



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).

9.1 Inleiding

De gedachte dat de remedie een instrument is om de eiser in staat te stellen zoveel mogelijk te verwezenlijken wat de norm hem beloofde kan zowel helpen concrete vraagstukken in het delictuele remedierecht op te lossen (hoofdstuk 3 tot en met 7) als een structuur voor het remedierecht als geheel bieden (hoofdstuk 8). Een grote uitdaging voor deze relationele en normcentrische benadering van het remedierecht is evenwel dat er gevallen denkbaar zijn waarin een remedie wordt toegewezen zonder dat een duidelijke gedragsnorm aan de vordering ten grondslag wordt gelegd. Dat zou men bijvoorbeeld kunnen denken waar een remedie ‘direct voortvloeit’ uit het subjectieve recht, zoals bij de zakelijke acties, of waar schadevergoeding wordt toegewezen op grond van een van de risicoaansprakelijkheden. In die gevallen wordt immers een remedie toegewezen zonder dat de vaststelling van een dreigende of reeds gepleegde normschending aangewezen hoeft te worden. De vraag is wat dit betekent voor de validiteit van een normcentrische benadering van het remedierecht. Is er iets mis met deze remedies of is er iets mis met de benadering? Het antwoord ligt vanzelfsprekend ergens in het midden.

Hieronder betoog ik eerst dat zakelijke acties als de revindicatie en de *actio negatoria* weliswaar lijken te verschillen van de typische bevelsactie, maar bij nadere beschouwing eigenlijk helemaal niet haaks staan op een op plichten gestoelde benadering (§ 9.2). Problematischer zijn de gevallen waarin een schadevergoedingsvordering wordt toegewezen zonder dat een voorafgaande normschending wordt aangenomen, zoals bij de risicoaansprakelijkheden. Het duidelijkste voorbeeld daarvan is misschien nog wel de aansprakelijkheid voor dieren: de aansprakelijke bezitter van het dier kan geen verwijt worden gemaakt, maar is toch echt aansprakelijk. Wat is het nut van duiden van het remedierecht aan de hand van de norm, als we deze veroordelingen niet kunnen inpassen (§ 9.3)? In plaats van al die gevallen om te buigen tot quasi-foutaansprakelijkheden of de hele normcentrische benadering overboord te gooien, pleit ik ervoor te erkennen dat het mogelijk is om tot een primaire plicht tot schadevergoeding te komen, maar dat voor de overige gevallen de norm de belangrijkste raadgever voor remediekeuze en -vormgeving blijft (§ 9.4).

9.2 Zakelijke acties en het belang van de norm

Een ogenschijnlijk eerste probleem voor de normcentrische benadering is de gedachte dat er zakelijke acties bestaan die met de onrechtmatige daad weinig te maken hebben.¹ Zulke acties zijn bijvoorbeeld de revindicatie en de *actio negatoria*.² Hoewel het vaak zal voorkomen dat deze acties worden ingesteld nadat een onrechtmatige daad is begaan, is dat niet nodig. De eigenaar van een zaak kan haar opvorderen van degene die de zaak zonder recht houdt³ en wiens zaken op het land van een ander zijn beland, kan op vordering van die ander worden veroordeeld tot verwijdering.⁴ Zeker in combinatie met de hieronder nog nader te bespreken risicoaansprakelijkheden roepen die gevallen de vraag op of de norm wel een stevig fundament voor het remedierecht kan bieden.

9.2.1 Rechten en plichten

Voor het grootste deel is de idee dat acties gebaseerd worden op het subjectieve recht en *dus* niets met de onrechtmatige daad te maken hebben het gevolg van spraakverwarring. Het is inderdaad juist dat een toerekenbare normschending niet vereist is voor een succesvolle revindicatie of *actio negatoria*, maar dat is niet uniek aan de zakelijke actie. Omdat het rechterlijk bevel een ‘preventieve’ of ‘*ex ante*’ remedie is, is daarvoor nooit een voorafgaande toerekenbare normschending vereist. Vereist is slechts dat een plicht bestaat jegens de eiser en dat de eiser voldoende belang heeft bij nakoming.⁵ En dat is nu precies wat er gebeurt bij de revindicatie en de *actio negatoria*. Wie een zaak zonder recht houdt, is verplicht haar terug te geven aan de rechthebbende en van die plicht kan nakoming worden gevorderd. Natuurlijk kan het zijn dat de houder niet wist dat hij de zaak zonder recht hield, maar die kennis heeft hij in ieder geval na veroordeling wel. Vandaar dat de veroordeling zonder voorafgaande bewuste schending kan worden toegewezen: de veroordeling tot afgifte is gebaseerd op de onrechtmatigheid van de voortzetting van het houderschap.

De verwarring lijkt voort te komen uit de idee dat een normschending en een rechtsinbreuk twee verschillende dingen zijn. Al na het wijzen van *Lindenbaum/Cohen* ontstond discussie over de vraag waar de grens tussen de betamelijkheid en de rechtsinbreuk nog lag.⁶ Burenhinder kwalificeert als een inbreuk op het eigendomsrecht van de ander, maar is dat alleen als het gedrag ook onzorgvuldig is.⁷ Vandaar dat Smits in de jaren '40 al betoogde dat uiteindelijk alle rechtsplichten betamelijkheidsplichten zijn. Het eigendomsrecht is in zijn visie een belangrijke factor bij het bepalen of gedrag “onmaatschappelijk” is, maar de inbreuk

1 Zie C.J.H. Brunner, annotatie bij HR 7 mei 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4377, *NJ* 1983/478 (*Trechsel/Lameris*).

2 Zie over het bestaansrecht van die actie Van Es 2005. Instemmend: Van der Helm 2019, p. 98.

3 Art. 5:2 BW.

4 Zie bijv. HR 4 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB8922, *NJ* 1989/854, m.nt. C.J.H. Brunner (*Schols-Pelzers/Heijmen*).

5 Van Nispen 2018, p. 25-28.

6 Zie bijv. Fruin 1932, p. 50; Van Oven 1932, p. 510; Scholten 1919, p. 1066 (allen voorstander van het maken van enig onderscheid); Smits 1940, p. 373-402 (voorstander van het laten varen van een principieel onderscheid).

7 Zie art. 5:37 BW: “De eigenaar van een erf mag niet in een mate of op een wijze die volgens artikel 162 van Boek 6 onrechtmatig is, aan eigenaars van andere erven hinder toebrengen zoals door het verspreiden van rumoer, trillingen, stank, rook of gassen, door het onthouden van licht of lucht of door het ontnemen van steun.”

zou op zichzelf geen aparte onrechtmatigheidscategorie moeten zijn.⁸ Verheul heeft recentelijk het spiegelbeeldige betoogd: een zorgvuldige rechtsinbreuk is helemaal geen rechtsinbreuk.⁹ Dat klinkt als een fundamenteel meningsverschil, maar anders dan de auteurs zelf menen,¹⁰ denk ik dat er weinig verschil zit tussen deze benaderingen.

Natuurlijk heeft Verheul gelijk als hij schrijft dat een “zorgvuldige rechtsinbreuk” vaak helemaal geen rechtsinbreuk is.¹¹ Het beschadigen van het *rechtsobject* is inderdaad niet meteen de schending van een recht. Maar is het omgekeerde daarmee ook onjuist? Is het onjuist om te zeggen dat de uiteindelijke vraag steeds is of het gedrag onzorgvuldig of onmaatschappelijk te noemen is? Mij lijkt van niet. Het punt is, linksom of rechtsom, dat steeds zal moeten worden nagegaan wat de ene partij mag verwachten van de andere.¹² In sommige gevallen is het daarbij handig om te vertrekken vanuit het subjectieve recht. Dat is bijvoorbeeld het geval als het ‘slachtoffer’ een beschermenswaardig belang heeft, maar op voorhand nog niet heel duidelijk is wie dat belang precies zouden kunnen beschadigen. In andere gevallen is het juist nuttiger om te vertrekken vanuit de rechtsplicht van de ‘veroorzaker’. Dat is bijvoorbeeld zo waar duidelijk is dat de activiteit die hij ontplooit gevaarlijk is en kan leiden tot schade bij derden, maar in het algemeen nog niet duidelijk is wie die derden precies zijn.

En daar zit de crux. De ‘direct op het recht’ gestoelde acties zijn zo bijzonder nog niet. Zij zijn het spiegelbeeld van een vordering tot nakoming van een rechtsplicht.¹³ Soms loont het om de juridische analyse te laten vertrekken vanuit de beschermenswaardige positie van de eiser (bijv. het recht van een eigenaar de aan hem toebehorende zaken te kunnen gebruiken) en pas daarna stellen we de vraag welke plichten voor anderen daaruit voortvloeien (bijv. de plicht van een voorbijganger niet zomaar de tuin van een ander te betreden). In andere gevallen kunnen we beter vertrekken vanuit de op de gedaagde rustende normen (bijv. de verplichting voorzichtig om te gaan met gevaarlijke stoffen) en pas daarna de vraag stellen wie daaraan rechten kan ontleen (bijv. degene die naast deze werkplaats al jaren een kinderdagverblijf opereert). Fundamenteel verschillen die analyses evenwel niet: het zijn simpelweg verschillende aanvliegroutes om tot de juiste verdeling van rechten en plichten te komen.¹⁴

9.2.2

De primaire plicht het recht van een ander te respecteren

Toch wordt wel volgehouden dat het onderscheid ertoe doet.¹⁵ Van Es betoogt bijvoorbeeld dat het juist heel belangrijk is de op het recht gestoelde actie te on-

8 Smits 1940, p. 388, 402. Zie anders: Jansen 2012, p. 351.

9 Verheul 2018.

10 Zie expliciet Verheul 2018, p. 859.

11 Zie ook Jac. Hijma, annotatie bij HR 12 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2674, AA 1991/4, p. 338-343 (Geerts/Ten Dam).

12 Fruin schreef het mooi: “Een absoluut recht is eigenlijk een contradictio in terminis; immers een recht is altijd relatief”, zie Fruin 1932, p. 50.

13 Meijers zag de revindicatie van art. 5:2 BW dan ook als een species van de nakomingsvordering van art. 3:296 BW, zie TM, *Parl. Gesch. Boek 5*, p. 71.

14 Beide analyses kunnen ook worden omgekeerd: niemand mag een zaak zonde recht onder zich houden (en dus heeft de eigenaar een vordering) en ieder kind heeft het recht veilig te kunnen spelen (en dus mag men geen gevaarlijke stoffen bewerken naast een speeltuin).

15 Van Es 2005, p. 194; Van der Helm 2019, p. 98; C.J.H. Brunner, annotatie bij HR 7 mei 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4377, NJ 1983/478 (Trechsel/Lameris).

derscheiden van de op de zorgvuldigheid gestoelde actie.¹⁶ Hij bespreekt daartoe onder andere het arrest *Schols-Pelzers/Heijmen*.¹⁷ In dat arrest ging het om tuinafval dat van een hogergelegen erf naar een lagergelegen erf gleed. De Hoge Raad achtte de eigenaar van het tuinafval verplicht tot verwijdering. De Hoge Raad baseerde die verplichting op de maatschappelijke betamelijkheid, maar Van Es acht het juist om de vordering *rechtsreeks* op de inbreuk op het eigendomsrecht te baseren. In zijn visie ontstaat *die* vordering namelijk al voordat de eigenaar van het tuinafval van de inbreuk op de hoogte is, zodat de gedaagde eventueel bij verstek kan worden veroordeeld. Het is de vraag of dat juist is.

Ten eerste lijkt een verstekveroordeling evengoed mogelijk als we een ongeschreven zorgvuldigheidsmaatstaf gebruiken. De rechter die zich volledig op een ongeschreven zorgplicht tot verwijdering van zaken wil baseren kan de gedaagde namelijk voorwaardelijk veroordelen het tuinafval te verwijderen op het moment dat de gedaagde van de inbreuk op de hoogte raakt. Aangezien de voor het verbeuren van dwangsommen vereiste betekening van het verstekvonnis doorgaans dat effect zal hebben, maakt dit voor de eiser praktisch geen verschil: de rechtsplicht ontstaat weliswaar niet direct, maar wel op het eerste moment waarop hij kan handhaven.¹⁸ Natuurlijk kunnen *voor* dat moment geen dwangsommen worden verbeurd, maar dat lijkt ook niet onwenselijk. De dwangsom is een zijdelings dwangmiddel, geen verkapte schadevergoeding voor vertraging.¹⁹

Ten tweede lijkt het ook weinig wenselijk een plicht aan te nemen voordat de eigenaar van het tuinafval van het afglijden op de hoogte is. Er ontstaat dan een plicht waaraan hij per definitie niet *kan* voldoen, terwijl de schending ervan wel zou kunnen leiden tot een veroordeling tot schadevergoeding wegens verminderd gebruiksgenot zolang het tuinafval niet weg wordt gehaald. Als de eigenaar van het tuinafval weigert het op te ruimen is daar misschien wel wat voor te zeggen, maar vinden we dat nog steeds als hij van het afglijden niets weet of hoeft te weten? Dat gaat wat ver: zolang de eigenaar van het afval niet weet of zou moeten weten dat het is afgegleden, is het vreemd hem verantwoordelijk te houden voor verminderd gebruiksgenot.²⁰ Dan had de eigenaar van de tuin hem maar op de hoogte moeten stellen. De erkenning van zo'n niet-naleefbare plicht is bovendien nergens voor nodig. De gedaagde raakt in ieder geval door veroordeling van de aanwezigheid van het tuinafval op de hoogte en iedere dag dat hij daarna niets onderneemt het te verwijderen, pleegt hij een onrechtmatige daad. Het bevel kan gewoon opgelegd worden ter voorkoming van die onrechtmatige daad.

Hoewel we hier dus te maken hebben met een vordering die traditioneel wordt gezien als de handhaving van een recht, verschilt ze in de kern niet zoveel van de veroordeling tot nakoming van een plicht. Omdat hier de positie van de rechthebbende een eenvoudig startpunt is, zetten we de redenering vanuit dat perspectief op, maar dat betekent niet dat er geen plicht is aan te wijzen. Ieder

16 Van Es 2005, p. 252; Van Es 2012, p. 309.

17 HR 4 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB8922, NJ 1989/854, m.nt. C.J.H. Brunner (*Schols-Pelzers/Heijmen*).

18 De gedaagde kan geen dwangsommen verbeuren voor betekening, zie art. 611a lid 3 Rv.

19 Zie hiervoor § 3.3.1.2.

20 Een plicht tot handelen of waarschuwen ontstaat in gevaarzettingssituaties immers ook niet zonder dat de (mogelijk) verplichte van dat gevaar is doordrongen, zie bijv. HR 22 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5503, NJ 1975/149, m.nt. G.J. Scholten (*Struikelende broodbezorger*), r.o. 5. Hoewel afhankelijk van de omstandigheden van het geval, leidt een gebrek aan bekendheid met het gevaar doorgaans niet tot aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW (zie Jansen 2012, p. 456-458), maar tot risicoaansprakelijkheid (zie daarover § 9.3).

recht krijgt pas betekenis doordat het in verband wordt gebracht met één of meer anderen en die ander of anderen heeft of hebben dan een plicht zich van inmeniging te onthouden.²¹ Of we nu zeggen dat het recht of de plicht wordt gehandhaafd: we hebben het uiteindelijk over de handhaving van de verdeling van verantwoordelijkheden die uit de materiële rechtsverhouding voortvloeit.

9.2.3 *Schadevergoeding wegens een blote rechtsinbreuk?*

Een geval waarin een ‘zakelijke actie’ niet leidde tot een veroordeling iets te *doen*, maar tot het dragen van kosten was *Trechsel/Lameris*.²² De boom van Trechsel was in een stormachtige nacht omgewaaid en op de woning van Lameris gevallen. Trechsel zag de ontstane ravage de volgende ochtend. De boom moest vervolgens snel worden verwijderd om de gaten in het dak van de woning van Lameris te kunnen repareren. Lameris ging daartoe over en vorderde schadevergoeding van Trechsel, die zich op zijn beurt verweerde met de stelling dat hij geen onrechtmatige daad had begaan. De Hoge Raad oordeelde dat Trechsel hoe dan ook verplicht was tot het dragen van de kosten:

“3.2 (...) De zorgvuldigheid die Trechsel in het maatschappelijk verkeer jegens de goederen van Lameris in acht behoorde te nemen, bracht immers mee dat hij terstond, nadat hij van de situatie op de hoogte was, maatregelen behoorde te nemen om aan deze situatie die een inbreuk op de eigendom van Lameris insloot, een einde te maken door de hem toebehorende boom te verwijderen.”²³

Strikt genomen oordeelt de Hoge Raad hier dat het niet onverwijld verwijderen van de boom de onrechtmatige daad is en dat de kosten van verwijdering als schade voor vergoeding in aanmerking komen. Op deze manier past de vordering goed in het systeem: er wordt een zorgplicht geformuleerd en op grond van de schending is de gedaagde aansprakelijk voor de door de benadeelde geleden schade.

Ook vanuit de in deze dissertatie verdedigde benadering is dit een welkome constructie: volgens de Hoge Raad zou het ook hier immers gaan om een geschonden norm die aanleiding geeft tot schadevergoeding. De academische integriteit dwingt echter even een stap terug te doen en te bezien hoe de aldus geconstrueerde primaire plicht tot handelen en de secundaire plicht tot vergoeden van schade zich tot elkaar verhouden. Trechsel had de boom natuurlijk nooit echt zelf verwijderd, maar laten verwijderen. Dat betekent dat nakoming van zijn primaire plicht zou neerkomen op het betalen van een rekening van een in verwijdering van bomen gespecialiseerd bedrijf. De schade van Lameris bestaat in dit geval in exact dezelfde kosten. In praktisch opzicht stemmen de gedragsnorm en de schadevergoedingsplicht die de Hoge Raad hier van elkaar lostrekt dus volledig overeen. Hoe we de plicht ook duiden: uiteindelijk komen we hier tot een belastende plicht voor Trechsel, die is ontstaan als gevolg van het omvallen van zijn boom, zonder dat hem een verwijt gemaakt kon worden. Dat resultaat roept de vraag op

21 Zie Hohfeld 1919 en hiervoor § 2.2.1.

22 HR 7 mei 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4377, NJ 1983/478, m.nt. C.J.H. Brunner (*Trechsel/Lameris*).

23 *Ibid.* r.o. 3.2. Omdat verwijdering direct moest plaatsvinden was het geen probleem dat Lameris dit zelf had gedaan en nu vergoeding van de kosten vorderde, zie r.o. 3.5.

of we hier kunnen zeggen dat de remedie wordt geïnformeerd door de daaraan ten grondslag gelegde gedragsnorm. Is dit niet gewoon een geval waarin een *primaire* plicht tot schadevergoeding bestaat? Mij lijkt van wel, en als we ons blikveld iets verbreden wordt duidelijk dat dat soort plichten zo uniek nog niet zijn.

9.3 Schadevergoeding zonder voorafgaande normschending

9.3.1 De risicoaansprakelijkheden

De meest in het oog springende gevallen van verplichtingen tot schadevergoeding zonder dat daar een normschending aan vooraf is gegaan, zijn die uit Afdeling 6.3.2 BW over kwalitatieve aansprakelijkheden. De verschillende aansprakelijkheden uit die Afdeling verschillen iets in aard – soms gaat het om aansprakelijkheid voor een ander, soms om aansprakelijkheid voor een zaak – maar het resultaat is hetzelfde: een persoon (‘de verantwoordelijke’) wordt verantwoordelijk gehouden voor schade die is ontstaan buiten een door hem begane fout om. Deze artikelen scheppen geen plichten waarvan nakoming gevorderd kan worden. Natuurlijk is het wel mogelijk dat er een toezichts- of zorgplicht bestaat die parallel loopt aan de door het artikel gecreëerde aansprakelijkheid – zoals de plicht een opstal te onderhouden, toezicht op kinderen te houden of ondergeschikten afdoende te instrueren – maar het punt van deze artikelen is juist dat het bestaan en de schending van zo’n plicht voor de verplichting tot schadevergoeding niet *nodig* is.

Een ander wettelijk voorbeeld van een directe plicht tot schadevergoeding vormt de verplichting van de belanghebbende om, voor zover zijn belang naar behoren is behartigd, de zaakwaarnemer de schade te vergoeden, die deze als gevolg van de waarneming heeft geleden.²⁴ Hier heeft degene wiens belangen zijn behartigd vanzelfsprekend geen norm geschonden door zijn belangen te laten behartigen. Daar had hij per definitie geen zeggenschap over. Toch vinden we het kennelijk redelijk dat als een derde kosten maakt, die kosten dan wel voor rekening van de belanghebbende komen.²⁵ En als we de blik iets breder werpen, dan blijkt dat dit soort plichten zo vreemd nog niet zijn.

9.3.2 Schadevergoeding wegens rechtmatige daad

Neem bijvoorbeeld het geval dat nu door artikel 6:168 BW wordt geregeld. Dat artikel bepaalt dat een bevel kan worden afgewezen waar de onrechtmatige activiteit een publiek belang dient, met dien verstande dat de eiser dan wel zijn recht op schadevergoeding behoudt. Hiervoor is dat artikel vooral besproken als een reden om het bevel af te wijzen,²⁶ maar de overgebleven verplichting tot schadevergoeding heeft ook een bijzonder karakter. De door de gedaagde ondernomen

²⁴ Art. 6:200 lid 1 BW.

²⁵ De Parlementaire Geschiedenis biedt geen inzicht in de *reden* voor invoering, alleen in de gewenste interpretatie. Zie *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 794-797. Ongetwijfeld het gevolg van het feit dat art. 1393 BW (oud) eenzelfde regeling bevatte.

²⁶ Zie hiervoor § 3.2.2.1.

activiteit is kennelijk wenselijk vanuit macro-perspectief, zodat ze moeilijk ‘onrechtmatig’ is te noemen, maar tegelijkertijd blijft een veroordeling tot schadevergoeding wel mogelijk. Dat roept de vraag op of het hier nu gaat om een schuld-aansprakelijkheid of om een risicoaansprakelijkheid.

Deze bepaling is ingevoerd bij wijze van codificatie en verduidelijking van de *Voorste Stroom*-arresten. In die arresten draaide het om de door de Gemeente Tilburg veroorzaakte vervuiling van de Voorste Stroom door daarin het riool te lozen. De Hoge Raad oordeelde dat zelfs als de vervuiling in het publiek belang is, dat niet wegneemt dat de gedaagde verplicht kan zijn de schade die daardoor ontstaat te vergoeden.²⁷ Dat oordeel verhiel zich slecht tot de idee dat de verplichting tot schadevergoeding uit een onrechtmatige daad moet voortspuiten, zodat de redenering werd opgetuigd dat de gedaagde verplicht zou zijn de schadevergoeding te betalen omdat hij in afwezigheid van die schadevergoeding een onrechtmatige daad zou begaan.²⁸ Bregstein duidde de uitspraak zo, dat het publiek belang moest worden gezien als een ‘onvoltooide rechtvaardigingsgrond’ die vervolmaakt werd door het betalen van schadevergoeding.²⁹

Meijers meende dat deze “enigszins gekunstelde en dan ook niet onbestreden gebleven gedachte van een onvollledige rechtvaardigingsgrond” geen plaats had in het nieuwe BW.³⁰ In plaats daarvan leek het hem veel zuiverder om de rechter het verbod simpelweg te laten afwijzen op grond van het publiek belang, met dien verstande dat het alsnog kon worden opgelegd als de schadevergoeding niet wordt voldaan.³¹ Ik vraag me af of het heel veel uitmaakt. De basisidee blijft namelijk gelijk: de rechter krijgt een instrument in handen om een op zichzelf wenselijke activiteit doorgang te laten vinden, maar niet zonder dat de gedaagde wordt verplicht de schade die derden hierdoor lijden te vergoeden. Voordeel van de constructie van artikel 6:168 BW is dat het publiek belang nadrukkelijk een eigen plek krijgt in de belangenafweging. Voordeel van de constructie van de Hoge Raad is dat duidelijker wordt dat het hier gaat om een plicht om *ofwel* van de activiteit af te zien *ofwel* schadevergoeding te betalen. Dat strookt ook goed met vergelijkbare gevallen die niet direct op artikel 6:168 BW gestoeld zijn.

Ook buiten de toepassing van artikel 6:168 BW komt het namelijk voor dat schadevergoeding wordt toegekend in gevallen waarin het gedrag zelf moeilijk onrechtmatig is te noemen. Een sprekend voorbeeld is dat van de veroordeling van de overheid tot vergoeding van de schade die een gewezen verdachte als gevolg van strafvorderlijk optreden lijdt, terwijl later blijkt dat die gewezen verdachte onschuldig was. De Hoge Raad presenteert deze veroordeling als een geval waarin de aanvankelijke rechtvaardiging (de redelijke verdenking) achteraf aan de onrechtmatige daad ontvalt wanneer blijkt dat de verdachte ook echt onschuldig is.³² A-G Bleichrodt wijst er terecht op dat die redenering niet voor alle strafvorderlijk optreden werkt, aangezien een redelijke verdenking niet voor ie-

27 HR 19 maart 1943, ECLI:NL:HR:1943:66, NJ 1943/312 (*Voorste Stroom VI*).

28 HR 19 december 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1997, NJ 1952/642, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Voorste Stroom VII*). Zie voor deze interpretatie: Drion 1947, p. 270; Polak 1949, p. 93.

29 Bregstein 1951, p. 299.

30 TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 604 e.v.

31 *Ibid.* Zie nu de tekst van art. 6:168 lid 3 BW: “Wordt aan een veroordeling tot schadevergoeding of tot het stellen van zekerheid daarvoor niet voldaan, dan kan de rechter alsnog een verbod van de gedraging opleggen.”

32 HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1019, NJ 1990/794, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/B*), r.o. 3.4. Zie ook HR 23 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0055, NJ 1991/92 (*Joeman/Staat*), r.o. 3.3. Met dank aan Juliet Steenbeek, wiens scriptie over dit onderwerp mij het belang van deze rechtspraak heeft doen inzien.

der strafvorderlijk optreden vereist is.³³ Meer fundamenteel is het probleem met die redenering dat de rechtmatigheid van het optreden van de overheid niet afhankelijk is van de *daadwerkelijke* schuld van de verdachte. Het feit dat de verdenking ongegrond bleek, betekent niet dat het optreden van de overheid ineens onrechtmatig was.³⁴ De reden voor toewijzing van de schadevergoeding lijkt er veel eerder in te zijn gelegen dat het onbillijk voorkomt om een daadwerkelijke onschuldige met de door strafvorderlijk optreden veroorzaakte schade te laten zitten. Ook gedrag dat was toegestaan kan een verplichting tot vergoeding van schade in het leven roepen.³⁵

Een vergelijkbare constructie doet zich voor bij de tenuitvoerlegging van uitvoerbaar bij voorraad verklaarde kortgedingvonnissen die berusten op een rechtsoordeel dat later in de bodemprocedure onjuist wordt bevonden.³⁶ De redenering van de Hoge Raad is dat het handhaven van een dergelijk kortgedingvonnis *onrechtmatig* wordt door de latere ongegrondbevinding van de vordering in de bodemprocedure. Sierlijk is dat allerminst: als handhaving van een rechterlijk bevel onrechtmatig is, wat is het bevel dan waard? Een betere rechtvaardiging geeft de Hoge Raad in *Ciba Geigy/Voorbraak* bij wijze van zijdelingse rechtvaardiging:

“Voorts mag er, gegeven de aard van het k.g.-vonnis, van worden uitgegaan dat degeen die als voormeld met executie dreigde, wist althans behoorde te weten dat hij zijn handelen baseerde op – kort gezegd – een voorlopige maatregel, zodat de door zijn handelen veroorzaakte schade in beginsel als door zijn schuld veroorzaakt heeft te gelden. Deze oplossing is maatschappelijk meer gerechtvaardigd dan de omgekeerde oplossing, die daarop neerkomt dat de partij die zich onder dreiging met executie aan het verbod heeft gehouden, in beginsel de schade moet dragen, ook al blijkt achteraf het door de eiser in k.g. gepretendeerde recht niet te bestaan.”³⁷

Die rechtvaardiging is sterker dan de vreemde constructie dat handhaving van een rechterlijk bevel achteraf toch ineens onrechtmatig zou zijn. Het is de vraag of hiermee niet de eigenlijke grondslag van de aansprakelijkheid is gegeven: het vertoonde gedrag was rechtmatig, maar het zou onbillijk zijn als de handhaver de daardoor ontstane schade niet op zich neemt. De vervolgvraag is dan waarom dan niet gewoon als uitgangspunt wordt genomen dat hier een primaire betamelijkheidsplicht tot schadevergoeding bestaat.

9.3.3 Een primaire plicht tot schadevergoeding?

Het aannemen van een primaire plicht tot vergoeding klinkt alsof het paard achter de wagen wordt gespannen – wat schade is wordt dan immers niet afgeleid uit

33 Conclusie A-G F.R. Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2020:619, bij HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1526, *NJ* 2021/36, m.nt. S.D. Lindenberg.

34 Zie bijv. De Wijckerslooth 1993, p. 319.

35 Zie in vergelijkbare zin Conclusie A-G A.R. Bloembergen, ECLI:NL:PHR:1990:AD1019 bij HR 26 januari 1990, *NJ* 1990/94, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/B*), par. 4.4.

36 HR 16 november 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4901, *NJ* 1985/547, m.nt. L. Wichers Hoeth, W.H. Heemskerck (*Ciba Geigy/Voorbraak*), r.o. 3.4.

37 *Ibid.*

een eerdere aanspraak,³⁸ maar als startpunt van de analyse genomen.³⁹ Toch is die benadering minder vreemd dan ze op het eerste gezicht lijkt. Op basis van het ongeschreven recht zijn partijen continu verplicht allerlei redelijke maatregelen te treffen om schade bij anderen te voorkomen. Dat soort maatregelen kosten geld, maar zolang de daarmee af te wenden schade opweegt tegen de te maken kosten vinden we het in algemeen redelijk die plicht op te leggen. Waarom zou dat anders zijn als de enige passende maatregel het betalen van geld is?⁴⁰ Neem bijvoorbeeld *Trechsel/Lameris*: als een aan A toebehorende boom op het erf van B valt en we het redelijk vinden dat hij verplicht wordt die te verwijderen, maakt het dan uit dat B de verwijdering uit noodzaak zelf op zich neemt? Natuurlijk niet: uiteindelijk vertelt de norm ons vooral dat A verantwoordelijk is voor zijn boom. En gelet op die verantwoordelijkheidsverdeling blijft het redelijk dat A de kosten draagt. Hetzelfde geldt voor de redelijk gemaakte zaakwaarnemingskosten. Ook daar geldt dat het niet zozeer *fout* was dat C zijn zaken liet waarnemen door D en D daarvoor kosten maakte, maar omdat C van die waarneming heeft geprofiteerd is het wel passend dat hij die schade vergoed. Primaire betamelijkheidsnormen tot vergoeding zijn zo vreemd nog niet.

9.4 Het belang van normstelling

9.4.1 *Tussen risico- en schuldaansprakelijkheid*

Op deze manier zou men deze figuren kunnen zien als buitenwettelijke variaties op de risicoaansprakelijkheden: een verplichting tot schadevergoeding ontstaat hier immers op basis van een omstandigheid die op zichzelf niet onrechtmatig is.⁴¹ Helemaal accuraat is dat niet. Bij zuivere risicoaansprakelijkheid gaat het namelijk vaak om een omstandigheid die buiten de aansprakelijke zelf ligt. Vandaar dat we het ook wel over *kwalitatieve* aansprakelijkheden hebben: het is de hoedanigheid van de aansprakelijke die reden geeft hem of haar tot schadevergoeding te verplichten. Dat is bij artikel 6:168 BW en de aansprakelijkheid voor strafvorderlijk optreden en handhaving van vonnissen nadrukkelijk anders: de gedaagde is hier uiteindelijk wel aansprakelijk voor zijn of haar eigen *gedrag*. De reden om die twee toch met elkaar in verband te brengen ligt erin dat in beide gevallen gezegd kan worden dat de gedaagde niets *fout* doet. Het bezitten van een opstal die toevallig een gebrek vertoont is niet *fout*, maar als dat gebrek schade veroorzaakt is de bezitter wel aansprakelijk; het verrichten van een schadeveroorzakende activiteit in het publiek belang is niet *fout*, maar roept wel aansprakelijkheid voor schade in het leven; het handhaven van een kortgedingvonnis is niet *fout*, maar rechtvaardigt wel de verantwoordelijkheid voor daardoor ontstane

38 Wat in ons recht wel het uitgangspunt is, zie § 5.2.1.

39 Anders dan Polak denk ik dan ook niet dat schade altijd gelijk is aan het niet krijgen wat men toekomt (zie Polak 1949, p. 43). Zoals Schut terecht opmerkt: door een natuurramp geleden nadeel is *ook* schade (zie Schut 1963, p. 157). Het hiervoor in hoofdstuk 5 gemaakte punt is eerder dat waar een relatieve norm is aan te wijzen, die norm vertelt waar de gerechtigde aanspraak op had en daaruit kan worden afgeleid wat in dat geval schade is. Dat betekent echter niet dat schade niet op andere wijze kan worden vastgesteld.

40 Vgl. ook het betoog van Drion 1947, p. 270.

41 Zie voor een dergelijke duiding bijv. Van Dam 2020, p. 156.

schade; enzovoorts. Hoewel het gedrag niet fout is, geeft het wel het begin van een rechtvaardiging voor de vergoeding van schade.

Wat deze materie vooral laat zien is dat dit soort veroordelingen vaak trekjes van zowel de schuldaansprakelijkheid als de risicoaansprakelijkheid hebben. Dat is niet uniek aan de op artikel 6:168 BW gestoelde veroordeling tot schadevergoeding of de rechterlijke variaties daarop; de risicoaansprakelijkheden van Afdeling 6.3.2 BW bevinden zich bijvoorbeeld allemaal ergens op het spectrum tussen een zuivere schuldaansprakelijkheid en een zuivere risicoaansprakelijkheid.⁴² Zo knopen de artikelen 6:169 tot en met 6:172 BW direct aan bij een onrechtmatige daad van de derde voor wie men verantwoordelijk is en bepalen de artikelen 6:173 en 6:174 BW dat aansprakelijkheid van de bezitter ontbreekt wanneer ‘aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling zou hebben ontbroken indien hij dit gevaar op het tijdstip van ontstaan daarvan zou hebben gekend.’⁴³ Die laatste aansprakelijkheidsgronden heeft de Hoge Raad in de arresten *Wilnis* en *Paalrot* zelfs zo uitgelegd dat bij de vraag of een opstal gebrekkig is (ogenschijnlijk een objectief criterium) onder andere betekenis toekomt aan de getroffen onderhouds- en veiligheidsmaatregelen; de kelderluik-factoren, met andere woorden.⁴⁴ In de kern blijven het echter risicoaansprakelijkheden: een echte normschending is niet vereist. En dat roept de vraag op wat de juiste basis van de civielrechtelijke aansprakelijkheid is: zijn alle aansprakelijkheden variaties op de schuldaansprakelijkheid of zijn alle aansprakelijkheden variaties op de risicoaansprakelijkheid (§ 9.4.2)? De waarheid ligt vanzelfsprekend ergens in het midden (§ 9.4.3).

9.4.2 *Twee radicale consequenties*

9.4.2.1 MOET ALLE AANSPRAKELIJKHEID STOELN OP NORMSCHENDINGEN?

Een mogelijke – en ter ondersteuning van het in deze dissertatie gemaakte punt uitermate handige – duiding van al deze gevallen zou zijn dat het in wezen nog steeds gaat om foutaansprakelijkheden. Een redenering in die richting zou naar de huidige stand van het recht nog wel kunnen worden opgetuigd. Verschillende auteurs hebben er recentelijk op gewezen dat de Parlementaire Geschiedenis aanleiding geeft te denken dat men met de kwalitatieve aansprakelijkheden voor zaken en opstellen niet een totaal van de schuldaansprakelijkheid verschillende aansprakelijkheidsgrond heeft willen scheppen, maar slechts de drempel voor het aannemen van een fout heeft willen verlagen.⁴⁵

Daar is zeker iets voor te zeggen. Ook voor de invoering van het huidige BW bestonden aansprakelijkheidsnormen die dermate ‘strikt’ waren, dat men zich kon afvragen of hier nog van een ‘echte’ fout kon worden gesproken, maar die

42 Van Dam 2020, p. 404-406; Schut 1969, p. 272-273.

43 Art. 6:179 BW kent een vergelijkbare nuancering ten aanzien van aansprakelijkheid voor dieren.

44 HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*), r.o. 4.4.3-4.4.4; HR 30 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7487, *NJ* 2012/689 (*Paalrot*), r.o. 4.5.

45 Hoekzema & Oldenhuis 2019; Kolder & Oldenhuis 2017, p. 49; Hoekzema 2016, p. 69-87.

wel zo werden genoemd.⁴⁶ Afdeling 6.3.2 BW zou dan niet zozeer de creatie van een nieuw universum van aansprakelijkheden zijn, maar slechts een meer rechtszekere codificatie van die gevallen. Die gedachte is volgens Hoekzema en Oldenhuis tot uitdrukking gekomen in de tenzij-clausule van de artikelen 6:173 en 6:174 BW, die bepaalt dat aansprakelijkheid ontbreekt waar de gedaagde ook bij bekendheid met het gebrek niet aansprakelijk zou zijn geweest. In plaats van deze formule te zien als een uitzondering op de aansprakelijkheid, lezen zij hier de kern van de aansprakelijkheid in: de wetgever heeft enkel willen abstraheren van de subjectieve bekendheid en bijbehorende schuld van de gedaagde, maar meer ook niet.⁴⁷

De idee dat deze aansprakelijkheden nog altijd leunen op de schuldaansprakelijkheid wordt versterkt door de arresten *Wilnis* en *Paalrot*.⁴⁸ In het eerste arrest draaide het om een door een hoogheemraadschap beheerde dijk die door langdurige droogte was bezwaken. In het tweede draaide het om een door lekkende rioolbuizen veroorzaakte daling van het grondwater met rot van funderingspalen tot gevolg. In beide gevallen meende de Hoge Raad dat hier geen sprake kon zijn van een ‘gebrek,’ omdat de aangesproken beheerders voldoende zorg hadden betracht bij het onderhouden van de dijk respectievelijk de riolering.⁴⁹ Hoewel de grondslag voor de aansprakelijkheid daarmee nog steeds wordt gezocht in het gebrek of de opstal zelf, wordt dat criterium wel ingevuld aan de hand van de kelderluik-criteria. Dat doet de vraag rijzen of het nog wel om afzonderlijke gronden van aansprakelijkheid gaat en of we misschien niet het gehele risicoaansprakelijkheidsrecht moeten zien als met onweerlegbare vermoedens van schuld ‘opgepluste’ foutaansprakelijkheden.⁵⁰

Mij lijkt van niet. Deze aansprakelijkheden lijken me eerder een voorbeeld van hoe uiteindelijk alle aansprakelijkheden zich ergens op het spectrum tussen ‘zuivere schuldaansprakelijkheid’ en ‘zuivere risicoaansprakelijkheid’ bevinden.⁵¹ Er zijn inderdaad risicoaansprakelijkheden die zoveel ruimte laten voor de beoordeling van het gedrag van de gedaagde dat ze meer op foutaansprakelijkheden lijken, maar het zou te ver gaan het betoog van auteurs als Hoekzema, Oldenhuis en Kolder zo ver door te trekken dat alle aansprakelijkheidsrecht in de kern schuldaansprakelijkheid betreft. Dat betogen zij niet⁵² en is ook niet vol te houden. Er zijn simpelweg omstandigheden waaronder iemand op grond van Afdeling 6.3.2 BW aansprakelijk kan worden gehouden zonder dat ooit een norm tot naleving heeft bestaan, zoals in het geval van aansprakelijkheid voor dieren.⁵³ En

46 In de *MvA II, Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1378-1379, wordt bijvoorbeeld verwezen naar HR 9 januari 1942, ECLI:NL:HR:1942:124, *NJ* 1942/295 (*Ferwederadeel*), waarin de op grond van 1401 BW (oud) aangenomen aansprakelijkheid van de gemeente jegens weggebruikers wel erg veel weg kreeg van een garantienorm.

47 Hoekzema & Oldenhuis 2019, p. 35-36.

48 HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*); HR 30 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7487, *NJ* 2012/689 (*Paalrot*).

49 HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*), r.o. 4.4.3-4.4.4; HR 30 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7487, *NJ* 2012/689 (*Paalrot*) r.o. 4.5.

50 Tjong Tjin Tai meent bijvoorbeeld dat risicoaansprakelijkheden zowel historisch als dogmatisch kunnen worden afgeleid uit de zorgplichten. Zie Tjong Tjin Tai 2006, p. 158.

51 Ik kom hier later op terug. Zie § 9.4.3 hierna.

52 Hoekzema & Oldenhuis 2019, p. 38; Kolder & Oldenhuis 2017, p. 49.

53 Art. 6:179 BW kent, anders dan de artikelen 6:173 en 6:174 BW geen gebrekvereiste, zodat een benadering als in *Wilnis* en *Paalrot* in ieder geval niet mogelijk is. Andere nuanceringen blijven natuurlijk wel mogelijk. Ook dit artikel kent een tenzij-clausule, waarmee de aansprakelijkheid enigszins richting de schuldaansprakelijkheid op het spectrum tussen zuivere fout- en zuivere risicoaansprakelijkheid beweegt.

dat is ook terecht. Er is soms alle reden om aan te nemen dat een plicht tot vergoeding bestaat *zonder* dat daaraan voorafgaand een norm is geschonden. Soms wijst het systeem bepaalde risico's toe aan bepaalde partijen zonder dat een normschending nodig is. Het profijtbeginsel en de redelijkheid en billijkheid kunnen in uitzonderingsgevallen die basis bieden. De vraag die dan wel rijst is of het aansprakelijkheidsrecht als geheel dan niet beter geduid kan worden als een grote exercitie in risicoverdeling. Is de normschending überhaupt wel nodig?

9.4.2.2 IS ALLE AANSPRAKELIJKHEID GESTOELD OP RISICOVERDELING?

In zowel binnen- als buitenland zijn benaderingen ontwikkeld die niet vertrekken vanuit de grondslag van de remedie, maar vanuit de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd. In plaats van te vragen welke reactie past bij een bepaalde normschending wordt daar juist de vraag gesteld wie deze reeds geïdentificeerde schade zou moeten dragen. In die benadering is dus in het geheel *geen* rol weggelegd voor een eventuele norm. De gedachte van deze auteurs is dat de risicoaansprakelijkheid en de schuldaansprakelijkheid uiteindelijk allebei instrumenten zijn om te bewerkstelligen dat de nadelige effecten van een bepaalde activiteit bij de juiste persoon terecht komen.⁵⁴ De kernvraag van het gehele aansprakelijkheidsrecht wordt er dan één naar aansprakelijkheids*vestigende* en aansprakelijkheids*uitsluitende* voorwaarden, ongeacht of het om risico- of schuldaansprakelijkheid gaat.⁵⁵

Nils Jansen problematiseert in deze context bijvoorbeeld het *Waschmaschinenfall* van het OLG Düsseldorf. In die zaak draaide het om de vraag of een wasmachine-eigenaar aansprakelijk gehouden kon worden door waterschade veroorzaakt door een tijdens zijn afwezigheid overstroomde wasmachine. Wie deze zaak als een schuldaansprakelijkheid wil construeren staat voor een dilemma: was het onrechtmatig om de waterkraan niet af te sluiten op het moment dat de eigenaar van de wasmachine het uitstromen van water opmerkt of was het onrechtmatig om überhaupt weg te gaan terwijl de wasmachine aanstond? De eerste norm zou in het gegeven geval niet eens zijn ontstaan, want door afwezig te zijn was het uitstromen niet opgemerkt. De tweede lijkt daarentegen onredelijk; verwachten we echt van wasmachine-eigenaren dat zij voor de wasmachine blijven zitten tot het wasprogramma is afgelopen? Het OLG lost dit als volgt op:

“Ein Teil auch sorgfältiger Hausfrauen geht davon aus, man könne von ihnen nicht verlangen, während des Waschvorgangs einer automatischen Waschmaschine die Wohnung nicht zu verlassen und die Maschine in der Weise zu überwachen, daß sie nach dem Austreten von Wasser aus der Maschine oder dem Platzen eines Schlauches alsbald den weiteren Wasseraustritt verhindern können. Auch diese Frauen haben im Schadensfall aber allgemein durchaus das Bewußtsein, daß sie dann für den Schaden eintreten müssen und den Geschädigten nicht die Folgen tragen lassen dürfen.”⁵⁶

54 Schut 1969, p. 273; Jansen 2003, p. 571; Smith 2019, p. 93-95.

55 Jansen 2003, p. 568.

56 OLG Düsseldorf *VersR* 1975, 159f.

Daarmee maakt het OLG duidelijk dat van deze plicht geen nakoming gevorderd kan worden en dat daadwerkelijk onafgebroken toezicht ook niet wordt verwacht, maar dat als een overstroming zich voordoet en naleving van deze plicht niet kan worden aangetoond, de eigenaar desalniettemin tot schadevergoeding is verplicht.⁵⁷ Dat komt, zegt Jansen, omdat hier simpelweg een *Erfolgsverantwoordelijkheid* bestaat.⁵⁸

Dit geval is nog niet zo problematisch als de hiervoor onder § 9.3.2 besproken gevallen waarin het gedrag ook systematisch moeilijk ‘onrechtmatig’ te noemen is,⁵⁹ maar raakt wel aan problematiek die ons recht niet vreemd is. Neem bijvoorbeeld het *Natronloog*-arrest.⁶⁰ De Hoge Raad overwoog daar dat een werkster een haar onbekende vloeistof alleen bij het vuilnis had mogen zetten als ze “ofwel [wist] of gegronde redenen [had] om aan te nemen dat het om een vloeistof [ging] die bij aanraking met de mens geen gevaar oplevert, ofwel de betreffende vuilniszak onder controle houdt en degen die de zak aan wil pakken waarschuwt voor de aanwezigheid daarin van een emmertje met een mogelijk gevaarlijke vloeistof.”⁶¹ De gedragsnorm die de Hoge Raad hier geeft is een vrij onrealistische. Het lijkt onwaarschijnlijk dat de Hoge Raad daadwerkelijk van degene die een niet door hem gevulde vuilniszak buitenzet verwacht dat hij de zak voortdurend onder controle houdt. Theoretisch gaat het hier wel om een normschending, maar hier lijkt de zorgplicht toch veel meer gebruikt te worden om schadevergoeding achteraf mogelijk te maken.⁶² En dat roept de vraag op of we er niet beter aan zouden kunnen doen te erkennen dat alle aansprakelijkheid uiteindelijk een soort risicoaansprakelijkheid is, waarin de normschending slechts één van de omstandigheden voor aansprakelijkstelling is.⁶³

9.4.3 *Het belang van normstelling*

Wie zoekt naar één verklaring voor de op grond van risicoaansprakelijkheid, schuldaansprakelijkheid of andere gronden gevestigde schadevergoedingsverplichtingen zal inderdaad moeten concluderen dat de uiteindelijke vraag er een naar risicoverdeling is.⁶⁴ Voordeel van die benadering is dat het twee of zelfs meerdere ogenschijnlijk verschillende aansprakelijkheidsgronden met elkaar verenigt via de kleinste gemeenschappelijke deler.⁶⁵ Nadeel is echter dat de materie hier dermate abstract van wordt, dat ze weinig richting biedt. Wat is dan

57 Jansen 2003, p. 3 met verwijzingen naar andere voorbeelden.

58 Jansen 2003, p. 119-145, 567.

59 Zoals de aansprakelijkheid voor strafvorderlijk optreden na gebleken onschuld van de verdachte (HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1019, *NJ* 1990/794, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/B*), r.o. 3.4; HR 23 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0055, *NJ* 1991/92 (*Joeman/Staat*), r.o. 3.3).

60 HR 8 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4306, *NJ* 1982/614, m.nt. Brunner (*Natronloog*).

61 *Ibid.* r.o. 4.

62 Vergelijkbare problematiek speelt bij de ongelukkige samenloop van omstandigheden, zoals HR 11 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4688, *NJ* 1984/331; HR 9 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1576, *NJ* 1996/403, m.nt. Brunner (*Zwiepende tak*); HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5784, *NJ* 2001/300, m.nt. Jac. Hijma (*Jansen/Jansen*). Hoewel ook daar strikt genomen wel zorgplichten kunnen worden aangenomen, is het maar zeer de vraag of dat plichten zijn waarvan we daadwerkelijk nakoming verwachten. Realistisch gezien zal nakoming ervan in ieder geval nooit kunnen worden gevorderd; daarvoor zijn de aanleidingen te plotseling.

63 Jansen 2003, p. 571; Smith 2019, p. 93-95.

64 Zie Smith 2019; Jansen 2014, p. 16-28; Jansen 2003; Schut 1969 en zelfs Scholten 1899, die allen op een vergelijkbare grondslag uitkomen.

65 Jansen 2003, p. 567.

precies een onrechtvaardige uitkomst te noemen? Welke risico's komen voor wiens rekening?⁶⁶ Het risico van deze abstractie is dat we de normatieve informatie die de op de gedaagde rustende plicht biedt achterwege laten.

Als we aannemen dat alle aansprakelijkheden zich ergens op het spectrum tussen zuivere schuldaansprakelijkheid en zuivere risicoaansprakelijkheid bevinden, is er altijd een manier te vinden om de ene in termen van de ander te duiden. We zouden kunnen zeggen dat de risicoaansprakelijkheden niet meer zijn dan gevallen waarin van daadwerkelijke, subjectieve schuld geabstraheerd wordt. Omgekeerd zouden we kunnen zeggen dat iedere schuldaansprakelijkheid uiteindelijk een geval is waarin maatschappelijke risico's verdeeld worden. Allebei waar, maar allebei weinig behulpzaam in een concreet geval. In deze paragraaf presenteer ik deze materie in andere benadering. Veel beter is het om te erkennen dat er inderdaad zeldzame gevallen zijn waarin een primaire plicht tot schadevergoeding kan worden gevonden (§ 9.4.3.1), maar dat waar een gedragsnorm is aan te wijzen, dat nog altijd de beste bron van normatieve informatie is om tot een passende remedie te komen (§ 9.4.3.2).

9.4.3.1 HET NUT VAN EEN PRIMAIRE PLICHT TOT SCHADEVERGOEDING

Hiervoor besprak ik dat het vaak transparanter kan zijn om te erkennen dat sommige plichten nu eenmaal een primaire plicht tot schadevergoeding in zich hebben.⁶⁷ Die plicht moet dan worden gevonden zoals gedragsnormen moeten worden gevonden. Als we op basis van het vermogen van de één en de hulpbehoefte van de andere kunnen komen tot de regel dat die eerste verplicht is (kostbare) maatregelen te nemen, dan moeten we op een vergelijkbare manier ook kunnen komen tot een primaire plicht tot schadevergoeding.⁶⁸ Dat zal niet vaak zo zijn, maar een beginsel als het profijtbeginsel geeft daar in sommige gevallen aanleiding toe.⁶⁹ Naast dat het transparanter is, kan het de rechter echter ook helpen een meer genuanceerde oplossing te bereiken. Dat het ook echt kan lonen een primaire plicht tot vergoeding aan te nemen, is te zien bij een alternatieve analyse van de regel uit *Plas/Valburg*.

In *Plas/Valburg* overwoog de Hoge Raad dat waar twee partijen met elkaar onderhandelen over een overeenkomst, het onder omstandigheden in strijd met de goede trouw (i.e. de redelijkheid en billijkheid) kan zijn onderhandelingen af te breken en dat, als een van de partijen dat toch doet, een vergoeding van gemaakte kosten of zelfs gemiste winst op haar plaats kan zijn.⁷⁰ In latere rechtspraak is dat arrest vaak zo opgevat dat onder omstandigheden een plicht tot *dooronderhandelen* kan bestaan.⁷¹ Het is nog maar zeer de vraag of dat wenselijk

66 Zie ook Schut 1969, p. 272: "Risico is niet, zoals schuld, een 'beginsel' dat de aansprakelijkheid fundeert. Risico is iets heel anders, nl. een uitdrukkingwijze voor een wenselijk geacht resultaat dat nog een begin van rechtvaardiging behoeft." (onderstreping WThN)

67 Zie hiervoor § 9.3.

68 Zie hiervoor § 9.3.3.

69 De vergoedingsplicht voor de belanghebbende bij een zaakwaarneming is daar waarschijnlijk het beste voorbeeld van, zie art. 6:200 lid 1 BW.

70 HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405, *NJ* 1983/723, m.nt. C.J.H. Brunner (*Plas/Valburg*), r.o. 3.5.

71 HR 23 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0018, *NJ* 1988/1017, m.nt. C.J.H. Brunner (*VSH/Shell*), r.o. 3.1; HR 14 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2105, *NJ* 1997/481, m.nt. H.J. Sniijders (*De Ruijterij/MBO*), r.o. 3.6; HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, *NJ* 2005/467 (*CBB/JPO*), 3.6; HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6755, *NJ* 2013/142 (*Greenib Car/Van Dam*), r.o. 3.4.3.

en praktisch nuttig is. Die plicht zoekt de grenzen van de contractsvrijheid wel erg op,⁷² en het is de vraag waar nakoming toe leidt. Ten eerste lijkt het enkele feit dat men heeft moeten procederen over het dooronderhandelen een reden aan te nemen dat er – in ieder geval vanaf dat moment – geen vertrouwen op het tot stand komen van de overeenkomst meer zou mogen bestaan, zodat de onwillende partij daarna alsnog weg zou moeten kunnen lopen. Ten tweede, als partijen dan toch tot een overeenkomst komen, is het maar zeer de vraag hoe duurzaam die relatie is. Is het nu echt verstandig partijen tussen wie zich zo’n breuk heeft voorgedaan tot elkaar te veroordelen?

Het stoelen van deze vergoedingsplichten op het onrechtmatige afbreken van onderhandelingen roept bovendien causaliteitsproblemen op. Ten aanzien van de gemaakte kosten (i.e. de ‘fase 2-vergoedingsplicht’) geldt dat zij helemaal niet in causaal verband staan met het *afbreken*.⁷³ Zij zouden immers ook zijn gemaakt als de onderhandelingen niet zouden zijn afgebroken.⁷⁴ Ten aanzien van de vergoeding van gederfde winsten geldt dat die wel in causaal verband *kunnen* staan met het afbreken van onderhandelingen, maar het is de vraag of die analyse niet onnodig complex wordt. De vraag zal dan immers niet alleen worden wat die overeenkomst dan opgeleverd zou hebben (met dat bijltje hakt de rechter vaker) maar ook *of* een overeenkomst tot stand zou zijn gekomen (wat nu juist onzeker is).

Een oplossing zou dan ook kunnen zijn deze ‘plicht tot dooronderhandelen’ slechts te zien als een *Obliegenheit*,⁷⁵ waarvan de schending kan leiden tot het aannemen van een *primaire plicht* tot vergoeding van kosten of misgelopen winsten. Die lezing zou zelfs goed aansluiten bij de overweging van de Hoge Raad in *Plas/Valburg* dat “zulk afbreken [een partij] in de gegeven omstandigheden niet meer zou hebben vrijgestaan zonder de door [de wederpartij] gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk voor haar rekening te nemen.”⁷⁶ Hoewel daarmee niet is gezegd dat de Hoge Raad deze plicht altijd als *Obliegenheit* heeft willen zien, geeft deze overweging daar wel ruimte toe. Gelet op de nadelen verbonden aan het aannemen van een plicht tot dooronderhandeling en gelet op het feit dat een primaire plicht tot vergoeding zo systeemvreemd nog niet is, verdient die lezing wat mij betreft ook de voorkeur. Juist door te erkennen dat niet alles draait om normschending, kan soms een genuanceerder en passender resultaat worden bereikt.⁷⁷

72 Zie bijv. Nieuwenhuis 2010; Kortmann 1996. Al wijst Castermans er terecht op dat een veroordeling tot dooronderhandelen op zichzelf nog niet in strijd is met de contractsvrijheid, zie Castermans 1992, p. 43.

73 Dit punt is opgeworpen, maar niet beslist, in HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6755 (*NJ* 2013/142 (*Greenib Car/Van Dam*)), r.o. 3.7.1-3.7.3.

74 Een alternatieve lezing is die van Jansen, die meent dat de onrechtmatigheid is gelegen in het schetsen van een te rooskleurige positie (Jansen 2012, p. 328-329). De gedachte is dat de gemaakte kosten niet zouden zijn gemaakt als de onderhandelaar duidelijker was geweest over de haken en ogen die daar nog aan verbonden waren. Hoewel daarmee het causaliteitsprobleem omzeild wordt, is het de vraag of het wenselijk is een daadwerkelijke plicht tot informatieverstrekking aan te nemen. Contractspartijen zullen tijdens de onderhandelingen immers vaak een rooskleurig beeld schetsen en *mogen* dat tot op zekere hoogte ook (Hijma 1991, p. 663). Nadrukkelijk anders over de mededelingsplicht in het algemeen: Castermans 1992, p. 38-39.

75 Zie over dat begrip Castermans 1992, p. 29-31; Keirse 2003, p. 76; Jansen 2012, p. 36 e.v.

76 HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405, *NJ* 1983/723, m.nt. C.J.H. Brunner (*Plas/Valburg*), r.o. 3.5.

77 De discussie over de mogelijkheid deze vergoeding om te zetten in een vergoeding in natura, zoals gebeurde in *Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao*, ECLI:NL:OGEAC:2017:186, *NJF* 2018/68 (*Papagayo Beach Resort/Watersports*), r.o. 4.14, kan dan ook vermeden worden. De kritiek die ik elders leverde (Nuninga 2021) kan dan achterwege blijven.

9.4.3.2 DE RAADGEVENDE ROL VAN DE NORM

Er is dus alle reden om aan te nemen dat er primaire verplichtingen tot schadevergoeding bestaan. Omdat alle aansprakelijkheden zich ergens op een spectrum van zuivere risicoaansprakelijkheid tot zuivere schuldaansprakelijkheid bevinden, is het echter ook weer niet nodig het kind met het badwater weg te gooien en te zeggen dat normschending dan *dus* niet de reden kan zijn voor het toekennen van schadevergoeding.⁷⁸ Een gedragsnorm bevat namelijk heel veel informatie over wat een passende verantwoordelijkheidsverdeling moet zijn. Denk bijvoorbeeld aan het hiervoor vaak besproken *Deutsche Bank/X*.⁷⁹ De bank had daar ten onrechte nagelaten haar klant erop te wijzen dat zij zelf geen onderzoek had gedaan naar het investeringsfonds dat zij onder zijn aandacht bracht. De klant investeerde en raakte geld kwijt toen bleek dat binnen het fonds gefraudeerd werd. De Hoge Raad oordeelde dat de bank alleen aansprakelijk kon worden gehouden voor deze schade als zou komen vast te staan dat de klant bij correcte informatie over de diepgang van het onderzoek van de bank niet geïnvesteerd zou hebben.⁸⁰ Dat lijkt terecht; wie verplicht is correct te informeren, draagt alleen de risico's die gepaard gaan met incorrecte of onvolledige informatievoorziening, niet de risico's van investeren in het algemeen. De norm is hier juist een uitgelezen instrument om de verantwoordelijkheidsverdeling in te vullen.

Ervan uitgaande dat alle aansprakelijkheid zich op een spectrum tussen zuivere schuldaansprakelijkheid en zuivere risicoaansprakelijkheid bevindt kan de juiste verdeling van verantwoordelijkheid soms zelfs worden afgeleid uit de norm die wordt gebruikt om de risicoaansprakelijkheid vorm te geven. Neem het geval in *Paalrot*. De Hoge Raad meende daar dat de vraag of sprake was van een gebrek aan het riool mocht en moest worden ingevuld aan de hand van de zorg die van de bezitter van het riool mocht worden verwacht.⁸¹ Stel nu dat in het concrete geval de gemeente zou hebben nagelaten de riolering periodiek te inspecteren, maar dat evenwel duidelijk is dat periodieke inspectie de concrete schade niet zou hebben voorkomen. Doet het feit dat de gemeente dit onderzoek niet deed er dan nog toe? Als het 'gebrek' is dat de riolering onvoldoende gecontroleerd is, maar eveneens duidelijk is dat *dat* gebrek niet heeft geleid tot de schade, zou de aansprakelijkheid dan niet moeten worden afgewezen? Het feit dat de Hoge Raad de normatieve toets in het gebrekcriterium heeft opgenomen impliceert van wel. En dat sluit naadloos aan bij de idee dat waar een norm is aan te wijzen, het scenario dat door de norm beloofd werd de schadebegroting kan sturen.⁸² De norm beloofde hier kennelijk een periodiek geïnspecteerd riool. Als de drainage ook bij periodieke inspectie was ontstaan, zijn de huiseigenaren in het huidige scenario niet slechter af dan in het hypothetische geval waarin wel voldoende geïnspecteerd is.

De norm kan hier steeds de benodigde informatie bieden om tot een passende beslissing te komen. Het feit dat een gedragsnorm op de gedaagde rustte en dat de eiser daardoor werd beschermd zegt namelijk heel veel over de verhouding

78 Zie destijds al in reactie op Scholten: Bruins 1906, p. 118, 140; Fruin 1932, p. 9.

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

80 *Ibid.* r.o. 3.1.3.

81 HR 30 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7487, NJ 2012/689 (*Paalrot*), r.o. 4.5.

82 Zie hiervoor § 5.4.

tussen die partijen. De norm vertelt ons waar de verplichte precies verantwoordelijk voor is. Als hij verplicht is een waarschuwing af te geven, kan hij bij het achterwege laten van die waarschuwing alleen aansprakelijk worden gehouden voor gevolgen die bij het geven ervan niet zouden zijn ingetreden.⁸³ Als hij verplicht is zijn patiënt een kans op herstel te bieden, dan is het onthouden van die kans een reden de patiënt daar vergoeding voor te bieden, ook als de uitkomst van de behandeling niet zeker was.⁸⁴ En als hij zorg moet dragen voor lijf en gezondheid van een ander, dan hoort daar doorgaans een hoge verantwoordelijkheid bij. Die verantwoordelijkheid uit zich niet alleen in hoe hij zich moet gedragen, maar ook in een verhoogde toerekening.⁸⁵ Voor het maken van deze en allerlei remedierechtelijke keuzes zijn we niet steeds aangewezen op de intuïtie, maar kunnen we vertrouwen op de aan de vordering ten grondslag gelegde norm.

9.5 Conclusie

De centrale stelling van deze dissertatie is dat remedies steeds in verband moeten worden gebracht met de materiële gedragsnorm die daaraan ten grondslag wordt gelegd. Die stelling moet niet zo worden gelezen dat een remedie *uitsluitend* op een al dan niet dreigende normschending gestoeld zou kunnen worden. Dat zou namelijk een misvatting zijn: in zeldzame gevallen is het wel degelijk mogelijk dat een remedie wordt opgelegd zonder dat een normschending kan worden aangewezen. De stelling is veel eerder dat waar de normschending de grondslag voor de remedie is, het een fout zou zijn de normatieve informatie die die gedragsnorm biedt niet centraal te stellen bij de selectie en vormgeving van de remedie.

Het aantal gevallen waarin een remedie beschikbaar is zonder normschending is overigens beperkt. Zo wordt wel gesteld dat vorderingen als de revindicatie en de *actio negatoria* ‘direct’ op het subjectieve recht gestoeld zijn. Dat is in die zin juist dat een voorafgaande normschending voor het slagen van die acties niet vereist is. Het punt is evenwel dat dat zo uniek nog niet is. Voor toewijzing van een rechterlijk bevel ter handhaving van een gedragsnorm is nooit een voorafgaande normschending vereist. Bovendien is het feit dat degene die een zaak revindiceert of een *actio negatoria* instelt een subjectief recht heeft slechts de helft van het verhaal. De andere helft is dat degene die wordt aangesproken ook altijd *verplicht* is die zaak af te geven of de zaak van de ander vrij te maken.

Moeilijker zijn de veroordelingen tot schadevergoeding zonder voorafgaande normschending. In die gevallen ontstaat de verplichting tot vergoeding nadrukkelijk op andere gronden dan de schending van een gedragsnorm. Voorbeelden zijn de risicoaansprakelijkheden en de kosten die zijn gemaakt ten behoeve van zaakwaarneming. De gedaagde wordt hier niet aangesproken omdat hij iets verkeerd heeft gedaan, maar omdat uit het systeem voortvloeit dat hij en niet de

83 Zie bijv. HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28, *NJ* 2020/121, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Deutsche Bank/X*). Zie ook § 5.2.1 hiervoor.

84 Zie bijv. HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Netvliesloslating*); HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2786, *NJ* 2017/422 (*X/AZM*). Zie ook § 6.3.1.1 onder (b) hiervoor.

85 Zie bijv. HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, *NJ* 2020/233, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Alphen aan den Rijn*). Zie ook § 5.3.2 hiervoor.

eiser deze kosten zou moeten dragen. Daarbij is het vaak wel zo dat een gedragsnorm op de achtergrond alsnog een rol speelt – de Hoge Raad legt het gebrek-criterium uit artikel 6:174 BW bijvoorbeeld nadrukkelijk uit aan de hand van de mate van zorg die van de eigenaar mag worden verwacht – zodat daar nog steeds wel enige informatie uit kan worden geput. Hoewel de invloed hier dus nadrukkelijk veel minder groot is en – belangrijker – de grondslag echt elders moet worden gezocht, is die invloed er wel. De norm is daar wellicht niet de belangrijkste, maar nog altijd een belangrijke bron van informatie ten behoeve van de vormgeving van de remedie.