen zou ik het relativiteitsbeginsel, spiegelbeeldig aan dat van de onrechtmatige daad, als volgt willen formuleren:

‘De ingeroepen bevoegdheid moet strekken tot rechtvaardiging van het toebrengen van schade zoals de benadeelde die heeft geleden.’

18 Over deze kwestie: zie par. 10.2.2 (*Twee typen relativiteit*).

19 Zie daarover eveneens par. 10.2.2 (*Twee typen relativiteit*). Ook de door Von Bar genoemde bouw- en milieuvergunningen zie ik als voorbeeld van rechtvaardigingen met een beperkt beschermingsdoel.

20 Zie daarover hoofdstuk 2 (*Strafrecht en burgerlijk recht*), m.n. par. 2.2 (*Straf- en civielrecht: ordeningssystemen*).

21 Franke, *Schadevergoeding na binnentreden*, AA 1991, p. 1031, links.

In de hier gekozen definitie is de term ‘bevoegdheid’ gekozen in plaats van ‘rechtvaardigingsgrond’ omdat hij ruimer is: iedere rechtvaardiging is een bevoegdheid – maar niet elke bevoegdheid heeft de strekking het handelen geheel te rechtvaardigen.²² Het onderzoek in dit hoofdstuk richt zich op de vraag welke bevoegdheden die strekking wèl hebben.

10.2.2 Twee typen relativiteit

Bloembergen onderscheidt in zijn bespreking van het relatieve karakter van de onrechtmatigheid twee aspecten. Ten eerste: de overtreden norm moet strekken tot bescherming van het getroffen belang. Dat is niet het geval wanneer de norm niet strekt tot bescherming van de getroffen soort belangen, de kring van personen of de wijze van intreden van de schade.²³ Hiernaast ziet Bloembergen een ander aspect:

‘Het kan ook zijn (...) dat uit de inhoud of strekking van de overtreden norm afgeleid moet worden, dat aan de overtreding van de norm niet het rechtsgevolg is verbonden, dat er een verplichting uit onrechtmatige daad ontstaat.’²⁴

De laatste kwestie – eigenlijk de voorvraag – wordt, met een vertaling van het Duitse²⁵ *Schutzzweck*, het beschermingsdoel van de norm genoemd. De vraag naar de omvang van de bescherming wordt meestal, met een vertaling van *Schutzbereich*, aangeduid als het beschermingsbereik of beschermingsomvang van de norm.²⁶ Het is van belang deze twee typen relativiteit te onderscheiden, zo schrijft Lankhorst:

‘Wanneer immers in de eerste fase al blijkt dat de overtreden norm geen ruimte biedt aan privaatrechtelijke claims dan kan het relativiteitsonderzoek in dit stadium reeds worden gestaakt.’²⁷

Om van een norm in de eerste zin – een beschermingsnorm – te kunnen spreken, moet het gaan om een norm die in ieder geval individuele belangen beoogt te beschermen:

22 Zie daarover bijv. hierboven, hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*).

23 Bloembergen, *Schadevergoeding* (diss.) 1965, p. 169. Dit eerste aspect komt hierna aan de orde. Zie: par. 10.2.4 (*Drie soorten beschermingsbereik*).

24 Bloembergen, *Schadevergoeding* (diss.) 1965, p. 170.

25 De relativiteitsleer is van Duitse origine. Zie over de herkomst van het leerstuk: Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, par. 2.2, met name p. 10-20.

26 Zie over deze twee typen relativiteit Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, hoofdstuk 5, met name paragraaf 5.8. Zie ook Den Hollander, die in dit verband twee niveaus van abstractie onderscheidt. Den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss.) 2016, par. 4.5 en 4.6. Zie ook het werk van Deutsch, *Deliktsrecht* 2002, § 9, p. 52-56.

27 Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, p. 93.

‘Entscheidend ist, daß die Norm einen privaten Schutzzweck aufweist. Sie muß also ein privates Rechtsgut oder Interesse wahrnehmen.’²⁸

Aan welke ‘Individualinteressen’ valt daarbij te denken? Een nadere inperking van het beschermingsdoel van de norm is te vinden bij Deutsch:

‘So sollte vom Schutzzweck nur gesprochen werden, wenn es darum geht, daß eine Norm ein ziviles Interesse durch eine Schadenersatzpflicht wahrnimmt.’²⁹

Om de eerste toets van beschermingsnorm te kunnen doorstaan, moet de norm dus dienen tot bescherming van de gelaedeerde *tegen een civielrechtelijke schadevergoedingseis*. Sommige normen dienen daar niet toe. De Toelichting Meijers geeft de volgende voorbeelden:

‘de strekking van de overtreden wetsbepaling [kan] meebrengen, dat daarin niet rechtstreeks tegenover de terzake belanghebbenden een plicht wordt opgelegd, waarvan schending tegenover hen een onrechtmatige daad oplevert, omdat de bepaling in het geheel niet voor de belanghebbenden een aanspraak op de voorgeschreven gedraging wil vestigen. Naar de Hoge Raad heeft beslist, is dat veelal het geval bij publiekrechtelijke voorschriften die verplichtingen van bepaalde overheidsorganen omschrijven; ook wetsvoorschriften die aan burgers plichten opleggen kunnen de bedoelde strekking hebben. (...) Niet-naleving van dergelijke verplichtingen leidt in het algemeen slechts tot het in werking treden van strafrechtelijke of van staats- of administratiefrechtelijke sancties.’³⁰

Hetzelfde geldt – omgekeerd – voor rechtvaardigingen. Zoals sommige normen niet dienen tot bescherming van de burger tegen schade die hij heeft geleden, zo dienen sommige bevoegdheden niet tot bescherming van de handelende wanneer hij schade toebrengt. Ze schieten tekort als verweer tegen een schadevergoedingsvordering.

10.2.3 Consequentie voor de afbakening van het onderzoeksterrein

De constatering dat de ingeroepen rechtvaardiging in ieder geval tot doel moet hebben de handelende te vrijwaren tegen een schadevergoedingsvordering, is van groot belang voor de afperking van het onderzoeksterrein. Een aantal van de in deel II omschreven rechtvaardigingen kan immers niet worden ingeroepen ter afwering van een civielrechtelijke schadevergoedingseis. Dat betekent dat deze rechtvaardigingen de eerste relativiteitstoets niet doorstaan.

28 Deutsch, *Deliktsrecht* 2002, nr. 109, p. 54.

29 Deutsch, *Deliktsrecht* 2002, nr. 108, p. 53.

30 TM op art. 6.3.1.2 (6:163), *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 633.

Ik doel hier met name op de in hoofdstuk 4 als *onvolledige rechtvaardigingen* omschreven bevoegdheden.³¹

Te denken valt daarbij allereerst aan bepaalde bevoegdheden in de staats- of strafrechtelijke sfeer.³² Zo grondt de overheid haar bevoegdheid tot het doen van invallen in woningen en het aanhouden van verdachten op artikel 27 Sv.³³ Dit is typisch een bevoegdheid, gegeven aan de overheid om – als de omstandigheden dat vergen – schade *toe te brengen*. Maar zij is verleend geheel onafhankelijk van de vraag of eventuele schade bij het uitoefenen van de bevoegdheid *dient te worden vergoed*.³⁴ De bevoegdheid strekt er slechts toe de overheid mogelijk te maken vergaande ingrepen te plegen in het privé-leven van burgers, ter bereiking van bepaalde opsporingsdoelen.³⁵

Ook veel soorten vergunningen strekken ertoe handelingen als genoemd in de vergunning mogelijk te maken, terwijl ze de vergunninghouder geen bescherming bieden tegen een civielrechtelijke schadevergoedingsactie. Bij de beoordeling van de laatstgenoemde actie kan het bestaan van de vergunning relevant zijn, maar of zij de aangesprokene beschermt hangt af (het is hierboven al gezegd:) van de strekking van de vergunning en het doel van de regeling waarop zij berust.³⁶

Overigens geldt ook het omgekeerde: wie civielrechtelijk toestemming heeft tot een handeling, hoeft publiekrechtelijk nog niet gerechtvaardigd te zijn. Deutsch noemt het voorbeeld dat zonder publiekrechtelijke vergunning, maar met civielrechtelijke toestemming van de grondeigenaar wordt gebouwd:

‘Wer ohne Genehmigung mit Erlaubnis des Eigentümers auf fremdem Grundstück baut, handelt rechtswidrig und gerechtfertigt zugleich: Die mangelnde Erlaubnis

31 Ze zijn onvolledig genoemd, omdat ze (op zichzelf) niet in staat zijn het aanvankelijke oordeel dat de daad onrechtmatig is, te veranderen in het oordeel: rechtmatig. Zie par. 1.3 (*Het grensgebied: van rechtmatige en onrechtmatige daad*) en hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*), met name par. 4.1 (*Twee typen onvolledigheid*).

32 Vgl. de hierboven geciteerde passage uit de Toelichting Meijers. Daaruit blijkt dat het bijv. gaat om ‘publiekrechtelijke voorschriften’, die *verplichtingen* van overheidsorganen omschrijven (TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 633). In het geval van rechtvaardigingen betreft het (omgekeerd) publiekrechtelijke voorschriften die *bevoegdheden* van de overheid omschrijven.

33 Met inachtneming van de voorwaarden, zoals neergelegd in de Algemene wet op het binnentreden.

34 Anders dan regelingen waarin het gaat om aantasten van eigendom van burgers, maar waarbij *wel* een voorziening met betrekking tot de schadevergoeding is opgenomen, zoals bijv. de onteigeningswetgeving.

35 Eerder heb ik betoogd dat artikel 27 Sv slechts in te roepen is tegen bepaalde personen. Zie: Franke, *Schadevergoeding na binnentreden*, AA 1991/11, p.1031. Dat lijkt mij bij nader inzien niet juist geformuleerd. Het artikel is tegen iedereen in te roepen, maar het is geen norm die bescherming beoogt te bieden tegen een civielrechtelijke schadevergoedingseis.

36 Vgl. par. 10.1.4 (*Relativiteit van de rechtvaardiging zelf*).

der Baubehörde und die Zustimmung des Eigentümers wirken nicht in das andere Gebiet hinein.³⁷

Deutsch beschrijft het verschijnsel met de prachtige term *abfärben*: een in het ene rechtsgebied geldende rechtvaardiging verliest haar kleur in het andere rechtsgebied.³⁸

Als laatste dient nog te worden stilgestaan bij de wel als rechtvaardiging ingeroepen 'zwaarwegende maatschappelijke belangen', de omstandigheid dat een handeling is verricht in 'het algemeen belang'. Over de status van deze rechtvaardiging is de wetgever duidelijk:

'Men lette erop dat de enkele omstandigheid, dat een inbreukmakende handeling in het algemeen belang is, daaraan de onrechtmatigheid niet ontnemt; het algemeen belang is geen algemene rechtvaardigingsgrond.'³⁹

De bevoegdheid te handelen op grond van het algemeen belang, of van zwaarwegende maatschappelijke belangen heeft dus niet als beschermingsdoel de onrechtmatigheid aan een handeling te ontnemen. Zij beschermt de handelende dan ook niet tegen een schadevergoedingsactie. Dat is uitdrukkelijk bepaald in artikel 6:168 lid 1:

'De rechter kan een vordering, strekkende tot verbod van een onrechtmatige gedraging, afwijzen op de grond dat deze gedraging op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoort te worden geduld. De benadeelde behoudt zijn recht op vergoeding van de schade overeenkomstig de onderhavige titel' (*de titel Onrechtmatige daad, toevoeging MF*).

Al deze onvolledige rechtvaardigingen zijn geen beschermingsnormen, waarmee ik bedoel dat ze de aangesprokene niet beschermen tegen een schadevergoedingsclaim. Ze strekken niet 'tot rechtvaardiging van het toebrengen van schade'.⁴⁰ Voor deze gronden kan, in de woorden van Lankhorst

37 Deutsch, *Deliktsrecht* 2002, nr. 93, p. 46. Op dezelfde wijze is het voorbeeld van Von Bar te verklaren, dat hierboven (in par. 10.1.5 (Ter illustratie: een Duitse controverse)) reeds is aangehaald. Zie Von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* 1999, p. 513-514. De toestemming van het 'slachtoffer' van sadomasochistische handelingen kan de werking van het strafrecht niet beletten. Zij zal echter een belemmering zijn (civielrechtelijk) schadevergoeding wegens letsel te eisen, althans wanneer het gebeurde binnen het kader van de afspraak viel. Zie over de relativiteit van toestemming hierna, in par. 10.6 (Relativiteit; *Zaakwaarneming*).

38 Deutsch, *Deliktsrecht* 2002, nr. 93, p. 46.

39 TM op artikel 5.1.3, *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 65/66.

40 Vergelijk de definitie die hierboven is gegeven: 'De ingeroepen bevoegdheid moet strekken tot rechtvaardiging van het toebrengen van schade zoals de benadeelde die heeft geleden', zie par. 10.2.1 (*Strekking van de norm en van de rechtvaardiging*).

‘het relativiteitsonderzoek in dit stadium reeds worden gestaakt’.⁴¹

Het volgende betreft dus alleen die rechtvaardigingen, die wèl beschermingsnormen zijn. Nu de onvolledige rechtvaardigingen afvallen, blijven over wat hierboven met de term *volledige rechtvaardigingen* is aangeduid: de klassieke rechtvaardigingsgronden.⁴²

10.2.4 Drie soorten beschermingsbereik

Het vaststellen van de strekking van de overtreden norm is: het vaststellen van de omvang van de bescherming die de norm beoogt te bieden. De Parlementaire Geschiedenis noemt drie groepen van gevallen waarin de geleden schade buiten het beschermingsbereik van de norm valt:

‘In de woorden “tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden” ligt opgesloten dat de vordering moet worden afgewezen, zowel wanneer de geschonden norm niet ter bescherming van de eiser strekt, als wanneer de soort van de schade en de wijze waarop de schade is ontstaan buiten het bereik van de bescherming vallen.’⁴³

Lindenbergh omschrijft deze elementen van de relativiteitstoets bondig als: ‘persoon, belang, veroorzaking, ook wel: wie wat, hoe?’.⁴⁴

Ook rechtvaardigingsgronden kunnen slechts worden ingeroepen tegen bepaalde personen en ter rechtvaardiging van een inbreuk op bepaalde belangen. De bespreking van de relativiteit van de rechtvaardiging vindt daarom plaats aan de hand van de zojuist onderscheiden rubrieken: de kring van personen, de soort schade, en de wijze van intreden van de schade. Van elke categorie wordt een voorbeeld gegeven, ter illustratie van de idee dat rechtvaardigingen relatief zijn.

Hieraan moet worden toegevoegd, dat de onderscheiding in rubrieken niet meer is dan een theoretische indeling die dient om de stof inzichtelijk te

41 Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, p. 93.

42 Dat wil zeggen: de klassieke strafrechtelijke rechtvaardigingsgronden en zaakwaarneming. Zie daarover hoofdstuk 1 (*Begripsbepaling*), m.n. par. 1.3 (*Het grensgebied: van rechtmatige en onrechtmatige daad*) en hoofdstuk 3 (*De volledige rechtvaardiging*).

43 MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 637. Vgl. over het beschermingsbereik van de norm Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, hoofdstuk 5, m.n. p. 103-115.

44 Lindenbergh, annotatie bij HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, NJ 2020/233 (*Schietdrama Alphen*), onder 8. Zie reeds HR 7 mei 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO6012, NJ 2006/281 (*Duwbak Linda*), r.o. 3.4.1, en HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, NJ 2008/491 (*AstraZeneca/Menzis*), r.o. 3.3.2. Uitgebreid over de drie elementen: Van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss.) 2019, par. 5.3.5.

maken. In de praktijk kunnen uiteraard mengvormen van de verschillende rubrieken voorkomen.⁴⁵

10.2.5 Koppeling met de onrechtmatigheidscategorieën van artikel 6:162

Voor de bespreking van de relativiteitskwestie ga ik in dit hoofdstuk uit van de indeling in onrechtmatigheidscategorieën van artikel 6:162.

In hoofdstuk 3 is gesignaleerd dat de rechtvaardigingsgronden van artikel 40-43 Sr een grote verwantschap vertonen met de verschillende onrechtmatigheidsrubrieken van artikel 6:162.⁴⁶ De rechtvaardigingsgronden uit het Wetboek van Strafrecht *spiegelen* deze onrechtmatigheidsrubrieken. Zo kan men noodweer (artikel 41 Sr) opvatten als verweer *tegen* een rechtsinbreuk, waarbij de verweerder zelf een gerechtvaardigde inbreuk moet plegen. Wettelijk voorschrift (artikel 42 Sr, samen met ambtelijk bevel, artikel 43 Sr) is het handelen *op grond van* een wettelijke verplichting. Noodtoestand (artikel 40 Sr) tenslotte, is het maken van de juiste belangenafweging, dus het handelen *in overeenstemming met* de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt.

De koppeling aan de rubrieken van artikel 6:162 is voor de bespreking van de relativiteit van belang, omdat aannemelijk is dat de relativiteit voor elke rechtvaardigingsgrond anders geformuleerd moet worden, net zoals dat geldt voor de onrechtmatigheidscategorieën van artikel 6:162.⁴⁷

Tot de buitencontractuele rechtvaardigingen reken ik verder de zaakwaarneming.⁴⁸ De relativiteit van deze rechtvaardiging wordt besproken na de strafrechtelijke rechtvaardigingen, in paragraaf 10.6.

10.2.6 Verband met de voorgaande delen van het onderzoek

Het vaststellen van de strekking van een bepaling is niets anders dan teleologisch interpreteren, aldus Lankhorst:

‘Uitlegging naar het doel van het voorschrift is datgene wat er van ons wordt geveerd wanneer de relativiteitsvraag klinkt.’⁴⁹

Welke rol speelt dat wat in de voorgaande delen van deze studie is opgemerkt bij deze ‘uitlegging’ van de rechtvaardiging?

⁴⁵ Vgl. Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, p. 103.

⁴⁶ Zie par. 3.8.2 (*Artikel 6:162 gespiegeld*).

⁴⁷ Vgl. Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, par. 3.4, m.n. p. 66-69.

⁴⁸ Zie paragraaf 3.10 (*Zaakwaarneming*).

⁴⁹ Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, p. 119.

In *deel II* is per rechtvaardiging aangegeven wat de bestaansvereisten ervan zijn.⁵⁰ Uit sommige van deze vereisten volgt reeds het doel (de strekking) van de rechtvaardiging. Zo blijkt uit de *ogenblikkelijkheidseis* bij noodweer dat deze rechtvaardiging niet strekt tot bescherming van de dader die schade toebrengt nadat het gevaar is geweken. Gezien de wijze van ontstaan (ná de acute noodsituatie) valt deze schade buiten het beschermingsbereik van de ingeroepen rechtvaardiging. In *deel II* vond dus een eerste afbakening plaats, die van invloed kan zijn op het vaststellen van de strekking van de rechtvaardiging.

In *deel III* van de studie zijn de voorwaarden geformuleerd die gelden voor alle rechtvaardigingsgronden:

1. Het *culpa in causa*-vereiste: de te rechtvaardigen situatie mag niet veroorzaakt zijn door hem die zich op de rechtvaardiging wil beroepen.⁵¹
2. De proportionaliteitseis: er moet een redelijke verhouding bestaan tussen het verdedigde belang en de toegebrachte schade.⁵²
3. De subsidiariteitseis: een minder schadelijke manier ter verdediging van het belang mag men niet ongebruikt laten.⁵³

Tussen deze voorwaarden voor rechtvaardigingen en de nu te behandelen strekking van rechtvaardigingen bestaat een hecht verband, dat als volgt kan worden aangeduid.

De genoemde voorwaarden geven *in algemene zin* aan wat de strekking is van rechtvaardigingen. Geen enkele rechtvaardigingsgrond strekt bijvoorbeeld tot bescherming van de dader die buitenproportionele schade heeft toegebracht. Maar de vraag welke schade disproportioneel is, zal in verschillende situaties en voor verschillende rechtvaardigingen anders worden beantwoord. Zo kan in een *noodweersituatie* ook het toebrengen van zeer ernstig lichamelijk letsel of zelfs doodslag proportioneel zijn. Wanneer men zich echter ter rechtvaardiging van dit soort ernstige schade beroept op bijvoorbeeld een *ambtelijk bevel*, zal de schade snel disproportioneel kunnen zijn. Er zijn immers weinig bevelen denkbaar die de uitvoerder legitimeren tot zware verwonding of doodslag.⁵⁴ Voor elke rechtvaardiging worden de in *deel III* besproken voorwaarden dus op een andere wijze ingevuld.⁵⁵

50 Zie hoofdstuk 3 (*De volledige rechtvaardiging*), hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*) en hoofdstuk 5 (*De voorwaardelijke rechtvaardiging*).

51 Zie daarover uitgebreid hoofdstuk 6 (*Culpa in causa*).

52 Het vereiste is in hoofdstuk 7 (*Proportionaliteit en subsidiariteit*) besproken. Zie m.n. par. 7.2 (*Proportionaliteit en rechtvaardiging*).

53 Dit vereiste is eveneens besproken in hoofdstuk 7. Zie met name par. 7.3 (*Subsidiariteit en rechtvaardiging*).

54 Althans: buiten het oorlogsrecht en buiten het geval de uitvoerder van het bevel in een noodweersituatie verkeert.

55 Vgl. nogmaals Van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss. 2019), par. 5.3.5, die – spiegelbeeldig – de diverse normschendingen (inbreuk op ene recht, normen van ongeschreven recht en wettelijke normen) onderzoekt, zie ook zijn conclusie op p. 186.

Anders gezegd: bij het onderzoek naar het doel van de verschillende rechtvaardigingen in dit hoofdstuk geven de in deel III geformuleerde voorwaarden een algemeen kader voor de 'uitlegging'. Bij de behandeling van de relativiteit van elke rechtvaardiging krijgen de voorwaarden steeds een specifieke invulling. Dat geldt voor de *culpa in causa*-gedachte: wanneer iemand zelf oorzaak is van de te rechtvaardigen situatie, kan dat reden zijn hem het beroep op een rechtvaardiging te ontzeggen, gezien de *wijze van ontstaan van de schade*.⁵⁶ En zo kan de proportionaliteitseis medebepalend zijn voor de vraag welke *soort schade* valt onder het beschermingsbereik van een bepaalde rechtvaardigingsgrond. De subsidiariteitseis kan richtinggevend zijn voor het antwoord op de vraag of de *wijze van schadetoebrenging* valt onder een ingeroepen rechtvaardiging. De in deel III besproken voorwaarden staan dus niet naast de strekking van de rechtvaardiging, maar zijn hiervoor medebepalend. Ze spelen daarbij steeds in een andere context, namelijk in die van verschillende soorten rechtvaardigingen.

10.3 NOODWEER

10.3.1 Algemeen

De noodweerbevoegdheid is neergelegd in artikel 41 lid 1 Wetboek van Strafrecht:

'Niet strafbaar is hij die een feit begaat, geboden door de noodzakelijke verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed tegen ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding.'

Het artikel is bijzonder ruim geredigeerd. Niet strafbaar is hij die *een feit* begaat ter verdediging tegen een aanval. Uit de formulering lijkt te volgen dat als voldaan is aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit en uiteraard van artikel 41 Sr zelf, ieder feit wordt gerechtvaardigd. Een toets aan de relativiteitseis leert dat deze gedachte onjuist is.

10.3.2 Kring van personen

Uit de ratio van de noodweerregeling vloeit de beperking voort van de kring van personen jegens wie men zich op noodweer kan beroepen. Een actie uit zelfverdediging heeft men alleen tegen zijn aanvaller en diens helpers. In de Digesten wordt uitgelegd waarom:

56 Een toepassing van deze gedachte is al gegeven bij de bespreking van *culpa in causa* in par. 6.6.8 (*Relativiteit en uitlokking*).

‘Het wordt immers slechts toegestaan diegene geweld aan te doen die zelf geweld gebruikt en dan nog slechts als het is geschied ter zelfverdediging en niet om ook wraak te nemen.’⁵⁷

Dat betekent dat een beroep op noodweer niet baat tegenover iemand die niet bij de aanval betrokken was. Beroemd is de Middeleeuwse Engelse Case of the Thorns:

‘So, (...) if a man makes an assault upon me and I am not able to avoid him, but he wishes to beat me and I in defence of myself raise my stick to strike him, and one is at my back, and in raising my stick I hurt him, in this case he will have an action against me, and yet the raising of my stick was lawful in defence of myself and I hurt him against my will.’⁵⁸

Tegen een onschuldige derde zal een beroep op noodweer niet baten. Noodweer werkt slechts tegenover de aanvaller. Schade tijdens de verdediging toegebracht aan anderen kan er niet door gerechtvaardigd worden. Stel dat de aangevallene zich verweert met een tak die hij afbreekt van de boom van zijn buurman en aldus schade toebrengt aan de boom. Tegenover de eigenaar van de boom zal een beroep op noodweer niet baten. Van de tak was immers geen gevaar te duchten.⁵⁹ Hetzelfde geldt dan ook als de schade aan de derde per ongeluk is toegebracht tijdens de noodweer. Vergelijk nogmaals Markesinis en Dias schreven in 1989, in hun commentaar bij de hierboven geciteerde uitspraak:

‘What would be the position if the defendant injures a bystander in the course of defending himself against an attack? Self-defence cannot avail against the bystander, who was not attacking.’⁶⁰

Noodweer schiet als verweer tegen een buitenstaander tekort, dat is ook de conclusie in de laatste bewerking, door Markesinis en Deakin:

57 Digesten 92,45,4.

58 Brian CJ in *The Case of the Thorns* (1466) Y.B. Mich. 6 Ed. f7 pl. 18, aangehaald in Markesinis & Deakin, *Tort law* 2013, p. 511, voetnoot 20.

59 Jegens de eigenaar kan hooguit het verweer worden gevoerd dat het niet onrechtmatig was de tak te offeren om zich het vege lijf te redden (een beroep op noodtoestand), wat overigens een schadevergoedingsverplichting niet behoeft uit te sluiten. In een casus als geschetst is bijvoorbeeld te denken aan een vordering gegrond op art. 6:212 (ongerechtvaardigde verrijking) jegens de verdediger. De kwestie van de rechtsgevolgen van de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond wordt hierna verder besproken in deel V, hoofdstuk 12 (*Involloed op oordeel vergoedingsplicht*).

60 Dias & Markesinis, *Tort law* 1989, p. 511. Zij menen dat de derde in deze situatie geen recht heeft op schadevergoeding. Ik zie dat anders. Ik kom daarop terug in hoofdstuk 12, zie m.n. par. 12.5.5 (*Relativiteit: strekking van de rechtvaardiging*).

‘The force used by the defendant to defend himself must not be out of proportion to the force exerted against him, as it was in *Lane v. Holloway* where a provocative blow by the plaintiff did not excuse a savage retaliation, nor will the defence avail one who, in seeking to defend himself, strikes an innocent bystander.’⁶¹

De handelende zal jegens de niet-betrokken derde een ander verweer moeten kiezen dan tegenover de aanvaller.

Op dit punt is dus een duidelijke parallel aanwezig met de wijze waarop de relativiteitseis de kring van personen afperkt in de inbreukcategorie. De rechtsinbreuk is alleen onrechtmatig jegens de rechthebbende. Jegens anderen is deze inbreuk in principe niet onrechtmatig. Als zij de handelende willen aanspreken, zullen zij daartoe een andere onrechtmatigheidscategorie moeten aanwijzen.

Zo ook bij noodweer. Dit dient als rechtvaardiging van de verdediging tegen een aanvaller – anders gezegd: tegen de inbreukmaker. Aan anderen kan men deze noodweer niet als rechtvaardiging tegenwerpen. Voor de rechtvaardiging jegens *hen* moet de aangevallene zich op een andere grond beroepen. Zijn handelen jegens hen wordt getoetst aan de hand van de algemene onrechtmatigheidscriteria. In de Duitse literatuur wordt dat als volgt beschreven:

‘Eine erforderliche Verteidigung kann aber immer nur gegenüber dem Angreifer rechtmäßig sein. Wird durch die Notwehrhandlung ein Dritter in seinen Rechtsgütern verletzt, so ist die Handlung ihm gegenüber *rechtswidrig*.’⁶²

10.3.3 Soort schade

Het zelfverdedigingskarakter beperkt de soort schade die men bij noodweer mag toebrengen. Het doel van de zelfverdediging rechtvaardigt slechts het gebruik van een redelijk middel ter afwering van de aanval.⁶³ Dat betekent dat een zekere equivalentie moet bestaan tussen aanval en verdediging: Wie lijfelijk wordt bedreigd, mag zijn aanvaller eveneens bedreigen en mag schade toebrengen aan diens persoon of aan de goederen die hij bij de aanval gebruikt (zoals een mes) of draagt (zoals een bril).⁶⁴ Maar tegenover verbale agressie zullen dergelijke afweermethodes snel ongepast zijn. Om deze reden verwierp

61 Markesinis & Deakin, *Tort law* 2013, p. 369, met verwijzing naar *The Case of the Thorns* in voetnoot 82.

62 Larenz/Wolf/Neuner, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* 2012, nr. 58, p. 253 (cursivering in origineel).

63 Vgl. wat daarover in hoofdstuk 7 is opgemerkt bij de bespreking van de proportionaliteitseis, in par. 7.2 (*Proportionaliteit en rechtvaardiging*).

64 Althans: wanneer deze van nut was voor de aanvaller bij de aanval.

het Hof Amsterdam een beroep op noodweer ter rechtvaardiging van een karatetrap tegen ene Hutten, omdat

‘het gedrag van Hutten hoogstens te kwalificeren [valt] als verbale of niet-fysieke agressie, hetgeen een karatetrap met het risico van ernstig lichamelijk letsel niet vermag te verontschuldigen, laat staan te rechtvaardigen’.⁶⁵

Deze gedachte is ook in proportionaliteitstermen te verwoorden:

‘Die unverhältnismäßige Abwehr, etwa die Tötung dessen, der nur das Eigentum, nicht aber auch die Person oder die Persönlichkeit des Angegriffenen verletzt, ist grundsätzlich nicht zulässig. Persönlichkeitsgüter gehen Sachgütern vor.’⁶⁶

Men zou kunnen zeggen dat noodweer alleen rechtvaardigt het toebrengen van dezelfde schade als is (of: dreigt te worden) toegebracht. Anders geformuleerd: zij rechtvaardigt slechts een inbreuk op hetzelfde recht als werd geschonden of dreigde te worden geschonden.

Deze equivalentie is ook zichtbaar bij noodweer tegen een inbreuk op andere rechten dan persoonlijkheidsrechten. Zo werd vergelijkende reclame die normaal gesproken als misleidend zou kunnen worden aangemerkt, toegestaan tegen misleidende reclame.⁶⁷ Onbehoorlijke uitdrukkingen werden geoorloofd geacht tegen grievende uitlatingen.⁶⁸ In deze gevallen werd noodweer aangenomen, maar daarbij past mijns inziens enige terughoudendheid. In het algemeen zal de verdediging van dit soort rechten niet zo dringend zijn dat zij geen uitstel dult. De subsidiariteitseis kan dan een beroep op noodweer in de weg staan. Overigens lijkt het mij ook niet gewenst dat kwaad eigenhandig met kwaad wordt vergolden. Bij een fysieke aanval is de verdediging van levensbelang. Voor de verdediging van andere belangen zal het bewandelen van de weg van de gerechtelijke procedures geen onomkeerbare risico's meebrengen. Wie die procedures ongebruikt laat,⁶⁹ zal zich snel schuldig maken aan eigenrichting.

10.3.4 Wijze van ontstaan van de schade

Uit de strekking van de noodweerbevoegdheid (de mogelijkheid zichzelf te verdedigen tegen een plotselinge aanval) vloeit voort dat eisen kunnen worden

65 Hof Amsterdam 15 januari 1998, NJK 1999/26 (*Karatetrap*).

66 Deutsch, *Deliktsrecht* 2002, nr. 95, p. 47.

67 Rb. Zwolle (pres.) 21 april 1981, ECLI:NL:RBZWO:1981:AG9448, BIE 1982/7.

68 Rb. Dordrecht (pres.) 19 maart 1990, ECLI:NL:RBDOR:1990:AH3063, KG 1990/140.

69 Zie daarover par. 7.3.4 (*Alternatief middel: wettig middel*), waar de casus van de Lastige Zwanenburgers is besproken.

gesteld aan de wijze waarop de noodweerbevoegdheid wordt uitgeoefend en schade wordt toegebracht.

10.3.4.1 Niet-onmiddellijke verdediging

In het zelfverdedigingsselement ligt allereerst de eis van de onmiddellijkheid der schadetoebrenging besloten. Noodweer is een kwestie van hier en nu. Wie plots wordt bedreigd, moet zich direct verweren. Na de aanval toegebrachte schade wordt niet door noodweer gerechtvaardigd.⁷⁰ Wie weggaat en vervolgens terugkomt om zijn aanvaller af te straffen kan zich niet op noodweer beroepen, gezien de wijze van schade toebrengen. Vergelijk de zaak waarin het hof had vastgesteld dat

‘verdachte zelf de confrontatie met het slachtoffer heeft gezocht door, na een eerdere ruzie, nadat hij naar huis was gegaan om een mes te halen en zich te verkleden in makkelijk zittende kleding, terug te keren (...) naar het café waar de ruzie was geweest’.⁷¹

In dat oordeel ligt volgens de Hoge Raad besloten

‘dat het hof niet aannemelijk acht dat de verdachte heeft gehandeld tot noodzakelijke verdediging tegen een ogenblikkelijke aanranding’.⁷²

Dit is ook te beredeneren vanuit de subsidiariteitsgedachte: wie kan weggaan hoeft niet terug te keren om schade toe te brengen. Hem staan andere middelen ten dienste om verhaal te halen.

Van niet-onmiddellijke verdediging zou men ook kunnen spreken in het geval van ‘geanticipeerde noodweer’, waarbij het gaat om preventieve maatregelen die getroffen worden met het oog op een eventuele, latere, noodweersituatie.⁷³ Het klassieke Palingfuiken-arrest biedt hiervan een voorbeeld: een geladen geweer was opgesteld bij palingfuiken en ging af toen zich een palingstroker aandiende. De stroker werd door een kogel in het hoofd getroffen.⁷⁴ In een dergelijk geval zou men kunnen stellen dat de wijze van verdediging – niet tegen een plotselinge onvoorziene, maar juist voorziene aanval – het ontstaan van de schade niet wordt gedekt door de noodweerbevoegdheid.

70 Dit is uiteraard anders als de dreiging die van de aanvaller uitging nog voortduurt.

71 HR (Strafkamer) 24 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC8255, NJ 1990/353 (*Wraak zoeken na caféruzie*), r.o. 5.2.

72 HR (Strafkamer) 24 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC8255, NJ 1990/353 (*Wraak zoeken na caféruzie*), r.o. 5.3.

73 Zie daarover De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.3.3, p. 312.

74 HR (Strafkamer) 25 juni 1934, ECLI:NL:HR:1934:197, NJ 1934, p. 1261 e.v. (*Palingfuiken*).

10.3.4.2 Ongeoorloofde wijze van verdedigen

Soms kan de afwijzing van een beroep op noodweer worden verklaard vanuit de ongeoorloofde wijze van verdedigen. Ter illustratie gebruik ik de casus van Meta Hofman.⁷⁵ Het beroep op noodweer werd daarin aanvaard. Naar mijn mening ten onrechte, zoals uit het volgende moge blijken.⁷⁶

Een politieman wordt door een oudere, dronken, vrouw bedreigd met een aardappelschilmesje.⁷⁷ Hoewel de agent een wapenstok bij zich heeft, gebruikt hij zijn vuurwapen om de vrouw af te weren. Hij schiet haar daarmee dood. De Hoge Raad neemt noodweer aan. Dat oordeel is sterk bekritiseerd, omdat men het discutabel acht dat het handelen van de agent voldoet aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.⁷⁸

Nog om een andere reden zou men kunnen verdedigen dat hier geen sprake kan zijn van noodweer. Deze hangt samen met de wijze waarop de schade in casu is toegebracht. Het hof had vastgesteld dat de politieagent zijn wapen trok op een ogenblik dat de vrouw nog niet tot de aanval was overgegaan:

‘Nu een aanranding als bedoeld in art. 41 Sr toen nog niet plaatsvond was er voor de verdachte (nog) geen schietwaardige situatie als bedoeld in de ambtsinstructie en het was hem dus toen naar deze instructie niet toegestaan het wapen te trekken en daarmee te dreigen of een waarschuwingsschot te lossen.’⁷⁹

Het hof concludeert dat de agent door aldus te handelen ‘mogelijk de geweldsinstructie heeft overtreden’,⁸⁰ maar meent dat het daarover verder niet heeft te oordelen. Het hof honoreert vervolgens het beroep van de agent op noodweer. Daarbij neemt het in aanmerking dat de agent in kwestie niet in conflictoplossing geoefend was en evenmin getraind was in het gebruik van

75 HR (Strafkamer) 1 maart 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7537, NJ 1983/468 (*Meta Hofman*).

76 En reeds uit het voorgaande volgt, zie par. 7.2.5 (*Middeltoets: schadelijkheid van het gebruikte middel*).

77 Dat het om een aardappelschilmesje ging, valt niet op te maken uit het arrest. Het blijkt wel uit de verschillende commentaren op de uitspraak. Zie bijv. de beeldende weergave van de zaak door Jeanne Doomen, *De hollende kleurling*. Het Nederlandse strafrecht in tien verhalen, Amsterdam: Contact 2009, p. 70 e.v.

78 Aan de subsidiariteitseis is niet voldaan, omdat de agent een minder gevaarlijk middel kon gebruiken dan zijn pistool: hij kon dreigen met zijn wapenstok. Ook aan de proportionaliteitseis is niet voldaan. Tegenover de levensgevaarlijke actie van de agent (schieten met een pistool) stond een weinig imposante bedreiging: een dronken vrouw met een aardappelschilmesje. Zie over deze zaak hierboven, par. 7.2.5 (*Middeltoets: schadelijkheid van het gebruikte middel*).

79 HR (Strafkamer) 1 maart 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7537, NJ 1983/468 (*Meta Hofman*), weergave overwegingen hof, r.o. 3.1.3.

80 HR (Strafkamer) 1 maart 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7537, NJ 1983/468 (*Meta Hofman*), weergave overwegingen hof in r.o. 3.3.1.

de wapenstok en dat in Amsterdam een goede opleiding en begeleiding van politiepersoneel ontbreekt.

De P-G bij het Hof Amsterdam stelt cassatieberoep in tegen dit arrest. De redenering van het hof dat enerzijds het handelen van de agent niet was toegestaan op basis van de ambtsinstructie en dus 'formeel niet in de haak', maar dat anderzijds de agent toch geen verwijt kon worden gemaakt, noemt hij een

'nuttigheidsredenering, die in wezen neerkomt op een ondergraving van het in de ambtsinstructie neergelegde verbod van een dergelijk zelfstandig intimiderend gebruik van het vuurwapen, [en] tot riskante en ongewenste gevolgen voor de politiepraktijk kan leiden'.⁸¹

Ook Advocaat-Generaal R Emmelink concludeert tot vernietiging van het arrest. Daartoe stelt hij:

'Het hof heeft immers bij de beoordeling van (de rechtmatigheid van) het gedrag van de verdachte omstandigheden laten meetellen die het wel verklaarbaar maken, waarom deze zo heeft gehandeld, als hij heeft gedaan, zulks misschien (...) kunnen verontschuldigen of aanzienlijk minder strafwaardig maken, doch die toch niet passen in het oordeel dat hij heeft gehandeld, zoals in zo'n geval behoort te geschieden, en zoals, zou zo'n situatie zich nog eens voordoen, in de toekomst gehandeld zou mogen worden'.⁸²

Volgens R Emmelink maakt het hof niet aannemelijk waarom de agent

'ondanks mogelijke schending van zijn ambtsinstructie (...) niettemin niet verwijtbaar, althans "straffeloos" heeft gehandeld (...)'.⁸³

Deze conclusie lijkt mij geheel juist. Noodweer is geen schulduitsluitingsgrond, maar een rechtvaardigingsgrond. Rechtvaardigingsgronden verwijzen naar een *norm*. Wie zich op zo'n grond kan beroepen, heeft;⁸⁴ ook anderen zouden zich in deze omstandigheden moeten gedragen zoals de dader deed.

Aan die norm is niet voldaan in de casus van Meta Hofman. Het is niet wenselijk dat andere agenten, in een soortgelijke situatie eveneens handelen in strijd met hun ambtsinstructies. Gezien de *wijze* van handelen, in strijd met

81 HR (Strafkamer) 1 maart 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7537, NJ 1983/468 (*Meta Hofman*), middel van cassatie, p. 1497, rechts.

82 Concl. A-G R Emmelink voor HR (Strafkamer) 1 maart 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7537, NJ 1983/468 (*Meta Hofman*), p. 1502, rechts.

83 Concl. A-G R Emmelink voor HR (Strafkamer) 1 maart 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7537, NJ 1983/468 (*Meta Hofman*), p. 1503, links.

84 Zie ook hierboven, bijv. par. 1.2.3 (*Eerst de normschending, dan de rechtvaardiging*) en 1.4.3 (*Type 2: wel schade, juiste belangenafweging. De gerechtvaardigde daad*).

de ambtsinstructie,⁸⁵ is het beroep op noodweer hier niet gerechtvaardigd en blijft het handelen van de agent in principe onrechtmatig. Dat de Hoge Raad tot een andere, en mijns inziens onjuiste, conclusie kwam, is hierboven al aan de orde geweest.⁸⁶

10.3.4.3 De uitgelokte aanval

Wanneer de verdediger de aanval opzettelijk heeft uitgelokt, kan dat een reden zijn hem het beroep op noodweer te ontzeggen. In Duitsland spreekt men in zo'n geval van 'Absichtsprovokation', waardoor de rechtvaardigende werking van noodweer vervalst:

'Hat der Angegriffene die Notwehrlage zielstrebig herbeigeführt (sog. Absichtsprovokation), gibt es von vornherein kein Recht zur Verteidigung, da der Provokateur in Wahrheit selbst angreifen will.'⁸⁷

Bij de bespreking van het probleem van de zelfveroorzaakte noodsituatie in het algemeen,⁸⁸ heb ik betoogd dat de omstandigheid dat de noodweer is uitgelokt, meeweegt bij de beoordeling van het beroep op noodweer en dus ook van de onrechtmatigheid van de handeling. Gezien de wijze waarop de schade is ontstaan (de noodweersituatie is uitgelokt door de verdediger), kan er reden zijn de verdediger een beroep op noodweer te onthouden, bijvoorbeeld door de aanval *jegens de uitlokker* als niet onrechtmatig aan te merken. Van zo'n redenering is een voorbeeld te vinden in de zaak van Taams en Boudeling.⁸⁹ Hierin

'heeft het Hof geconcludeerd dat het gedrag van Boudeling (*deze sloeg Taams, toevoeging MF*) zozeer is uitgelokt door het gedrag van Taams dat het gedrag van Boudeling tegenover Taams niet onrechtmatig was'.⁹⁰

Door zijn gedrag heeft de uitlokker zich zelf onttrokken aan de bescherming van de norm. De aanval is jegens hem niet onrechtmatig. Dat betekent dat hij zich *niet* op noodweer kan beroepen. Dit vooronderstelt immers een wederrechtelijke (onrechtmatige) aanval.⁹¹

85 Rummelink werpt in *Hazewinkel-Suringa/Rummelink* de vraag op 'of men zo'n ambtsinstructie secundair kan achten'. Hij laat haar daar echter onbeantwoord (*Hazewinkel-Suringa/Rummelink* 1996, p. 324).

86 Zie par. 7.2.5 (*Middeltoets: schadelijkheid van het gebruikte middel*).

87 Larenz/Wolf/Neuner, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* 2012, nr. 54, p. 252, die eraan toevoegt dat het buiten opzet anders ligt.

88 Zie: hoofdstuk 6 (*Culpa in causa*).

89 Waarover uitgebreid in par. 6.6.8 (*Relativiteit en uitlokking*) en 6.7.4 (*Eigen schuld en uitlokking*).

90 HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, NJ 1997/592 (*Taams/Boudeling*), r.o. 3.2, onder iv.

91 Vgl. artikel 41 Sr, hierboven in par. 10.3.1 (*Noodweer; Algemeen*) geciteerd.

10.4 WETTELIJK VOORSCHRIFT EN WETTELIJKE BEVOEGDHEID

10.4.1 Algemeen

Van de onrechtmatigheidsrubrieken in artikel 6:162 lid 2 roept het verbod te handelen in strijd met een wettelijke plicht de minste vragen op.⁹² Zelfs verklaarde tegenstanders van de relativiteitsleer zagen voor deze onrechtmatigheidscategorie een rol voor de relativiteit weggelegd.⁹³

Het verbod te handelen in strijd met een wettelijk voorschrift heeft zijn pendant in het wettelijk voorschrift, door artikel 42 Sr zo gedefinieerd:

‘Niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een wettelijk voorschrift.’

Deze rechtvaardigingsgrond geeft de bevoegdheid, of juist: de verplichting, om zich overeenkomstig een wettelijke bepaling te gedragen. Tot het wettelijk voorschrift reken ik ook de wettelijke bevoegdheid en het ambtelijk bevel, dat in feite een ad hoc gegeven voorschrift is.⁹⁴ Vergelijk artikel 43 Sr:

‘Niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een ambtelijk bevel, gegeven door het daartoe bevoegde gezag.’

Wat de relativiteit betreft, leveren deze gronden weinig problemen op. Het is immers duidelijk dat een voorschrift een handeling slechts rechtvaardigt, voorzover het handelen in overeenstemming met het voorschrift is, en erdoor wordt gedekt.⁹⁵ In deze zin is het de meest relatieve rechtvaardigingsgrond. Zie bijvoorbeeld het oordeel over aan het Vorderingsbesluit Woonruimte ontleende bevoegdheden:

‘dat de aantasting van de rechten van hen, die naar burgerlijk recht tot het gebruiken of in gebruik geven van woonruimte gerechtigd zijn, gelegen in het vorderen van het gebruik van die woonruimte, rechtmatig is, voorzover deze aantasting wordt gedekt door de bevoegdheid, welke op dit stuk aan het Vorderingsbesluit Woonruimte aan den burgemeester heeft toegekend’.⁹⁶

92 Vgl. Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, p. 67

93 Smits, *Over de vraag der relativiteit* 1938, p. 447.

94 Vgl. Jansen, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 7.2.4.2, die het zo omschrijft dat i.g.v. het wettelijk voorschrift de bevoegdheid of verplichting direct aan het wettelijk voorschrift wordt ontleend, terwijl het bij een ambtelijk bevel gaat om een indirecte wettelijke verplichting.

95 Zie voor literatuurverwijzingen: Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:163, aant. 143.4, 144 en 155.

96 HR 14 januari 1949, ECLI:NL:HR:1949:AG1962, NJ 1949/557 (*Woonruimtevoordering*), p. 1043, rechts.

Een handeling is rechtmatig, voor zover zij is gedekt door de bevoegdheid. Zij is onrechtmatig, wanneer zij daardoor niet wordt gedekt. Welke handelingen door het voorschrift worden gedekt, is afhankelijk van de strekking van de bepaling. Zowel voor de vraag jegens welke personen men zich op het voorschrift kan beroepen, als ten aanzien van welke schade, moet men te rade gaan bij het voorschrift waarop men zich beroept.

10.4.2 Botsing tussen wettelijke plicht en de strekking van de wet

Toch is hier een moeilijkheid denkbaar. Wat als een wettelijke verplichting in strijd is met de strekking van de wet waaruit zij voortvloeit? Een beroemd voorbeeld van zo'n situatie is te vinden in het strafrecht. Een veearts brengt in strijd met het verbod in de Veewet koeien opzettelijk in 'verdachte toestand', dat is een toestand waarin zij kunnen worden besmet met een veeziekte. In casu staat vast dat de koeien de ziekte toch zouden hebben gekregen, maar de arts brengt ze juist nu in contact met zieke koeien, omdat ze nu 'droog staan'. Als ze dan worden besmet, worden ze minder ziek dan melkgevende koeien. Volgens de veearts, die zich hierbij mede beroept op algemene veterinaire inzichten, is de besmetting dus in het belang van het vee.⁹⁷

Strafrechtelijk levert het beschreven geval het probleem op dat met de verboden gedraging een delictsomschrijving is vervuld en de dader dus in principe strafbaar is.⁹⁸ Wil men tot straffeloosheid van de dader komen, dan zal men het wettelijk voorschrift moeten relativiseren.⁹⁹ Daartoe staan twee wegen open. Men kan de relativisering zoeken in de wet zelf. Dat doet Strijards:

'Wij zouden nu zeggen: die arts zegt gewoon dat hij het vee niet in *die* verdachte toestand bracht, die de wet, gelet op de strekking ervan, beoogt te verbieden.'¹⁰⁰

97 HR (Strafkamer) 20 februari 1933, ECLI:NL:HR:1933:229, NJ 1933, p. 918 (*Huizer veearts*).

98 In het strafrecht is ervoor gepleit in dit soort gevallen een aparte rechtvaardigingsgrond aan te nemen, bestaand uit de 'afwezigheid van materiële wederrechtelijkheid'. Deze leer heeft echter veel kritiek ondervonden. Zie uitgebreid *Hazewinkel-Suringa/Remmelink* 1996, p. 343 e.v. Voor het civiele recht is een soortgelijke rechtvaardigingsgrond verdedigd: 'afwezigheid van onzorgvuldigheid'. Zie: Valk, *Recht en billijkheid* 1992, p. 55. Vgl. ook Engelen, *Rol van de wettelijke gedragsnorm* 1986, p. 224. Zoals ik hierboven heb betoogd, kan het opwerpen van een zo vage rechtvaardiging, geen rechtvaardigingsgrond in civielrechtelijke zin zijn. Zie hierboven par. 3.14.2 (*Ontbreken materiële wederrechtelijkheid/zorgvuldigheid als rechtvaardiging*) en hoofdstuk 8 (*Onrechtmatigheid*), m.n. par 8.6.4 (*Voorspellingsfunctie; het traagheidsbeginsel*).

99 De andere mogelijkheid zou zijn straffeloosheid te beredeneren via het ontbreken van schuld. Bij een toerekeningsvatbare dader en een overigens geoorloofd feit ligt die weg niet voor de hand.

100 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 74.

Deze redenering lijkt mij gevaarlijk. Strekking van de Veewet is onder andere te voorkomen dat besmettelijke veeziekten worden overgebracht.¹⁰¹ En de arts in casu bracht het vee precies in die verdachte toestand die de wet gezien *deze* strekking wilde verbieden.

Bij de uitleg van wettelijke bepalingen dient terughoudendheid te worden betracht, zo heeft Den Hollander bepleit.¹⁰² Beter lijkt mij daarom de wets-overtreding onaangetast te laten en de relativering te zoeken in het feit dat de bepalingen in de Veewet een uitwerking zijn van een hoger belang, namelijk het bevorderen van de gezondheidstoestand van het vee. Als een veearts dit hogere belang heeft nagestreefd door een bepaling uit de Veewet te negeren, kan hij zich op *noodtoestand* beroepen. Deze redenering sluit ook beter aan op de feiten. De arts ontkent niet dat hij de wet heeft overtreden. Hij meent echter dat de bepalingen uit de Veewet in dit bijzondere geval tot een schadelijk en onjuist resultaat leiden en dat zijn verplichting uit de wet in strijd is met een hogere verplichting die op hem rust.

Civielrechtelijk lijkt het gesignaleerde probleem mij minder groot, omdat men in het burgerlijk recht gewend is aan de gedachte dat de schending van een wettelijke verplichting nog niet onmiddellijk onrechtmatigheid hoeft mee te brengen.¹⁰³ Wel zal bij zo'n schending in principe onrechtmatigheid kunnen worden aangenomen. Aan de gedaagde is het om vervolgens aan te geven waarom zijn handelen niet onrechtmatig is.¹⁰⁴

10.4.3 Kring van personen

Een bevoegdheid kan beperkt in haar strekking zijn, omdat zij alleen schadetoebrenging jegens bepaalde personen rechtvaardigt. Zo levert een ontruimingsvonnis een executoriale titel op tegenover de geëxecuteerde. Jegens hem is de ontruiming dus rechtmatig. Tegenover anderen kan zij evenwel onrechtmatig zijn. Dat was het geval bij de executie van een ontruimingsvonnis te Velsen.

Braam geeft deurwaarder Mellema opdracht tot ontruiming, zonder adequate voorzieningen getroffen te hebben voor de afvoer van de uit het perceel afkomstige goederen. Mellema zal die goederen daarom op de openbare weg plaatsen. De gemeente Velsen vraagt en verkrijgt een verbod de ontruiming

101 Vgl. *Bijl. Hand. Kamerstukken II 1913/14*, 384.3, p. 9 en *Bijl. Hand. Kamerstukken II 1914/15*, 139.1, p. 1.

102 Den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss.) 2016, par. 4.7. Over het probleem van het opsporen van het beschermingsdoel (en -omvang) van de wet zie ook de diepgaande bespreking door Lindenberg in diens annotatie bij HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, NJ 2020/233 (*Schietdrama Alphen*), m.nt. S.D. Lindenberg, onder 8-14.

103 Vgl. reeds HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, NJ 1961/568 (*Tandarts*).

104 Zie daarover hoofdstuk 8 (*Onrechtmatigheid*). Vgl. Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, par. 2.9 (p. 43 e.v.).

op deze wijze uit te voeren. De gemeente is immers verplicht in het belang van onder meer de veiligheid op de openbare weg de goederen af te voeren en zal daarom schade lijden door de voorgenomen wijze van ontruimen. Het hof overweegt:

‘Ontruiming op de door Braam en Mellema voorgenomen wijze maakt aldus inbreuk op het eigendomsrecht van de gemeente, en is in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer jegens de gemeente betaamt.’¹⁰⁵

De ontruiming mag rechtmatig zijn jegens de geëxecuteerde; *jegens de gemeente* is zij onrechtmatig, gezien de wijze waarop zij werd uitgevoerd.

10.4.4 Soort schade

Een voorbeeld van een wettelijk voorschrift dat op zichzelf bescherming biedt tegen een civielrechtelijke schadevergoedingseis is de Wet herstructurering varkenshouderij. Met deze wet wordt onder meer de productie van varkensmest gereguleerd. Die regulering kan schade meebrengen voor de varkenshouders, maar dat wordt gerechtvaardigd door het algemene belang dat met de regeling is gediend.¹⁰⁶ Wanneer de wet echter disproportionele schade tot gevolg heeft voor individuele varkenshouders, kan dat een reden zijn de wet jegens hen buiten beschouwing te laten.¹⁰⁷ Daarvoor zal moeten blijken dat

‘de bestreden maatregelen een individuele en buitensporige last voor de betrokken varkenshouders (...) opleveren’.¹⁰⁸

Het toebrengen van deze schade valt dus buiten de bescherming van de wet waarop het handelen gebaseerd is. En wanneer een voorschrift de strekking heeft bepaalde belangen te beschermen, zal bij een overtreding die vermogensschade ten gevolge heeft minder snel reden bestaan om aansprakelijkheid aan te nemen dan wanneer door de overtreding van het voorschrift tot personen-schade heeft geleid.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Hof Amsterdam 20 februari 1992, ECLI:NL:GHAMS:1992:AD1615, NJ 1993/37 (*Onrechtmatige ontruiming te Velsen*), r.o. 4.4.

¹⁰⁶ HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493, NJ 2002/469 (*Varkensmesters*), r.o. 6.2.2-3.

¹⁰⁷ Althans zolang niet is voorzien in een adequate financiële compensatie, zie HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493, NJ 2002/469 (*Varkensmesters*), r.o. 7.3.

¹⁰⁸ HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493, NJ 2002/469 (*Varkensmesters*), r.o. 7.3.

¹⁰⁹ Zie in dit verband ook de annotatie van Hijma onder het Duwbak-arrest, HR 7 mei 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO6012, NJ 2006/281 (*Duwbak Linda*), m.nt. J. Hijma onder 10, mede i.v.m. 8 en 9. Overigens meent Hijma dat in de Duwbak-zaak de aard van de schade niet relevant was, zie onder 8.

10.4.5 Wijze van ontstaan van de schade

Om verschillende redenen kan iets schorten aan de wijze waarop de bevoegdheid wordt uitgeoefend en de schade wordt toegebracht.

10.4.5.1 Gevaarlijke wijze van uitvoering

Verdachte (kennelijk een hulpverlener) heeft een ambtelijk bevel gekregen 'om zo spoedig mogelijk naar de plaats van het hem opgegeven ongeval te gaan'. Hij rijdt daarheen met een snelheid van 100 km/uur en stelt hooguit honderd meter voor een kruising de tweetonige hoorn in werking. Tot op de kruising mindert hij nauwelijks snelheid. Hij veroorzaakt zo doende een ongeluk. De benadeelde heeft hem niet tijdig kunnen horen of zien. De rechtbank stelt vast dat de

'verdachte de kruising niet [had] mogen oprijden dan na tijdig en in aanzienlijke mate zijn snelheid verminderd te hebben. Door dit na te laten en met nagenoeg onverminderde snelheid de kruising op te rijden, heeft verdachte in aanmerkelijke mate onvoorzichtig gereden.'¹¹⁰

Gezien deze wijze van uitvoering van het bevel, wordt het beroep van de verdachte op een ambtelijk bevel verworpen:

'Het verdachte gegeven bevel immers, om zich met grote spoed naar de plaats van het ongeval te begeven, impliceerde geenszins een bevel om te rijden op de wijze als hem in de telastelegging is verweten.'¹¹¹

Voorbeelden van een gevaarlijke wijze van uitvoering van een bevel die het beroep op de rechtvaardiging belet, zijn verder onder meer te vinden in de casus van de seinwachter die een auto tussen de neergelaten spoorbomen insloot,¹¹² de te snel rijdende keurmeester,¹¹³ of de automobilist die na een oprijteken van een verkeersagent geen voorrang verleent aan een fietser.¹¹⁴

110 Rb. Utrecht (Strafkamer) 13 april 1984, ECLI:NL:RBUTR:1984:AC3000, NJ 1984/783 (*Op onrechtmatige wijze uitgevoerd ambtelijk bevel*), r.o. 11.

111 Rb. Utrecht (Strafkamer) 13 april 1984, ECLI:NL:RBUTR:1984:AC3000, NJ 1984/783 (*Op onrechtmatige wijze uitgevoerd ambtelijk bevel*), r.o. 14.

112 HR (Strafkamer) 9 december 1940, ECLI:NL:HR:1940:204, NJ 1941/189 (*Seinwachter*). De casus is uitgebreid besproken in par. 7.3.3 (*Alternatief middel: minder schadelijk middel*).

113 HR (Strafkamer) 31 mei 1937, NJ 1937, p. 130.

114 Rb. Zwolle 28 mei 2003, ECLI:NL:RBZWO:2003:AJ6881, VR 2005/100 (*Geen voorrang verlenen na oprijteken*).

10.4.5.2 Anderszins onzorgvuldige wijze van uitvoering

Bij rechterlijk vonnis kan de bevoegdheid worden verleend tot de ontruiming van een onroerende zaak. Deze bevoegdheid is echter niet ongelimiteerd. Vereist is dat de ontruiming op zorgvuldige wijze geschiedt.

Rollman is eigenaar van een pand aan de Prinsengracht te Amsterdam. Hij heeft een vonnis tot ontruiming van het pand. Tijdens de ontruiming worden goederen (waaronder gebeeldhouwde eiken panelen), toebehorend aan Varesca, uit het te ontruimen pand op straat gegooid, zodat ze door passanten konden worden – en zijn – meegenomen. Het hof beslist dat het onder deze omstandigheden

‘voor Rollman evident is geweest dat de ontruiming onzorgvuldig werd uitgevoerd. Het Hof onderschrijft het oordeel van de Rb. dat de maatschappelijke zorgvuldigheid die Rollman jegens Varesca in acht te nemen had, meebracht dat hij de executie deed staken. Nu hij dit heeft nagelaten is hij jegens Varesca ten volle aansprakelijk voor de schade die Varesca geeft geleden ten gevolge van de onzorgvuldige handelwijze (...) te weten het naar buiten gooien van de panelen.’¹¹⁵

Dat brengt met zich mee dat de opdrachtgever jegens de ontruimde

‘onrechtmatig heeft gehandeld door in de door het Hof vastgestelde omstandigheden na te laten de executie te doen staken (waarmee het Hof uiteraard bedoelt: deze wijze van executie te doen staken)’.¹¹⁶

Voor de laatste toevoeging maakt duidelijk dat niet de ontruiming op zichzelf onrechtmatig was, maar de wijze waarop zij plaatsvond.

Ook uit de rechtspraak betreffende het door groen licht rijden, blijkt dat – ook al is men bevoegd door te rijden – het rijden op zorgvuldige, niet gevaarzettende, wijze gebeuren.¹¹⁷

Een voorbeeld van een optreden waarvoor op zichzelf een wettelijke bevoegdheid (gegrond op de Politiewet) bestond, maar het handelen – op onderdelen – niet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit voldeed

115 HR 20 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4270, NJ 1982/174 (Onzorgvuldige ontruiming), overwegingen rechtbank, p. 600, l.k. en hof r.o. 16.

116 HR 20 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4270, NJ 1982/174 (Onzorgvuldige ontruiming), r.o. 7.

117 Zie HR 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2026, NJ 2006/20 (Stad Rotterdam/Ibrahim); HR 17 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9749, VR 2007/22 (Huijbers/NBM) en HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6996, NJ 2011/307 (Groen licht), r.o. 3.4.2, waarin er verondersteld wordt vanuit werd gegaan dat de aansprakelijk gestelde automobilist door groen licht reed. Uit die omstandigheid volgde echter niet zonder meer dat de ‘groen licht-automobilist’ niet aansprakelijk zou kunnen zijn voor de schade die voortvloeide uit de aanrijding die vervolgens plaatsvond. Zie daarover ook hierboven, par. 4.1.3 (Geslaagd beroep op een ontoereikende, onvolledige, rechtvaardiging).

en dus onrechtmatig was, biedt de zaak van het politieoptreden bij het ADO-stadion.¹¹⁸

10.4.5.3 Misbruik van bevoegdheid

Ten slotte moet hier worden gewezen op de algemene regel betreffende het op onjuiste wijze uitoefenen van een bevoegdheid van artikel 3:13 lid 1 BW. Het stelt dat een bevoegdheid niet kan worden ingeroepen voorzover zij wordt misbruikt. In het tweede lid wordt, niet limitatief, aangegeven wanneer sprake is van een dergelijk misbruik van bevoegdheid:

‘door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander dan waarvoor zij is verleend of in het 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’.

Deze regeling (die in een eerder hoofdstuk in verband is gebracht met de proportionaliteitsgedachte)¹¹⁹ sluit geheel aan bij de idee dat rechtvaardigingen – en bevoegdheden in het algemeen – relatief van karakter zijn. Bij misbruik van bevoegdheid staat *de wijze van uitoefenen* van de bevoegdheid in de weg aan het beroep op een rechtvaardigingsgrond, in casu het beroep op de bevoegdheid zelf.

10.5 NOODTOESTAND

10.5.1 Algemeen

Iedere casus over onzorgvuldig handelen kan worden ondergebracht in een van de twee rubrieken: belangenafweging of gevaarzetting.¹²⁰ Dat is uitgebreid besproken in hoofdstuk 7.¹²¹ Met Van Dam ben ik van mening dat gevaarzetting eigenlijk een subcategorie is van de rubriek belangenafweging.¹²² Onzorgvuldig handelen is dus uiteindelijk: het maken van een onjuiste belangenafweging. Noodtoestand is de pendant van deze categorie. Zij vooronderstelt een situatie met conflicterende plichten. Als rechtvaardigingsgrond is noodtoestand aanwezig ‘wanneer de plicht om een handeling niet te plegen omdat zij onrechtmatig zou zijn, wordt opgeheven door een andere plicht of

118 Rb. Den Haag 17 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:14249 (*Politieoptreden ADO-stadion*), r.o. 4.18.

119 Zie daarover par. 7.5.4 (*Tot slot: gebrek in doel of middel: misbruik van bevoegdheid*).

120 Zo: Asser-Rutten-Hartkamp III 1986/44.

121 Par. 7.4.2 (*Belangenafweging en gevaarzetting*).

122 Vgl. Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, p. 108, voetnoot 4.

een belang van hogere orde'.¹²³ In de grond is noodtoestand niets anders dan de bevoegdheid – eigenlijk: de plicht – voor het juiste belang te kiezen. Want wie zich ter rechtvaardiging van zijn daad beroept op noodtoestand, maar bij de te maken keuze voor het verkeerde belang heeft gekozen, zal zijn beroep op de rechtvaardiging door de rechter afgewezen zien worden. De klassieke noodtoestandcasus is die van de passant die een tak van een boom breekt om een drenkeling te redden. Als de passant ervoor had gekozen het eigendomsrecht van de boomeigenaar te ontzien en vervolgens wordt aangesproken wegens het onrechtmatig nalaten de drenkeling te redden (vgl. artikel 450 Sr), zal het beroep op noodtoestand hem niet baten.

10.5.2 Kring van personen

Evenals bij haar tegenhanger, de onbetamelijkheidscategorie van artikel 6:162, is het bij noodtoestand lastig haar strekking in algemene zin weer te geven. Zoals de verplichting zich zorgvuldig te gedragen bestaat jegens iedereen, zo kan men zich ook jegens een ieder op noodtoestand beroepen.

Voorwaarde is uiteraard dat ervoor is gekozen om het grootste belang in de noodtoestand te veilig te stellen, dat wil zeggen: men kan noodtoestand invoeren tegenover ieder wiens belang moest wijken voor het geredde. De kring van personen is dus beperkt tot bij de handeling betrokken personen met een geringer belang dan het geredde.

10.5.3 Soort schade

Een reden het beroep op noodtoestand af te wijzen, kan gelegen zijn in de soort schade die is toegebracht. De aard van het geschonden belang wordt dan niet door de noodtoestand gedekt. Dat was het geval in de volgende zaak.

Een echtpaar is verwickeld in een echtscheidingsprocedure. De man (X) maakt aanspraak op alimentatie en beroept zich onder meer op de stelling dat hij arbeidsongeschikt is. De vrouw (Y) verweert zich tegen de alimentatievordering. In verband daarmee brengt zij vertrouwelijke medische gegevens van X in het geding. Aangenomen wordt dat de vrouw hiermee inbreuk pleegt op het recht op privacy van de man. Zij beroept zich ter rechtvaardiging hiervan op (onder meer) noodtoestand. Dat beroep wordt verworpen met de volgende overweging:

‘Het belang van X is zowel bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer als een financieel belang bij het verkrijgen van een titel tot levensonderhoud. Het belang

123 Asser-Hartkamp III 1994/60. Dezelfde omschrijving is te vinden in Asser/Sieburgh 6-IV 2019/90.

van Y (...) is alléén een financieel belang bij het afweren van de vordering tot levensonderhoud van X.¹²⁴

Het beroep op noodtoestand wordt niet gerechtvaardigd geacht, gezien het verschillend gewicht van de betrokken belangen.¹²⁵ Men kan het zo verwoorden: ter bescherming van dit soort (zuiver financiële) belangen, is het toebrengen van deze schade, bestaand uit onder meer het schenden van het recht op privacy, niet gerechtvaardigd.

10.5.4 Wijze van ontstaan van de schade

Ook de manier waarop de schade is toegebracht, kan een reden zijn een beroep op noodtoestand niet te honoreren.

10.5.4.1 Duur van de noodtoestand

Kenmerk van noodtoestand is dat er werkelijk sprake moet zijn van een *noodsituatie*. Dat wordt door het Hof Arnhem zo uitgelegd:

‘Dit begrip noodtoestand sluit een beperking in duur in en kan niet betrekking hebben op een permanent voortdurende situatie.’¹²⁶

Om deze reden wordt een beroep op noodtoestand ontzegd aan de psychiatrische instelling die een patiënt dagelijks tegen zijn wil aan een separeerprogramma onderwerpt. De separatie kan als behandeling worden aangemerkt, maar is dan in strijd met de Grondwet. De separatie kan ook als dwangmiddel worden beschouwd, maar dan moet

‘sprake [zijn] van een noodtoestand ten gevolge van de geestelijke vermogens van de patiënt én geen mogelijkheid bestaa[n] die noodtoestand zonder toepassing van middelen en maatregelen op te heffen’.¹²⁷

124 Rb. Haarlem (pres.) 17 juli 1981, ECLI:NL:RBHAA:1981:AG9499, NJ 1982/277 (*Medische gegevens in echtscheidingszaak*), r.o. 17.

125 De overwegingen van de rechtbank hieromtrent zijn overigens niet helder. Zie r.o. 17, waarin de rechtbank eerst stelt dat het gaat om belangen van verschillend soortelijk gewicht, om na de geciteerde passage (waaruit het verschillende gewicht blijkt) te concluderen dat de belangen niet zodanig van gewicht verschillen, dat dit een beroep op noodtoestand rechtvaardigt. Kennelijk wordt dat beroep hier afgewezen, omdat de vrouw zich niet op een hoger belang kan beroepen.

126 Hof Arnhem 12 juli 1988, ECLI:NL:GHARN:1988:AC2591, NJ 1989/761 (*Patiënt in pyjama*), r.o. 5.

127 Hof Arnhem 12 juli 1988, ECLI:NL:GHARN:1988:AC2591, NJ 1989/761 (*Patiënt in pyjama*), r.o. 5.

Het hof is van oordeel dat hier, gezien de duur van de situatie, geen sprake is van zulk een noodtoestand:

‘Door het toepassen van separatie wegens een permanente noodsituatie geeft geïn-timeerde een niet te rechtvaardigen uitbreiding aan het in de geldende rechtsopvattingen gehanteerde begrip noodtoestand. Ook naar zijn aard kan een noodsituatie niet permanent voortduren. Een dwangmiddel dat in de acute fase geoorloofd is kan in zijn toepassing niet voortduren indien die fase niet langer acuut is.’¹²⁸

Het separeerprogramma wordt gezien de duur van de noodsituatie (de duur van de schadetoebrenging) als onrechtmatig aangemerkt. Andere gevallen waarin de tijdelijkheid van de situatie wordt gezien als voorwaarde voor het beroep op noodtoestand, zijn te vinden bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een poortblokkade,¹²⁹ de kraak van een woning,¹³⁰ het gevangen houden van een ‘t.b.r.-passant’ in het huis van bewaring.¹³¹

10.5.4.2 Gebruik van ongeoorloofd middel

De aard van het gebruikte middel is een andere reden die het beroep op noodtoestand kan verhinderen, gezien de wijze van schadetoebrenging.

Een voorbeeld daarvan is eveneens te vinden in het zojuist aangehaalde arrest van het Hof Arnhem. De psychiatrische patiënt op wie de separeermaatregel werd toegepast, werd ‘s nachts gesepareerd. Overdag werd hij op een andere wijze in toom gehouden: hij werd dan gedwongen een pyjama te dragen. Het hof overweegt met betrekking tot deze maatregel

‘dat het overdag moeten dragen van een pyjama voor appellant een pijnlijke maatregel is, omdat hij er graag netjes uitziet. Dit middel acht het hof niet aanvaardbaar, omdat het niets heeft uit te staan met behandeling en uitsluitend [moet] worden gezien als een paardemiddel om appellant aan de afdeling te kluisteren. Voorts overweegt het hof hierbij dat de Nota rechtspositie Patiënten in Psychiatrische

128 Hof Arnhem 12 juli 1988, ECLI:NL:GHARN:1988:AC2591, NJ 1989/761 (*Patiënt in pyjama*), r.o. 5. Het hof acht verder niet aannemelijk dat de mogelijkheid ontbreekt om voor een zeer moeilijk geval als dit de ‘bouwkundige accommodatie’ aan te passen. Aan de in het voorlaatste citaat neergelegde subsidiariteitstoets is dan niet voldaan.

129 Rb. Amsterdam 13 mei 1980, ECLI:NL:RBAMS:1980:AC3035, NJ 1980/403 (*Poortblokkade Mobil Oil*): een poortblokkade is in beginsel onrechtmatig, tenzij ze uit veiligheidsoverwegingen geboden lijkt. Zij zal dan slechts van betrekkelijk korte duur kunnen zijn en uitsluitend mogen dienen tot het treffen van maatregelen ter beperking van dreigende calamiteiten.

130 Rb. Middelburg 1 oktober 1980 en 24 december 1980, ECLI:NL:RBMID:1980:AC7089, NJ 1981/374: het kraken van een woning is in beginsel onrechtmatig, tenzij voor tijdelijk gebruik, en met respect voor de rechten van de eigenaar. Het GiEA Curaçao 3 november 1971, NJ 1972/66 eist in een soortgelijk geval een ‘acute’ noodtoestand.

131 Rb. Den Haag 18 september 1961, ECLI:NL:RBSGR:1961:14, NJ 1961/538: nu geen tijdstip voor het einde van de maatregel was genoemd, moesten andere maatregelen getroffen worden om de noodtoestand te beëindigen.

Ziekenhuizen (...) een opsomming geeft van hetgeen onder middelen en maatregelen moet worden verstaan (...). Het gedwongen dragen van een pyjama komt in die opsomming niet voor.¹³²

Het toepassen van een voor de betrokkene ingrijpende maatregel, niet gegrond op de regels die voor het toepassen van maatregelen gelden, is een wijze van schadetoebrenging die niet gerechtvaardigd kan worden door een beroep op noodtoestand.

Ook in geval van anderszins ongeoorloofde wijzen van schadetoebrenging zal het beroep op noodtoestand niet slagen. Een sprekend voorbeeld biedt de casus van een politieagent die moest trachten een in een auto voortvluchtige verdachte te stoppen. De agent plaatste daartoe zijn politieauto dwars op de weg; een botsing met de auto van de verdachte was het gevolg:

‘dat eiseresses beroep op het algemeen belang (...) niet vermag te rechtvaardigen de door de betrokken politieagent getroffen maatregelen althans niet kan opwegen tegen het door deze maatregelen bedreigde levensgevaar van ged.’¹³³

10.5.4.3 Onjuist gebruik van een geoorloofd middel

Ook wanneer een op zichzelf toegestaan middel onjuist wordt gebruikt, kan dat een beroep op noodtoestand verhinderen, gezien de wijze van schadetoebrenging:

‘Zum anderen ist es möglich, daß mit der Verletzung des fremden Guts das bedrohte an sich zwar gerettet werden könnte, die konkrete Ausführung der Tat jedoch in einer Weise erfolgt, daß sie aus diesem Grund ungeeignet ist, die Gefahr abzuwenden: So wenn es sich nur um einen kleineren Brand handelt, der mit dem Feuerlöscher an sich wirksam bekämpft werden könnte, der Täter aber so unsachgemäß vorgeht, daß keinerlei Erfolg zu erwarten ist.’¹³⁴

Wanneer een reddingspoging gedoemd is te mislukken, omdat het daarbij gebruikte middel onjuist wordt toegepast, is er geen beroep op noodtoestand mogelijk.

132 Hof Arnhem 12 juli 1988, ECLI:NL:GHARN:1988:AC2591, NJ 1989/761 (*Patiënt in pyjama*), r.o. 7.

133 GiEA Aruba, no. 44 van 1960 (datum niet vermeld), NJ 1962/238 (*Politieauto dwars op de weg*).

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

10.6 ZAAKWAARNEMING

10.6.1 Algemeen

In de *Parlementaire Geschiedenis van het Burgerlijk Wetboek* is zaakwaarneming aangeduid als een wettelijke rechtvaardigingsgrond, behorend tot dezelfde categorie als de strafrechtelijke rechtvaardigingsgronden:

‘Een rechtvaardigingsgrond kan rechtstreeks op de wet gebaseerd zijn: men denke aan wettelijk voorschrift, wettelijke bevoegdheid, (bevoegd gegeven) ambtelijk bevel. Tot deze rubriek behoort ook de zaakwaarneming. Bij de regeling van dit instituut gaat immers de wet ervan uit, dat het zich opzettelijk inlaten met de behartiging van eens anders belang, mits op redelijke grond geschied, niet een onrechtmatige daad jegens die ander oplevert welke tot schadevergoeding verplicht, de ander is integendeel volgens de wet gehouden de door de zaakwaarnemer gemaakte kosten en geleden schade te vergoeden.’¹³⁵

Zaakwaarneming kreeg een wettelijke regeling in artikel 6:198 BW.¹³⁶

‘Zaakwaarneming is het zich willens en wetens en op redelijke grond inlaten met de behartiging van eens anders belang, zonder de bevoegdheid daartoe aan een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding te ontlelen.’

Voor de zaakwaarnemer geldt een aantal verplichtingen. Hij moet bij de waarneming de nodige zorg betrachten en de begonnen waarneming voortzetten, voor zover dat laatste redelijkerwijs van hem kan worden verlangd (zie artikel 6:199 lid 1).¹³⁷ Voor de belanghebbende brengt de zaakwaarneming voor de belanghebbende de verplichting mee de schade te vergoeden die de zaakwaarnemer als gevolg van de waarneming heeft geleden. Althans: voor zover zijn belang naar behoren is behartigd, zie artikel 6:200 lid 1.¹³⁸ In dat laatste geval vormt de zaakwaarneming tevens een bron van vertegenwoordigingsbevoegdheid voor de zaakwaarnemer (artikel 6:201).

Van belang in het kader van vergoeding na een gerechtvaardigd optreden van de zaakwaarnemer is nog de zinsnede aan het slot van artikel 6:198 ‘zonder de bevoegdheid daartoe aan een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding te ontlelen’. Bedoeld is de actie uit zaakwaar-

¹³⁵ TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.

¹³⁶ Welke regeling niet wezenlijk wijzigde ten opzichte van haar voorganger in art. 1390 BW (oud).

¹³⁷ Daarnaast moet hij, voor zover dat redelijkerwijs mogelijk is, aan de belanghebbende rekening en verantwoording doen, zie lid 2 van art. 6:199.

¹³⁸ Of door goedkeuring achteraf door de belanghebbende, zie art. 6:202. De goedkeuring kan ook zien op het aspect van het optreden ‘op redelijke grond’ uit art. 6:198. Wanneer niet aan dat vereiste is voldaan, kan de belanghebbende door zijn goedkeuring van het optreden zijn bevoegdheid prijsgeven om jegens de waarnemer het gebrek in te roepen.

neming uit te sluiten voor de situatie waarin een uitdrukkelijke contractuele (opdracht, arbeidsovereenkomst) of wettelijke (voogdij, curatele) regeling van toepassing is. Maar het enkele bestaan van een wettelijke verplichting verhindert zaakwaarneming niet. Ook als een wettelijke verplichting tot ingrijpen aanwezig is, zoals de plicht tot hulp verlenen aan een persoon in nood (vgl. art. 450 Sr), is de handelende wel degelijk aan te merken als zaakwaarnemer, zo meldt de Toelichting op het ontwerp van het artikel.¹³⁹ Juist in veel gevallen waarin hulp is geboden aan iemand die in een noodsituatie verkeert, of wordt getracht te voorkomen dat iemand in nood komt, of schade zal lijden, zal zaakwaarneming de grondslag kunnen zijn waarop de handelende van de belanghebbende vergoeding van de schade kan vorderen die de handelende zelf door het optreden heeft geleden.¹⁴⁰ Mij lijkt dan ook een misvatting te menen dat na zelfopoffering in het verkeer geen vergoeding uit zaakwaarneming zou ontstaan voor de handelende, zoals in Asser-Sieburgh wordt gesteld.¹⁴¹

Bij zaakwaarneming gaat het uiteindelijk altijd om 'dienstbetoon',¹⁴² door Beysen omschreven als 'hulpvaardig optreden':

'Deze altruïstische gezindheid zal enkel aanwezig zijn indien de hulpvaardige persoon (1) optrad met de intentie om de zaken van een ander waar te nemen en (2) deze hulp belangeloos aangeboden heeft.'¹⁴³

De hierboven al letterlijk geciteerde wettekst geeft een aantal voorwaarden die de toepassing van zaakwaarneming inperken. Ze zijn van belang voor de beoordeling van de relativiteit, het beschermingsbereik, van de in artikel geregelde rechtsfiguur en worden nu besproken.

10.6.2 Kring van personen

Uit de omschrijving van zaakwaarneming vloeit voort dat het moet gaan om de behartiging van de belangen van een ander.¹⁴⁴ De actie uit zaakwaar-

139 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 793.

140 Of diens nabestaanden wanneer de zaakwaarnemer bij de hulpverlening is overleden. Zie bijv. Rb. Den Haag 14 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13447, JA 2019/5.

141 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/413, welke opvatting hierboven, in par. 3.10.2 (*Redelijke grond*), kritisch is besproken.

142 De term wordt gebruikt door Asser/Sieburgh 6-IV 2019/392.

143 E. Beysen, *Zaakwaarneming*, Mechelen: Kluwer 2006, nr. 45. Hij spreekt t.a.p. van de 'animus negotia aliena gerenda'. Aan de twee geciteerde voorwaarden voegt hij nog een derde toe: de belangenbehartiger mag niet uit vrijgevigheid hebben gehandeld.

144 De enkele omstandigheid dat de waarnemer ook zijn eigen belang diende, staat aan zaakwaarneming niet in de weg, zie TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 790. Een voorbeeld daarvan is te vinden in de hierna te bespreken begrafenisrechtspraak.

neming kan dan ook alleen worden ingesteld tegen deze 'ander', de belanghebbende. In die zin is de actie uit zaakwaarneming zeer 'relatief'.

De omstandigheid dat iemand het belang van een ander behartigt, maar tegelijkertijd zijn eigen belang dient, staat niet in de weg aan de actie uit zaakwaarneming tegen de belanghebbende.¹⁴⁵ Wie meent een belang van zichzelf te behartigen maar, naar later blijkt, het belang van een ander heeft gediend, heeft geen actie uit zaakwaarneming jegens die ander.¹⁴⁶ Wel mogelijk is het belang van een ten tijde van de zaak waarneming nog niet bestaande persoon,¹⁴⁷ of rechtspersoon,¹⁴⁸ te behartigen.

10.6.3 Soort schade

De vraag naar de soort schade, is de vraag naar het type belang dat behartigd kan worden. Zaakwaarneming kan alle soorten belangen betreffen,¹⁴⁹ en het geeft de bevoegdheid tot het verrichten van rechtshandelingen,¹⁵⁰ maar ook feitelijke handelingen. Schadevergoeding dient te worden betaald, voor zover het belang naar behoren is behartigd.

Voor het ontdekken van het beschermingsbereik van de zaakwaarnemingsfiguur is de soort van de schade van minder gewicht dan de wijze waarop de schade bij de zaakwaarneming is ontstaan. Die laatste kwestie wordt nu besproken.

145 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 790. In dit verband wordt vaak gewezen op 'begrafenis-rechtspraak' betreffende de zoon die mede namens zijn broers en zussen de begrafenis van een van de ouders en andere zaken regelt (HR 24 januari 1902, W. 7714 en HR 26 juni 1959, ECLI:NL:HR:1959:19, NJ 1959/586). Zie Schrage, *Verbintenissen uit andere bron* 2017/14 en *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/394.

146 Vgl. Schrage, *Verbintenissen uit andere bron* 2017/11, p. 15, onder verwijzing naar rechtspraak. In dezelfde zin H.C.F. Schoordijk, *Zaakwaarneming. Een onderbelichte bron* (rede) 1988, p. 9-10. Zie ook TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 790.

147 In dat geval gaat het om handelen ten behoeve van de nog ongeboren vrucht, zie art. 1:2 BW. In dezelfde zin *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/394.

148 De rechtspraak betreft vaak nog op te richten verenigingen e.d., zie HR 20 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4264, NJ 1982/568 en HR 8 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4304, NJ 1982/333. Zie ook Schrage, *Verbintenissen uit andere bron* 2017/6.

149 Ras wijst op rechtspraak vanaf de negentiende eeuw waaruit blijkt dat De Hoge Raad ruim uitlegt; het kan om vermogensrechtelijke en andere belangen gaan. H.E. Ras, *Zaakwaarneming naar Nederlands recht*, Preadvies voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1968, p. 30. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/396 geeft voorbeelden die teruggaan tot het Romeinse recht.

150 Waarbij de zaakwaarnemer bevoegd is te handelen in naam van de belanghebbende, voor zover hij diens belang naar behoren heeft behartigd, zie art. 6:201.

10.6.4 Wijze van ontstaan van de schade

In verband met de beoordeling van de wijze van ontstaan van de schade is allereerst van belang het aanvangsmoment van de zaakwaarneming. Voor toewijzing van de schadevergoedingsvordering van de zaakwaarnemer is voorwaarde dat de zaakwaarneming is begonnen op een 'redelijke grond', zo volgt uit artikel 6:198.¹⁵¹ Aanknopingspunt voor de beoordeling van die redelijke grond is de vermoedelijke wil van belanghebbende.¹⁵² In ieder geval kan belangenbehartiging tegen de aan te nemen wil van de belanghebbende niet tot vergoeding van schade op grond van zaakwaarneming leiden:

'Belangenbehartiging tegen de wil van degene wiens belang wordt behartigd, kan niet gelden als zaakwaarneming in de zin der wet, behoudens bijzondere omstandigheden',

aldus de Hoge Raad.¹⁵³

Een voorbeeld van een ontbreken van redelijke grond biedt een uitspraak van de rechtbank Breda. De politie trad op grond van een enkele anonieme melding van vermissing een woning binnen en sloeg daarbij een ruit in. Op aangeven van de politie dichtte een glaszetter het raam af. Vervolgens bleek dat de bewoner gewoon op reis was. Toen de glaszetter de bewoner tot vergoeding van de werkzaamheden op grond van zaakwaarneming aansprak, weigerde de bewoner te betalen. En terecht, zo oordeelde de kantonrechter. De politie was voor het binnentreden afgestaan op slechts een anonieme melding en kon geen nadere onderzoeksgegevens overleggen. Om die reden kon een redelijke grond voor het optreden, gezien de uitdrukkelijke betwisting van de bewoner, niet worden aangenomen. Ook de kosten van de uitvoering van de opdracht van de politie aan de glaszetter konden niet worden toegerekend, omdat niet gebleken was dat de politie het raam niet zelf kon afdichten. Nu de politie geen beroep op zaakwaarneming toekwam, kon ook geen sprake zijn van 'voortgezette zaakwaarneming' door de glaszetter.¹⁵⁴

Ook voor een eenmaal begonnen zaakwaarneming gelden grenzen aan de wijze waarop de schade mag zijn ontstaan. De zaakwaarnemer is verplicht de nodige zorg te betrachten. De Toelichting Meijers meldt daarover dat de waarnemer zich als een goed waarnemer moet gedragen; 'Hij moet dus steeds het oog houden op het belang van de belanghebbende mede gelet op diens wil of diens vermoedelijke wil.'¹⁵⁵ Daarbij kan naar gelang van de omstandig-

151 Het vereiste is hierboven uitgebreid besproken in par. 3.10.2 (*Redelijke grond*).

152 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 791. In afwijking van deze regel werd de vordering tot verhaal van kosten toegewezen in Rb. Rotterdam 15 april 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD0412, NJF 2008/276 (*Medische hulp na poging tot zelfdoding*).

153 HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2039, NJ 1997/24 (*Delta Lloyd/Interlloyd*), r.o. 3.4.

154 Rb. Breda 11 oktober 2006, ECLI:NL:RBBRE:2006:AZ0169, JA 2006/159, r.o. 3.4-3.7.

155 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 793.

heden invulling aan het begrip nodige zorg worden gegeven.¹⁵⁶ Een onzorgvuldige wijze van zaakwaarneming leidt dus tot een schade die, gezien de wijze van ontstaan, niet voor vergoeding in aanmerking komt. Dat blijkt ook uit het volgende artikel, 6:200, dat de verplichtingen van de belanghebbende regelt. Volgens het eerste lid is de belanghebbende gehouden de schade van de zaakwaarnemer te vergoeden slechts in geval van behoorlijke zaakwaarneming:

‘De belanghebbende is, voor zover zijn belang naar behoren is behartigd, gehouden de zaakwaarnemer de schade te vergoeden, die deze als gevolg van de waarneming heeft geleden.’

Voor de beoordeling van de wijze van uitvoering van de zaakwaarneming is dit de kernbepaling, waarmee de schadevergoedingsplicht wordt beperkt tot de redelijke uitgaven en kosten. Geen behoorlijke zaakwaarneming, want onereus, werd geacht het afgeven van een garantie voor onbeperkt krediet.¹⁵⁷ Een voorbeeld van behoorlijke zaakwaarneming is te vinden in het oordeel van het hof in de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 11 oktober 1996. De gemeente Amsterdam trekt zich het lot aan van na ontruiming op straat geplaatste en niet door de eigenaren zelf meegenomen inboedels. Zij doet dit, mede ter uitvoering van haar publieke taak, om te zorgen dat de openbare weg vrij blijft van goederen die daar niet thuis horen. Bederfelijke waar wordt vernietigd; andere goederen worden ten behoeve van de eigenaren kosteloos gedurende een bepaalde tijd in een loods opgeslagen. In de loods breekt brand uit, de vraag is of de gemeente als zaakwaarneemster tekortschoot in haar zorgplicht door geen brandverzekering af te sluiten voor de opgeslagen goederen. Het hof beoordeelt het handelen van de gemeente:

‘De gemeente, daarbij de rol van zaakwaarneemster op zich nemend, is gehouden daarbij de nodige zorgvuldigheid te betrachten. Zij brengt (...) deze goederen onder in een loods, waar deze per eigenaar in een afgescheiden gedeelte, in een droge omgeving staan opgeslagen. Onvoldoende is betwist dat deze loods, hoewel gelegen op een verlaten terrein, solide en deugdelijk afgesloten was en dat de brand in de loods moet zijn ontstaan.’¹⁵⁸

Het hof legt nauwkeurig uit onder welke omstandigheden de eigenaren afgifte van hun goederen kunnen verlangen en concludeert dat de gemeente door

156 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 793 drukt het zo uit, dat naar gelang van de omstandigheden ‘differentiatie’ kan worden aangebracht in de op de waarnemer rustende verplichtingen.

157 HR 20 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4264, NJ 1982/568 (*Onzorgvuldige ontruiming*).

158 Oordeel van het hof, te kennen uit HR 11 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2167, NJ 1998/239 (*Wernsen/Amsterdam*). Tegen de kwalificatie als zaakwaarneming in het oordeel van het hof richtte zich het cassatiemiddel niet.

aldus met de onder zich genomen goederen om te gaan, heeft voldaan aan de zorgvuldigheid die van haar jegens een eigenaar van de goederen mag worden verlangd.

Doorslaggevend voor de beoordeling is het moment van de zaakwaarneming, niet relevant is of de belanghebbende uiteindelijk door de waarneming gebaat is.¹⁵⁹ De Toelichting drukt dat zo uit:

‘De belanghebbende is tot schadevergoeding verplicht, ongeacht of hij al dan niet door de waarneming is gebaat. Indien er derhalve voor de belangenbehartiging een redelijke grond is en zij naar behoren is geschied, zijn de handelingen van de waarnemer voor rekening en risico van de belanghebbende. Was er geen redelijke grond voor het ingrijpen in eens anders belangen of is daarbij niet naar behoren te werk gegaan, dan is de belanghebbende slechts tot schadevergoeding verplicht, indien en voor zover een verplichting hiertoe voortvloeit uit hetgeen omtrent de ongerechtvaardigde verrijking is bepaald.’¹⁶⁰

Overmaat is dan ook, gezien de wijze waarop dit deel van de schade is ontstaan, voor rekening van de zaakwaarnemer zelf. Hij kan wanneer hij tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen uit zaakwaarneming juist – op zijn beurt – worden aangesproken door de belanghebbende.

10.6.5 Tot slot

Aan het einde van de bespreking van de relativiteit van zaakwaarneming sta ik nog stil bij een passage in de Toelichting Meijers over lid 1 van artikel 200 (artikel 6.4.1.3.1 in het ontwerp), dat het hierboven besproken recht op schadevergoeding van de zaakwaarnemer regelt.

De toelichting geeft aan dat op de verplichting tot schadevergoeding de in afdeling (6.1.9, thans) 6.1.10 gegeven algemene regels betreffende de verplichting tot schadevergoeding van toepassing zijn. Dat geldt ook voor letselschade of andere aantastingen in de persoon van de zaakwaarnemer. Daaraan voegt de toelichting deze zin toe:

‘Vanzelfsprekend zijn hier de omstandigheden die de rechter in zijn overwegingen moet betrekken, andere dan die welke een rol spelen als het ideële nadeel een gevolg is van wanprestatie of van een onrechtmatige daad.’¹⁶¹

¹⁵⁹ Zoals in het verdrietige geval van de automobilist die hulp wilde verlenen na een ongeval, en daartoe de middenberm van een brug overstak, maar voordat hij de plaats van het ongeval kon bereiken door een gat tussen de twee wegdelen viel en in het water van de Lek stortte. De verzekeraar van de vrachtwagen aan wie de man hulp wilde verlenen, vergoedde op grond van zaakwaarneming de schade van de nabestaanden van de hulpverlener. Zie Rb. Den Haag 14 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13447, JA 2019/5.

¹⁶⁰ TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 795.

¹⁶¹ TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 795.

Het is een intrigerende opmerking, omdat voor de wetsonwerper kennelijk zonneklaar was in welk opzicht de mee te wegen omstandigheden anders zijn. Naar ik meen, is het grote verschil dat bij zaakwaarneming, anders dan bij onrechtmatige daad en wanprestatie, altijd sprake is van hulpbetoon (het is hierboven, in 10.6.1 al besproken). Dat zal meewegen in de beoordeling van de omvang van de schadevergoedingsplicht. Het komt in het volgende deel, in hoofdstuk 11, nader aan de orde.

10.7 CORRECTIE-LANGEMEIJER

10.7.1 De correctie

In 1958 schreef Procureur-Generaal Langemeijer zijn beroemdste conclusie, die opent met de woorden:

‘Door deze zaak wordt ten langen leste een vraag aan uw Raad voorgelegd, die sinds geruime tijd in de overige rechtspraak en in de literatuur de aandacht heeft getrokken, namelijk die of het uitoefenen van een beroep met overtreding van enige geschreven rechtsregel, die niet rechtstreeks ten doel heeft bescherming van hen, die dit beroep legaal uitoefenen, een onrechtmatige daad jegens deze laatsten is of althans onder omstandigheden kan zijn.’¹⁶²

Iets verderop in zijn conclusie herformuleert Langemeijer de vraag tot:

‘De vraag die overblijft (...) is: of de omstandigheid dat een bepaald gedrag in ieder geval schending vormt van een geschreven regel, de doorslag kan geven om ook strijd met een ongeschreven regel aan te nemen.’¹⁶³

Om de vraag uiteindelijk bevestigend te beantwoorden:

‘dat het strijdig zijn van een handelwijze met een bepaalde geschreven rechtsregel altijd kán zijn een omstandigheid, die mede in aanmerking komt bij de vraag: of die handelwijze, in verband allicht met nog andere omstandigheden wellicht mede in strijd komt met de ongeschreven rechtsregels’.¹⁶⁴

162 HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, NJ 1961/568 (*Tandarts*), conclusie P-G Langemeijer, p. 1205.

163 HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, NJ 1961/568 (*Tandarts*), conclusie P-G Langemeijer, p. 1205.

164 HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, NJ 1961/568 (*Tandarts*), conclusie P-G Langemeijer, p. 1206, r.k. Vgl. voor deze omschrijving ook *Asser/Sieburgh* 6-IV/138.

De vraag die Langemeijer beantwoordde, was niet alleen in de jaren vijftig van de vorige eeuw actueel; zij is het nog steeds – dat blijkt uit constante stroom van rechtspraak¹⁶⁵ en literatuur¹⁶⁶ over het onderwerp.

10.7.2 Toepassing in geval van rechtvaardigingen

De relativiteitseis van artikel 6:163 luidt: ‘Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.’ Hierboven is voorgesteld dit vereiste in de context van rechtvaardigingen, dus omgekeerd aan die van de onrechtmatige daad, aldus te formuleren:

‘De ingeroepen bevoegdheid moet strekken tot rechtvaardiging van het toebrengen van schade zoals de benadeelde die heeft geleden.’¹⁶⁷

Niet alleen de relativiteitseis zelf kan worden geherformuleerd met het oog op rechtvaardigingen; ook de zojuist besproken correctie-Langemeijer kan op deze wijze worden geherformuleerd. Door de Hoge Raad is de correctie in 2006 zo omschreven

‘dat, hoewel de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, en de schending van die norm dus op zichzelf genomen geen aansprakelijkheid voor die schade schept, nochtans daarvoor aansprakelijkheid bestaat omdat onder de omstandigheden van het geval die schending bijdraagt tot het oordeel dat een zorgvuldigheidsnorm is geschonden die wél bescherming biedt tegen die schade’.¹⁶⁸

In een situatie waarin een wettelijke norm is overtreden die niet strekt tot bescherming van het geschonden belang, ‘kan de wetsovertreding een factor zijn bij het oordeel dat de gedraging onrechtmatig is wegens schending van

165 Vaak in de context van overheidsaansprakelijkheid, zie bijv. HR 7 mei 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO6012, NJ 2006/281 (*Duwbak Linda*), HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1973, NJ 2020/40 (*EnergyClaim*) en HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, NJ 2020/233 (*Schietdrama Alphen*).

166 Zie de recente proefschriften van: Den Hollander, *Relativiteit van wettelijke normen* (diss.) 2016, p. 154-161 en 312-314, en Van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss.) 2019/401-411. Verder het artikel van Verheij, ‘Waarom de Hoge Raad in 1958...’, 2020, p. 3368-3377.

167 Zie par. 10.2.1 (*Strekking van de norm en van de rechtvaardiging*).

168 HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, NJ 2008/491 (*AstraZeneca/Menzis*), r.o. 3.3.5.

de zorgvuldigheid', zo luidt de correctie.¹⁶⁹ Bij toepassing in geval van een beroep op een rechtvaardiging, zou zij aldus kunnen worden beschreven:

'Wanneer de ingeroepen bevoegdheid niet strekt tot rechtvaardiging van het toebrengen van schade zoals de benadeelde die heeft geleden, kan de ingeroepen bevoegdheid een factor zijn bij het oordeel over de onrechtmatigheid van de handeling.'

Zoals de wetsovertreding die op zichzelf niet strekt tot bescherming tegen de geleden schade, 'onder de omstandigheden van het geval (...) bijdraagt tot het oordeel dat een zorgvuldigheidsnorm is geschonden die wèl bescherming biedt tegen die schade',¹⁷⁰ zo kan omgekeerd de ingeroepen bevoegdheid die niet de strekking heeft te beschermen tegen de geleden schade, een factor zijn die bijdraagt aan het oordeel dat geen zorgvuldigheidsnorm is geschonden en dus niet onrechtmatig is gehandeld.

Over de toepassing van de correctie-Langemeijer is recentelijk kritisch geschreven door Van der Kooij en Verheij. Van der Kooij meent dat de situaties waarin de correctie wordt toegepast 'zich beter laten beschouwen als reguliere toepassing van zorgvuldigheidsnormen'.¹⁷¹ En volgens Verheij vestigt toepassing van de correctie aansprakelijkheid (...) zonder dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan'; volgens hem gaat het bij die toepassing om 'een rechtspolitieke keuze gebaseerd op de wens tot rechtshandhaving'.¹⁷²

Ik deel die kritiek niet. Mijns inziens biedt de correctie-Langemeijer de mogelijkheid om de schending van bepaalde – voor een ander doel geschreven – normen te laten doorklinken in de beoordeling van het gedrag in een bijzondere situatie.¹⁷³ Daar kunnen verschillende gronden voor bestaan. Den Hollander schrijft erover:

'Allerlei redenen zijn denkbaar waarom de rechter na een ontkennend relativiteitsoordeel ten aanzien van een wettelijke norm met behulp van de correctie-Langemeijer alsnog aansprakelijkheid zou willen aannemen. De rechter kan hiertoe reden zien in de verhouding van partijen of de omstandigheden van het geval. Meer specifiek kan dan worden gedacht aan de aard van de normschending. Zo kan

169 In de verwoording van de correctie door Asser/Sieburgh 6-IV 2019/138. Kritisch over het nut van de correctie: Van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss.) 2019/401-411 en recent Verheij, 'Waarom de Hoge Raad in 1958...', 2020, p. 3368-3377. Ik deel die kritiek niet, zoals uit het bovenstaande moge blijken.

170 Aldus de formulering van de Hoge Raad zelf, HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, NJ 2008/491 (*AstraZeneca/Menzis*), r.o. 3.3.5. Zie over de correctie ook de annotatie van Vranken bij het arrest onder 16 en 17.

171 Van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss.) 2019/411, p. 280.

172 Verheij, 'Waarom de Hoge Raad in 1958...', 2020, p. 3377.

173 In dezelfde zin Hijma, in zijn annotatie bij Duwbak Linda, waar hij ook uitlegt waarom in het Tandarts-arrest anders werd geoordeeld dan in de Duwbakzaak, zie HR 7 mei 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO6012, NJ 2006/281 (*Duwbak Linda*), m.nt. J. Hijma onder 9.

een opzettelijke normschending extra reden zijn om de correctie-Langemeijer in te zetten. Evenals de aard van het geschade belang, waarbij gedifferentieerd zou kunnen worden tussen letsel-, zaaks- en zuivere vermogensschade. (...) Ook het belang van handhaving van de norm als zodanig kan een gezichtspunt zijn, zoals Langemeijer dat belang zelf betreft in zijn conclusie voor de tandartsenzaak.¹⁷⁴

Omgekeerd zal het bij een beroep op een rechtvaardiging vaak gaan om een in principe wenselijk geachte gedraging. De maatschappelijke wenselijkheid daarvan zal kunnen doorklinken in de beoordeling van de onrechtmatigheid van de gedraging, en wel – anders dan bij de correctie Langemeijer – op een positieve manier.

Van de redenen die Den Hollander noemt zullen juist de verhouding tussen partijen en de aard van de normschending kunnen meebrengen dat de handeling toch niet als onzorgvuldig wordt beoordeeld, terwijl op zichzelf niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste dat voor de ingeroepen rechtvaardiging geldt. Hierboven is al geconcludeerd dat het bij een beroep op rechtvaardigingen vaak gaat om de noodzaak snel op te treden, terwijl die noodsituatie niet door de handelende is veroorzaakt, en er wordt gehandeld in het belang van een ander dan de handelende.¹⁷⁵ Met toepassing van de – zo men wil: omgekeerde – correctie-Langemeijer kan de wenselijkheid van het gedrag van de handelende een rol spelen bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van zijn gedrag – ook als dat niet geheel voldeed aan de daaraan te stellen eisen.

Ten slotte kan worden opgemerkt dat de correctie-Langemeijer werd en wordt toegepast bij de overtreding van wettelijke normen. Alle in dit hoofdstuk behandelde volledige rechtvaardigingen zijn rechtstreeks uit de wet afkomstig, of daarop gebaseerd (noodtoestand). Ook in zoverre is er dus een parallel met de situatie waarop Langemeijer het oog had met zijn correctie.

10.8 CONCLUSIE

Rechtvaardigingen zijn relatief van aard. Ze strekken slechts tot het rechtvaardigen van het toebrengen van schade in bepaalde omstandigheden. Met het aanvoeren van een rechtvaardiging voor een handeling is de rechtmatigheid van die handeling dus niet direct gegeven. Of de handeling de toets van de rechtmatigheid kan doorstaan, hangt er mede vanaf tegen wie de rechtvaardiging wordt ingeroepen, ter rechtvaardiging van welke soort schade, en van de wijze waarop die schade is toegebracht. Wanneer de handeling die toets niet volledig doorstaat, zal bij het uiteindelijke onrechtmatigheidsoordeel de maatschappelijke wenselijkheid van de handeling kunnen worden betrokken.

174 Den Hollander, *Relativiteit van wettelijke normen* (diss.) 2016, p. 158-159.

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