



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Recht, plicht, remedie: of De belofte van de norm

Nuninga, W.T.

Citation

Nuninga, W. T. (2022, September 22). *Recht, plicht, remedie: of De belofte van de norm*. *Recht en Praktijk – Contracten- en aansprakelijkheidsrecht*. Wolters Kluwer, Nederland. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3463747>

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/1887/3463747>

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

5 De norm en het causaal verband bij schadevergoeding

5.1 Inleiding

De volgende twee hoofdstukken zijn gewijd aan de invloed die de norm op de schadevergoeding in geld kan hebben. Daarbij richt ik me in het bijzonder op het causaal verband en de mate waarin de norm invloed heeft op de vaststelling daarvan. Het causaal verband is immers een cruciale schakel bij het bepalen *of* een recht op schadevergoeding bestaat en, zo ja, welke *omvang* die vergoeding dan moet hebben. Daarbij maak ik een onderscheid tussen de vaststelling van het causaal verband in de orthodoxe alles-of-niets benadering (dit hoofdstuk) en de recente ontwikkeling dat bij een onzeker causaal verband niet steeds tot afwijzing hoeft te worden overgaan, maar via de leerstukken van de proportionele aansprakelijkheid en het verlies van een kans kan worden gekomen tot een proportionele vergoeding (hoofdstuk 6).

De orthodoxe benadering van het schadevergoedingsrecht is dat een onderscheid kan worden gemaakt tussen de vestigingsfase en de omvangsfase. In die eerste fase wordt afgelopen of aan de voorwaarden voor aansprakelijkheidsstelling is voldaan, terwijl in de tweede genuanceerder wordt gekeken of en in hoeverre de schade ook daadwerkelijk aan de dader kan worden toegerekend.¹ In die laatste fase zou dan nadrukkelijk meer ruimte zijn voor normatieve overwegingen, zoals de mate van schuld, de afstand tussen fout en schade, en de aard van het letsel. In dit hoofdstuk zal ik betogen dat de geschonden norm bij iedere stap in het vaststellen van het causaal verband in meer of mindere mate invloed uitoefent op de omvang van de schadevergoeding, ook bij de traditioneel ‘feitelijke’ vestigingsfase. Soms is dat een vrij directe invloed, bijvoorbeeld ten aanzien van de vraag wat precies moet worden weggedacht om tot een hypothetisch scenario te komen. In andere gevallen is die invloed indirecter, bijvoorbeeld bij de selectie van toerekeningsfactoren.

In paragraaf 5.2 betoog ik eerst dat het ogenschijnlijk normvrije *condicio sine qua non*-verband helemaal niet zo normvrij is en dat het systeem aan rechtszekerheid zou winnen als die gedachte consequenter doorgevoerd zou worden. In paragraaf 5.3 betoog ik dat ook bij de nadrukkelijk normatieve leerstukken als relativiteit, redelijke toerekening en matiging de norm een kleinere, maar betekenisvolle

¹ Asser/Sieburgh 6-II 2017/50.

rol speelt. Naarmate het leerstuk meer op de billijkheid is gestoeld (zoals bij de matigingsbevoegdheid) wordt die rol kleiner en vice versa. In paragraaf 5.4 breek ik dan een lans voor een meer integrale en normatieve causaliteitstoets, waarbij de besproken leerstukken worden gezien als instrumenten die kunnen helpen om de vraag te beantwoorden hoe de verantwoordelijkheid tussen partijen verdeeld moet worden. Daarbij is onmiskenbaar een rol voor de billijkheid weggelegd, maar wel een kleinere; de basis wordt gelegd door de geschonden norm en de daaraan ten grondslag liggende normatieve redenen.²

5.2 Normatieve overwegingen en het *condicio sine qua non*-verband

5.2.1 De rol van de norm bij vaststelling van het *csqn*-verband

Schade is een rechtsbegrip.³ Hoewel we vaak intuïtief wel weten wat we ‘schade’ willen noemen, is het belangrijk om van meet af aan voor ogen te houden dat ‘schade’ geen natuurfenomeen, maar een menselijk construct is.⁴ Een bepaalde toestand kwalificeert pas als schade als hij afwijkt van ‘hoe het hoort’. Een deuk in een auto kwalificeert als schade, omdat een auto geen deuken hoort te hebben. Een gebroken been kwalificeert als schade, omdat een been niet gebroken hoort te zijn. En – contentieuzer – misgelopen winst kwalificeert als schade, omdat we er kennelijk van uitgaan dat die winst behaald had moeten worden. Wat deze voorbeelden illustreren, is dat, om te bepalen of iets als ‘schade’ kwalificeert, we een vergelijking moeten maken met een andere situatie. In juridische context betekent dat dan dat de werkelijke situatie *met* normschending moet worden vergeleken met de hypothetische situatie *zonder* normschending.⁵

5.2.1.1 DE WEGDENKOEFFENING VAN HET CSQN-VERBAND

Er is reden hier iets langer bij stil te staan. Bij het nadenken over oorzaak en gevolg ligt het voor de hand om vanuit het gevolg (iets wat we ervaren als ‘schade’) al terugredenerend te zoeken naar een oorzaak. Nog los van het feit dat gevolgen nooit echt één oorzaak hebben,⁶ miskent die neiging ook de aard van de exercitie die nodig is om een recht op schadevergoeding vast te stellen. Bepalend is niet wat in natuurkundige zin als ‘de’ oorzaak te gelden heeft;⁷ het gaat om de juridische vraag naar de verdeling van verantwoordelijkheid. Daarbij moet worden onderzocht hoe de situatie waar het slachtoffer zich nu in bevindt, verschilt van

2 Gardner 2010, p. 33 e.v. Zie hiervoor § 2.5.

3 Bloembergen 1965, p. 14-15. Zie daarover bijv. Tjong Tjin Tai 2016a, p. 383 en Van Velthoven 2018, p. 75.

4 Raue 2017, p. 278-279; Hebly 2019, p. 41.

5 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, *NJ* 2016/291 (*Wevers/Hengelo*), r.o. 3.5.2; HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *NJ* 2017/62 (*UWT*), r.o. 3.4.4; HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:354, *NJ* 2019/409, m.nt. L.A.D. Keus (*Zuid-Holland/Boskalis*), r.o. 3.3.2; HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133, m.nt. S.D. Lindenberg (*Netvliesloslating*), r.o. 3.5.3. Deze manier van denken wordt wel toegeschreven aan Mommsen 1855, p. 3.

6 Wat problematisch is, aangezien het recht, op gevallen van eigen schuld, voordeelstoerekening en proportionele aansprakelijkheid na, in beginsel volledige schadevergoeding eist, zie Asser/Sieburgh 6-II 2017/32; Bloembergen 1965, p. 117-118; Lindenberg 2020, p. 16-17.

7 Klaassen 2017, p. 33.

de situatie waarin het slachtoffer zich zou hebben bevonden zonder de normschending. Ter beantwoording van die vraag moeten we echter niet van de vermeende schadepost terugredeneren naar een mogelijke oorzaak, maar vanaf de onrechtmatige daad vooruit naar wat zou zijn gebeurd zonder die onrechtmatige daad.

Neem bijvoorbeeld het volgende geval dat speelde voor de rechtbank Oost-Brabant.⁸ Woningcorporatie Servatius wilde begin 2000 in samenwerking met de gemeente Maastricht en de Universiteit Maastricht studentenhuysvesting en kantoren realiseren. De toenmalige directeur gaf in 2008 het startsein voor het begin van de bouw, wetende dat nog niet alle vergunningen op orde waren. Dit wordt hem aangerekend als persoonlijk ernstig verwijt en Servatius stelt hem aansprakelijk voor de met het project geleden verliezen. De voormalig directeur voert echter aan dat de geleden verliezen helemaal niet het gevolg zijn van zijn fout, maar van de latere keuze van Servatius om in het geheel met het project te stoppen, welke keuze op zichzelf weer ingegeven is door de in 2009 gekelderde vastgoedmarkt.⁹

Wie vanuit de schadepost terugkijkt, staat hier voor een probleem: welke van deze twee mogelijke oorzaken is in juridische zin nu ‘de’ oorzaak van de geleden verliezen? De rechtbank Oost-Brabant lost dit eenvoudig (en dogmatisch juist) op door de vraag om te draaien: hoe anders zou de situatie zijn geweest als de directeur niet in 2008 het startsein had gegeven? Antwoord: dan was de bouw weliswaar niet gestart, maar was het project in 2009 alsnog geannuleerd. Resultaat: alleen de meerkosten van het te vroeg beginnen komen dus voor vergoeding in aanmerking. Dat is ook het juiste resultaat, want voor de gevolgen van de vastgoedcrisis kan de directeur vanzelfsprekend niet verantwoordelijk gehouden worden.

5.2.1.2 WAT MOET WORDEN WEGGEDACHT?

Het is dus zaak om de situatie waar de eiser zich nu in bevindt te vergelijken met de situatie waarin hij zich zou hebben bevonden zonder de normschending. Die wegdenkoefening is meestal vrij eenvoudig: als ik uw auto in brand steek, dan vergelijken we simpelweg uw vermogenspositie met afgebrande auto (de werkelijke situatie) met uw vermogenspositie zonder afgebrande auto (de hypothetische situatie zonder brandstichting). Hier kunnen we simpelweg een doen (het brandstichten) vervangen door een nalaten (het niet-brandstichten). Maar lang niet alle gevallen zijn zo eenvoudig.

Ten eerste is er het probleem dat een normschending ook kan bestaan in een nalaten. Dat is problematisch, want een nalaten roept geen nieuwe toestand in het leven.¹⁰ Omdat we zo gewend zijn een bepaalde *handeling* weg te denken, zijn we dan geneigd de gedraging die door het nalaten is ‘besmet’ weg te denken.¹¹ Toch is dat niet helemaal de juiste aanpak. Een geval waarin deze problematiek

8 Rb. Oost-Brabant 20 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6455 (*Servatius/X c.s.*).

9 Rb. Oost-Brabant 20 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6455 (*Servatius/X c.s.*), r.o. 5.3.9.

10 Asser/Sieburgh 6-II 2017/84.

11 Zie hierover ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, annotatie bij HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28, *NJ* 2020/121 (*Deutsche Bank/X*), p. 2161.

mooi naar voren komt, is het recente *Deutsche Bank/X*.¹² In die zaak had de bank (Deutsche Bank) haar cliënt (X) een beleggingsfonds aangeraden. Noch in de brochure, noch op de voorlichtingsbijeenkomst had de bank duidelijk gemaakt dat zij zelf geen uitgebreid onderzoek naar de betrouwbaarheid van het fonds had gedaan. X belegde vervolgens ruim drie ton, maar een aantal jaar later ging het fonds als gevolg van een fraude failliet. X sprak vervolgens de bank aan voor zijn verliezen. Het hof is van oordeel dat de bank haar bijzondere zorgplicht heeft geschonden door bij X de indruk te wekken dat zij zelf achter het fonds stond, terwijl zij in werkelijkheid geen nader onderzoek naar de betrouwbaarheid van het fonds had gedaan.¹³ Vervolgens overweegt het hof dat causaal verband kan worden aangenomen, omdat X “zijn beslissing om in het Fonds te beleggen heeft gebaseerd op het voorstel van de bank, het voorlichtingsmateriaal dat hij via de bank heeft ontvangen en de voorlichtingsbijeenkomst die hij heeft bezocht, en waar de bank was vertegenwoordigd”.¹⁴

Het causaliteitsoordeel wordt door de Hoge Raad vernietigd. Hij wijst erop dat het hof ten onrechte de gehele advisering wegdenkt in plaats van alleen het onrechtmatige element. Het aanprijzen van het fonds was op zichzelf immers niet onrechtmatig; het was het achterwege laten van een waarschuwing dat onrechtmatig was. Dat betekent dat niet moet worden nagegaan wat er zou zijn gebeurd als de bank het fonds in het geheel niet zou hebben aangeprezen, maar wat er zou zijn gebeurd als de bank bij het aanprijzen zou hebben gewaarschuwd dat zij zelf geen nader onderzoek had gedaan.¹⁵ De benadering van de Hoge Raad is goed te verdedigen. Als de benadering van het hof zou zijn gevolgd, dan zou de bank in verhouding tot de klant een te grote verantwoordelijkheid toegeschreven krijgen. De keuze om te investeren in het fonds of niet, was aan de klant. Aan de bank was slechts de verantwoordelijkheid open te zijn over de reikwijdte van haar onderzoek naar de betrouwbaarheid van dat fonds. Waar de normschending bestaat in een nalaten, moet het normschendende nalaten worden vervangen door een normconform doen.¹⁶

Een vergelijkbaar probleem deed zich voor in het tweede NVM-meetinstructie-arrest van de Hoge Raad.¹⁷ De verkopend makelaar had een woning niet volgens de meetinstructies van de NVM opgemeten, met als gevolg dat de ‘werkelijke’ oppervlakte (dat wil zeggen de oppervlakte conform meetinstructie) 26 m² minder was dan de oppervlakte die in de brochure stond vermeld.¹⁸ Het hof had overwogen dat de makelaar de kopers een woning van 150 m² voorspiegelde en dat zij in plaats daarvan een woning van 124 m² hadden verkregen, zodat de schade moest worden begroot op 26 maal de vierkantemeterprijs.¹⁹ De Hoge Raad vernietigde het arrest: het hof had niet na moeten gaan wat de vermogenspositie van eisers zou zijn geweest als het huis inderdaad 150 m² was, maar wat

12 HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28, NJ 2020/121, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Deutsche Bank/X*).

13 Hof Amsterdam 5 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:805, JONDR 2019/390, r.o. 3.7.

14 Hof Amsterdam 5 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:805, JONDR 2019/390, r.o. 3.9.

15 HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28, NJ 2020/121, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Deutsche Bank/X*), r.o. 3.1.3.

16 Van der Kooij 2019, p. 187 en 202.

17 HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269, NJ 2020/8, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*NVM-meetinstructie II*).

18 Een jaar eerder was al aangenomen dat zo’n meetfout van de verkopend makelaar een onrechtmatige daad jegens aspirant-kopers oplevert, zie HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, NJ 2020/7, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*NVM-meetinstructie I*).

19 Hof Arnhem-Leeuwarden 28 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10397, r.o. 5.8.

die positie zou zijn geweest als de juiste 124 m² was weergegeven.²⁰ Omdat het hof ervan was uitgegaan dat de kopers het huis dan niet zouden hebben gekocht,²¹ moet hun huidige situatie dus worden vergeleken met die waarin zij het huis *niet* aangeschaft hadden.²²

Wat deze analyse duidelijk zou moeten maken, is dat het bij het identificeren van het startpunt belangrijk is om voor ogen te houden dat het niet de *gedraging* is die moet worden weggedacht, maar de *normschending*. Soms zijn die twee identiek aan elkaar, omdat de normschending pas verdwijnt als de gehele gedraging verdwijnt (denk aan de brandstichting). Maar in andere gevallen bestaat de normschending in een nalaten of een deel van het gedrag. In die gevallen eist het wegdenken van de normschending dat voor het normschendend nalaten of doen een normconform doen in de plaats wordt gedacht. Vandaar dat een ongeclausuleerd advies moet worden vervangen door een met waarschuwingen omkleed advies en een gebrekkige meting moet worden vervangen door een correcte. De vraag is immers hoe de huidige situatie van het slachtoffer zich verhoudt tot de situatie waarin de gedaagde normconform zou hebben gehandeld.

Wat precies moet worden weggedacht, lijkt te volgen uit de norm zelf. Normen zoals het verbod eigendomsinbreuk te maken behelzen een soort resultaatsverplichting: gedraag u aldus dat geen inbreuk plaatsvindt. In zo'n geval moet het gedrag in het hypothetische scenario zo worden aangepast dat geen inbreuk plaatsvindt. Meestal komt dat neer op het vervangen van een doen (inbreuk) door een niet-doen (geen inbreuk). Gaat het echter om een zorgplicht, dan hebben we te maken met een duidelijker gedragsvoorschrift. Ook hier stellen we de vraag hoe het gedrag aangepast had moeten worden zodat de zorgplicht niet geschondden was, maar het resultaat is net iets anders. Hier moet het normschendende doen of nalaten worden vervangen door een normconform doen. Concreet werkt dat anders uit, maar in de kern blijft het dezelfde vraag: hoe zou de wereld eruit hebben gezien zonder *normschending*?

5.2.1.3 WAT MOET DAARVOOR IN DE PLAATS WORDEN GEDACHT?

Zaak is dus het werkelijke scenario waarin de norm geschonden is te vervangen door een scenario waarin normconform gehandeld is. De volgende vraag is dan nog wel hoe dat scenario verder moet worden ingekleurd; er is immers een hele reeks aan gedragingen die normconform te noemen is.²³ Dat betekent dat de rechter na het vaststellen van het juiste startpunt (dat wil zeggen het wegdenken van de normschending en vervangen door een normconform handelen) op basis van de gedingstukken een inschatting moet maken van wat *daarna* zou zijn gebeurd.

20 HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269, *NJ* 2020/8, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*NVM-meetinstructie II*), r.o. 3.4.2.

21 Hof Arnhem-Leeuwarden 28 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10397, r.o. 5.8.

22 HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269, *NJ* 2020/8, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*NVM-meetinstructie II*), r.o. 3.4.3; zie eerder in vergelijkbare zin HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0539, *NJB* 2010/804 (*Make-laar*), r.o. 3.5.

23 Dat wordt doorgaans aangedragen als reden om de leer Demogue-Besier (een causaliteitsleerstuk dat de relativiteit zou kunnen vervangen) te verwerpen: kan de gedaagde het hypothetische scenario dan niet zo vormgeven dat hij überhaupt niet meer bij de schade zou zijn betrokken? Zie Asser/Sieburgh 6-IV 2019/143, en uitgebreider Den Hollander 2016, p. 93-98. De Hoge Raad volgt die leer dan ook niet, zie Asser/Sieburgh 6-IV 2019/143; Conclusie A-G Spier 23 december 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BT7193 bij HR 23 november 2011, *NJ* 2012/377, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Palthe/DNB en AFM*), par. 8.4.1. Voor een nadere bespreking, zie hierna § 5.4.2.

Uitgangspunt van de Hoge Raad is dat gezocht moet worden naar het meest waarschijnlijke hypothetische scenario.²⁴ Meestal worden daarmee acceptabele resultaten bereikt (§ (a)), maar soms wringt die benadering enigszins (§ (b)). Het kan dan ook lonen die benadering iets te nuanceren (§ (c)).

(a) De feitelijke benadering van de Hoge Raad

Een van de problemen bij het vaststellen van een csqn-verband is het hypothetische gedrag van mensen. Het is vaak niet zo eenvoudig om vast te stellen wat zij zouden hebben gedaan als de normschending zich niet zou hebben voorgedaan. Het uitgangspunt is dat een inschatting moet worden gemaakt van wat waarschijnlijk zou zijn gebeurd. Dat betekent dat voor zowel de eiser, de gedaagde als een derde geldt dat waar we moeten inschatten hoe zij zich zouden hebben gedragen, we het best kunnen kijken naar hoe zij zich in vergelijkbare situaties hebben gedragen.²⁵

Meestal worden met die benadering ook hele aansprekende resultaten bereikt. Neem bijvoorbeeld *Branderhorst/V*.²⁶ Branderhorst was op vordering van zijn buurman door de rechter bevolen zijn pluimveegroothandel te sluiten. Zijn advocaat waarschuwde hem in strijd met zijn zorgplicht als advocaat niet voor het feit dat Branderhorst ook dwangsommen zou verbeuren over de periode dat hij openbleef voordat cassatieberoep was ingesteld. Branderhorst bleef open, verbeurde dwangsommen en probeerde de f 85.000 aan verbeurde dwangsommen nu te verhalen op zijn advocaat. De Hoge Raad honoreerde het verweer van de advocaat dat Branderhorst in de drukke decembermaand *toch* wel open zou zijn gebleven. Ook bij juist advies zou hij dwangsommen hebben verbeurd.²⁷

Zo ook in *De Swaen*.²⁸ In die zaak sprak Van Ess zijn belastingadviseur aan omdat deze hem ten onrechte had geadviseerd dat de renovatiekosten voor zijn monumentale pand aftrekbaar waren. Hij vorderde vervolgens van de adviseur het misgelopen belastingvoordeel. De Hoge Raad ziet daar weinig in: het is zaak zo feitelijk mogelijk na te gaan wat bij juist advies zou zijn gebeurd.²⁹ Zou Van Ess niet zijn overgegaan tot aanschaf en renovatie, dan moet de huidige vermogenspositie worden vergeleken met die waarin hij in het geheel niet in het project was gestapt. Zou hij ook bij juist advies zijn ingestapt, dan is zijn schade als gevolg van het advies nihil.

24 Asser/Sieburgh 6-II 2017/31. Zie o.a. HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0562, *NJ* 1992/396 (*De Swaen*); HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1731, *NJ* 1995/531 (*Ordemans/Lademo*); HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3067, *NJ* 2003/389 (*V./Branderhorst*); HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275, *NJ* 2017/215, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Hyka/Le Roux*), r.o. 3.5.2; HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067, *NJ* 2018/464, m.nt. F.M.J. Verstijlen, r.o. 3.6.2; HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1042, *NJB* 2019/1563, r.o. 4.3.2.

25 Eiser: HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0562, *NJ* 1992/396 (*De Swaen*), r.o. 3.4; HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3067, *NJ* 2003/389 (*V./Branderhorst*), r.o. 3.3; HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, *NJ* 2009/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*), r.o. 3.3. Gedaagde: HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, *NJ* 2016/291 (*Wevers/Hengelo*), r.o. 3.5.2; HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Netvliesloslating*), r.o. 3.5.3; HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *NJ* 2017/62 (*UWV*), r.o. 3.4.4. Derde: HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, *NJ* 1998/257, m.nt. P.A. Stein (*Baijings/mr. H*); HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, *NJ* 2016/1, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Overzee/Zoeterwoude*); HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:981, *RvdW* 2018/760 (*Boekel & Houthoff/X*) – waarbij in Baijings en Boekel & Houthoff het hypothetische scenario zo veel mogelijk wordt benaderd door de procedure over te doen.

26 HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3067, *NJ* 2003/389 (*Branderhorst/V*).

27 HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3067, *NJ* 2003/389 (*Branderhorst/V*), r.o. 3.3.

28 HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0562, *NJ* 1992/396 (*De Swaen*).

29 HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0562, *NJ* 1992/396 (*De Swaen*), r.o. 3.4.

Het feitelijk vormgeven van het hypothetische scenario produceert aldus intuïtief aanvaardbare resultaten: het slachtoffer wordt in de positie gebracht waar hij zou zijn geweest zonder de normschending. Het is daarbij wel belangrijk te onderkennen dat het in de hiervoor genoemde gevallen steeds gaat om gevallen waarin we proberen na te gaan wat het gedrag van de *eiser* zou zijn geweest. Voor een inschatting van wat de gedaagde de eiser heeft ontnomen of aangedaan, ligt het voor de hand dat de eiser moet aantonen dat hij zonder de normschending van de gedaagde beter af zou zijn geweest doordat hij zelf anders zou hebben gehandeld. Een cowboybelegger die zelfs bij degelijk advies in dubieuze fondsen zou hebben belegd, zou zich bij tegenvallende resultaten niet moeten kunnen ontdraaien om zijn verliezen te verhalen op de adviseur die een gebrekkig advies heeft gegeven. Bij een juist advies was de belegger immers niet beter af geweest. Bij de vraag wat de *gedaagde* zou hebben gedaan, treden echter andere complicaties op.

(b) De grenzen van de feitelijke benadering

Het uitgangspunt van de feitelijke benadering geldt ook voor het gedrag van de gedaagde.³⁰ Dat lijkt op zichzelf niet zo vreemd – waarom zou de gedaagde immers anders behandeld moeten worden dan de eiser en derden? – maar met name wanneer de gedaagde normaal gesproken heel zorgvuldig handelt kan de feitelijke benadering ertoe leiden dat met een voor hem heel ongunstig hypothetisch scenario wordt vergeleken. Immers; als hij deze fout niet had gemaakt, was hij waarschijnlijk zijn voorzichtige zelf geweest en had hij door bovengemiddelde zorg verdere schade voorkomen.

Deze problematiek komt goed naar voren in *Netvliesloslating*.³¹ Een arts had in strijd met zijn zorgplicht nagelaten een pasgeborene na een eerste mislukte controle snel opnieuw te controleren op netvliesloslating. Toen hij enkele dagen te laat de controle alsnog uitvoerde, nam hij een ontwikkeling waar die hem zorgen baarde, en hij opereerde nog de volgende dag. De operatie mocht helaas niet baten en het meisje werd later blind. De vraag is nu of zij door zijn te late controle een kans op een beter resultaat heeft verloren. De arts gaf toe dat als *hij* eerder gecontroleerd zou hebben, *hij* ook eerder geopereerd zou hebben.³² De *maatmanarts*, oordeelde ook het hof, zou echter niet eerder geopereerd hebben dan in werkelijkheid is gebeurd.³³ Het probleem is evident. Vergeleken met wat deze specifieke arts waarschijnlijk *zou hebben* gedaan, is het meisje in werkelijkheid duidelijk slechter af: ze is drie dagen later behandeld dan had gekund. Vergeleken met wat de arts *had moeten* doen, is zij echter niet slechter af: zij is behandeld op de dag waarop de arts had moeten behandelen.

De Hoge Raad overweegt dat bij de invulling van het hypothetische scenario gekeken moet worden naar wat er *waarschijnlijk* zou zijn gebeurd. De maatmanarts is leidend voor de vaststelling of sprake is van een normschending, maar deze maatmanarts speelt bij het vaststellen van csqn-verband en in de begrotings-

30 HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133, m.nt. S.D. Lindenberg (*Netvliesloslating*), r.o. 3.5.3; HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, *NJ* 2016/291 (*Wevers/Hengelo*), r.o. 3.5.2; HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *NJ* 2017/62 (*UWT*), r.o. 3.4.4; HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:354, *NJ* 2019/409, m.nt. L.A.D. Keus (*Zuid-Holland/Boskalis*), r.o. 3.3.2.

31 HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133, m.nt. S.D. Lindenberg (*Netvliesloslating*).

32 Hof Den Haag 21 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:876 (*Netvliesloslating*), r.o. 9.

33 Hof Den Haag 21 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:876 (*Netvliesloslating*), r.o. 13.

fase geen rol meer. In de begrotingsfase moet worden gekeken wat de arts *zou hebben* gedaan.³⁴ De arts zou dus bij eerdere controle ook eerder geopereerd hebben, waardoor het meisje de kans verloren had op een beter resultaat. Van der Kooij noemt dat ‘niet bijzonder’, omdat deze benadering simpelweg de consequentie zou zijn van de noodzaak te onderzoeken wat in afwezigheid van de normschending zou zijn gebeurd.³⁵ Immers, de Hoge Raad volgt de orthodoxe benadering dat voor het vaststellen van het csqn-verband alleen de normschending moet worden weggedacht en het scenario verder feitelijk moet worden ingevuld. Toch ontstaat er hier wel een zekere discrepantie.

Stel nu dat de arts niet heel capabel, maar juist vrij slordig was en dat hij aan nemelijk kan maken dat als hij niet *deze* fout zou hebben gemaakt, hij wel een *andere* fout zou hebben gemaakt. Als de Hoge Raad gecommiteerd zou zijn aan het feitelijke scenario, zou dit verweer moeten slagen. Toch overweegt hij in *Netviesloslating* expliciet dat bij vormgeving van het hypothetische scenario er niet van uit mag worden gegaan dat de arts een andere normschending zou hebben begaan.³⁶ De voor de gedaagde geldende normen bepalen hier dus wel de ondergrens van hoe het hypothetische scenario eruit kan zien, maar niet de bovengrens. Bij het vormgeven van het hypothetische scenario moeten we er *in ieder geval* van uitgaan dat de gedaagde volledig normconform gehandeld zou hebben – ook als dat feitelijk onwaarschijnlijk was – maar zodra het waarschijnlijk is dat de arts ‘bovenconform’ zou hebben gehandeld, dan krijgt de feitelijke analyse weer voorrang.

Deze problematiek speelt ook bij onrechtmatige overheidsbesluiten. Neem het arrest *UWV*.³⁷ Het UWV had de werkgever van eiser J. een ontslagvergunning verleend zonder voldoende gemotiveerd aandacht te besteden aan zijn verweer. Als het UWV het verweer had meegenomen, dan had het de vergunning nog steeds kunnen verlenen. Resultaat is dus dat J. niet minder heeft gekregen dan waar hij juridisch gezien recht op had; hij had de weigering van de ontslagvergunning door het UWV immers niet kunnen afdwingen. Ook hier geeft de Hoge Raad echter aan dat de schade moet worden begroot door te vergelijken met het feitelijk waarschijnlijke scenario, niet met het juridisch voldoende scenario. Uitgangspunt moet daarbij ook weer zijn dat een nieuw besluit wordt genomen en dat dat besluit wel rechtmatig is (i.e. er is een ondergrens), maar voor de vraag hoe dat besluit er vervolgens precies uit zou hebben gezien, moet bekeken worden wat het bestuursorgaan waarschijnlijk zou hebben gedaan (i.e. er is geen bovengrens).³⁸ Daartoe is wat het bestuursorgaan na de vernietiging van het be-

34 HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133, m.nt. S.D. Lindenberg (*Netviesloslating*), r.o. 3.5.3.

35 Van der Kooij 2019, p. 210-211.

36 *Ibid.* Zie ook HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, NJ 2016/291 (*Wevers/Hengelo*), r.o. 3.5.2; HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, NJ 2017/62 (*UWV*), r.o. 3.4.4.

37 HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, NJ 2017/62 (*UWV*).

38 De Hoge Raad heeft hier een nieuwe lijn ingezet. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State oordeelde aanvankelijk in ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7587, *Gst.* 2005/75 (*Amelandse Benzinepomp*) nog dat in het hypothetische scenario mag worden uitgegaan van een besluit dat het bestuursorgaan rechtmatig zou hebben kunnen nemen. In HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, NJ 2016/291 (*Wevers/Hengelo*) en *UWV* oordeelde de Hoge Raad echter anders (en de Afdeling sloot zich daar in ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3462, *Gst.* 2017/51, m.nt. Boesveld (*Biolicious*) bij aan): voor de vraag welk besluit het bestuursorgaan had genomen als het deze fout niet had gemaakt, moet worden gekeken naar wat het bestuursorgaan dan zou hebben gedaan (nieuwe onrechtmatigheden uitgezonderd).

sluit in werkelijkheid heeft gedaan een goede raadgever.³⁹ In dit geval was het zo dat zelfs met inachtneming van het verweer verlening van de ontslagvergunning mogelijk was geweest, maar gelet op de lijn van het UWV was dat feitelijk onwaarschijnlijk.⁴⁰ Concreet betekent dat dat J. schade mocht begroten door te vergelijken met het geval waarin de ontslagvergunning geweigerd zou zijn.

Fruytier en Burwick betogen dat de benadering van de Hoge Raad in *Netvliesloslating* zelfs strijdig is met zijn eigen benadering dat de normschending moet worden weggedacht en moet worden vervangen door een normconform handelen.⁴¹ Immers, de Hoge Raad denkt voor de normschending niet een normconform handelen in de plaats, maar een ‘bovenconform handelen.’ Hoewel ik hun kritiek in uitgangspunt onderschrijf, denk ik dat voorstanders van de benadering van de Hoge Raad daar eenvoudig onderuit kunnen. Fruytier en Burwick willen immers de gehele behandeling (i.e. de controle en de operatie) wegdenken en vervangen door een normconforme behandeling, maar de Hoge Raad hanteert nu juist als uitgangspunt dat alleen de normschending moet worden vervangen door normconform handelen.⁴² Denken we alleen het onrechtmatige element (i.e. de te late controle) weg en denken we daar een normconform handelen (i.e. een tijdige controle) voor in de plaats, dan blijft de vraag naar wat vervolgens zou zijn gebeurd onbeantwoord. De benadering van de Hoge Raad is niet innerlijk tegenstrijdig, maar dat betekent niet dat ze aanbeveling verdient.

Het probleem dat zich in deze gevallen opdringt, is dat de gedaagde hier in geld verantwoordelijk gemaakt wordt voor gevolgen waarvoor hij materieelrechtelijk geen verantwoordelijkheid droeg. Zowel de patiënt in *Netvliesloslating* als J. in *UWV* verdient onze sympathie: zij verkeren in een situatie die beter had kunnen zijn. Het verliezen van het gezichtsvermogen of het verliezen van een baan is op zichzelf al naar, nog akeliger is het te weten dat als de gedaagde geen fout had gemaakt de zaken er wel eens anders voor zouden kunnen hebben gestaan. Maar daar is niet mee gezegd dat de gedaagde *dus* voor al die gevolgen verantwoordelijk is. Het systeem van rechten enerzijds en plichten anderzijds is er nu juist op gericht om duidelijk te maken wie waarvoor het risico of de verantwoordelijkheid draagt. In zowel *UWV* als *Netvliesloslating* hadden de eisers geen juridische aanspraak op het voorkomen van de schade. De gedaagden waren, met andere woorden, niet verantwoordelijk voor het voorkomen daarvan. Via een overdreven feitelijke invulling van het hypothetische scenario, worden zij daar via de schadevergoedingsremedie echter toch verantwoordelijk voor gemaakt. En dat wringt.

Een bestuursorgaan dat zich doorgaans welwillend opstelt, zal bij een (zeldzame) fout ruimer aansprakelijk zijn dan een bestuursorgaan dat erom bekendstaat de burger zo min mogelijk tegemoet te komen. Een arts die normaal gesproken fantastisch werk levert, zal bij een (zeldzame) fout ruimer aansprakelijk zijn dan zijn collega die normaal gesproken net voldoende werk levert. Dat is niet het

39 HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *NJ* 2017/62 (*UWV*), r.o. 3.4.6; HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:354, *NJ* 2019/409, m.nt. L.A.D. Keus (*Zuid-Holland/Boskalis*), r.o. 3.3.2. Hier wijkt de Afdeling overigens wel weer af van de Hoge Raad, zie ABRvS 11 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4163, *AB* 2020/199 (*X/Staatssecretaris V&J*).

40 Althans, dat is de stelling van het UWV, zie HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *NJ* 2017/62 (*UWV*), r.o. 3.2.2.

41 Fruytier & Burwick 2021, p. 119-121.

42 HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28, *NJ* 2020/121, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Deutsche Bank/X*).

gevolg van het feit dat we aan capabele artsen en welwillende bestuursorganen hogere eisen stellen – de normen zijn voor capabele en incapabele artsen en voor welwillende en onwelwillende bestuursorganen gelijk⁴³ –, maar van het feit dat het hypothetische scenario deels normatief (er mogen geen normschendingen in voorkomen) en deels feitelijk (we kijken hoever *deze* gedaagde boven de ondergrens zou zijn uitgestegen) wordt ingevuld. En hoewel dit op zichzelf een duidelijk systeem is,⁴⁴ is de vraag wel waarom die normatieve invloed zo eenzijdig is. Waarom kan een eiser wel profiteren van onverplichte waarschijnlijkheden, maar een gedaagde niet? Waarom, met andere woorden, werkt de norm slechts door ten gunste van één partij?

(c) Het minimaal verplichte

Het zou de rechtszekerheid in formele en materiële zin⁴⁵ ten goede komen als hier steeds het ‘minimaal verplichte’ als uitgangspunt bij schadebegroting zou worden genomen: alleen zo wordt bewerkstelligd dat de eiser niet minder krijgt dan waar hij recht op had, maar ook niet meer. De vraag die dat oproept is of het wel bij het Nederlandse recht past om gedaagde een beroep op ‘het minimaal verplichte’ toe te staan bij wijze van verweer. Met name in het overeenkomstenrecht lijkt dat slecht te passen. Hoewel de gedachte dat een schuldenaar zich er niet te makkelijk vanaf mag maken strookt met de eisen van de redelijkheid en billijkheid, is er mijns inziens altijd een ondergrens aan te wijzen en kan die ondergrens ook leidend zijn bij schadebegroting. Dat is het makkelijkst duidelijk te maken aan de hand van twee belangrijke arresten die op het eerste gezicht lijken te suggereren dat de minimale nakoming niet leidend mag zijn.⁴⁶

In *Ordelmans/Lademo*⁴⁷ verwierp de Hoge Raad een cassatieberoep tegen een hofuitspraak in een schadestaatprocedure waar het hof bij schadebegroting na ontbinding niet alleen de *vastgestelde* wanprestatie wegdacht, maar meer in het algemeen naging wat de koper (van in dit geval een beleggingsdiamant) op grond van de overeenkomst had mogen verwachten. Het hof overwoog zelfs expliciet dat het bij schadebegroting

“er immers niet om [gaat] wat de minste kwaliteit is, die [de verkopers] nog (net) hadden mogen leveren om (nog juist) geen wanprestatie te plegen”.⁴⁸

Hoewel die overweging suggereert dat bij schadebegroting van méér uitgegaan mag worden dan het normenkader voorschrijft, lijkt dat wat ver te gaan. Door na te gaan wat de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten, stelt het hof *juist* vast wat het normenkader voorschreef. Dat formeel geen wanprestatie is

43 Art. 7:453 BW legt aan alle artsen de plicht op te handelen met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend specialist mag worden verwacht, zie HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103, NJ 1991/26 (*Speeckaert/Gradener*), r.o. 3.7. Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV/2018/407; Wijne 2017, p. 52-54.

44 Vandaar dat Van der Kooij deze stap ook niet bijzonder acht, zie Van der Kooij 2019, p. 210-211.

45 Zie hiervoor § 1.2.2.

46 Arresten als HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3067, NJ 2003/389 (*Branderhorst/V.*), HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0562, NJ 1992/396 (*De Swaen*) en HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0539, NJB 2010/804 (*Makelaar*) laat ik hier buiten beschouwing, omdat die de zaak iets minder op de spits drijven. Voor een uitgebreide bespreking zie Nuninga 2018, p. 299-301.

47 HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1731, NJ 1995/531 (*Ordelmans/Lademo*).

48 R.o. 4.12 van arrest van het hof, zie HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1731, NJ 1995/531 (*Ordelmans/Lademo*).

vastgesteld, doet niet ter zake. In zekere zin is dit juist een goed voorbeeld van waar het normenkader (in casu een overeenkomst) doorwerkt bij het bepalen van de omvang van de schadevergoeding.

In *Claas/Van Tongeren*⁴⁹ casseerde de Hoge Raad een hofarrest waarin een verbodsactie tot het overtreden van normen uit een lokale bouwverordening was afgewezen omdat de gedaagde de door die normen beschermde belangen ook op andere wijze had kunnen schenden.⁵⁰ De Hoge Raad oordeelde dat

“[h]et enkele feit dat een op onrechtmatige wijze toegebracht nadeel eveneens op een andere wijze toegebracht had kunnen worden, die niet onrechtmatig geweest zou zijn, (...) nog niet mee[brengt] dat dit nadeel niet meer kan gelden als te zijn veroorzaakt door de onrechtmatige gedraging die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan”.⁵¹

Ook die overweging suggereert op het eerste oog dat niet van het minimaal verplichte mag worden uitgegaan bij de beoordeling van de remedie. Als het hier om een schadevergoedingsvordering was gegaan, was dat inderdaad problematisch geweest: kennelijk mag de gedaagde zich er niet op beroepen dat hij binnen de grenzen van het recht deze schade toch wel had kunnen veroorzaken. Die lezing miskent echter dat het hier gaat om een relativiteitsoordeel in het kader van een *rechterlijk bevel* en niet een schadevergoedingsveroordeling. Doordat de door de bouwverordeningsnormen beschermde belangen van Claas c.s. zijn geschonden, wordt *jegens* hen voortdurend een rechtsplicht geschonden en hebben zij recht op een verbod.⁵² Dat Van Tongeren hetzelfde nadeel op andere wijze had kunnen veroorzaken, doet niet ter zake. Dat moet hij vooral doen. Punt is dat er hier een wettelijke plicht wordt overschreden en dat voortzetting van die schending hem kan worden verboden op vordering van degene jegens wie hij nakoming verschuldigd was.

Daarmee lijkt duidelijk dat, afgezien van met name *Netvliesloslating*, er geen Nederlandse traditie is die zich ertegen verzet om uit te gaan van het ‘minimaal verplichte’ bij de begroting van schade. Natuurlijk is het niet de bedoeling dat rigide wordt omgesprongen met het naleven van normen en zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld of de gedaagde niet net iets méér had kunnen en moeten doen, maar onvermijdelijk is dat ergens een grens bestaat vanaf waar we zeggen: nu is de norm geschonden. Dat punt is voor de schadebegroting cruciaal, want het bepaalt waar de eiser recht op had en waar de schadevergoeding hem zo dicht mogelijk bij in de buurt moet brengen.

5.2.2 De billijkheid en het *csqn*-verband

De orthodoxe benadering van het *csqn*-verband is dus allesbehalve vrij van de invloed van de norm. De norm vormt een belangrijk startpunt voor wat moet worden weggedacht en is een belangrijke raadgever voor hoe het alternatieve scenario eruit zou moeten hebben gezien. Op dat laatste punt hanteert de Hoge Raad momenteel weliswaar een wat onevenwichtige benadering, maar de in-

49 HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, NJ 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*).

50 HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, NJ 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*), r.o. 1.

51 HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, NJ 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*), r.o. 3.4.

52 Asser/Sieburgh 6-IV/2019/153.

vloed van de norm moge duidelijk zijn. Dit soort overwegingen – die we ‘normatief’ zouden kunnen noemen omdat ze een op een materieelrechtelijke norm gestoeld waardeoordeel bevatten – zijn echter niet de enige overwegingen die bij de vaststelling van een csqn-verband een rol kunnen spelen. Het zou aan de rechtsrealiteit voorbijgaan om te denken dat *alles* direct vanuit de norm kan worden verklaard, hoe verleidelijk dat binnen deze dissertatie ook zou zijn: ook op de billijkheid gestoelde normatieve overwegingen spelen een rol. De invloed van de norm is hier niet afwezig, maar wel beperkt.

5.2.2.1 VERSOEPELING VAN STELPLICHT EN BEWIJSLAST

Allereerst geldt in het algemeen dat aan het door eiser te leveren bewijs van ‘toekomstige ontwikkelingen’ in het hypothetische scenario niet al te hoge eisen worden gesteld.⁵³ In die zin lijkt de rechter dus al enigszins aan de eiser tegemoet te komen op billijkheidsgronden: omdat we niet met zekerheid kunnen zeggen wat er zonder de normschending zou zijn gebeurd, is zekerheid ook niet vereist.⁵⁴ Bovendien is het nu net de gedaagde die verantwoordelijk is voor die onzekerheid: zonder zijn onrechtmatige daad hadden we immers zeker geweten wat er zou zijn gebeurd. Die regel heeft de Hoge Raad ooit geformuleerd in het kader van letselschade,⁵⁵ maar hij wordt in de lagere rechtspraak ruimer toegepast door in het algemeen geen zekerheid te verlangen.⁵⁶

In *Alphen aan den Rijn*⁵⁷ liet de Hoge Raad een vergelijkbaar geluid horen. Ter herinnering, het ging om het volgende. In 2011 opende een schutter vuur op winkelend publiek in een winkelcentrum in Alphen aan den Rijn. Hij voerde zijn aanslag uit met wapens waarvoor hij enkele jaren eerder vergunningen had gekregen. Achteraf bleek dat hij deze vergunningen, gelet op zijn psychiatrische verleden, nooit had mogen krijgen. De slachtoffers en nabestaanden stelden de politie aansprakelijk. Een van de verweren van de politie was dat zelfs *als* zij de vergunning niet verleend had (het startpunt van het hypothetische scenario) de schutter de aanslag toch zou hebben gepleegd, maar dan met illegale wapens. Het

53 HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, *NJ* 1998/624 (*Vehof-Vasters/Hevetia*), r.o. 3.5; HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273, *NJ* 2017/486 (*X/Goudse*), r.o. 3.3.2. Zie ook de strenge houding van de Hoge Raad ten aanzien van de motivering die vereist is als een instantie negatieve ontwikkelingen in het leven van het slachtoffer wil aannemen: HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3397, *NJ* 2016/138, m.nt. S.D. Lindenberg (*Jerrycan*).

54 Akkermans 2000, p. 118-119.

55 HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, *NJ* 1998/624 (*Vehof-Vasters/Hevetia*), r.o. 3.5; HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273, *NJ* 2017/115, r.o. 3.3.2. Zie bijv. Rb. Overijssel 24 december 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6670; Rb. Gelderland 21 november 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5398, *JA* 2019/24, m.nt. Klashorst; Rb. Gelderland 23 november 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5618, *JA* 2019/19, m.nt. J. de Clerck, r.o. 3.9.

56 Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 9 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4977, *JA* 2013/161, r.o. 2.2; Rb. Rotterdam 19 augustus 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6616, *JA* 2014/130, r.o. 4.4; Hof Arnhem-Leeuwarden 31 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2350, *JA* 2015/77, m.nt. J. Laumen-De Valk, r.o. 7.7; Hof Arnhem-Leeuwarden 14 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9996, r.o. 2.5; Rb. Zeeland-West-Brabant 9 juli 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:3178, *JA* 2019/139, r.o. 4.3; Rb. Gelderland 27 november 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5615, *JA* 2020/30, r.o. 3.9.

57 HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, *NJ* 2020/233, m.nt. S.D. Lindenberg (*Alphen aan den Rijn*).

hof redeneerde vrij vlug dat de politie zich op zulke alternatieve oorzaken niet kon beroepen.⁵⁸

De Hoge Raad laat het oordeel van het hof overeind, maar lijkt zich in die redenering niet helemaal te kunnen vinden: als de politie echt had kunnen aantonen dat zelfs bij afwijzing van de vergunning de aanslag alsnog zou zijn gepleegd, dan kan in principe geen causaal verband worden aangenomen. In dit geval had de politie echter onvoldoende concrete omstandigheden aangevoerd om tot die conclusie te komen, zodat de Hoge Raad cassatie op dit punt niet nodig achtte.⁵⁹ Daartoe acht de Hoge Raad redengevend dat

“[m]ede gelet op de aard van de door Politieregio HM geschonden norm (een veiligheidsnorm die vuurwapenbezit beoogt te voorkomen bij personen bij wie dat bezit niet verantwoord is (...)) (...) van de Politie deze onderbouwing van de betwisting van het *condicio sine qua non*-verband tussen het verloff en het schietincident [mocht] worden gevergd”.⁶⁰

De Hoge Raad lijkt hier niet zo ver te gaan dat dit een geval is waar de omkeringsregel toegepast had moeten worden, maar geeft duidelijk aan dat het soort norm (een veiligheidsnorm) een van de factoren is die een extra ‘betwistingsplicht’ op de gedaagde legt.

5.2.2.2 DE OMKERINGSREGEL

Maar zelfs met die versoepeling kan het zo zijn dat de eiser onevenredig veel moeite heeft een csqn-verband aan te tonen. Dat is met name onaanvaardbaar als een bepaalde norm tegen een bepaald gevaar beoogt te beschermen, die norm wordt geschonden én die schade zich vervolgens voordoet. In die gevallen staat de Hoge Raad dan ook een vermoeden van causaal verband toe.⁶¹ Hoewel deze regel het best te zien is als een geval waarin de Hoge Raad de in artikel 150 Rv genoemde billijkheidsoverwegingen heeft gefixeerd, mag niet uit het oog worden verloren dat het de geschonden norm zelf is die toepassing van deze ‘omkeringsregel’ mogelijk maakt. Als een norm nu net beoogt te beschermen tegen bepaalde risico’s en die risico’s zich bij schending dan ook nog eens verwezenlijken, dan is het wel erg cru om het slachtoffer (dat vaak minder kennis van zaken heeft) met een nagenoeg onmogelijke bewijsopdracht te laten zitten.⁶²

Dit is een voorbeeld van een geval waarin de norm via de billijkheid een vrij dwingende invloed heeft. Vanwege het uitzonderingskarakter was al duidelijk dat de regel niet in alle gevallen *mag* worden toegepast.⁶³ In *Reaal/ATF* maakt de Hoge Raad echter duidelijk dat de regel bij het voldoen aan de vereisten ook *moet*

58 Het hof verwijst naar *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 340. Geheel overtuigend is dat niet. In die passage verwijst Meijers namelijk naar het geval waarin iemand door onrechtmatige executie is gedood en elk van de schoten voldoende was om de dood te doen intreden. In zo’n geval mag de veroorzaker van de eerste gebeurtenis zich niet verweren met de stelling dat de schade toch wel zou zijn ingetreden. Dat is nadrukkelijk anders in Alphen, waar het gaat om een *mogelijke* ontwikkeling in het hypothetische scenario zonder onrechtmatige daad.

59 HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, NJ 2020/233, m.nt. S.D. Lindenberg (Alphen aan den Rijn), r.o. 3.2.2.

60 *Ibid.*

61 HR 16 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0045, NJ 1991/55, r.o. 3.3; HR 26 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1976, NJ 1996/607, m.nt. W.M. Kleijn (*Dicky Trading II*), r.o. 3.3; HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1299, NJ 2004/307, m.nt. W.D.H. Asser (*Slapende patiënt*), r.o. 3.3.

62 Zie ook Lindenberg 2007, p. 20-21.

63 HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1299, NJ 2004/307, m.nt. W.D.H. Asser (*Slapende patiënt*), r.o. 3.3.

worden toegepast.⁶⁴ Het ging in die zaak om het volgende. De verzekerde heeft een soldeermachine bij ATF aangeschaft en stelt die net iets anders in dan voorgeschreven. Bij de derde keer gebruik is de machine in brand gevlogen en zijn het bedrijfspand en de bovenliggende woning afgebrand. Het geschil spitst zich toe op de vraag of de brand het gevolg is geweest van de bedieningsfout van de gebruiker of – zoals Reaal stelt – het feit dat de verwarmingselementen en het ‘fluxbad’ – flux is de vloeistof die solderen eenvoudiger maakt – niet conform Europese richtlijnen van elkaar zijn gescheiden.⁶⁵ Het hof acht het aannemelijk dat de schade het gevolg is geweest van de bedieningsfout en daarmee is de kous wat hem betreft af.⁶⁶

De Hoge Raad is het daar niet helemaal mee eens. Hij honoreert onder andere de rechtsklacht dat het hof de omkeringsregel ten onrechte niet heeft toegepast.⁶⁷ Daarbij wijst hij erop dat het hier ging om een productveiligheidsnorm die beoogde te beschermen tegen een specifiek gevaar (namelijk interne ontploffing), dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt. Vervolgens overweegt hij dat het hof

“[b]ij die stand van zaken (...), als er nog onzekerheid bestond over het condicio sine qua non-verband tussen de schending van de norm en de schade, de omkeringsregel [had] dienen toe te passen”.⁶⁸ (cursivering WThN)

Ondanks het billijkheidskarakter van deze regel – en anders dan bij de versoepeling van de bewijslast voor slachtoffers ten aanzien van het hypothetische scenario in het algemeen – is dit billijkheidsoordeel dus gefixeerd en oefent de norm een vrij dwingende invloed uit op hoe billijkheidsoverwegingen moeten worden vormgegeven.

5.2.3 Een reeks aan normatieve overwegingen

Kortom: hoewel het csqn-verband een vrij klinische exercitie lijkt die weinig met normatieve overwegingen te maken heeft kan zij er in werkelijkheid niet van loskomen. De reden lijkt simpel; juristen zoeken niet naar causale verbanden omdat ze geïnteresseerd zijn in wetenschappelijke oorzaken, maar omdat ze geïnteresseerd zijn in verantwoordelijkheden. In de meer eenvoudige casus, zoals die van brandstichting of mishandeling, komen die twee goed overeen. Natuurlijk geldt strikt genomen ook dan dat meerdere oorzaken csqn voor de schade zijn – als ik niet thuis was geweest toen mijn buurman brandstichtte in ons appartementencomplex had ik geen letselschade geleden – maar de toets van het wegdenken is daar eenvoudig toe te passen.

Zodra de casus complexer wordt, wordt het echter lastiger. Dan wordt het belangrijker wat er in afwezigheid van de normschending zou zijn gebeurd. Uit-

64 HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:27, NJ 2020/45 (Reaal/ATF).

65 Reaal beroept zich daartoe op verschillende deskundigenrapporten, zie Hof 's-Hertogenbosch 31 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1144, r.o. 2.2.1.

66 Hof 's-Hertogenbosch 3 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2814, r.o. 9.3. Op zichzelf is dit al een vreemde benadering. Het ligt meer voor de hand eerst vast te stellen of sprake is van een normschending en daarna na te gaan wat de situatie was geweest als die normschending niet had plaatsgevonden, zie § 5.2.1.

67 HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:27, NJ 2020/45 (Reaal/ATF), r.o. 3.2.3 voor de motiveringsklacht en r.o. 3.3 voor de rechtsklacht.

68 HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:27, NJ 2020/45 (Reaal/ATF), r.o. 3.3.

gangspunt van de Hoge Raad is dat voor een normschendend handelen een normconform doen in de plaats moet worden gedacht. Het is niet toegestaan om in de plaats van de ene normschending een andere normschending te denken, zodat de norm zelf de ondergrens dicteert. Ten onrechte laat de Hoge Raad geen verdere doorwerking toe: de gedaagde moet de eiser altijd vergoeden wat hij ‘in natura’ had moeten bieden bij normconform handelen, maar meer ook niet.

Voor zover de eiser buiten die gevallen om moeite heeft om aan te tonen wat in afwezigheid van de normschending zou zijn gebeurd schiet de billijkheid hem op verschillende manieren te hulp. Hoewel het hier niet gaat om een directe doorwerking van de geschonden norm zoals bij de bepaling van de ‘ondergrens’ van het hypothetische scenario, is de strekking van de norm wel degelijk van grote invloed op de vaststelling van wat schade is. De norm biedt namelijk wel informatie ten aanzien van de vraag of het leerstuk voor toepassing in aanmerking komt of niet. Hoewel het hier dus nadrukkelijk gaat om billijkheidsoverwegingen, is de norm voor de invulling daarvan niet betekenisloos. Een vergelijkbare invloed van de norm is te zien bij de meer normatieve causaliteitsleerstukken.

5.3 De norm en de normatieve causaliteitsleerstukken

Nadat het csqn-verband is vastgesteld, ontstaat naar de heersende opvatting pas meer ruimte voor normatieve overwegingen.⁶⁹ Met ‘normatieve’ overwegingen wordt dan vaak bedoeld op overwegingen die ‘extern’ zijn aan de norm, zoals de mate van schuld, de aard van het letsel of de afstand tussen schade en fout. Ook hier geldt echter dat sommige overwegingen direct zijn verbonden met de geschonden norm (§ 5.3.1), terwijl andere een sterkere band met de billijkheid hebben, zodat de norm alleen een richtingwijzende functie heeft (§ 5.3.2).

5.3.1 Het relativiteitsvereiste

5.3.1.1 DE RELATIVITEIT ALS CENTRAAL MECHANISME VOOR NORM-VOORTZETTING

Het vereiste van relativiteit komt erop neer dat een schadevergoedingsvordering alleen kan slagen voor zover de geschonden norm *deze* eiser beschermde tegen *deze* schade, geleden op *deze* wijze.⁷⁰ De gedachte die daarachter zit, is dat een normatief verband gevonden moet worden tussen de schade van de eiser en het gedrag van de gedaagde, en dat een enkel csqn-verband daartoe onvoldoende is.⁷¹ Dat zou men kunnen zoeken in het algemene streven om aansprakelijkheid in te dammen,⁷² maar de vraag is wat we daaraan hebben. Natuurlijk heeft het leerstuk wel een indammend *effect*, maar als ratio van het leerstuk brengt het ons weinig verder. Het probleem van die benadering is namelijk dat er geen enkele sturende

69 Al was het maar omdat zij, anders dan art. 6:163 en 6:162 lid 1 BW, geplaatst zijn in de algemene schadevergoedingsafdeling Afdeling 6.1.10 BW.

70 HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, *NJ* 2006/281, m.nt. Jac. Hijma (*Duwbak Linda*), r.o. 3.4.1.

71 Zie bijv. Den Hollander 2016, p. 67-71; Lindenbergh 2007, p. 9-14.

72 Zie bijv. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/129; Jansen, in *GS Onrechtmatige daad*, par. 1.1.4; Di Bella 2014, p. 126-134; J.B.M. Vranken, annotatie bij HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, *NJ* 2008/576 (*Iraanse Vluchteling*), par. 7.

werking vanuit gaat. In deze benadering heeft men kennelijk al besloten wanneer aansprakelijkheid ‘te ver’ gaat en is het relativiteitsvereiste alleen maar een toverspreuk die de rechter toestaat zijn reeds bereikte conclusie rechtvaardigen. Daarmee wordt er niet uitgehaald wat erin zit: het vereiste heeft meer te bieden dan dat.

De veroordeling tot vergoeding van schade is een uitzondering op het beginsel dat ieder zijn eigen schade draagt. Voor het aannemen van zo’n uitzondering is wel een goede reden nodig. In eenvoudige gevallen volstaat dat een norm toerekenbaar is geschonden en dat dit tot schade heeft geleid. Als ik uw auto in brand steek en hij volledig afbrandt, ben ik verplicht de waarde van de auto aan u te vergoeden. Naarmate de casus complexer worden volstaat deze redenering echter niet meer. Een normschending kan immers *condicio sine qua non* zijn voor heel veel omstandigheden, zonder dat het gepast zou zijn daar juridische verantwoordelijkheid voor de normschender aan te verbinden. De relativiteitsgedachte is een van de leerstukken die kan helpen bij het afbakenen van de grenzen van verantwoordelijkheid, doordat ze de rechter dwingt nadrukkelijk te onderzoeken wat precies de strekking van de norm was om zo te bepalen welke verantwoordelijkheid gepaard gaat met schending daarvan. Twee voorbeelden kunnen dat verduidelijken.

Een eerste voorbeeld is het arrest *Bedrijfsvereniging/Van den Akker*.⁷³ In dat geval ging het om een bestuurder van een busje die onzorgvuldig reed en zo een aanrijding veroorzaakte. Buiten zijn weten om was er iemand in de laadruimte gekropen. Door de aanrijding leed ook deze ‘passagier’ schade. De Hoge Raad oordeelde dat de zorgplicht van de chauffeur niet strekte tot bescherming van de belangen van de verstekeling, omdat de chauffeur niet op diens aanwezigheid bedacht hoefde te zijn. Waar de ‘gewone’ passagiers er aanspraak op konden maken dat de chauffeur voor hun veiligheid zou waken, gold dat niet voor de verstekeling.⁷⁴ Dat strookt met een redelijke verdeling van verantwoordelijkheden, want anders zou de verstekeling de zorg voor zijn veiligheid zomaar aan de chauffeur kunnen opdringen zonder dat die ergens van op de hoogte was. Op deze manier brengt de Hoge Raad de remedie strak in lijn met de onderliggende norm. Hij hanteert hier, met andere woorden, niet zomaar een correctiemechanisme achteraf; hij zegt iets heel fundamenteels over hoe ver de zorg van de één voor de ander reikt.

Een iets complexer voorbeeld is het arrest *Nabbe/Staalbankiers*.⁷⁵ Nabbe belege de zijn privé-vermogen bij Staalbankiers. Toen hij op een gegeven moment grootschalige verliezen leed, sprak hij Staalbankiers aan tot schadevergoeding omdat Staalbankiers de op haar rustende saldi- en marginbewakingsplicht⁷⁶ zou hebben geschonden door transacties uit te voeren terwijl er margin- en dekkingskortingen bestonden.⁷⁷ Hof en Hoge Raad oordeelden dat het doel van die bewakingsplicht niet was om te voorkomen dat de belegger schade lijdt die hij niet wil of kan dragen. De plicht strekt ertoe te beschermen tegen het onverwacht moeten

73 HR 27 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4748, NJ 1984/536, m.nt. Van der Grinten (*Bedrijfsvereniging/Van den Akker*).

74 *Ibid.*

75 HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7320, NJ 2010/67, m.nt. M.R. Mok (*Nabbe/Staalbankiers*).

76 Art. 28 lid 2 t/m 4 Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999.

77 *Ibid.* r.o. 3.1.

bijstorten als gevolg van de schending van die bewakingsplicht, niet tegen verliezen in het algemeen.⁷⁸ Dat was hier nooit gebeurd en dus moest de vordering van Nabbe worden afgewezen. Dat oordeel past goed bij de aard van de verhouding tussen Nabbe en zijn bank. Wie belegt, kan zijn geld kwijtraken. Natuurlijk heeft een bank wel een bijzondere zorgplicht jegens haar klanten – zij weten immers vaak veel minder van de gevaren van financiële transacties dan een bank – maar dat betekent nog niet dat de bankrelatie direct alle risico's op de bank doet overgaan. De cruciale vraag is steeds welke verantwoordelijkheid er bij een concrete normschending past. En in dit geval gaf de norm geen aanleiding te oordelen dat de risico's voor de rekening van bank kwamen.

5.3.1.2 RELATIVITEIT EN RECHTSZEKERHEID

Maar het relativiteitsvereiste heeft ook iets abstracts en dat maakt haar kwetsbaar voor de kritiek dat zij vaag is en dat rechters haar als een toverspreuk kunnen inzetten en dat ook naar hartelust doen. Een voorbeeld daarvan zou het arrest *Cijsouw/De Schelde* kunnen zijn.⁷⁹ In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat een door een werkgever in de jaren '60 geschonden veiligheidsnorm strekte tot bescherming tegen de gevaren van asbest, ook als de specifieke vorm daarvan – een mesothelioom in dit geval – in de jaren '60 nog niet bekend was.⁸⁰ Dat is een lastig in te passen oordeel: zelfs als we accepteren dat relativiteit altijd een contextgebonden interpretatie is,⁸¹ dan nog blijft de vraag bestaan hoe een norm kan beschermen tegen een onbekende schadepost. Dat lijkt op het eerste gezicht niet bepaald gunstig voor de rechtszekerheid en zet het argument dat het relativiteitsvereiste uiteindelijk een juridische toverspreuk is kracht bij. Toch denk ik dat het bij nader inzien wel meevalt.

Rechtszekerheid wordt niet alleen bereikt als uitkomsten steeds perfect kunnen worden voorspeld, maar ook door duidelijk te maken waarover de discussie zal moeten gaan.⁸² In dit geval ging het om een zorgplicht van een werkgever tot bescherming tegen de tot dan toe bekende, ernstige gevolgen van blootstelling aan asbest.⁸³ Dat daar achteraf een ander, minstens zo ernstig gevolg aan kon worden toegevoegd verandert aan de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de partijen niet zoveel.⁸⁴ De aandoeningen zijn zeer vergelijkbaar, dus de hoogte en de reden van de schadevergoeding wijzigen niet veel.⁸⁵ Met andere woorden, ondanks het feit dat *deze* schade niet kon worden voorzien, kan moeilijk gezegd

⁷⁸ *Ibid.* r.o. 3.2.

⁷⁹ HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, NJ 1993/686, m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw/De Schelde*).

⁸⁰ HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, NJ 1993/686, m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw/De Schelde*), r.o. 3.6.

⁸¹ Den Hollander 2016, p. 118-121; Lankhorst 1992, p. 117 e.v.; Jac. Hijma, annotatie bij HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006/281 (*Duwbak Linda*), onder 4.

⁸² Zie bijv. Pels Rijcken 1978; Drion 1981; Berteau 2008, p. 34 e.v.; Aarnio, Alexy & Peczenik 1981, p. 133-158, 259-273 en 423-448. Zie hiervoor § 1.2.2.

⁸³ Aangenomen werd dat voor de Tweede Wereldoorlog bekend was dat blootstelling aan asbest kon leiden tot asbestose en dat in de jaren '50 bekend was dat zulke blootstelling kon leiden tot longkanker. Het mesothelioom zelf was nieuw, maar was voor wat betreft de ernst en aard te vergelijken met de andere schadeposten. Zie HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, NJ 1993/686, m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw/De Schelde*), r.o. 3.4.

⁸⁴ Vgl. ook Van der Kooij 2019, p. 267.

⁸⁵ Het argument dat deze manier van werking onzekerheid zou creëren is bovendien wat cynisch, aangezien de rechtszekerheid dan gebruikt wordt om te zeggen dat een werknemer in zou moeten kunnen calculeren of ook *deze* specifieke ziekte zich voor zou doen. Dat gaat voorbij aan het feit dat ook voor deze werkgever duidelijk was dat hij maatregelen had moeten nemen om zijn werknemers te beschermen tegen ernstige aandoeningen. De precieze medische duiding doet er dan niet zoveel toe.

worden dat de werkgever geconfronteerd werd met een nieuw soort verantwoordelijkheid. Dit punt kan beter worden geïllustreerd door de arresten *Alphen aan den Rijn* en *Duwbak Linda* te contrasteren.

De relativiteitsvraag in *Alphen aan den Rijn* kwam erop neer of de zorgvuldigheidsnormen die in acht moeten worden genomen bij de verlening van een wapenverlof behalve tot bescherming van de algemene veiligheid ook strekken tot bescherming van individuele belangen. De Hoge Raad overwoog dat:

“3.1.6 Uit [het systeem en totstandkoming van de Wet Wapens en Munitie] volgt dat verlof uitlopend kan worden verleend, verlengd en van kracht kan blijven als, kort gezegd, duidelijk is dat dit gelet op de veiligheid verantwoord is. De bestaansgrond van dit stringente stelsel is gelegen in de risico's die zijn verbonden aan het voorhanden hebben van vuurwapens. Gelet op deze bestaansgrond moet worden aangenomen dat de hiervoor in 3.1.4 genoemde regels niet alleen beogen de veiligheid van de samenleving in algemene zin te bevorderen – zoals het geval was met betrekking tot de regels die aan de orde waren in het hiervoor in voetnoot 3 genoemde arrest *Duwbak Linda* –, maar ook om te voorkomen dat individuele burgers het slachtoffer worden van vuurwapenbezit dat niet verantwoord is in de hier bedoelde zin. Verlofverlening in een geval waarin duidelijk was of had moeten zijn dat het verlof niet verantwoord was, is daarom onrechtmatig jegens slachtoffers van het daardoor mogelijk gemaakte vuurwapengebruik.”⁸⁶

Uit het systeem van de Wet Wapens en Munitie leidt hij hier het doel van bescherming van individuele belangen af. Later overweegt hij zelfs dat denkbaar is dat individuele *vermogensschade* van winkeliers die omzet zijn misgelopen voor vergoeding in aanmerking zou kunnen komen.⁸⁷ Dat doet hij in het kader van de leer van de redelijke toerekening, maar daar gaat de implicatie vanuit dat in ieder geval denkbaar is dat ook die schade de relativiteitstoets kan doorstaan.

In *Duwbak Linda* draaide het om de vraag of de in acht te nemen zorgvuldigheid bij het verlenen van certificaten voor de binnenvaart strekte tot bescherming van vermogensbelangen van derden. Het draaide in dat geval om ene Van Hasselt, wiens schip en zandinstallaties beschadigd waren geraakt als gevolg van het kapseizen en zinken van de slecht onderhouden duwbak “Linda”. Hij vorderde onder meer vergoeding van de Staat (die het certificaat verleend had) en het onderzoeksbureau (op wiens onderzoek de Staat zijn beslissing baseerde). De Hoge Raad oordeelde dat de in acht te nemen zorgvuldigheid er niet toe strekte de vermogensbelangen van derden te beschermen. In navolging van het hof oordeelde hij dat deze norm weliswaar strekte tot bescherming van het algemeen belang, maar niet tot bescherming van individuele vermogensbelangen.⁸⁸ Uit het systeem van de relevante regelgeving kon niet worden afgeleid dat de Staat en het onderzoeksbureau verantwoordelijk waren geworden voor de veiligheid van het schip zelf; die verantwoordelijkheid lag nog altijd bij de eigenaar van de duwbak.⁸⁹

De cynicus zal zeggen dat niet viel te voorspellen dat de norm in *Alphen* zich wel uitstrekt tot individuele vermogensbelangen, maar de norm in *Duwbak Linda* niet. Draait het immers niet in beide gevallen om ‘certificeringen ten behoeve

86 HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, NJ 2020/233, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Alphen aan den Rijn*), r.o. 3.1.6.

87 *Ibid.* r.o. 4.2.1-4.2.3.

88 HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006/281, m.nt. Jac. Hijma (*Duwbak Linda*), r.o. 3.4.2.

89 *Ibid.* r.o. 3.4.3.

van de algemene veiligheid' waarvoor de Staat verantwoordelijk was? Op zichzelf is dat juist, maar daarmee wordt de materie wel erg 'platgeslagen'. De op de politie rustende norm strekt ertoe gevaarlijke individuen geen toegang tot wapens te verschaffen en zo te voorkomen dat zij ernstige schade aanrichten. Daar hoort een hoge mate van verantwoordelijkheid bij: de gevaren zijn groot en van de politie mag worden verwacht dat zij zorg draagt voor de algemene veiligheid. De certificaatverlening in *Duwbak Linda* is er daarentegen veel meer op gericht om scheepseigenaren te stimuleren onderhoud te verrichten teneinde de scheepvaart veilig te houden. De verantwoordelijkheid voor degelijk onderhoud blijft hier liggen bij de scheepseigenaren. Zelfs als in algemene zin bedoeld is om met de certificeringsplicht de veiligheid van de scheepvaart te bevorderen, dan nog is niet gezegd dat de Staat ook verantwoordelijk wordt voor de belangen van iedere scheepvaartsdeelnemer.⁹⁰ Anders dan in *Alphen* is de certificeringsplicht er niet om te garanderen dat alleen uitermate zorgvuldige scheepseigenaren mogen deelnemen aan de scheepvaart.

Op deze manier creëert de meer algemene relativiteitsgedachte dus wel degelijk een vorm van zekerheid bij toepassing van het relativiteitsvereiste. Natuurlijk vereist het een uitgebreide analyse en zullen uiteindelijk keuzes moeten worden gemaakt waarvan de uitkomst niet helemaal te voorspellen is, maar doordat duidelijk is dat moet worden gezocht naar de strekking van de norm wordt duidelijk dat partijen hun pijlen moeten richten op de mate van verantwoordelijkheid die de geschonden norm impliceert. Dat is lastig in een mechaniek te duwen waarbij steeds vooraf volledig duidelijk is welke shadesoort wel en welke shadesoort niet voor vergoeding in aanmerking komt, maar dat maakt het systeem niet onzeker. Het is voor partijen namelijk wel duidelijk waarover zij debat zullen moeten voeren. Dat tussenkomen van de rechter voor beslechting nodig is en dat de uitkomst van die beslechting vooraf niet valt te voorspellen hoeft niet problematisch te zijn. De norm biedt namelijk al heel veel informatie over langs welke lijnen dat debat zal moeten verlopen. Ook dat is een vorm van zekerheid.

5.3.2 *Redelijke toerekening*

De leer van de redelijke toerekening wordt traditioneel gezien als een multifactorbenadering die plaatsvindt nadat een csqn-verband is vastgesteld.⁹¹ Op een schaal van direct op de materiële norm gestoelde normatieve overwegingen tot door de billijkheid ingegeven overwegingen lijkt deze toets zich sterk richting die laatste te bewegen. Voor een deel van de in de praktijk gehanteerde factoren kan ook moeilijk gezegd worden dat ze iets met de geschonden norm te maken

90 Annotator Hijma schrijft treffend: "Naar mijn gevoel heeft hetgeen de Hoge Raad hier 'algemene norm' noemt nauwelijks het karakter van een norm, maar veeleer dat van een algemeen, op macroniveau geformuleerd, doel: bevordering van de veiligheid te water. Dit algemene doel geeft het speelveld aan, maar verschaft daarbinnen weinig houvast. Echt houvast kan pas ontstaan op microniveau, d.w.z. op dat van de wettelijke regeling waarin de litigieuze gedragsnorm is neergelegd (in casu het certificaat- en inspectiestelsel). Op dat lagere niveau immers zal het algemene doel normaliter niet over de volle breedte worden gediend of nagestreefd; veelal zal een toespitsing aan de orde zijn, aan de hand waarvan de strekking van de uiteindelijk geformuleerde norm (mede) gestalte krijgt. De Raad kan dan ook gevoeglijk worden gevolgd, waar hij het algemene niveau passeert en doorstoot naar dat der specifieke wetgeving." Zie Jac. Hijma, annotatie bij HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006/281 (*Duwbak Linda*), onder 6.

91 Zie daarover Holthuijsen-van der Kop 2015, p. 520.

hebben. Tegelijkertijd kan de geschonden norm informatie verschaffen over hoe dat leerstuk moet worden toegepast.

Net als het relativiteitsvereiste brengt de leer van de redelijke toerekening enige nuance aan op de botte bijl van het csqn-verband. In de zoektocht naar verantwoordelijkheidsverdeling werd al snel duidelijk dat sommige schade zo weinig met de normschending te maken had, dat toerekening niet meer redelijk leek. Aanvankelijk was daarvoor het criterium dat alleen ‘redelijkerwijze te verwachten’ of ‘voorzienbare’ schade voor vergoeding in aanmerking kwam,⁹² maar in de loop van de 20^e eeuw werd dat leerstuk ontwikkeld tot het leerstuk van ‘redelijke toerekening’⁹³ waarbij ruimte was voor weging van een veelheid aan factoren.⁹⁴ De belangrijkste factoren bij de redelijke toerekening zijn: de waarschijnlijkheid van het gevolg, de mate van verwijdering van de gebeurtenis, de aard van de norm, de aard van de schade, de mate van schuld en de processuele houding van partijen.⁹⁵

Voordeel van de aanvaarding van deze multifactorbenadering is dat dit soort overwegingen nu expliciet door de rechter worden benoemd.⁹⁶ De kritiek in de literatuur is evenwel dat de rechter niet altijd alle factoren afloopt, zodat vooraf niet altijd duidelijk is welke factor de doorslag zal geven.⁹⁷ Hoewel het in abstracto inderdaad vreemd klinkt om de ene factor een prominenter rol te geven dan de andere,⁹⁸ kan dat in de praktijk wel meevallen. Bekeken vanuit de geschonden norm is het vaak juist heel voor de hand liggend dat de ene of de andere factor voorrang wordt gegeven.⁹⁹ Een paar voorbeelden kunnen dat verduidelijken.

92 HR 3 februari 1927, ECLI:NL:HR:1927:183, *NJ* 1927, p. 636, m.nt. E.M. Meijers (*Ligterink/Haagsche Post*).

93 Asser/Sieburgh 6-II 2017/56. Kritiek op de zogeheten adequatieleer kwam vooral van Bloembergen en Köster, die meenden dat het leerstuk was verworpen tot een toverspreuk, waarachter allerlei beleidsoverwegingen konden schuilgaan, zonder dat de rechter ze expliciet hoefde te maken. Zie Köster 1962; Bloembergen 1965, p. 165-168.

94 Nu gecodificeerd in art. 6:98 BW dat bepaalt: “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.” Daarmee zijn slechts twee ‘factoren’ of ‘beleidsoverwegingen’ genoemd die een rol kunnen spelen bij invullen van die toets, maar er zijn er meer. In de praktijk wordt nog steeds veelal gebruik gemaakt van de deelregels die Brunner in 1981 afleidde uit de rechtspraak van de Hoge Raad (zie Brunner 1981a, p. 213-216; Brunner 1981b, p. 234). In de rechtspraak in de vier decennia die inmiddels verstreken zijn, is slechts een criterium toegevoegd, namelijk dat van het gedrag van partijen tijdens de procedure (zie HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4606, *NJ* 2005/168, m.nt. W.D.H. Asser (*Belien/Noord-Brabant*), r.o. 4.3.3. In het verleden is wel gedacht dat het ‘met de normschending geschapen risico’ onder art. 6:98 BW moest worden geschaard, maar inmiddels lijkt het beter deze overweging te zien als een uiting van de in art. 150 Rv vervatte billijkheidstoets. Zie HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7345, *NJ* 2004/304 (*TFS c.s./Nederlandse Spoorwegen c.s.*), r.o. 3.5.3; HR 29 november, ECLI:NL:HR:2002:AE7351, *NJ* 2004/305, m.nt. W.D.H. Asser (*Kastelijn/Gemeente Achtkarspelen*), r.o. 3.6. Zie ook hiervoor § 5.3.2.

95 Brunner 1981a, p. 211-212; Brunner 1981b, p. 234; Dijkshoorn 2011, p. 258-259; Holthuijsen-van der Kop 2015, p. 520-526.

96 Geheel conform de hoop van Bloembergen (zie Bloembergen 1965, p. 179) worden factoren vaak expliciet genoemd. Zie bijv. HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, *NJ* 2020/233, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Alphen aan den Rijn*), r.o. 3.3.2 (aard van de norm); HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391, m.nt. J. Spier (*Aardbevingsschade Groningen I*), r.o. 2.4.4. (aard van de norm); HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2895, *NJ* 2014/429 (*Swinkels/Saint-Gobain*), r.o. 3.5. (voorzienbaarheid en mate van verwijdering van ongeval); HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2935, *NJ* 2011/191 (*Bouwcombinatie/Liander*), r.o. 3.4.4 (voorzienbaarheid); HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2310, *NJ* 2011/139 (*Hoogheemraadschap Rijnland*), r.o. 3.6.6. (mate van schuld). Niet relevant acht de Hoge Raad de gestelde onzelfzuchtigheid van de gedaagde, zie HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:214, *NJ* 2018/115 (*Avi Cranes/X*), r.o. 4.2.3.

97 Deze kritiek levert bijvoorbeeld Dijkshoorn, die de recente ontwikkeling waarin vaker een beroep wordt gedaan op andere factoren dan de aard van het risico waartegen de norm beschermde toejuicht en pleit voor een explicietere weging van verschillende factoren. Zie Dijkshoorn 2011, p. 267-268.

98 Dat heeft de wetgever nu juist willen voorkomen, zie MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 344.

99 Vgl. het betoog van Lindenbergh, Lindenbergh 2007 p. 25-26.

Een goed startpunt is het arrest *Versluis/Ziekenzorg*.¹⁰⁰ In dat arrest draaide het om de schadevergoedingsvordering van een vader die fysiek en psychisch was ingestort als gevolg van de onheuse bejegening van het ziekenhuis en de artsen richting zijn dochter. De Hoge Raad oordeelde dat de artsen en het ziekenhuis inderdaad niet altijd hadden gecommuniceerd zoals zij hadden moeten doen, maar dat dat nog niet maakte dat de schade die de vader als gevolg hiervan leed zonder meer aan de artsen en het ziekenhuis konden worden toegerekend. De reden die hij daarvoor gaf, was dat de norm die door het ziekenhuis was geschonden geen verkeers- of veiligheidsnorm betrof.¹⁰¹

De vraag die bij die uitkomst gesteld kan worden is waarom het feit dat het hier om psychische letselschade aan de zijde van de vader ging niet maakte dat hier toch moest worden toegerekend. Binnen een echte multifactorbenadering zouden de aard van de norm en de aard van de schade immers naast elkaar moeten worden gezet en dan tegen elkaar moeten worden gewogen. Bekijken we dezelfde kwestie echter vanuit de norm en welke verantwoordelijkheidsverdeling daarin besloten ligt, dan is het helemaal niet zo'n vreemde conclusie. De norm dat een arts zijn patiënten goed moet informeren en degelijk moet bejegenen heeft – of had, want ik kan me voorstellen dat de rechtsovertuiging veranderd is – niet als strekking om de bij de behandeling betrokken vader van de patiënt te beschermen tegen psychisch onbehagen. Veeleer draait die norm erom dat de patiënt in staat wordt gesteld de procedure te volgen en daarover zelf te blijven beschikken. Vanuit dat perspectief ligt vergoeding van de schade van de vader helemaal niet zo voor de hand. Was het daarentegen gegaan om een norm die juist tegen dit soort letselschade beoogt te beschermen – een norm die vandaag de dag wellicht eenvoudiger zal worden aangenomen – dan zou toerekening veel meer voor de hand hebben gelegen.¹⁰²

Zo bezien is zelfs de factor van de voorzienbaarheid in sommige gevallen juist heel passend.¹⁰³ Als de norm strekt tot voorkoming van voorzienbare schade, dan zou de schending daarvan niet moeten leiden tot een verplichting tot vergoeding van onvoorzienbare schade: bescherming daartegen bood de norm namelijk niet. Anders gezegd: de norm maakte de verplichte niet verantwoordelijk voor onvoorzienbare gevolgen. Dat was bijvoorbeeld het geval in *Bouwcombinatie/Liander*.¹⁰⁴ Paans had een aan Liander toebehorende kabel beschadigd met een zeven uur durende stroomstoring tot gevolg. Liander was verplicht vergoedingen te betalen aan netgebruikers en probeerde die nu te verhalen op Paans. Hof en Hoge Raad oordelen dat deze schade het voorzienbare gevolg was van de zaaksbeschadiging en – ondanks haar karakter van zuivere vermogensschade – als zodanig voor toerekening in aanmerking komt. De kritiek is hier dat alleen aandacht is besteed aan het voorzienbaarheids criterium en niet aan bijvoorbeeld de aard van de schade, maar gelet op de geschonden norm is dat juist heel voor de hand liggend. De norm bestaat om voorzienbare schade te voorkomen; vanzelf-

100 HR 2 november 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7349, NJ 1980/77, m.nt. G.J. Scholten (*Versluis/Ziekenzorg*).

101 *Ibid.*

102 En als die norm tegen specifieke schade beoogt te beschermen en die schade zich verwezenlijkt, dan doet zelfs de omkeringsregel opgeld, zie HR 16 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0045, NJ 1991/55, r.o. 3.3; HR 26 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1976, NJ 1996/607, m.nt. W.M. Kleijn (*Dicky Trading II*), r.o. 3.3; HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1299, NJ 2004/307, m.nt. W.D.H. Asser (*Slapende patiënt*).

103 Dijkshoorn 2011. Zie ook de kritiek van Van der Kooij 2019, p. 126 e.v.

104 HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2935, NJ 2011/191 (*Bouwcombinatie/Liander*).

sprekend brengt schending van die norm een verantwoordelijkheid voor voorzienbare schades met zich mee.

Dit betoog moet niet verkeerd worden begrepen. Ik bedoel niet te betogen dat ‘de aard van de aansprakelijkheid’ de centrale factor zou moeten worden. Sterker nog, dat zou op zichzelf weer een veel te botte bijl zijn. Wie zich alleen op die factor zou richten zou bijvoorbeeld kunnen denken dat bij de kwalitatieve aansprakelijkheden steeds dezelfde mate van toerekening gepast is. Uit de arresten *Amercentrale*¹⁰⁵ en *Frieslandhallen*¹⁰⁶ blijkt echter het tegenovergestelde. In het *Amercentrale*-arrest overwoog de Hoge Raad dat in geval van aansprakelijkheid op grond van artikel 1405 BW (oud) voor het instorten van een opslagtank met als gevolg dat olie uitstroomde, moest worden beperkt tot de ‘typische gevolgen’ van de instorting.¹⁰⁷ In *Frieslandhallen* overwoog hij daarentegen dat de ‘gewone’ voorzienbaarheid de doorslag kon geven bij de vraag of de door een brand opgelopen vermogensschade van ondernemers in de Frieslandhallen kon worden toegerekend aan de ouders van kinderen die de brand hadden aangestoken.¹⁰⁸

Deze arresten illustreren dat zelfs als de ‘aard van de aansprakelijkheid’ gelijk is – het ging immers in beide gevallen om kwalitatieve aansprakelijkheden – toch verschillende toerekeningstoetsen kunnen worden aangelegd. Deze aansprakelijkheidsgronden zijn namelijk met hele andere redenen in het leven geroepen. De opstalaansprakelijkheid zoals die nu in artikel 6:174 BW is gecodificeerd is duidelijk opgenomen om verhaal van bepaald soort schade mogelijk te maken.¹⁰⁹ De regel dat toerekening beperkt is tot de typische gevolgen van de aansprakelijkheidsscheppende gebeurtenis past daar goed bij: de redenen die aan die vergoedingsnorm ten grondslag liggen geven daar aanleiding toe. In het geval van de in brand gestoken Frieslandhallen zijn de ouders echter kwalitatief aansprakelijk voor een schending van een zorgvuldigheidsnorm door hun kinderen. In dat geval kunnen de redenen die ten grondslag liggen aan de norm die op de kinderen rustte juist goed doorwerken in de kwalitatieve aansprakelijkheid van de ouders.¹¹⁰

Zo bezien kan de norm dus van dienst zijn bij het selecteren en invullen van de onder artikel 6:98 BW te wegen factoren. Een volledig voorspelbare of mechanische toets wordt het er niet van, maar deze redenering helpt wel te begrijpen waarom een bepaalde factor een zwaarder gewicht krijgt in een bepaald geval. De materieelrechtelijke verdeling van verantwoordelijkheden is een goede richtingwijzer voor hoe deze toets moet worden ingevuld. Dat betekent niet dat in het geheel geen ruimte is voor overwegingen die niets met de norm te maken hebben – factoren als de mate van schuld en de houding van procespartijen hebben daar

105 HR 13 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC3080, NJ 1975/509, m.nt. G.J. Scholten (*Amercentrale*).

106 HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5603, NJ 2008/262 (*Frieslandhallen*).

107 HR 13 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC3080, NJ 1975/509, m.nt. G.J. Scholten (*Amercentrale*).

108 HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5603, NJ 2008/262 (*Frieslandhallen*), r.o. 3.4.3.

109 Aansprakelijkheid op grond van art. 6:174 BW ontstaat wanneer de opstal een gevaar voor personen of zaken oplevert en dit zich verwezenlijkt. Zie ook TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 755.

110 Zie hierover nader § 9.4.3.2.

niets mee te maken¹¹¹ – maar wel dat het expliciteren van het verband tussen norm en toerekeningsfactoren de voorspelbaarheid ten goede zou komen.

5.4 Een normatieve causaliteitstoets

De orthodoxe benadering van het causaal verband bij de schadevergoeding wegens onrechtmatige daad is een disjunctieve, waarbij de vaststelling van het recht op schadevergoeding (de vestigingsfase) wordt losgekoppeld van de invulling van dat recht (de omvangsfase).¹¹² In die benadering is veel ruimte voor externe overwegingen van natuurwetenschappelijke (csqn) en beleidstechnische (toerekening) aard. De onderliggende norm zelf lijkt alleen een rol te spelen in de toepassing van het relativiteitsvereiste. Ten onrechte, want zo eenvoudig zijn die twee fases niet te scheiden.¹¹³ Sterker nog, het is ook niet verstandig die fases zo te scheiden, want iedere causaliteits-, relativiteits-, of toerekeningsvraag wordt uiteindelijk met hetzelfde doel gesteld: is er een goede reden om de gedaagde de schade van de eiser te laten vergoeden?

Beter zou het dan ook zijn om tot een integrale benadering van het causaal verband te komen, waarbij al deze toetsen steeds worden gericht naar wat de norm partijen beloofde. Daarvoor is niet vereist dat die leerstukken worden verlaten. Integendeel. Belangrijk is slechts dat de invloed van de norm explicieter wordt onderkend, zodat duidelijk wordt waarom een bepaalde toets wordt ingezet (§ 5.4.1). Anders dan gedacht zou kunnen worden staat die benadering niet op gespannen voet met de Nederlandse dogmatiek, maar sluit ze er juist nauw bij aan (§ 5.4.2), terwijl ze partijen wel meer zekerheid kan bieden over de vormgeving van de schadevergoeding (§ 5.5).

5.4.1 Een normcentrisch schadevergoedingsrecht

Het uitgangspunt van het aansprakelijkheidsrecht is dat ieder zijn eigen schade draagt. Wie schadevergoeding vordert probeert daar verandering in te brengen door een ander die schade te laten vergoeden. Het recht staat dat toe, maar eist daarvoor wel een goede reden. Een begin van die reden kan worden gevonden in overwegingen van distributieve rechtvaardigheid zoals het profijtbeginnel¹¹⁴ of in de schending van een gedragsnorm.¹¹⁵ Vervolgens moet een brug geslagen worden tussen die ‘reden voor aansprakelijkheid’ en de gevorderde schade. Vanwege het grote detail van de schadevergoedingsregels is het makkelijk over het hoofd te zien, maar alle in dit hoofdstuk besproken leerstukken vervullen uitein-

111 En de vraag kan gesteld worden of die factoren dan niet zouden moeten worden ondergebracht bij de figuur van *mitigating*, zoals Bloembergen betoogde (Bloembergen 1965, p. 186-187). Dat zou goed passen. De tekst van art. 6:109 BW luidt: “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, kan de rechter een wettelijke verplichting tot schadevergoeding matigen.” (Onderstreping WThN). In de Parlementaire Geschiedenis wordt nog gewezen op de geringe mate van schuld of de noodzaak snel te handelen, zie *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 404.

112 Asser/Sieburgh 6-II 2017/50.

113 Zie Klaassen 2017, p. 33.

114 Zoals bij de kwalitatieve aansprakelijkheden van Afdeling 6.2.2 BW.

115 Zoals bij de schuldaansprakelijkheden van Afdeling 6.2.1 BW, maar ook de reeks aan bijzondere aansprakelijkheden die door de boeken 6 en 7 BW verspreid liggen.

delijk die functie. Die invloed van de norm op de vormgeving van de schadevergoeding loopt van een vrij ‘harde’ of ‘directe’ invloed bij vaststelling van het csqn-verband en de relativiteit tot een meer ‘zachte’ of ‘indirecte’ invloed bij leerstukken als de bewijsvermoedens, de omkeringsregel en de redelijke toerekening.

De ‘harde’ of ‘directe’ invloed van de norm wordt het meest gevoeld bij de vaststelling van het csqn-verband en de toepassing van het relativiteitsvereiste. In die gevallen kan vanuit de norm vrij duidelijk worden afgeleid wat de kaders van aansprakelijkheid zijn. Bij de vaststelling van het csqn-verband wordt dat duidelijk doordat niet zozeer een onderzoek wordt ingesteld naar de natuurwetenschappelijke oorzaak van de schade,¹¹⁶ maar gevraagd wordt hoe de wereld eruit zou hebben gezien zonder de normschending.¹¹⁷ Dáár had de gerechtigde immers aanspraak op. Met wetenschappelijke causaliteit heeft dat eigenlijk weinig te maken. Bij de toepassing van het relativiteitsvereiste komt dat tot uitdrukking doordat de vraag gesteld wordt tegen welke schade deze norm nu eigenlijk beoogde te beschermen. In de meest gevallen kadert dat de aansprakelijkheid duidelijk in.

De invloed van de norm houdt daar evenwel niet op. Zowel bij de vaststelling van het causaal verband in de vestigingsfase als in de omvangsfase wordt een beroep gedaan op normatieve overwegingen. Hoewel de uitkomst van die overwegingen minder direct is af te leiden uit het scenario waar de norm de eiser recht op gaf, biedt de norm wel nuttige informatie over of een leerstuk voor toepassing in aanmerking komt en, zo ja, in hoeverre. Zo is de toepassing van de omkeringsregel en andere bewijsvermoedens een direct resultaat van de verantwoordelijkheidsverdeling die in de norm besloten ligt,¹¹⁸ kan de selectie van relevante factoren bij redelijke toerekening goed worden verklaard aan de hand van de strekking van de norm¹¹⁹ en kan in moeilijke gevallen ook de toepassing van het relativiteitsvereiste profiteren van deze ‘indirecte’ invloed van de norm.¹²⁰

Al deze leerstukken samen dienen ter beantwoording van dezelfde vraag: welke verantwoordelijkheidsverdeling is in dit concrete geval gepast? Om die vraag te kunnen beantwoorden moeten veel normatieve oordelen worden geveld. Om die analyse gestructureerd te houden is het verstandig daarbij te putten uit de aan de vordering ten grondslag gelegde norm. De geschonden norm is namelijk de belangrijkste bron van normatieve informatie en het zou een fout zijn die teveel te negeren. Vanuit dat opzicht valt toe te juichen dat de Hoge Raad in *Alphen aan den Rijn* bij de toepassing van de leer van de redelijke toerekening nadrukkelijk overweegt dat de *strekking* van die norm een ruime mate van toerekening rechtvaardigt,¹²¹ zodat letselschade eenvoudig kan worden toegerekend en zelfs

116 Zevenbergen wees er in 1917 al op dat dan een hele reeks aan omstandigheden aangewezen zou moeten worden. Zie Zevenbergen 1917, p. 33 e.v.

117 Zie bijv. HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, *NJ* 2016/291 (*Wevers/Hengelo*), r.o. 3.5.2; HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *NJ* 2017/62 (*UWT*), r.o. 3.4.4; HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:354, *NJ* 2019/409, m.nt. L.A.D. Keus (*Zuid-Holland/Boskalis*), r.o. 3.3.2; HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Netvliesloslating*), r.o. 3.5.3. Zie daarover eerder § 5.2.1.

118 Zie hiervoor § 5.2.2. Zie ook Lindenbergh 2007, p. 19-21.

119 Zie hiervoor § 5.3.2.

120 Zie hiervoor § 5.3.1.

121 Zie ook Van der Kooij 2019, p. 231.

toerekening van vermogensschade van winkeliers niet is uitgesloten.¹²² Door te redeneren vanuit de strekking van de norm en niet uitsluitend het soort geleden schade als uitgangspunt te nemen, wordt veel beter aangesloten bij de verantwoordelijkheidsverdeling die in die norm besloten ligt.

Waar de invloed van de norm in al deze gevallen in meer of mindere mate voelbaar is, zijn er ook in een normgestuurde benadering gevallen die weinig tot niets met de norm te maken hebben. Het belangrijkste voorbeeld daarvan is de rechterlijke matiging op grond van artikel 6:109 BW. De rechterlijke matiging is juist ingegeven door de gedachte schrijnende uitkomsten te voorkomen.¹²³ Vandaar dat Bloembergen de ‘mate van schuld’ onder dit leerstuk wilde scharen.¹²⁴ Juist een subjectieve factor zoals de geringe schuld van de gedaagde kan aanleiding geven de schadevergoeding te matigen. Met de onderliggende norm heeft dat weinig te maken. Naar huidig recht wordt die factor gewogen in het kader van de redelijke toerekening, maar de gedachte blijft dezelfde: de invloed van deze factor stoelt op de billijkheid en heeft met de oorspronkelijke verhouding tussen partijen weinig te maken.

5.4.2 *Inpassing in het Nederlandse recht*

Vanuit dogmatisch oogpunt zou het bezwaar kunnen rijzen dat ik met dit betoog eigenlijk de reeds verworpen leer Demogue-Besier heb verdedigd.¹²⁵ De leer Demogue-Besier is een causaliteitsleerstuk dat ooit door Demogue in Frankrijk is verdedigd¹²⁶ en in Nederland door A-G Besier werd aangehangen.¹²⁷ De kerngedachte is dat dit causaliteitsleerstuk ter vervanging van de relativiteit en redelijke toerekening zou kunnen dienen doordat het causaal verband niet wordt gezocht tussen gedraging en gevolg, maar tussen het onrechtmatige element van het gedrag en eventuele schade.¹²⁸ Dat betekent dat de vraag moet worden gesteld of de schade ook was ingetreden als de gedaagde zich rechtmatig had gedragen. Dit leerstuk kan op weinig bijval rekenen uit de literatuur en directe aanvaarding zou ik ook niet willen bepleiten. Bespreking van die kritieken kan echter wel helpen inzichtelijk te maken wat ik dan wel bedoel en of die benadering wel bij ons recht past.

Een eerste criticaster van de leer Demogue-Besier is A-G Spier. Hij schrijft in zijn conclusie bij *Palthe/DNB en AFM* dat de leer hem niet aanspreekt omdat zelfs voorstanders toch “niet willen verdedigen dat een automobilist die een aan-

122 HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, *NJ* 2020/233, m.nt. S.D. Lindenberg (Alphen aan den Rijn), r.o. 3.3.2.

123 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 404.

124 Bloembergen 1965, p. 186-187. Zie ook Van der Kooij 2019, p. 147.

125 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/143; Van der Kooij 2019, p. 192; Den Hollander 2016, p. 93-98.

126 Demogue 1924, p. 2: “Ainsi il ne suffit pas qu’une personne ait contrevenu certain règlements, il faut que sans cette contravention le dommage n’eût pas lieu.”

127 Conclusie A-G Besier bij HR 25 mei 1928, ECLI:NL:HR:1928:100, *NJ* 1928, p. 1688, m.nt. E.M. Meijers (*De Marchant et d’Ansembourg*), p. 168916891690: “Te recht heeft het Hof geoordeeld, dat er voor de toewijzing van schadevergoeding wegens onrechtmatige daad verband moet bestaan tusschen de onrechtmatigheid der daad en de schade. Een oorzakelijk verband tusschen de daad, afgezien van, hare onrechtmatigheid, en de schade is niet voldoende en zou leiden tot ongerijmde gevolgen. Wanneer iemand jaagt zonder jachtacte of op den openbaren weg wielrijdt zonder belastingplaatje, verricht hij zeker een onrechtmatige daad, doch daarom is hij nog niet verplicht elke schade te vergoeden, welkewelkewelke door een schot uit zijn geweer of door een aanrijding met zijn rijwiel is veroorzaakt. Hiervoor is meer noodig; hij moet de schade ook door zijn schuld hebben veroorzaakt.”

128 Zie Kerkmeester & Visscher 1999, p. 835-840.

rijding veroorzaakt met vrucht zou kunnen betogen dat hij ook thuis had kunnen blijven (wat hem beter zou zijn uitgekomen en wat hem een ruzie met zijn gade had bespaard).¹²⁹ Als de leer inderdaad zo zou uitpakken,¹³⁰ ben ik het graag met de A-G eens dat ze geen plaats heeft in ons recht. Het lijkt me echter uitermate onwaarschijnlijk de leer zo moet worden begrepen. Natuurlijk kan de automobilist betogen dat hij rechtmatig thuis had kunnen blijven, maar het probleem is dat in dat hypothetische scenario het ongeluk *niet* zou zijn ontstaan en in werkelijkheid *wel*. Het csqn-verband zou daarmee juist bewezen zijn en het lijkt onwaarschijnlijk dat Demogue en Besier daar anders over zouden hebben gedacht.

Sieburgh redeneert juist weer dat “(...) consequente toepassing ertoe [leidt] dat de pleger van een onrechtmatige daad praktisch nooit aansprakelijk zou zijn. Wanneer bijvoorbeeld bij het toebrengen van lichamelijk letsel in abstracto het onrechtmatige element wordt geëlimineerd, is de slotsom dat de schade óók zou zijn veroorzaakt door de materiële daad indien zij niet onrechtmatig zou zijn.”¹³¹ Ook deze argumentatie maakt een stroman van het leerstuk. De vraag is niet of de schade ook zou hebben bestaan als de daadwerkelijke gedraging rechtmatig was, maar of de schade zou zijn ontstaan als de hypothetische gedraging zo wordt aangepast dat zij rechtmatig *zou zijn*. Zou de interpretatie van Sieburgh gevolgd worden, dan zou de gedaagde zich inderdaad altijd kunnen verweren met de stelling dat hij de schade rechtmatig *had kunnen veroorzaken* als er een rechtvaardigingsgrond voor zijn gedrag *zou hebben bestaan* (*quod non*). Het lijkt onwaarschijnlijk dat Demogue, Besier en alle aanhangers sindsdien de leer zo uit zouden willen leggen.

Wat daar ook van zij, die opvatting van het causaliteitsleerstuk verdedig ik in ieder geval niet. Mijn punt is simpelweg dat nu al in de rechtspraak van de Hoge Raad besloten ligt dat een causaal verband moet bestaan tussen de onrechtmatigheid en de schade.¹³² Hoe men die benadering precies noemt is wat mij betreft iets minder relevant.¹³³ Belangrijker is dat deze benadering helemaal zo onorthodox nog niet is. Visscher en Kerkmeester wezen er eind vorige eeuw al op dat die benadering niet door de rechtspraak is verworpen, maar juist gehuldigd wordt.¹³⁴

129 Conclusie A-G Spier, ECLI:NL:PHR:2011:BT7193 bij HR 23 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7193, NJ 2012/377, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Palthe/DNB en AFM*), par. 8.4.1.

130 Wat hij zelf overigens een paragraaf later lijkt te erkennen, zie Conclusie A-G Spier, ECLI:NL:PHR:2011:BT7193 bij HR 23 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7193, NJ 2012/377, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Palthe/DNB en AFM*), par. 8.4.2. Het voorbeeld dat hij daar geeft vaart evenwel niet veel beter. Dat voorbeeld komt erop neer dat de automobilist na een stuurfout in aanrijding komt met een ander, maar vanwege gebrekkige remmen *exact dezelfde* schade veroorzaakt zou hebben zonder de stuurfout. Volgens mij is de stuurfout in dat geval niet eens *condicio sine qua non* en lijkt afwijzing van aansprakelijkheid me heel gepast.

131 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/143.

132 Dit zijn de woorden die A-G Besier zelf gebruikte, zie Concl. A-G Besier bij HR 25 mei 1928, ECLI:NL:HR:1928:100, NJ 1928, p. 1688, m.nt. E.M. Meijers (*De Marchant et d'Ansembourg*), p. 168916891690. Anders dan Den Hollander denk ik overigens niet dat dit een ‘anomalie’ is. Hij wijst erop dat het vreemd is om een csqn-verband te slaan tussen een kwalificatie (onrechtmatigheid) en een toestand (schade). Daarmee zou een ontoelaatbaar kruisverband tussen het institutionele en het feitelijke niveau worden geslagen. In theorie is dat natuurlijk juist, maar deze kritiek lijkt me wel te berusten op een weinig welwillende lezing van het leerstuk. De vraag is natuurlijk of ‘het element van het gedrag dat het gedrag onrechtmatig maakt’ csqn is voor de schade. Dat schrijft alleen *qua non* en lijkt afwijzing van aansprakelijkheid me heel gepast.

133 In de Angelsaksische literatuur wordt dit wel de *tortious aspect causation requirement* genoemd (zie bijv. Hart & Honoré 1979, p. 112. Zie voor een uitgebreidere bespreking Van der Kooij 2019, p. 193 e.v.) en in de Duitse literatuur spreekt men wel van het *rechtmäßigen Alternativverhalten* (zie bijv. Oetker 2019, randnummers 217-223. Zie verder Koziol 2012, p. 279-286; Van der Kooij 2019, p. 194-196).

134 Kerkmeester & Visscher 1999, p. 835-840.

Dat lijkt nog steeds te kloppen.¹³⁵ Een arrest als *Deutsche Bank/X* is daar een goed voorbeeld van: als alleen het weglaten van de waarschuwing in een brochure onrechtmatig is, moet bekeken worden hoe de wereld eruit zou hebben gezien als de brochure *wel* een waarschuwing had bevat, niet hoe de wereld eruit zou hebben gezien zonder brochure.¹³⁶

Van der Kooij heeft recentelijk nog betoogd dat dit leerstuk in deze genuanceerde vorm weliswaar aantrekkelijk is, maar in sommige gevallen juist tot te scherpe begrenzing van de aansprakelijkheid leidt. Zo zou een auteursrechtinbreukmakende posterverkoper zich volgens hem niet moeten kunnen verweren tegen de schadevergoedingsvordering van de concurrent voor gemiste inkomsten met de stelling dat hij eenzelfde marktaandeel had kunnen verwerven met een rechtmatig ontwerp.¹³⁷ En de overheid zou zich niet moeten kunnen verweren tegen de schadevergoedingsvordering van gemist inkomen door een zzp'er die zonder voorafgaand bevel in bewaring was gesteld met de stelling dat als het OM tijdig om een bevel had gevraagd, de zzp'er wel rechtmatig in bewaring zou zijn gesteld.¹³⁸

Mij lijkt het evident dat in beide gevallen een zekere remedie gepast zou kunnen zijn, maar anders dan Van der Kooij meent lijkt het me niet nodig om vergoeding van de gevorderde schadeposten toe te wijzen. Als in het eerste geval inderdaad exact dezelfde omzetzaling zou kunnen worden gerealiseerd zonder het inbreukmakend ontwerp, dan gaf het auteursrecht daar kennelijk geen aanspraak op. Een winstafdracht of een fictieve licentievergoeding zou dan passender zijn dan een vergoeding van gederfde omzet. In het tweede geval zou ik er groot voorstander zijn dat de verdachte een forfaitaire vergoeding krijgt voor het niet correct volgen van de procedures, maar als inderdaad duidelijk is dat het bevel rechtmatig afgegeven had kunnen worden en de verdachte ook dan inkomsten was misgelopen, beschermde de norm daar overduidelijk niet tegen.

5.5 Conclusie

Kort en goed, er is dus genoeg reden om aan te nemen dat de strekking van de norm door alle facetten van het schadevergoedingsrecht een rol speelt. Dat betekent in het geheel niet dat nu alle leerstukken maar overboord moeten worden gezet ten faveure van dat van 'de strekking van de norm.' Zo in het luchtledige is dat leerstuk veel te vaag en laat het bovendien onvoldoende ruimte aan de billijkheidsoverwegingen die extern zijn aan de norm, maar soms wel nodig zijn. Het betekent veel eerder dat de bestaande leerstukken nadrukkelijker benaderd moeten worden vanuit dat perspectief. Op die manier wordt veel duidelijker waar de rechter normatieve keuzes moet maken en waar niet.

Voor het grootste deel is de invloed van die norm direct en voorspelbaar. Toepassing van een door de norm geïnformeerde causaliteitstoets is daartoe een belangrijke eerste stap. Door steeds een verband te zoeken tussen het onrechtmatige

135 Den Hollander 2016, p. 97, onder verwijzing naar HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579, *NJ* 2013/47 (*Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s.*).

136 HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28, *NJ* 2020/121, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Deutsche Bank/X*).

137 Van der Kooij 2019, p. 203 gebaseerd op RG 29 maart 1938, *JW* 1938, 1959.

138 *Ibid.* gebaseerd op OGH 15 juli 1981, ECLI:AT:OGH0002:1981:00100B00035.8.0715.000 (*Glashaus*).

element en de schade wordt het net al veel minder breed geworpen dan wel gedacht wordt. De relativiteit trekt die lijn vervolgens door om bepaalde type schades buiten de deur te houden. Hoewel dat een zekere uitleg van de norm eist en bij uitleg altijd bewegingsruimte ontstaat, is de uitwerking van dit leerstuk vaak goed voorspelbaar.

Als daarna nog behoefte bestaat aan een verdere nuancering, dan neemt de invloed van norm af en die van de billijkheid toe. Anders dan gemeend wordt, denk ik niet dat deze oordelen helemaal los kunnen worden gezien van de geschonden norm. De norm kan namelijk veel informatie geven over welke billijkheidsoverwegingen in een concreet geval een rol kunnen spelen.¹³⁹ Soms is de vraag vooral of de schade in dit geval niet te ver verwijderd is van de normschending, terwijl in andere gevallen de vraag is of de eiser eigenlijk wel werd beschermd door de norm. Toerekening op basis van de voorzienbaarheid van de schade ligt nu eenmaal meer voor de hand wanneer de norm tegen voorzienbare schade beoogde te beschermen dan wanneer de norm een stringente veiligheidsnorm betreft ten aanzien van gevaarlijke stoffen waar juist vanwege de lastig te voorziene gevolgen veilig mee omgegaan moet worden. De norm biedt veel informatie over welke normatieve keuzes wanneer gemaakt moeten worden.

139 Zie in vergelijkbare zin, Lindenberg 2007, p. 15-19.