



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).

12 | Invloed op oordeel vergoedingsplicht

12.1 INLEIDING

12.1.1 Het 'onafwendbare' gevolg: geen schadevergoeding

Wie zich met succes beroept op een rechtvaardiging handelt rechtmatig. Dat betekent dat aan een van de vereisten van artikel 6:162 niet is voldaan; de onrechtmatigheid ontbreekt als een toereikende rechtvaardiging aanwezig is. Daarmee vervalt ook een belangrijke basis om schadevergoeding te vorderen wanneer door het gerechtvaardigd handelen schade is ontstaan – de rechtvaardiging blokkeert daarmee de vergoedingsplicht. Althans: in principe.

12.1.2 Relativering van het uitgangspunt

Het zojuist besproken beginsel moet in een aantal opzichten worden gerelativeerd.

Ten eerste: artikel 6:162 valt af als grondslag om de schadevergoedingsclaim op te baseren. Dat laat echter de mogelijkheid open dat de claim jegens de handelende wordt gebaseerd op een andere grond, bijvoorbeeld in het geval dat de handelende zelf ook heeft geprofiteerd van de daad.

Ten tweede: het feit dat de gerechtvaardigd handelende geen verplichting heeft de schade te vergoeden, wil niet zeggen dat *een ander* die verplichting niet zou kunnen hebben. De kwestie wie eventueel vergoedingsplichtig is, hangt uiteraard opnieuw samen met de vraag op welke grondslag een eventuele schadevergoedingseis kan worden gebaseerd. Zo'n situatie doet zich bijvoorbeeld voor als de in noodtoestand handelende iemand redt, en daarbij schade toebrengt aan een derde. De benadeelde derde zal zijn schade niet ex artikel 6:162 kunnen verhalen op de handelende redder (die zich op noodtoestand zal kunnen beroepen en dus niet onrechtmatig handelde). Maar de benadeelde zal zijn schade mogelijk wel met succes kunnen claimen van de geredde (bijvoorbeeld op grond van ongerechtvaardigde verrijking).¹

Ten derde: het uitgangspunt dat geen vergoeding verschuldigd is bij een geslaagd beroep op een rechtvaardiging kan nog op andere wijze worden

1 Zie *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 617.

gerelativeerd, omdat het te strikt is geformuleerd. Soms is namelijk ook geen of geen volledige vergoeding verschuldigd bij een mislukt beroep op een rechtvaardiging. Anders gezegd: zelfs wanneer de ingeroepen rechtvaardiging *niet* toereikend is, het handelen dus onrechtmatig is en schadevergoeding verschuldigd is, hoeft de rol van de rechtvaardiging niet te zijn uitgespeeld. De omstandigheid dat in ieder geval een onvolledige rechtvaardiging bestaat, of dat – bij een mislukt beroep op een volledige rechtvaardiging – bedoeld is te handelen op grond van een rechtvaardiging, kan van invloed zijn op het oordeel over de omvang van de vergoedingsplicht.

In dit hoofdstuk wordt (in 12.3 en 12.4) nagegaan wat de grondslag is van een verplichting tot schadevergoeding bij geheel of gedeeltelijk gerechtvaardigd handelen en op wie deze verplichting rust.² Daarna wordt (in 12.5 en 12.6) nagegaan welke rol in zo'n geval de aanwezigheid van een ingeroepen rechtvaardiging speelt bij de beoordeling van de omvang van een eventuele schadevergoedingsplicht. Voorafgaand aan dit alles moet eerst worden gedefinieerd welke partijen betrokken kunnen zijn bij de handeling.

12.1.3 Over de terminologie

Voor een beschouwing van de schadevergoedingsverplichting is het nodig nog expliciet stil te staan bij de verschillende betrokken partijen en hun benaming. De begrippenparen die gewoonlijk bij de aanduiding van onrechtmatig handelen worden gehanteerd, als dader/slachtoffer; schadeveroorzaker/schadelijder; laedens/gelaedeerde, zijn namelijk niet altijd toereikend voor de beschrijving van een geval waarin een beroep wordt gedaan op een rechtvaardigingsgrond.

Zo is het begrip slachtoffer (schadelijder/gelaedeerde) bij rechtvaardigingen multi-interpretabel. Als slachtoffer kan allereerst worden gezien degene die schade lijdt door de handeling waarvoor een rechtvaardiging wordt ingeroepen. Dat is altijd het geval bij noodweer. Het gaat dan immers om de verdediging tegen een aanval. De aanvaller lijdt schade, tot vergoeding waarvan hij de noodweerder aanspreekt; de noodweerder beroept zich op een rechtvaardiging.

Maar ook diegene die zich op een rechtvaardiging beroept, kan slachtoffer zijn. Te denken valt opnieuw aan een noodweersituatie: A bedreigt B met een pistool. Ter verdediging schopt B met een karatetrap tegen de schouder van

2 Het gevolg van de aanwezigheid van een rechtvaardiging voor de beoordeling van andere vorderingen, vloeit uit het voorgaande voort, en komt in het onderstaande slechts aan de orde als dat relevant is. Voor de verklaring voor recht zie hoofdstuk 11 (*Invloed op oordeel onrechtmatigheid*), over die vordering in het algemeen zie: Groeneveld-Tijssens, *De verklaring voor recht* (diss.) 2015. Voor het verbod zie: Van Nispen, *Verbod en bevel* (diss.) 1978 en Van der Helm, *Het rechterlijk bevel en verbod*, 2019.

A, die hierdoor zijn pistool laat vallen, maar ook letsel oploopt. A lijdt schade en is in die zin slachtoffer, maar noodweerder B is, als bedreigde, uiteraard evenzeer slachtoffer – en wel van de bedreiging door A, die de noodweerhandeling uitlokte.

In het geval van rechtvaardigingen is er bovendien vaak nog een derde, niet bij de handeling betrokken partij, die slachtoffer is van de te rechtvaardigen handeling. Zo in het al eerder genoemde voorbeeld. Een drenkeling wordt gered door X. Om bij de drenkeling te kunnen komen, moet X echter door de tuin van Y lopen en daar vertrappt hij planten. Y lijdt hierdoor schade en hij kan (als buitenstaander van de handeling) slachtoffer van de noodsituatie worden genoemd.

Om het gevolg van de aanwezigheid van een rechtvaardiging voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht scherp te omschrijven, moet eerst het begrippenkader worden vastgesteld en geanalyseerd wat precies *gebeurt* in de situatie waarin iemand een beroep doet op een rechtvaardigingsgrond en wie bij de te rechtvaardigen handeling betrokken zijn.

12.2 DE BETROKKEN PARTIJEN

12.2.1 Vier aspecten

In iedere situatie waarin iemand zich op een rechtvaardiging moet beroepen, zijn vier steeds terugkerende aspecten te onderscheiden. Er is: 1. een oorzaak van de situatie waarin een beroep moet worden gedaan op een rechtvaardiging; 2. een reden waarom moet worden opgetreden: het belang dat moet worden gered; 3. iemand die optreedt in de ontstane situatie; 4. schade veroorzaakt.

Al in hoofdstuk 1 van deze studie zijn deze rollen kort aangeduid;³ ze worden nu nader gezien.

12.2.2 Vier rollen

In de meest heldere situatie vallen de zojuist genoemde aspecten samen met de bijdragen van verschillende bij de situatie betrokken personen. Die verschillende bijdragen licht ik kort toe, aan de hand van het hierboven al vaker aangehaalde voorbeeld van Meijers: Er is brand gesticht, en iemand grijpt de deken van een ander om daarmee de voor een derde dreigende dood door

3 Zie par. 1.5.8 (*De betrokken partijen*).

verbranding te voorkomen.⁴ In dit geval zijn er maximaal vier verschillende betrokken partijen te onderscheiden.

Allereerst is er iemand die de situatie teweegbrengt waarin een beroep op een rechtvaardigingsgrond noodzakelijk is. Hij is degene die de reden tot ingrijpen *veroorzaakt*. In het zojuist gegeven voorbeeld is dat de brandstichter.

Vervolgens is er een ingrijpende persoon. Deze *handelt* in de ontstane situatie. Hij brengt daarbij schade toe en beroept zich op een rechtvaardiging wanneer hij tot vergoeding daarvan wordt aangesproken. In het voorbeeld is dit degene die de deken wegrukt om een in nood verkerende persoon te redden.

Verder is te onderscheiden: degene wiens belang wordt behartigd. De nood waarin deze persoon verkeert, vormt de reden tot ingrijpen; zijn belang vertegenwoordigt de *reden tot ingrijpen*. Meestal is dit dus de te redden persoon of het geredde belang, dan wel de bedreigd(e) persoon (of het bedreigde belang). In het voorbeeld is dat degene die dreigt te verbranden.

Ten slotte is er de schadelijgende persoon. Dit is degene *ten koste van wie* is opgetreden om het bedreigde belang te redden. Het is ook degene tegenover wie het beroep op een rechtvaardigingsgrond wordt gedaan. In het voorbeeld van Meijers is dit de eigenaar van de deken.

In een situatie waarin een beroep moet worden gedaan op een rechtvaardigingsgrond zijn de zojuist besproken aspecten, als gezegd, altijd aanwezig. Als aan elk van de vier betrokkenen een rol moet worden toegekend, gaat het om deze:

1. de veroorzaker;
2. de handelende;
3. de belanghebbende;
4. de benadeelde.

Elk van deze rollen wordt nu kort toegelicht.

12.2.3 De veroorzaker

Handelen op grond van een rechtvaardigingsgrond is handelen in een nood-situatie. Zoals alles, heeft deze situatie een oorzaak. Voor de vraag naar een eventuele vergoedingsverplichting is relevant wat de precieze oorzaak van de noodsituatie is geweest.

C houdt bijvoorbeeld D onder schot. E komt D te hulp en slaat de revolver uit de handen van C. Daarbij verwondt hij C. E kan zich beroepen op noodweer; hij verwondde C immers bij de noodzakelijke verdediging van D tegen

4 In zijn annotatie bij HR 3 mei 1934, ECLI:NL:HR:1934:172, NJ 1934, p. 1549 e.v. (*Vernietiging tuberculeus vlees*), op p. 1553. Het gegeven dat de brand is *gesticht*, is door mij aan het voorbeeld van Meijers toegevoegd.

een ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding door C. Het handelen van C (de bedreiging van D) moet als een onrechtmatige daad worden gezien; het handelen van E niet. C is de veroorzaker van de situatie waarbij E een te rechtvaardigen daad moest plegen. In dit geval is de onrechtmatige daad van C oorzaak van de te rechtvaardigen situatie. Wanneer bijvoorbeeld E zelf ook gewond raakt op het moment dat hij de revolver uit de hand van C slaat, kan E zijn schadevergoedingseis jegens C baseren op onrechtmatige daad. Als D bij de actie gewond raakt, heeft ook hij een vordering uit onrechtmatige daad jegens C.

Dikwijls echter, is het niet zo eenvoudig om de oorzaak van een te rechtvaardigen handeling te herleiden tot een onrechtmatige daad. Het kan zijn dat er in het geheel geen daad aan de situatie voorafgaat; het kan ook zijn dat er weliswaar sprake is van een daad, maar dat deze niet als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd. Van beide situaties een voorbeeld.

Door een storm waait een zolderraam open in het huis van F die op dat moment op vakantie is. In het klapperende raam is een ruit gebroken. Buurman G, die ziet dat een raam staat te klapperen met de losse glasdelen er nog in, forceert de deur in het huis van F om bij het raam te komen en de resterende glasdelen eruit te halen zodat deze geen gevaar meer opleveren voor passanten, en het raam af te timmeren, zodat er geen inbrekers in kunnen komen. Het feit dat hij de deur heeft moeten forceren, is niet onrechtmatig jegens belanghebbende buurman F (zaakwaarneming). De redenen die G dreven tot zijn handelen (de storm) zijn echter niet te herleiden tot enige menselijke activiteit. Als G zich verwondt tijdens zijn herstelwerkzaamheden aan het huis van F, zal hij zijn schadevergoedingsclaim dus niet kunnen baseren op onrechtmatige daad.

Een vordering uit onrechtmatige daad ontbreekt ook in de volgende casus: H valt uit een boot in het water. H raakt in paniek en schreeuwt om hulp. I schiet hem te hulp en moet door de tuin van J rennen om bij het water te komen. In de tuin van J vertrappt I planten. I vernielt dus de eigendom van J, maar zijn handelen is niet onrechtmatig, omdat hier sprake is van noodtoestand. Als oorzaak van deze toestand is weliswaar een menselijk handelen aan te merken (het in het water vallen van H), maar dit handelen is niet onrechtmatig.

12.2.4 De handelende

Als handelende is hierboven aangemerkt degene die de onrechtmatige daad begaat die gerechtvaardigd moet worden. Hij is derhalve de centrale figuur in het schema. Vaak speelt hij de rol van degene die het bedreigde belang veilig stelt, de 'redder'. Hij is in ieder geval de persoon die optreedt in de ontstane situatie en een daad pleegt die in andere omstandigheden als onrecht-

matig zou worden aangemerkt. Hij is degene die een beroep op een rechtvaardiging doet.

12.2.5 De belanghebbende

In iedere situatie waarin op grond van een rechtvaardiging wordt gehandeld, is sprake van een keuze voor een bepaald belang, ten koste van een ander belang. Het geredde belang kan zijn een geredde persoon, zoals de hierboven beschreven drenkeling H die ten koste van schade aan de planten van een ander wordt gered, of degene die (in de oercasus van Meijers) dreigt te verbranden en met schade aan de deken van een ander wordt veilig gesteld. Uiteraard kan het ook om een abstract belang gaan, bijvoorbeeld in de situatie waarin een ambtelijk bevel moest worden opgevolgd of een wettelijke verplichting moest worden nageleefd. De rechtvaardiging om te handelen zoals men deed en daarbij schade toe te brengen, wordt dan gevonden in een hogere bevoegdheid/verplichting, of het algemeen belang.

De belanghebbende is degene ten behoeve van wie wordt opgetreden. Hij is, althans: bij een geslaagd optreden, ook degene die profijt heeft van de handeling.

12.2.6 De benadeelde

Tot slot is er in iedere situatie waarin een beroep wordt gedaan op een rechtvaardiging sprake van toegebrachte schade waarvoor verhaal wordt gezocht, tegen welke actie de handelende zich verweert met een beroep op een rechtvaardiging. Tegenover de handelende staat, als het om rechtvaardigingen gaat, dus altijd de schadelijder; de benadeelde. Hij treedt in een eventuele procedure op als eisende partij en stelt de vordering in, waartegen de handelende zich zal verweren met een beroep op een rechtvaardiging.

Als benadeelde is aan te duiden degene wiens belang is opgeofferd ten koste van het geredde belang. Vaak zal het gaan om een buitenstaander bij de te rechtvaardigen handeling, zoals in het door Meijers gegeven voorbeeld: wanneer er brand is en iemand door verbranding dreigt om te komen, is het gerechtvaardigd de deken van een derde te grijpen om daarmee de dreigende verbrandingsdood te voorkomen.⁵ De benadeelde derde zal compensatie wensen voor het belang waarin hij is getroffen. Drie mogelijke vergoedingsplichtigen dienen zich aan: de oorspronkelijke veroorzaker van de noodsituatie, bijvoorbeeld de brandstichter; de belanghebbende, die profiteert van de opoffe-

5 Meijers in noot onder HR 3 mei 1934, ECLI:NL:HR:1934:172, NJ 1934, p. 1549, met het voorbeeld op p. 1553.

ring, en de handelende persoon die het belang van de benadeelde heeft opgeofferd ten behoeve van een ander, groter belang.

12.2.7 Variaties op het schema: veelvoud en samenval

Op het basisschema zijn verschillende varianten denkbaar.

De vier onderscheiden rollen kunnen worden gespeeld door meerdere betrokkenen. Voor iedere rol zijn dan meerdere personen betrokken.

In het geval van de samenval zijn verschillende aspecten (rollen) verenigd in één persoon; en vertolken de verschillende betrokkenen meerdere rollen. Het gaat dan dus om meer rollen per betrokkene.

12.2.8 Veelvoud van betrokkenen in een rol

Wat betreft de verveelvoudiging: het behoeft geen betoog dat er meerdere veroorzakers van de ontstane situatie kunnen zijn. Hetzelfde geldt voor het aantal geredde personen, voor het aantal belangenbehartigers en benadeelden. Deze verveelvoudiging leidt niet tot een andere beoordeling van de situatie dan op grond van de hierboven gegeven basisschets. Alle rollen blijven gelijk verdeeld over verschillende betrokkenen. De verhoudingen tussen de verschillende betrokkenen verschilt daardoor niet en evenmin de gronden voor de eventuele vergoedingsverplichtingen.

12.2.9 Samenval van rollen in een betrokkene

Moeilijker te beoordelen is de situatie waarin meerdere rollen verenigd zijn in één betrokkene. De situatie verdicht zich dan, omdat meer aspecten samen vallen in die ene betrokkene, en de diverse rollen dus niet over evenzoveel partijen worden verdeeld. Dat maakt het lastiger om in te zien wat precies de eventuele gronden voor aansprakelijkheid, of van het recht op schadevergoeding zijn. Van die situaties volgt nu een voorbeeld om de gedachten te bepalen, waarbij ik uitga van een noodsituatie.

De veroorzaker van de te rechtvaardigen handeling kan tegelijkertijd degene zijn die zich op de rechtvaardigingsgrond beroept, andersom geformuleerd: degene die zich op een rechtvaardigingsgrond beroept, heeft zelf de situatie in het leven geroepen waarin hij zich moest beroepen op een rechtvaardiging. De rol van *veroorzaker en handelende* vallen dan samen. Bijvoorbeeld: K laat L schrikken, die in het water valt. M springt L na om hem te redden.

De *veroorzaker kan de belanghebbende* zijn. L valt bijvoorbeeld door zijn eigen onvoorzichtigheid in het water. Hij wordt daar vervolgens uitgehaald door M.

Zo kan ook de *veroorzaker tegelijkertijd de benadeelde* zijn, dus degene zijn die uiteindelijk de schade lijdt (in het zojuist gegeven voorbeeld: L, die door zijn onhandigheid in het water valt, heeft waterschade aan zijn kleding), of: degene die mede schade lijdt (als naast L ook redder M waterschade aan zijn kleding heeft). Een veel voorkomende situatie is die van de bedreiger die zelf gewond raakt.

Verder kan de persoon van de *handelende met die van belanghebbende* samenvallen. Dit is een veel voorkomende situatie, bijvoorbeeld in het geval van noodweer. Dikwijls wordt een handeling in noodweer immers gepleegd juist om het eigen lijf of goed uit de benarde situatie te redden.

Ook kan de rol van *handelende samenvallen met die van benadeelde*. Om een kind dat de straat op rent te ontwijken, gooit een motorrijder zichzelf met zijn motor tegen de grond,⁶ waarbij de motor beschadigd raakt. Of een man probeert het bij de lift beknelde geraakte hondje van een vrouw te bevrijden, en valt daarbij zelf in de liftschacht.⁷

Ten slotte kan de *benadeelde tegelijkertijd de belanghebbende* zijn. De eigenaar wordt uit zijn brandende huis gered door een passant, die bij de reddingsactie de deur moet intrappen.⁸

De zojuist gegeven voorbeelden zien op de situatie waarin twee rollen samenvallen in een persoon. Uiteraard kunnen er ook drie rollen in een persoon samenvallen.

In de meest gecomprimeerde situatie vallen zelfs alle hierboven geschetste aspecten samen in één persoon. Bijvoorbeeld: Z valt door zijn eigen onvoorzichtigheid in de gracht, weet zich daar weer uit te hijsen, maar scheurt daarbij zijn jas. Deze meest verdichte situatie is juridisch niet interessant, omdat er in een geval als dit geen reden bestaat om de schade door iemand anders te laten dragen dan degene die haar veroorzaakte en leed. Er is geen grond(slag) om de schade te verplaatsen. De wet geeft daarvoor trouwens ook geen mogelijkheid.

Juridisch interessanter, en lastiger, is het wanneer er minstens twee personen te onderscheiden zijn in wie meerdere van de bovengenoemde aspecten zijn vertegenwoordigd. Daarvan zijn zojuist voorbeelden gegeven. Juist in deze 'samenvallende' en daardoor ondoorzichtige situaties is het, als gezegd, van belang de hierboven genoemde vier aspecten te onderscheiden, omdat deze goede handvatten bieden voor de juridische beoordeling van een eventuele schadevergoedingsverplichting.

6 Het voorbeeld ontleen ik aan Asser/Sieburgh 6-IV 2019/413, p. 410, die i.v.m. zelfopoffering in het verkeer verwijst naar Larenz II.1, par. 57 Ib. Een soortgelijk geval is hierboven beschreven als toelichting op het model van Toulmin in par. 11.1.8 (*Uiteenzetting aan de hand van artikel 6:162 en de Toelichting Meijers*).

7 Rb. Zeeland-West-Brabant 19 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1973, JA 2014/91; Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4434, JA 2016/173 (*Hond in de lift*).

8 Het voorbeeld is van Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 668.

12.3 GRONDSLAG VAN DE VERGOEDINGSPLICHT

12.3.1 Inleiding

De omstandigheid dat is gehandeld op grond van een toereikende rechtvaardiging, behoeft geen belemmering te zijn voor het instellen van een vordering tot schadevergoeding. De ontwerper van het huidige wetboek wijdt aan dit gegeven zelfs een relatief lange passage:

‘In verschillende buitenlandse wetboeken worden bepaalde rechtvaardigingsgronden afzonderlijk geregeld, met name noodweer en noodtoestand. Het ontwerp heeft hierin deze wetboeken niet gevolgd. (...) De meeste van de genoemde wetboeken bevatten nog de regel dat in bepaalde gevallen van handelen in noodtoestand ondanks het wegvallen van de onrechtmatigheid toch een schadevergoedingsplicht naar billijkheid bestaat. Inderdaad is (...) internationaal erkend dat in verschillende gevallen van schadetoebrenging in noodtoestand de billijkheid medebrengt dat schadevergoeding verschuldigd is door de dader of door degene in wiens belang deze handelde. Het ontwerp heeft hiervoor geen bijzondere regel opgenomen. Aan de hand van de beginselen omtrent ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6.4.3.1) moet de vraag worden beantwoord in hoeverre in deze gevallen een verplichting tot schadevergoeding bestaat en op wie die verplichting drukt.’⁹

Over de vraag *of* een schadevergoedingsvordering kan worden ingesteld bestaat sinds de wetsontwerper zijn visie ontvouwde in de zojuist geciteerde passage weinig twijfel. Volgens de ontwerper kan een eventuele vergoedingsplicht in ieder geval worden gebaseerd op de beginselen van ongerechtvaardigde verrijking.

Ook andere grondslagen voor de vergoedingsplicht zijn denkbaar. Ze worden nu besproken, waarbij voor zover nodig ook wordt ingegaan op de vraag *tegen wie* de schadevergoedingsvordering zou kunnen worden ingesteld.

12.3.2 Billijkheid

Uit het hierboven aangehaalde citaat uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt reeds dat een aantal landen een schadevergoeding naar billijkheid kent, die de handelende verschuldigd is of de belanghebbende. Verwezen wordt in het citaat naar zeer verschillende regelingen,¹⁰ waarvan voor Nederlands recht de Duitse artikelen 227, 228 en 904 BGB het meest vergelijkbaar zijn. § 227 BGB regelt de noodweerhandeling, maar geeft geen regeling voor de vergoeding van schade die door de handeling is ontstaan. § 228 BGB regelt de Verteidi-

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

10 Ze betreffen het Duitse, Zwitserse, Italiaanse, Griekse, Egyptische en Hongaarse recht.

gungsnotstand. Dit artikel verleent evenmin een recht op schadevergoeding, maar geeft alleen aan dat de handelende die zelf medeoorzaak is van het gevaar, tot schadevergoeding verplicht is.¹¹ § 904 tenslotte, regelt de 'Angriff-notstand'. Het artikel regelt de positie van de eigenaar bij zaakbeschadiging, wanneer zijn zaak bij noodweer/noodtoestand wordt gebruikt. Met betrekking tot de schade die hieruit voortvloeit, stelt het artikel dat de eigenaar vergoeding kan verlangen.¹² De vergoedingsverplichting rust op de handelende persoon; niet op de belanghebbende.¹³

Uit deze beschrijving blijkt dat het gaat om ad hoc regelingen voor een enkele rechtvaardigingsgrond. Navolging verdient een dergelijke regeling mijns inziens niet. Dat hangt ook samen met het Nederlandse systeem, waar in het BW geen aparte beschrijving van de verschillende rechtvaardigingsgronden is opgenomen. Dan ligt het ook niet voor de hand om wel een regeling voor de *gevolgen* van de aanwezigheid van de rechtvaardigingsgronden op te stellen. Het lijkt mij dan ook terecht dat de wetgever de buitenlandse voorbeelden op dit punt niet heeft gevolgd.

Overigens komt het mij onverstandig voor om een schadevergoedingsverplichting te gronden alleen op de billijkheid, dus buiten een in de wet opgenomen grondslag voor de schadevergoedingsplicht. Immers: met de ingeroepen rechtvaardiging bevindt men zich al op een schemerig gebied tussen onrechtmatigheid en rechtmatigheid. Wanneer ook de schadevergoedingsverplichting zou worden gefundeerd op een onduidelijke basis, zoals 'de billijkheid' op zichzelf, ontbreekt daar eveneens houvast. Dat is geen aantrekkelijke optie. Voor het aannemen van een vergoedingsverplichting op grond van de billijkheid, bestaat ook alleen noodzaak in het geval het huidige wettelijk systeem zou tekortschieten voor het funderen van een vergoedingsplicht. Dat is naar mijn mening niet het geval, zoals hierna zal blijken.

12.3.3 Onrechtmatige daad

12.3.3.1 *Van de veroorzaker*

Als allereerste grondslag voor een eventuele schadevergoedingsverplichting buiten contract is uiteraard te denken aan onrechtmatige daad van degene die aanleiding gaf tot het handelen in de te rechtvaardigen situatie.

11 Vgl. § 228, slot: 'hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadensersatz verpflichtet'.

12 § 904, slot vermeldt hieromtrent: 'Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismässig gross ist. Der Eigentümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen'.

13 Zie Jauernig § 904, 3aa.

Op grond van onrechtmatige daad zal aansprakelijk zijn diegene die door zijn onzorgvuldig handelen – meestal: gevaarstelling – de situatie heeft gecreëerd waarin een beroep op een rechtvaardiging moest worden gedaan. Dat geldt als hij de gevaarlijke situatie voorzag, of kon en moest voorzien en kon vermijden.

De veroorzaker zal aansprakelijk kunnen zijn zowel jegens degene wiens belang wordt bedreigd, dus de belanghebbende (voor zover deze zelf schade heeft), als jegens degene die handelend optreedt (eveneens voor zover deze schade lijdt), alsook jegens degene ten koste van wie handelend wordt opgetreden, dus de benadeelde. De veroorzaker van de situatie waarin een beroep op een rechtvaardiging moet worden gedaan, kan overigens ook de handelende persoon zelf zijn, die een beroep op de rechtvaardiging doet. Diens positie bespreek ik nu.

12.3.3.2 Van de handelende

De handelende, dus degene die zich op de rechtvaardiging beroept, kan aansprakelijk worden gesteld op grond van onrechtmatige daad. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer hij zelf veroorzaker is van de te rechtvaardigen situatie,¹⁴ of wanneer hij onzorgvuldig handelde bij de uitoefening van de rechtvaardiging,¹⁵ of wanneer de ingeroepen rechtvaardiging de handeling niet of niet geheel dekt.¹⁶ De handelende persoon kan ook aansprakelijk worden gesteld uit onrechtmatige daad, wanneer hij weliswaar een rechtvaardigingsgrond heeft, maar bij het uitoefenen van die rechtvaardiging buitenproportioneel schade veroorzaakt.

Voorgesteld is de handelende persoon *altijd* aansprakelijk te houden, ook buiten het geval hij zelf een onrechtmatige daad pleegt. Een voorstander van deze visie is Wolfsbergen. Hij acht het wenselijk de actie van de benadeelde

‘niet tegen de bevoordeelde, doch tegen de handelende persoon te geven, die dan zelf regres tegen de bevoordeelde kan nemen. De benadeelde hoeft niet naar de bevoordeelde te gaan zoeken, doch kan zich houden aan degenen, die handelend optrad.’¹⁷

Niet geheel duidelijk is op welke grondslag de vordering zou stoelen. Wolfsbergen oppert:

‘Wellicht ware een constructie denkbaar (...) dat de noodhandeling rechtmatig is, doch het niet vergoeden van schade onrechtmatig.’¹⁸

14 Zie hoofdstuk 6 (*Culpa in causa*).

15 Zie hoofdstuk 7 (*Proportionaliteit en subsidiariteit*).

16 Zie hoofdstuk 10 (*Relativiteit*).

17 Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad* 1946, p. 156.

18 Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad* 1946, p. 157.

Aansluiting bij het leerstuk van de onrechtmatige daad zoekt ook Biegman-Hartogh, die er evenals Wolfsbergen voor kiest de handelende persoon aansprakelijk te houden:

‘Voorts geef ik er de voorkeur aan, de benadeelde alléén een vordering te geven tegen de “inbreukmaker”, ook indien deze een ander is dan degene, wiens belang door de handeling werd behartigd. Wanneer de “inbreukmaker” een overheidsinstantie is, lijkt me dit de meest redelijke oplossing; wanneer het bij uitzondering eens een particulier is (de bekende figuur A, die B’s bloemetjes vertrapt om een brand in C’s huis te blussen), kan deze als zaakwaarnemer met de *actio contraria* tegen de bevoordeelde ageren.’¹⁹

De oplossing van Wolfsbergen en Biegman-Hartogh is zeker praktisch. Voor de benadeelde zal het in het algemeen inderdaad gemakkelijker zijn de directe veroorzaker van zijn schade aan te wijzen, dan te achterhalen wie door de schade toebrengende handeling is bevoordeeld. In dezelfde zin Asser/Sieburgh, die meent dat een vordering uit zaakwaarneming jegens de belanghebbende niet dient te worden erkend.²⁰

Maar de gekozen oplossing leidt tot de – in mijn ogen – bizarre consequentie dat degene die in actie komt om, zoals in het voorbeeld van Biegman-Hartogh, nota bene ten behoeve van een ander, een eind te maken aan een noodsituatie – die hij bovendien niet zelf heeft veroorzaakt, moet opdraaien voor de eventuele schadelijke gevolgen van zijn altruïstische daad. Dat lijkt mij een ongewenste oplossing.²¹ Althans voor het geval de dader zich kan beroepen op een volledige rechtvaardiging, en buiten het geval hij zelf – los van de rechtvaardiging – een onrechtmatige daad pleegt, of zijn bevoegdheid te buiten gaat.²² Het praktische gemak van de benadeelde bij een rechtstreekse actie tegen de handelende en niet te hoeven zoeken naar de bevoordeelde, dient naar mijn mening minder zwaar te wegen dan de bescherming die de actief handelende verdient, die zich vaak zonder eigen belang inzet om aan een ongewenste situatie ten behoeve van een ander – de bevoordeelde – een einde te maken. Ik zie geen grond om deze handelende als gevolg van, en ‘dank’ voor, zijn inzet ten behoeve van de bevoordeelde, ook nog te belasten met het schadeverhaal ten behoeve van de benadeelde.

Ook de bepleite grondslag lijkt me een weinig gelukkige. Immers: als we uitgaan van bijvoorbeeld een zuivere noodtoestandsituatie, waarbij onmiddel-

19 Biegman-Hartogh, *Ongegronde verrijking* 1971, p. 127.

20 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/404.

21 Dat heb ik eerder betoogd in *De rechtvaardigingsgrond* 2009, p. 515, en in mijn annotatie bij Hof ‘s-Hertogenbosch 3 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4434, JA 2016/173, m.nt. M.E. Franke (*Hond in de lift*), zie met name onder 4, waar ik de opvatting verdedig dat het onrechtvaardig is dat de hulpvaardige passant met de schade van zijn hulpverleningsactie blijft zitten.

22 Bijvoorbeeld omdat hij disproportioneel of insubsidiair handelt, of omdat zijn handelen anderszins niet wordt gedekt door de rechtvaardiging.

lijk ingrijpen is vereist en waarbij de handelende persoon er terecht voor heeft gekozen het zwaarst wegende belang te redden, is niet in te zien welke onrechtmatigheid nog aan de actie van deze handelende kleeft. In geval van overheids- of ander handelen, waarbij het niet gaat om een plotselinge, onvoorzienbare noodzaak schade toe te brengen,²³ zijn de gesuggereerde oplossingen *wel* bruikbaar, zoals hierboven, in hoofdstuk 4, al is betoogd.²⁴ Maar dan is de grond voor de vergoedingsplicht gelegen in het feit dat de schade is toegebracht zonder rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de benadeelde, terwijl dat laatste wel had gekund. In een situatie van noodtoestand of van een andere volledige rechtvaardiging, is dat niet aan de orde. Dan heeft de handelende immers voor de keus gestaan om tussen twee belangen te kiezen en heeft hij voor het zwaarstwegende belang gekozen en mogen – eigenlijk: moeten – kiezen.

Samenvattend. Tot aansprakelijkheid van de handelende zou ik alleen willen concluderen in het geval een gebrek kleeft aan het handelen, in die zin dat het gaat om een mislukt beroep op een rechtvaardiging, bijvoorbeeld omdat er een ernstig verwijt aan de handelende te maken valt, of niet is voldaan aan een van de vereisten voor de ingeroepen rechtvaardiging. Dat geldt ook als een beroep is gedaan op een niet toereikende rechtvaardiging, zoals een onvolledige,²⁵ of een later weggefallen voorwaardelijke rechtvaardiging,²⁶ of als de rechtvaardiging niet strekt tot het toebrengen van schade zoals de handelende deed.²⁷ Bij een geslaagd beroep op een toereikende rechtvaardiging zie ik geen grond voor aansprakelijkheid van de handelende.²⁸

12.3.4 Ongerechtvaardigde verrijking

Een handelen op grond van een toereikende rechtvaardiging is *rechtmatig* handelen.²⁹ De vraag is in hoeverre rechtmatige daad kan verplichten tot schadevergoeding. De eerste moderne Nederlandse jurist die naar die kwestie systematisch onderzoek heeft gedaan, is Paul Scholten. In zijn proefschrift

23 Dus buiten het gebied van de in hoofdstuk 3 beschreven volledige rechtvaardigingen.

24 Zie par. 4.5 (*De onvolledige rechtvaardiging en het oordeel over de rechtmatigheid van de handeling en de vergoedingsplicht*).

25 Zie hoofdstuk 4 over de onvolledige rechtvaardiging.

26 Zie hoofdstuk 5 over de voorwaardelijke rechtvaardiging.

27 Zie hoofdstuk 10 over de relativiteit van de rechtvaardiging.

28 Het geslaagde beroep op de toereikende rechtvaardiging blokkeert dan een vergoedingsplicht. Er is dus geen sprake van een 'wegvallen van de civiele aansprakelijkheid' (bijv. wegens heldhaftigheid van de handelende) zoals Sieburgh ten onrechte leest in mijn bijdrage aan de Nieuwenhuisbundel. Zie Asser/Sieburgh 6-IV 2019/90, met verwijzing naar Nieuwenhuisbundel (2009), p. 515. Er *ontstaat* in mijn visie geen aansprakelijkheid.

29 Dat is al uiteengezet in het eerste hoofdstuk van deze studie, zie par. 1.4.8 (*Bijstelling definitie*).

Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad, uit 1899 (!),³⁰ gaat hij na wat de grondslag van een eventuele schadevergoedingsverplichting is, wanneer van een onrechtmatige daad of een wanprestatie niet kan worden gesproken. Hij onderzoekt twee soorten gevallen; a. rechtmatige handelingen, waarbij schade is veroorzaakt; b. schadevergoeding bij een risicoaansprakelijkheid. Voor deze studie is uiteraard de eerste groep van gevallen het meest interessant. Binnen die categorie ziet Scholten twee mogelijkheden: 1. degene die in nood handelt, brengt schade toe om zijn eigen belang te redden; 2. hij doet dat om het belang van een ander te redden.³¹ Voor beide gevallen zoekt hij aansluiting bij wettelijke bepalingen. Zo noemt hij het voorbeeld van artikel 541 K (oud):

‘Een schip is driftig geworden en op de touwen van een in de nabijheid liggend schip gedreven. De schipper van de eerste schuit heeft die touwen gekapt, hij is tot schadevergoeding verplicht. Deze handeling is m.i. rechtmatig. Om zijn schip te redden werd hem toegestaan om de touwen van den ander door te snijden. (...) De rechtmatigheid der handeling zit (...) in het overwicht van het belang, de hoogere waarde van het schip in vergelijking met de touwen, in verband met de noodzakelijkheid het eene ter wille van het andere op te offeren. Maar waar nu een handeling, anders onrechtmatig, rechtmatig wordt door dat overwicht, waar dus de handeling in nood wordt geoorloofd, omdat zij voor de gemeenschap een hoogere waarde redt dan zij opoffert daar zal de winst per slot bedragen de hoogere waarde na aftrek der kleinere. In dit geval dus wordt wél het schip gered, maar de waarde dier redding is slechts gelijk aan de waarde van het schip na aftrek van die der touwen. Stellen we de eerste op f10.000, de tweede op f100. Verbodt het recht de schipper te kappen, dan ging f10.000 verloren, maar omdat f10.000 meer is dan f100, mag hij wel kappen. De waarde van het geredde goed is dus niet f10.000, maar $f10.000 \text{ min } f100 = f9.900$.’³²

De schipper ‘mag wel kappen’, maar moet dan de schade aan de gekapte touwen vergoeden. Over de reden van die schadevergoedingsverplichting schrijft Scholten:

‘Behoeft de schipper die de touwen vernielde, nu geen vergoeding te geven, dan kreeg hij f10.000; verrijkte zich dus zonder grond ten koste van een ander. Vandaar zijn verplichting tot schadeloosstelling.’³³

Precies 60 jaar voor Quint/Te Poel,³⁴ en bijna een eeuw voor de invoering van artikel 6:212 BW, wees Scholten dus al de weg waarlangs de oplossing gevonden moest worden. Hij voegt aan zijn omschrijving van de grondslag

30 Amsterdam 1899.

31 Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* (diss.) 1899, p. 104.

32 Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* (diss.) 1899, p. 104-105.

33 Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* (diss.) 1899, p. 105.

34 HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AL1600, NJ 1959/548 (*Quint/Te Poel*).

tot schadevergoeding nog toe, waarom het ook tegenover alle betrokken partijen redelijk is, dat vergoeding betaald moet worden:

‘dit stemt trouwens geheel met den algemeene regel dat hij, dien het toeval treft, de schade moet dragen. De schipper, wiens schip driftig werd, werd door het ongeluk getroffen. Hij kan de werking daarvan verminderen door een ander in zijn eigendom te treffen, hij mag dit doen, maar onder verplichting, de door zijn handeling beperkte werking van het toeval ook voor zijn rekening te nemen. Voor den ander was het al erg genoeg, dat hij het vernielen van zijn eigendom moest dulden, er bestaat geen enkele grond, om hem daarvan ook definitief de kosten te laten dragen.’³⁵

De oplossing van Scholten is een kleine honderd jaar later wet geworden met de invoering van artikel 6:212. Hierboven is de Toelichting Meijers al geciteerd, waarin wordt uiteengezet hoe moet worden geoordeeld over een schadevergoedingsclaim wanneer een (geslaagd) beroep is gedaan op een rechtvaardigingsgrond als noodtoestand of noodweer:

‘Het ontwerp heeft hiervoor geen bijzondere regel opgenomen. Aan de hand van de beginselen omtrent ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6.4.3.1) moet de vraag worden beantwoord in hoeverre in deze gevallen een verplichting tot schadevergoeding bestaat en op wie die verplichting drukt.’³⁶

Op artikel 6:212 kan dus de schadevergoedingsactie worden gegrond. De verrijkingsactie moet worden ingesteld door de benadeelde, die door de gerechtvaardigde actie schade heeft geleden – degene ten koste van wie de andere partij is verrijkt. De actie is gericht tegen de door de handeling ‘verrijkte’; de bevoordeelde belanghebbende.³⁷

Voor de actie op grond van ongerechtvaardigde verrijking gelden vier vereisten. Ten eerste moet natuurlijk sprake zijn van een *verrijking* aan de ene zijde. Bregstein zegt daarover:

‘Behalve vermeerdering van de actiefzijde en vermindering van de passiefzijde, kan de verrijking zich openbaren door verhinderend van vermindering van het actief, die anders zeker zou zijn ingetreden, b.v.: (...) het blusschen van een brandend huis. Ook het redden van een mensenleven moeten we hieronder rangschikken.’³⁸

35 Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* (diss.) 1899, p. 105.

36 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 617.

37 In geval de veroorzaker onrechtmatig handelde, heeft de benadeelde jegens hem uiteraard ook een actie uit onrechtmatige daad.

38 Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering* (diss.) 1927, p. 204. Vgl. over dit vereiste TM, *Parl. Gesch. Boek 6* 1981, p. 831.

Toepassing van dit vereiste leidt ertoe dat wanneer een hulpactie een verslechtering van de positie van de geredde tot gevolg heeft, er geen sprake kan zijn van een verrijking en er dus (ook al heeft de actie geleid tot schade bij een derde) ook geen reden is tot schadevergoeding. Voor dat geval zal de vordering tot vergoeding van de schade op een andere grond moeten worden gefundeerd.

Overigens is met de verrijking een der plafonds van de verrijkingsactie gegeven; de schadevergoeding kan nooit meer bedragen dan de verrijking van de belanghebbende. Deze beperking kan ertoe leiden dat in een situatie waarin de verrijking van de bevoordeelde gering en de schade van de benadeelde groot is, de vordering van de benadeelde beter gegrond kan worden op de hierna te bespreken zaakwaarneming. Dat was het geval in de zaak van een man die het tussen de liftdeuren beklemd hondje van een mevrouw wilde redden, maar daarbij in een liftschacht viel en zijn rug brak. De verrijking van de belanghebbende eigenares van de hond bedroeg maximaal de waarde van het geredde hondenleven. Dat viel in het niet bij de verarming van de benadeelde redder: diens enorme letselschade.³⁹

Verder moet sprake zijn van een *verarming* aan de andere zijde. De wetgever spreekt in dit geval van 'schade'. Aangezien de verrijkingsactie een schadevergoedingsactie is, is met de definitie van de verarming als schade een tweede plafond aan de verrijkingsactie gesteld: tot een hoger bedrag dan de schade belooft, kan uiteraard geen schadevergoeding worden toegekend.⁴⁰

Het volgende vereiste ligt nogal voor de hand: tussen verrijking en schade moet *causaal verband* bestaan.⁴¹ Ten slotte: de verrijking moet *ongerechtvaardigd* zijn, dat wil zeggen: voor het behouden ervan mag geen 'redelijke oorzaak' aanwezig zijn. De vraag wat nu zo een redelijke oorzaak is, kan men 'het centrale punt van het probleem van de verrijkingsactie' noemen.⁴² De wetsonwerper geeft in dit verband alleen twee voorbeelden van gevallen waarin de verrijking *niet* ongerechtvaardigd is. Namelijk: als zij het gevolg is van een rechtshandeling – wat bij rechtvaardigingsgronden niet aan de orde is, of als de verrijking door de wet wordt 'gesanctioneerd'.⁴³ Het komt bij dit laatste

39 In zo'n geval zal dus een andere grondslag voor de vergoedingsplicht moeten worden gezocht. De beschreven casus is te vinden in Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2015, ECLI: NL:GHSHE:2015:4434, JA 2016/173, m.n. Franke (*Hond in de lift*), zie met name het slot van mijn annotatie. Over deze zaak zie verder hierna, par. 12.3.5 (*Zaakwaarneming*).

40 Het derde plafond aan de actie, de redelijkheid, behoeft hier geen aparte bespreking. Zie TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 830.

41 Daarover T. van der Linden, *Aanvullend verrijkingsrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch, 2019, par. 5.4.

42 Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering* (diss.) 1927, p. 221.

43 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 829. Als voorbeeld geeft de toelichting (onder meer:) artikel 3.5.4 lid 1, dat het recht van de bezitter te goeder trouw op de afgescheiden burgerlijke vruchten regelt.

aan op, zoals Schoordijk het uitdrukt, het aftasten van het systeem van de wet.⁴⁴

Nu de wetsontwerper bij de behandeling van rechtvaardigingsgronden de ongerechtvaardigde verrijking uitdrukkelijk noemt als mogelijke bron van de schadevergoedingsverbinden⁴⁵, zal het aftasten van het wettelijk systeem voor dit type gevallen geen probleem opleveren.

12.3.5 Zaakwaarneming

In bepaalde gevallen kan de grondslag voor een eventuele vergoedingsplicht worden gevonden in zaakwaarneming. Voor een geslaagd beroep op deze rechtsfiguur gelden blijkens artikel 6:198 vier voorwaarden. Er moet sprake zijn van het behartigen van het belang van een ander – dit moet willens en wetens gebeuren; er moet een redelijke grond bestaan om in te grijpen en de zaakwaarnemer mag niet een bevoegdheid tot optreden ontleen aan wet of rechtshandeling.

Wanneer de zaakwaarneming naar behoren is geschied, ontstaat daarmee een verplichting tot schadevergoeding door de belanghebbende jegens zijn zaakwaarnemer en jegens eventuele derden (zie artikel 6:200).⁴⁶

Een bijzonder voorbeeld van zaakwaarneming biedt de hierboven al genoemde casus van het hondje en de lift. De zaak verdient op deze plaats een ruimere bespreking. Een bewoonster van een appartementencomplex gaat vanuit de centrale hal de lift in. Ze heeft een klein hondje bij zich aan een rollijn. Op het moment dat de liftdeuren zich sluiten en de lift naar boven zal vertrekken, glipt het hondje terug in de hal. Het blijft daar, aangelijnd, terwijl de lift met zijn bazin naar boven gaat. Door het trekken van de lift aan de lijn komt het hondje vast te zitten in de rechter bovenhoek van de liftdeur, waar het hondje blijft hangen. Een passant wordt te hulp geroepen. Deze reikt naar het hondje, maar stort dan in de diepte van de schacht. Dit laatste was mogelijk doordat de lift nog steeds boven hing, en de liftdeuren inmiddels geopend waren, waardoor de liftschacht open lag. De helper loopt door zijn val zeer ernstig letsel op. De schadevergoedingsvordering van de helper wordt ingesteld tegen de eigenaar/bezitter van de opstal, waarbij wordt gesteld dat de lift gebrekkig was. Omdat de gebrekkigheid niet komt vast te staan, wijst

44 Schoordijk, *Algemeen gedeelte* 1979, p. 453. Recenter over dit 'aftasten': Smits, *Bronnen van verbindtenissen* 2003, bijv. op p. 61 e.v.

45 Vgl. nogmaals TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.

46 Wanneer de zaakwaarnemer zonder redelijke grond heeft gehandeld, of wanneer hij de belangen niet naar behoren heeft behartigd, zal hij jegens de belanghebbende juist zelf aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad (als er geen redelijke grond tot ingrijpen was), respectievelijk wanprestatie (als er wel een redelijke grond voor het ingrijpen was, maar de verbindtenissen uit zaakwaarneming niet goed zijn nagekomen).

de rechtbank de vordering af, waarna het hof het oordeel van de rechtbank bekrachtigt.⁴⁷

Helaas werd geen vordering gericht tegen de eigenares van het hondje. Een actie uit zaakwaarneming zou zeker kans van slagen hebben gehad; door de helper werd willens en wetens, en buiten enige rechtsverhouding, het belang van de hond en zijn eigenares behartigd.⁴⁸ Een actie uit ongerechtvaardigde verrijking zou waarschijnlijk ook geslaagd zijn. Maar – en op dit punt wordt het verschil met de verrijkingsactie zichtbaar – met deze laatste actie zou de benadeelde helper weinig zijn opgeschoten. Immers: de verrijkingsactie kent een aantal plafonds voor de toe te kennen schadevergoeding,⁴⁹ een van die maxima is het bedrag van de verrijking. Hier werd het hondenleven gered en daarmee is de eigenaar dus ‘verrijkt’, ten hoogste zou de tegenwaarde van het hondenleven als schadevergoeding aan de helper kunnen worden toegekend. Maar dat bedrag staat, naar aan te nemen valt, in geen verhouding tot de schade van de helper, die aan zijn actie een dwarslaesie overhield, en dus met een zeer omvangrijke schade achterbleef.

Wanneer de vordering op zaakwaarneming zou zijn gegrond, zou deze, als gezegd, voor toewijzing in aanmerking komen.⁵⁰ Voor de te hulp geroepen redder bestond redelijke grond om te hulp te schieten en te proberen het hondje uit diens benaderde situatie te bevrijden. En het belang van de honden-eigenares werd naar behoren behartigd, wat grond voor de vergoedingsplicht ex artikel 6:200 geeft. Hierbij is overigens niet relevant of de belanghebbende uiteindelijk door de zaakwaarneming is gebaat.⁵¹

47 Rb. Zeeland-West-Brabant 19 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1973, JA 2014/91; Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4434, JA 2016/173 (*Hond in de lift*).

48 Zoals ik aangeef in mijn annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4434, JA 2016/173 (*Hond in de lift*), m.nt. Franke, onder 4. Hetzelfde wordt betoogd door Kolder, *Personenschade en zaakwaarneming* 2020, p. 359-360, met verwijzing naar de uitspraak van het hof.

49 Zie par. 12.3.4: nooit meer dan de verrijking enerzijds en de verarming (schade) anderzijds, en slechts voor zover het redelijk is.

50 Dat is dan ook mijn conclusie in de annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4434, JA 2016/173 (*Hond in de lift*), m.nt. Franke, onder 4. Tot dezelfde slotsom komt ook Kolder, *Personenschade en zaakwaarneming* 2020, p. 360. Hij constateert verder, en m.i. terecht, dat het leerstuk een veel bredere toepassing zou moeten hebben dan het nu vaak heeft. Niet eens ben ik het echter met zijn stelling (waarbij hij verwijst naar Verheij) dat zaakwaarneming ook in vriendendienst-situaties van toepassing zou kunnen zijn. Zie daarover hierboven, par. 7.5.2.4 (*Handeling in het belang van beide partijen: sport en spel; vriendendienst*).

51 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 795. Zie reeds hierboven, par. 10.6.4 (*Wijze van ontstaan van de schade*), zie ook Rb. Haarlem 15 september 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BN7752, JA 2010/160 (*Medische kosten geredde, maar gestorven postduif*) en annotatie Franke bij Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4434, JA 2016/173 (*Hond in de lift*) onder 4. Zie ook de bijzondere zaak van het verhaal van de kosten van medische hulp na een poging tot zelfdoding in: Rb. Rotterdam 15 april 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD0412, NJF 2008/276 (*Medische hulp na poging tot zelfdoding*).

Een ander sprekend voorbeeld is dat van het duikongeval in Egypte.⁵² Twee duikers duiken samen in de Rode Zee in Egypte. Ze maken daarbij de afspraak dat ze tot maximaal 68 m. diepte zullen duiken. Maar op de afgesproken diepte aangekomen, reageert de ene duiker (de 'duikleider') niet meer, ten gevolge van dieptedronkenschap; hij blijft dalen. De andere duiker gaat hem achterna. Op een diepte van 89 m. lukt het de helpende duiker om samen met de 'dronken' duiker de stijging weer in te zetten. Nadat ze zo'n 15 m gestegen zijn, is de luchtvoorraad van de 'dronken' duiker op, en dat laat hij aan zijn reddende mededuiker weten. Zijn mededuiker deelt hierop zijn eigen luchtvoorraad en brengt dan de 'dronken' duiker in versneld tempo – vanwege de beredding was hij niet in staat tijdens het stijgen de noodzakelijke stops te maken – terug naar het wateroppervlak. De stijging verloopt helaas te snel. Dat blijkt als bij de reddende duiker een dwarslaesie wordt geconstateerd, die veroorzaakt is door een gasembolie in een slagader in zijn wervels (duikersziekte). De schadevergoedingsclaim van de reddende duiker jegens de 'dronkeling' is gegrond op zaakwaarneming, en wordt door de rechtbank toegewezen, gezien de 'noodsituatie onder water': de reddende duiker heeft de ander

'gered uit een levensgevaarlijke situatie en heeft aldus onverplicht (...), willens en wetens en op redelijke grond de belangen van (de andere duiker, toevoeging MF) waargenomen',⁵³

aldus de rechtbank. Wel oordeelt de rechtbank dat de beide duikers zich 'bewust hebben overgegeven aan gemeenschappelijk specifiek gevaarzettend gedrag', om welke reden de schadevergoedingsplicht verminderd wordt en de schade over de beide duikers gelijkelijk wordt verdeeld.⁵⁴

12.3.6 Egalité

Wat betreft de vergoedingsverplichting bij handelen op grond van de rechtvaardiging valt nog aan geheel andere grondslagen te denken, in het geval sprake is van zwaarwegende maatschappelijke belangen. Met name wanneer de overheid optreedt als handelende, is een beroep op het gelijkheidsbeginsel

52 Rb. Roermond 23 november 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BU5452, JA 2012/6 (*Duikongeval Egypte*), waarnaar ik al verwees in mijn annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4434, JA 2016/173 (*Hond in de lift*) onder 4. De zaak wordt ook besproken door Kolder in *Zaakwaarneming en personenschade* 2020, p. 360.

53 Rb. Roermond 23 november 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BU5452, JA 2012/6 (*Duikongeval Egypte*), r.o. 4.11.

54 Rb. Roermond 23 november 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BU5452, JA 2012/6 (*Duikongeval Egypte*), r.o. 4.19. Over de redelijkheid en juistheid van de beslissing over de omvang van de schadevergoeding kan men discussiëren. Die discussie ga ik hieronder aan, en wel bij de bespreking van de omvang van vergoedingsplicht ex art. 6:101, in par. 12.6.3.3 (*De schadevergoedingseis van de handelende*).

in de vorm van de *égalité devant les charges publiques* een gangbare grondslag om een eventuele schadevergoedingsverplichting van de overheid op te baseren.⁵⁵

Deze grondslag geldt slechts in heel specifieke situaties, en voor bepaalde partijen (de overheid tegenover de individuele burger). Hij behoeft daarom in verband met de algemene vergoedingsplicht geen uitgebreide bespreking; ik verwijs naar de handboeken voor wie zich een nader beeld wil vormen.⁵⁶

12.3.7 Misbruik van bevoegdheid?

Een ingeroepen rechtvaardiging, kan (als iedere bevoegdheid) worden misbruikt. Artikel 3:13 geeft in lid 2 een omschrijving van misbruik van bevoegdheid:

‘Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of in 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.’

In de voorbeelden die het artikellid geeft, is moeiteloos een aantal van de in deze studie beschreven situaties te herkennen: een beroep op een onvoldedige rechtvaardiging, waarbij geen of onvoldoende rekening wordt gehouden met de belangen van anderen (hoofdstuk 4), of de uitoefening van een bevoegdheid in strijd met de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit (hoofdstuk 7).

Het gevolg van de kwalificatie misbruik van bevoegdheid is dat een schadevergoedingsactie uit onrechtmatige daad mogelijk is.⁵⁷ Voor de schadevergoedingsvordering is daarmee dus geen nieuwe grondslag opgespoord.

12.3.8 Conclusie

Wanneer het beroep op de rechtvaardiging niet slaagt, is een actie uit onrechtmatige daad tegen de handelende mogelijk. In die situatie kan de ingeroepen

⁵⁵ Zie daarover hoofdstuk 4 (*De onvoldedige rechtvaardiging*).

⁵⁶ Zie bijv. C.A.J.M. Kortmann, *‘Egalité’ en ‘Défense’*. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar enige algemene rechtsbeginselen, diss. Nijmegen, Alphen aan den Rijn: Samson, 1971 Van Maanen en De Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad* 2005, hoofdstuk X; (C.N.J.) Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss.) 2006, hoofdstuk 5 en 7, en Asser/Sieburgh 6-IV 2019, hoofdstuk 10, over onrechtmatige overheidsdaad waar ook de rechtmatige overheidsdaad aan de orde komt.

⁵⁷ Vgl. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/85, waar na bespreking van literatuur wordt opgemerkt dat de in art. 6:162 opgenomen formule ook de gevallen van misbruik van recht/bevoegdheid omvat.

rechtvaardigen immers niet bewerkstelligen dat de daad tot een rechtmatige wordt verklaard. Op grond van artikel 6:162 kan dan schadevergoeding van de handelende worden gevorderd. Of de aanwezigheid van de ingeroepen rechtvaardiging vervolgens nog van belang is bij de beoordeling van de schadevergoedingsvordering, zal hierna worden onderzocht, bij de bespreking van de omvang van de schadevergoeding.⁵⁸

Maar zelfs als een beroep op een rechtvaardiging slaagt, is het mogelijk dat toch een schadevergoedingsverplichting ontstaat. Het kan dan, zoals blijkt uit artikel 6:162 lid 2, slot, niet gaan om een actie uit onrechtmatige daad tegen de handelende schadeveroorzaker. Maar denkbaar is dat schadevergoeding kan worden gevorderd van een derde, de belanghebbende, op grond van zaakwaarneming of ongerechtvaardigde verrijking. Die twee acties kunnen ook worden ingesteld tegen de handelende – die zich tegen de onrechtmatige daadsactie kan verweren met een beroep op een rechtvaardiging – als *hij* de belanghebbende is, dus degene die het profijt van de schadelijke handeling heeft.

De grondslag waarop in deze gevallen een schadevergoedingsactie kan worden gebaseerd, zijn in het bovenstaande besproken. Voordat kan worden ingegaan op de omvang van de vergoedingsplicht, moet eerst worden gezien of met de hierboven behandelde grondslagen ook daadwerkelijk alle grondslagen zijn genoemd waarop een vergoedingsplicht in geval van gerechtvaardigd handelen.

12.4 ANDERE GRONDSLAGEN? DE VIJF CASUS VAN SIEBURGH

12.4.1 Inleiding

Over de vergoedingsplicht bij rechtvaardigingen, althans bij rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden, is eerder geschreven door Sieburgh. Aan de hand van een zestal casus betoogt Sieburgh dat straf- en civielrecht andere doeleinden hebben en daarom ook tot andere uitkomsten leiden. Die gedachte heb ik eerder in deze studie, in hoofdstuk 2, besproken en verworpen. Ik laat dat deel van het betoog van Sieburgh hier daarom rusten.

Maar de visie van Sieburgh verdient nadere analyse, omdat Sieburgh meent dat er in het burgerlijk recht ‘uitgangspunten’ te onderscheiden zijn waarop

58 In par. 12.5 (*Omvang van de vergoedingsplicht: welke omstandigheden spelen een rol?*) en 12.6 (*Omvang van de vergoedingsplicht: wettelijke aanknopingspunten*).

verschillende leerstukken berusten. Dat is een interessante gedachte.⁵⁹ Sieburgh zoekt voor het burgerlijk recht aansluiting

‘bij de uitgangspunten waarop de leerstukken van de contractuele overmacht, zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking, misbruik van recht en de *nemo auditur, ex turpi causa* en *in pari delicto* gedachte berusten’.⁶⁰

Wellicht leiden de door Sieburgh genoemde uitgangspunten tot een ander resultaat dan de hierboven besproken grondslagen van de vergoedingsplicht bij gerechtvaardigd handelen.⁶¹ Daarom wordt nu de visie van Sieburgh over deze kwestie geanalyseerd.

Sieburgh bespreekt zes casus; 1. redding uit een brandend huis;⁶² verduistering van tapijten ten behoeve van onderduikers;⁶³ 3. de ijswandelaar, die door het ijs dreigt te zakken en daarbij de meest nabije persoon bij de arm grijpt, die vervolgens uitglijdt;⁶⁴ 4. uiteenjagen van relschoppers;⁶⁵ 5. huiszoeking door overheid;⁶⁶ 6. mishandeling van een ontuchtpleger.⁶⁷

De laatstgenoemde casus betreft de jongeman die de man te lijf gaat die gedurende enige tijd ontucht met hem heeft gepleegd en dit laatste dreigt te openbaren aan de ouders en de vriendin van de jongen. De strafrechter heeft in zo’n geval noodweerexces aangenomen.⁶⁸ Die casus ligt dus niet op het terrein van de rechtvaardigingsgronden – en wordt door Sieburgh ook niet

59 Ook opgenomen in Asser/Sieburgh 6-IV/88. Kritisch: Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss.) 2006, p. 24-25, en ikzelf, *De Rechtvaardigingsgrond* 2009, p. 509-511. Jansen noemde het betoog van Sieburgh aanvankelijk ‘overtuigend’, zie Jansen, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, art. 162 lid 2, aant. 125, suppl. 102 (november 2006). Dat predicaat is in latere bewerkingen vervallen.

60 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 682 (cursivering in origineel). Zie ook Asser/Sieburgh 6-IV 2019/88.

61 In par. 12.3 (*Grondslag van de vergoedingsplicht*).

62 Waarbij Sieburgh onderscheid maakt tussen de situatie waarin de eigenaar van het huis wordt gered, of een dief. Zie *Een evenwichtige werking* 2003, p. 668-669.

63 Rb. Groningen 14 november 1947, ECLI:NL:RBGRO:1946:16, NJ 1947/491, zie Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 649 en 669-671.

64 Rb. Brugge 28 september 1988, R.W. 1990-1991, 441, zie Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 649 en 671-673.

65 Waarmee zij doelt op het Uitsmijter-arrest, HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, NJ 2000/9 (*Uitsmijter*), zie Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 649 en 673-674.

66 HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, NJ 2003/615 (*Staat/Lavrijsen*), zie Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 650 en 675-678.

67 Rb. Rotterdam 3 april 1941, ECLI:NL:RBROT:1941:18, NJ 1941/665, zie Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 650 en 678-681.

68 Rb. Rotterdam 3 april 1941, ECLI:NL:RBROT:1941:18, NJ 1941/665. De casus wordt door Sieburgh besproken op p. 678.

in die context, maar in die van de schulduitsluitingsgronden besproken. Daarmee valt deze casus buiten het bestek van dit hoofdstuk.⁶⁹

Van de zes door Sieburgh onderscheiden gevallen, zijn er dus vijf die betrekking hebben op rechtvaardigingsgronden. Ze worden hieronder behandeld.

12.4.2 Redding uit een brandend huis

Wanneer iemand het raam van een huis waarbinnen brand woedt, kapot slaat om daaruit de eigenaar te redden, 'zal als vanzelfsprekend worden opgemerkt dat het kapotmaken van het raam gerechtvaardigd was', zo opent Sieburgh de rij van de door haar te bespreken casus. Het kapotmaken van het raam was gerechtvaardigd; de verhouding tussen eigenaar en redder verklaart volgens Sieburgh 'waarom de redder zich jegens de eigenaar op overmacht kan beroepen. Het hogere belang van het geredde leven van de eigenaar is gediend met het opofferen van het eveneens bij hem berustende, geschade belang'.⁷⁰

Met deze uitkomst kan (uiteraard) worden ingestemd, behalve – het is een terzijde – dat de kwalificatie van de rechtvaardiging mijns inziens geen overmacht is, maar noodtoestand: de plicht om een handeling niet te plegen omdat zij onrechtmatig zou zijn, wordt opgeheven door een andere plicht of een belang van een hogere orde.⁷¹

Volgens Sieburgh wordt de uitkomst anders in het geval niet de eigenaar uit het brandende huis wordt gered, maar een dief die er verbleef. Volgens haar kan de redder in dat geval geen rechtvaardigingsgrond inroepen tegen de huiseigenaar:

'Vanuit het civielrechtelijk perspectief is immers wel degelijk sprake van onrechtmatigheid. De reddingsactie heeft niet geleid tot een verhouding tussen de eigenaar van het huis en de redder die verklaart waarom de gedraging jegens de eigenaar gerechtvaardigd is. Behalve de dief handelde ook de redder onrechtmatig jegens de eigenaar.'⁷²

69 Verwezen zij verder naar hoofdstuk 9 (*Schuld*), waar noodweerexces is besproken op verschillende plaatsen, met een conclusie in 9.8.7.3 (*In verband met de mogelijkheid zich norm-conform te gedragen*).

70 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 668. Op deze plaats gaat het mij uitsluitend om de door Sieburgh besproken werking van de rechtvaardigingsgrond met betrekking tot de schade die door de handelende is toegebracht bij de te rechtvaardigen actie. Daarnaast behandelt Sieburgh de schade die de handelende *zelf* lijdt. Die kan door de handelende op grond van zaakwaarneming worden gevorderd van de belanghebbende.

71 Vergelijk hierboven, par. 3.7 (*Noodtoestand*).

72 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 669.

Naar mijn mening is niet goed in te zien waarom ‘vanuit civielrechtelijk perspectief’ wel degelijk sprake zou zijn van onrechtmatig handelen door de redder ten opzichte van de huiseigenaar.

De handelende redder moet in een *split second* besluiten tot ingrijpen als hij ziet dat een huis in brand staat en iemand daarbinnen in gevaar verkeert. Hij heeft niet de gelegenheid eens rustig te informeren wie zich in het brandende huis bevinden en wat het recht of de titel is die ten grondslag ligt aan het verblijf van de aanwezigen. Als de redder tot handelen overgaat, is zijn handelen gerechtvaardigd wanneer hij een kleiner belang heeft opgeofferd om een groter belang te redden (noodtoestand). Als de redder er dus voor kiest om een ruit van de brandende woning in te slaan teneinde een beklemd geraakte persoon in dat huis te onttrekken, is het handelen van de redder gerechtvaardigd.⁷³ In dit opzicht verschilt de casus niet van de oercasus van Meijers uit 1934, die hierboven al vaker is aangehaald; wanneer er brand is en iemand door verbranding dreigt om te komen, is het gerechtvaardigd de deken van een derde te grijpen om daarmee de dreigende verbrandingsdood te voorkomen.⁷⁴

Aan de juistheid van de belangenafweging kan geen afbreuk worden gedaan door het feit dat het in het ene geval ging om het leven van een huiseigenaar en in het andere van een dief. Het belang van beide levens is even groot en weegt verre op tegen het belang van een ruit. Vanuit de rechtvaardiging gedacht is het onmogelijk⁷⁵ om de casus van de huiseigenaar anders te behandelen dan de casus van de dief.

Nog om een andere reden is de gedachte van Sieburgh, waarbij het geval van de huiseigenaar anders wordt behandeld dan dat van de dief, naar mijn mening niet juist. Zoals hierboven is betoogd,⁷⁶ moet een rechtvaardiging worden beoordeeld naar het moment van het handelen; ‘Wat na de handeling geschiedt, kan natuurlijk geen invloed op haar al of niet rechtmatigheid hebben’,⁷⁷ luidt het woord van Meijers dat hierboven al vaker is aangehaald.

Op het moment waarop de redder moet gaan ingrijpen, weet hij niets – het is zojuist al opgemerkt – over de ‘verblijfstatus’ van de persoon die hij waarneemt in het brandende huis. Hij hoeft daarover ook niets te weten; het gaat erom dat hij een keuze maakt tussen twee belangen: het redden van een mensenleven of het heel laten van een ruit, en dat hij daarbij voor het zwaarste

73 Ervan uitgaand dat conform de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit is gehandeld. Als in de casus van het brandende huis (voor de redder zichtbaar) een deur openstaat, zal de redder via die deur naar binnen moeten gaan en niet een raam inslaan. Zie daarover verder hierboven, hoofdstuk 7 (*Proportionaliteit en subsidiariteit*).

74 Meijers in noot onder HR 3 mei 1934, ECLI:NL:HR:1934:172, NJ 1934, p. 1549, met het voorbeeld op p. 1553.

75 Althans: immoreel.

76 Zie bijvoorbeeld par. 1.5.4 (*Rechtvaardiging ten tijde van de handeling*) en 4.3.2, slot (*Bregstein: de rechtvaardigingsgrond in wording*).

77 Meijers, *Algemene begrippen* 1948, p. 308.

belang kiest. Pas *na* de handeling kan eventueel blijken dat de geredde persoon zich niet in het huis had mogen ophouden. Maar voor de beoordeling van de voor dat moment gelegen handeling is dat feit irrelevant.⁷⁸

Kortom: de redder handelt civielrechtelijk gerechtvaardigd. Strafrechtelijk is dat niet anders.⁷⁹ In een casus als deze zie ik geen reden waarom de redder (zoals Sieburgh in haar opstel aanneemt) vergoeding zou moeten betalen voor de schade die hij ten behoeve van de geredde toebracht als de geredde een dief blijkt te zijn. Tot die conclusie kom ik niet (alleen) vanwege de heldhaftigheid van de redder.⁸⁰ Tot die conclusie kom ik, omdat de redder *niet onrechtmatig handelt*. Niet tegenover de eigenaar als hij de eigenaar redt. En niet tegenover de eigenaar als hij de dief redt. Wanneer de eigenaar de geredde is, zal deze zijn schade zelf hebben te dragen. Wanneer de dief de geredde is, zal de eigenaar die dief uit ongerechtvaardigde verrijking kunnen aanspreken tot vergoeding van zijn schade aan het raam;⁸¹ te beredeneren zou overigens nog zijn dat ook de schade aan het raam aan de dief is toe te rekenen als gevolg van de diefstal. Wanneer de redder door zijn reddingsactie zelf schade zou hebben geleden, kan hij deze op grond van zaakwaarneming vorderen van de geredde dief. Ook ongerechtvaardigde verrijking komt in dat geval als schadevergoedingsgrondslag in aanmerking.

12.4.3 Verduistering van een tapijt ten behoeve van onderduikers

De tweede casus die Sieburgh bespreekt, is kort weergegeven die waarin iemand in de oorlog een Perzisch tapijt verduistert om 'met het geld' (dat het kennelijk bij verkoop opbrengt) twee mensen te laten onderduiken.⁸²

78 Overigens acht ik de uitkomst van Sieburgh, waarbij de gedraging van de redder als onrechtmatig wordt aangemerkt, maatschappelijk volstrekt ongewenst. Ik heb dat eerder gesteld in de *Nieuwenhuisbundel* (2009), p. 515. De redder begeeft zich in een moeilijke situatie: hij treedt een brandend huis binnen om een medemens te redden – hij waagt zelfs zijn eigen leven. Niet in te zien is waarom de redder dan ook nog voor de schade aan het raam zou moeten opdraaien in de verhouding tot de eigenaar. Men kan natuurlijk, met Sieburgh, zeggen dat de eigenaar geheel buiten de reddingsactie staat. Maar dat is niet geheel juist. Zoals de redder in de situatie betrokken is geraakt, zo is de eigenaar dat ook. De redder raakt betrokken doordat hij wordt geconfronteerd met iets dat tot zijn ingrijpen noodzaakt; de eigenaar wordt geconfronteerd met diefstal en brand in zijn huis. Men kan verder stellen dat de eigenaar niets te maken heeft met de oorzaak van de schade, maar datzelfde geldt natuurlijk voor de redder. Door de schadelijke gevolgen in de verhouding tussen eigenaar en redder voor rekening van de redder te laten, zet men een rem op zeer gewenst, altruïstisch gedrag. Dat lijkt mij niet logisch, redelijk of wenselijk.

79 Over de strafrechtelijke rechtvaardiging laat Sieburgh zich overigens niet uit bij de behandeling van de zaak van het brandende huis.

80 Zoals Sieburgh suggereert in *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/90.

81 En uit onrechtmatige daad voor de overige door de diefstal geleden schade, zo voeg ik daar nog maar aan toe.

82 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 669 e.v.

In deze zaak is evenals in de hierboven besproken casus strafrechtelijk sprake van noodtoestand. Door een lager belang op te offeren, wordt een hoger belang beschermd.⁸³

Maar volgens Sieburgh is vanuit civielrechtelijk perspectief niet dadelijk in te zien waarom 'de benadeelde die de verduisteraar op grond van onrechtmatige daad aanspreekt tot vergoeding van de geleden schade geen beroep kan doen op de civielrechtelijke bescherming van zijn opgeofferde, lagere belang'. Zij meent dat het op het eerste gezicht voor de hand ligt dat de verduisteraar zich met succes op overmacht kan beroepen, maar acht het anderzijds denkbaar dat het optreden maar gedeeltelijk gerechtvaardigd is;

'Of de gedraging echt niet onrechtmatig is, hangt (...) af van de richting waarin andere in het burgerlijk recht bestaande aanknopingspunten wijzen',

aldus Sieburgh.⁸⁴ Die gezichtspunten – zij noemt: 'de uitgangspunten op grond waarvan onevenredige benadeling en ongerechtvaardigde verrijking wordt vermeden en schade, veroorzaakt door zaakwaarneming wordt vergoed' – brengen volgens haar mee dat de verrijkte onderduikers de schade moeten dragen. De samenvoeging van deze gezichtspunten leidt er volgens Sieburgh toe

'dat de gedraging van de verduisteraar, ondanks inachtneming van de strafrechtelijke rechtvaardigingsgrond, onrechtmatig is jegens de eigenaar van (...) het tapijt. De schade die hij op grond hiervan moet vergoeden kan hij op zijn beurt terugvorderen van de geredde personen (de onderduikers)'.⁸⁵

Mijns inziens heeft men de verwijzing naar allerlei verschillende 'gezichtspunten' niet nodig om de schadevergoedingsvordering van de eigenaar tegenover de verduisteraar en tegenover de onderduikers te kunnen beoordelen.

Als steeds, moet worden onderscheiden tussen de schadevergoedingsactie van de eigenaar tegen de verduisteraar en tegen de onderduikers. De verduisteraar zal zich tegen de vordering, mogelijk,⁸⁶ kunnen verweren met een beroep op een rechtvaardigingsgrond. Wanneer aan alle voorwaarden voor een beroep op zo'n grond is voldaan, zal het beroep op de rechtvaardiging slagen en zal de handelende niet aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad. De benadeelde eigenaar zal zich vervolgens op de onderduikers kunnen verhalen; ongerechtvaardigde verrijking zal daartoe evenals in de voorgaande casus de meest aangewezen grondslag zijn.

83 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 669 (die overigens van noodtoestand/overmacht spreekt), onder verwijzing naar Rb. Groningen 14 november 1947, ECLI:NL:RBGRO:1946:16, NJ 1947/491.

84 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 670.

85 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 671.

86 Ik twijfel of er daadwerkelijk een rechtvaardiging is, zoals ik hierna zal uiteenzetten.

Hieraan voeg ik toe dat de casus van het Perzisch tapijt mij nogal atypisch voorkomt. Ik acht het nog maar de vraag of het juist is dat het handelen – zowel strafrechtelijk als civielrechtelijk – in het algemeen als gerechtvaardigd zou worden beoordeeld. In de beschreven casus nam de rechtbank Groningen een rechtvaardigingsgrond aan. Maar dat zal waarschijnlijk niet los gezien kunnen worden van het feit dat het een oorlogssituatie betrof, waarin de dader waarschijnlijk geen andere, legale, middelen ten dienste stonden om de onderduikers te redden. Zeker buiten een toestand van oorlog lijkt het mij uiterst twijfelachtig of het handelen gerechtvaardigd zal zijn. Immers: de actie van de verduisteraar komt hierop neer dat hij een goede bestemming wist voor het geld dat het aan een ander toebehorende tapijt opbracht. Hetzelfde geldt voor degene die een brood verduistert om een hongerige buurman te voeden. Maar is het aan de verduisteraar om die keus te maken en niet aan de eigenaar van het tapijt of het brood? Ik zou menen van niet. En precies in dit opzicht verschilt de casus van de verduisteraar van die van de redder bij het brandende huis. Bij brand zullen er geen alternatieven zijn voor het handelen van de redder; hij moet een bedreigde snel uit het huis zien te halen en dus zorgen dat hij het huis binnen komt. Maar voor degene die een hongerige wil voeden, of een onderduiker wil redden, zullen in het algemeen andere mogelijkheden bestaan dan zich ten koste van een ander de middelen te verschaffen ter bereiking van het nobele doel. Dan zal het beroep op de rechtvaardiging (zowel civiel- als strafrechtelijk) stranden, omdat niet is voldaan aan de subsidiariteits-eis.⁸⁷

12.4.4 De ijswandelaar

De derde casus die Sieburgh schetst, is het geval waarin A door het ijs zakt en daarbij de meest nabije persoon (B) bij de arm grijpt. Ik ga er daarbij vanuit dat er vervolgens schade ontstaat. Volgens Sieburgh bestaat voor de gedraging van A zowel straf- als civielrechtelijk een rechtvaardigingsgrond als A zijn leven probeert te redden en daartoe een minder zwaarwegend belang van B opoffert. Maar daarmee is volgens Sieburgh niet gezegd dat B (jegens A) geen actie uit schadevergoeding wegens onrechtmatige daad zou hebben. Zij wijst op de mogelijkheid dat A en B 'voorafgaand aan het ongeval reeds in een verhouding stonden die relevant is voor de kwalificatie van de gedraging die tot de schade leidde en die meebrengt dat de gedraging van A jegens B niet onrechtmatig is'.⁸⁸ Zij denkt dan aan een situatie van sport en spel of risicoaanvaarding en dergelijke. 'De verhouding tussen dader en benadeelde

⁸⁷ Zie daarover hoofdstuk 7 (*Proportionaliteit en subsidiariteit*), in het bijzonder par. 7.3.4 (*Alternatief middel: wettig middel*) en hierboven, par. 12.3.3 (*Onrechtmatige daad*).

⁸⁸ Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 671.

verklaart waarom de gedraging niet een normschending inhield en waarom het terrein van de onrechtmatigheid niet is betreden', zo betoogt Sieburgh.⁸⁹

Wanneer voorafgaand aan de handeling de omstandigheden meebrachten dat de betrokkenen over en weer schade konden verwachten – wat natuurlijk het geval is wanneer men zich op glad ijs begeeft, zal dat een reden kunnen zijn om het beroep op een rechtvaardigingsgrond te verwerpen op grond van het *culpa in causa*-beginsel, dat in het strafrecht evenzeer geldt als in het civiele recht.⁹⁰ En de situatie van sport en spel, waarin voor de deelnemers een verlaagde aansprakelijkheidsdrempel geldt, wordt civielrechtelijk niet anders beoordeeld dan in het strafrecht.⁹¹

Volgens Sieburgh heeft B, wiens belang ten behoeve van A wordt opgeofferd, een actie uit ongerechtvaardigde verrijking jegens A.⁹² Die suggestie komt ook naar voren in de twee hierboven al besproken casus. Omdat het steeds gaat om een belang dat is opgeofferd ten koste van een ander en ten gunste van een belanghebbende, zal de actie uit ongerechtvaardigde verrijking een logische grondslag zijn om een schadevergoedingsvordering van de benadeelde op te baseren. Er is niets mee gezegd over de toepasselijkheid van de andere leerstukken die Sieburgh noemt, te weten contractuele overmacht, misbruik van recht, *nemo auditur, ex turpi causa* of *in pari delicto*.

12.4.5 Uitsmijter

Het vierde geval dat Sieburgh bespreekt, is het civielrechtelijke Uitsmijter-arrest,⁹³ dat in het voorgaande al verschillende malen ter sprake kwam.⁹⁴

89 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 672.

90 Zie hoofdstuk 6 (*Culpa in causa*) en hierboven, par. 12.3.2 (*Billijkheid*). Voor Sieburgh: *Een evenwichtige werking* 2003, p. 671.

91 Daarop is hierboven al gewezen, in par. 2.5.1 (*Disharmonie of convergentie?*), met verwijzing naar o.m. HR (Strafkamer) 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1769, NJ 2019/453 (*Mishandeling tijdens voetbalwedstrijd*) en HR (Strafkamer) 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7087, NJ 2008/375 (*Mishandeling door Sparta-voetballer*). In zijn conclusie voor dit laatste arrest refereert A-G Machielse (onder 3.5) aan de civiele rechtspraak over mishandeling in sport en spelsituaties, zoals HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, NJ 1992/622 (*Natrappen*) en HR 11 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1533, NJ 1996/376 (*Judoworp*).

92 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 672. Daarnaast zou volgens Sieburgh kunnen worden verdedigd 'dat B door de gedraging van A is gemaakt tot behartiger van A's belang en in die zin A's zaken heeft waargenomen', zie *Een evenwichtige werking* 2003, p. 673. Voor het gronden van een vergoedingsplicht op grond van zaakwaarneming is dat echter onvoldoende, omdat in dit geval echter niet is voldaan aan de eis dat de belangenbehartiger willens en wetens moet hebben gehandeld (zie hierboven, par. 3.10 (*Zaakwaarneming*)). Een nieuwe grond, naast ongerechtvaardigde verrijking, is daarmee dus niet gevonden.

93 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 673-674. In haar opstel duidt Sieburgh de betrokkenen aan met A, B en C. In het arrest zelf worden namen genoemd; ik heb voor de leesbaarheid de betrokkenen met hun rollen aangeduid.

94 Zie de bespreking van het arrest in hoofdstuk 7 (*Proportionaliteit en subsidiariteit*).

In een discotheek ontstaat een relletje. De uitsmijter van de disco werkt de relschoppers naar buiten, daarbij geholpen door onder meer een helper. Als de groep buiten is gezet, ziet de uitsmijter dat zijn helper ook buiten staat en dat deze door de groep wordt bedreigd. De uitsmijter heeft gehoord dat een van de relschoppers een pistool heeft en hij pakt een ijzeren staaf om zijn helper te ontzetten. De uitsmijter zwaait met de staaf en raakt daarbij een van de groepsleden, die een klap op zijn hoofd krijgt en gewond raakt. De burgerlijke rechter oordeelt dat de uitsmijter in noodweer handelde, waardoor zijn handelen jegens het gewonde groepslid niet onrechtmatig is.⁹⁵

Volgens Sieburgh moet worden onderscheiden tussen de situatie waarin de gewonde deel uitmaakt van de groep relschoppers van wie gevaar uitgaat, en die waarin hij een onschuldige omstander is. Over die onschuldige omstander zegt Sieburgh:

‘Zijn (afwezige) verhouding tot de uitsmijter A en de ontzette B verklaart niet waarom juist zijn civielrechtelijke belang door het handelen van A kan worden opgeofferd ten behoeve van het belang van B. De keerzijde van deze eenzijdige benadeling wordt gevormd door het daarmee gepaard gaande gediende belang van B (verrijking) zonder dat daarvoor een grond in de verhouding tussen B en C (*de omstander, toevoeging MF*) aanwezig is. Over het hoofd van C zijn de zaken van B waargenomen. In deze constellatie ontdoet de strafrechtelijke rechtvaardigingsgrond de gedraging dan ook niet van haar onrechtmatigheid.’⁹⁶

Het is een beetje de vraag wat deze casus verduidelijkt.

Helder is dat de vordering tot vergoeding van een eventuele schade van omstander C tegen de ontzette B zou kunnen worden gebaseerd op – alweer – ongerechtvaardigde verrijking. Maar wat volgt daaruit voor het oordeel of civielrechtelijk sprake zou kunnen zijn van noodweer door de handelende uitsmijter? En zou dat oordeel strafrechtelijk anders zijn?

In de casus die Sieburgh schetst, kan men zich afvragen of in het geval van schade die bij een verdedigingsactie wordt toegebracht aan een onschuldige derde is voldaan aan de voorwaarde dat een feit is begaan ‘geboden door de noodzakelijke verdediging’, zoals artikel 41 Sr (waaraan de cursivering hier is toegevoegd) eist. En als men meent dat de handeling op zichzelf geboden was voor de verdediging, is het verschil in uitkomst tussen de rechtvaardiging ten opzichte van de rechtstreeks betrokkene van wie het gevaar uitging en de onschuldige omstander te verklaren vanuit de relativiteitsgedachte.⁹⁷ Tegenover de dreigende relschopper is noodweer gerechtvaardigd en recht-

95 HR 10 december 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3841, NJ 2000/9 (*Uitsmijter*). Strafrechtelijk was de uitsmijter overigens vrijgesproken, omdat geen opzet bewezen werd geacht, zie de conclusie van A-G Spier, onder 1.6.

96 Sieburgh, *Een evenwichtige werking* 2003, p. 674.

97 Zie hierboven, hoofdstuk 10 (*Relativiteit*), over de kring van personen bij noodweer: zie par. 10.3.2 (*Kring van personen*).

matig. Tegenover een derde, niet betrokkene, kan dat anders liggen, dat is een kwestie van de relativiteit van de rechtvaardiging. Bij de bespreking van dat leerstuk heb ik hierboven de Middeleeuwse Engelse uitspraak aangehaald:

‘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.’⁹⁸

Tegen een onschuldige derde zal een beroep op noodweer niet slagen. Noodweer geldt als rechtvaardiging in principe slechts tegenover de aanvaller. Schade tijdens de verdediging toegebracht aan anderen kan zij niet rechtvaardigen. Daarbij ben ik er niet van overtuigd dat de uitkomst straf- en civielrechtelijk verschillend zal zijn, zoals Sieburgh kennelijk aanneemt.

12.4.6 Schade door huiszoeking

De laatste van de door Sieburgh besproken zaken die betrekking hebben op rechtvaardigingen, is de schade die wordt toegebracht bij strafrechtelijk optreden. Sieburgh bespreekt de casus van varkenshouder Lavrijsen, in wiens stallen huiszoeking wordt gedaan. Ten gevolge van de doorzoeking lijdt Lavrijsen schade, waarvan hij vergoeding eist van de Staat.

Volgens Sieburgh heeft Lavrijsen recht op schadevergoeding, waartoe aansluiting moet worden gezocht bij misbruik van recht/bevoegdheid en het gelijkheidsbeginsel.

‘De overheid, die door haar strafrechtelijk gerechtvaardigde optreden in een burgerrechtelijke verhouding tot de burger komt te staan en het respecteren van zijn burgerrechtelijke belangen niet kan verenigen met bijvoorbeeld de doorzoeking van zijn woning, maakt civielrechtelijk misbruik van haar bevoegdheid en handelt om die reden onrechtmatig’⁹⁹

aldus Sieburgh.

De gedachte dat de overheid die een huiszoeking doet en daarbij (onbedoeld) schade toebrengt, haar bevoegdheid zou misbruiken, komt mij gekunsteld voor. Hierboven heb ik verdedigd dat het enkele strafrechtelijk huiszoekingsbevel civielrechtelijk niet een volledige rechtvaardiging oplevert en dat

98 Brian CJ in *The Case of the Thorns* (1466) YB 6 Ed. f7 pl. 18; in Markesinis & Deakin, *Tort law* 2013, wordt de conclusie uit de zaak weergegeven, dat het beroep op noodweer niet opgaat als verweer in het geval een onschuldige omstander wordt geraakt, zie p. 369, met verwijzing naar *The Case of the Thorns* in voetnoot 82.

99 Sieburgh, *Een evenwichtige werking*, p. 677.

om *die* reden de handeling civielrechtelijk als onrechtmatig moet worden beschouwd.¹⁰⁰ Het gelijkheidsbeginsel zal in dit geval inderdaad een goede grondslag voor schadevergoeding bieden, zie ook hierboven, par. 12.3.6.

12.4.7 Conclusie

Van alle door Sieburgh genoemde leerstukken hanteert zij zelf in haar beschrijving alleen zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking en misbruik van bevoegdheid om de civielrechtelijke vergoedingsplicht bij – ook strafrechtelijk – gerechtvaardigd handelen op te baseren. Dat zijn de bekende, hierboven (in 12.3) reeds besproken, gronden.

In nagenoeg alle casus die Sieburgh bespreekt, wordt uiteindelijk aangehaakt bij ongerechtvaardigde verrijking – althans bij de uitgangspunten waarop het leerstuk berust. Maar dat is geen nieuwe gedachte, integendeel: het is precies de grondslag waarop sinds lang de vergoedingsplicht bij gerechtvaardigd handelen wordt gebaseerd.¹⁰¹

En de enkele ‘uitgangspunten waarop de leerstukken van de contractuele overmacht, zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking, misbruik van recht en de *nemo auditur, ex turpi* en *in pari delicto* gedachte berusten’ voegen geen nieuwe gronden of beginselen toe aan wat hierboven al is besproken. Kortom: hoe interessant de gedachte van het aanknopen bij uitgangspunten van diverse leerstukken ook is, zij voegt geen andere gronden toe aan de reeds besproken gronden.

12.5 OMVANG VAN DE VERGOEDINGSPLICHT: WELKE OMSTANDIGHEDEN SPELEN EEN ROL?

12.5.1 Allereerst: de rechtvaardigende omstandigheden zelf

Hierboven is de grondslag van de eventuele vergoedingsplicht besproken voor de situatie waarin schade is toegebracht en een succesvol beroep op een rechtvaardiging is gedaan. Ik ga nu uit van de situatie waarin het beroep op de rechtvaardiging is mislukt en de schadevergoedingseis tegen de handelende wordt toegewezen.

De vraag die dan aan de orde is, is die naar invloed die de aanwezigheid van de op zichzelf rechtvaardigende, maar in casu tekort schietende, omstandigheden kunnen hebben op de omvang van de vergoedingsplicht. Uiteraard

100 Zie hoofdstuk 4 (*De onvolledige rechtvaardiging*), met name par. 4.4.6 (*Het manco, gezien vanuit de normschending*) en 4.5.3 (*Welke factoren zijn van belang voor de vergoedingsplicht?*).

101 Zie hierboven, par. 12.3.4 (*Ongerechtvaardigde verrijking*), waar Scholten (diss. 1899), Bregstein (1927) en de *Parlementaire Geschiedenis BW Boek 6*, p. 831) zijn aangehaald.

moet deze omvang aan de hand van afdeling 6.1.10 worden bepaald. In paragraaf 12.6 zal worden nagegaan welke artikelen binnen afdeling 6.1.10 in het bijzonder van belang zijn in geval van handelen op grond van een rechtvaardiging. Daaraan voorafgaand zal in deze paragraaf meer in het algemeen worden gezien welke omstandigheden een rol kunnen spelen bij de beoordeling van de omvang van de schadevergoedingsverplichting als het gaat om een te rechtvaardigen handeling.

Daartoe keer ik eerst terug naar een stelling die op verschillende plaatsen in deze studie is verdedigd. Tegenover degene die, buiten zijn schuld, in een te rechtvaardigen situatie is geraakt, past een milde houding. Die houding kan tot uitdrukking komen in de beoordeling van de onrechtmatigheid. Die kwestie was in het vorige hoofdstuk aan de orde. Maar de milde houding kan ook tot uitdrukking komen bij de vaststelling van de omvang van de schadevergoedingsverplichting.

In het strafrecht is een soortgelijke gedachte verdedigd door De Hullu. Hij bespreekt de zaak van de 'Battered Woman'.¹⁰² De vrouw, die in psychische overmacht verkeert, ziet geen andere uitweg dan haar gewelddadige partner te vermoorden. Zij krijgt daarvoor, ondanks de bewezenverklaring van het feit en de verwerping van het beroep op psychische overmacht, een relatief lichte straf. Daarover schrijft De Hullu:

'Die strafoplegging illustreert goed de potentieel strafverminderende werking van een mislukt beroep op een strafuitsluitingsgrond.'¹⁰³

Voor het civiele recht zou ik hetzelfde willen bepleiten. Ook als het beroep op de rechtvaardiging mislukt, kan er reden zijn de omstandigheden die aanleiding gaven tot de te rechtvaardigen handeling, mee te wegen bij het oordeel over de omvang van de vergoedingsplicht. Hoe dat oordeel kan worden ingebed in het civielrechtelijk systeem, is een vraag die hierna wordt besproken, in paragraaf 12.6.¹⁰⁴ Voorafgaand daaraan sta ik eerst nog stil bij de wijze waarop de algemene, voor een beroep op rechtvaardigingen geldende, beginselen kunnen doorwerken op het oordeel over de omvang van de vergoedingsplicht.

102 HR (Strafkamer) 26 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:AD1686, NJ 1992/681 (*Battered woman*). De zaak is hierboven besproken in par. 9.8.5 (*Een speciale rubriek: psychische overmacht*).

103 De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, par. V.2.3, p. 292. Elders schrijft hij algemener dat in de praktijk van het strafrecht een lijn lijkt te zijn dat een beroep op een strafuitsluitingsgrond slechts vrij zelden wordt aanvaard, 'maar een 'mislukt' beroep op een exceptie kan wel strafverminderend werken', De Hullu, *Materieel strafrecht* 2021, V.1.1, p. 281.

104 Zie par. 12.6 (*Omvang van de vergoedingsplicht: wettelijke aanknopingspunten*).

12.5.2 Terug naar de beginselen

In de voorgaande delen van dit boek is besproken welke beginselen gelden voor een geslaagd beroep op een rechtvaardiging. Het niet voldoen aan die beginselen heeft gevolgen voor de beoordeling van het beroep op de rechtvaardiging zelf (zie daarover hoofdstuk 11), maar ook voor de beoordeling van de vergoedingsplicht als het beroep op de rechtvaardiging niet slaagt.

Het *culpa in causa*-beginsel brengt mee dat een beroep op een rechtvaardigingsgrond mogelijk niet vrij staat aan iemand die zichzelf in de te rechtvaardigen situatie heeft gebracht (zie hoofdstuk 6). En de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit eisen dat de toegebrachte schade in een redelijke verhouding staat tot de afgewende schade, en dat minder schadelijke uitwegen uit de noodsituatie niet onbenut mogen blijven (zie hoofdstuk 7). Ten slotte moet de ingeroepen rechtvaardiging de toegebrachte schade dekken. Dit is het beginsel van de relativiteit van de rechtvaardigingsgrond: de ingeroepen rechtvaardiging moet strekken tot het toebrengen van schade zoals de handelende deed (zie hoofdstuk 10). De toepassing van deze beginselen kan, als gezegd, ook gevolgen hebben voor de beoordeling van de omvang van de eventueel toe te kennen schadevergoeding. Zij worden daarom nu in dit verband besproken.

12.5.3 Eigen gedrag voorafgaand aan te rechtvaardigen handeling

In het zesde hoofdstuk, over *culpa in causa*, is de kwestie van de zelf veroorzaakte noodsituatie aan de orde geweest. Wie heeft meegewerkt aan het ontstaan van de situatie waarin hij zich zou moeten beroepen op een rechtvaardigingsgrond, kan op die rechtvaardiging geen beroep doen. Hij handelt dus onrechtmatig.

Een daarbij eerder gegeven voorbeeld is het geval van uitlokking.¹⁰⁵ Restaurantbezoeker Taams gedraagt zich zeer onbeleefd in een sterrenrestaurant. In feite tegt hij restauranthouder Boudeling tot het uiterste. Als Taams met zijn disgenoot wil vertrekken, doet hij dat op een wijze waardoor het voor Boudeling lijkt alsof er geen geld is achtergelaten om de rekening te betalen. Boudeling verspert hierop Taams de uitgang en maakt een slaande beweging naar Taams. Taams wil zich verweren, maar valt daarbij tegen een deur. Taams heeft schade en wil die vergoed zien door Boudeling. De Hoge Raad overweegt

105 HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, NJ 1997/592 (*Taams/Boudeling*), r.o. 3.2, onder IV, waarover in par. 6.6.8 (*Relativiteit en uitlokking*) en 6.7.4 (*Eigen schuld en uitlokking*).

‘dat het gedrag van Boudeling zozeer is uitgelokt door het gedrag van Taams dat het gedrag van Boudeling tegenover Taams niet onrechtmatig was’.¹⁰⁶

Hoewel Boudeling Taams sloeg, is zijn handelen niet onrechtmatig jegens Taams. In geval van een door hemzelf uitgelokte aanval kan Taams zich dus niet op onrechtmatigheid van zijn belager beroepen. Ook zou Taams zich niet op noodweer kunnen beroepen voor de situatie waarin hij Boudeling zou hebben teruggeslagen, zoals Taams kennelijk van plan was. Noodweer veronderstelt immers een onrechtmatige aanval. Een zelf veroorzaakte aanval rechtvaardigt geen beroep op noodweer en blokkeert een actie uit onrechtmatige daad jegens de aanvaller.

Dat betekent dat in een geval van *culpa in causa* de handelende, die normaal gesproken een beroep op rechtvaardigingsgrond zou kunnen doen, nu *onrechtmatig* handelt. Als hij schade toebrengt, zal hij deze derhalve moeten vergoeden op grond van onrechtmatige daad. En zelf geleden schade zal niet van de ander kunnen worden gevorderd.

Maar de omstandigheid dat is gehandeld in een afweer van een bedreiging, zij het dat die afweer voor een beroep op noodweer onvoldoende was, kan eveneens van belang zijn. Zo overweegt de Hoge Raad in het vervolg op de hierboven geciteerde passage:

‘zelfs al zou de in beginsel bestaande onrechtmatigheid van de klap (door de uitgelokte Boudeling, toevoeging MF) niet door het gedrag van Taams zijn opgeheven, in elk geval de plicht van Boudeling tot vergoeding van de door Taams geleden schade geheel is vervallen, omdat de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fout eist’.¹⁰⁷

De bedreigende situatie die door de uitlokker in het leven is geroepen, zal ook wanneer de bedreiging niet een volledig beroep op noodweer rechtvaardigt, een rol kunnen spelen in de beoordeling van de schadevergoedingsvordering van de bedreiger.

12.5.4 Het gediende en het geschonden belang

In hoofdstuk 7 zijn de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit besproken. De termen drukken uit dat een bevoegdheid alleen mag worden uitgeoefend voor zover dat overeenkomt met haar doel, en met toebrenging van zo min mogelijk schade. Vergelijk nogmaals de hierboven al eerder geciteerde overweging van de Hoge Raad in het Bussluis-arrest:

¹⁰⁶ HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, NJ 1997/592 (*Taams/Boudeling*), r.o. 3.2, onder IV.

¹⁰⁷ HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, NJ 1997/592 (*Taams/Boudeling*), r.o. 3.2, slot van weergave arrest hof.

‘dat het belang van de bevordering van een vlotte doorstroming van het openbaar vervoer het scheppen van (een) voor de veiligheid van personen en zaken gevaarlijke situatie niet kan rechtvaardigen’.¹⁰⁸

Wie in strijd met beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit handelt, heeft geen beroep op een rechtvaardigingsgrond. Zijn handelen zal derhalve, als het schade tot gevolg heeft gehad, als onrechtmatig worden bestempeld. En om deze reden zal van hem gevorderd kunnen worden dat hij de schadelijke gevolgen van zijn handelen (mede) voor zijn rekening neemt. Maar ook hier zal bij het oordeel over de schadevergoedingsvordering van de benadeelde de omstandigheid een rol kunnen spelen dat door de aansprakelijke is gehandeld op grond van een algemeen belang, of een ander belang dan het zijne.

In het zevende hoofdstuk van dit boek is nagegaan welke factoren op grond van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit een rol spelen in verband met het beroep op de ingeroepen rechtvaardiging. Het zijn dezelfde factoren die een rol kunnen spelen bij de bepaling van de omvang van de schadevergoedingsverplichting. Te denken valt aan het doel van de activiteit: eigenbelang, gezamenlijk belang, altruïsme,¹⁰⁹ de schadelijkheid van het gehanteerde middel,¹¹⁰ het bestaan van alternatieven om het ontstaan van schade te voorkomen,¹¹¹ de aard en ernst van de toegebrachte schade,¹¹² mede in verband met de voorzienbaarheid van die schade.¹¹³

De hier beschreven proportionaliteitstoets bevat exact de elementen die ook door de Hoge Raad in 2004 zijn geformuleerd bij de beoordeling van een schadevergoedingseis bij overheidsoptreden dat op zichzelf niet onrechtmatig is, maar mogelijk leidt tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad als uit het optreden onevenredig nadelige gevolgen voor derden voortvloeien. De omstandigheden die bij de beoordeling van de schadevergoedingseis in zo’n geval van belang zijn, zijn hierboven, bij de bespreking van de schadevergoeding bij onvolledige rechtvaardigingen genoemd.¹¹⁴ Het gaat om de aard van de overheidshandeling, het gewicht van het daarmee gediende belang, de voorzienbaarheid van de handeling en de gevolgen ervan voor een derde en de aard en omvang van de toegebrachte schade.¹¹⁵ Korter geformuleerd: het gaat om de afweging tussen het gediende en het geschonden belang.

108 HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, NJ 1993/547 (*Bussluis*) r.o. 3.3, slot, waarover i.v.m. proportionaliteit in par. 7.5.3.2 (*Een gevaarlijk middel*) en i.v.m. subsidiariteit in par. 7.6.3 (*Twee andere toepassingen: artikel 6:174 en 6:162*).

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

110 Zie par. 7.5.3 (*Variaties met het gebruikte middel*).

111 Zie par. 7.6 (*Subsidiariteit en zorgvuldigheid*).

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

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

114 Zie par. 4.5.3 (*Welke factoren zijn van belang voor de vergoedingsplicht?*).

115 HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887, NJ 2005/392 (*Uzi*), r.o. 3.3.

De parallel is niet toevallig. Immers: in de zaak waarover de Hoge Raad in 2004 oordeelde, ging het om een handeling waartoe op zichzelf een bevoegdheid bestond, maar die niettemin onrechtmatig was jegens bepaalde betrokkenen (in dat geval: derden). De bevoegdheid tot handelen was ontoereikend als rechtvaardiging tegen de schadevergoedingsclaim van die derden. En dat is precies de in dit hoofdstuk beschreven kwestie. De onrechtmatigheidstoets is uitgevallen in het nadeel van de handelende (zie het vorige hoofdstuk); de ingeroepen rechtvaardiging schoot tekort. Vervolgens moet bij de beoordeling van de schadevergoedingseis een afweging worden gemaakt tussen enerzijds het belang dat met de handeling werd gediend en anderzijds de door die handeling veroorzaakte schade. Dat is niet alleen zo bij overheidsoptreden, maar bij alle handelingen waarbij een beroep op een rechtvaardiging wordt gedaan.¹¹⁶

12.5.5 Relativiteit: strekking van de rechtvaardiging

Iedere bevoegdheid om schade toe te brengen kan alleen worden ingeroepen voor zover de bevoegdheid de strekking heeft de handelende te beschermen tegen een schadevergoedingseis. Dat is de stelling die verdedigd is in hoofdstuk 10. Wie weliswaar een bevoegdheid heeft, wordt toch niet beschermd tegen een schadevergoedingsvordering als de ingeroepen bevoegdheid niet strekt tot het rechtvaardigen van het toebrengen van een bepaalde soort schade of van een bepaalde wijze van schadetoebrenging.¹¹⁷

Maar het gegeven dat op zichzelf is gehandeld op grond van een bevoegdheid, zal een omstandigheid kunnen zijn die een rol kan spelen bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de handeling. Dat is hiervoor, mede aan de hand van de correctie-Langemeijer, betoogd.¹¹⁸ Hetzelfde is te beredeneren in verband met de omvang van de schadevergoedingsverplichting: in het geval gehandeld is op grond van rechtvaardiging, kan er reden bestaan om de schadevergoedingsverplichting te verminderen, ook als de rechtvaardiging niet geheel toereikend is. De wijze waarop dat gebeurt, zal worden besproken in de volgende paragraaf,¹¹⁹ waarin de aanknopingspunten binnen afdeling 6.1.10 worden besproken.

116 Zie hoofdstuk 7 (*Proportionaliteit en subsidiariteit*), waar deze kwestie uitvoerig is besproken.

117 Zie hoofdstuk 10 (*Relativiteit*), m.n. par. 10.2.2-10.2.4 e.v.

118 In par. 10.7 (*Correctie-Langemeijer*) en 11.5.5 (*De correctie-Langemeijer*).

119 Par. 12.6 (*Omvang van de vergoedingsplicht: wettelijke aanknopingspunten*).

12.5.6 Conclusie

Bij een beroep op een rechtvaardiging kan sprake zijn van een schadevergoedingsverplichting als het beroep op een rechtvaardiging op enige manier tekortschiet. Dat kan het geval zijn als het beroep op een rechtvaardiging zelf mislukt; er is bijvoorbeeld niet voldaan aan alle voorwaarden van de ingeroepen rechtvaardiging. Of als alleen een beroep kan worden gedaan op een onvolledige rechtvaardiging. In dat geval kan de omstandigheid dat in ieder geval op grond van een rechtvaardiging is gehandeld – zij het dat het beroep op die rechtvaardiging tekortschoot als verweer tegen de gestelde onrechtmatigheid – een factor zijn die van invloed is op het oordeel over de omvang van de vergoedingsplicht.

Ook de aanwezigheid van *culpa in causa* en de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit en relativiteit kunnen meebrengen dat het beroep op de ingeroepen rechtvaardiging niet wordt gehonoreerd. In die gevallen komt de handelende geen beroep op een rechtvaardiging toe en zal hij aansprakelijk zijn op grond van de vastgestelde onrechtmatige daad. Dat betekent dat hij in principe verplicht is tot het vergoeden van de schade die het gevolg is van zijn handelen. Maar de omstandigheid dat werd gehandeld in een situatie waarin op zichzelf een beroep zou kunnen worden gedaan op een rechtvaardiging, kan een factor zijn bij de bepaling van de hoogte van die schadevergoeding. Op welke wijze die beoordeling kan worden gegrond binnen de regels van het burgerlijk recht, zal nu worden gezien.

12.6 OMVANG VAN DE VERGOEDINGSPLICHT: WETTELIJKE AANKNOPINGSPUNTEN

12.6.1 Inleiding

Bij de beoordeling van vergoedingsplicht van de handelende in het geval deze een beroep doet op een rechtvaardiging, kunnen twee omstandigheden tegen elkaar in werken. Dat geldt bijvoorbeeld bij *culpa in causa*, als de te rechtvaardigen situatie is ontstaan door toedoen van degene die zich op een rechtvaardiging beroept. Dan staan twee zaken tegenover elkaar. Enerzijds: het feit dat aan alle voorwaarden voor het aannemen van een rechtvaardiging is voldaan. Anderzijds: het feit dat de handelende er zelf aan heeft meegewerkt dat een beroep op zo'n grond noodzakelijk was. In de afweging tussen beide kan blijken dat de laatste omstandigheid de doorslag geeft. De aanwezigheid van *culpa in causa* weegt dan zwaarder dan de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, en de daad wordt als onrechtmatig beoordeeld. Die kwestie kwam aan de orde in hoofdstuk 11, waar de invloed op het onrechtmatigheidsoordeel

van een contraweerlegging, zoals *culpa in causa*, is besproken in geval van een op zichzelf geslaagd beroep op een rechtvaardiging.¹²⁰

De rol van rechtvaardiging hoeft echter ook bij een geslaagd beroep op *culpa in causa* nog niet uitgespeeld te zijn. Het feit dat op zichzelf is gehandeld op grond van een rechtvaardiging, kan namelijk vervolgens meewegen bij het vaststellen van de omvang van de schadevergoeding die de handelende moet betalen. Dat kan ertoe leiden dat de handelende niet de volledige schade hoeft te vergoeden. Maar ook het feit dat de handelende de noodsituatie zelf veroorzaakte, kan nog meewegen. Die factor zal ertoe leiden dat niet snel een vermindering van de vergoedingsplicht plaatsvindt. Dat geldt zowel voor de situatie van *culpa in causa*, als voor andere omstandigheden waarin ontlastende (rechtvaardigende) en belastende (verwijtbare) omstandigheden moeten worden afgewogen.

Beide genoemde factoren – verwijt en rechtvaardiging – zijn op verschillende plaatsen binnen afdeling 6.1.10 in te passen. Ik bespreek die plaatsen in de nu volgende paragrafen, waarbij steeds wordt bezien wat de invloed van de aanwezigheid van een rechtvaardiging is op de omvang van de schadevergoedingsplicht. Daarbij houd ik het voorbeeld van *culpa in causa* aan, omdat dit helder maakt dat en waarom, in een te rechtvaardigen situatie, een smet aan het gedrag van de handelende kleeft.

Tot slot. De hierna te bespreken bepalingen en leerstukken zijn de laatste tijd onderwerp van discussie. Van der Kooij bestrijdt de heersende opvattingen over relativiteit en toerekening.¹²¹ Hij neemt tot uitgangspunt

‘dat indien door een normschendende gedraging schade wordt veroorzaakt, terwijl het doel van de geschonden norm juist is de gelaedeerde te beschermen tegen deze soort schade en de wijze waarop zij is ontstaan, een toereikend normatief verband bestaat tussen de normschendende gedraging en de schade. De laedens dient dan in beginsel voor deze schade aansprakelijk te zijn (...) Alleen als daarvoor een bijzondere reden bestaat, bijvoorbeeld omdat de gelaedeerde eigen schuld aan de schade heeft of geschaad is in een niet-rechtmatig belang, laat zich onder deze omstandigheden begrijpen om de laedens niet (volledig) voor de schade aansprakelijk te laten zijn.’¹²²

In het onderstaande, zoals in deze gehele studie, is het vertrekpunt niet de normschendende gedraging, maar juist de spiegelbeeldige gedraging waarbij normconform is gehandeld, of geprobeerd is dat te doen. Op zichzelf is het – eveneens spiegelbeeldige – uitgangspunt juist dat er dan, gezien het norm-

120 Zie par. 11.6.2 (*De rol van het voorafgaand handelen*). Zie over *culpa in causa* in het algemeen verder par. 6.6 (*Correctie via het onrechtmatigheidsoordeel*) en 6.7 (*Correctie via de vergoedingsplicht*).

121 Van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss.) 2019, in resp. hoofdstuk 3 en 4.

122 Van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss.) 2019, p. 224.

conforme gedrag, in beginsel geen aansprakelijkheid is, en in bijzondere omstandigheden wel. Maar bij het verklaren van de omstandigheden waarin een uitzondering op het uitgangspunt van toepassing is, bieden de in wetsgeschiedenis, rechtspraak en literatuur ontwikkelde deelregels, beslisschema's en dergelijke, bruikbare aanknopingspunten. Geen allesbeslissende begrenzingsfactor als de normschendende gedraging, maar een 'beredeneerd multifactor-denken' en 'leerstukbreed relativeren', zoals Hartlief het uitdrukt.¹²³

Tijd voor een analyse van de verschillende leerstukken die bij de beoordeling van de schadevergoedingsomvang na een mislukt beroep op een rechtvaardiging relevant zijn en hun concrete toepassing.

12.6.2 Toerekening op grond van artikel 6:98

12.6.2.1 Algemeen

Een eerste mogelijkheid om rekening te houden met de aanwezigheid van zowel een rechtvaardiging als het verwijt dat de handelende treft, biedt artikel 6:98, waarin de causaliteitseis is beschreven:

'Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.'

Bepalend voor het causale verband tussen daad en schade is een aantal factoren.¹²⁴ Evenals bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van de handeling,¹²⁵ zal het afhangen van de ernst van het verwijt dat de handelende treft, of de nadruk ligt op de aanwezigheid van het verwijt dat de handelende treft, dan wel op de door hem ingeroepen rechtvaardiging.

12.6.2.2 Aard aansprakelijkheid

Artikel 6:98 noemt als eerste factor de aard van de aansprakelijkheid. Aangenomen wordt dat in geval van schuldaansprakelijkheid de schade eerder kan worden toegerekend dan bij risicoaansprakelijkheid. Zo overweegt de Hoge

¹²³ Hartlief, *Toerekening naar redelijkheid* 2020, p.166.

¹²⁴ Een uitgebreide bespreking van de in de civielrechtelijke literatuur verdedigde opvattingen is te vinden bij Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid* (diss.) 1991, p. 259-287. Zie ook Asser/Sieburgh 6-II 2017/57 e.v. Van de recentere literatuur zijn hierboven reeds genoemd Van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss.) 2019 en Hartlief, *Toerekening naar redelijkheid* 2020.

¹²⁵ Zie daarover par. 6.5 (*Corrigerende werking van culpa in causa in het burgerlijk recht, algemeen*) en 11.6.2 (*De rol van het voorafgaand handelen*).

Raad in het Amercentrale-arrest dat het uitzonderlijke karakter van aansprakelijkheid voor zonder schuld veroorzaakte schade

‘grond geeft een nauwer verband tussen de schade en de gebeurtenis die daartoe aanleiding gaf (...) te verlangen dan bij toepassing van art. 1401 (nu 6:162, MF) kan worden geëist’.¹²⁶

De reden daarvoor is, dat wanneer de aansprakelijk gestelde een verwijt treft van zijn handelen, toerekening eerder gerechtvaardigd zal zijn dan bij een aansprakelijkheid geheel buiten schuld van de handelende.

Deze factor kan dienen als aanknopingspunt wanneer bij de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding de nadruk ligt op het verwijt aan de handelende. De factor zal dan meewegen in het nadeel van de aansprakelijke; wanneer de handelende een verwijt van zijn handelen treft, zal toerekening uiteraard eerder op zijn plaats zijn. Het omgekeerde zal aan de orde zijn, wanneer wordt gehandeld op grond van een rechtvaardiging. In dit geval, waarbij de handelende in principe een bevoegdheid tot handelen heeft – zij het, dat hij daarbij onrechtmatig handelt, zal reden kunnen zijn om de schade, anders dan bij een ‘gewone’ schuldaansprakelijkheid, niet geheel voor rekening van de handelende te laten komen. Daaraan moet worden toegevoegd dat het bij een beroep op een rechtvaardiging in het algemeen zal gaan om een schuldaansprakelijkheid, geen risicoaansprakelijkheid. Dat pleit, gezien de aard van de aansprakelijkheid, voor een ruime toerekening van de schade aan de aansprakelijk gestelde. Het royale karakter van die toerekening zal niet veranderen door het feit dat sprake is van een verwijt aan de handelende. Integendeel: bij bijvoorbeeld *culpa in causa* gaat het om schade, veroorzaakt door een kennelijk niet te rechtvaardigen onrechtmatige daad van de handelende, waarbij die aanleiding tot het handelen nota bene door de handelende zelf is veroorzaakt.

12.6.2.3 Aard normschendende gedraging

Ook wanneer in een bepaald geval het zwaartepunt juist ligt bij de aanwezigheid van de ingeroepen rechtvaardiging, kan aansluiting worden gezocht bij de factoren van artikel 6:98. Zo wordt de aard van de normschendende gedraging wel genoemd als factor die bepalend is voor de causaliteit.¹²⁷

¹²⁶ HR 13 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC3080, NJ 1975/509 (*Amercentrale*), O. omtrent middel I, onderdeel 5. Vgl. ook MvAII, *Parl. Gesch.* BW Boek 6 1981, p. 344/345.

¹²⁷ Vgl. bijv. Neleman, *Toerekening van schade* 1987, p. 50. In Asser/Sieburgh 6-II 2017/65, sub c, wordt gesproken van de *aard van de activiteit* waarbij de schade is toegebracht, en wordt in dat verband gewezen op bedrijfsmatige tegenover particuliere activiteiten. Ook wordt opgemerkt dat de omstandigheid dat een contractspartij bij de tekortkoming niet uit eigen belang heeft gehandeld, van invloed kan zijn op de toerekening.

In het geval van een normschending die heeft plaatsgevonden om bijvoorbeeld een hoger belang te redden zoals bij noodtoestand, zal het daarom redelijk kunnen zijn dat minder snel schade wordt toegerekend aan de handelende. Daaromtrent overwoog de Hoge Raad in een arrest uit 2017, over een contractspartij die zijn wederpartij met een bepaalde handeling waaruit schade voortvloeide ter wille was geweest, het volgende:

‘Bij de toerekening op grond van art. 6:98 BW gaat het om de vraag of voldoende verband bestaat tussen de schade en de gebeurtenis waarvoor aansprakelijkheid bestaat. De omstandigheid dat een contractspartij bij de tekortkoming waarvoor aansprakelijkheid bestaat, niet uit eigenbelang heeft gehandeld, kan weliswaar mede van belang zijn bij de beantwoording van de vraag welk verband in de omstandigheden van het geval is te eisen, maar kan niet op zichzelf ertoe leiden dat slechts een deel van de veroorzaakte schade (...) is aan te merken als een toerekenbaar gevolg van de gebeurtenis waarvoor aansprakelijkheid bestaat.’¹²⁸

De omstandigheid dat niet uit eigenbelang is gehandeld, kan dus – zij het niet op zichzelf alleen – relevant zijn voor het vaststellen van het causaal verband in de zin van artikel 6:98. Daarbij moet worden bedacht dat het ter wille zijn van een contractspartij bijna nooit geheel van eigenbelang is ontbloomt. Te verdedigen is dan ook dat in een niet-contractuele *setting* het handelen buiten eigen belang eerder zal leiden tot verminderde toerekening. En dat het handelen zonder enig eigenbelang, maar volledig gericht op het belang van de ander, nog eerder zal kunnen leiden tot een verminderde toerekening in de zin van artikel 6:98.¹²⁹

Met dit laatste komen we op het gebied van de belangeloze dienstverlening. Het is niet zo eenvoudig te bepalen onder welke factor van artikel 6:98 deze omstandigheid kan worden geplaatst. Dat constateert ook Sieburgh,¹³⁰ onder verwijzing naar de zaak van de man die tijdens een ‘vriendendienst om niet’ de deur van een volière een halve dag laat openstaan, waardoor een groot aantal kanaries ziek wordt en sterft.¹³¹ Lindenbergh schaaft in zijn bespreking van de factoren van artikel 6:98 de omstandigheid van de belangeloze dienstverlening – waarvan vaak sprake is ingeval van rechtvaardigingen – onder ‘overige relevante factoren’.¹³² Ook denkbaar is de belangeloze dienstverlening te vatten onder de *aard van de gedraging* als factor van toerekening, waarover Lindenbergh opmerkt: ‘Indien men de mate van onrechtmatigheid

128 HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:214, NJ 2018/115, r.o. 4.2.2. De Hoge Raad wijst daarbij ook naar de mogelijkheid om de vergoedingsplicht te matigen op de voet van artikel 6:109. Dat onderwerp wordt hierna, in par. 12.6.4 (*Matiging op grond van artikel 6:109*), besproken.

129 Dat vloeit ook voort uit de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, zie par. 7.5.2 (*Variaties met het doel van de activiteit*).

130 Asser/Sieburgh 6-II 2017/63.

131 Rb. ‘s-Hertogenbosch 17 november 1978, ECLI:NL:RBSHE:1978:AC6397, NJ 1980/15.

132 In Lindenbergh, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 6:98 BW, aant. 7.

als relevante factor aanvaardt, ligt het voor de hand aan te nemen dat naarmate de inbreuk op de rechtsorde ernstiger is, toerekening eerder zal kunnen plaatsvinden.¹³³

Handelen op grond van een rechtvaardiging, en belangeloze dienstverlening in het bijzonder, zal in het algemeen juist een minder ver gaande – vaak zelfs een op zichzelf gewenste – inbreuk op de rechtsorde meebrengen, dan een ‘gewone’ onrechtmatige handeling, waarmee geen hoger belang beoogd wordt te dienen. Wie probeert een ander te bevrijden uit een benarde situatie met behulp van een middel dat te grote schade toebrengt, zal zijn beroep op noodweer of noodtoestand zien stranden op de proportionaliteitseis. Maar het feit dat de handeling plaatsvond om een ander te redden, zal gewicht in de schaal van de toerekeningsafweging leggen – en de schadevergoedingsplicht kunnen verminderen.

12.6.2.4 *Terug naar proportionaliteit en subsidiariteit*

Nog op een ander manier kunnen de toerekeningsregels van artikel 6:98 hulp bieden bij de beoordeling van een schadevergoedingsvordering in geval van gerechtvaardigd handelen. Bij de bespreking van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit,¹³⁴ kwam aan de orde dat verschillende factoren bepalend zijn voor de aansprakelijkheid in geval van een beroep op een rechtvaardiging. Ze zijn hierboven, in paragraaf 12.5.4 herhaald.¹³⁵ Het gaat om het doel van de activiteit, de schadelijkheid van het gehanteerde middel, het bestaan van alternatieven om de schade te voorkomen en de aard en ernst van de toegebrachte schade.

Wat betreft het *doel van de activiteit*: dit kwam hierboven al aan de orde in verband met belangeloze dienstverlening. Gezien de aard van de gedraging zou schade die is ontstaan door een handeling die puur op het eigenbelang gericht is, snel voor toerekening in aanmerking komen.¹³⁶ Schade voortvloeiend uit een handeling waar beide partijen profijt van hebben, zal minder snel voor toerekening aan de handelende in aanmerking komen. En schade toegebracht bij een handeling waarbij slechts uit altruïstische motieven is gehandeld, zal gezien de aard van de gedraging niet snel voor rekening van de handelende dienen te komen.

De *schadelijkheid van het gehanteerde middel* zal niet los van de *aard en ernst van de toegebrachte schade* kunnen worden gezien (proportionaliteit). Hoe schadelijker het middel, hoe eerder toerekening aan de handelende op haar

133 In Lindenbergh, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 6:98 BW, aant. 6.

134 In hoofdstuk 7, zie m.n. par. 7.5 (*Proportionaliteit en zorgvuldigheid*) en par. 7.6 (*Subsidiariteit en zorgvuldigheid*).

135 Par. 12.5.4 (*Het gediende en het geschonden belang*).

136 Door Hartlief wordt de factor profijt genoemd in verband met de rechtvaardiging van toerekening bij risicoaansprakelijkheid. Zie Hartlief, *Toerekening naar redelijkheid* 2020, p. 164.

plaats zal zijn. Voor de aard en ernst van de schade geeft artikel 6:98 daarbij zelf al toerekeningsregels: letselschade zal in het algemeen snel worden toegerekend; ernstige schade wordt eerder toegerekend dan lichte schade.

Ook de omstandigheid van het bestaan van *alternatieven om de schade te voorkomen* (subsidiariteit), kan worden ingebed in artikel 6:98. Aan wie voor de hand liggende mogelijkheden om de schade te vermijden onbenut laat, zal gezien de aard van zijn gedraging en de voorzienbaarheid van de schade, die schade eerder worden toegerekend.

Tot slot. In deze studie is op diverse plaatsen betoogd dat het handelen van degene die zich op een rechtvaardiging moet beroepen, met een zekere mildheid moet worden beschouwd.¹³⁷ Handelen op grond van een rechtvaardiging is in principe door de rechtsorde gewenst handelen.¹³⁸ Die omstandigheid is ook relevant als de handeling niet geheel gerechtvaardigd is, of als de handelende bij de uitoefening van zijn bevoegdheid niet geheel zorgvuldig te werk is gegaan. Zoals hierboven, bij de bespreking van de correctie-Lange-meijer in verband met rechtvaardigingen is gesteld: de omstandigheid dat sprake is van een beroep op een rechtvaardiging, kan meebrengen dat de handeling eerder als rechtmatig moet worden beschouwd. Die factor speelt ook een rol bij toepassing van artikel 6:98, waar de aard van de gedraging als relevant voor toerekening wordt gezien. Wanneer met grove schuld is gehandeld, is ruimere toerekening gerechtvaardigd.¹³⁹ En – het kwam aan het begin van de bespreking van artikel 6:98 al aan de orde – Neleman heeft ervoor gepleit om schadelijke gevolgen eerder toe te rekenen naarmate de schuld aan de gedraging groter is.¹⁴⁰ Dat lijkt ook heel redelijk: hoe ernstiger de inbreuk op de rechtsorde, hoe eerder toerekening zal plaatsvinden, zo is hierboven al met verwijzing naar Lindenbergh opgemerkt.¹⁴¹ In geval van handelen op grond van een rechtvaardiging is het omgekeerde aan de hand. Het gaat dan om een op zichzelf door de rechtsorde gewenste handeling, waarbij – in de situatie dat de rechtvaardiging de handeling niet volledig kan rechtvaardigen – ook iets mis is gegaan. Maar juist de omstandigheid dat bedoeld is te handelen om bijvoorbeeld een hoger belang te dienen, kan een minder ver gaande toerekening rechtvaardigen.

Artikel 6:98 biedt in ieder geval aanknopingspunten om bij handelen op grond van een ingeroepen – tekortschietende – rechtvaardiging minder schade

137 Zie bijv. par. 3.11.1 (*Van buiten komende, plotselinge noodzaak op te treden, vaak buiten het eigen belang*), 7.7.3 (*'Margin of appreciation'*), par. 7.7.4 (*Terug naar de kenmerken van rechtvaardigingen*), par. 10.7.2 (*Correctie-Lange-meijer; Toepassing in geval van rechtvaardigingen*) en 11.5 (*Bijzondere omstandigheden in geval van een beroep op een rechtvaardiging*).

138 Zie par. 1.4.3 (*Type 2: wel schade; juiste belangenafweging. De gerechtvaardigde daad*).

139 HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2310, NJ 2011/139, r.o. 3.6.6, inzake verkiezingsfraude door een kandidaat.

140 Neleman, *Toerekening van schade*, BWKJ 1987, p. 50.

141 Lindenbergh, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 6:98 BW, aant. 6.

toe te rekenen aan de handelende dan in het 'normale' geval van onrechtmatig handelen, buiten rechtvaardigende omstandigheden.

12.6.3 Eigen schuld in de zin van artikel 6:101

12.6.3.1 *Eigen schuld, algemeen*

Voor de bespreking van eigen schuld in de zin van artikel 6:101 lid 1 is het goed de bepaling nogmaals voor ogen te hebben:

'Wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen.'

Daaraan voegt het artikellid toe:

'met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist'.

Bij de toepassing van dit artikel op de gevallen waarin een beroep op een rechtvaardiging wordt gedaan, moet worden onderscheiden tussen twee situaties.

Ten eerste die waarin het beroep op een rechtvaardiging van de handelende faalt en vervolgens de omvang van zijn schadevergoedingsverplichting moet worden vastgesteld. Artikel 6:101 wordt dan toegepast bij de beoordeling van de schadevergoedingseis *jegens* de handelende. Dat is de situatie die ontstaat wanneer het in hoofdstuk 11 beschreven oordeel over de rechtmatigheid van de daad negatief uitvalt voor de handelende, en de daad dus als onrechtmatig wordt gekwalificeerd.

Maar artikel 6:101 kan ook een rol spelen als de daad van de handelende vanwege diens beroep op een rechtvaardiging wel als rechtmatig is aangemerkt. Op de handelende zelf rust dan geen vergoedingsplicht uit onrechtmatige daad. Maar het is goed voorstelbaar dat die handelende schadevergoeding verlangt van een andere bij de handeling betrokken persoon. Te denken valt aan een noodweersituatie. Als de noodweerder zich terecht heeft verweerd, maar gewond is geraakt in de noodweersituatie, zal hij schadevergoeding eisen van zijn aanvaller. Bij de beoordeling van die vordering *van de handelende* kan het eigen gedrag van de aangevallen noodweerder een relevante omstandigheid zijn, zoals in het geval van plagen, treiteren of uitlokken. In zo'n situatie zal sprake zijn van *culpa in causa* en hierboven, in paragraaf 12.5.3, is daarvan al het voorbeeld gegeven van de getergde restauranthouder Boudeling.

De rol van de rechtvaardiging van, en het verwijt aan de handelende bij het oordeel over een eventuele vergoedingsplicht, worden nu belicht aan de hand van artikel 6:101.

12.6.3.2 De schadevergoedingseis tegen de handelende

Wanneer iemand een verwijt van zijn handelen treft, bijvoorbeeld doordat hij zich door zijn eigen schuld in een noodsituatie heeft gebracht en onvoldoende aanvoert om zijn daad te rechtvaardigen, is hij in principe op grond van artikel 6:162 tot schadevergoeding verplicht jegens degene aan wie hij schade heeft toegebracht. Maar juist in het geval van rechtvaardigingen gaat het dikwijls om situaties waarbij ook een smet kleeft aan het gedrag van degene aan wie die schade is toegebracht – zoals bijvoorbeeld in het al vaker besproken geval van uitlokking.

Wanneer de uitgelokte aan de uitlokker schade toebrengt, en zich niet op een rechtvaardigingsgrond als noodweer kan beroepen, is hij aansprakelijk op grond van artikel 6:162. De uitlokker kan van hem vergoeding van zijn schade eisen. In veel gevallen zal het echter niet redelijk zijn dat de uitlokker zijn schade geheel of gedeeltelijk vergoed krijgt, omdat hij het ontstaan van die schade immers zelf mede in de hand heeft gewerkt. Het hierboven geciteerde slot van artikel 6:101 lid 1 kan dan de basis zijn waarop dit oordeel juridisch gegrond wordt: gezien het feit dat de schadeveroorzakende handeling door de benadeelde zelf is uitgelokt, kan de billijkheid eisen dat geen of geen volledige schadevergoeding plaatsvindt. Vooral in het geval van ernstige uitlokking (tergen, sarren totdat de ander te ver gaat) kan dat een redelijk middel zijn.

Een toepassing van dit artikel 6:101 lid 1, slot is te vinden in de hierboven besproken casus van Taams en Boudeling. En daarmee kom ik op het tweede onderdeel van de hierboven al aangehaalde slotsom van hof en Hoge Raad.¹⁴² De uitlokking brengt mee dat het gedrag van Boudeling tegenover Taams niet onrechtmatig was. Aan die conclusie wordt de overweging toegevoegd dat

‘zelfs al zou de in beginsel bestaande onrechtmatigheid van de klap niet door het gedrag van Taams zijn opgeheven, in elk geval de plicht van Boudeling tot vergoeding van de door Taams geleden schade geheel is vervallen, omdat de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fout eist’.¹⁴³

In het geval van Taams en Boudeling heeft de *uitlokker* schade geleden. Het feit dat deze zelf de hand had in het ontstaan van zijn schade, zou volgens

142 Bij de bespreking van de invloed van uitlokking op de beoordeling van de onrechtmatigheid in par. 6.6.8 (*Relativiteit en uitlokking*) en par. 11.5.3 (*De niet zelf veroorzaakte situatie*) was het eerste deel van de overwegingen aan de orde.

143 HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, NJ 1997/592 (*Taams/Boudeling*), r.o. 3.2, slot van weergave arrest hof.

de Hoge Raad leiden tot volledig verval van de vergoedingsplicht van zijn wederpartij. Ook een gedeeltelijk verval van de vergoedingsplicht is denkbaar. Zo oordeelde het Hof Amsterdam in een zaak waar de appellant zwaar was mishandeld door de geïntimeerde, wiens beroep op noodweer was afgewezen:

‘Indien in dit geding komt vast te staan dat appellant geïntimeerde als eerste sloeg (...), bestaat aanleiding om de verplichting van geïntimeerde tot schadevergoeding te verminderen in verband met eigen schuld van appellant. Komt dat niet vast te staan, dan is het enkele feit dat appellant geïntimeerde heeft uitgescholden onvoldoende om tot een rechtens relevante mate van eigen schuld aan de onderhavige onrechtmatige daad te kunnen concluderen.’¹⁴⁴

Wanneer de *uitgelokte* schade lijdt en de uitlokker daarvoor aansprakelijk is, kan eveneens een verdeling van de schade op grond van artikel 6:101 plaatsvinden.¹⁴⁵ Bij die verdeling zal het feit dat de schade door uitlokking is ontstaan, zwaar wegen.

Ook in andere situaties kan artikel 6:101 een grondslag bieden om omstandigheden aan de zijde van de wederpartij van degene die zich op een tekortschietende rechtvaardiging beroept, mee te wegen. Daarbij valt allereerst te denken aan noodweerexces. Eerder in deze studie is opgemerkt dat noodweerexces wordt beschouwd als schulduitsluitingsgrond, maar dat dit een loze kwalificatie is, omdat noodweerexces niet aan toerekening in de weg staat. Ik heb betoogd dat noodweerexces in principe tot aansprakelijkheid van de noodweerder leidt, evenals een geestelijke of lichamelijke tekortkoming aan de aansprakelijk gestelde wordt toegerekend.¹⁴⁶ Dat betekent echter niet dat de excessief handelende noodweerder moet opkomen voor de volledige schade van degene tegen wie hij zich verweert, de aanvaller/benadeelde. Juist door het handelen van deze laatste is immers de noodweeractie en uiteindelijk ook de overreactie van de verweerder veroorzaakt. Als het beroep op noodweer mislukt, omdat de verweerder disproportioneel handelde, staat dat een beroep op een rechtvaardigingsgrond in de weg.¹⁴⁷ Maar de omstandigheid dat de verweerder tot zijn actie werd gebracht door zijn aanvaller, dient naar mijn mening mee te wegen bij de beoordeling van de schadevergoedingseis van de aanvaller in het kader van artikel 6:101. De bij de ‘noodweer’-actie over-

144 Hof Amsterdam 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY8288, r.o. 3.5. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 14 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV5269, r.o. 4.7.

145 Daarvoor is uiteraard vereist dat de uitlokker onrechtmatig handelt. Maar omdat het bij uitlokking gaat om het veroorzaken van voorzienbare schade, zal deze onrechtmatigheid, zeker wanneer de te verwachten schade ernstig is, snel worden aangenomen. Vgl. wat daarover is opgemerkt in par. 6.6.2 (*Anterieure onrechtmatigheid*) en 6.6.8 (*Relativiteit en uitlokking*).

146 Zie daarover par. 9.8.7.3 (*In verband met de mogelijkheid zich normconform te gedragen*), onder f.

147 Vgl. voor het strafrecht HR (Strafkamer) 10 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1124, NJ 2018/368 (*Doodslag door politieambtenaar*).

matig veroorzaakte schade is mede een gevolg van het handelen van de aanvaller/benadeelde zelf, of zoals het Hof 's-Hertogenbosch overwoog:

‘Zelfs indien zou worden aangenomen dat geïntimeerde de grenzen van noodzakelijke verdediging van zijn dochter heeft overschreden, was dit een onmiddellijk gevolg van een door het optreden van appellant veroorzaakte hevige gemoedsbeweging – dus noodweer-exces.’¹⁴⁸

Het hof oordeelde dat vanwege de aanwezigheid van noodweer/noodweer-exces de vordering op grond van onrechtmatige daad diende te worden afgewezen. Mijns inziens verdient het dus de voorkeur om in geval van noodweerexces de vordering op grond van onrechtmatige daad toe te wijzen en het aandeel van de ‘aanvaller’ in de bovenmatige reactie van de ‘noodweerder’ tot uitdrukking te laten komen in de schadeverdeling.

Hetzelfde principe zou ik willen toepassen bij putatieve rechtvaardigingen en andere gevallen van dwaling in de feiten of het recht. In het begin van deze studie is de casus van de roodstaartamazone van Strijards beschreven.¹⁴⁹ Iemand slaat het raam van een huis in, omdat hij hulpgeroep uit de woning hoort komen. ‘Het lijkt er bepaald op dat iemand gekeeld wordt.’¹⁵⁰ Als de helper in het huis komt, ziet hij dat een papegaai het hulpgeroep nabootst. Bij de bespreking van de casus heb ik, in overeenstemming met de strafrechtelijke leer, betoogd dat een putatieve rechtvaardiging niet kan worden gezien als rechtvaardigingsgrond. Hooguit zou zij te kwalificeren zijn als schulduitsluitingsgrond, maar dat staat toerekening niet in de weg. Naar ik meen, kunnen in een zaak als deze de omstandigheden die tot de schade hebben bijgedragen aan de zijde van beide partijen – de helper en de benadeelde eigenaar van de ruit en woning – in aanmerking worden genomen. Daarbij dient naar mijn opvatting aan de zijde van de helper zijn hulpvaardigheid als verlichtende omstandigheid en aan de zijde van de dierenbezitter het risico van het bezit van de bijzondere papegaai als verzwarende omstandigheid te worden meegewogen. Ook bij andere soorten van dwaling kan de omstandigheid dat de benadeelde de onjuiste voorstelling van de dwalende geheel of gedeeltelijk heeft opgewekt van belang zijn voor de beoordeling van de schadevergoedingseis als het beroep van de dwalende handelende op een rechtvaardigingsgrond tekortschiet.

148 Hof 's-Hertogenbosch 17 augustus 1990, ECLI:NL:GHSHE:1990:AD1209, NJ 1991/259, r.o. 4.9.

149 Zie par. 1.5.5 (*Geen putatieve rechtvaardiging*), met weergave van de casus die Strijards beschrijft in zijn *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 117.

150 Strijards, *Strafuitsluitingsgronden* 1987, p. 117.

12.6.3.3 De schadevergoedingseis van de handelende

Wanneer iemand mede door zijn schuld een noodsituatie heeft gecreëerd, maar een voldoende rechtvaardiging voor zijn handelen aanvoert, is zijn handelen rechtmatig. Jegens hem is dan geen schadevergoedingsactie uit onrechtmatige daad mogelijk. Wanneer bij de situatie nog een of meer anderen betrokken zijn, die wel onrechtmatig hebben gehandeld, en de handelende zelf schade heeft geleden, kan de handelende ervoor kiezen die ander of anderen voor zijn schade aansprakelijk te stellen. Het feit dat de handelende zelf bijdroeg aan het ontstaan van de noodsituatie – het *culpa in causa*-aspect – zal hem op grond van artikel 6: 101 kunnen worden toegerekend, en kunnen leiden tot een vermindering van de vergoedingsplicht van de aansprakelijke.

Aanknopingspunt is in dat geval het begin van artikel 6:101 lid 1, dat stelt dat de vergoedingsplicht wordt verminderd, 'wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend'. De omstandigheid die aan de handelende wordt toegerekend in de juist geschetste situatie is dan dat hij de mogelijkheid van schade heeft (kunnen) voorzien, maar de kans op schade niet heeft vermeden, terwijl dat wel mogelijk was geweest.

Volgens de Toelichting Meijers is eigen schuld in de zin van artikel 6:101 'aanwezig, wanneer iemand zich anders gedraagt dan een redelijk mens onder de gegeven omstandigheden zou hebben gedaan'.¹⁵¹ De factoren die in verband met eigen schuld van belang zijn voor de beoordeling van het recht op schadevergoeding van de benadeelde, kunnen zeer wel bij *culpa in causa* een rol spelen. Zo stelt de wetsontwerper:

'De aangesprokene zal zich dus o.m. op dit artikel kunnen beroepen: 1. als het feit waarvoor hij aansprakelijk gesteld wordt mede aan de benadeelde te wijten is; 2. als de benadeelde op een ogenblik voorafgaande aan dat feit, een onvoorzichtigheid heeft begaan waardoor de schadelijke gevolgen van het feit zijn verzwaard; 3. als de benadeelde, nadat het feit waarvoor de aangesprokene aansprakelijk wordt gesteld, heeft plaats gevonden, heeft verzuimd het nodige te doen ter voorkoming of beperking van de schade.'¹⁵²

Met name de eerste twee factoren zullen een rol spelen bij de beoordeling van een situatie waarin iemand zich door zijn eigen schuld heeft gebracht. Artikel 6:101 biedt de mogelijkheid bij de bepaling van de vergoedingsplicht rekening te houden met de aanwezigheid van *culpa in causa*.

Ook hierbij kan worden gedacht aan uitlokking. Wanneer het slachtoffer van de uitlokking de uitlokker aanspreekt, zal het feit dat deze laatste de daad

151 TM artikel 6.1.9.6, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 351.

152 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 351.

heeft uitgelokt, zwaar meewegen bij de beoordeling van de schadevergoedings-eis van het slachtoffer in het kader van artikel 6:101.

Een parallel is te trekken met het Circusezel-arrest. Daarin wordt aangenomen dat het onrechtmatig is iemand uit te lokken gevaarlijke dingen te doen – het ging in casu om een circusexploitant die een toeschouwer ter opluistering van de voorstelling een ongezadelde ezel liet berijden. Daarbij laat de Hoge Raad niet zwaar wegen dat ook de uitgelokte toeschouwer, het latere slachtoffer, aan het ontstaan van de schade had meegewerkt door vrijwillig plaats te nemen op de ezel. Bij de bespreking van de schadevergoedingseis van de uitgelokte merkt de Hoge Raad op:

*‘Ten hoogste is (...) plaats voor een vermindering van de vergoedingsplicht indien de rechter op grond van de omstandigheden van het geval mocht oordelen dat de schade mede aan de bezoeker is toe te rekenen’ (cursivering toegevoegd, MF).*¹⁵³

In dit geval is de Hoge Raad dus mild voor de uitgelokte. Dat lijkt mij terecht, zeker gezien de omstandigheden dat de uitgelokte ezelrijder geen schade aan anderen veroorzaakte, dat hij zelf ernstige letselschade leed, en dat de act vooral diende ter opluistering van de voorstelling van de circusexploitant.

Zo’n milde houding zou ik ook willen bepleiten in het geval sprake is van hulpverlening in een noodsituatie, terwijl de hulpverlener mede heeft bijgedragen aan het ontstaan van de situatie. Een voorbeeld daarvan biedt de casus van het duikongeval in Egypte, hierboven besproken in verband met de grondslag van de schadevergoedingsplicht jegens de helper: zaakwaarneming.¹⁵⁴ In deze zaak spraken twee duikers af dat ze niet onder een bepaalde diepte zouden duiken. Op de afgesproken diepte bleek de ene duiker door dieptedronkenschap niet meer te reageren en verder door te dalen. De andere duiker dook hem achterna, nam de zieke duiker mee omhoog, maar moest op zekere diepte stoppen, omdat de zuurstof van de zieke duiker verbruikt was. De reddende duiker deelde zijn eigen zuurstof, en moest daarna snel stijgen naar het wateroppervlak met zijn mededuiker. Te snel, zo bleek, want de reddende duiker hield aan de duik een dwarslaesie over, veroorzaakt door duikersziekte die optreedt wanneer men te snel stijgt naar het wateroppervlak. De rechtbank wees de schadevergoedingsactie van de redder toe op grond van zaakwaarneming.¹⁵⁵ Zij overwoog naar aanleiding van het verweer van de geredde duiker dat van zaakwaarneming geen sprake kon zijn, omdat voor de redder een plicht tot hulpverlening bestond:

153 HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0482, NJ 1989/729 (Circusezel).

154 Zie par. 12.3.5 (Zaakwaarneming).

155 Rb. Roermond 23 november 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BU5452, JA 2012/6 (Duikongeval Egypte), r.o. 4.15.

‘Anders dan (*de geredde duiker en zijn verzekeraar, toevoeging MF*) hebben betoogd (...) is er van een gehoudenheid van (*de redder, toevoeging MF*) als duiker tot behartiging van de belangen van (*de geredde duiker, toevoeging MF*) als mededuiker en daarmee van een belangenbehartiging krachtens rechtshandeling geen sprake. (...) Nu door de (*geredde duiker, toevoeging MF*) is erkend dat de redding met zijn instemming (en daarmee niet tegen zijn wil) is geschied, is naar het oordeel van de rechtbank voldaan aan alle vereisten zoals die voor zaakwaarneming gelden.’¹⁵⁶

Niettemin oordeelt de rechtbank dat sprake is van eigen schuld in de zin van artikel 6:101, omdat beide partijen zich bewust hebben ‘overgegeven aan gemeenschappelijk specifiek gevaarzettend gedrag’, om welke reden de rechtbank de schade over beide partijen gelijkelijk verdeelt.¹⁵⁷ De redder moet dus de helft van de schade die hij leed door zijn reddingsactie zelf dragen. Dat lijkt mij te wringen. Het is juist dat het beoefenen van een gevaarlijke sport het risico op ongevallen in zich bergt. De duikers gingen ook dieper dan ter plaatse geboden. Dat alles kan leiden tot een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel, of een verdeling van de schadevergoeding. De risico’s treffen de beoefenaars gelijkelijk en dan is een 50%-verdeling gerechtvaardigd.

Maar wanneer een van de beoefenaars met gevaar voor eigen leven een medebeoefenaar uit een levensbedreigende positie redt, en slechts een van de beoefenaars profijt van die actie heeft (namelijk de geredde), terwijl de helpende ander ernstig letsel oploopt, zal de gewone 50%-verdeling uiteindelijk niet gerechtvaardigd zijn. Vooral niet als men bedenkt dat – het ligt voor de hand – de geredde volledig instemde met de actie. Een voor de redder voordeliger verdeling van de schade (met toepassing van de billijkheidscorrectie) zou mijns inziens in dit soort situaties de voorkeur verdienen. In de weging van de omstandigheden die een rol spelen bij de beoordeling van de vergoedingsplicht en bij toepassing van de billijkheidscorrectie ex artikel 6:101 dient belangeloos hulpvertoon uitdrukkelijk in de beoordeling te worden betrokken.

12.6.3.4 Conclusie

Wanneer ook de benadeelde heeft bijgedragen aan het ontstaan van de situatie waarin een beroep wordt gedaan op een rechtvaardiging, biedt artikel 6:101 een mogelijkheid om het feit dat is gehandeld op grond van een rechtvaardiging te laten meewegen bij de vaststelling van de vergoedingsplicht.

Het artikel regelt de situatie waarin zowel de benadeelde als de vergoedingsplichtige hebben bijgedragen aan het ontstaan van de schade. De verdelingsmaatstaf voor de schade is die van de wederzijdse causaliteit: het artikel vermindert de vergoedingsplicht door de schade over beide betrokkenen te

¹⁵⁶ Rb. Roermond 23 november 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BU5452, JA 2012/6 (*Duikongeval Egypte*), r.o. 4.10 en 4.11.

¹⁵⁷ Rb. Roermond 23 november 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BU5452, JA 2012/6 (*Duikongeval Egypte*), r.o. 4.19.

verdelen in evenredigheid met de mate waarin zij hebben bijgedragen aan de schade. Hierop is evenwel een correctie mogelijk op grond van de billijkheid. Als relevante omstandigheden wordt daarbij meestal gewezen op de uiteenlopende ernst van de normschending of van de schuld. In dit verband zou de omstandigheid dat is gehandeld op grond van de rechtvaardiging kunnen meewegen bij de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding.

In het geval van handelen op grond van de rechtvaardiging is zelfs goed voorstelbaar, dat de billijkheid meebrengt dat de schadevergoedingsverplichting geheel vervalt. Afhankelijk van de situatie, waarbij vooral te denken valt aan de ernst van de bij de te rechtvaardigen handeling gemaakte fout en de vraag in wiens belang de handelende heeft gediend, kan de billijkheid een minder vergaande corrigerende werking hebben.

12.6.4 Matiging op grond van artikel 6:109

12.6.4.1 *Algemeen*

Een laatste aanknopingspunt binnen afdeling 6.1.10 dat grond biedt om de omstandigheid dat is gehandeld op grond van een rechtvaardiging te laten meewegen bij de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding, geeft artikel 6:109.

Het artikel bepaalt in het eerste lid dat de rechter de wettelijke schadevergoedingsverplichting kan matigen,

‘indien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht, tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden’.

Zoals uit dit criterium blijkt, moet toekenning van de volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden leiden tot ‘kennelijk onaanvaardbare gevolgen’. Daarbij dient een afweging plaats te vinden van de belangen die aan de zijde van beide partijen bestaan.¹⁵⁸ Als factoren noemt het artikel expliciet de aard van de aansprakelijkheid en de rechtsverhouding die tussen partijen bestaat.

12.6.4.2 *Aard aansprakelijkheid*

Wat de aard van de aansprakelijkheid betreft, kan worden verwezen naar hetgeen hierboven is opgemerkt bij de bespreking van artikel 6:98: het gaat om een schuldaansprakelijkheid, waarbij hooguit een licht verwijt aan de

158 MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 450.

handelende te maken zal zijn. Dat past in ieder geval precies bij de bedoeling van de wetsontwerper, die het ontwerp voor artikel 6:109 (artikel 6.1.9.12.a) aldus toelicht:

‘Daar de risico’s, die men tegenwoordig door de sterk toegenomen intensiteit van het verkeer loopt, veel groter zijn dan vroeger en iedereen zich daarbij weleens aan een onvoorzichtigheid of nalatigheid schuldig maakt, kan plotseling aan anderen zeer grote schade berokkenen. Wanneer men daarbij voegt de aansprakelijkheid, die men voor andere personen loopt (...), dan wordt het begrijpelijk, dat moderne wetgevers hier naar een oplossing zoeken, waardoor niet steeds de toegebrachte schade voor het geheel ten laste van de persoon, aan wiens schuld de schade is te wijten, behoeft te worden gebracht. Als verlichtende omstandigheden kunnen b.v. dienen de geringe mate van schuld, het hoge bedrag van de schade onevenredig aan de mate van de schuld, de noodzakelijkheid, waarin men verkeert om snel een beslissing te nemen of een dienstverband, hetgeen de noodzakelijkheid met zich brengt om risico’s op zich te nemen, die men voor zichzelf niet kan of zou willen lopen. Bovendien is een matigingsrecht op zijn plaats, wanneer iemand krachtens de wet geheel buiten zijn schuld wordt aansprakelijk gesteld.’¹⁵⁹

Het citaat is lang, maar doet goed uitkomen in welke gevallen het matigingsrecht kan worden toegepast: in alle gevallen waarin, gezien de bijzondere omstandigheden waarin de handelende verkeerde, slechts een licht verwijt aan de handelende gemaakt kan worden. Bijzonder is dat de wetsontwerper daarbij speciaal aandacht heeft voor ‘de noodzakelijkheid, waarin men verkeert om snel een beslissing te nemen’. Naar ik meen, is dit de enige plaats in de parlementaire geschiedenis waar dit punt gesignaleerd wordt. De gehele passage en natuurlijk met name ook dit deel ervan, passen naadloos bij de door mij bepleite coulante houding tegenover degene die zich in een situatie bevindt waarin hij een beroep moet doen op een rechtvaardiging.¹⁶⁰ Van Boeschoten wijst erop dat de noodzaak om snel te beslissen vaak zal voorkomen in een kritieke situatie, die mede door de fout van een ander veroorzaakt is. Dat leidt ertoe dat als in die omstandigheden een ongelukkige keus door de handelende wordt gemaakt, er in het algemeen geen schuld zal zijn.¹⁶¹ Daarmee worden dus ook andere factoren dan de noodzaak snel te beslissen in de beoordeling betrokken, namelijk de – zojuist besproken – mate van schuld en de – hierna te bespreken – onderlinge verhouding tussen partijen.

¹⁵⁹ Toelichting op Vraagpunt 10, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 404.

¹⁶⁰ Zie daarover in het algemeen par. 3.11.1 (*Van buiten komende, plotselinge noodzaak op te treden, vaak buiten het eigen belang*) en, in verband met het oordeel over de onrechtmatigheid, par. 11.5.2 (*De noodzaak snel op te treden*) en par. 11.5.3 (*De niet zelf veroorzaakte situatie*).

¹⁶¹ Van Boeschoten, *Preadvies NJV* 1964, p. 181.

12.6.4.3 Tussen partijen bestaande rechtsverhouding

Van belang zal verder kunnen zijn de tussen partijen bestaande rechtsverhouding. De wetsonwerper noemt in dat verband belangeloze dienstverlening uitdrukkelijk als een van de gevallen waarin matiging van de schadevergoeding op haar plaats kan zijn:

‘Een volgend geval waarin matiging van de vergoedingsplicht op haar plaats kan zijn, is dat van schade, ontstaan bij belangeloze dienstverlening. Men mag aannemen dat het oorspronkelijke artikel 6.4.2.1 lid 2 betreffende zaakwaarneming op deze gedachte steunde. Bijv. bij kosteloos meerijden lijkt dit de ondergetekende een redelijker oplossing dan het te zoeken in de constructie van een tussen partijen stilzwijgend overeengekomen exoneratie. Ook is van belang dat het huidige recht in sommige gevallen van belangeloze dienstverlening een verzachting van de aansprakelijkheid kent (...), die in het ontwerp niet is overgenomen.’¹⁶²

Wanneer een onrechtmatige daad wordt aangenomen en het beroep op de rechtvaardiging dus is verworpen, kan het altruïstische karakter van de handeling met zich meebrengen dat de omvang van de schadevergoedingsverplichting van de handelende moet worden gematigd.¹⁶³ Door de wetsonwerper wordt expliciet op zaakwaarneming gewezen, maar ook een rechtvaardiging als noodtoestand zal in veel gevallen moeiteloos onder de categorie ‘belangeloze dienstverlening’ kunnen worden gebracht.¹⁶⁴ Denk aan de hierboven besproken redder die een beklemde persoon uit een brandend huis redt.¹⁶⁵ Als de redder daarbij in plaats van via de openstaande deur zich toegang tot het huis verschaft door het inslaan van een raam, zal zijn handelen – mogelijk – als onrechtmatig worden beoordeeld, omdat het niet voldoet aan de subsidiairiteitsis. De redder is dan in principe tot schadevergoeding verplicht. Maar het altruïstisch karakter van zijn handelen – zo dat al niet op grond van artikel 6:101 tot volledig verval van de vergoedingsplicht leidt – zal een omstandigheid zijn die meebrengt dat matiging van de vergoedingsplicht op haar plaats is. Ook deze door de wetsonwerper genoemde factor past precies bij de door mij bepleite milde houding tegenover degene die zich op een rechtvaardigingsgrond moet beroepen.¹⁶⁶ De omstandigheid dat de handelende in noodtoe-

162 MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 449.

163 MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 449 en 793.

164 De term noodtoestand kan in dit verband overigens voor verwarring zorgen. In het Ontwerp Meijers werd de matigingsbevoegdheid gegeven voor het geval van ‘noodtoestand’. Daarmee werd echter niet bedoeld op de rechtvaardigingsgrond, maar op de financiële noodsituatie waarin de debiteur kon geraken door de toekenning van volledige schadevergoeding (OM artikel 6.1.9.7). Deze matigingsgrond keerde in het G.O. niet terug (MvA II, p. 451/452).

165 Zie par. 12.4.2 (*Redding uit een brandend huis*).

166 Zie daarover in het algemeen par. 3.11.1 (*Van buiten komende, plotselinge noodzaak op te treden, vaak buiten het eigen belang*), in verband met het oordeel over de onrechtmatigheid, par. 11.5.4

stand – mede – zijn eigen belang heeft behartigd of willen behartigen, zal in het algemeen niet in de weg staan aan de mogelijkheid van de rechter de vergoedingsplicht te matigen. Ook in het geval van andere ingeroepen rechtvaardigingen zal mijns inziens gelden dat, wanneer de handelende zich niet op zo'n grond kan beroepen (bijvoorbeeld wegens eigen schuld), de rechter de vergoedingsplicht die hierdoor op de handelende rust, kan matigen.¹⁶⁷ Deze gedachtegang lijkt mij rechtstreeks toe te passen op alle handelen op grond van een rechtvaardiging, waarbij een belang is nagestreefd dat niet,¹⁶⁸ of niet alleen het belang van de handelende was.

12.6.4.4 Overige factoren

In het bovenstaande is vooral aangeknoopt bij de visie van de wetgever. Een enthousiast denker over het matigingsrecht, Abas, wijst erop dat veel van de omstandigheden die in de rechtspraak over het matigingsrecht voortkomen (hij noemt er vijftien) naar hun aard geschreven zijn voor het geval het een overeenkomst betreft.¹⁶⁹ 'Boeiender', is het volgens hem, na te gaan in hoeverre de omstandigheden van belang kunnen zijn bij matiging van een verplichting tot schadevergoeding die berust op de wet (zoals dus bij onrechtmatige daad). Hij noemt: a. de zwaarte van de schuld; b. de maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen; c. de aard en ernst van de voorzienbare schade; d. het gedrag van de wederpartij met betrekking tot de schade; e. het weinig kostbare artikel dat een onevenredig hoge schade teweegbrengt.¹⁷⁰ De laatstgenoemde factor is lastig te plaatsen buiten de contractuele context en voor het beoordelen van een beroep op rechtvaardigingen minder interessant. Maar de overige omstandigheden verdienen nog een korte bespreking.

Hierboven is in verband met (a) zwaarte van de schuld al opgemerkt dat het bij handelen op grond van een rechtvaardiging vaak gaat om een schuld-aansprakelijkheid, waarbij vaak slechts een licht verwijt aan de handelende is te maken. Abas meent dat de schuldgraad vaak van doorslaggevende betekenis voor de matigingsbeslissing is, en schrijft over deze factor: 'Bij lichte schuld klinken de pleidooien om matiging het meest overtuigend':

'In gevallen van noodzakelijkheid om snel te beslissen, bij vermoedens van schuld en nog sterker bij risicoaansprakelijkheden, is (...) de neiging tot aanvaarden van een mogelijkheid tot matiging nauwelijks te onderdrukken, te minder wanneer

(Dikwijls gehandeld ten behoeve van een derde) en, in verband met de omvang van de vergoedingsplicht par. 12.5.4 (*Het gediende en het geschonden belang*).

167 Vgl. Van Boeschoten, *Preadvies NJV* 1964, p. 180-181. Vgl. ook Scholten, *Matiging van schadevergoeding* 1964, p. 630.

168 Vgl. ook HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:214, NJ 2018/115, r.o. 4.2.2.

169 Abas, *Rechterlijke matiging* 2014, p. 16.

170 Abas, *Rechterlijke matiging* 2014, p. 17.

vaststaat dat de schuldgraad gering is. Tegengeluiden (type: ik houd niet van korting op billijkheidsgronden, want dat is tegenover wederpartij niet billijk) klinken dan het zwakst. Scherp komt dan ook tot uitdrukking dat niet de billijkheid korting geeft, maar de omvang van de aansprakelijkheid mede bepaalt.¹⁷¹

De door Abas genoemde omstandigheden van de noodzaak snel te beslissen en een geringe schuldgraad passen precies bij de omstandigheden waarin de handelende zich bevindt die een beroep op een rechtvaardigingsgrond moet doen. Dat geldt ook voor de volgende door Abas besproken omstandigheid: (b) de maatschappelijke positie en verhouding van partijen, waaronder Abas de belangeloze dienstverlening of vriendendienst schaart. Deze factor kwam hierboven, in hetzelfde kader al aan de orde. Daar heb ik betoogd dat het altruïstisch karakter van een handeling kan meebrengen dat de schadevergoedingsverplichting wordt gematigd.

Bij de omstandigheid (c) aard en ernst van de voorzienbare schade beschrijft Abas het aan Beekhuis ontleende voorbeeld van een gast die bij zijn gastheer thuis een kostbare vaas uit de kast haalt om te bewonderen, maar deze per ongeluk uit zijn handen laat glippen. Abas beantwoordt niet de vraag of de gehele waarde van de vaas vergoed moet worden, maar ziet de zaak als voorbeeld waarin aanleiding tot matiging zou kunnen bestaan.¹⁷² Mijns inziens kan deze factor van belang zijn in alle gevallen van 'pech, toeval en onhandigheid', die eerder in deze studie beschreven zijn.¹⁷³

Omstandigheid (d) gedrag van de wederpartij met betrekking tot de schade wordt door Abas in verband gebracht met een hofarrest over een rijsschoolhouder die zijn leerling slechts WA-verzekerd laat rondrijden, waarna de leerling schade aan de auto veroorzaakt.¹⁷⁴ De omstandigheid dat het gedrag van de wederpartij relevant is geweest in verband met het ontstaan van de schade, is een omstandigheid die vaak aan de orde is bij een beroep op een rechtvaardigingsgrond. De te rechtvaardigen situatie wordt immers dikwijls veroorzaakt door de wederpartij zelf, zoals bij noodweer, of in situaties waarin een ambtsplicht wordt vervuld.¹⁷⁵

171 Abas, *Rechterlijke matiging* 2014, p. 18.

172 Abas, *Rechterlijke matiging* 2014, p. 19.

173 In par. 1.4.4 (*Type 3a: wel schade; geen onjuiste belangenafweging. Pech, toeval, onhandigheid*).

174 Abas, *Rechterlijke matiging* 2014, p. 19, met verwijzing naar Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 1995, ECLI:NL:GHSHE:1995:AD2309, NJ 1996/135 (*Schade aan geleende auto*).

175 Zoals recentelijk Rb. Den Haag 17 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:14249 (*Politieoptreden ADO-stadion*), waar deels aansprakelijkheid werd aangenomen, Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:181, NJF 2021/101 (*Doodschieten doorgedraaide man*), waar geen aansprakelijkheid werd aangenomen, en Hof Den Haag 9 maart 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:338 (*Aansprakelijkheid politieambtenaar voor neerschieten verdachte*), waar aansprakelijkheid werd aangenomen.

12.7 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is gezien welke invloed de aanwezigheid van een toereikende of tekortschietende rechtvaardiging heeft op de beoordeling van de schadevergoedingsplicht.

In geval een volledige rechtvaardiging voor het schadeveroorzakende handelen kan worden ingeroepen, valt de mogelijkheid om schadevergoeding tegen de handelende te eisen op grond van onrechtmatige daad weg. In die situatie is denkbaar dat de benadeelde wel vergoeding kan vorderen van de belanghebbende – op grond van zaakwaarneming of ongerechtvaardigde verrijking. Bij die laatste actie zullen vooral de verschillende plafonds die gelden voor de schadevergoedingsplicht (verrijking, verarming, redelijkheid) een obstakel vormen voor het verkrijgen van volledige schadevergoeding. Wanneer de schadevergoedingsactie is gericht tegen de overheid, biedt ook het *égalité*-beginsel een grondslag om de vergoedingseis op te baseren.

Wanneer voor het handelen geen volledige rechtvaardiging kan worden ingeroepen, is de onrechtmatige daadsactie tegen de handelende of de veroorzaker de aangewezen route om schadevergoeding te verkrijgen. Bij de beoordeling van de vergoedingsclaim kan de aanwezigheid van de ingeroepen, maar in dit geval tekortschietende, rechtvaardiging nog van invloed zijn. Die invloed is te zichtbaar bij de bepaling van de omvang van de schadevergoedingsclaim, aan de hand van verschillende artikelen binnen afdeling 6.1.10. Van belang zijn vooral de artikelen over causaal verband en toerekening (6:98), eigen schuld (6:101) en matiging (6:109). Bij de toepassing van deze artikelen spelen ook de beginselen van *culpa in causa*, proportionaliteit en subsidiariteit en relativiteit een rol.