



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Schade en risico: over de corrigerende en verdelende functie van het schadevergoedingsrecht

Franken, A.C.H.

Citation

Franken, A. C. H. (2022, September 29). *Schade en risico: over de corrigerende en verdelende functie van het schadevergoedingsrecht*. Boom Juridisch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464725>

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/1887/3464725>

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

4.1 WANNEER SCHADEVERGOEDING BIJZONDER IS

231. Schadeberekening gaat over gevallen waarin de schade of de schadevergoedingsplicht voortvloeit uit de feiten. Het onvoorzichtig ‘spelen met vuur’ leidt voorzienbaar en aannemelijk tot brandschade. Het vaststellen van de schadevergoedingsplicht behoeft geen toerekening. Zowel de schade, als het ‘aansprakelijkheidsverband’ tussen het risico en de schade, zijn met de feiten aanstonds aannemelijk. Maar de normschending, de schade of de schadevergoeding is niet altijd aannemelijk, bijvoorbeeld wanneer het gaat om niet alledaagse risico’s of nieuwe vormen van schade. De laedens of de benadeelde is ook niet altijd ‘gemiddeld’. In de regel verschillen de *individuele omstandigheden*.¹ We vervullen vaak verschillende rollen op één dag.² Het ene moment zijn we een kwetsbare consument, het volgende moment een ervaren beroepsbeoefenaar. De rollen die we vervullen zijn in de regel zelfverkozen en vaak heel verschillend. Tegelijkertijd normeren die rollen wel via de verwachtingen die ermee verbonden zijn.³ Het maakt verschil of ik besluit als voetganger aan het verkeer deel te nemen of met een monstertruck.⁴

Wat niet
vergelijkbaar is

232. De mate waarin de individuele omstandigheden een afwijking van het gemiddelde rechtvaardigen, hangt af van de *waardering* van die individuele feiten en omstandigheden. Naar plaats en tijd is ieder voorval in aanleg uniek. Bij concurrerende waarden is de *‘compatibiliserende functie’* van het recht niet beperkt tot de schade (par. 3.9.3), maar strekt zich ook uit tot de vraag in hoeverre een reden tot schadevergoeding bestaat.⁵ In hoeverre wijken de laedens of de benadeelde af van wat van een gemiddeld mens

Behoeft
waardering

1. Franke 2022, p. 384: ‘kennen’ en ‘kunnen’ verschillen per persoon.
2. Van Dam 2020/308-1.
3. Loth 2021, p. 60 – 61.
4. Hof Arnhem-Leeuwarden 23 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4674, VR 2019/14 (*Monstertruck*).
5. Loth 2021, p. 202.

verwacht mag worden? Deze afweging vindt plaats in een debat tussen de laedens en de benadeelde. De maatstaf die de rechter voor zijn beoordeling hanteert, wordt begrensd door wat toepasbaar is in vergelijkbare gevallen. Een rechter die toerekent, gebruikt niet enkel gezond verstand teneinde *'ons in te passen in de wereld van de verschijnselen'*, maar beoefent al oordelend *'de mysterieuze gave die de geest in staat stelt om het algemene, dat altijd een mentale constructie is, en het bijzondere, dat altijd gegeven is aan de zintuigelijke ervaring, samen te brengen.'*⁶ Samengevat: *'Het denken "veralgemeent" altijd.'*⁷

Plan van
aanpak

233. Dit hoofdstuk gaat over waar juristen in de regel vooral mee bezig zijn: de *redelijkheid* van de schadevergoeding, het vaststellen van de schadevergoedingsplicht door toerekening. Anders dan in het vorige hoofdstuk, waar het vooral over de motivering van de uitkomst ging, en het onnodig gebruik van de *'redelijkheid'*, gaat dit hoofdstuk meer over de inhoudelijke norm; en hoe die toerekening eruitziet. Ik zal de toerekening bespreken door eerst stil te staan bij wat met toerekening wordt bedoeld, meer specifiek ten aanzien van de laedens (par. 4.2). Vervolgens bespreek ik de toerekening van de schade aan de hand van de zorgvuldigheid (par. 4.3) en de gelijkheid (par. 4.4). Op die manier wordt duidelijk wat het verschil is tussen gedragsnormen en verdelingsnormen (par. 4.5). Het onderscheid tussen enerzijds schadeberekening en schadetoerekening en anderzijds gedragsnormen en verdelingsnormen laat zien hoe *'the basis of risk'* van het schadevergoedingsrecht in drie typen risico uitéén valt (par. 4.6). Deze trilogie heeft ook onderscheidende betekenis als het gaat om gevallen van hoofdelijkheid (par. 4.7), eigen schuld (par. 4.8) of de vraag in hoeverre bij de benadeelde van vergoedbare schade sprake is (par. 4.9).

4.2 TOEREKENEN HOUDT VERBAND

Toerekenen is
kiezen

234. Bij *toerekenen* gaat het om het waarderen van feiten en omstandigheden. Op basis van die waardering *kiezen* we vervolgens in een concreet geval welke feiten en omstandigheden doorslaggevend zijn.⁸ Die keuze vindt niet langer plaats aan de hand van een gedeelde maatstaf, zoals wanneer het gaat om wat naar de toekomst een voorzienbaar gevolg is of vanuit het verleden als oorzaak waarschijnlijk. Bij toerekening ontbreekt voldoende transparantie of bepaalbaarheid om de schade als een voorzienbaar gevolg met een aannemelijke oorzaak (par. 3.3.1) of het risico als een voorzienbaar

6. Arendt 1975, p. 97 resp. p. 109.

7. Arendt 1975, p. 258.

8. Asser/Scholten 1974, p. 10.

gevolg met een mogelijke oorzaak (par. 3.4.1) op basis van louter de feiten te kunnen ‘berekenen’. Het gaat niet langer om wat oorzakelijk is, maar om wat als voldoende redengevend geldt. Wat voor mensen een goede reden vormt, is zelden statisch, vaak dynamisch. Kiezen begint met willen. Arendt schetst het contrast tussen ‘willen’ en ‘denken’.⁹ Waar denken gedijt bij rust, teruggetrokkenheid en het verleden, kenmerkt willen zich door ongeduld, onrust, bezorgdheid, en beweegt toekomstgericht tussen hoop en vrees. De wil verlangt te doen, lost zich op in een handeling, waarmee het aan verschijnselen betekenis geeft.

235. Ingeval van een ‘ongelukkige samenloop van omstandigheden’, zoals wanneer paarden vergiftigd raken door het eten van een taxusstruik,¹⁰ bestaat voor een *gemiddeld* mens geen vergoedingsplicht (par. 3.6.6). Maar wat nu als de vergiftiging veroorzaakt is door het onnadenkend handelen van een *old rural professional*, met een noodlottig ongeval van een buurkind als gevolg?¹¹ Leggen we de nadruk op bepaalde *specifieke* omstandigheden, zoals de aard van het letsel of het bestaan van een preventiemogelijkheid, dan dringt zich uit de bijzondere aard van deze omstandigheden een vergoedingsgrond op waarvan de reikwijdte op een later moment in andere gevallen nog nader beoordeeld kan worden (par. 4.3.1). Hoe het verdriet te begroten dat de ouders door dit ongeval lijden? Na een jarenlang debat kent de wet sinds 1 januari 2019 een voor iedereen vergelijkbare regeling van affectieschade.¹² Verkiezen we de meer *algemene* omstandigheden van het geval, bijvoorbeeld om redenen van doelmatigheid en rechtszekerheid, dan bestaat denkbaar juist vanuit die andere gevallen een vergoedingsgrond, in weerwil van wat gemiddeld gezien onaannemelijk is (par. 4.9). ‘*In de feiten ligt het recht.*’ citeert Vranken de gedenkwaardige gedachte van Paul Scholten, erop wijzend dat het voor een jurist ‘*de kunst is om de feiten te verzamelen en tot spreken te brengen.*’¹³ Terecht spreekt Vranken van een ‘*kunst*’. Alleen verzamelwoede of welsprekendheid is voor het maken van een goede keuze

Uit omstandigheden

9. Arendt 1975, p. 335.

10. HR 22 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1347, NJ 1994/624, m.nt. C.J.H. Brunner (*Taxusstruik*).

11. Volgens Brunner, in zijn NJ-noot, is de Hoge Raad in het taxus arrest te coulant: ‘Naar mijn oordeel zijn in deze zaak de eisen van de maatschappelijke zorgvuldigheid te laag gesteld.’ ‘Nu lijkt stadse onwetendheid ook voor het platteland als maatstaf van maatschappelijke zorgvuldigheid te zijn aanvaard.’ Zo ‘(...) is een premie gesteld op het wijdverbreide misverstand dat wat groen is ongevaarlijk is voor vee en dat dieren wel niet zullen eten wat voor hen gevaarlijk is.’

12. Art. 6:107 lid 1 sub b jo lid 2 BW, art. 6:108 leden 3 en 4 BW.

13. Asser/Vranken 2005/20. Asser/Scholten, p. 9.

niet voldoende. Overtuigend worden feiten pas als ze geplaatst worden ten overstaan van het juiste referentiepunt.¹⁴

Op basis van
een norm

236. Toerekening geschiedt tegen de achtergrond van gevalsbillijkheid en gelijkheid: het oordeel moet in een individueel geval redelijk en billijk zijn en in gelijke gevallen voor toepassing vatbaar. Nieuwenhuis wijst erop hoe de 'coördinaten' van het aansprakelijkheidsrecht worden gevormd door 'de billijkheid van regels en de billijkheid van beslissingen in een concreet geval.'¹⁵ De ene billijkheid is niet bij voorbaat inferieur aan de andere. Steeds moeten gevalsbillijkheid en gelijkheid in een concreet geval tegen elkaar worden afgewogen, op basis van concrete feiten. De ene keer prevaleert de *gevalsbillijkheid*. De toerekening verloopt dan aan de hand van de meer *specifieke* omstandigheden van het geval, en is tussen partijen *corrigerend*. Gekozen worden de feiten die vooral gevalsspecifiek zijn en waarvan de mate van relevantie voor vergelijkbare gevallen op basis van nieuwe omstandigheden op een later moment kan worden gezien. De andere keer gaat het vooral om de gelijkheid of beter: de onderlinge *solidariteit*. Deze vorm van toerekening voltrekt zich op basis van de meer *algemene* omstandigheden van het geval. De toerekening beoogt dan wat schaars is binnen een gemeenschap te *verdelen*. Gekozen wordt voor de feiten die gevalsoverstijgend zijn en bijdragen aan een eerlijke verdeling en het 'onderling vertrouwen'.

Ook door de
rechter

237. Wordt in een concreet geval *méer of* minder vergoed dan wat aanmerkelijk is, dan oefent het aansprakelijkheidsrecht, in de woorden van Verheij, zijn 'offensieve' functie uit.¹⁶ Dit raakt direct de onderlinge verdeling. Wat er bij de één bij komt, gaat er bij de ander vanaf. Het is begrijpelijk dat die herverdeling van oudsher via de wetgever verloopt. Democratisch gelegitimeerd, past de rechter de wettelijke (her)verdeling toe. In de huidige maatschappij is die traditionele vorming van het recht niet meer voldoende: 'Sterker nog, rechterlijke rechtsvorming móét.'¹⁷ Rechterlijke rechtsvorming leidt tot een wezenlijk andere taakinvulling dan wanneer de rechter het debat beslist aan de hand van het bewijsrisico (par. 3.1). Rekent de rechter toe, dan vormt zo'n oordeel *expert wisdom*. Daartoe worden de rechter

14. Als ultiem referentiepunt verwijst Arendt 1975, p. 401, voor Augustinus, *Confessiones* (397), boek XIII, hoofdstuk ix, naar de wil en de liefde: 'De liefde is het "gewicht van de ziel", haar gravitatiewet, die de beweging van de ziel tot rust brengt.'; voor Thomas van Aquino, *Summa Theologiae*, 1265, deel I, quaestio 82, a.4, verwijst Arendt 1975, p. 433, naar het verstand en het kennen.

15. Nieuwenhuis 1999, p. 103.

16. Hannah Arendt 1975, pp. 36, 233, 258, spreekt van het 'subversief', 'ontheemd' zijn van het na-denken, in tegenstelling tot wat met gezond verstand als 'regel' (*mores*) of 'gewoonte' (*ethos*) geldt.

17. Asser/Vranken 2005/9.

de relevante gezichtspunten en argumenten door de partijen aangedragen. Daaraan gebonden is de rechter niet. Het toerekeningsdebat overstijgt partijen en raakt een hele groep of gemeenschap.¹⁸ Met het toerekenen van de schade schept de rechter ten minste een precedent en creëert mogelijk een nieuwe orde, die in latere oordelen bevestiging krijgt. Diens rechtsvinding of rechtsvorming raakt bij uitstek het materiële privaatrecht en kan betrekking hebben op zowel de schade als de vergoedingsplicht.¹⁹

4.2.1 ... MET RISICO'S EN BELANGEN

238. Ziet de toerekening op de schadevergoedingsverplichting, dan gaat het om de vraag in hoeverre een bepaalde schade voor rekening en risico van de laedens komt. Bij de *laedens* vloeit die toerekening voort uit de artt. 6:75, 6:162 lid 2 BW wanneer het gaat om diens *handelen of nalaten*, en 6:98 BW voor zover het de *gevolgen* daarvan betreft.²⁰ Hoewel beide vormen van toerekening kunnen worden onderscheiden, zijn beide vormen van toerekening onmiskenbaar gerelateerd aan elkaar.²¹ Beide vormen van toerekening gaan uiteindelijk over de vraag in hoeverre een bepaalde schade voor rekening van de laedens komt. We zullen zien dat deze vorm van toerekening kan worden ingevuld aan de hand van de zorgvuldigheid als gedragsnorm (par. 4.3) of via het solidariteitsprincipe als verdelingsnorm (par. 4.4).

Over verhaal-
baarheid

239. Voor zover de toerekening betrekking heeft op de schade en de *benadeelde* betreft, is de toerekening van *belangen* gebaseerd op artt. 6:95, 106 BW, en als het om de *gevolgen* daarvan gaat op artt. 6:96 BW. Ook hier geldt dat beide vormen van toerekening met elkaar verband houden en het uiteindelijk om de vraag gaat in hoeverre van vergoedbare schade sprake is. Wat een schade vormt, is immers niet een vaststaand gegeven. Bij gemis van gedeelde waarden, kan het aannemen van schade toch redelijk zijn. De rechtsvormende begroting door de rechter vindt bijvoorbeeld plaats via wat 'ander nadeel' is en kan meer gevalscorrigerend zijn door de zwaarwegende specifieke omstandigheden van het geval, of meer gemeenschapsverdelend, wanneer juist de algemene omstandigheden van het geval voorop staan (par. 4.9).

Of over ver-
goedbaarheid

18. Loth 2016/12.

19. Loth 2021, p. 142.

20. Asser/Sieburgh 6-II 2017/62; Spier 1992/3, waarin vooral het verschil tussen beide vormen van toerekening wordt benadrukt; Verheij 2019/17; Van Dam 2020/301.

21. Klaassen 2017/32; Toerekening aan de laedens (art. 6:75, 162 lid 2 BW) gaat aan toerekening van de schade vooraf (art. 6:98 BW); Nieuwenhuis, *TPR* 2002, p. 1722, die eenzelfde relatie tussen de dader en de gevolgen van zijn handelen legt in verband met schuld; Tjong Tjin Tai 2017, p. 4.

4.2.2 ... EN MET HET CORRIGEREN OF VERDELEN DAARVAN

Twee
bronnen van
toerekening

240. De redenen om meer of minder aan de *laedens* toe te rekenen dan voor gemiddelde mensen geldt, zijn gevarieerd, en worden door Klaassen en Sieburgh aan de hand van de parlementaire geschiedenis samengevat als de gevaar- en profijitgedachte.²² *Gevaar* en *profijit* zijn onmiskenbaar relevante omstandigheden. Toch leidt gevaar- of risicoverhoging nog niet tot aansprakelijkheid.²³ Niet iedere voorzienbare schade of risicoverhoging is na een realisatie verhaalbaar.²⁴ Een dergelijk ruime toerekening verandert de *schadevergoeding* in een *risicovergoeding*.²⁵ Hetzelfde geldt als het gaat om profijit. De schadetoerekening op basis van alleen behaald voordeel verandert de *schadevergoeding* in een *winstafdracht*. Ongebreidelde toepassing van gevaar en profijit leidt tot uitkomsten die in strijd zijn met de handelingsvrijheid die ons aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht veronderstelt. Onderscheidende betekenis krijgen gevaar en profijit pas als beide grondslagen worden gezien in samenhang met de daarbij behorende norm. Bij de gevaargedachte gaat het om een gedragsnorm, bij de profijitgedachte om een verdelingsnorm. Aan beide normen liggen verschillende vormen van rechtvaardigheid ten grondslag.²⁶

Vanuit de
zorgvuldigheid

241. Bij toerekening op basis van de gevaargedachte gaat het vooral om het voorkomen van de schade. Het gaat om de voorzienbaarheid van de schade, de mate van *inspanning*, en inherent daarin besloten: vragen van preventie en *corrigerende rechtvaardigheid*.²⁷ De autonomie van de *laedens* staat voorop. Corrigerende rechtvaardigheid gaat over zorgvuldigheid. De schadevergoedingsplicht wordt gerechtvaardigd door de voorzienbare gevolgen van het menselijk *gedrag*. Winiger beschrijft hoe de individuele verantwoordelijkheid via de Griekse wijsgeren en de Lex Aquilia het voordien heersende uitgangspunt van vergelding verving.²⁸ Tegelijkertijd mag de vrije wil niet

22. Klaassen 1991, p. 10; Sieburgh 2000, p. 184; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/27.

23. Van Dam 2020/203; De termen 'gevaar' en 'risico' zijn uitwisselbaar. Een gevaar loopt men als benadeelde. Een risico neemt men als *laedens*.

24. HR 23 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1766, NJ 1995/730 (*OWM/Koetje*); Sieburgh 2000, p. 240.

25. Nieskens-Isphording 1991, p. 156, die haar dissertatie eindigt met de stelling dat onze maatschappij behoort te streven van 'ieder het zijne' naar 'alles voor allen'.

26. Winiger 2018, p. 70 – 71.

27. Honoré 1999, p. 73, omschrijft de corrigerende rechtvaardigheid als volgt: 'The principle most often cited is that of corrective justice. This can be put in various ways. On a wide view it requires who have without justification harmed others by their conduct to put the matter right. This they must do on the basis that harm-doer and harm-sufferer are to be treated as equals, neither more deserving than the other. The one is therefore not entitled to become relatively better off by harming the other. The balance must be restored.'; Cane 2017, p. 117 – 118; Over het Aristotelische verschil tussen corrigerende rechtvaardigheid en distributieve rechtvaardigheid zie Loth 2016/12; Brunner 1973, p. 4.

28. Winiger 2018, hoofdstukken 2 en 3.

ten koste gaan van een ander. Corrigerende rechtvaardigheid vormde voor Ulpianus één van de twee vormen van *honeste vivere: alterum non laedere*.²⁹ Koziol spreekt van de '*iustitia commutativa*' of '*corrective or retributive justice*'.³⁰ Het past nog steeds bij ons Westers denken, zoals meer recent gevoed door het 18^e eeuws liberalisme.³¹ Vooral het Engelse recht voelt zich bij deze vorm van rechtvaardigheid heel wel.³² Door de industrialisatie en de massificatie staat de autonomie vanaf de 19^e eeuw wel onder druk. Dit heeft geleid tot de ontwikkeling van meer (klassieke) risicoaansprakelijkheden, zoals de omkering van bewijslast in de Spoorwegwet van 1859.³³ Aan de autonomie van de laedens worden nadere eisen gesteld.³⁴ Die worden geformuleerd met behulp van aangescherpte zorgvuldigheidsnormen. Die zorgvuldigheidsnormen vloeien voort uit de bijzondere positie van de laedens ten opzichte van het risico.

242. Toerekening op basis van de gevaargedachte kenmerkt zich door gevallen waarin voor *een gemiddeld mens* geen handelingsalternatief bestaat, bijvoorbeeld omdat de aanrijdingsschade ontstond terwijl de laedens door groen licht reed. Volgens geaccepteerde verkeersregels mag men bij groen licht doorrijden, en de gemiddelde verkeersdeelnemer doet dat ook. Van een voorzienbaar risico is geen sprake. Het gedragsrisico ligt anders als van de laedens een meer dan gemiddelde inspanning wordt verwacht. In zo'n geval is sprake van een verhoogde zorgplicht. De individuele omstandigheden kunnen ook tot gevolg hebben dat de toerekening van de schade bij een wél aannemelijk risico juist onredelijk is. In dat geval is sprake van een verlaagde zorgplicht. Of meer of minder dan de aannemelijk schade wordt toegerekend, bepaalt de rechter. De rechter doet dit aan de hand van een '*maatmens*'. De toerekening van de schade is niet onbegrensd. Toerekening op basis van een extra inspanning veronderstelt *condicio sine qua non verband*. Schade komt niet voor toerekening in aanmerking, indien het *condicio sine qua non verband* met de extra inspanning ontbreekt. Dit alles wordt verder uitgewerkt in par. 4.3.

Als bijzonder
gedragsrisico

243. Bij de profijtgedachte gaat het om het verdelen van schade én voordeel. Het gaat om schade waarvan de oorzaak onzeker is, daarmee de omvang van de bijdrage(n) daarin, en inherent daarin besloten: vragen van repressie

Vanuit de
gelijkheid

29. Iustinianus, *Institutiones*, 1.1.3: '*iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*'; Loth 2021, p. 179.

30. Koziol 2017, p. 14.

31. Sieburgh 2000, p. 113; Van Boom 2020, p. 66, verwijzend naar J.S. Mill, *On Liberty*, London: Logmans, Green and Co (original 1859) 1892.

32. Van Dam 2013/609-2; Koziol 2017, p. 53.

33. Sieburgh 2000, p. 116; Klaassen 1991, p. 80.

34. Van Dam 2020/202-1.

en *verdelende of distributieve rechtvaardigheid*.³⁵ Verdelende rechtvaardigheid wordt door civilisten nogal eens als vaag gezien, en daarmee ook als onvoldoende onderscheidend terzijde gesteld. Vanuit het risico bezien, heeft distributieve rechtvaardigheid wel degelijk een onderscheidende betekenis bij het vergoeden van de schade. Het betreft gevallen van zuivere risico-aansprakelijkheid. Niet de autonomie van de laedens staat voorop. Het gaat – meer heteronoom – om de belangen van anderen, een cultureel uitgangspunt dat meer herkenbaar is in het Franse recht.³⁶ De schadevergoeding wordt niet gerechtvaardigd door een bepaald gedrag, maar door een bepaalde *toestand* waarin de lusten en de lasten ongelijk verdeeld zijn. Dat het privaatrecht alleen over de corrigerende rechtvaardigheid gaat, is volgens Van Boom *'een achterhaalde visie'*.³⁷ Bij de distributieve rechtvaardigheid gaat het over de gelijkheid. Het gaat niet langer om het causale wereldbeeld van het eigen handelen, maar om een bij uitstek teleologisch, redengevend 'aansprakelijkheidsverband', waarin schadevergoeding vooral gericht is op het kunnen functioneren als lid van een gemeenschap.³⁸ Dit 'aansprakelijkheidsverband' wordt geformuleerd aan de hand van een gelijkheidsnorm. Voor Ulpianus was distributieve rechtvaardigheid onderdeel van de tweede vorm van *honeste vivere: suum cuique tribuere*.³⁹ Koziol heeft het over de *'iustitia distributiva'* of *'distributive justice'*.⁴⁰ Loth beschrijft hoe bij Aristoteles 'ieder het zijne' vooral betrekking heeft op het verdelen van lusten: *'eerbewijzen, geld of andere dingen die onder de mensen als leden van een politieke gemeenschap verdeeld kunnen worden'*.⁴¹

Als bijzonder
verdelings-
risico

244. Toerekening aan de hand van de profijtgedachte kenmerkt zich door gevallen waarin niet aannemelijk is dat voor *enig (maat)mens* nog een handelingsalternatief bestond. Hiervan is sprake als bijvoorbeeld onduidelijk is of het door rood licht rijden wel tot de aanrijding heeft geleid, omdat de aanrijding een alternatieve oorzaak heeft. In zo'n geval is niet aannemelijk dat een gedragsrisico zich heeft gerealiseerd. Ook dan kan volgens art. 6:99 BW de toerekening van de schade toch redelijk zijn. In zo'n geval is

35. Honoré 1999, p. 79, schrijft over de distributieve rechtvaardigheid: 'Though this form of justice is generally concerned with the distribution of goods, it also covers the distribution of losses and burdens. For example, it applies to the incidence of taxation.'; *Asser/Sieburgh 6-II 2017/67*, met betrekking tot de aanwezigheid van een verzekering; *Asser/Sieburgh 6-II 2017/68*, met betrekking tot o.a. het matigingsrecht.

36. Van Dam 2013/609-3; Koziol 2017, p. 48 en 52; Tjepkema 2010, p. 11.

37. Van Boom 2002, p. 90.

38. Loth 2021, p. 233.

39. Iustinianus, *Institutiones*, 1.1.3: 'iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere'.

40. Koziol 2017, p. 15.

41. Loth, *RM Themis* 2020/2, p. 89, met verwijzing naar Aristoteles 1997, p. 174 (Boek V, paragraaf 2, nummer 12).

sprake van een verdelingsvraag, of prospectief bezien: een verdelingsrisico. De realisatie van een verdelingsrisico is afhankelijk van de vraag of van deze laedens een meer dan gemiddelde bijdrage verwacht mocht worden, namelijk: ook voor de onzekere schade. Dit vergt een gelijkheids- of evenredigheidsweging die gemaakt wordt aan de hand van wat de rechter als *gemeenschappelijk* ziet en wat als gelijke gevallen moet worden beschouwd. Ook die toerekening is niet onbegrensd. De toerekening op grond van een verhoogde bijdrage veronderstelt specifieke voorzienbaarheid van het verdelingsrisico. Schade kan niet wegens een verhoogde bijdrage toegerekend worden, als het toedelingsrisico onvoldoende kenbaar was. Dit wordt nader toegelicht in par. 4.4.

4.3 RISICO TOEREKENEN VIA DE ZORGVULDIGHEID

245. De corrigerende rechtvaardigheid en de distributieve rechtvaardigheid staan niet los van elkaar: *‘These two concepts of justice are not irreconcilable; rather they can complement each other and indeed overlap.’*⁴² Een zorgvuldighedsnorm heeft alles te maken met de gevolgen van een bepaald handelen of nalaten door de laedens. Om die reden is van belang dat de schade in causaal verband staat met de normschending. Onzorgvuldig handelen veronderstelt dat de gevolgen voorkomen hadden kunnen worden. Tegelijkertijd moet een zorgvuldighedsnorm toepasbaar zijn in vergelijkbare gevallen, anders is geen sprake van zorgvuldigheid maar van willekeur. Als voor werkgevers een verhoogde zorgplicht geldt ten aanzien van de werkplek (art. 7:658 BW), dan is niet goed in te zien waarom die zorgplicht alleen jegens werknemers geldt (lid 2), en niet ook jegens zzp-ers (lid 4). Een zorgvuldighedsnorm veronderstelt evenzeer een gelijke of evenredige verdeling. Een gelijkheidsnorm heeft alles te maken met het verdelen van lusten en lasten. Als de uitkomst onevenredig afwijkt van wat in gelijke gevallen geldt, kan herverdeling gerechtvaardigd zijn. Wie in de legitieme verwachting verkeert in het bezit te zijn van een schadevergoedingsrecht wegens *wrongful life*, kan niet met terugwerkende kracht de aanspraak ontnomen worden.⁴³ Dit levert ingevolge artikel 1 Eerste Protocol van het EVRM een onevenredig nadeel op dat boven het algemene levensrisico uit-

Menselijke
maat

42. Koziol 2017, p. 15.

43. Voor een wederkerige beïnvloeding van rechtspraak en wetgeving, zie EHRM 6 oktober 2005, ECLI:NL:XX:2005:AY7995, NJ 2006/464, m.nt. P.J. Boon (*Perruche*). Frankrijk mocht weliswaar bij wet de schadevergoedingsjurisprudentie van de *Cour de Cassation* inzake *wrongful life* en *wrongful birth* wijzigen, maar niet zonder evenwichtige overgangsregeling.

stijgt.⁴⁴ Tegelijkertijd moet een gelijkheidsnorm zorgvuldig zijn in het individuele geval.⁴⁵ Een gelijkheidsnorm impliceert een mate van individuele zorgvuldigheid. Om die reden is van belang dat het 'soortelijk gewicht' van de verdelingsnorm voldoende kenbaar en voorzienbaar is. Verdelingsnormen dringen zich vaak op als een *fait accompli*. Door elkaar te begrenzen vullen zorgvuldigheid en gelijkheid elkaar aan. Zorgvuldigheid en gelijkheid geven zo tezamen, via de corrigerende en distributieve rechtvaardigheid, inhoud aan de *menselijke maat* van de schadetoerekening.⁴⁶

4.3.1 ... DOOR EEN VERHOOGDE ZORGPLICHT:

Wat kenbaar is

246. De hoedanigheid van de laedens kan allereerst betrekking hebben op de aard van het *risico*, in de zin van: de mate van *voorzienbaarheid*.⁴⁷ Wat kenbaar waarschijnlijk is, kan per persoon verschillen. Gemiddelde mensen rijden niet door rood licht, wel door groen licht en soms door een oranje stoplicht. Van bepaalde personen wordt *meer* inspanning verwacht.⁴⁸ De risico's van zich met voortschrijdend inzicht ontwikkelende 'nieuwe risico's' zoals nanotechnologie,⁴⁹ of allerlei risicoaansprakelijkheden, een renteneurose,⁵⁰ wat de benadeelde kiest als hij over bepaalde beleggingsrisico's was geïnformeerd,⁵¹ zijn misschien voor een gemiddelde laedens niet kenbaar waarschijnlijk. Die onvoorzienbaarheid geldt minder voor de laedens als bijvoorbeeld een 'redelijk bekwaam en redelijk handelende' mens. Meer dan de 'gemiddelde' mens maakt de 'redelijke' mens rationeel gebruik van zijn kennis. De 'redelijke' mens handelt in lijn met zijn rationele inzichten, teneinde zichzelf en anderen te beschermen. Schiet zijn kennis te kort, dan

44. Van Dam 2020/833-2.

45. Loth, *NTBR* 2020/21, met verwijzing naar de door Dworkin genoemde principes van gelijk belang (the principle of equal importance) en eigen verantwoordelijkheid (the principle of special responsibility). Zie R. Dworkin 2000, p. 5.

46. Cane 2002, p. 184: '... a full theory of historic legal responsibility requires an account of protected interests as well as an account, in terms of concepts of agency and will ...'; Van Boom 2002, p. 123, die de menselijke maat beperkter ziet, namelijk: alleen in de gedragsnorm. Niet alles wat voorzienbaar is, kan immers door gedrag worden voorkomen.

47. Zie 'deelregel 3: aard van de aansprakelijkheid' van Brunner, *VR* 1981, p. 210 – 216; *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/65-67.

48. Dit heeft geleid tot een aanvullende, vierde factor in HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*) genoemde 'kelderluikcriteria' (waarschijnlijkheid, ernst schade, voorzorgsmaatregelen), namelijk die van de 'aard van de gedraging' waarmee in het bijzonder bedoeld wordt op de bijzondere hoedanigheid van de laedens; HR 7 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6934, *NJ* 2006/244 (*Bildtpollen/Miedema*); Van Dam 2020/202-1 en 204; Deze factoren worden ook elders in Europa gebruikt voor het vaststellen van de zorgplicht; Van Dam 2013/804-809.

49. Franken, *AV&S* 2010/25.

50. HR 8 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4961, *NJ* 1986/137, m.nt. C.J.H. Brunner (*Renteneurose*); Meijers, *WPNR* 3442-3445 (1935), met als voorbeeld: de 'bloeder'.

51. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*), r.o. 5.5.2, met betrekking tot 'onaanvaardbare risico's'.

pleegt hij onderzoek. De ‘redelijke’ mens realiseert zich dat groen licht niet altijd veilig is. Daarom nadert hij een onoverzichtelijk kruispunt met lage snelheid waardoor hij tijdig onderkent dat een van links komende auto door rood licht rijdt, met als gevolg dat hij het specifieke gevaar van een aanrijding afwendt. De ‘redelijke’ mens handelt met een verhoogde of bijzondere zorgplicht. ‘Weten of behoren te weten’ heeft bij de niet-gemiddelde laedens vooral een normatieve betekenis.⁵² Niet de ervaringsregels van de gemiddelde laedens zijn beslissend, maar wat na een afweging in verband met de vereiste extra zorg als voorzienbaar wordt beschouwd.⁵³

247. In gestolde vorm gaat het bij deze toerekening veelal om *klassieke* wettelijke *risicoaansprakelijkheden* die vanuit de schuldaansprakelijkheid zijn door geëvolueerd en daarvan nog steeds de sporen dragen. Te denken valt aan het vermoeden van aansprakelijkheid bij kinderen tussen de 14 en 16 jaar (art. 6:169 lid 2 BW),⁵⁴ de werkgeversaansprakelijkheid (art. 7:658 BW), het gevaarscriterium en de ‘aansprakelijk, tenzij clausules’ bij gebrekkige zaken (art. 6:173 BW),⁵⁵ opstallen (art. 6:174 BW)⁵⁶ of dieren (art. 6:179 BW),⁵⁷ het zeer beperkte overmachtsverweer voor producenten (art. 6:185 BW),⁵⁸ automobilisten (art. 185 WVV)⁵⁹ of ingeval van gevaarlijke stoffen (art. 6:175 BW) of stortplaatsen (art. 6:176 BW),⁶⁰ dan wel de eisen gesteld aan een oneerlijke handelspraktijk (art. 6:193b BW), misleidende mededeling (art. 6:194 BW) of aansprakelijkheid voor informatiediensten (art. 6:196c BW). Door objectivering of vermoedens worden aan het gedrag van de laedens aanvullende eisen gesteld.⁶¹ De evolutie van een gewone schuldaansprakelijkheid naar een gekwalificeerde schuldaansprakelijkheid wordt gelegitimeerd door

Verschild
per persoon

52. De formule van Learned Hand in Court of Appeals (Verenigde Staten) 1947, *United Towing Co States v. Carroll* [2d Cir. 1947], 159 F.2d 169 zou, hierop aangepast, kunnen luiden: $(P \times L : B) \times I(\text{density}) > 1?$; waarbij de hoedanigheid > 1 kan zijn (‘redelijk bekwaam en redelijk handelende’ laedens) of < 1 (‘ondernemende of toezichthoudende’ laedens), ware het niet dat I zich niet laat berekenen maar door weging tot stand komt.

53. Cane 2017, p. 43. ‘Extraordinarily unreasonable conduct is conduct which, in the court’s view, would be thought unreasonable by all those suitably qualified to have an opinion on the matter (...)’

54. *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/175*.

55. *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/205*; Klaassen 1991, p. 222; Jansen 2012, p. 532.

56. *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/235*; Klaassen 1991, p. 217; Kolder 2018, p. 229.

57. *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/248*; Klaassen 1991, p. 215; Kolder 2018, p. 229.

58. *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/266*; Jansen 2012, p. 532.

59. *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/279*; Klaassen 1991, p. 178.

60. Lankhorst, in: T&C Burgerlijk Wetboek, 6:178 BW, aant. 3, hoewel niet opgenomen in de opsomming van art. 6:178 moet uit de parlementaire stukken worden opgemaakt dat voor aansprakelijkheid uit hoofde van artt. 6:175 t/m 177 de mogelijkheid van een ontwikkelingsrisicoverweer geldt; Klaassen 1991, p. 222.

61. Sieburgh 2000, p. 120; Klaassen 1991, p. 230.

de *bijzondere positie* die de laedens ten aanzien van het risico heeft en is in zekere zin van alle tijden.⁶²

Dit verschil

248. Deze risico '*footprint*' is niet voor ieder mens gelijk. Met behulp van technologische ontwikkelingen overschrijdt de individuele mens steeds meer en vaker de traditionele grenzen van ruimte en tijd, en heeft daarmee ongekende mogelijkheden om voordeel (A) te genereren. Deze verdien capaciteit kan direct van invloed zijn op niet alledaagse of zelfs *nieuwe risico's*, die zich pas ver weg of veel later realiseren.⁶³ Winiger beschrijft de uitdagingen van de moderne aansprakelijkheidscausus: lange, soms wereldwijde, causale effecten, met soms individueel geringe, maar collectief aanzienlijke schadelijke gevolgen, die over generaties heen kunnen ontstaan.⁶⁴ Het gevolg is dat de individuele mens de risico's niet altijd meer goed kan inschatten ($P \times L$), noch gepaste maatregelen kan nemen (B). Waar een heldere marktprijs of gedeelde waarde ontbreekt, houdt de zorgplicht niet meer verband met een gecalculeerd handelen, als wel met een '*best guess*' of individuele inschatting. In die afweging gaat niet zelden door zelfoverschatting of louter opportunisme de baat (A) op de kosten (B) vooruit. De voorbeelden uit de recente geschiedenis zijn talloos. Een bekend voorbeeld vormt asbest, waarvan de brandwerendheid al lang en breed werd omarmd, voordat goed zicht bestond op de gezondheidsrisico's. Welke onzekerheid (B) of schade (L) ten opzichte van het voordeel (A) redelijk is, is uiteindelijk een vraag van gelijkheid of verdeling. Worden te veel maatregelen verlangd (B), dan heeft dit een remmend effect, wat ten koste kan gaan van het gemeenschappelijk voordeel (A). Worden te weinig maatregelen genomen (B), dan leidt dit tot risico's waaruit vermijdbare schade kan ontstaan (L) (par. 2.3).

Behoeft
waardering

249. Verhoogde zorgplichten volgen niet alleen uit de wet, maar worden ook door de rechter geformuleerd. De *rechter* is volgens Cane's '*loop*' onderdeel van de maatschappelijke rechtsvorming.⁶⁵ In sommige gevallen komt de rechter tot een verhoogde zorg vanwege de *specifieke omstandigheden* van het geval. Te denken valt aan de bijzondere zorgplicht van de professionele

62. Scholten 1899, p. 129, met verwijzing naar de verhoogde zorg voor schippers en herbergiers bij de Romeinen: 'Het is nu eenmaal voor een reiziger noodzakelijk om van diensten van een herbergier gebruik te maken, voor een vervoerster om zich van een schipper te bedienen (...) Maar waar hij nu aan den eenen kant verplicht is, zich zonder eenige reserve over te geven, aan den anderen kant het hem onmogelijk is, eenigen invloed op de te nemen maatregelen of zelfs maar controle daarover uit te oefenen, daar zal hij ook het recht krijgen, dat hij, die wel dien invloed en controle tot zijn beschikking heeft, hem het behou van zijn goed garandeert.'

63. Sieburgh 2000, p. 191 e.v.

64. Winiger 2018, p. 1 – 2.

65. Cane 2017, p. 84.

aanbieder van risicovolle financiële producten of diensten tegenover een wederpartij die op dit terrein geen specifieke deskundigheid heeft en ertoe strekt de wederpartij te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht,⁶⁶ de verplichtingen jegens een, hierna meer uitgebreid te bespreken, contractueel betrokken derde,⁶⁷ of wanneer de rechter een buitencontractuele zorgplicht aanneemt op basis van bepaalde, door de laedens via reclame gewekt verwachtingen of vanwege de bijzondere positie die de laedens als ‘poortwachter’ heeft.⁶⁸ In andere gevallen is de door de rechter geformuleerde extra zorg meer gestoeld op wettelijk of maatschappelijk voorgevormde normen van wat meer algemeen als een *gelijke verdeling* van verhoogde zorgplichten geldt. De rechter geeft dan een nadere invulling van wat onder de wettelijke verantwoordelijkheid van een werkgever valt,⁶⁹ of in hoeverre sprake is van een gebrekkige opstal.⁷⁰ De rechter kan ook anticiperen op wettelijke regelingen,⁷¹ of aansluiting zoeken bij bestaande, vergelijkbare regelingen of bepaalde vormen van zelfregulering.⁷²

250. Vraag is dan wel welke extra zorg of inspanning van deze laedens verwacht mag worden. Dit vergt een oordeel over de *kenbaarheid* van het gevaar. Wat mag bij deze laedens als voorzienbaar worden beschouwd? De aan dit oordeel ten grondslag liggende *afweging* van de individuele omstandigheden komt tot stand via een *partijdebat*. De benadeelde zal de kenbaarheid van het *risico* of de normschending zo feitelijk of gemiddeld mogelijk willen formuleren (‘geen normaal mens doet dit’). Bijvoorbeeld (art. 6:186 BW): ‘het

Partijen helpen

66. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*), r.o. 3.5.5.

67. Zie voor verplichtingen jegens een contractueel betrokken derde HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587, m.nt. C.E. du Perron (*Vleesmeesters/Alog*).

68. Zie voor het voorbeeld via reclame verwerkte verwachtingen HR 15 maart 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4642, NJ 1966/279, m.nt. G.J. Scholten (*Moffenkit*), waarin de Hoge Raad buitencontractuele productaansprakelijkheid voor een ondeugdelijk product aan nam op basis van ‘openlijke reclame’ door de producent; Zie voor het voorbeeld met de poortwachter HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, NJ 2006/289, m.nt. M.R. Mok (*Safe Haven*); HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, NJ 2016/245, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Ponzi-zwandel*).

69. HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR1993:AD1907, NJ 1993/686, m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw I*).

70. HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*).

71. HR 30 juni 1989, NJ 1990/652, m.nt. C.J.H. Brunner (*Halcion*), waarin de Hoge Raad anticipeerde op de EEG-richtlijn inzake produkt aansprakelijkheid.

72. HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, NJ 2017/363, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin (*SNS/Geduperden Overwaardeconstructie W&P*), waarin de bank aansprakelijk werd gehouden voor het verlenen van hypotheekleningen in de periode 1999-2003 voor het niet uitvoeren van een inkomens- en vermogenstoets ter voorkoming van overkreditering op basis van regels van zelfregulering die een algemene informatieplicht bevatten, wettelijke regels die niet op hypotheekleningen maar wel op andere kredietvormen zagen en een nadien in 2004 ingediend wetsvoorstel; Van Boom 2020, p. 210.

product was klaarblijkelijk gebrekkig'. De laedens zal dit betwisten met verwijzing naar bepaalde omstandigheden aan zijn zijde: 'die gebrekkigheid bestond niet ten tijde van het in het verkeer brengen', 'voor een gemiddelde mens is een dergelijk gebrek niet kenbaar.' De benadeelde zal zijn stelling dan moeten aanvullen (art. 6:188 BW): 'toch wel, want toen dit product in het verkeer werd gebracht was een beter ontwerp mogelijk' en 'vanwege het risico op aanzienlijke schade ($P \times L$) mag van jou als producent een aanzienlijke inspanning worden gevraagd (B), zeker gezien het voordeel dat jij als producent geniet (A)'. Waarna de laedens zich weer kan verweren (art. 6:185 lid 1 sub e BW): 'maar de daartoe benodigde kennis had ik niet en bestond ook niet'. Waarop de benadeelde mogelijk kan repliceren (art. 6:162 BW): 'dat mag ten tijde van in het verkeer brengen zo zijn, maar vóór mijn ongeval had je al wel met deze productonveiligheid bekend moeten zijn en heb je ten onrechte geen maatregelen genomen'.⁷³ Via een partijdebat komt zo aan de hand van de meer specifieke omstandigheden van het geval een nieuwe gedragsnorm aan het licht: van ervaringsgemiddelde naar een meer individueel kenbaar gevaar.⁷⁴

De rechter
beslist

251. Waar de rechter 'de sprong' van feit naar norm maakt, is afhankelijk van zijn afweging.⁷⁵ Die afweging zal de rechter maken met een verwijzing naar de *maatmens*. Wat van een 'redelijk bekwaam en redelijk handelende' mens verwacht mag worden, kan naar de omstandigheden verschillen. De keuze van die omstandigheden is niet gespeend van voortschrijdend inzicht zoals dit ten tijde van het bepalen van de schadevergoedingsplicht bestaat. Ook 'onbekende gevaren' kunnen zo voor rekening van de laedens komen.⁷⁶ De 'maatmens' leeft een voorbeeldgedrag en vormt het ideaalbeeld van een persoon. De 'maatmens' beschikt over welhaast Nietzscheaanse kwaliteiten om door zelfbevrijding tot vervolmaking te komen.⁷⁷ Al naar Romeinse maatstaven was de *bonus pater familias* een goed huisvader: 'een onuitstaanbaar schepsel dat nooit een fout maakt'.⁷⁸ Door de vele vormen van vooruitgang beschikt de maatmens inmiddels over bijna bovenmenselijke eigenschappen. Het begrip 'maatmens' maakt eigenlijk vooral duidelijk

73. HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8782, NJ 2009/103, m.nt. I. Giesen (*Eternit/Horsting*).

74. Honoré 1999, p. 33 – 34, ten aanzien van wat, omgekeerd, nog van een jong kind verwacht mag worden.

75. Asser/Scholten 1974, p. 7; Reurich 2005, p. 33.

76. HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR1993:AD1907, NJ 1993/686, m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw I*).

77. Visser, *Tijdschrift voor filosofie* 1992/54, p. 637 – p. 667.

78. Van Dam 2020/308-1, Atiyah (1987) citerend: '... he is, according to some, an odious and insufferable creature who never makes a mistake.'

wat een maat-mens *niet* is, namelijk: subjectief, gemiddeld of gebruikelijk.⁷⁹ Via de maatmens is de hoedanigheid van de laedens van invloed op de normschending.⁸⁰ Bij het formuleren van de mate waarin die hoedanigheid van invloed is, geniet de rechter een grote mate van vrijheid om – eerst en vooral – recht te doen aan de specifieke omstandigheden van het individuele geval. De enige begrenzing die de rechter ondervindt, is dat zijn uitspraak in gelijke gevallen toepasbaar moet zijn. De verlangde maatregel mag niet te belastend zijn met het oog op het voorziene voordeel (A), anderzijds niet te lichtvaardig, gezien het risico van de uiteindelijke schade (L). In hoeverre daadwerkelijk sprake is van gelijke gevallen, kan bij een verhoogde zorgplicht op basis van nieuwe omstandigheden op een later moment worden bezien.

252. Wat zorgvuldig is, ontwikkelt zich zo met *voortschrijdend inzicht*. Gedragsnormen ontwikkelen zich door afwegingen in individuele gevallen. Zo'n afweging heeft enerzijds betrekking op de extra inspanning voor de laedens en anderzijds het risico dat de benadeelde loopt. Wat begint als een algemene regel zoals dat de producent van halffabricaten wanneer hij een gewijzigd product op de markt brengt erop moet toezien dat de gewijzigde productinformatie ook bij de eindafnemers terecht komt,⁸¹ of een specifieke vergoeding bij wege van 'gevalsbillijkheid' (par. 4.9),⁸² kan bij nadere toetsing aan de hand van nieuwe, *individuele gevallen* uitgroeien tot een gedragsnorm die wat wel of niet zorgvuldig is, meer gedetailleerd onderscheidt. Verschillende risicoaansprakelijkheden zijn zo geëvolueerd en via de wet of de rechtspraak als *gedeelde waarden* in onze samenleving opgenomen. De vraag of een werkgever een schuldaansprakelijkheid heeft of een risicoaansprakelijkheid, is in veel gevallen nog een academische. De verhoogde zorg van de werkgever heeft zich inmiddels aan de hand van fijnmazige deelnormen uitgekristalliseerd. Hetzelfde geldt voor bepaalde persoonlijkheidsrechten.⁸³ Of voor de vraag in hoeverre een soldeermachine

Al doende
leren

79. Reurich 2005, p. 34, met verwijzing naar de *Fallgruppen* van K. Larenz & C.W. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1995.

80. Van Dam 2020/202. De 'hoedanigheid van de laedens' is een ruimer begrip dan 'deelregel 3c' van Brunner. Zie Brunner, *VR* 1981, p. 210 – 216: 'de aard van de activiteit: bedrijfsmatig of particulier'; *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/65.

81. HR 22 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2994, *NJ* 2000/159, m.nt. A.R. Bloembergen (*Koolhaas/Rockwool*).

82. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, *NJ* 2019/356, m.nt. J. Spier & C.M.J. Ryngaert (*Staat/Mothers of Srebrenica*); Zie hierna, par. 3.8.6.

83. Verheij 2019/48a, leidt uit de toekenning van schadevergoeding in de arresten *ABP/Van Stuyvenberg*, *Nuts/Hofman* en *Kip en Sloetjes/Rabobank* af dat de afwijzende beslissing in het arrest *Vader Versluis* achterhaald is. Zie in het geval van een verkeersongeval: HR 4 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB8920, *NJ* 1989/751, m.nt. C.J.H. Brunner (*ABP/Van Stuyvenberg*); Voor werkgeversaansprakelijkheid, zie HR 1 juli 1993,

gebrekig is wanneer deze niet aan de specifieke eisen van de Europese regelgever voldoet: bij realisatie is de omkeringsregel ‘gewoon’ toepasselijk.⁸⁴ Door de ‘juridische markt’ zijn deze belangen geprijsd. Het ontstaan van de schade is in veel gevallen *specifiek voorzienbaar*, hoewel voor de toerekening niet vereist. Schadetoerekening gaat dan over in schadeberekening (hoofdstuk 3). Dat wil niet zeggen dat het ontstaan van de schade altijd aannemelijk en voorzienbaar is. Dit hangt af van hoe onderscheidend de gedeelde waarde is (par. 3.4.4).

4.3.2 ... VOORZORG OF NA-ZORG

Toerekening in
twee gedaantes

253. Niet iedere risicoverhoging leidt na een realisatie tot een schadevergoeding.⁸⁵ *Schadevergoeding* zou in een *risicovergoeding* veranderen.⁸⁶ Het aannemen van een verhoogde zorgplicht behoeft een rechtvaardiging, die gelegen is in de *bijzondere positie die de laedens ten opzichte van de risicoverhoging heeft*.⁸⁷ Die bijzondere positie kan vooraf gezien worden vanuit het *risico*, in de vorm van een verhoogde ‘*voor-zorg*’ die ten opzichte van de schade zoals die zich heeft gerealiseerd, bestaat. Voorzorg als plicht betreft risico’s die voor een gemiddeld mens niet voorzienbaar zijn (par. 3.4.1), maar voor deze laedens vanwege diens bijzondere positie wel. Terecht ziet De Jong de positieve kern van het voorzorgsbeginsel in de *pro-activiteit*.⁸⁸ De bijzondere positie kan ook achteraf geconstateerd worden, vanuit de *schade*, in de zin dat de schade zoals die zich heeft gerealiseerd, zou zijn voorkomen indien de voorzienbaar vereiste maatregelen wél waren genomen. Het gaat dan om een vorm van ‘*na-zorg*’. Bij een vergoeding op grond van nazorg lijkt op het eerste gezicht geen sprake van een schadeveroorzakende normschending, omdat de gerealiseerde schade niet specifiek voorzienbaar was. De schadevergoedingsplicht op grond van nazorg neigt naar het met *hindsight* verdelen of vergoeden van schade. Zowel in geval van ‘*voor-zorg*’ als bij ‘*na-zorg*’ kan de bijzondere positie van de laedens ten opzichte van de risicoverhoging aanleiding geven tot een schadevergoedingsplicht, hoewel het specifieke risico voor de gemiddelde laedens onvoorzienbaar was.

ECLI:NL:HR:1993:ZC1032, NJ 1993/667, m.nt. P.A. Stein (*Nuts/Hofman*); Voor bancaire aansprakelijkheid, zie HR 2 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2365, NJ 1997/662, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Kip en Sloetjes/Rabobank*); Voor medische aansprakelijkheid, zie HR 2 november 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7349, NJ 1980/77, m.nt. G.J. Scholten (*Vader Versluis*).

84. HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:27, NJ 2020/45.

85. Ogenscheinlijk anders: Sieburgh 2000, p. 240.

86. Vergelijk het causaliteitscriterium van de ‘objectieve kansverhoging’ van Van Schellen. Zie Klaassen 1991, p. 272 – 274.

87. Honoré 1999, p. 57 – 58; Scholten 1899, p. 129.

88. De Jong 2016, p. 69.

254. De mate van verhoogde zorg kan verschillen, afhankelijk van de kring waartoe de laedens behoort.⁸⁹ Zo is de meerdere inspanning voor de bezitter van roerende zaken gelegen in het feit dat hij geacht wordt bekend te zijn met de kennis die binnen de kring waartoe hij behoort, bekend is (art. 6:173 BW),⁹⁰ is voor opstellen de stand van de wetenschap en techniek van belang (art. 6:174 BW),⁹¹ terwijl van de producent wordt verwacht dat hij niet enkel bekend is met de wetenschappelijke en technische kennis in de specifieke productiesector maar met het meest geavanceerde kennisniveau op het moment van in het verkeer brengen van het product (art. 6:185 lid 1 sub e BW).⁹² Wat een voorzienbaar risico vormt, is bij voorzorgelijk handelen geen rekenkundige invulling van de kelderluikcriteria, maar het resultaat van een afweging.⁹³ Voor sommige laedentes is *meer voorzienbaar* dan voor anderen. Jansen spreekt van het 'objectiveren' van kennis. De kennis wordt getoetst aan wat voor een maatmens kenbaar was.⁹⁴ De voorbeelden zijn talrijk. Meer dan ooit is de gedachte van een 'broeders hoeder' thans in concrete normen uitgewerkt: een vallende dakpan (art. 6:174), een werknemer die gewond raakt bij het uitnemen van een ruit terwijl onvoldoende beschermende maatregelen tegen ruitbreuk zijn genomen,⁹⁵ een werknemer die volledig arbeidsongeschikt raakt als mogelijk gevolg van blootstelling aan gevaarlijke stoffen waartegen onvoldoende maatregelen zijn getroffen,⁹⁶ een baby die blijvend letsel oploopt door zuurstoftekort als gevolg van het traag reageren bij foetale nood,⁹⁷ een overheid die zich aan de beginselen van behoorlijk bestuur moet houden⁹⁸ of die onverantwoord wapenbezit moet voorkomen,⁹⁹ of de dood van een cursist aan een beginnerscursus skeeleren, als gevolg van het zonder helm mogen deelnemen.¹⁰⁰ De verhoogde zorg kan ook zien op meer individuele risico's, zoals het risico van beleggen. Voor de gemiddelde mens vormt beleggen pas een 'onaanvaard-

Vanuit het
risico

89. Sieburgh 2000, p. 199 e.v.; Koziol 2017, p. 127.

90. Van Dam 2020/625-2.

91. HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*); Van Dam 2020/705.

92. De verhoogde zorg kan ook besloten liggen in de wettelijke beperking zich jegens consumenten voor aansprakelijkheid te exonereren; Vgl. artt. 7:6 (koop), 7:463 (geneeskundige behandeling), 6:192 (productaansprakelijkheid), 6:237 sub f (algemene voorwaarden).

93. HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*).

94. Jansen 2006, p. 14-18; Jansen 2012, p. 371.

95. HR 17 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9375, NJ 1990/572.

96. HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8369, NJ 2001/596, m.nt. W.D. Asser (*Unilever/Dikmans*).

97. HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7190, NJ 2005/78.

98. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/353 e.v.

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

100. HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4042, NJ 2007/141, m.nt. C.J.H. Brunner (*Skeelerongeval*).

bare zware financiële last' in de context van de meer individuele omstandigheden van de benadeelde.¹⁰¹ In al deze gevallen gaat het om de realisatie van risico's die voor een gemiddelde laedens onvoorzienbaar zijn (par. 3.4.1), maar wegens een bijzondere zorgplicht voor de bewuste laedens voorzienbaar worden beschouwd.

Ook
vergoedings-
gerechtigde

255. De verhoogde voorzienbaarheid kan niet alleen betrekking hebben op de aard van het risico, maar ook op de *vergoedingsgerechtigde*. Al eerder zagen we dat de beschadiging van een zaak of de aantasting van een persoon ook een specifiek voorzienbaar risico kan zijn jegens een derde naar wie het risico of de schade zich heeft verplaatst (par. 3.6.2). De voorzienbaarheid van de schade wordt echter minder als niet duidelijk is of nog wel sprake is van hetzelfde risico op schade als waartoe de laedens zich jegens zijn wederpartij contractueel verbonden heeft. Het gaat dan niet zozeer om wat de derde van de laedens mag verwachten. Derden mogen er in beginsel vanuit gaan dat overeenkomsten worden nagekomen.¹⁰² We zullen zien, bij voordeelstoerekening (par. 5.6), dat zelfs wanneer een derde bepaalde risico's jegens zijn wederpartij voor eigen rekening neemt,¹⁰³ dit niet impliceert dat hij die risico's ook jegens de laedens voor eigen rekening wil nemen. Het gaat er om dat bij de overgang van het risico naar derden de inhoud van het risico meer afhankelijk kan worden van de individuele omstandigheden die voor de laedens niet meer voorzienbaar zijn. Van een vergoedingsrecht uit hoofde van verplaatste schade of vervangende schadevergoeding is dan geen sprake meer (par. 3.6.2). Toch kan, ook als die gevolgen minder voorzienbaar zijn, een rechtstreekse aanspraak van de derde jegens de laedens gerechtvaardigd zijn. Daarvoor is niet voldoende het enkele feit dat de wanprestatie de derde zal schaden.¹⁰⁴ Het moet gaan om een meer specifiek voorzienbare *derde*, wiens belangen de laedens, vanwege de zelfverkozen contractuele hoedanigheid, niet mag negeren.

101. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*), r.o. 5.4.3. – 5.5.3, met betrekking tot 'onnodige risico's'; Klaassen 2012, p. 10.

102. Wanneer bijvoorbeeld ten onrechte de schijn van volmacht is gewekt (art. 3:70 BW). Zie HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8074, NJ 2004/254 (*Vreeswijk/Van Heeckeren*); *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 283, met een beroep op de eisen van het rechtsverkeer.

103. HR 3 mei 1946, ECLI:NL:HR:1946:4, NJ 1946/323 (*Staat/Degens*), in welk geval de Staat als derde-aanbesteder zich jegens Atiba als wederpartij van laedens Degens verbonden had de meerkosten voor haar rekening te nemen; Van der Kooij 2019/587.

104. C.E. du Perron, annotatie bij HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587, (*Vleesmeesters/Alog*).

256. Gesproken wordt bijvoorbeeld wel van de ‘poortwachtersfunctie’ die een laedens jegens een derde heeft.¹⁰⁵ Te denken valt aan banken en de zorgplicht die banken jegens derden hebben wanneer die belangen voor de laedens voldoende specifiek voorzienbaar zijn, omdat de bank ‘zich had gerealiseerd dat de beleggingsactiviteiten van Safe Haven mogelijk in strijd waren met de Wte’ en naliet ‘naar die activiteiten zelfstandig onderzoek te doen, waardoor zij de, mede door de Wte beschermde, belangen van de beleggers heeft veronachtzaamd.’¹⁰⁶ ‘De ratio van dit type zorgplichten is veelal dat bedrijven en instanties meer mogelijkheden hebben dan de betreffende individuen om de risico’s goed in te schatten en maatregelen te treffen, en dat hun maatschappelijke en sociaaleconomische positie met zich brengt dat zij de rol van poortwachter behoren te vervullen.’¹⁰⁷ In geval van een contractueel betrokken derde of ‘poortwachtersaansprakelijkheid’ is geen sprake van een verplaatsing van het risico, maar van een zelfstandige gedragsnorm die de verplichtingen van een gemiddeld mens overstijgt. Een contractuele tekortkoming is bij gevolg voor zo’n zorgplichtschending niet vereist,¹⁰⁸ anderzijds is ook niet vanzelfsprekend dat de laedens aan de derde de eigen contractuele verweermiddelen kan tegenwerpen.¹⁰⁹

Voorbeeld 1

257. Een voorbeeld van een *contractueel betrokken derde* biedt het arrest Vleesmeesters/Alog.¹¹⁰ Alog huurde bedrijfsruimte van Euroinvest om als supermarkt te gebruiken en verhuurde dit onder aan zowel Aldi als Dumeco die dit weer onder-onderverhuurde aan slagerij Vleesmeesters. Als jaren later Aldi haar supermarkt verplaatst, lijdt Vleesmeesters aanzienlijke omzetschade. Vleesmeesters spreekt Alog aan op haar contractuele verplichting jegens Euroinvest in het gehuurde een supermarkt gevestigd te hebben. Van een overgang van enig risico was geen sprake.¹¹¹ Het gevestigd hebben van een supermarkt raakte bij Euroinvest en Vleesmeesters heel andere belangen. Vleesmeesters vorderde als derde-benadeelde-onderhuurder *omzetschade*, gebaseerd op de stelling dat Alog als hoofdhuurder het eigen-

Voorbeeld 2

105. Gezien hun maatschappelijke functie zijn de belangen van derden voor notarissen en accountants eerder specifiek voorzienbaar dan voor bijvoorbeeld advocaten of artsen; Van Dam 2020/811.

106. HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, NJ 2006/289, m.nt. M.R. Mok (*Safe Haven*).

107. Van Boom 2020, p. 182, met verwijzing naar andere poortwachterszorgplichten; Zoals een website-exploitant, zie HvJ EU 8 september 2016, C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644, NJ 2018/112, m.nt. S.D. Lindenbergh (*GS Media/Sanoma Media*); Verhuurder marktkramen, zie HvJ EU 7 juli 2016, C-494/15, ECLI:EU:C:2016:528 (*Tommy Hilfiger/Delta Center*).

108. Du Perron 1999/289 en 353.

109. Du Perron 1999/287 en 431.

110. HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587, m.nt. C.E. du Perron (*Vleesmeesters/Alog*).

111. C.E. du Perron, annotatie bij HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587, (*Vleesmeesters/Alog*); Van der Kooij 2019/609. Beiden met verwijzing naar Van Laarhoven 2006.

domsbelang van Euroinvest bij *waardedaling* door leegstand en verloedering moest ontzien.¹¹² Toch casseert de Hoge Raad het arrest van het hof waarin de vordering van Vleesmeesters jegens Alog wordt afgewezen. Niet omdat Alog als hoofdhuurder jegens Euroinvest tekortgeschoten was, maar omdat Alog in de contractuele setting waarin zij verkeerde (met o.a. Euroinvest en Dumeco) de belangen van Vleesmeesters niet uit het oog mocht verliezen. Daartoe formuleert de Hoge Raad een set gezichtspunten die veel gelijkenis vertonen met de kelderluikcriteria.¹¹³

Vanuit de
schade

258. In sommige gevallen heeft de verhoogde zorg niet zozeer een preventief karakter, maar legitimeert ze wel de verdeling van de schade achteraf. Het *specifieke risico* was misschien voor deze laedens *niet* voorzienbaar. Maar de maatregelen ten behoeve van de hem wel bekende risico's zouden de realisatie van dit risico wel hebben voorkomen. Jansen typeert deze wijze van toerekenen als 'generalisering'. De geleden schade wordt in verband gebracht met wat de laedens meer in het algemeen over mogelijke risico's wist of moest weten.¹¹⁴ Van 'generalisering' is bijvoorbeeld sprake wanneer een werkgever tekortgeschoten is in zijn verplichtingen rond het werken met asbest, zoals het nemen van beschermingsmaatregelen, het zorgen voor voldoende ventilatie of het werken met alternatieve producten, ten aanzien van de hem bekende gevaren van asbestose en dit verzuim de kans op de hem onbekende gevaren van mesotheliom 'in *aanmerkelijke mate heeft verhoogd*'. De werkgever is dan ook aansprakelijk voor de verwezenlijking van de hem onbekende gevaren, als de vereiste maatregelen de verwezenlijking van de hem onbekende gevaren hadden voorkomen.¹¹⁵ Vanuit de maatregel-

112. Niet vastgesteld was dat Alog *jegens Dumeco* een verplichting had een supermarkt te exploiteren; Van der Kooij 2019/610.

113. Behoudens sub e en sub i kunnen alle omstandigheden uit de kelderluikcriteria worden afgeleid:

- a. de hoedanigheid van alle betrokken partijen;
- b. de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst;
- c. de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken;
- d. de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was;
- e. de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien;
- f. de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden;
- g. de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt; en
- h. de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt; alsmede
- i. de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling.

114. Jansen 2006, p. 19, Jansen 2012, p. 370. HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5162, NJ 2003/549, m.nt. J.B.M. Vranken (*Legionellabacterie*); Jansen 2012, p. 372.

115. Aan die voorzienbaarheid gaat in dat geval een verhoogde zorgplicht vooraf. Vgl. HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR1993:AD1907, NJ 1993/686, m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw I*), r.o. 3.6. '(...) Zulks is slechts anders, indien de werkgever aannemelijk maakt dat het nemen

len bezien, vormen die onbekende gevaren een verschijningsvorm van de bekende gevaren. De wijze waarop bekende gevaren zich realiseren is in de regel immers onbekend. De laedens is meestal geen getuige van de realisatie van het risico in een schade. In de woorden van Vranken geldt wederom: *'indien het eigenlijke gevaar bekend is, doet de modaliteit waarin dat gevaar zich realiseert er in beginsel niet toe.'*¹¹⁶ Daartoe is wel vereist dat het gerealiseerde gevaar een *'modaliteit'* van *'het eigenlijke gevaar'* vormt.

259. De Hoge Raad spreekt in het Cijssouw/De Schelde-arrest van *'bekende'* en *'niet-bekende'* gevaren in plaats van *'algemene'* en *'specifieke'* risico's. Het gebruik van bekende en niet-bekende gevaren verdient niet de voorkeur. Het suggereert een tegenstelling tussen beide risico's: *'onbekende'* versus *'bekende'* gevaren. De wijze waarop een bekend, algemeen risico zich in een meer specifiek risico realiseert, kan voor een laedens onbekend zijn. Onvoorzienbaar is het specifieke risico daarmee nog niet. Van onvoorzienbaarheid is geen sprake als de maatregelen die wegens een bekend, algemeen risico vereist zijn, het onbekende, specifieke risico hadden voorkomen. Beter is daarom een terminologie te gebruiken die verduidelijkt dat het bij beide gevaren of risico's niet zozeer gaat om een tegenstelling, maar om een *deelverzameling*: *'specifieke risico's'* als onderdeel van een meer *'algemeen risico'*.

Voorbeeld 1

260. De Hoge Raad stelt in het Cijssouw/De Schelde-arrest ook dat het verzuim de kans op de onbekende gevaren van mesothelioom *'in aanmerkelijke mate heeft verhoogd'*. Ook die formulering valt niet te prefereren. Bij gemiddelde risico's leidt de *'aanmerkelijke verhoging'* van een risico feitelijk al snel tot de toepassing van de omkeringsregel (par. 3.6). Anders dan bij de toepassing van de omkeringsregel, heeft in gevallen van *'na-zorg'* een feitelijk criterium als een *'aanmerkelijke verhoging'* geen onderscheidende betekenis. Vanwege de veronderstelde causaliteit gaat het bij *'na-zorg'* om de omvang van de verlangde extra inspanning, niet de noodzaak daartoe. Als de vereiste maatregelen het gevaar van mesothelioom hadden voorkomen, dan is irrelevant hoe groot de risico-afname was die met behulp van deze maatregelen zou zijn gerealiseerd.¹¹⁷

Voorbeeld 2

261. Toerekening impliceert een verschil in hoedanigheid. Wat voor een niet-gemiddelde laedens pas door toerekening voorzienbaar wordt geacht, kan voor een gemiddelde benadeelde al eerder specifiek voorzienbaar zijn,

Kosten worden
vergoed

van de destijds vereiste veiligheidsmaatregelen de verwezenlijking van het gevaar van mesothelioom waarschijnlijk niet had kunnen voorkomen.'

116. Vranken, *WPNR* 1990/5955, p. 213.

117. Van der Kooij 2019/393.

bijvoorbeeld omdat het risico zich ‘voor zijn ogen’ realiseert. Dit is niet alleen van belang voor de bereddingsplicht van de benadeelde (par. 3.9.1). De benadeelde heeft in zo’n geval ook recht op een vergoeding van de *kosten* die hij maakt om de schade te voorkomen of te beperken. In aanvulling op art. 6:96 lid 2 BW stelt art. 6:184 BW die aanspraak buiten twijfel. Voor de vergoeding van bereddingskosten is bij toerekening het perspectief van de benadeelde beslissend, niet het perspectief van de laedens (par. 3.5.1).¹¹⁸

4.3.3 RELATIVITEIT EN CAUSALITEIT

‘Typische
gevolg’

262. Het uit de verhoogde voorzienbaarheid voortvloeiende ‘typische gevolg’ komt vervolgens voor schadevergoeding in aanmerking.¹¹⁹ Over wat ‘typische gevolgen’ zijn, bestaat onduidelijkheid.¹²⁰ Volgens de Hoge Raad gaat het om de ‘*aard en strekking van de desbetreffende risicoaansprakelijkheid*’.¹²¹ Het gaat om de gevolgen die ‘typisch’ zijn voor de geformuleerde zorgplicht. De verlangde extra inspanning biedt inderdaad een onderscheidend criterium. De toerekening van gevolgen gaat niet verder dan de toerekening aan de persoon rechtvaardigt (par. 4.2.1).¹²² De vereiste kenbaarheid van gevolgen communiceert direct met wat na realisatie als veroorzakend risico aannemelijk is. Leidt een werknemer schade door blootstelling aan gevaarlijke stoffen die bij voldoende voorzorgsmaatregelen voorkomen had kunnen worden, dan is het causaal verband tussen het nalaten door de werkgever en de ontstane beschadiging of aantasting in beginsel gegeven (art. 7:658 BW).¹²³ Veroorzaakt een kind van 15 jaar schade, waarvan niet aannemelijk is dat de ouder geen verwijt treft dat hij of zij die gedraging niet heeft voorkomen, dan is causaal verband tussen het nalaten van de ouder en de ontstane beschadiging of aantasting een gegeven (art. 6:169 lid 2 BW). Wordt geen onderzoek gedaan naar de inkomens- en vermogenspositie van een consument, noch gewaarschuwd voor de onaanvaardbare zware financiële last van verschuldigde leasetermijnen en/of restschuld, en realiseert dit risico zich, dan is causaal verband tussen de precontractuele tekortko-

118. De te nemen maatregelen moeten nog steeds proportioneel zijn: Rb Noord-Nederland 21 december 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5609, *NJF* 2017/114 (*X/NAM*), over de aanleg van een dikke betonvloer onder de fundering langs en onder het gehele gebouw ter voorkoming van schade bij volgende aardbevingen.

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

120. Asser/*Sieburgh* 6-II 2017/73.

121. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391, m.nt. J. Spier (*Eisers/NAM*), r.o. 2.4.2.

122. Klaassen 1991, p. 262, die verwijst naar het in Duitsland gehanteerde onderscheid tussen *haftungsbegründete* en *haftungsausfüllende Kausalität*.

123. HR 26 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9666, *NJ* 2001/597, m.nt. W.D.H. Asser (*Weststrate/De Schelde*).

ming en de zware financiële last in beginsel aannemelijk.¹²⁴ De aanname van aannemelijk causaal verband ligt pas anders, als bijvoorbeeld binnen de kring waartoe de laedens behoort niet bekend is dat bij gebrekkigheid een bijzonder gevaar voor personen of zaken ontstaat (art. 6:173 BW), of de laedens misschien wel bekend behoorde te zijn met het feit dat bepaalde informatie relevant is, maar niet met de specifieke keuze die de wederpartij vervolgens maakt, bijvoorbeeld omdat die keuze zeer persoonlijk is of buiten de lijn der verwachtingen ligt.¹²⁵

263. De ‘typische gevolgen’ beginnen waar – in een verruimde toepassing van de omkeringsregel – voor een gemiddelde laedens de schadelijke gevolgen niet meer specifiek voorzienbaar waren, maar vanwege het ‘soortelijk gewicht’ van de norm toch als een aannemelijk gevolg van het risico worden beschouwd. Dit rechtvaardigt dat het ‘laatste restje causaliteitonzekerheid’ voor rekening van de laedens komt (par. 3.6.4).¹²⁶ Eenzelfde resultaat kan bereikt worden met behulp van een meer normatief, op de specifieke omstandigheden van de individuele laedens toegesneden ‘omkeringsregel’.¹²⁷ Zoals de schending van verkeers- en veiligheidsnormen bij realisatie voor de gemiddelde mens een snelle aannemelijkheid van het causaal verband rechtvaardigt, zowel wat betreft het bestaan als de omvang van het causaal verband, rechtvaardigt de schending van een verhoogde zorgplicht bij realisatie niet alleen de toerekening van de typische gevolgen aan de persoon, maar ook dat het bestaan van de beschadiging of aantasting als een typisch gevolg van de normschending aannemelijk is.¹²⁸ In beginsel. Met

Toerekening
van gevolgen

124. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*), r.o. 5.5.2.

125. HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2737, NJ 2002/386, m.nt. J.B.M. Vranken (*Ingenhut*); HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, NJ 2002/387, m.nt. J.B.M. Vranken; resp. HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564, NJ 2007/92 (*Juresta*).

126. Van Dam 2020/1002-2; *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/77.

127. Art. 6:174 BW. Zie HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1890, NJ 2009/28 (*Smeets/Gemeente Heerlen*); Productaansprakelijkheid, zie HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:27, NJ 2020/45 (*Vivat/ATF*); Zie ook de ‘arbeidsrechtelijke omkeringsregel’, waarover Klaassen 2017/52; of de de ‘medische omkeringsregel’ in HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7264, NJ 2012/669 (*Erven/Ouders*); Bij de bevalling loopt de baby hersenletsel op als gevolg van het feit dat de gynaecoloog in strijd met de geldende gedragsnorm geen permanente CTG-bewaking van de foetus heeft toegepast in geval van epidurale anesthesie. Deze norm strekt tot bescherming tegen het specifieke gevaar van zuurstoftekort en de gevolgen daarvan. Hof en Hoge Raad passen de ‘omkeringsregel’ toe, nu het specifieke gevaar zich volgens beide instanties verwezenlijkt heeft. Echter zonder te toetsen of de normschending de kans op de verwezenlijking van het specifieke gevaar aanmerkelijk heeft vergroot. De noodzaak daartoe wordt door hof en Hoge Raad zelfs nadrukkelijk afgewezen. In zo’n geval is geen sprake meer van een op feiten gebaseerde omkeringsregel, maar van toerekening (zie par. 3.6.4).

128. Mogelijk verklaart dit waarom de ‘omkeringsregel’ zo zelden bij risicoaansprakelijkheden in stelling wordt gebracht.

voortschrijdend inzicht kan blijken dat het sine qua non verband tussen de schadelijke gevolgen en de verhoogde zorg ontbreekt (par. 4.2.1). Bovendien eindigen de ‘typische gevolgen’ wanneer de schadelijke gevolgen verder gaan dan de veronderstelde extra inspanning rechtvaardigt.¹²⁹ Binnen de feitelijke grens van het condicio sine qua non verband en de keuze van specifieke omstandigheden die bepalen wat voor deze laedens als een kenbaar gedragsrisico moet worden beschouwd, worden de schadelijke gevolgen bij realisatie aan de laedens toegerekend.

Voorbeeld

264. Stel bijvoorbeeld dat in Nederland voor een gemiddelde laedens niet voorzienbaar is dat de grond onder meer fungeert als een opslagplaats voor de drinkwatervoorziening, zoals het hof in het Waterwingebiedarrest lijkt te oordeelden (par. 3.7.1).¹³⁰ De bereddingskosten die Intercommunale moest maken wegens het massaal uitstromen van olie, vormden dan geen aannemelijk gevolg van Doorenbos’ verkeersfout. Toerekening van deze schade was niettemin mogelijk geweest als de rechter was meegegaan in de onbeoordeelde stellingen van Intercommunale, dat Doorenbos een *bijzonder risico* creëerde door olietanks te vervoeren met een oplegger die daarvoor niet was bedoeld noch was ingericht, wat hij had behoren te vermijden. Het risico op een milieuschade was in dat geval voor Doorenbos voorzienbaar. In zo’n geval wordt niet meer schade vergoed dan zich als risico heeft generaliseerd. Dit zou weer anders hebben gelegen als vervolgens gebleken was van een bijzondere kwetsbaarheid bij de benadeelde of een ongevalsoorzaak die geen verband hield met een verkeersfout maar was gelegen in bijvoorbeeld plotseling overstekend wild. Dergelijke gevolgen staan niet meer in sine qua non verband met Doorenbos’ verhoogde zorg. Bij toerekening van dergelijke gevolgen is de extra inspanning niet meer maatgevend, maar gaat het om herverdeling van schade (par. 4.4).

Begrensd door de relativiteit

265. Niet altijd leidt de normschending tot de realisatie van een ‘typische gevolg’. Juist ingeval van een verhoogde zorg rijst de vraag naar de beschermingsomvang van die verhoogde zorg.¹³¹ Het Duitse recht begrenst die beschermingsomvang door middel van de *Schutzzweck der Norm*.¹³² In het Nederlandse recht spreken we van de *relativiteitstheorie*. De relativiteitsthe-

129. Klaassen 1991, p. 272, met verwijzing naar Langemeijer 1981; Klaassen 1991, p. 276 en p. 282, met verwijzing naar de *Schutzzweck* naar Duits recht; Van der Kooij 2019/412.

130. HR 20 maart 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5007, NJ 1970/251, m.nt. G.J. Scholten (*Waterwingebied*).

131. Bovendien kunnen regels ook een andere bedoeling hebben dan het bieden van compensatie; Vgl. HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717, NJ 2014/98, m.nt. T. Hartlief (*SVB/Van de Wege*); Art. 4 Besluit beeldschermwerk en art. 7:658 BW; Van Boom 2020, p. 206.

132. Van Dam 2013/1103-2; Vgl. de zgn. ontstaansrelativiteit: *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 637; Lindenbergh 2006; Lankhorst 1992, die voor toerekening van schade slechts één

orie heeft vooral betekenis als het risico weliswaar niet voor een gemiddeld laedens voorzienbaar was, maar voor een laedens met een verhoogde zorg wel voorzienbaar en beheersbaar, en dan vooral wanneer het om een verhoogde zorg jegens niet één persoon of iedereen gaat, maar jegens een nader te bepalen groep personen.¹³³ Aan de relativiteit van verkeersregels bestaat geen behoefte. Verkeersregels gelden jegens iedereen. Eenzelfde duidelijkheid geldt ingeval van een specifieke gevaarzettingsnorm.¹³⁴ In de specifieke aard van zo'n norm worden de belangen van bepaalde benadeelden meegewogen. De reikwijdte van een verhoogde zorgplicht is minder duidelijk indien deze niet jegens iedereen of een specifieke groep van benadeelden geldt, maar jegens een nader te bepalen groep benadeelden.¹³⁵ De beperking kan zien op ieder aspect van de schadevergoedingsplicht: de kring van personen die door de realisatie van het risico wordt geraakt, de aard van de schade of de wijze waarop deze ontstaat.¹³⁶ Niet ter discussie stond dat de Scheepvaartinspectie met een betere keuring van de duwbak Linda ook de schade aan de schepen 'de Vrouwe Johanna' en 'de Moonlight' had kunnen voorkomen,¹³⁷ en dat zorgverzekeraar Menzis de schade bij fabrikanten van merkgeneesmiddelen had kunnen voorkomen door niet in strijd met o.a. het Reclamebesluit geneesmiddelen huisartsen te bewegen goedkopere generieke geneesmiddelen voor te schrijven,¹³⁸ evenals de Verzekeringskamer de schade bij individuele polishouders had kunnen voorkomen door beter toezicht te houden op de later gefailleerde levensverzekeraar Vie d'Or.¹³⁹ Voor de individuele benadeelde is het verschil in de schadevergoedingsplicht (jegens polishouders wel, maar jegens scheepseigenaren en merkgeneesmiddelenfabrikanten niet) soms moeilijk te volgen. Waarom 'zij wel, en ik niet', kan een teleurgestelde benadeelde denken.

maatstaf beslissend acht, namelijk: de beschermingsomvang van de overtreden norm c.q. het risico.

133. Verheij 2015/14.

134. HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1460, NJ 1996/196, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Shell*); HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1461, NJ 1996/197, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Philips Duphar*); HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1462, NJ 1996/198, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Fasson*); HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1463, NJ 1996/199, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van den Brink/Staat*) met kritische noten van C.J.H. Brunner over de afwijzing van verhaalsmogelijkheden bij bodemverontreiniging door de Staat.

135. Van zo'n nader te bepalen groep kan bij alle drie, wettelijke onrechtmatigheidscriteria sprake zijn. Zie *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/135; Ook in dit opzicht heeft dit wettelijke onderscheid weinig richtinggevende betekenis. Zie par. 3.3.3.

136. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/129.

137. HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006/281, m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*).

138. HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, NJ 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken (*Astrazeneca e.a./Amicon e.a.*).

139. HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, NJ 2008/527, m.nt. C.C. van Dam (*DNB/Vie d'Or*).

In alle gevallen leidde het handelen of nalaten van de laedens tot schade. Dat neigt, vanuit het individuele standpunt bezien, naar willekeur.

Als verdelende
rechtvaardig-
heid

266. Maar van willekeur is geen sprake. Een dergelijk relativiteitsoordeel is gestoeld op een *verdelende rechtvaardigheid*, die de te verwachten lasten van een verhoogde zorg in het licht van vergelijkbare gevallen voor de gemeenschap draagbaar houdt.¹⁴⁰ Meer inspanning is in het individuele geval wel mogelijk, maar voor de gemeenschap als geheel vaak te bezwaarlijk, en daarmee collectief niet beheersbaar.¹⁴¹ Spier heeft nadrukkelijk gewezen op de risico's van een *'uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid'*.¹⁴² In alle drie, hiervoor genoemde gevallen leunt het oordeel van de Hoge Raad zwaar op afwegingen uit de parlementaire geschiedenis die aan de wettelijke normen ten grondslag liggen en die moeten rechtvaardigen dat sprake is van ongelijke gevallen.¹⁴³ Een zorgvuldigheidsnorm moet toepasbaar zijn in vergelijkbare gevallen. Anders is sprake van willekeur. Vergelijkbare overwegingen spelen een rol als het gaat om de beperking van de verhoogde zorg voor gebrekkige zaken tot een *'bijzonder gevaar'* (art. 6:173 BW), tot een *'gevaar voor personen of zaken'* bij opstallen (art. 6:174 BW), tot de *'eigen energie van het dier'* (vgl. art. 6:179 BW)¹⁴⁴ of tot *'dood of letsel'* bij productaansprakelijkheid (art. 6:190 BW). Beheersbaarheid is ook van belang als het gaat om de vraag in hoeverre de overheid verantwoordelijk is voor onverantwoord wapenbezit,¹⁴⁵ wanneer de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen beperkt is tot *'de uitoefening van (...) beroep of bedrijf (...) bijzonder gevaar (...) voor personen of zaken'* (art. 6:175 BW),¹⁴⁶ of wanneer de tijdelijke regeling verhaalsrecht toepassing vindt (art. 6:197 BW), dan wel verzekeraars niet subrogeren in de zogenaamde 50%-regel.¹⁴⁷ Ook deze grenzen zijn niet verklaarbaar vanuit het oogpunt van gedrag. Het betreft individueel *beheersbare* risico's. De grenzen

140. Artikel 6:163 BW is negatief geformuleerd: 'Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.'; Fruytier 2021/406.

141. Van Boom 2020, p. 76, die terecht stelt dat iedere bescherming een prijs heeft, wat mischien geen beslissend argument vormt tegen bescherming, maar wel moet worden meegewogen.

142. Spier & Bolt 1996.

143. Verheij 2015/14; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/129, die daartoe als relevante gezichtspunten verwijst naar oogmerk wetgever, systeem van de wet, aard van de aansprakelijkheid, (on)bepaalbaarheid van de groep potentieel benadeelden, actuele maatschappelijke context, voortgeschreden inzichten en redelijkheid.

144. En waarom art. 6:179 BW, anders dan art. 6:174 BW, geen bescherming biedt aan medebezitters. Zie HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162, NJ 2016/173, m.nt. T. Hartlief (*Manegepaard Imagine*); Van Dam 2020/708-3.

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

146. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/220 en 237.

147. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/286.

vloeien voort uit wat voor de gemeenschap op basis van verdelende rechtvaardigheid als vergelijkbare gevallen wordt beschouwd.

267. Van *causaliteit* is sprake indien het risico, ondanks een verhoogde zorg, achteraf niet de oorzaak blijkt. In navolging van het Belgische recht spreekt Van der Kooij van het *rechtmatig alternatief*: was de schade ook ontstaan als rechtmatig was gehandeld?¹⁴⁸ In sommige gevallen laat de normgrens zich makkelijker vanuit de schade dan vanuit het risico beredeneren, zoals bij toepassing van de *'tenzij (...) indien'* uitzondering in verschillende wettelijke risicoaansprakelijkheden.¹⁴⁹ De gevolgen van een neerstortend vliegtuig op een overigens gebrekkig huis zijn niet te vermijden. De besmettingschade door ontsnapte varkens is niet toerekenbaar aan de eigenaar van het dier wanneer de eigenaar met het besmettingsrisico niet bekend was noch behoefde te zijn.¹⁵⁰ Gedacht kan worden aan de 'huis-tuin-en-keuken' gevallen voor een werkgever. De zeggenschapsmogelijkheid en de instructiebevoegdheid staan bij de werkgeversaansprakelijkheid voorop. Een absolute bescherming beoogt art. 7:658 BW niet te geven.¹⁵¹ Te denken valt ook aan de negatieve gevolgen van een overigens goed uitgevoerde operatie, terwijl de arts niet aan zijn *informed consent* verplichting heeft voldaan.¹⁵² Bij advocaten is te denken aan de gevolgen van een vroegtijdige executie waartegen niet is gewaarschuwd, terwijl onaannemelijk is dat de cliënt bij waarschuwing het appel van de wederpartij had afgewacht.¹⁵³ Ingeval van een wanprestatie valt te denken aan de val met een motorfiets met een gebrekkig gerepareerde oliekoeler, waarbij niet aannemelijk is dat de

En de
causaliteit

148. Van der Kooij 2019/451.

149. Zie artt. 6:173 lid 1 BW, 174 lid 1 BW, 178 BW en 179 BW.

150. HR 24 februari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4766, NJ 1984/415, m.nt. W.C.L. van der Gringten (*Zeug Geel-113*), r.o. 3.2. Naar verluidt, was boer Swinkels mogelijk wel bekend met de besmetting, maar vormde die kennis bij gebreke van een voldoende betwisting in cassatie niet het feitelijk uitgangspunt; Loth 2021, p. 142.

151. HR 12 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8254, NJ 2004/177, m.nt. G.H. vV (*Peters/Hofkens*); HR 23 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW6166, NJ 2006/354 (*Havermans/Luyckx*). Beroepsziekte: gezondheidsklachten die niet kunnen zijn veroorzaakt door blootstelling aan de stoffen waarmee Havermans in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor Luyckx heeft gewerkt.

152. HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2737, NJ 2002/386, m.nt. J.B.M. Vranken (*Ingenhut*); HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, NJ 2002/387, m.nt. J.B.M. Vranken. Het voordeel van de operatie zal voor een gemiddelde laedens opwegen tegen het nadeel van mogelijke bijwerkingen. Het niettemin informeren van de patiënt dient ertoe hem in de gelegenheid te stellen een eigen afweging te maken van de kansen en risico's.

153. HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564, NJ 2007/92 (*Juresta*); Cane 2017, p. 43, deelt de vrije beroepen juist in bij gevallen waarin meer 'leniency' geoorloofd is, zoals bij de beleidsvrijheid voor overheden. Dat lijkt me niet terecht.

lekkende oliekoeler tot het ongeval heeft geleid,¹⁵⁴ of wanneer niet aan-
nemelijk is dat grote partijen sigaretten uit een loods zijn ontvreemd als
gevolg van onvoldoende toezicht.¹⁵⁵

Twee
grens-
overgangen

268. Relativiteit en causaliteit begrenzen beide de schadevergoedingsplicht, zij het van *verschillende kanten*. De relativiteit begrenst de vergoedingsplicht vanuit de normschending. De causaliteit begrenst de vergoedingsplicht vanuit de schadevergoeding. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval ligt soms de ene begrenzing meer in de rede dan de andere.¹⁵⁶ Ingeval geneesmiddelenfabrikanten betogen dat zorgverzekeraars in strijd met de Wet tarieven gezondheidszorg en het Reclamebesluit geneesmiddelen handelen door artsen te bewegen goedkopere, merkloze medicijnen voor te schrijven, volgt de begrenzing eerder uit de normschending. Deze regelgeving beoogt de volksgezondheid te beschermen, niet het belang van geneesmiddelenfabrikanten.¹⁵⁷ Omdat de schade van het tijdelijk niet kunnen verkopen van de grond door De Marchant et d'Ansembourg ook was ontstaan als het ontwerpbesluit tot onteigening wél ter inzage was gelegd, kan met het hof heel goed gezegd worden dat het causaal verband met die schending ontbrak, hoewel de Hoge Raad aansprakelijkheid afwees omdat de gedragsnorm die tot de ter inzagelegging van het ontwerpbesluit verplichtte, niet strekte tot bescherming tegen het tijdelijk niet kunnen verkopen, maar tot bescherming tegen een ongerechtvaardigde onteigening.¹⁵⁸ Relativiteit en causaliteit blijven gereedschappen die in hoge mate inwisselbaar zijn. Zoals Van der Kooij het arrest De Marchant et d'Ansembourg/Staat becommentarieert: *'Naar ik meen ligt het voor de hand om te zeggen dat met de norm die verplicht om een besluit ter inzage te leggen niet beoogd is te beschermen tegen schade die ook bij ter inzagelegging zou ontstaan.'*¹⁵⁹

Vullen elkaar
aan

269. De causaliteit blijft niettemin separaat van belang. In verschillende van de hiervoor genoemde voorbeelden zou causaal verband hebben kunnen bestaan als de norm ruimer was geformuleerd en de laedens meer kennis was toegedicht. Te denken valt aan de aansprakelijkheid van bezitters van dieren voor besmettingsschade (art. 6:179 BW) of het houden van toezicht op

154. HR 19 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9556, NJ 2001/524, m.nt. J.B.M. Vranken (*ter Hofte/Oude Monnik*).

155. HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2969, NJ 2004/306, m.nt. W.D.H. Asser (*ACE/Fino*).

156. Verheij, *NTBR* 2014/12, die terecht de eigen betekenis van beide leerstukken benadrukt. Relativiteit kijkt vooruit, causaliteit achteruit; Van Dam 2020/234-2 en 1007-3.

157. HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, NJ 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken (*Astrazeneca e.a./Amicon e.a.*).

158. HR 25 mei 1928, ECLI:NL:HR:1928:100, NJ 1928/p.1688, m.nt. E.M. Meijer (*De Marchant et d'Ansembourg*).

159. Van der Kooij 2019/449.

een met sigaretten gevulde loods.¹⁶⁰ Zoals in veel gevallen van relativiteit, staan juist deze grenzen ter discussie. Is hier geen sprake van willekeur? Met een beetje extra inspanning zijn dergelijke risico's alsnog individueel beheersbaar. In andere gevallen laat zo'n ruimere gedragsnorm zich niet voorstellen, 'voor welk (maat)mens dan ook'.¹⁶¹ Een huiseigenaar kan moeilijk de gevolgen van een neerstortend vliegtuig voorzien en voorkomen (art. 6:174 BW). De werkgever kan onmogelijk alle 'huis-tuin-en-keuken' ongevallen vermijden. Hetzelfde geldt voor de negatieve gevolgen van een overigens goed uitgevoerde operatie,¹⁶² de gevolgen van vroegtijdige executie wanneer onaannemelijk is dat de cliënt bij waarschuwing het appel van de wederpartij had afgewacht,¹⁶³ of de val met een motorfiets terwijl niet aannemelijk is dat de lekkende oliekoeler tot het ongeval heeft geleid.¹⁶⁴ Een *beheersbaar* gedragsrisico gaat dan over in een *niet-beheersbaar* verdelingsrisico. Wie in dergelijke gevallen schade toerekent 'overschrijdt' in de woorden van Jansen 'de grenzen van het objectief bekende', 'en hecht' wat de individuele gevolgen betreft 'goed beschouwd geen waarde meer aan de kennis van justitiabelen, zelfs niet in haar meest objectieve variant'.¹⁶⁵ In relatie tot de schade kan men ook zeggen dat een verdelingsrisico als algemeen risico wel verband houdt met het handelen of nalaten door de laedens, maar geen risico meer is dat zo specifiek voorzienbaar kán worden dat het behoudens bijzondere maatregelen als oorzaak van een bepaalde schade geldt (par. 3.5.1). De toerekening van dergelijke schade houdt geen verband meer met verhoogde zorg, maar met het herverdelen van schade (par. 4.4).

270. Als de 'typische gevolgen' van een verhoogde zorgplicht zich realiseren, dan moet de schade waarvan vergoeding gevorderd wordt, nog steeds *aannemelijk* zijn. Wanneer art. 6:188 BW bepaalt dat de benadeelde de schade, het gebrek en het oorzakelijk verband tussen het gebrek en de schade moet bewijzen, dan betreft dit eigenlijk *gevolgschade* zoals een waardevermindering of de kosten van herstel, die voortvloeit uit het feit dat het risico van een gebrekkig product zich in de vorm van een beschadiging of aantasting gerealiseerd heeft (par. 3.5.2). Van aannemelijke schade kan

Gevolgschade
aannemelijk?

160. HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2969, NJ 2004/306, m.nt. W.D.H. Asser (*ACE/Fino*).

161. Jansen 2012, p. 530 – 531, die spreekt van drie kennisgradaties: 'weten of geacht mogen worden te weten', 'behoren te weten', en 'objectief onbekend'.

162. HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2737, NJ 2002/386, m.nt. J.B.M. Vranken (*Ingenhut*); HR 23 november, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, NJ 2002/387, m.nt. J.B.M. Vranken. Het voordeel van de operatie zal voor een gemiddelde laedens opwegen tegen het nadeel van mogelijke bijwerkingen. Het niettemin informeren van de patiënt dient ertoe hem in de gelegenheid te stellen een eigen afweging te maken van de kansen en risico's.

163. HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564, NJ 2007/92 (*Juresta*).

164. HR 19 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9556, NJ 2001/524, m.nt. J.B.M. Vranken (*Ter Hofte/Oude Monnik*).

165. Jansen 2012, p. 532.

sprake zijn, omdat voor een gemiddelde laedens misschien niet voorzienbaar is dat of wanneer een dakpan valt (art. 6:174 BW), maar wel voorzienbaar is wat áls een dakpan valt, de gevolgen zijn; of wat de gevolgen zijn van een werknemer die door op het dak aangebrachte golfplaten van vrij grote hoogte naar beneden valt,¹⁶⁶ of dat een huurder inkomensschade lijdt als gevolg van het afbranden van het gehuurde door minderjarige kinderen (art. 6:169 BW).¹⁶⁷ De schadelijke gevolgen van de ‘typische gevolgen’ zijn niet altijd aannemelijk.¹⁶⁸ De schadelijke gevolgen zijn pas aannemelijk voor zover deze – uitgaande van de toerekening – voorzienbaar voortvloeien uit de normschending. Zo is een renteneurose voor een gemiddelde laedens niet voorzienbaar.¹⁶⁹ Voor een gespecialiseerde arts kan dit anders liggen. Voor een vergoedingsplicht van de arts moeten dan nog steeds ook de schadelijke gevolgen van een renteneurose voorzienbaar zijn. Daarvan is sprake als de benadeelde vraagt om de vergoeding van de ‘rente’, de kosten van een medische behandeling of smartengeld. Daarvan is geen sprake ingeval van een onzekere inkomensderving.

4.3.4 VERLAAGDE ZORGPLICHT

Wat per persoon niet kenbaar is

271. Wordt in bepaalde gevallen meer inspanning verwacht, soms wordt *minder* dan van een gemiddelde laedens gevraagd, bijvoorbeeld ingeval van een ‘ondernemende of toezichthoudende’ mens. Deze mens mag aan gevaarlijke sporten deelnemen, gokken op winst ten koste van onbetaald blijvende schuldeisers, of de regels voor een markt opstellen die naast winnaars ook voorzienbaar verliezers kent. De ondernemende of toezichthoudende mens neemt de gevolgen van een rood stoplicht op de koop toe, waardoor hij de voor een gemiddelde laedens voorzienbare risico’s soms negeert.¹⁷⁰ De ondernemende of toezichthoudende mens mag meer risico nemen dan de alledaagse lichtvaardigheid, omdat hij het oog heeft gericht op de voordelen van zijn handelen; en daar wordt de gemeenschap beter van. Voor

166. HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2142, NJ 1997/198, m.nt. P.A. Stein (*Pollemans/Hoondert*).

167. HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5603, NJ 2008/262 (*Boekema/Ouders*).

168. In bepaalde omstandigheden wordt ook niet-aannemelijke gevolgschade toegerekend, bijvoorbeeld wanneer sprake is van alternatieve causaliteit (art. 6:99 BW); zie hierna par. 4.4.

169. HR 8 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4961, NJ 1986/137, m.nt. C.J.H. Brunner (*Renteneurose*).

170. HR 28 juni 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2021, NJ 1957/514, m.nt. L.E.H. Rutten (*Erba/Amsterdamsche Bank*). *Fraus creditorum*. Schijn van kredietwaardigheid door het ten onrechte verstrekken van krediet; HR 11 oktober 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0360, NJ 1993/165, m.nt. C.J.H. Brunner & G.J.M. Corstens (*Staat & Van Hilten/M*). Anders dan de Staat is de Officier van Justitie niet aansprakelijk voor het onrechtmatig verbieden van het vrije verkeer tussen raadsman en verdachte; Naar volgens *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/122* te verdedigen valt vanwege het algemene belang dat een Officier van Justitie snel en slagvaardig moet kunnen handelen.

de ondernemende of toezichhoudende mens geldt daarom een verlaagde zorgplicht. Die verlaagde zorgplicht houdt verband met de hoedanigheid van de ondernemende of toezichhoudende mens. Het is in ieders belang dat ondernemers risico's nemen die een gemiddeld mens niet neemt, of dat de toezichhouder niet op de stoel van een gemiddeld mens gaat zitten, maar gepaste afstand houdt. Van de ondernemende of toezichhoudende mens wordt juist verwacht dat hij meer risico neemt ('toezichhoudersdilemma' of 'afgeleide aansprakelijkheid'),¹⁷¹ of beleidsvrijheid heeft.¹⁷² Deze vrijheid is natuurlijk niet iedereen geoorloofd en is dan ook afhankelijk van de bijzondere hoedanigheid, zoals een speler in een sport of spel,¹⁷³ een bestuurder, een toezichhouder of een beleidsvrijheid genietende overheid.¹⁷⁴

272. In geval van een verlaagde zorgplicht of afgeleide aansprakelijkheid, is toerekening van schade minder snel redelijk.¹⁷⁵ Niet omdat de schade feitelijk niet voorzienbaar was. Dat was hij voor een gemiddeld mens wel. Een gemiddeld mens weet dat bepaalde sporten gevaarlijk zijn of dat markten naast winnaars met regelmaat verliezers kennen. De schade wordt minder snel toegerekend omdat niemand anders bestuurder wil zijn of aan een sport of spel wil deelnemen. De toerekening van schade vindt met terughoudendheid plaats. De mate van terughoudendheid vloeit voort uit de aard van de norm.¹⁷⁶ De niet-toerekening is beperkt tot de 'typische gevolgen'. Zo zal bij een 'ondernemende of toezichhoudende mens' het 'risico van alledag' niet snel tot aansprakelijkheid leiden. Daarvoor is meer nodig. Zoals dat de Verzekeringkamer in het licht van alle haar bekende omstandigheden 'in redelijkheid niet tot het oordeel had kunnen komen' dat ook zonder het benoemen van een stille bewindvoerder het gevaar van een uiteindelijke deconfiture van Vie d'Or zoveel mogelijk bleef afgewend.¹⁷⁷ Ook

Geen toerekening van gevolgen

171. HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, NJ 2008/527, m.nt. C.C. van Dam (*DNB/Vie d'Or*), r.o. 4.3.3. en 4.3.4. Als toezichhouder moest zij ingrijpen vanaf het moment dat zij 'in redelijkheid niet tot het oordeel heeft kunnen komen dat ook zonder de benoeming van een stille bewindvoerder het gevaar voor een uiteindelijke deconfiture zo veel mogelijk bleef afgewend'; *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/73*; Inmiddels is de beperking van aansprakelijkheid voor toezichhouders als DNB en de AFM tot gevallen van opzet of grove schuld wettelijk vastgelegd in art. 1:25d Wft.

172. *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/357 e.v.*; Van Dam 2020/703-2.

173. Van Dam 2020/212-5.

174. Van Dam 2020/212-7; HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148, NJ 2020/293, m.nt. C.M.J. Ryngaert (*IS-kinderen*), r.o. 3.10.3, waarin de Hoge Raad benadrukt dat inzake (nationale) veiligheid en buitenlands beleid de Staat een grote beleids- en beoordelingsruimte heeft en de rechter zich terughoudend moet opstellen met betrekking tot de door de Staat gemaakte afwegingen.

175. Terughoudend over dit gezichtspunt: Klaassen 2017/39.

176. Klaassen 2017/39.

177. HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, NJ 2008/527, m.nt. C.C. van Dam (*DNB/Vie d'Or*).

hier vloeit uit de normstelling de begrenzing voort. Doen zich *atypische gevolgen* voor, zoals in het geval waarin een bestuurder zich onheus jegens zijn werknemers gedraagt, dan is ‘toerekening’ van de daaruit voortvloeiende, voorzienbare schade ‘redelijk’. De voor een bestuurder geldende extra vrijheid heeft niet het oog op dergelijke risico’s.

Gevolgschade
aannemelijk?

273. Is wel sprake van toerekening, dan moeten de schadelijke gevolgen wederom nog steeds *aannemelijk* zijn. Bij het bepalen van die schade bestaat geen reden tot terughoudendheid. De schadelijke gevolgen van een door een toezichthouder ten onrechte genegeerde klacht moeten beoordeeld worden aan de hand van wat voor een gemiddelde laedens voorzienbaar is. De toezichthouder is dan tezamen met de onder toezicht gestelde jegens de benadeelde aansprakelijk. Verheij meent dat de rechter op grond van art. 6:98 BW de hoofdelijkheid kan beperken door aan de toezichthouder bijvoorbeeld 10% van de schade toe te rekenen.¹⁷⁸ Waar die beperking op gebaseerd wordt, is onduidelijk. Is de toezichthouder tekortgeschoten in zijn taak, dan ligt zo’n beperking niet in de rede. Zeker niet waar het een draagkrachtige overheid betreft, en een onschuldige benadeelde. Verheij’s 10% toerekening veronderstelt een 90% ‘eigen schuld’ van de benadeelde jegens de toezichthouder (par. 4.8.2). Eigen schuld vergt een causaliteitsafweging. Het ligt niet in de rede dat zo’n causaliteitsafweging voor 90% in het nadeel van de onschuldige benadeelde uitpakt. Verheij’s suggestie is beter te begrijpen wanneer het over verdelingsnormen gaat. Daaraan liggen evenwel geen zorgplichten, maar verdelingsnormen ten grondslag, met andere argumenten (par. 4.4). Verheij’s suggestie illustreert waartoe een weinig onderscheidend containerbegrip als de ‘redelijkheid’ kan leiden.

4.3.5 SCHULD, SCHADE, AANSPRAKELIJKHEID

Het risico,
per persoon

274. Het toerekenen of waarderen van bepaalde risico’s vloeit voort uit de erkenning dat wat waarschijnlijk is niet door iedereen op dezelfde manier wordt gekend. Sommige mensen *weten* of voorzien meer dan anderen. Dit verschil in persoonlijke kwaliteiten kan van invloed zijn op de vraag of een vergoedingsplicht aannemelijk is. Mensen zijn weliswaar niet gelijk, maar wel vergelijkbaar. Verwijtbaar handelen moet individueel worden vastgesteld. Ook dit vormt een gedeelde waarde (par. 3.4.3). Van sommige mensen wordt echter meer of minder *verwacht*. Die verwachting wordt hen niet zomaar opgedrongen, maar houdt in de regel verband met bepaalde keuzes die zij hebben gemaakt en de rol die zij met die keuze hebben aangeno-

178. Verheij 2019/23.3, komt tot deze suggestie omdat hij meent dat het juist de hoofdelijkheid is die de rechter terughoudend deed zijn in het aansprakelijk houden van de overheid voor gebrekkige controle of falend toezicht.

men. Wie een huis koopt, verwerft bezit, maar ook de daarbij passende verantwoordelijkheid die van huizenbezitters wordt verwacht (art. 6:174 BW). Deze verwachting overstijgt het situationele moment van gevaarstelling waarin eenieder terecht kan komen, en hecht zich aan de persoon of hoedanigheid van bijvoorbeeld huiseigenaar. Bij het toerekenen van bepaalde risico's waardenen we vooral de specifieke omstandigheden die verband houden met de bijzondere relatie of de bestendige rol die iemand heeft ten opzichte van een concreet risico. Dit samenspel van *risico* en *hoedanigheid* geeft nadere invulling aan, of relativeert, de begrippen die de doctrine doorgaans voor toerekening gebruikt: de zwaarte van de schuld,¹⁷⁹ de aard van de schade¹⁸⁰ of de aard van de aansprakelijkheid.¹⁸¹

275. Hoewel volgens Nieuwenhuis bij schuld sprake is van een *'wereldwijd gedeelde gezichtspunt dat hoe zwaarder de schuld is, des te gemakkelijker het valt om de schade aan de dader toe te rekenen'*,¹⁸² is de *'zwaarte van de schuld'* voor de toerekening van schade vooral een afgeleide maatstaf.¹⁸³ De ene schuld is de andere niet. Is sprake van een voor de gemiddelde laedens meer specifiek voorzienbaar risico, dan leidt het negeren daarvan tot *'gewone' schuld*. Wie tijdens de spits door het rode stoplicht rijdt, kan veel boze blikken verwachten. Maar ook bij meer algemeen voorzienbare risico's zoals bij groen licht, of bij minder verantwoordelijkheid ingeval van een rood licht, kan het negeren van het verkeerslicht door een laedens met een verhoogde resp. verlaagde zorgplicht even verwijtbaar zijn. Het gaat dan om een *'gekwalficeerde' schuld*. De vraag *'in hoeverre datgene wat de Bank wist, haar aanleiding had moeten geven tot nader onderzoek'*, kan bij een Ponzi zwendel, ten behoeve van derden die niet betrokken waren bij de transacties via door de bank bijgehouden rekeningen, niet los worden gezien van een bepaalde *'poortwachtersfunctie'* die een bank in het maatschappelijk verkeer heeft en de verplichtingen die de bank in dat kader al dan niet worden toegedicht.¹⁸⁴ Het verschil tussen gewone en *'gekwalficeerde' schuld* is relevant, omdat bij gewone schuld alleen voorzienbare schade aannemelijk is,¹⁸⁵ terwijl bij gekwalficeerde schuld meer of minder als typisch gevolg wordt toegerekend, afhankelijk

Subjectieve
en objectieve
schuld

179. Lindenbergh 2020/8; Asser/Sieburgh 6-II 2017/65; Klaassen 2017/42 sub b.

180. Lindenbergh 2020/45; Asser/Sieburgh 6-II 2017/63; Klaassen 2017/40 en 41.

181. Lindenbergh 2020/24; Asser/Sieburgh 6-II 2017/63; Klaassen 2017/36-39; MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 345.

182. Nieuwenhuis 1991, p. 36; Cane 2002, p. 134.

183. Klaassen 2017/42.2; Van der Kooij 2019/234.

184. HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, NJ 2016/245, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Ponzi-zwendel*).

185. Voor het Belgische recht: zie Jocqué 2016/5. Voor concrete schadeberekening is de zwaarte van de schuld niet relevant.

van de verlangde inspanning.¹⁸⁶ Gewone schuld en gekwalificeerde schuld laten althans zien wat met ‘subjectieve’ of ‘objectieve’ verwijtbaarheid wordt bedoeld (par. 3.4.3).¹⁸⁷ Gewone schuld is ‘subjectief’ en gebaseerd op wat voor een gemiddeld mens vanzelfsprekend is.¹⁸⁸ Gekwalificeerde schuld is ‘objectief’ en afhankelijk van de individuele omstandigheden die in zo’n geval meer specifiek bepalen wat onder ‘schuld’ wordt verstaan. Dit verschil wordt meer helder als de aard van het risico en de hoedanigheid van de laedens als bronnen van ‘schuld’ worden onderscheiden.

Schade weinig
onderscheidend

276. Wat met de *aard van de schade* wordt bedoeld, is vaak niet onderscheidend. Verwezen wordt veelal naar het onderscheid in letselschade, zaakschade en zuivere vermogensschade.¹⁸⁹ Inderdaad verjaren vorderingen wegens letsel- en overlijdensschade op grond van art. 3:310 lid 5 BW minder snel dan als het gaat om zaakschade of zuivere vermogensschade. Gaat het om de toerekening, dan wordt gezegd dat voor letselschade een ruimere toerekening in de rede ligt, namelijk: ook van gevolgen die ‘buiten de lijn der normale verwachtingen’ liggen.¹⁹⁰ Een letselschade zal, gezien de aard van het voorafgaande risico, vaak samenvallen met verkeers- of veiligheidsnormen, en dus: met risico’s van voldoende ‘soortelijk gewicht’.¹⁹¹ Voor zover de ‘normale lijn der verwachtingen’ samenvalt met ‘voorzienbare risico’s’ wordt bij letselschade en verkeers- of veiligheidsnormen misschien te snel gesproken van ‘buiten’ de normale lijn der verwachtingen.¹⁹² Belangrijker is dat verkeers- en veiligheidsnormen niet tot het voorkomen van letselschade beperkt zijn. Verkeers- en veiligheidsnormen kunnen ook tot zuivere ver-

186. In relatie tot eigen schuld: HR 2 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1745, NJ 1997/702, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Keulen/Trias*); Klaassen 2017/42 sub b; Spier 1992/3, 4, en 6.

187. Van Dam 2020/307.

188. Beter is misschien te spreken van ‘intersubjectief’: wat tussen gemiddelde mensen als subjectief wordt beschouwd.

189. *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/66, met verwijzing naar ‘Deelregel 4: aard van de schade’ van Brunner. Zie Brunner, VR 1981, p. 210 – 216.

190. Boonekamp, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:98 BW, aant. 4.4.3.1; HR 9 juni 1972, ECLI:NL:HR:1972:AC0891, NJ 1972/360, m.nt. G.J. Scholten (*Posttraumatische neurose*). Verkeersongeval: met een neurotische depressie van langere duur dan normaal als gevolg; Voor Duitse resp. Engelse recht, zie van Dam 2013/1111.

191. Boonekamp, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:98 BW, aant. 4.4.3.1; HR 21 maart 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC5560, NJ 1975/372, m.nt. G.J. Scholten (*Aangereden hartpatiënt*). Verkeersongeval: bromfietser overlijdt na aanrijding met tractor door hartaanval als gevolg van emotie na de aanrijding; Verheij 2019/48a, meent dat HR 2 november 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7349, NJ 1980/77, m.nt. G.J. Scholten (*Vader Versluis*) inmiddels achterhaald is. Het betrof een geval van medische aansprakelijkheid. Volgens de Hoge Raad was het ineenstorten en arbeidsongeschikt raken van de vader Versluis geen redelijkerwijze te verwachten gevolg meer van de onheuse bejegening van de anesthesist rond de operatie en het overlijden van zijn dochter Mia; Zie ook Klaassen 2017/41.2.

192. Het verschil in betekenis tussen het Duitse recht en het Engelse recht als het gaat om de *maxime the tortfeasor must take the victim as he finds him*. Zie par. 3.3.5.

mogensschade leiden.¹⁹³ Niet valt in te zien waarom niet eenzelfde toerekening voor zuivere vermogensschade kan gelden.¹⁹⁴ Het verschil tussen de ene schade en de andere schade wordt beter duidelijk als gekeken wordt naar de aard van het voorafgaande risico.¹⁹⁵

277. Het onderscheid in schade vertoont overlap met de *aard van de aansprakelijkheid*.¹⁹⁶ Vaak wordt voor de aard van de aansprakelijkheid verwezen naar het onderscheid tussen risicoaansprakelijkheid en schuldaansprakelijkheid. De ene aansprakelijkheid is evenwel de andere niet. Het is te simpel te zeggen dat in geval van een risicoaansprakelijkheid alleen ‘terughoudend’ mag worden toegerekend,¹⁹⁷ terwijl ingeval van een schuldaansprakelijkheid ook de ‘onvoorziene gevolgen’ voor toerekening in aanmerking komen. De *‘aard en strekking van de desbetreffende risicoaansprakelijkheid’* heeft als optelsom van omstandigheden niet veel onderscheidend vermogen.¹⁹⁸ Waar het om gaat is dat de schade soms meer en soms minder voorzienbaar is. De mate waarin, is afhankelijk van de aard van het risico (waarschijnlijkheid) en de hoedanigheid van de laedens (kenbaarheid).¹⁹⁹ Het verschil tussen de ene en de andere risicoaansprakelijkheid of de ene en de andere schuldaansprakelijkheid wordt pas duidelijk in de wisselwerking tussen de aard van het risico en de hoedanigheid van de laedens.

Risico en zorg

4.3.6 VAN GEDRAGSNORM NAAR VERDELINGSNORM

278. In een enkel geval is wat op grond van de aard van het risico en de hoedanigheid van de laedens aannemelijk of redelijk is, voor deze laedens toch onredelijk. De verhoogde zorg die in allerlei wettelijke risicoaansprakelijkheden of rechterlijke uitspraken is geformuleerd, hangt nauw samen met de intensiteit van het moderne verkeer en de ingewikkeldheid van de samenleving.²⁰⁰ De vooraf verlangde inspanning houdt niet altijd gelijke tred met de achteraf beschikbare draagkracht. Zo kan een bepaalde schade

Uitzondering en regel

193. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*).

194. Van der Kooij 2019/228.

195. Klaassen 2017/41.2, die met name ook verwijst naar de overtreden norm. Dit laat onverlet dat de aard van de schade wel relevant kan zijn, vanuit *de benadeelde* bezien, zie par. 3.9 en par. 5.6.

196. Van Dam 2020/1008.

197. Wel afgeleid uit: HR 13 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC3080, NJ 1975/509, m.nt. G.J. Scholten (*Amercentrale*); Anders: Klaassen 2017/38; Verheij 2019/48a; HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 m.nt. J. Spier (*Eisers/NAM*), r.o. 2.4.2.

198. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391, m.nt. J. Spier (*Eisers/NAM*), r.o. 2.4.2.

199. Klaassen 2017/38, die vooral verwijst naar de strekking van de aansprakelijkheidsvestigende norm; Vgl. in relatie tot eigen schuld: *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/122; Klaassen 1991/282.

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

aan een laedens worden toegerekend die diens draagkracht te boven gaat. Dit kan leiden tot ‘kennelijk onaanvaardbare gevolgen’, wat een *matiging* kan rechtvaardigen. De matiging is afhankelijk van de onverzekerde draagkracht van de laedens.²⁰¹ Matigt de *rechter* de schadevergoeding (art. 6:109 BW), dan is die matiging afhankelijk van de individuele omstandigheden van de laedens. Dit begrenst de corrigerende rechtvaardigheid en moet met grote terughoudendheid worden toegepast. De rechter kan ambtshalve gebruik maken van zijn matigingsrecht.²⁰² Volgens Koziol vindt matiging ‘its justification in the notion of the constitutional principle of proportionality’.²⁰³ Matigt de *wetgever* de schadevergoeding (art. 6:110 BW), dan gaat het onmiskenbaar om een vorm van distributieve rechtvaardigheid. Deze rechtvaardiging is niet afhankelijk van de individuele omstandigheden, maar van wat meer algemeen als een goede verdeling van schade geldt. Deze wettelijke bevoegdheid wordt weinig toegepast.²⁰⁴

Geen enkele
schuld

279. Het gaat bij de distributieve rechtvaardigheid niet om een *gedragsnorm*, maar om een *verdelingsnorm*. Een verdelingsnorm kan verband houden met het handelen of nalaten door de laedens. Bij toepassing van een verdelingsnorm is evenwel niet aannemelijk dat een zorgvuldige wijze van handelen of nalaten de schade had kunnen voorkomen. In de woorden van Honoré: ‘To be responsible for fault, morally or legally, the person concerned must in addition understand right and wrong (or lawful and unlawful) and the system of allocation based on that. The relevant choice is the decision to act, in the knowledge of how that distinction is employed, either with a view to doing harm or in disregard of a known risk of harm. To have the capacity for strict liability the person must understand that a special responsibility attaches to socially dangerous activities. The relevant choice is the decision in the light of that knowledge to embark on the activity in question.’²⁰⁵ Zou men tot een toerekening komen in gevallen waarin het causaal verband met de fout minst genomen onzeker is, zoals het niet-voldoen van de arts aan zijn *informed consent* verplichting,²⁰⁶ of de vroegtijdige executie van een vonnis, hoewel onaannemelijk is dat de cliënt

201. Voor zover niet (verplicht) verzekerd. Zie: art. 6:109 lid 2 BW; Brunner 1973, p. 8 e.v.

202. Van Dam 2020/935-1.

203. Koziol 2017, p. 140; Loth 2021, p. 183 – 184.

204. Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:110 BW, aant 3.8, met verwijzing naar het vervoersrecht, nucleaire risico’s en het Tijdelijk besluit limitering van terrorismeschade in verband met de wijziging van de Luchtvaartwet, Stb. 2004, 358.

205. Honoré 1999, P. 32.

206. HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2737, NJ 2002/386, m.nt. J.B.M. Vranken (*Ingenhut*); HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, NJ 2002/387, m.nt. J.B.M. Vranken. In het beoordeelde geval kwam de rechter *niet* tot toerekening. Het voordeel van de operatie zal voor een gemiddelde laedens opwegen tegen het nadeel van mogelijke bijwerkingen. Het niettemin informeren van de patiënt dient ertoe hem in de gelegenheid te stellen een eigen afweging te maken van de kansen en risico’s.

bij een waarschuwing het appel van de wederpartij had afgewacht,²⁰⁷ dan houdt die toerekening geen verband meer met het feit dat de aangesproken laedens een andere *'decision to act'* kon nemen. Zo'n toerekening houdt verband met de meer algemene keuze *'to embark on the activity in question'*. De rechtvaardiging van die toerekening moet niet gezocht worden in de corrigerende, maar in de verdelende rechtvaardigheid. Het is een debat dat in private verhoudingen vaak onderbelicht blijft.

280. Omdat iedere norm zowel ten behoeve van de gemeenschap verde-
lend, als tot het individu gericht en corrigerend is, zijn gedrags- en verde-
lingsvragen niet van elkaar te scheiden (par. 2.2). Voor het maken van keu-
zes uit feiten is voor de toerekening niettemin zinvol beide referentiepunten
te onderscheiden. Een voorbeeld. In april 2000 heeft De Treek bij Dexia een
effectenlease-overeenkomst 'KoersExtra' afgesloten, inhoudende dat met
geleend geld wordt belegd.²⁰⁸ Bij tegenvallende beleggingen resteert voor
De Treek een restschuld onder de lening. Voor dit risico rust op Dexia een
precontractuele waarschuwingsplicht. Deze waarschuwingsplicht hangt
samen met de risicovolle aard van het effectenlease-product dat aan een
breed publiek is aangeboden. Deze risicovolle aard is niet afhankelijk van
de individuele omstandigheden van De Treek (r.o. 5.2.1). Bij schending van
deze waarschuwingsplicht is het ontstaan van de schade nog niet aan-
nemelijk. Voor de gemiddelde mens vormt het beleggen pas een 'zware last'
in de context van de meer individuele omstandigheden van de benadeelde.
Op Dexia rustte daarom een onderzoeksplicht naar de inkomens- en ver-
mogenspositie van De Treek. Voor zover het voldoen van de leasetermij-
nen en/of de mogelijke (maximale) restschuld een onaanvaardbare zware
financiële last legt op De Treek, is de 'kans' dat De Treek de overeenkomst
niet was aangegaan zo aanzienlijk, dat behoudens 'zwaarwegende aanwij-
zingen van het tegendeel' het ontstaan van de schade aannemelijk is (r.o.
5.5.2). Bij het geven van een waarschuwing was deze schade te voorkomen.
Dexia's waarschuwingsplicht betreft een gedragsnorm. De Hoge Raad gaat
evenwel verder. Voor zover de financiële positie van De Treek toereikend
was, is het niet aangaan van de overeenkomst nog steeds aannemelijk,
behoudens 'voldoende concreet' onderbouwd verweer van Dexia (r.o. 5.5.3).
Deze waarschuwingsplicht gaat niet over een voorzienbaar gedragsrisico.
Deze waarschuwingsplicht wil De Treek beschermen tegen 'onnodige risi-
co's', die hij niet zou hebben willen dragen (r.o. 5.2.2). Wat De Treek zou heb-
ben gewild, is echter onvoorzienbaar, immers afhankelijk van de enkele wil

Voorbeeld

207. HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564, NJ 2007/92 (*Juresta*). Ook in dit geval kwam de rechter niet tot een toerekening.

208. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*).

van De Treek. Voor diens keuze zijn geen objectiveerbare omstandigheden aan te wijzen. Dit lag anders in bijvoorbeeld de ‘*informed consent*’ arresten,²⁰⁹ waar sprake was van een behandelingsnoodzaak, wat het risico minder snel ‘onnodig’ maakt.²¹⁰

Maar verdeling

281. Het gaat in gevallen als ‘onnodige risico’s’ niet langer om beheersbare risico’s die door adequaat optreden van de laedens voorkomen hadden kunnen worden, maar om onbeheersbare risico’s. De ‘typische gevolgen’ van de gedragsnormschending zijn enkel afhankelijk van De Treek’s wil, en daarmee achteraf niet objectief te reconstrueren. Bij het toerekenen van dergelijke risico’s gaat het niet meer om de mate van inspanning, en inherent daarin besloten: vragen van preventie en corrigerende rechtvaardigheid, maar om de omvang van de vergoedingsbijdrage, en inherent daarin besloten: vragen van repressie en verdelende rechtvaardigheid, achteraf. Zoals de inspanning via de normstelling van invloed is op de schade, zo kan de vergoedingsbijdrage via de schadevergoeding van invloed zijn op de norm.²¹¹ Het gaat niet meer om een *risicotoedeling* maar om een *schadetoedeling*. Het gaat niet meer om wat de schade ‘is’, maar om wat de schade ‘behoort te zijn’.²¹² Die toerekening wordt vaak onderbouwd met een beroep op de ‘effectieve rechtsbescherming’,²¹³ de ‘normgelding’ of het feit ‘dat de benadeelde door de laedens in deze positie is gebracht, waardoor de benadeelde een kans is ontnomen’.²¹⁴ Het onderscheidend vermogen van deze criteria is niet groot.²¹⁵ Geldt de noodzaak van een ‘effectieve rechtsbescherming’ niet

209. HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2737, NJ 2002/386, m.nt. J.B.M. Vranken (*Ingenhut*); HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, NJ 2002/387, m.nt. J.B.M. Vranken. Volgens de Hoge Raad strekt de onderzoeks- en informatieplicht van de arts, voorafgaand aan de behandeling, niet tot bescherming van de patiënt tegen de niet-medegedeelde, specifieke risico’s, maar enkel tot bescherming van diens individuele keuzevrijheid; Giesen & Maes, *NTBR* 2014/27. Bepleiten eerdere toepassing van de ‘specifiek risico’ regel bij verzuim van informatieplichten.

210. Dit laat onverlet dat het schenden van het keuzerecht van de patiënt wel gezien kan worden als een inbreuk op diens persoonlijkheidsrecht. Mits de schending of de gevolgen voldoende ernstig zijn, kan dit leiden tot smartengeld; Van Dam 2020/916 – 1002-3.

211. Loth bespreekt de distributieve rechtvaardigheid vooral in relatie tot de begroting van de schade. Zie Loth 2016/26 en 46; Het aansprakelijkheidsrecht kent evenwel ook voorbeelden van distributieve rechtvaardigheid in de normstelling, die daarmee ook de omvang van de schadevergoeding raken. Zie hierna, par. 4.4.

212. Hebly 2019, p. 275.

213. Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening 14 oktober 2010, 390-L70021, *JOR* 2010/348, m.nt. C.W.M. Lieveerse; C.E. du Perron, annotatie bij HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201 (*World Online*).

214. Lindenbergh 2020/15; HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273, NJ 2017/115 (*Whiplash*).

215. Klaassen 2012, p. 14 en p. 26; Loth 2016/4.

voor iedere norm?²¹⁶ Deze onduidelijkheid is ongewenst. Hier ontbreekt een goede toerekeningsnorm.

4.4 SCHADE TOEREKENEN VANWEGE DE SOLIDARITEIT

282. De aandelenlease-arresten illustreren dat tussen gedragsnormen en verdelingsnormen een bijna vloeiende overgang bestaat. *Gevaar* en *profijt* zijn omstandigheden die beide redenen voor toerekening kunnen zijn. Wie een bijzondere positie heeft tot een bepaald gevaar, is eerder in staat maatregelen te nemen. Of daartoe ook een verplichting bestaat, is afhankelijk van de zorgvuldigheid die wordt verlangd. Hetzelfde geldt voor het profijt dat iemand van zijn handelen of nalaten heeft. Wie voordeel geniet, is eerder in staat bepaalde nadelen te dragen. Of die persoon daartoe ook een extra bijdrageplicht heeft, is afhankelijk van de toepasselijke gelijkheidsnorm. Vaak zullen beide omstandigheden, gevaar en profijt, tezamen van invloed zijn op de toerekening. Zo speelt de toename van verzekeringen een rol in de uitbreiding van de wettelijke risicoaansprakelijkheden (*assurance oblige*).²¹⁷ Verzekeringen beveiligen tegen voorzienbare risico's en vergroten de individuele vrijheid. Tegelijkertijd beschermen verzekeringen ons ook tegen gevaren die niet altijd te voorkomen zijn, en bieden daarmee profijt.

Twee bronnen van toerekening

4.4.1 ... DOOR EEN VERHOOGDE BIJDRAGEPLICHT

283. Toch is zinvol gevallen waarin de verdeling van nadelen en voordelen de toerekening rechtvaardigt, te onderscheiden van gevallen waarin de toerekening vooral op het voorkomen van het gevaar geënt is. Achter beide toerekeningsgronden gaan verschillende vormen van rechtvaardigheid schuil. De corrigerende rechtvaardigheid beschermt primair het individu, de verdelende rechtvaardigheid legt het primaat bij de gemeenschap. In de westerse cultuur wordt de individuele vrijheid nochtans belangrijker gevonden dan de verplichtingen jegens de gemeenschap. We voelen ons eerder verplicht jegens een ander, dan jegens de gemeenschap. Collectieve las-

Wat waarschijnlijk is

216. C.E. du Perron, annotatie bij HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, *NJ* 2014/201 (*World Online*), r.o. 3.

217. Klaassen 1991, p. 88, p. 286; Van Dam 2020/104; *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/31; In 1983 had 85% van de mensen een particuliere aansprakelijkheidsverzekering, en omstreeks 2014 had 80% van de bedrijven een bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering. Zie *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/175 en 193; In 2020 heeft 90% van de gezinnen een AVP-verzekering. Zie van Dam 2020/503-2; Over de toenemende 'socialisatie' van het recht. Zie Nieskens-Ishpor-ding 1991, p. 58 e.v; Andere voorbeelden zijn: het voorrecht van art. 3:287 BW, de directe actie van art. 7:954 BW, de beperking van subrogatie uit art. 7:962 lid 3 BW en het eigen recht volgens de WAM; of dat wegens het belang bij de verzekeringsdekking aansprakelijkheid niet teniet gaat doordat schuld en recht in één hand komen; HR 3 december 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4489, *NJ* 1983/400, m.nt. B. Wachter.

ten vormen een 'be-lastig'. Een ander compenseren heet een 'ver-goeding' te zijn. De verplichting tot (her)verdelen kent ook een hogere drempel dan de verplichting tot corrigeren. Tussen beide vormen van rechtvaardigheid bestaat derhalve een grens. Verdelingsnormen komen pas in beeld wanneer de schade voor de (maat)mens niet meer te voorkomen is en het slechts nog om een redelijke verdeling gaat.²¹⁸ Een dergelijke verdeling vloeit niet zozeer voort uit de zorgvuldigheid, maar uit de vereiste solidariteit. De herverdeling vindt dan plaats langs de lijnen van een gelijke verdeling van lasten én lusten. Evenals de verhoogde zorgplicht vergt ook herverdeling een afweging die niet altijd numeriek of getalsmatig te bepalen valt.²¹⁹ Hoewel de vertaling van schade in geld suggereert dat schuld en schade inwisselbaar zijn, blijkt één euro voor de benadeelde soms meer waard dan voor de laedens. Eén euro minder-eten is niet gelijk aan één euro minder aandeelhoudersrendement, net zomin als één euro minder verkoopopbrengst gelijk is aan één euro boekhoudkundig waardeverlies.²²⁰ De gelijkheid als bron van toerekening is veel minder uitgekristalliseerd dan de zorgvuldigheid. Rechters zijn niet snel geneigd expliciet aan de gelijkheid te toetsen. Toch laten wet en jurisprudentie al langere tijd een toenemende behoefte zien ook schade die op geen enkele manier onzorgvuldig veroorzaakt is, toe te rekenen. De wereld verandert in rap tempo, en daarmee ook de noodzaak tot solidariteit. Kenmerkend voor dit schadevergoedingsrecht is dat het om gevallen gaat waarin weliswaar sprake is van een voorzienbaar risico, maar het *causaal verband* tussen enig onzorgvuldig handelen en de *schade* minst genomen *onzeker* is.²²¹

Verschilt
per geval

284. Binnen het schadevergoedingsrecht realiseren verdelingsrisico's zich in de vorm van een *zuivere risicoaansprakelijkheid*. De schade wordt toegerekend, hoewel van een schadeveroorzakende normschending geen sprake is.²²² Toerekening van schade kan in dergelijke omstandigheden toch rede-

218. Koziol 2017, p. 127; Vooral het Franse recht gaat creatief om met onzeker causaal verband. Zie van Dam 2013/1107-2.

219. Distributieve rechtvaardigheid is geen kwestie van getalsvergelijking, zoals blijkt uit de parabel van de druivenplukkers (Mattheus 20: vers 1-6).

220. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391, m.nt. J. Spier (*Eisers/NAM*), r.o. 2.11.4, over waardevermindering.

221. Zie 'deelregel 4: aard van de schade' van Brunner. Zie Brunner VR 1981, p. 210 – 216; Asser/Sieburgh 6-II 2017/65-67.

222. Het bestaan van bijvoorbeeld een rechtvaardigingsgrond betekent niet dat geen schadevergoeding behoeft te worden betaald. Een vergoedingsplicht kan dan nog steeds voortvloeien uit een ongerechtvaardigde verrijking; Lindenbergh, in: T&C Burgerlijk Wetboek, art. 6:162 BW, aant. 3; TM, *Parl. Gesch. Boek 6 BW* 1981, p. 617 – 8.

lijk zijn vanwege de ongelijke verdeling van nadelen én voordelen.²²³ De reden van die toerekening is niet meer gelegen in de autonomie van de laedens en diens bijzondere positie ten opzichte van het risico, maar meer heteronoom: de belangen van de gemeenschap als geheel en wat binnen die gemeenschap als een gelijke verdeling geldt. In gestolde vorm gaat het om kwalitatieve aansprakelijkheden voor werknemers (art. 6:170 BW),²²⁴ opdrachtnemers (art. 6:171 BW),²²⁵ vertegenwoordigers (art. 6:172 BW), of voor andere bestuurders (art. 185 WVW),²²⁶ voor kinderen beneden de 14 jaar (art. 6:169 lid 1 BW),²²⁷ dan wel in de wet verankerde zuivere risicoaansprakelijkheden voor kernongevallen²²⁸; of in de jurisprudentie aanvaardde kwalitatieve aansprakelijkheden²²⁹ dan wel zuivere risicoaansprakelijkheden voor beslaglegging,²³⁰ tenuitvoerlegging van vonnissen²³¹ of, als het om de overheid gaat, strafvorderlijk optreden,²³² vernietigde beschik-

223. Koziol 2017, p. 13; Verheij 2019/5; Over de privaatrechtelijke opmars van het discriminatieverbod in art. 1 Grondwet (“... op welke grond dan ook ...”). Zie Hartkamp, *WPNR* 2010/6843, p. 383 – 387; Over het gelijkheidsbeginsel. Zie Sieburgh 2013, p. 429 e.v.

224. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/187; Klaassen 1991, p. 42 e.v. en p. 214; Kolder 2018, p. 231.

225. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/199; Kolder 2018, p. 232, die stelt dat bij controle of toezicht eerder sprake is van ‘eenheid’ van onderneming.

226. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/279.

227. Van Dam 2020/501; In beginsel is eenieder alleen aansprakelijk voor eigen handelen of nalaten en is een kwalitatieve aansprakelijkheid voor anderen een uitzondering, zoals nog eens nadrukkelijk vooropgesteld in HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, *NJ* 2007/231 m.nt. J.B.M. Vranken (*Ontvanger/Voorsluijs*), r.o. 3.5. Bij de toerekening van kennis: ‘(...) gezien het in het aansprakelijkheidsrecht geldende uitgangspunt dat eenieder in beginsel alleen voor zijn eigen daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden, behoudens welomschreven, op de wet gebaseerde, uitzonderingen.’

228. Verdrag van Parijs inzake wettelijke aansprakelijkheid op het gebied van de kernenergie (*Trb.* 1961, 27; 1962, 64; 1963, 171), geïmplementeerd in de Wet aansprakelijkheid kernongevallen.

229. Toerekening van kennis bij rechtspersonen. Zie HR 13 november 1987, ECLI:NL:HR1987:AC3284, *NJ* 1988/139 (*Haagse Gasfabriek*); HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2537, *NJ* 1998/586, m.nt. M.M. Mendel (*Erven Van Dam/Rabobank*).

230. HR 15 april 1965, ECLI:NL:HR:1965:AC4076, *NJ* 1965/331, m.nt. D.J. Veegens (*Snel/ Ter Steege*); Conservatoir beslag, zie Molkenboer 2019, p. 62; Executoriaal beslag, zie HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, *NJ* 1997/366, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger/Bos*).

231. HR 16 november 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4901, *NJ* 1985/547, m.nt. L. Wichers Hoeth & W.H. Heemskerk (*Ciba Geigy/Voorbaak*). Kort geding en hoofdprocedure; Terecht meent Spier, anders dan de Hoge Raad, dat ook in dit geval sprake is van een rechtmatige daad. Zie Spier & Bolt 1996, p. 290; Zie ook Van Dam 2000, p. 241.

232. HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1019, *NJ* 1990/794, m.nt. C.J. H. Brunner (*Staat/Bekkers*). Waarin – anders dan de Hoge Raad – A-G Bloembergen terecht de vergoedingsplicht baseert op een rechtmatige daad. Het redelijk vermoeden van schuld (art. 27 lid 1 Sv) wordt niet aangetast door een later gebleken onschuld.

kingen²³³ of regelgeving.²³⁴ Ieder beroep op overmacht is bij een zuivere risicoaansprakelijkheid uitgesloten.

Door algemene
omstandig-
heden

285. Klaassen benadrukt terecht dat *overmacht* vooral betekenis heeft in geval van schuldaansprakelijkheid. Hoewel de schade het gevolg is van een bepaalde normschending, kan deze niet aan de laedens worden toegekend. Bij risicoaansprakelijkheid vormt overmacht niet langer het complement van schuld, maar van risico.²³⁵ Dat is op zich juist. Bedacht moet wel worden dat het ene risico het andere niet is. Uiteindelijk worden ook risicoaansprakelijkheden aan een persoon toegerekend. Het maakt verschil of die toerekening gebaseerd is op een individuele kostenafweging en de daarmee verbonden inspanning schade te voorkomen, of op een meer algemene voordeelsafweging die leidt tot een extra bijdrageplicht in aanwezig nadeel. De stelling dat bij zuivere risicoaansprakelijkheid overmacht is uitgesloten, verduidelijkt dat anders dan bij verhoogde zorgplichten, bij verhoogde bijdrageplichten de toerekening aan de persoon niet afhankelijk is van de mogelijkheid een bepaalde schade te voorkomen. Een verhoogde bijdrageplicht is vooral gebaseerd op de meer algemene omstandigheden van het geval.

We worden
belemmerd

286. Verdelenormen komen voort uit wat binnen een bepaalde gemeenschap *schaars* is. Bij schaarste bestaat immers een noodzaak tot verdeling. *'Allen die zich in Nederland bevinden, zijn vrij en bevoegd tot het genot van de burgerlijke rechten.'* Artikel 1:1 BW suggereert een oneindig genot van rechten. Ten onrechte. Aan het gesloten stelsel van eigendom (artikel 5:1 BW) en verbintenissen (artikel 6:1 BW) gaat een schaarste vooraf. Het bestaan van zaken of goederen is niet oneindig. Uiteindelijk moet de cake eerlijk verdeeld worden. Niet uit medelijdende slachtofferbescherming of altruïstische barmhartigheid, maar uit puur eigen belang. Samen sterker. Hoe groter het individueel onbeheersbare risico door de gemeenschap wordt ingeschat, des te meer reden bestaat voor solidariteit. Het creëren van solidariteitsverplichtingen is het ultieme en enige overlevingsmechanisme dat een gemeenschap heeft om zichzelf effectief tegen gevaren te beschermen. Hoe groter de dreiging van het COVID-19-virus wordt ervaren, des te meer aanleiding bestaat de gevolgen van de bestrijding gelijkelijk te verdelen.

233. HR 26 september 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9505, NJ 1987/253, m.nt. M. van der Scheltema (*Staat/Hoffmann-La Roche*). Ook al is de rechter uitgegaan van een rechtsopvatting die ten tijde van de beschikking voor het overheidslichaam onvoorzienbaar was en waarmee dit lichaam geen rekening behoefde te houden.

234. HR 9 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC0867, NJ 1987/252, m.nt. M. van der Scheltema (*Staat/Van Gelder*).

235. Klaassen 1991, p. 120, p. 240.

Niet als moreel appèl, maar uit bittere noodzaak. Anders dan de moraal, geeft het recht een eenduidige beslissing en stelt een daad.²³⁶

287. In de bewustwording van die noodzaak speelt de rechtseconomie een belangrijke rol. De ontwikkeling van de *rechtseconomie*, beginnende met de Oostenrijke School in de tweede helft van de 19^e eeuw, met een Amerikaans vervolg daarop in de 20^e eeuw, houdt niet toevallig gelijke tred met het succes van de markteconomie. Rechtseconomen hebben weliswaar een beperkte visie op wat voor ieder ‘het zijne’ is; zij hebben met hun wens tot optimaliseren het begrip schaarste wel onder de aandacht gebracht.²³⁷ Onder invloed van de geprezen grondrechten en hun economisch marktsucces kan het recht steeds minder om die schaarste heen. Burgerlijke rechten worden toenemend beperkt, of gaan gepaard met verplichtingen. Dat men zich sinds 1919 in Nederland ook ‘maatschappelijk zorgvuldig’ moet gedragen, vormt inmiddels een vanzelfsprekende inperking van ieders individuele vrijheid,²³⁸ evenals de opkomende consumentenbescherming voor ondernemers, vanaf de tweede helft van de 20^e eeuw. Het gezamenlijk moeten dragen van nieuwe bedreigingen als een virus of de nadelen van een ogenschijnlijk onbeperkt internet, zijn slechts nieuwe verschijningsvormen van een al langer voortschrijdend proces van ontstaan van nieuwe ‘verkeersregels’.

In ons streven

288. Schaarste impliceert het gelijk van de oude Grieken. Het gaat bij de ‘vrije wil’ niet om ongelimiteerde vrijheid, maar om ‘keuzevermogen’ (par. 3.4.4).²³⁹ Niet het eigen voordeel staat voorop, maar het vermijden van wat uiteindelijk door schaarste gemeenschappelijk nadelig is. Schaarste veronderstelt het bestaan van een bepaalde *gemeenschap*. De gemeenschap waarin het voordeel verdeeld moet worden kan geografisch heel groot zijn en zelfs intergenerationeel, bijvoorbeeld als het gaat om het mondiale risico van klimaatverandering. De gemeenschap kan ook heel klein zijn, wanneer het lokale gebruiken of verkeersregels betreft, of een bepaalde markt, een beroepsgroep of een doelgroep. Gemeenschappen kunnen van buiten worden geformuleerd of opgelegd door marktwerking of regelgeving. Gemeenschappen kunnen ook door eigen keuze ontstaan. De groeiende trend van

Naar wat we willen

236. Loth 2021, p. 226; Nieuwenhuis 1999, p. 103; Reurich 2005, p. 38.

237. Visscher 2005, p. 4 e.v. en 29 e.v.

238. HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, NJ 1919/161, m.nt. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*); Cane 2002, p. 188.

239. In het latijn: liberum arbitrium, Arendt 1975, p. 364.

zelfregulering duidt op een toenemende erkenning van schaarste én de wens wat schaars is binnen de eigen gemeenschap evenredig te verdelen.²⁴⁰

We kiezen zelf

289. Juist zelfregulering is voor verdelingsnormen van belang. Mensen functioneren veelal in verschillende gemeenschappen tegelijkertijd. De maatschappelijke draagkracht van verdelingsregels gedijt voor 'het stelsel van de wet' goed bij wat 'bottom up' door de maatschappij als een evenredige verdeling wordt gezien. Giesen spreekt in navolging van Gribnau van 'maatschappelijke rechtsvorming'.²⁴¹ Reurich verdedigt dat het bestaan van normen niet afhankelijk is van een bepaald formalisme of 'regelisme', maar eenvoudig besloten kan liggen in maatschappelijk handelen. 'Elke handeling in het maatschappelijk verkeer creëert een immateriële dimensie van "behoren"'.²⁴² Uiteindelijk conformeert het recht zich aan de feiten, bijvoorbeeld door de regeling van verjaring. Mensen hebben behoefte aan waardering. Idealiter geschiedt die beoordeling niet alleen 'top down', maar vanuit ieders eigen betrokkenheid. Een gemeenschap wordt niet uitgehold door *dissenting opinions*, maar vooral doordat de leden er geen mening of oordeel meer over hebben. Ieder oordeel verbindt het particuliere met het algemene ('ik vind dit mooi', 'ik vind dit lelijk'); verruimt het denken (wat betekent: 'mooi', 'lelijk?'), en creëert zo een groei in gemeenschap ('mooi of lelijk heeft voor ons een bepaalde betekenis').²⁴³ Dé rechtsgrond voor verdelingsregels heet uiteindelijk: 'draagvlak'; vertaald door juristen als 'verkeersopvatting'. Zo kan als vanzelf aan het licht komen dat een laedens die qua voordeel mischien niet verwijtbaar, maar toch onevenredig profiteert, jegens één of meer andere leden van die gemeenschap alsnog een schadevergoedingsplicht heeft in de vorm van een extra bijdrage in de schade.²⁴⁴

Althans de wetgever

290. Bij gebreke van zelfverkozen vanzelfsprekendheid vloeien verdelingsnormen eerst en vooral voort uit *wetgeving*.²⁴⁵ De wetgever is daartoe democratisch gelegitimeerd. Om te beginnen als het gaat om het verdelen van de

240. Giesen 2020/17; Vgl. HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, NJ 1997/3, m.nt. E.J.H. Schrage (*Van der Tuuk Adriani/Batelaan*), waarin de hypotheekhoudende huisarts Batelaan met succes een beroep op een goodwillvergoeding doet jegens de zich in dezelfde gemeente vestigende apotheker Van der Tuuk Adriani, waarna de vergunning van Batelaan wordt ingetrokken, onder andere vanwege de consensus hierover binnen de branche; Van Boom 2002, p. 143; Van Boom 2020, p. 229 e.v.

241. Giesen 2020/17, met verwijzing naar Gribnau 2005.

242. Reurich 2005, p. 80; in vergelijkbare zin Cane 2002, p. 6.

243. Arendt 1975, p. 760 e.v.

244. De 'hoedanigheid van de laedens' is een ruimer begrip dan 'deelregel 3c' van Brunner: 'de aard van de activiteit: bedrijfsmatig of particulier'. Zie Brunner, VR 1981, p. 210 – 216; Asser/Sieburgh 6-II 2017/65.

245. Giesen 2020/9; Circa 90% van de rechtsvorming verloopt via de wetgever, aldus Voermans, *Regelmaat* 2015/2.2, p. 68.

collectieve lasten via de belastingwetgeving en het gebruik van de openbare ruimte, het eigendom of het bezit. Tjepkema memoreert hoe in Nederland, anders dan in Frankrijk, de wettelijke of geschreven verdelingsnormen in de vorm van nadeelcompensatie een hoge vlucht hebben genomen.²⁴⁶ Deze regelgevingsvlucht is niet zonder belang. Verdelingsregels vloeien voort uit de meer algemene omstandigheden van het geval, derhalve vooral uit elkaar: als een zich verdichtend web van regels met bewezen maatschappelijk draagvlak.²⁴⁷ Verdelingsregels passen in, dragen bij aan, én vormen zo 'het stelsel van de wet'.²⁴⁸ Binnen het aansprakelijkheidsrecht is die ontwikkeling herkenbaar in de kwalitatieve risicoaansprakelijkheid voor kinderen die aansluit bij de wettelijke plicht tot verzorging en opvoeding (Boek 1 BW);²⁴⁹ of voor opdrachtnemers (art. 6:171 BW) dan wel vertegenwoordigers (art. 6:172 BW), die geïnspireerd is door de risicoaansprakelijkheid voor werknemers (art. 6:170 BW); of de toerekening van rechtshandelingen (art. 3:60 BW).²⁵⁰ Als uitbreiding op art. 6:170 BW is begrijpelijk dat een verdelingsregel als art. 6:171 BW in beginsel restrictief en objectief moet worden uitgelegd,²⁵¹ en dat voor de toepassing niet relevant is of de benadeelde wist of tussen de laedens en de opdrachtnemer wel of geen 'eenheid van onderneming' bestond.²⁵² Een ander voorbeeld van die 'verdichting' vormt de leeftijdsgrens van 14 jaar (art. 6:169 lid 1 BW), die via de verzekeringsmarkt nadrukkelijk door de maatschappij zelf is bepaald.²⁵³ Verdelingsnormen moeten naar hun aard objectief worden uitgelegd, bijvoorbeeld als het gaat om het begrip 'kans' bij de aansprakelijkheid voor werknemers (art. 6:170 BW).²⁵⁴ Die objectivering lijkt bij de groepsaansprakelijkheid ten

246. Tjepkema 2010, p. 276, met verwijzing naar o.a. de Uitkeringsregeling Fonds Slachtoffers Legionella-epidemie, de Regeling compensatie schade luchtvaartmaatschappijen 11 tot en met 14 september 2001, Nadeelscompensatieregeling verleggen kabels en leidingen 1999, de Noord-Zuidlijn, de Betuweroute.

247. Giesen 2020/32. Over rechtsvinding door middel van analogie of a-contrario redeneringen, of het onderscheid maken tussen gelijke en ongelijke gevallen.

248. HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AL1600, NJ 1959/548, m.nt. DJ. Veegens (*Quint/Te Poel*).

249. Parl. Gesch. Boek 6 NBW, p. 678-680; Klaassen 1991, p. 34.

250. Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 262; Klaassen 1991, p. 72.

251. HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD7395, NJ 2002/75 (*Energie Delfland NV/De Stoeterij de Kraal BV*); HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7423, NJ 2008/93 (*Opengewaaide vrachtwagendeur*).

252. HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9596, NJ 2010/389 (*Koeman/Sijm Agro BV*).

253. Klaassen 1991, p. 34; Van Dam 2020/313; kritisch over deze leeftijdsgrens vanuit rechts-economisch perspectief is Visscher 2005, p. 156.

254. HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6020, NJ 2010/52, m.nt. M.R. Mok (*Bomaard/Gemeente Utrecht*). Aansprakelijkheid werkgever voor ondergeschikten. R.o. 4.2.2. '... Het hof heeft zich beperkt tot een beantwoording van de vraag of de kans op de fout is vergroot door een opdracht aan de werknemer tot het verrichten van een 'bepaalde taak'. Het hof heeft aldus ten onrechte nagelaten te beoordelen of daarbij de andere door Bloemaard gestelde en in de voormelde rov. 6.4 van de rechtbank in de beoordeling betrokken omstandigheden, die kennelijk ook naar het oordeel van het hof wél verband hiel-

onrechte buiten beeld geraakt (art. 6:166 BW).²⁵⁵ Vedelingsregels komen voort uit wat als gemeenschappelijk waardevol wordt gezien, bij voorkeur langs democratische weg.²⁵⁶ Van oudsher wordt dit prerogatief van de wetgever door de rechter gerespecteerd.²⁵⁷

Of de rechter

291. Verdelingsnormen kunnen niettemin ook worden vastgesteld via de *rechter*. Het aan zo'n norm ten grondslag liggende debat vindt in de regel niet expliciet plaats.²⁵⁸ Overwegingen rond solidariteit, gelijkheid en evenredigheid worden in het juridisch discours vaak als '*policy reasons*' naar het tweede plan verwezen. De rechter zou slechts een concreet geval te beslissen hebben en zich niet nodeloos moeten blootstellen aan het ondergeschikt maken van de partijbelangen aan algemene overwegingen van, naar verluidt, beleidsmatige of politieke aard.²⁵⁹ Die kritiek is niet terecht. '*Policy considerations are central to legal responsibility practices because law is a social phenomenon, and because the principles of legal responsibility are of general application.*'²⁶⁰ Juist is wel dat ingeval de schade niet voortvloeit uit een voor een gemiddeld laedens voorzienbaar risico, in eerste instantie de aanvullende vraag gesteld moet worden of deze laedens met behulp van een extra inspanning niet beter had moeten weten. Als het antwoord daarop ontkennend is, kunnen nog steeds goede redenen bestaan de schade toch voor rekening van de laedens te brengen. Weliswaar komt schade door louter toeval als gedragsnorm niet voor vergoeding in aanmerking.²⁶¹ Dit laat onverlet dat een vergoeding nog steeds op zijn plaats kan zijn wanneer de schade én het voordeel ongelijk verdeeld zijn.²⁶² Voorbeelden van een rech-

den met de dienstbetrekking van Van Baggem, meebrachten dat sprake is van een door het verrichten van zijn taak verhoogde kans op de door hem als werknemer van de Gemeente gemaakte fout.' T&C art. 6:170, aant. 2.

255. HR 2 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2914, NJ 2016/194, m.nt. T. Hartlief (*TVM/Verweeters*). Aansprakelijkheid groepsverband. R.o. 3.5.3. '... Uit het hiervoor in 3.5.2 overwogene vloeit voort dat enkel de bewezen deelname aan een bepaalde organisatie of groep onvoldoende is om aansprakelijkheid op grond van art. 6:166 lid 1 BW te kunnen aannemen voor alle vanuit de groep gepleegde onrechtmatige daden. (...) Gelet op het voor aansprakelijkheid op de voet van art. 6:166 lid 1 BW geldende vereiste dat de aangesprokene wist of behoorde te weten dat het groepsoptreden de kans schiep op de in het concrete geval geleden schade, geeft dat oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.' Terecht kritisch over deze subjectivering: Boonekamp 2016, p. 52.

256. Loth 2020, p. 154, formuleert als uitgangspunt, geen eindpunt: 'In het recht is het arbeidsterrein van corrigerende en distributieve rechtvaardigheid langs heldere lijnen verkaveld; het privaatrecht is het domein van de corrigerende rechtvaardigheid en het publiekrecht is het domein van de verdelende rechtvaardigheid.', met verwijzing naar Brunner 1973, p. 5.

257. Giesen 2020/10 – 11.

258. Spier 1998, p. 51; Van Boom 2020, p. 153 en 169.

259. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/7.

260. Cane 2002, p. 54.

261. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/20.

262. Winiger 2018, p. 112.

terlijke verdeling zijn de 50%²⁶³ en 100% regel²⁶⁴ in de verkeersaansprakelijkheid of wanneer de rechter omwille van de doelmatigheid en de rechtszekerheid van bepaalde omstandigheden abstraheert.²⁶⁵

292. Vraag is dan wel welke extra bijdrage van deze laedens verwacht mag worden. Dit vergt een oordeel over diens bijdrage of de *waarschijnlijkheid* van de *schade*. Welk nadeel geldt als ongelijk of onevenredig? De aan dit verdelingsoordeel ten grondslag liggende afweging van omstandigheden kan via een *partijdebat* tot stand komen. De benadeelde zal dit debat wederom zo feitelijk en algemeen mogelijk willen formuleren ('geen normaal mens draagt dit'). Bijvoorbeeld: 'dit nadeel overstijgt het algemene levensrisico en behoort niet voor mijn rekening te komen'.²⁶⁶ De laedens zal dit betwisten met verwijzing naar omstandigheden aan zijn zijde: 'ik kon deze schade niet voorkomen'. De benadeelde zal zijn stelling vervolgens moeten toelichten: 'maar dit nadeel is voor jou beter te dragen dan voor mij, omdat jij daar tegenoverstaande voordelen geniet'. Waarna de laedens zich weer kan verweren: 'maar die verdeling van voordeel en nadeel is niet onevenredig, vergeleken met vergelijkbare gevallen'.²⁶⁷ Waarop de benadeelde weer kan repliceren: 'het erodeert (L) het gemeenschappelijk voordeel (A) te zeer als mijn schade onvergoed blijft' (par. 2.3). Waar het debat over zorgplichten vooral intern, naar de meer specifieke omstandigheden van het geval, beweegt (par. 4.3), nodigen verdelingsnormen uit de blik extern, op de meer algemene omstandigheden in 'vergelijkbare gevallen', te richten. Terecht legt Loth de nadruk op de 'comparatieve' aard van distributieve argumen-

Partijen helpen

263. HR 28 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0526, NJ 1993/566, m.nt. C.J.H. Brunner (*Iza Vrerink*), die in zijn noot (nr. 4) spreekt van '... de rechter als wetgever-plaatsvervanger ...'. Behoudens opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid kan het gedrag van voetgangers of fietser (van 14 jaar of ouder) tot eigen schuld leiden, zij het niet meer dan 50%.

264. Ingeval van een aanrijding met gemotoriseerd verkeer krijgen kinderen tot 14 jaar 100% van hun schade vergoed, tenzij bij het kind sprake is van aan opzet grenzende roekeloosheid. Voor eigen schuld zie HR 1 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7631, NJ 1991/720, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ingrid Kolkman*); Voor overmacht zie HR 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0252, NJ 1991/721, m.nt. C.J.H. Brunner (*Marbeth van Uitregt*).

265. Bij zaakschade. Zie HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, NJ 2013/219, m.nt. M.M. Mendel (*Reaal/Athlon*). Als het gaat om een bedongen korting; Bij letselschade. Zie HR 21 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2286, NJ 1999/145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth*). Met betrekking tot de kosten van opvoeding ('NIBUD'); HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5891, NJ 2003/504, m.nt. J.B.M. Vranken (*Krüter/Wilton-Fijenoord*). Ten aanzien van de kosten van verzorging ('normaal en gebruikelijk').

266. *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/20*.

267. De ongelijkheid kan ook andersom bestaan (zie ook hierna): 'jouw voordeel is niet redelijk en mag jegens mij niet zonder gevolgen blijven'. De laedens zal dit betwisten met verwijzing naar omstandigheden aan zijn zijde: 'maar ik heb geen schade veroorzaakt'. De benadeelde zal zijn stelling weer moeten toelichten: 'zonder negatieve gevolgen is jouw voordeel ook weer niet'. Waarna de laedens zich kan verweren: 'maar het individuele nadeel is op z'n minst onzeker'.

ten.²⁶⁸ Het gaat er niet om of iemand via een bepaald gedrag voor het resultaat verantwoordelijk is, maar hoe de verdeling van voordelen en nadelen zich verhoudt tot de verdeling van voordelen en nadelen in wat meer algemeen binnen een bepaalde gemeenschap als een gelijke verdeling van de gezamenlijke schaarste wordt beschouwd. Voor de civilist voelt dit misschien onwennig.²⁶⁹ Het schadevergoedingsrecht wordt traditioneel meer vanuit gedragsnormen gedacht dan vanuit verdelingsnormen, zeker waar het de rechterlijke rechtsvorming betreft. Toch zijn verdelingsnormen voor het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht allesbehalve nieuw.

Geval overstijgende argumenten

293. Niemand minder dan Wiarda wijst ons hierin de weg.²⁷⁰ Als voorbeeld van de door hem benoemde *vergelijkingsmethode* wijst hij op een geval van 'slaafse nabootsing': niet in strijd met een octrooirecht of een auteursrecht, maar wel aanleiding gevend tot de vraag of een dergelijke nabootsing niet leidt tot een onevenredige vorm van *free riding*. Wiarda schetst het heuristisch denkmodel, dat naar zijn aard meer verbeeldingskracht vergt dan het analyseren van precedënten, immers: 'Over gevallen waarvoor de oplossing evident is, plegen geen processen te worden gevoerd.'²⁷¹ Strekt de nabootsing ertoe de deugdelijkheid en de bruikbaarheid te bevorderen, terwijl hierdoor geen verwarring ontstaat bij het kopende publiek, dan is dit geoorloofd. Van erosie van gemeenschappelijk voordeel (deugdelijkheid en bruikbaarheid) door nadeel (verwarring) is geen sprake. Gaat de nabootsing verder dan voor de deugdelijkheid en de bruikbaarheid nodig is en leidt dit wél tot verwarring, dan is dit ongeoorloofd. In zo'n geval is sprake van eroderend marktvertrouwen (verwarring), zonder dat daar voldoende voordeel (deugdelijkheid en bruikbaarheid) tegenover staat. Daar tussenin bevindt zich de categorie van gevallen die weliswaar de deugdelijkheid en de bruikbaarheid bevorderen, maar ook tot verwarring leiden. De balans tussen gemeenschappelijk voordeel (deugdelijkheid en bruikbaarheid) en nadeel (verwarring) is onzeker. De Hoge Raad kiest voor een terughoudende invulling door deze laatste categorie niet ongeoorloofd of onrechtmatig te oordelen.²⁷² Ondernemingszin ging in de jaren '50 (nog) vóór marktbescherming. Deze uitkomst

268. Loth 2020, p. 159.

269. Zie ook Asser/Vranken 2005/11: '...Wat ik mij evenwel pas gaandeweg ben gaan realiseren, is dat als gevolg van deze in steek een bepaald soort argumenten niet of nauwelijks aan bod komt, althans veelal niet wordt aangevoerd in de literatuur en in procedures. Ik doel op argumenten die het individuele geval overstijgen of in een breder verband plaatsnemen. Kortom, argumenten die juist voor de meerwaarde van rechterlijke uitspraken belangrijk zijn...'

270. Wiarda 1999, p. 107 e.v.

271. Wiarda 1999, p. 115.

272. HR 26 juni 1953, ECLI:NL:HR:1953:76, NJ 1954/90, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Hyster Karry Krane*); Wiarda 1999, p. 108.

klinkt weinig juridisch. Beter is misschien te zeggen dat ons civielrechtelijk vocabulair niet erg ontwikkeld is als het gaat over het benoemen van de gelijkheidsnorm. Door spiegeling van de terminologie die we bij zorgplichten gebruiken, kan meer duidelijkheid worden verkregen over de gelijkheidsnorm als bron van schadetoerekening.²⁷³

294. Uiteindelijk wordt ook het verdelingsdebat bij de rechter beslist met behulp van een maatmens. Die maatmens heeft geen betrekking op de voorzienbare risico's van een bepaald handelen, maar op de vraag in hoeverre ten aanzien van bepaalde gevolgen een extra bijdrageplicht bestaat. Het gaat bij deze maatmens niet zozeer om iemands zorgplicht jegens een specifieke ander, maar om iemands verantwoordelijkheid jegens een bepaalde gemeenschap, derhalve: om iemands *systeemverantwoordelijkheid*.²⁷⁴ Systeemverantwoordelijkheid staat niet los van het menselijk handelen. Systeemverantwoordelijkheid is niet een soort 'erfschuld', die bij de geboorte al onvermijdelijk in rekening wordt gebracht. Systeemverantwoordelijkheid moet vooral worden afgezet tegen de 'redelijk bekwaam en redelijk handelende' mens of de *bonus pater familias*. Systeemverantwoordelijkheid heeft niets te maken met een ideaal gedrag of voorbeeldgedrag. Systeemverantwoordelijkheid gaat niet over wenselijk gedrag, maar over de buitengrenzen van ons handelen: over 'buitenspel' situaties.²⁷⁵ Van een ongeoorloofde of een specifieke schadeveroorzakende gedraging is geen sprake, maar de bestaande situatie kan er wel toe leiden dat de wederpartij moet worden gecompenseerd. Ook als het de overheid betreft, bijvoorbeeld wanneer het gaat om klimaatverandering.²⁷⁶ Het gaat om de onevenredige gevolgen die uit gedrag kunnen voortvloeien. De onevenredigheid van deze gevolgen laat zich herkennen aan de Kantiaanse constatering: '*Als we allemaal zo zouden handelen...*'.

De rechter
beslist

295. Evenals de zorgvuldigheid, is solidariteit zelden een aanstonds herkenbaar gegeven, zeker niet wanneer de noodzaak daartoe zich via 'maatschappelijke rechtsvorming', lagere rechtspraak of vanuit intransparante omstandigheden ontwikkelt. Wat 'gelijk' is, kan naar plaats en tijd verschil-

Al doende
leren

273. Terecht stelt Van Boom: 'Het verrijktingsrecht kan in dat opzicht leren van het aansprakelijkheidsrecht.' Zie van Boom 2002, p. 73.

274. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier, r.o. 2.2.2.

275. Franke 2022, p. 57, verwijst naar het strafrecht als buitengrens; als ook naar het verschil tussen strafrecht en civielrecht aan de hand van de casus van Cicero (*De officiis*, XXIII,9) over de twee schipbreukelingen, allebei wijze mannen, en de vraag of de een de plank van de nader mag afpakken om zichzelf te redden. Strafrechtelijk lijkt het redden van het eigen leven ten koste van de ander geoorloofd, maar dat wil niet zeggen dat geen reden tot schadevergoeding bestaat.

276. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier.

len en ontwikkelt zich vaak met voortschrijdend inzicht. Verdelingsnormen vergen voldoende transparantie en inzicht in niet alleen wat tussen twee personen als zorgvuldig geldt, maar vooral wat in binnen een bepaalde gemeenschap als een evenredige verdeling van schaars bezit wordt gezien. Wat begint als een algemene regel zoals dat het gebruik van *artificial intelligence* niet mag geschieden volgens wat ‘*socially unfair*’ wordt bevonden,²⁷⁷ of een gevalsoplossing in een specifiek geval bij wege van ‘billijkheidsvergoedingen’ (par. 4.9),²⁷⁸ kan bij nadere toetsing in nieuwe gevallen uitgroeien tot een norm die gelijke en ongelijke gevallen meer gedetailleerd onderscheidt. Privacy, internet of klimaat zijn gebieden waarop *as we speak* de ‘verkeersregels’ opnieuw worden uitgevonden en vastgesteld. Het schadevergoedingsrecht beweegt daarin mee. Verschillende zuivere risicoansprakelijkheden zijn inmiddels via de wet of de rechtspraak getransformeerd naar een gedeelde waarde (artt. 6:171, 172, 177 BW). Als gedeelde waarden staan deze regels gelijk aan wat naar ervaringsregels in individuele gevallen als een risico geldt. De vraag of het bij onteigening gaat om een rechtmatige daad met een vergoedingsplicht of een onrechtmatige daad, is enkel nog een academische.²⁷⁹ Dergelijke regels zijn als gedeelde waarde zo voorzienbaar geworden dat zij in veel gevallen een specifiek voorzienbare gedragsnorm bieden.²⁸⁰ Schadetoerekening gaat dan weer over in schadeberekening (hoofdstuk 3).²⁸¹

4.4.2 ... MITS NOODZAKELIJK,

Noodzaak
vereist

296. Hoewel de toerekening van ‘verdelingsschade’ niet gestoeld kan worden op een individueel beheersbaar risico waaruit voor ‘*welke (maat)mens dan ook*’ nog een handelingsalternatief voortvloeit, is dergelijke schade als risico zeker niet onvoorzienbaar. Met toerekening wegens ongelijkheid wordt geen afstand genomen van het uitgangspunt dat een ‘een schadevergoedingsplicht slechts ontstaat voor zover het risico, als in de vergoedings-

277. Zie de in december 2018 door de Europese Commissie gepubliceerde *draft Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, bedoeld om bij het benutten van de voordelen van *artificial intelligence* de ‘*human centric approach*’ niet uit het oog te verliezen.

278. Vgl. de billijkheidsvergoeding op grond van art. 41 EVRM (schending mensenrecht), art. 7:681 BW (onredelijk ontslag), art. 89 Sv (strafvorderlijk optreden), HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2788, NJ 2015/112, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Inbreuk portret*); HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391, m.nt. J. Spier (*Eisers/NAM*).

279. Tjepkema 2010, p. 945, meent dat art. 1 Eerste Protocol EVRM strikt genomen geen echte nadeelcompensatiegrondslag is, omdat de overheid bij strijd met dit artikel een onrechtmatige daad pleegt.

280. Vgl. het begrip ‘schaduwsschade’ als vorm van ‘aantasting’ wanneer het gaat om planschade. Zie Hebly 2019, p. 297.

281. Niet in alle gevallen van toerekening geldt dit. Voor een zuivere risicoansprakelijkheid als onrechtmatige beslaglegging geldt dit veel minder. Bij onrechtmatige beslaglegging is de realisatie afhankelijk van de veel minder voorzienbare uitkomst van de hoofdprocedure.

norm besloten, zich in een vergoedbare schade realiseert' (par. 2.4). Toerekening vindt plaats aan de hand van een verdelingsnorm of prospectief gezien: een verdelingsrisico.²⁸² Tussen gedragsnormen en verdelingsnormen bestaat slechts verschil in de soort voorzienbaarheid. Bij *gedragsnormen* gaat het om de schadelijke gevolgen van het eigen handelen. Voor toerekening volstaat de *kenbare* waarschijnlijkheid van deze *gevolgen* (par. 4.3).²⁸³ Bij *verdelingsnormen* gaat het om een de noodzaak tot verdeling.²⁸⁴ Toerekening vergt dat het soortelijk gewicht van de *gelijkheidsnorm* voldoende *kenbaar* is.²⁸⁵ De omvang van het verdelingsrisico kan vervolgens misschien met voortschrijdend inzicht bepaald worden aan de hand van epidemiologische gegevens of statistiek.²⁸⁶ Daaraan komt men pas toe als de verdelingsnoodzaak vooraf voldoende kenbaar was. Juist bij verdelingsnormen gaat het om kenbaarheid, stabiliteit en voorspelbaarheid, wat de 'smeermiddelen' zijn van het 'onderling vertrouwen'.²⁸⁷ Zoals het causaal verband de toerekening van gedragsnormen begrenst (par. 4.3.1), zo stelt de voldoende kenbaarheid aan de toerekening van verdelingsnormen een bijna feitelijke grens. Toerekening mag er niet toe leiden dat *beide* waarden 'risico' en 'schade' worden gerelativeerd. Dan gaat de menselijke maat verloren, wat leidt tot willekeur (par. 2.1). We zullen zien dat dergelijke ontwikkelingen zich, bij gebreke van onderscheidende toepassingscriteria, wel dreigen voor te doen, bij voorbeeld als het gaat om kansschade (par. 4.8.5).

297. Stel bijvoorbeeld dat in Nederland voor een gemiddelde laedens niet voorzienbaar is dat de grond fungeert als opslagplaats voor de drinkwatervoorziening, zoals het hof in het Waterwingebiedarrest oordeelde (par. 3.7.1).²⁸⁸ Stel vervolgens dat het hof en de Hoge Raad de stellingen van Intercommunale, dat Doorenbos een bijzonder risico creëerde door de olietanks te vervoeren met een oplegger die daarvoor niet bedoeld was noch was ingericht, wat hij had behoren te vermijden, als een relevante gedragsnorm had afgewezen (par. 4.3.1). Dan had de rechter nog steeds tot de toerekening van de bereddingskosten kunnen komen, op basis van de distributieve redenering dat Intercommunale in dit geval *bereddingskosten* vorderde,

Geen eenvoudig debat

282. Asser-Hartkamp/Sieburgh 6-II 2013/79a; Klaassen 2017/55.

283. Waarbij voor een schadevergoedingsplicht individueel causaal verband aannemelijk moet zijn (par. 3.5).

284. Franke 2022, p. 127, verwijst naar de klassieke rechtvaardigingsgronden in het strafrecht en naar zaakwaarneming; p. 199: 'Wie zich moet beroepen op een rechtvaardigingsgrond bevindt zich in een benaderde situatie.'

285. In welk geval een schadevergoedingsplicht ook bestaat hoewel individueel causaal verband onzeker of onaannemelijk is.

286. Asser/Sieburgh 6-II 2017/80a; Verheij 2019/18, voorbeeld 6.

287. Van Boom 2020, p. 35 e.v.

288. HR 20 maart 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5007, NJ 1970/251, m.nt. G.J. Scholten (*Waterwingebied*).

waarmee een veelvoud aan gevolgschade was voorkomen en/of Doorenbos ongetwijfeld bepaalde voordelen van het olievervoer genoot terwijl hij voor zijn aansprakelijkheid *verzekerd* was, zodat in het licht van een evenredige verdeling van lusten en lasten, redelijk is deze kosten toch aan Doorenbos toe te rekenen. Beide argumenten hebben gezaghebbende pleitbezorgers. Het argument van de bereddingskosten wordt gepropageerd door Coase en Calabresi,²⁸⁹ die de vergoedingsplicht afhankelijk willen stellen van de bezwaarlijkheid: voor wie de kosten het meest goedkoop zijn. Het argument van de verzekering wordt vooral benadrukt door Ison en Atiyah,²⁹⁰ die de vergoedingsnoodzaak voor de benadeelde voorop stellen, zo nodig via een collectieve voorziening. Wie het verdelen van de schade ziet als een rechtseconomische exercitie, miskent dat de verdeling niet rekenkundig plaatsvindt, maar op basis van een meerkleurig waardenpalet, samengevat als: ‘vermeende noodzaak’.²⁹¹ Het beginsel dat ‘ieder zijn eigen schade draagt’, heeft zelfstandige waarde. Het enkel om rekenkundige redenen moeten vergoeden van schade ontnemt het individu zijn autonomie en verantwoordelijkheid (Ison, Atiyah).²⁹² Met recht noemt Cane Calabresi, Ison en Atiyah de ‘*abolitionists*’.²⁹³

Waarderings-
vraag

298. In Nederland leggen Linssen (2001), Van Boom (2002) en Van der Linden (2019) de nadruk op de aanwezigheid van voordeel, als het gaat om de verdelingsvraag.²⁹⁴ Dat is niet onjuist, maar te snel. Toerekening om redenen van verdelende rechtvaardigheid of solidariteit vergt allereerst dat gekeken wordt naar voordelen *én nadelen*. Soms kan een gemeenschap zich eenvoudigweg niet permitteren onzekere schade voor rekening van het individu te laten. Tegelijkertijd geldt dat niet iedere, onzekere schade wegens het daar tegenoverstaand voordeel verhaalbaar is. Schadetoerekening op basis van gerealiseerd voordeel verandert *schadevergoeding* in een soort *winstafdracht*. Het enkele feit dat de laedens voordeel geniet, rechtvaardigt nog geen vergoeding.²⁹⁵ Hoewel binnen de huiselijke vreugd en veiligheid toch vijf keer meer ongelukken gebeuren dan in het verkeer, bestaat geen zui-

289. Coase, *European Journal of Law and Economics* 1960/3, p. 1-44; Visscher 2005, p. 22 e.v.; Calabresi 1970; Visscher 2005, p. 26 e.v.

290. Ison 1967; Atiyah 1997.

291. Winiger 2018, hoofdstuk 6, formuleert nadere gezichtspunten die voor de rechtvaardigheid van belang kunnen zijn; Koziol 2017, p. 80 e.v., somt de verschillende elementen van rechtvaardigheid op die bij een rechtseconomische analyse onderbelicht blijven: compensatie, eigen schuld, hoofdelijkheid, bezit, leven, onderscheid tussen strafrecht en privaatrecht.

292. Honoré 1999, p. 137; Cane 2017, p. 123.

293. Cane 2017, p. 107.

294. Van der Linden 2019, p. 482 en 177, die met Linssen meent dat het schadevereiste geschrapt kan worden. Zie Linssen 2001.

295. Brunner 1973, p. 18.

vere risicoaansprakelijkheid voor huiselijke ongevallen.²⁹⁶ Schadevergoeding door de overheid bij rampen is in Nederland nog steeds uitzonderlijk en incidenteel.²⁹⁷ Voor een evenredigheidsvergoeding is meer nodig. Herverdeling is alleen aan de orde wanneer een bepaalde schaarste de gemeenschap noodzaakt tot (her)verdelen en de met de schaarste verbonden risico's niet meer voor een individu beheersbaar zijn, waardoor gemeenschappelijk voordeel te zeer wordt aangetast. De zuivere risicoaansprakelijkheid van art. 6:170 lid 1 BW wordt niet gerechtvaardigd door het specifieke belang of voordeel van de *individuele* werkgever, maar door het meer *algemene* belang van werkgevers bij werknemers.²⁹⁸ Alleen wanneer het gemeenschappelijk welzijn door niet-vergoeden te veel afneemt 'komt men' pas, in de woorden van Van Boom, 'op een goed moment tot de vraag of – indien de beslissing om het gevaar niet weg te nemen of te reduceren efficiënt was – de verarmde billijkheids-halve niet toch recht heeft op (een deel van) de aldus gerealiseerde verrijking.'²⁹⁹ Niet uit 'gevalsebillijkheid', maar uit eigen behoud. Het gemeenschappelijk voordeel staat niet langer in een evenredige verhouding tot het gemeenschappelijk nadeel.³⁰⁰

4.4.3 ... PROPORTIONEEL EN EVENREDIG:

299. Toerekenen is waarderen, en waarderen is kiezen. Dit geldt niet alleen bij toerekening via de zorgvuldigheidsnorm, maar juist ook als het gaat om een evenredige verdeling. Toerekening in de vorm van herverdeling is bij uitstek keuzes maken tussen concurrerende waarden. Met Linssen (2001), Van Boom (2002) en Van der Linden (2019) moet voor de toerekeningsvraag inderdaad gekeken worden naar de gemeenschappelijke nadelen *én voordelen*. Maar dat is niet de enige keuze die gemaakt moet worden. De noodzaak tot solidariteit leidt via het gelijkheidsbeginsel tot een evenredigheidsver-

Voordelen en nadelen

296. Van Dam 2020/602-1. In Frankrijk bestaat wel een *first party* verzekering; Pavillon & Kolder, *AV&S* 2018/8, p. 28-41.

297. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/22.

298. Anders: Klaassen 1991, p. 47, die meent dat hoewel het profijtbeginsel op eerste gezicht goed past bij de kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever, deze bij nader inzien een onvoldoende verklaring biedt, omdat voor toepassing niet noodzakelijk is dat steeds in het belang van de werkgever is gehandeld.

299. Van Boom 2002, p. 121. Het hele aansprakelijkheidsrecht beoogt gemeenschappelijk voordeel; Volgens de gedragsnorm van Judge Learned Hand in Court of Appeals (Verenigde Staten) 1947, *United Towing Co States v. Carroll* [2d Cir. 1947], 159 F.2d 169 bestaat een zorgplicht als $P \times I > B$, terwijl een rationeel persoon geen Burden zal ondernemen als diens Advantage de Burden niet overstijgt.

300. Eventueel *nadeel* dat de *laedens* lijdt is op dit voordeel al in aftrek genomen via de bezwaarlijkheid van te nemen maatregelen en de voorafgaande vraag of op de *laedens* een zorgplicht rust (par. 4.3). Het *voordeel* dat de *benadeelde* verkrijgt, komt in de schadevergoedingsvraag via de voordeelstoerekening aan bod (hoofdstuk 4).

goeding.³⁰¹ Herverdeling strekt niet primair tot bescherming van de individuele belangen, maar beoogt eerst en vooral het versterken van de gemeenschap als geheel.³⁰² Dit impliceert voor *zowel* de benadeelde *als* de laedens een belasting die niet verder gaat dan wat binnen de gemeenschap nog als een 'normaal levens- of bedrijfsrisico' kan worden beschouwd. De daarbij behorende afweging vormt voor iedere, goed functionerende gemeenschap *business as usual*, en is *core business* voor de overheid, maar is daarmee nog niet eenvoudig.

Individu en
gemeenschap

300. Dat iemand geen schade wil dragen die een ander relatief eenvoudig en goedkoop kan voorkomen, zal als gedragsnorm bij het individu en de gemeenschap weinig vraagtekens oproepen. Lastiger wordt het als de verdeling niet aan de gevolgen van individueel gedrag te meten is. Herverdeling tussen individu en gemeenschap is dan per definitie onzeker. Het toerekenen om redenen van solidariteit betreft een vergelijking tussen vaak *ongelijke grootheden*: collectief voordeel ten opzichte van individueel nadeel, of collectief nadeel ten opzichte van individueel voordeel. Het onteigenen van een stuk grond ten behoeve van de aanleg van een snelweg kan tot over en weer kwantificeerbaar en te relateren collectief voordeel en individueel nadeel leiden. Maar hoe verhoudt zich het individueel nadeel ten opzichte van het collectief voordeel door verkeersmaatregelen, vervoersverboden of overlast als gevolg van werkzaamheden aan de infrastructuur?³⁰³ Hoe verhoudt zich het collectief nadeel ten opzichte van het individueel voordeel door *fraus legis*, wanneer gehandeld wordt met geen ander doel dan het omzeilen van belastingbetaling?³⁰⁴

Voorbeeld

301. De Hoge Raad verwoordde het in het Uzi-arrest heel juist.³⁰⁵ Het algemeen levensrisico is afhankelijk van *zowel* het individu *als* de gemeenschap.³⁰⁶ Ten huize van de benadeelde vindt een ruzie plaats waarbij door de verdachte met een vuurwapen wordt bedreigd. Huiszoeking door de politie leidt vervolgens niet tot de vondst van het vuurwapen, maar wel tot schade aan eigendommen van de benadeelde. Dient de Staat deze schade nu als een

301. Franke 2022, p. 247, proportionaliteit en subsidiariteit zijn niet altijd goed te scheiden. Zie hierna over kansschade en proportionele aansprakelijkheid (par. 4.8.4).

302. Zo strekte het vergaande Taliobeginsel ('oog om oog, tand om tand') niet enkel tot genoegdoening, maar vooral ook tot begrenzing van de wraakoefening; Franke 2022, p. 250/251.

303. Tjepkema 2010, p. 527; Scheltema en Scheltema 2003, p. 355.

304. HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0548, *BNB* 2013/151, m.nt. J.C. van Straaten.

305. HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887, *NJ* 2005/392, m.nt. J.B.M. Vranken (*Uzi*).

306. Tjepkema 2010, p. 940, in vergelijkbare zin. De vanuit de gemeenschap gedachte 'speciale last' is volgens Tjepkema complementair en cumulatief aan de vanuit het individu te duiden 'abnormale last'; Enigszins anders: Scheltema en Scheltema 2003, p. 360.

onevenredige last aan de benadeelde te vergoeden? Voor het antwoord op de vraag of in een bepaald geval de gevolgen van een overheidshandeling buiten het normale maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico vallen, is ‘onder meer’ van belang (herschikt geformuleerd): *enerzijds* wat voor het individu voorzienbaar is, *anderzijds* de aard van de overheidsmaatregel en het gewicht van het daarmee gediende belang resp. de aard en omvang van de toegebrachte schade. Het algemeen levensrisico is afhankelijk van *enerzijds* wat voor een individu voorzienbaar is, *anderzijds* de maatregelen die de gemeenschap neemt om een bepaald risico ($P \times L$) middels bepaalde middelen en daartoe ‘ingezette gevolgen’ of toegebrachte schade (B) te voorkomen.³⁰⁷ Voorzienbaar is dat de overheid een individu slechts proportioneel belast, en zaakschade behoort daar niet snel toe. In dit geval leidde dat tot een vergoeding van 50% van de schade, omdat de verdachte op grond van een familierelatie bij de benadeelde in huis woonde, wat – volgens het hof – de benadeelde in staat stelde maatregelen te nemen.³⁰⁸

302. Wat een juiste verdeling is, wordt uiteindelijk bepaald door een maatmens die in zowel *verplichtingen* als *rechten* niet meer of minder ‘heeft’ dan wat op grond van zijn systeemverantwoordelijkheid overeenstemt met ‘het zijne’ binnen een bepaalde gemeenschap. Dat ‘zijne’ kan per gemeenschap verschillen. Zo was de nadeelscompensatieregeling voor Amsterdamse ondernemers rond de Noord-Zuidlijn ruimhartiger dan bij de HOV-baan voor Utrechtse ondernemers.³⁰⁹ Duitse ouders dragen minder risicoaansprakelijkheid voor hun minderjarige kinderen dan Nederlandse ouders.³¹⁰ Het planschaderecht is in Frankrijk haast non-existent, terwijl het planschaderecht onder de oude Wet Ruimtelijke Ordening in Nederland juist ruimhartig was.³¹¹ Alleen voor de gaswinning uit het Groningenveld geldt bij fysieke schade aan gebouwen en werken een wettelijke bewijsvermoeden van causaal verband.³¹² Binnen een bepaalde gemeenschap kan de maatmens in uitersten ‘iedereen’ of ‘niemand’ zijn, of daar tussenin: een voor de benadeelde resp. de laedens te nemen ‘referentiegroep’. De maatmens benadeelde staat bijvoorbeeld gelijk aan *iedereen* wanneer het gaat om gevallen

Rechten en
verplichtingen

307. Franke 2022, p. 171.

308. Kritisch over die verdeling zijn overigens A-G Spier en ook Vranken in zijn noot, nr. 8; zie HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887, NJ 2005/392, m.nt. J.B.M. Vranken (Uzi).

309. Tjepkema 2010, p. 528.

310. Van Dam 2013, 1602-2.

311. Artikel 49 WRO; Tjepkema 2010, p. 953; Scheltema en Scheltema 2003, p. 355.

312. Artikel 6:177a BW.

van onteigening³¹³, zaakschade³¹⁴, letselschade of onzorgvuldig handelen. In beginsel hoeft niemand zo'n inbreuk te dulden. Doet zo'n inbreuk zich voor, dan geldt voor de benadeelde al snel dat sprake is van een onvoorzienbaar risico. Het onevenredig nadeel staat vervolgens gelijk aan de individueel geleden schade. De maatmens benadeelde staat gelijk aan *niemand* als het gaat om gevallen als 'risicoaanvaarding'³¹⁵, 'unclean hands'³¹⁶, gebrekkige schadebeperking³¹⁷ of illegale belangen.³¹⁸ Deze nadelige gevolgen zijn voor een maatmens specifiek voorzienbaar en komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Als 'speciale last'

303. Tussen 'iedereen' en 'niemand' bevindt zich de 'referentiegroep' als maatmens. Het gaat dan vooral om andere, bijvoorbeeld door een bepaalde overheidsmaatregel 'getroffenen', maar niet in eenzelfde mate als de benadeelde(n). Bij het bepalen van de referentiegroep gaat het er in de woorden van Tjepkema om 'of de benadeelde zich relevant onderscheidt van de anderen die ook door diezelfde maatregel worden getroffen', in welk geval bij de benadeelde(n) sprake is van een zogenaamde 'speciale last'.³¹⁹ Niet iedere belasting van (deel)groepen leidt immers tot onevenredigheid. In de regel niet, omdat zo'n belasting door de 'laedens' veelal bedoeld en geoorloofd is

313. Tjepkema 2010, p. 702. Onteigening staat volgens Tjepkema het meest dichtbij een *full market value* vergoeding, zonder een standaard korting of zogenaamde passieve risicoaanvaarding.

314. HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887, NJ 2005/392, m.nt. J.B.M. Vranken (*Uzi*).

315. Scheltema en Scheltema 2003, p. 369; Tjepkema 2010, p. 480. Bijvoorbeeld wanneer de houder van een vernietigde bouwvergunning al begint met bouwen voordat de vergunning definitief is komen vast te staan. Zie HR 29 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1358, NJ 1997/396, m.nt. M. van der Scheltema (*Bouwvergunning Schuttersduin*). De houder van een bouwvergunning die al met bouwen begint voordat definitief is komen vast te staan dat de vergunning niet meer kan worden vernietigd, handelt op eigen risico en kan niet naderhand de gemeente aanspreken uit onrechtmatige daad, wanneer een ingesteld bezwaar of beroep tot vernietiging van de vergunning leidt.

316. Gezien de uiteenlopende ernst van gemaakte fouten bij achteraf onterecht strafvorderlijk optreden. Zie HR 1 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1078, NJ 1993/761; Strafvorderlijk optreden. HR 20 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1179, NJ 1994/242; Strafvorderlijk optreden, zie HR 14 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR1522, NJ 2005/346, m.nt. C.J.H. Brunner; Onrechtmatige overheidsdaad, zie HR 23 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7193, NJ 2012/377, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Palthe/DNB en AFM*).

317. Indien de schade door de benadeelde onvoldoende wordt beperkt. Scheltema en Scheltema 2003, p. 372. Zie HR 27 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1107, NJ 1990/528. Caféhouder stopt exploitatie en heropend niet nadat hij erachter komt dat beroep tegen de intrekking schorsende werking heeft. Vanaf dat moment kan de schade niet meer aan het onrechtmatig handelen van de gemeente worden toegerekend.

318. Tjepkema 2010, p. 526.

319. Tjepkema 2010, p. 355 e.v., p. 938. Het bepalen van die referentiegroep is overigens niet eenvoudig; Huijts 2020, p. 328. Vergelijk art. 4:126 lid 1 Awb waarin inmiddels is bepaald dat de 'benadeelde in vergelijking met andere onevenredig zwaar' moet zijn getroffen; Huijts 2020, p. 344.

en/of voor de ‘benadeelde’ voorzienbaar was. Denk aan het toebrengen van *collateral damage* (par. 2.3), of het bewust verdelen door de overheid van de lusten en lasten. Voor het bestaan van een ‘speciale last’ moet sprake zijn van bijzondere omstandigheden die de herverdeling jegens de benadeelde(n) legitimeren. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als een bepaalde maatregel die voor een grotere groep bedoeld is, onbedoeld én onvoorzien een subgroep van de doelgroep onevenredig hard raakt, bijvoorbeeld wanneer het gaat om een swill-vervoederverbod en kleine swill-vervoeders die zich *alleen* op het vervoederen van swill hebben toegelegd, of een importverbod van rundvlees en kleine ondernemingen die zich *alleen* op de import van Noord-Iers ossenvlees richten.³²⁰ Voor deze subgroep is dan sprake van een onbedoelde en veelal ook individueel onvoorziene ‘speciale last’, die als *collateral damage* van de genomen maatregelen kan worden beschouwd, maar bij te grote onevenredigheid herverdeling behoeft.

304. Verloopt de herverdeling via de overheid, dan lijken de middelen onge-limiteerd. Dat is natuurlijk niet zo. De ratio van de ‘speciale last’ is juist gelegen in het beschermen van de beleidsvrijheid die de overheid heeft, om te beslissen hoe de publieke middelen te besteden.³²¹ Die keuzevrijheid is niet uniek voor de overheid, maar kenmerk van ieders individuele vrijheid en autonomie. Dat is niet onbelangrijk, nu het publieke belang steeds minder een taak is van de overheid alleen. Steeds vaker wordt het publiek belang ook door private personen en/of instellingen bediend. Daarbij valt niet alleen te denken aan multinationale ondernemingen die grensoverschrijdend functioneren en economisch soms sterker zijn dan menig land of staat. Te denken valt ook aan vrije beroepen die actief zijn op kerngebieden van maatschappelijke schaarste, zoals artsen (gezondheid), accountants (gereguleerde markten) of advocaten (rechtsbescherming). Herverdeling mag niet onevenredig bezwarend zijn. Niet zonder reden wordt kansschade (en proportionele aansprakelijkheid) vooral toegepast, zoals we nog zullen zien (par. 4.8.4), in gevallen waarin consumenten, kleine bedrijven of zelfstandigen schade lijden ten opzichte overheden of vrije beroepsbeoefenaars, voor wie de lasten, al dan niet met behulp van een verzekering, vanuit de behaalde voordelen en gunsten vaak goed te dragen zijn.³²² Gespiegeld aan

Als ‘speciale
gunst’

320. HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC4031, NJ 1992/638, m.nt. C.J.H. Brunner (*Lef-fers/Staat*) resp. HR 20 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7902, NJ 2005/189, m.nt. M.R. Mok (*Staat/Harrida*).

321. Tjepkema 2010, p. 361.

322. Overheidsaansprakelijkheid: HR 13 februari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC2891, NJ 1981/456, m.nt. C.J.H. Brunner (*Heesch/Reijs*); HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, NJ 2016/1, m.nt. T.F.E. Tjon Tjin Tai (*Overzee/Zoeterwoude*); HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, NJ 2019/356, m.nt. C.M.J. Ryngaert & J. Spier (*Mothers of Srebrenica/Staat*); Beroepsaansprakelijkheid advocaat: HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, NJ 1998/257, m.nt. P.A.

de ‘speciale last’ zoals ontwikkeld in de *égalité*-jurisprudentie jegens de overheid³²³, kan gezegd worden dat dergelijke beroepsgroepen in wezen een ‘referentiegroep’ vormen van ‘begunstigden’, die door de mogelijkheden en bevoegdheden die zij hebben binnen de maatschappelijke schaarste, voordelen genieten die de ‘normale levens- of bedrijfskansen’ overstijgen, waardoor bij deze bevoordeelde(n) sprake is van een ‘speciale gunst’. Met Vranken merkt Sieburgh terecht op: *‘Naarmate iemand als gevolg van zijn “maatschappelijke kracht en positie” minder als individu optreedt kan zijn onrechtmatige gedraging hem krachtens verkeersopvattingen sneller worden toegerekend.’*³²⁴

Proportioneel

305. Hervreiding betekent dat binnen een gemeenschap middels een zuivere risicoaansprakelijkheid het *meest kwetsbare nadeel* ten laste wordt gebracht van degenen die daarvan het *meest uitgesproken profiteren*. Alleen dán is aannemelijk dat deze beperking van de individuele vrijheid in het gemeenschappelijk belang tijdig tevoren voldoende kenbaar is. Het aansprakelijkheidsverband is in dergelijke gevallen immers niet oorzakelijk, maar redengevend van aard. Wikken en wegen dus.³²⁵ Niet alleen tussen de twee procespartijen, maar vooral ook in het licht van wat binnen een bepaalde gemeenschap als een *noodzakelijke* en *algemeen toepasbare* hervreiding geldt, ter bescherming van het draagvlak en de cohesie. Een te ruime (her)verdeling tast de individuele vrijheid en/of de beleidsvrijheid van de gemeenschap aan, en daarmee ook weer de eigen cohesie en samenhang. Hervreiding moet gerechtvaardigd zijn, niet alleen naar de ‘vestiging’ als noodzaak, maar ook naar de ‘omvang’: via de referentiegroepen die voor de onevenredigheid als maatmens wordt genomen. De vereisten van een ‘speciale last’ en een ‘speciale gunst’ willen de gevallen die voor vergoeding in aanmerking komen, althans het vergoedbaar nadeel, beperken tot wat onevenredig is. Deze vereisten vervullen bij de solidariteit eenzelfde functie als de relativiteit bij de zorgplicht. De ‘speciale last/gunst’ begrenst de vergoedingsplicht bij ‘gemeenschaps- of marktfaalen’, daar waar de relativiteit de vergoedingsplicht bij ‘individueel faalen’ beperkt. Relativiteit en ‘speciale last/gunst’ houden beide de verhoogde draagplicht voor de gemeenschap

Stein (*Baijings/mr. H*); HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541, NJ 2007/63 (*Kranendonk*); HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419, NJ 2007/256, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Tuin Beheer*); HR 11 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0859, NJ 2010/3 (*Velic/Lemmen*); HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0737, NJ 2014/480, m.nt. W.D.H. Asser; Beroepsaansprakelijkheid fiscalist: HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237, m.nt. S.D. Lindenberg (*Deloitte/Hassink*); Medische aansprakelijkheid: HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133, m.nt. S.D. Lindenberg (*Baby Esther*); HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2786, NJ 2017/422 (*X/AZM*).

323. Tjepkema 2010, p. 355 e.v., p. 938.

324. Sieburgh 2000, p. 240; zie ook Cane 2002, p. 51/52.

325. Franke 2022, p. 253.

als geheel betaalbaar en beheersbaar, waardoor collectief geldt: $A > L$, niet $A < L$.³²⁶

306. De gevalsvergelijking met ‘vergelijkbare gevallen’ leidt ertoe dat de onevenredigheidsvergoeding niet gelijk staat aan de individueel geleden schade.³²⁷ Dit kan ertoe leiden dat helemaal *geen* vergoeding plaatsvindt, omdat niet aannemelijk is dat in ‘vergelijkbare gevallen’ van enig relevant nadeel sprake is;³²⁸ of dat *alle* individueel geleden nadeel voor vergoeding in aanmerking komt, omdat in ‘vergelijkbare gevallen’ het nadeel niet voor eigen rekening komt.³²⁹ Eigendom en bepaalde persoonlijkheidsrechten gaan daarin voorop en behoren al snel tot wat meest kwetsbaar is.³³⁰ Voor de gedeerde inkomsten als gevolg van een ten onrechte geweigerde asiel-aanvraag, ligt dit anders.³³¹ Wat niet wil zeggen dat zuivere vermogensschade niet voor vergoeding in aanmerking kan komen, maar daarvoor is dan wel een voldoende gemeenschappelijk, ‘plotsklaps en onmiddellijk’ belang vereist.³³² Het kan ertoe leiden dat minder dan de eigen schade wordt vergoed, of juist meer. Zo wordt in sommige gevallen *minder* vergoed omdat bepaalde omstandigheden in die gevalsvergelijking voor eigen rekening blijven, zoals de familierelatie,³³³ de algemene omstandigheid dat in huurwoningen criminelen wonen en dat de verhuurder tegen hun crimi-

Evenredig

326. Tjepkema 2010, p. 359 en 405. Om die reden convergeert bij een beperkte kring van getroffen en de eis van een ‘speciale last’ met de eis van een ‘abnormale last’; Enigszins anders: Scheltema en Scheltema 2003, p. 361; Huijts 2020, p. 344.

327. Tjepkema 2010, p. 290.

328. Vgl. de overschrijding van een wettelijke beslistermijn, wat zelfs onvoldoende is voor het aannemen van onrechtmatigheid: HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579, NJ 2013/47 (*Amsterdam/Have onroerend goed*).

329. Inzake swill-verbod zie HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC4031, NJ 1992/638, m.nt. C.J.H. Brunner (*Leffers/Staat*); In geval van een vernietigd besluit zie HR 26 september 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9505, NJ 1987/253, m.nt. M. van der Scheltema (*Staat/Hoffmann-La Roche*).

330. Art. 1 Eerste Protocol EVRM, en andere in het EVRM genoemde grondrechten.

331. HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, NJ 2008/576, m.nt. J.B.M. Vranken (*Iraanse vluchtelingen*).

332. HR 20 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7902, NJ 2005/189, m.nt. M.R. Mok (*Staat/Harrida*). De enkele omstandigheid van het bestaan van risico’s (voor de volksgezondheid) van bekende en soms eerst na verloop van jaren weer voorkomende ziekten, of nog niet eerder bekende ziekten betekent evenwel nog niet dat overheidsmaatregelen die na het uitbreken van zo’n ziekte noodzakelijk blijken, zozeer voorzienbaar zijn dat ondernemers die zich bezighouden met economische activiteiten m.b.t. dierlijke producten zich daarop in hun normale bedrijfsvoering behoren in te stellen en ervoor zorg dienen te dragen dat zij van de ene op de andere dag op een andere, niet door een dergelijk verbod getroffen wijze van bedrijfsvoering kunnen overschakelen zonder dat de winstgevendheid van hun bedrijf verloren gaat.

333. HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887, NJ 2005/392, m.nt. J.B.M. Vranken (*Uzi*).

nele activiteiten doorgaans niets kan doen (zie hierna: par. 4.5),³³⁴ of omdat bij nadeelcompensatieregelingen sprake is van zogenaamde publiekrechtelijke voordeelstoerekening van onzekere voordelen voor grotere bedrijven of andere vormen van ‘concernkortingen’.³³⁵ Denkbaar is ook dat juist *meer* wordt vergoed dan de individueel geleden schade. Individuele draagkrachtverschillen die voortkomen uit de eigen vermogenspositie of de mogelijkheid om uit andersoortige bedrijfsmatige activiteiten inkomsten te behalen, moeten bijvoorbeeld ingeval van nadeelcompensatie buiten beschouwing blijven.³³⁶

Door
waardering

307. Uiteindelijk wordt de vergoeding bepaald door wat in het gemeenschappelijk belang als een noodzakelijke en evenredige vergoeding van het meest kwetsbare nadeel door het meest uitgesproken voordeel wordt gezien. Dat vergt eerst en vooral *transparantie*, niet noodzakelijk op individueel niveau. Meer dan bij verhoogde zorgplichten (par. 4.3.1), is bij verdelingsnormen de individuele bijdrage triviaal of onzeker. Verdelingsnormen vinden hun rechtvaardiging in het gemeenschappelijk voordeel dat zij beschermen of genereren. Dat legitimeert de beperking van individuele vrijheid. Die legitimatie veronderstelt wel dat het voordeel zichtbaar is. Het is een stelregel bij tal van ESG-onderwerpen: ‘*comply or explain*’. Bij gebreke van heldere verdelingsnormen verlicht het geven van meer informatie het speelveld waarvan zodoende duidelijk wordt waar de grenslijnen zich bevinden. Wat brengt de CO₂-uitstoot sneller naar beneden: drie dagen per week geen vlees eten, of elektrisch rijden? Welke alternatieven bestonden er voor de 100 km snelheidsgrens binnen het stikstofdebat? Hoe duidelijker de gemeenschappelijke gevolgen, des te groter de *buy-in* van gemeenschapsleden en daarmee de zekerheid van draagvlak en uiteindelijk ook van effectiviteit en succes.

En
collectivering

308. De *clearing* van gemeenschappelijke voordelen en nadelen vindt niet alleen plaats via de overheid, maar ook tussen burgers onderling, zonodig via het aansprakelijkheidsrecht. Juist voor de verdeling van meer algemene risico’s en kansen is nuttig de verschillende gereedschappen die het aansprakelijkheidsrecht gebruikt (artt. 6:75/162 lid 3 BW), te onderscheiden: de maatschappelijke positie van een persoon (‘wet’), de bereidheid tot risico-

334. HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ1709, NJ 2010/95, m.nt. C.E. du Perron (*Staat/Wherestad*).

335. Tjepkema 2010, p. 531.

336. HR 3 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2622, NJ 1998/726, m.nt. T. Koopmans (*Meiland/Staat*). In zijn noot memoreert Koopmans hoe verschillende bedrijfstakingelingen in het verleden voor individuele bedrijven tot (aanzienlijk) voordeel leidden. Tjepkema 2010, p. 514.

deling ('rechtshandeling') of wat als voorzienbaar levensrisico geldt ('verkeersopvatting'). De maatschappelijke positie van een persoon is zichtbaar in de kanalisatie van aansprakelijkheden. *Kanalisatie* van aansprakelijkheid leidt tot een meer effectieve verdeling van collectieve lasten en lusten, bijvoorbeeld doordat een producent de schadelast van gebrekkig producten eenvoudiger in de kostprijs kan meenemen dan een verkoper, wat de verkoper een ontheffingsgrond voor aansprakelijk biedt (art. 7:24 lid 2 BW).³³⁷ *Delingsbereid* spreekt in gevallen waarin het verzekerd zijn of de verzekeraarbaarheid een dragend argument is. De toename van verzekeringen speelt bijvoorbeeld een rol in de uitbreiding van de wettelijke risicoaansprakelijkheden.³³⁸ *Voorzienbaarheid* vormt de basis voor gevallen waarin nadeel verdeeld wordt, omdat het risico daarop als voldoende kenbaar wordt beschouwd. Zo komen proceskosten in afwijking van art. 6:96 lid 2 BW slechts gedeeltelijk voor vergoeding in aanmerking, omdat algehele vergoeding de toegang tot de rechter belemmert en het risico op eigenrichting vergroot (par. 4.8.4).³³⁹ Voor de verdere invulling van de 'vereffening' van voordelen en nadelen is nuttig te realiseren dat, evenals geldt voor verhoogde zorgplichten ('voor-zorg', 'na-zorg'), het veld van verdelingsregels uit twee speelhelften bestaat: 'opoffering' en 'free riding'.

4.4.4 ... OPOFFERING OF FREE RIDING

309. Het aannemen van een verhoogde draagplicht behoeft een rechtvaardiging die, evenals de verhoogde zorgplicht, gelegen is in de hoedanigheid van de laedens, maar dan ten aanzien van de onevenredige verdeling van de lusten en lasten of schade zoals die zich uiteindelijk aandient. Zoals het bestaan van een vergoedingsplicht feitelijk kan voortvloeien uit het risico (voorzienbaarheid) of de schade (causaliteit) (par. 3.6.4), wat evenzeer geldt voor een verhoogde zorgplicht wanneer het gaat om gevallen van 'voor-zorg' (risico) of 'na-zorg' (schade) (par. 4.3.2), zo kan ook een verhoogde draagplicht benaderd worden vanuit zowel het verdelingsrisico als de generaliseerde, onevenredige schade. Paul Scholten heeft dit lang geleden laten zien in zijn dissertatie *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* (1899). Als gronden van aansprakelijkheid buiten schuld onderscheidt Scholten twee categorieën.³⁴⁰ Vanuit de *schade* bezien, gaat het om gevallen waarin de laedens (ogenschijnlijk) bewust nadeel toebrengt, maar de handeling om een of andere reden rechtmatig is. Sprake is bijvoorbeeld van een

Toerekening in twee gedaantes

337. Zie voor vergelijkbare bepalingen o.a. artt. 6:173 lid 2, 175 lid 5, 176 lid 5, 177 lid 5 BW. Te denken valt ook aan de kanalisatie van aansprakelijk voor kinderen beneden de 14 jaar: artt. 6:164 en 6:169 lid 1 BW.

338. Klaassen 1991, p. 88, p. 197, p. 286; Van Dam 2020/104; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/31.

339. HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:147, NJ 2016/167, m.nt. S.D. Lindenbergh.

340. Van Maanen 1999, p. 20.

handeling in nood. Scholten verwijst naar de averij-grosse, de preventieve hechtenis die niet wordt gevolgd door een veroordeling, of een met kennis van achteraf ten onrechte gelegd beslag. Van Boom hanteert hiervoor de beeldende term ‘*opofferingsaansprakelijkheid*’.³⁴¹ Vanuit het *risico* bekeken, identificeert Scholten als tweede categorie van rechtmatige daden de gevallen waarin het risico voor bepaalde gevolgen op de laedens wordt gelegd, vanwege het profijt dat de laedens geniet. Scholten geeft als voorbeeld de kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever voor werknemers, waarbij Scholten zich sterk afzet tegen de zeer conservatieve opvatting van Eyssell. Volgens Van Maanen ‘*eigenlijk een negentiende eeuwse debat, dat geen enkele reële betekenis heeft voor de moderne industriële maatschappij, die ook toen beide heren erover schreven al lang tot ontwikkeling was gekomen.*’³⁴² Dat mag zo zijn voor de casus die het betrof (‘*is de bediende van de apotheker die op zijn fiets een geneesmiddel bezorgt, werkzaam in het belang van de apotheker of van de cliënt?*’). Het onderliggende debat is van alle tijden en gaat in wezen over de vraag wanneer winstgedreven gedrag, van bijvoorbeeld een apotheker, ten koste gaat van de gemeenschap als geheel, waardoor sprake is van ongewenste *free riding*. Vooral bij vergoeding op basis van *free riding* is op eerste gezicht geen sprake van een schadeveroorzakende normschending. Evenals ‘*na-zorg*’ (par. 4.3.2), neigt vooral deze toerekening naar het met *hindsight* herverdelen van voordeel. Die gedachte miskent evenwel dat aan toerekening wegens ‘*opoffering*’ én *free riding* een objectieve noodzaak vooraf gaat.

Meest duidelijk: individu en overheid

310. De noodzaak tot herverdeling is het scherpst zichtbaar wanneer de onevenredigheid zich voordoet direct tussen een *individu* en de *gemeenschap*, doordat het individu een onevenredig nadeel lijdt ten behoeve van de gemeenschap, of het individu een onevenredig voordeel geniet ten koste van de gemeenschap. Franke schetst de verdelingsvraag aan de hand van een wel of niet aanwezige rechtvaardiging: ‘*De confrontatie tussen de bevoegdheid en de belangen van anderen, dat is de kern van het probleem van de ontoereikende rechtvaardiging.*’³⁴³ Het enkele feit dat de schade bij *free riding* algemeen wordt gedeeld, of in gevallen van een opoffering juist individueel wordt geleden, wil niet zeggen dat dús sprake is van een algemeen levensrisico. Tegelijkertijd geldt voor de gelijkheidsnorm, evenals voor de zorgplicht, dat de vergoeding niet groter mag zijn dan de noodzaak tot herverdeling rechtvaardigt. Anders dan wel wordt gedacht, is de leer Demogue-Besier

341. Van Boom 2002, p. 137, met verwijzing naar Schoordijk 1987 en 1988. Tjepkema 2010, p. 33 over de ‘offertheorie’.

342. Van Maanen 1999, p. 20.

343. Franke 2022, p. 155.

dus niet beperkt tot alleen de schuldaansprakelijkheid (par. 3.6.5).³⁴⁴ Het uitgangspunt dat een voldoende relatie of verband moet bestaan tussen de normschending en de schade, geldt ook bij gevallen van zuivere risicoaansprakelijkheid, wanneer het gaat om een voldoende relatie of verband tussen de aantasting van de evenredigheid en de schade, derhalve: om de invulling van het 'aansprakelijkheidsverband'.³⁴⁵ Vanuit het westers pri-maat van het individu is niet onaannemelijk dat bij de invulling van het 'aansprakelijkheidsverband' de individuele belangen ten opzichte van de gemeenschap stelselmatig (net iets) te veel prevaleren, met als gevolg dat de individueel 'ge-offerde' teveel krijgt en de individuele *free rider* te vaak ongemoeid wordt gelaten. Naarmate de schaarste toeneemt, vormt dit individueel voorrecht een luxe die de gemeenschap zich steeds minder kan permitteren. Ook een wereld met alleen voorbeeldige maatmensen is immers niet risicoloos.

311. Als de overheid een rechtmatige daad pleegt, gaat het om situaties waarin de overheid weliswaar geen gedragsnorm overtreedt ('deze schade was niet vermijdbaar'), maar waarin via de overheid wel een gemeenschappelijk voordeel wordt genoten ten koste van een individu.³⁴⁶ Te denken valt aan onteigening, nadeelcompensatie, strafvorderlijk optreden of vernietigde besluiten. Onteigening en nadeelcompensatie vinden plaats in gevallen waarin het publiek belang prevaleert over de specifieke, individuele (eigendoms)belangen. Strafvorderlijk optreden dient de handhaving en de rechtsstaat. Bij het nemen van besluiten door de overheid gaat het om een toepassing van de *rule of law*. Met voortschrijdend inzicht kan blijken dat zo'n algemeen voordeel te veel ten koste gaat van een beperkte groep van individuen binnen die gemeenschap ('speciale last'). Zij dragen dan een onevenredig nadeel. Het individuele nadeel is vaak sprekend aannemelijk. Deze onevenredige inbreuk op de gelijkheid maakt de overheid systeemverantwoordelijk. De individuele schade is aannemelijk en wordt als een aantasting van de gelijke verdeling van lusten en lasten gezien. *Opofferingsaansprakelijkheid* gaat over het corrigeren van dergelijk nadeel. *Opofferingsaansprakelijkheid* ligt om die reden dicht aan tegen het 'wettelijk stelsel' van gedragsnormen.³⁴⁷

Vanuit de
schade

344. Fruytier 2021/100, geeft het voorbeeld van winstderving als schadevergoeding bij inbreuk op het auteursrecht. In zo'n geval is de omvang van de schadelijke gevolgen die de benadeelde ondervindt, vaak lastig te bepalen (zie hierna). Om die reden wordt bijvoorbeeld art. 6:104 BW (winstafdracht) ingezet. Causaal verband van enig nadeel met de onrechtmatige *gedraging* is dan minst genomen onzeker, maar niet met de onrechtmatige *toestand*.

345. Scheltema en Scheltema 2003, p. 365; Anders: Visscher 2005, p. 227 en 245.

346. Scheltema en Scheltema 2003, p. 354.

347. Van Boom 2002, p. 122.

Voorbeeld

312. Vanwege het uitbreken van de Afrikaanse varkenspest werd bij ministeriele regeling verboden swill te voederen aan varkens. De uitvaardiging van het verbod strekte tot bescherming van de gehele varkensbranche en was onontkoombaar en rechtmatig. In zijn arrest *Leffers/Staat* oordeelde de Hoge Raad onrechtmatig dat de Staat bepaalde 'swillvervoeders' die, anders dan het overgrote deel van hun concurrenten, hun bedrijf geheel hadden ingericht op vervoeding van alleen swill, waaronder *Leffers*, niet in staat stelde hun bedrijf aan te passen of, indien dat niet mogelijk zou zijn, niet op andere wijze in hun economische belangen tegemoetkwam.³⁴⁸ De Hoge Raad baseerde deze 'onrechtmatigheid' op de omstandigheden dat de betrokken ondernemers tot een naar verhouding kleine groep behoorden, sprake was van een plotseling en drastisch verbod waardoor deze groep omvangrijke schade leed die niet tot de normale bedrijfsrisico's behoorde; terwijl *Leffers* overigens de eerder voorgeschreven maatregelen stipt had nageleefd. Dat de wetgever deze extra belasting voor vervoeders van alleen swill had beoogd, kon niet uit de swillregeling worden opgemaakt, noch rechtvaardigde het vervoederen van alleen swill het onderscheid in belasting.³⁴⁹ De uitspraak is gebaseerd op de zogenaamde *égalité devant les charges publiques*, of kortweg het *égalité*-beginsel. Het *égalité*-beginsel is niet wettelijke geregeld, maar onderdeel van het ongeschreven recht.³⁵⁰ Publieke lasten behoren eerlijk te worden verdeeld. Onder bepaalde omstandigheden behoort een algemeen voordeel niet ten laste te komen van enkele individuen met '*clean hands*', hoe rechtmatig het overheidshandelen als gedragsnorm bezien ook is. Zo'n ongelijkheid moet dan recht worden getrokken, zoals in geval van onteigening.³⁵¹ Het *égalité*-beginsel is een verschijningsvorm van het gelijkheids- of evenredigheidsbeginsel.³⁵²

Vanuit het risico

313. De omgekeerde situatie doet zich voor ingeval van '*free riding*'. *Free riding* gaat niet zozeer over een individuele schade ('deze schade is niet door mij veroorzaakt'), als wel over individueel voordeel. Het gaat om situaties als '*the tragedy of the commons*' of eigengewin.³⁵³ Evenals in gevallen van opoffering is *free riding* als gedrag in uitgangspunt geoorloofd, althans niet noodzakelijk specifiek schadeveroorzakend. Het najagen van individueel voordeel is in de Westerse cultuur zelfs gewenst en een gewaardeerd doel

348. HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC4031, NJ 1992/638, m.nt. C.J.H. Brunner (*Leffers/Staat*).

349. Tjepkema 2010, p. 369.

350. Van Dam 2020/833-1; Scheltema en Scheltema 2003, p. 353.

351. Hebly & Lindenbergh 2016, p. 343 e.v.

352. Snijders 2016/35b; Scheltema en Scheltema 2003, p. 353/354; Van Dam 2020/833-1; Franke 2022, p. 165; HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, NJ 2003/615, m.nt. M. van Scheltema (*Staat/Lavrijsen*).

353. Van Boom 2020, p. 44.

op zich. Van onevenredig voordeel is niet snel sprake. Van onevenredigheid is pas sprake wanneer het individueel voordeel ten opzichte van het collectief nadeel naar de aard en/of de omvang als excessief wordt gezien en te zeer ten koste gaat van de gemeenschap als geheel ('speciale gunst'). *Free riding* gaat over het corrigeren van onevenredig voordeel.³⁵⁴ Binnen het 'wettelijk stelsel' gaat het bij *free riding* bij uitstek om verdelingsregels, die de gemeenschap tegen erosie willen beschermen.

314. Waar de bescherming van de individuele benadeelde jegens de profiterende gemeenschap vooral via de rechtsbescherming van de rechter tot stand komt,³⁵⁵ is niet verwonderlijk dat de bescherming van de gemeenschap tegen excessief profiterende individuen van oudsher via het democratisch proces van wetgeving verloopt. Inmiddels is eigenlijk geen onderwerp meer denkbaar waarop de individuele vrijheid niet vanwege een gedeelde schaarste in het gemeenschappelijk belang wordt begrensd, zelfs het recht op leven.³⁵⁶ Als de rechter ergens als 'restrechter' ten opzichte van de wetgever fungeert,³⁵⁷ dan is het wel bij het formuleren van verdelingsnormen om ongewenste *free riding* jegens de overheid tegen te gaan. Kostenverhaal door de overheid vergt in de regel de schending van een gedragsnorm,³⁵⁸ én dat geen sprake is van een onaanvaardbare doorkruising van de wettelijke regeling.³⁵⁹ Ook zonder schending van een gedragsnorm is niettemin in uitzonderlijke omstandigheden mogelijk dat de overheid een individu aanspreekt op ongerechtvaardigd voordeel, bijvoorbeeld wanneer een saneringsvoordeel wordt verhaald, niet op de vervuiler, maar op de eigenaar van de grond, hoewel hij de eigendom zonder oogmerk van speculatie heeft verworven (art. 75 lid 3 Wbb).³⁶⁰ Gemeenschapsgeld gaat in zo'n geval voor

Voorbeeld

354. Van Boom 2002, p. 105-113.

355. Snijders 2016/34a, met verwijzing naar o.a. HR 19 maart 1943, ECLI:NL:HR:1943:66, NJ 1943/312 (*Voorste Stroom VI*), waarin de constructie werd gehanteerd dat de overheid die door rechtmatig handelen schade toebrengt, onrechtmatig kan handelen door deze schade niet voor haar rekening te nemen.

356. Zie de discussie over de aanwending en betuigeling van medische kosten. HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, NJ 2015/344, m.nt. J. Legemaate (*VGZ/Verveerders*). Vergoeding van een geneesmiddel voor een elfjarig kind met een zeldzame ziekte buiten het verzekerd pakket onder een zorgverzekering.

357. HR 31 december 1915, ECLI:NL:HR:1915:AG1773, NJ 1916/407 (*Guldmond/Noordwijkerhout*). Bepalend voor de bevoegdheid van de burgerlijke rechter is of de benadeelde een beroep doet op een burgerlijk recht.

358. HR 15 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:890, NJ 2020/269, m.nt. J.W. Zwemmer (*Frauduleuze belastingadviseur*).

359. HR 16 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965, NJ 1991/393 (*Staat/Windmill*).

360. Van Boom 2002, p. 91 – 92; HR 15 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0155, NJ 2004/126, m.nt. W.M. Kleijn (*Daams/Staat*). Hierin overwoog de Hoge Raad dat ook een op de wet gegronde vermogensverschuiving een ongerechtvaardigde verrijking kan opleveren en dat een voordeel dat een burger toevalt niet als ongerechtvaardigde verrijking kan worden aangemerkt op de enkele grond dat het niet een door de wet beoogd voor-

het belang niet de rekening gepresenteerd te krijgen van een opgedrongen voordeel. De rechtvaardiging is gelegen in het algemene en voorzienbare belang bij sanering.³⁶¹

Oók in
'horizontale
verhoudingen'

315. 'Opoffering' en 'free riding' zijn als onderscheidende typen minder sprekend wanneer het niet zozeer gaat om het individu ten opzichte van de gemeenschap, maar om geschillen tussen individuen onderling.³⁶² Is bijvoorbeeld bij toerekening wegens het verzekerd zijn sprake van een onevenredige opoffering of van ongewenste *free riding*? Een verzekering geeft de verzekerden door een gezamenlijke keuze meer vrijheid.³⁶³ Dit geschiedt door selectie en daarmee het uitsluiten van een potentiële benadeelde of een toekomstige laedens.³⁶⁴ Als vanwege het verzekerd zijn de benadeelde toch een verhaalsrecht heeft,³⁶⁵ of juist niet,³⁶⁶ is dat niet omdat de onverzekerde benadeelde resp. laedens ineens als quasi-verzekerde een aanspraak op verzekeringsdekking heeft. Het exclusief verzekerd zijn is onmiskenbaar rechtmatig en het voordeel dat daaruit voortvloeit, zonder meer geoorloofd. In beginsel. Uiteindelijk kan ook het wel of niet verzekerd zijn meewegen als het gaat om het verschil in voordeel en nadeel, en de vraag naar de gelijkheid. Houdt die toerekening dan verband met het feit dat de verzekerde laedens of benadeelde via het aansprakelijkheidsrecht het individueel nadeel van de uitstoting moet dragen (opoffering)? Of is sprake van een onevenredig individueel voordeel door *free riding* wanneer een verzekerde

deel is en er voor het voordeel geen andere rechtsgrond is aan te wijzen; Van belang is derhalve slechts of de verrijking als ongerechtvaardigd in de zin van artikel 75 lid 3 Wbb is te beschouwen. Geen verhaalsrecht werd aangenomen in: HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5651, NJ 2000/690, m.nt. A.R. Bloembergen (*Gemeente Dordrecht/Stokvast*); HR 25 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7348, NJ 2005/413, m.nt. C.J.H. Brunner (*Gemeente Bedum/Huizingh*).

361. Van Boom 2002, p. 92: 'De particuliere eigenaar die op het moment van aankoop wel had kunnen weten van de verontreiniging maar heeft verzuimd zich op de hoogte te stellen, wordt in bescherming genomen tegen de verrijkingsactie van de Staat.'; zie Beleidsregel kostenverhaal, artikel 75 Wet bodembescherming.
362. Van Boom 2002, p. 136. Over afwenteling van planschade door de overheid op burgers; Vgl. ook HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, NJ 1997/3, m.nt. E.J.H. Schrage (*Van der Tuuk Adriani/Batelaan*).
363. Het enkel verzekerd kunnen zijn heeft voor de toerekening geen onderscheidende betekenis. Artikel 6:109 lid 2 BW beperkt de matiging alleen voor zover de laedens verzekerd is of moet zijn.
364. Als beide onder dezelfde verzekeringsovereenkomst verzekerd zijn, is sprake van toerekening wegens partij wil. Regres is dan wettelijk uitgesloten: art. 7:962 lid 2 BW. Als beide weliswaar niet onder dezelfde verzekeringsovereenkomst verzekerd zijn, maar wel bij dezelfde verzekeraar, geldt de wettelijke regresregel strikt genomen niet, maar economisch vaak wel. Zijn beide voor hetzelfde soort risico bij verschillende verzekeraars verzekerd, dan geldt in ieder geval een vergelijkbare delingsbereidheid.
365. HR 11 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4688, NJ 1984/331 (*Meppelse ree*).
366. HR 5 januari 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB6963, NJ 1968/102, m.nt. G.J. Scholten (*Zentveld/Assicurazioni Generali*).

via het aansprakelijkheidsrecht de onverzekerde schade van de benadeelde niet voor zijn rekening neemt? Het is allebei verdedigbaar. Evenals geldt bij de relativiteit en de causaliteit (par. 4.3.3), zullen sommige casus beter vanuit de individuele schade of de opoffering te duiden zijn, andere meer vanuit het individuele voordeel of de *free rider*. Door de gelijkheidsvraag vanuit beide perspectieven te benaderen ontstaat zo goed mogelijk zicht op de restcategorie van schadegevallen, die niet verhaalbaar zijn, niet als gedragsrisico noch als verdelingsrisico. Deze restcategorie behelst het zelf te dragen *algemeen levensrisico*.

316. Ook in *horizontale verhoudingen*, tussen burgers onderling, kan geoorloofd gedrag, althans niet specifieke schade veroorzakend gedrag, toch tot een extra bijdrageplicht leiden, waarbij het *individueel nadeel* voorop staat.³⁶⁷ Een klassiek voorbeeld van opoffering vormt de laedens die in een noodsituatie een kledingstuk van de benadeelde op een uitgebroken binnenbrand gooit om deze te blussen.³⁶⁸ De individuele schade van de benadeelde is duidelijk: het kledingstuk. Maar hoe groot is het voordeel van de schade die door deze opoffering is afgewend? Ook tussen burgers onderling kunnen 'zwaarwegende maatschappelijke belangen' eraan in de weg staan dat van bepaalde gedragingen een verbod gevorderd wordt, en dus met een schadevergoeding moet worden volstaan. Daartoe eist artikel 6:168 naar de letter van de wet weliswaar een 'onrechtmatig' handelen.³⁶⁹ Nu geen preventief gebod gevorderd kan worden, betreft die onrechtmatigheid geen gedragsnorm, maar een verdelingsnorm. In de gevallen waarin artikel 6:168 BW toepassing vindt, gaat het bij uitstek om een evenredige verdeling van de schadelijke gevolgen.³⁷⁰ Artikel 6:168 BW impliceert dat ook tussen burgers onderling schade op basis van solidariteit voor vergoeding in aanmerking komt, ook als onduidelijk of onzeker is hoe het voordeel moet worden berekend of aan de individuele benadeelden moet worden toebedeeld. Voldoende is dat binnen een gemeenschap het meest kwetsbare nadeel ten laste gebracht wordt van degenen die daarvan het *meest uitgesproken profiteren*. Gemeenschappelijk voordeel wordt steeds meer gerealiseerd door

Vanuit de
schade

367. Verheij 2019/5; Zie over de privaatrechtelijke opmars van het discriminatieverbod in art. 1 Grondwet ("... op welke grond dan ook ..."); Hartkamp, WPNR 2010/6843, p. 383 – 387; Over het gelijkheidsbeginsel. Zie Sieburgh 2013, p. 429 e.v.

368. Van der Linden 2019, p. 446. Aannemelijk is naar mijn mening dat de benadeelde jegens de bevoordeelde een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking heeft, jegens de handelende partij een vordering uit hoofde van rechtmatige daad; en dat de handelende partij jegens de bevoordeelde een (regres)vordering uit zaakwaarneming toekomt; vgl. Franke 2022, p. 505, met verwijzing naar Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, 1946.

369. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/96 en 162 e.v.; Klaassen 1991, p. 210, met verwijzing naar Slagter 1952; Voor het oud-BW. Zie HR 15 februari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0150, NJ 1992/639, m.nt. C.J.H. Brunner (*Aalscholvers*); Van Dam 2020/722; Snijders 2016/34a.

370. Van Boom 2002 spreekt van een 'tussenoplossing'.

private partijen. Via hun verdienmodel is een collectivering van lasten vaak eenvoudig realiseerbaar, bijvoorbeeld als het gaat om arbeid gerelateerde schade of de buitencontractuele aansprakelijkheid voor producten.³⁷¹

Voorbeeld 1

317. Van Boom noemt het voorbeeld van een producent van een preventief geneesmiddel. De maatschappelijke baten kunnen groot zijn vanwege het aantal ernstige zieken dat daarmee wordt voorkomen. Toch heeft elk geneesmiddel een inherent risico op bijwerkingen. Die bijwerkingen kunnen ook ernstig zijn en zijn vaak beperkt tot een kleine groep van benadeelden. Verdient dit onvermijdelijk individueel nadeel in sommige gevallen dan niet evenzeer voor rekening van de gemeenschap te komen?³⁷² In wezen werd deze beslissing genomen door de Franse rechter ingeval van een vaccin en het onzekere risico op MS. Deze beslissing werd door het Europese Hof van Justitie overeind gehouden onder de productaansprakelijkheidsrichtlijn, hoewel die richtlijn voor aansprakelijkheid nadrukkelijk de aanneemelijkheid van een relevant gebrek verlangt (art. 6:188 BW).³⁷³ De uitspraak valt te begrijpen vanuit de Franse traditie tot collectivering en de noodzaak niet alleen in gedragsnormen te denken maar ook in verdelingsnormen. Eenzelfde argument is te formuleren voor incidentele productiefouten. Volgens de richtlijn komt een producent ook ingeval van incidentele productiefouten een beroep toe op het ontwikkelingsrisicoverweer (art. 6:185 sub e BW). Niet onbegrijpelijk heeft de Duitse hoogste rechter geoordeeld dat het ontwikkelingsrisicoverweer niet opgaat ingeval het niet gaat om ontwerpfouten, maar om productiefouten.³⁷⁴ Daar waar de gemeenschap via een producent aanzienlijke voordelen van een bepaald product geniet, past het dat diezelfde gemeenschap door kanalisatie via de aansprakelijkheid van en de prijsstelling door de producent ook de incidentele productiefouten als *collateral damage* voor haar rekening neemt.³⁷⁵

371. Van Boom 2020, p. 75; Tjittes, *NJB* 1995, p. 274 – 282; Terecht beziet Verheij het aansprakelijkheidsrecht in samenhang met andere collectiveringmogelijkheden. Zie Verheij 2019/1 – 2.

372. Van Boom 2002, p. 138. Juist voor een vaccin, met bij uitstek meer algemeen maatschappelijk voordeel, dringt die vraag zich eerder op dan wanneer het gaat om een behandelingsgeneesmiddel.

373. HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C2017:484, *NJ* 2018/125, m.nt. S.D. Lindenberg (W. c.s./Sanofi Pasteur MSD); Veldt & Wissink, *NTBR* 2017/36; Gilead, Green & Koch 2013, general report, nr. 35, illustration 5; Van Boom 2002, p. 138 – 139.

374. In Duitsland heeft het Bundesgerichtshof beslist dat bij productiegebreken geen beroep kan worden gedaan op het ontwikkelingsrisicoverweer; Dommering-van Rongen 2000, p. 51; Wissink 2002/5.

375. Zie met betrekking tot robotica: European Parliament Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103/(INL)), 27 januari 2017; European Parliament Added Value Assessment on a common EU approach to liability rules and insurance for connected and autonomous vehicles, February 2018; Van Dam 2020/610.

318. Andere voorbeelden van *opoffering* zijn zaakwaarneming (art. 6:198 BW)³⁷⁶, of de risicoaansprakelijkheden voor beslaglegging of tenuitvoerlegging, die verband houden met het rechtens erkende belang tijdig maatregelen te kunnen nemen. Of als het gaat om overgangsregelingen bij veranderende inzichten, bijvoorbeeld wanneer men tot het oordeel komt dat de apothekerspraktijk en de dokterspraktijk zoveel mogelijk gescheiden moeten worden uitgeoefend, met als gevolg dat Van der Tuuk Adriani als apotheker een vergoeding verschuldigd was aan huisarts Batelaan omdat hij zijn apothekersvergunning verloor.³⁷⁷ Te denken valt ook aan het bevoegd afbreken van onderhandelingen.³⁷⁸ Het handelsverkeer is denkbaar gebaat bij het kunnen ‘afkopen’ van verplichtende onderhandelingen. Voor een openstaand kelderluik is dat niet snel het geval. Het distributief toedelen van de schade maakt risico’s op collectief niveau alsnog beheersbaar, en geeft daarmee toegang tot het met die risico’s evenzeer verbonden voordeel. Het gemeenschappelijk voordeel kan zuiver economisch zijn. Het gemeenschappelijk voordeel kan ook van meer immateriële aard zijn. Het gemeenschappelijk voordeel rechtvaardigt dat de schade die individuele benadeelden daardoor lijden voor rekening van de gemeenschap komt. Dat geldt niet alleen voor de overheid maar voor iedere laedens met een vergelijkbare systeemverantwoordelijkheid. Gericht op het voorkomen van schade, wijzen verhoogde zorgplichten hierin de weg. Bij opoffering gaat het als het ware om een verhoogde zorgplicht ‘plus’. Het distributief toedelen van onvoorziene risico’s kan zo een noodzakelijke rem zijn op het van nature te optimistische, individuele vooruitgangsgeloof, waarin de baat te vaak op de kosten vooruit blijkt te gaan. Keer op keer laat de geschiedenis aan de hand van bijvoorbeeld asbest of financieel-technologische innovaties zien hoe hardnekkig de *fundamental attribution error* van het menselijk zelfvertrouwen is.³⁷⁹

Voorbeeld 2

319. Andersom, kan in *horizontale verhoudingen* tussen burgers onderling ook geoorloofd, althans niet specifieke schade veroorzakend gedrag evenzeer tot een extra bijdrageplicht leiden, waarbij vooral het *individueel voordeel* voorop staat. Juist als nadeel wel aannemelijk is, maar de schade naar zijn omvang onduidelijk is, laat artikel 6:104 BW toe dat de rechter de schade begroot op (een deel van) de winst die de laedens heeft genoten.³⁸⁰ Art. 6:104

Vanuit het risico

376. Franke 2022, p. 127/436/441, mits op redelijke grond, evenwel zonder dat de belanghebbende uiteindelijk daardoor moet zijn gebaat.

377. HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, NJ 1997/3, m.nt. E.J.H. Schrage (*Van der Tuuk Adriani/Batelaan*).

378. HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405, NJ 1983/723, m.nt. C.J.H. Brunner (*Plas/Valburg*); Klaassen 1991, p. 225.

379. Winiger 2018, p. 108.

380. MvA II, *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5, en 6 Boek 6* 1990, p. 1269.

BW komt voort uit de wens tot een remedie bij inbreuken op een exclusief recht of oneerlijke concurrentie, wanneer de omvang van de schadelijke gevolgen die de benadeelde ondervindt vaak lastig te bepalen is.³⁸¹ Winstafdracht vormt volgens Deurvorst een doelmatig instrument om onwenselijke handelingen te ontmoedigen.³⁸² Ook bij art. 6:104 BW geldt dat voor toepassing volstaat dat binnen een gemeenschap het *meest kwetsbare nadeel* ten laste gebracht van degenen die daarvan het meest uitgesproken profiteren. Artikel 6:104 BW impliceert, zoals Van Boom het noemt, dat ook 'overarmings-overstijgende verrijking' voor vergoeding in aanmerking komt.³⁸³ Niet omdat artikel 6:104 een recht geeft op winstafdracht, maar omdat artikel 6:104 BW voor de onevenredigheidsvergoeding niet gebonden is aan de individueel aannemelijke schade. Artikel 6:104 BW vormt een uitwerking van artikel 6:97 BW en niet een remedie met een punitief karakter.³⁸⁴ In geval van een contractuele tekortkoming geeft artikel 6:78 BW een vergelijkbare vergoedingsmogelijkheid.³⁸⁵

Voorbeeld 1

320. World Online wil kapitaal aantrekken door middel van een beursintrodactie. ABN Amro en Goldman Sachs verzorgen het prospectus.³⁸⁶ In het prospectus wordt ten onrechte niet vermeld dat mevrouw N. Brink-Vleeschdrager, één van de oprichters en voorzitter van de Raad van Bestuur, bijna drie maanden voor de beursgang aandelen in World Online heeft verkocht voor een koopprijs van \$ 6,04 per aandeel, welke prijs substantieel lager is dan de voorziene introductiekoers in de bandbreedte van EUR 35 – EUR 43. In beginsel draagt de belegger de stelplicht en bewijslast van het *condicio sine qua non*-verband dat hij het aandeel niet gekocht had als de belegger met deze informatie bekend was geweest. Dat bewijs is problematisch, omdat een belegger zich bij zijn beleggingsbeslissing in het algemeen door een veelheid van factoren zal laten leiden. Bovendien valt vaak niet aan te tonen dat hij daadwerkelijk kennisgenomen heeft van de misleidende mededeling, laat staan dat hij daadwerkelijk door de misleidende mededeling is beïnvloed (r.o. 4.11.1). De Hoge Raad wijst op de beschermende doelstelling van de Prospectusrichtlijn (2003/71/EG). De beschermende

381. Nuninga, *RM Themis* 2020/4, p. 156 – 166.

382. Deurvorst 1994, p. 174.

383. Van Boom 2002, p. 76.

384. HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1202, *NJ* 1995/421, m.nt. C.J.H. Brunner (*Waeyen-Scheers/Naus*); Spier 1992/28e; Van Boom 2002, p. 93.

385. De begroting van de schade aan de hand van (een deel van) de door de laedens genoten winst of de door de benadeelde onzeker geleden schade vormt een alternatief voor het (niet kunnen) schatten van de aannemelijk geleden schade, en laat zich dan ook niet combineren met bijvoorbeeld een vergoeding van de door de benadeelde gederfde winst. *MvA II, Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5, en 6 Boek 6* 1990, p. 1270.

386. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, *NJ* 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (*World Online*).

doelstelling verplicht de lidstaten ervoor zorg te dragen dat de nationale wettelijke bepalingen inzake burgerrechtelijke aansprakelijkheid van toepassing zijn op degenen die verantwoordelijk zijn voor de in het prospectus vermelde informatie (art. 6 lid 2 van richtlijn 2003/71/EG). *‘Met het oog op die effectieve rechtsbescherming en gelet op de met de prospectusvoorschriften beoogde bescherming van (potentiële) beleggers tegen misleidende mededelingen in het prospectus, zal tot uitgangspunt mogen dienen dat condicio sine qua non-verband tussen de misleiding en de beleggingsbeslissing aanwezig is’* (r.o. 4.11.2). De rechtvaardiging voor deze toerekening vloeit niet zozeer voort uit het Europese karakter van de norm, immers valt: *‘niet goed in te zien waarom beschermende normen van nationale oorsprong minder effectieve handhaving zouden verdienen’*, zoals Du Perron terecht opmerkt.³⁸⁷ De rechtvaardiging is gelegen in enerzijds de doelstelling van de Prospectusrichtlijn, die het vertrouwen van beleggers, zowel particulieren als professionele beleggers, in de effectenmarkt wil beschermen en daarmee de goede marktwerking wil verzekeren, anderzijds het feit dat sprake was van een fout met ‘voldoende materieel belang’ die dit marktvertrouwen kan beschadigen. Om die reden moet een prospectus een getrouw beeld geven van de toestand van de uitgevende instelling op de balansdatum van het laatste boekjaar waarover een jaarrekening is gepubliceerd, en moet het prospectus mede inlichtingen bevatten over gebeurtenissen van bijzondere betekenis die na die balansdatum hebben plaatsgevonden. Aan de naleving van deze regels mogen strenge eisen worden gesteld (r.o. 4.10.1), juist om te voorkomen dat een uitgevende instelling of de haar adviserende banken onevenredig voordeel genieten ten koste van de aankopende aandeelhouders, en het marktvertrouwen meer in het algemeen.³⁸⁸

321. Driessen exploiteert een rozenkwekerij en gebruikt daarin als meststof een ijzerhoudend product, ijzerchelaat, dat onder de naam BioFer op de markt wordt gebracht door Epenhuijsen Chemie en onder meer verkocht wordt door Oerlemans. Na gebruik van het middel ontstaat bij Driessen schade. De geleverde BioFer blijkt verontreinigd met de mestvloeistof Ethimiduron. Oerlemans wist hier niets van. Contractueel kwam het gebrek niet voor zijn rekening. Met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis komen zowel het hof als de Hoge Raad tot een ‘zuivere risicoaansprakelijk-

Voorbeeld 2

387. C.E. du Perron, annotatie bij HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201 (*World Online*), par. 3.

388. Ingeval van een prospectus, bedoeld als verkoop- en promotie instrument, is van ‘systeemverantwoordelijkheid’ mogelijk eerder sprake dan als het gaat om de doorlopende informatie ten behoeve van de secundaire markt, waarbij de verantwoording jegens bestaande aandeelhouders meer voorop staat en minder snel sprake is van individueel voordeel; Vgl. De Jong, *Ondernemingsrecht* 2016/25, par. 3, met verwijzing naar het Duitse recht; Van den driessche 2015.

heid': in beginsel komt het gebrek van een industrieel vervaardigde zaak naar verkeersopvattingen voor rekening en risico van de verkoper.³⁸⁹ Van een gedragsrisico is geen sprake.³⁹⁰ Ook in dit geval is sprake van een toedeling op basis van voordeel. Het gebrek was als risico voor de verkoper onvoorzienbaar. Het gebrek en de schade zijn niet door een normschendend gedragsrisico van de verkoper veroorzaakt. Toch doet de zuivere risicoaansprakelijkheid niet onbillijk aan. Naarmate de tekortkoming meer het hart raakt van de toegevoegde waarde die misschien contractueel niet als garantie geldt maar wel als een 'primaire verplichting', is eerder sprake van een onevenredigheid tussen het nadeel dat de benadeelde lijdt en het voordeel van de 'primair profiterende' debiteur.³⁹¹ Vanuit maatschappelijk oogpunt is dan eerder wenselijk en redelijk dat dit risico voor rekening komt van degene die daarvan profiteert.³⁹²

Voorbeeld 3

322. Andere voorbeelden van *free riding* in de vorm van tekortschieten in de primaire verplichting betreffen het niet-contracteren waar een gebruiksvergoeding gebruikelijk is ('zwart rijden'),³⁹³ het oneigenlijk gebruik van beltegoeden³⁹⁴ of een winvergunning,³⁹⁵ of provisie gedreven verkoop.³⁹⁶ De grens tussen het *justum pretium* 'verbod'³⁹⁷ en *free riding* is dun als het erom gaat de gerechtvaardigde verwachting van de te betalen flexibele rente van een doorlopend krediet te bepalen,³⁹⁸ of meer algemeen 'een maatschappelijke activiteit zoveel mogelijk haar juiste prijs te geven'.³⁹⁹ Het gemeenschappelijk

389. HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1338, NJ 2002/213, m.nt. J. Hijma (*Oerlemans/Driessen*); *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/257* kwalificeert dit arrest terecht als van 'eminent belang'.

390. J. Hijma, annotatie bij HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1338, NJ 2002/213 (*Oerlemans/Driessen*), par. 11. Hijma onderstreept het belang van een solide exoneration.

391. Honoré 1999, p. 59; Zo zal een advocaat die voor zijn juridische analyse de deadline niet haalt omdat last minute de IT voorziening is uitgevallen, meer begrip bestaan dan als de inhoud van die juridische analyse louter bestaat uit een door die IT voorziening uit te voeren screening.

392. Zo lijkt redelijk dat onder een geneeskundige behandelingsovereenkomst falende medische instrumenten eerder voor risico van de arts komen dan gebrekkige medische implantaten; Vgl. Concl. A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2020:176, bij HR 19 juni 2020, NJ 2021/16, m.nt. S.D. Lindenbergh, onder 10.2.1; Om vergelijkbare redenen komt een eindproducent van een gebrekkig halffabrikaat in bepaalde gevallen wél een beroep op overmacht toe (art. 6:185 BW), en de industriële distributeur niet.

393. Van Boom 2002, p. 101 – 102.

394. HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7024, NJ 2007/565 (*Vodafone/ETC*).

395. HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7537, NJ 2007/270 (*Unocal/Conoco*).

396. Zie o.a. EIOPA's. Zie https://eiopa.europa.eu/Publications/EIOPA_SupervisoryResponseToFindingsOfThematicReviewTravelInsurance_Oct2019.pdf. De AFM spreekt bij provisie gedreven verkoop van 'marktfalen'.

397. *Asser/Hijma 7-I 2019/397*; Hallebeek, AA 2013/0059, p. 59 – 64.

398. Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening 3 maart 2021, 2021-0015, waarin de Commissie van Beroep bevestigt dat de DNB/CBS referentierente een goede maatstaf biedt voor het marktconform meebewegen van de rentestand.

399. Van Boom 2002, p. 135.

nadeel kan zuiver economisch zijn. Het gemeenschappelijk nadeel kan ook van meer immateriële aard zijn en gelegen zijn in de wens tot handhaving van bepaalde normen⁴⁰⁰ of markttransparantie, zoals het moeten verschaffen van 'niet direct-relevante informatie'⁴⁰¹ of wanneer het gaat om zuiver individuele, 'onnodige risico's'.⁴⁰² De wanpresterende verkoper of de alternatief schadeveroorzakende laedens neemt de positie in van een *free rider*. Hetzelfde geldt voor deelname aan verkeerd groepsgedrag (art. 6:166 BW). De 'schade' bestaat in zo'n geval eerst en vooral uit het ongewenste risico dat met verkeerd groepsgedrag gecreëerd wordt. De individuele laedens is hiervoor aanspreekbaar, zonder dat aannemelijk is dat hij de schade daadwerkelijk veroorzaakt heeft ('psychisch causaal verband').⁴⁰³ Aansprakelijkheid voor meer algemene risico's vloeien ook voort uit de verschillende wettelijke, kwalitatieve aansprakelijkheden (artt. 6:169 t/m 172 BW).⁴⁰⁴ Bij *free riding* gaat het als het ware om een verhoogde bijdrageplicht 'plus'. Vanuit de noodzakelijke solidariteit bezien, treedt het onverdeeld toelaten van dergelijk individueel voordeel de billijkheid met voeten als het gaat om het vertrouwen in toegevoegde waarde, een transparante markt of groepsgedrag (art. 6:166 BW).

323. Van der Kooij beschrijft hoe de *correctie Langemeijer* een toepassing vormt van oneerlijke concurrentie en daarmee van *free rider* gedrag.⁴⁰⁵ Winst maken mag. Maar er is een grens. Niet uit de considerans, noch uit de inhoud van de wet van 24 juni 1876⁴⁰⁶ of de wetgeschiedenis blijkt dat Dorenbos' 'Correctie Langemeijer'

400. Te denken valt aan de forfaitair berekende schadevergoeding (art. 13) en volledige proceskostenveroordeling (art. 14) onder de Handhavingsrichtlijn intellectuele eigendomsrechten (2004/48/EG) die recht geeft op een vergoeding van de 'redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet' (art. 1019h Rv), het vermoeden van kartelschade (art. 17 lid 2) van de Kartelschaderichtlijn (2014/104/EU) (art. 6:193l BW), alsmede de minimale buitengerechtelijke kosten onder de Betalingsachterstandenrichtlijn (2011/7/EU) (art. 6:96 lid 4 BW).

401. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (*World Online*). Op basis van de effectieve werking die Lidstaten aan het EU recht moeten geven.

402. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*), r.o. 5.4.3 – 5.5.3, gezien het belang bij naleving van de 'know-your-customer' regel.

403. Vgl. de in par. 3.6.1 besproken casus van de 99 kruiwagens (Stapleton).

404. Vanwege de algemeenheid van het risico kan jegens de werkgever geen verbod met betrekking tot de door zijn ondergeschikte gepleegde onrechtmatige daad worden ingesteld. Zie HR 10 juni 1955, ECLI:NL:HR:1955:AG2012, NJ 1955/552, m.nt. L.E.H. Rutten (*Horneman*); Asser/Sieburgh 6-IV 2019/154. Wel denkbaar is dat jegens de werkgever een gebod of verbod wordt gevraagd ten aanzien van meer algemeen de invulling die hij aan zijn zeggenschap geeft.

405. Van der Kooij 2019/403.

406. Inhoudende regeling van de voorwaarden tot verkrijging der afzonderlijke bevoegdheid tot uitoefening der tandheelkunst en van de uitoefening dier kunst.

onbevoegde beroepsuitoefening door overtreding van de wet onrechtmatig was tegenover de wel bevoegde tandartsen. Anders dan in veel andere gevallen van oneerlijke concurrentie, zoals de bedrijfsspionage door Cohen bij Lindenbaum⁴⁰⁷, was Dorenbos' onbevoegde beroepsuitoefening niet gericht op het benadelen van de wel bevoegde tandartsen. Dat Dorenbos bekend was dat hij aan de wel bevoegde tandartsen specifieke schade toebrengt, stond niet voorop en was ook niet aannemelijk. De wet van 24 juni 1876 dient het meer algemene belang van de volksgezondheid en strekt ter bescherming van het publiek tegen ondeskundige beroepsuitoefening.⁴⁰⁸ Winst maken wordt pas onredelijk als dit evident geschiedt in strijd met de regels.⁴⁰⁹ In navolging van P-G Langemeijer meent de Hoge Raad dat voor de onrechtmatigheid jegens de wel bevoegde tandartsen *'de wetsovertreding een factor kan zijn'*. Die onrechtmatigheid betreft geen zorgvuldigheidsnorm gericht op het voorkomen van schade, maar een solidariteitsnorm waarbij wat als een aantasting van de gelijkheid geldt in dit geval *mede* door de wet van 24 juni 1876 wordt ingevuld. Het financiële eigen belang dat de bevoegde tandartsen stelden, was nagenoeg geheel geassimileerd met het publieke belang van de volksgezondheid. De bevoegde tandartsen voerden de procedure gemeenschappelijk als een vorm van privaatrechtelijke handhaving of als verbodsactie. Zij matigden hun schade tot NLG 1,-. Het is de vraag of hun vordering was toegewezen als Dorenbos zijn diensten kosteloos had verstrekt en van enig voordeel had afgezien.⁴¹⁰

Ook
vergoedings-
gerechtigde

324. Wat een aantasting van de gelijkheid is, kan niet alleen uit de wet volgen, maar ook uit een overeenkomst. Al eerder zagen we hoe in sommige gevallen het nadeel voor een derde zodanig specifiek voorzienbaar kan zijn, dat de laedens vanwege de zelfverkozen contractuele hoedanigheid dit niet mag negeren (par. 4.3.2). In zo'n geval is geen sprake van een verplaatsing (par. 3.6.2), maar van een zelfstandige gedragsnorm die de verplichtingen van een gemiddelde mens overstijgt. Een contractuele tekortkoming is voor zo'n zorgplichtschending niet vereist,⁴¹¹ anderzijds is ook niet vanzelfsprekend dat de laedens aan de derde de eigen contractuele verweermiddelen

407. HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, NJ 1919/161, m.nt. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*).

408. HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, NJ 1961/568 (*Tandartsen I*).

409. Van een evidente normschending of onevenredige winst is geen sprake als de toepassing van volledige gebitsprothesen aan goed opgeleide protheticici kan worden toegestaan. Zie HR 16 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5711, NJ 1989/505, m.nt. C.J.H. Brunner (*Tandartsen II*).

410. Van Dam 2020/232-3, spreekt weliswaar van een 'beunhaas', maar uit niets blijkt dat Dorenbos ondeskundig handelde.

411. Du Perron 1999/289 en 353.

kan tegenwerpen.⁴¹² Bij 'verbonden overeenkomsten' vloeit de verplichting niet zozeer voort uit een *specifiek nadeel* bij een derde benadeelde, als wel uit het *specifieke voordeel* waarvan de laedens dankzij de derde benadeelde(n) kosteloos profiteert, bijvoorbeeld wanneer gezamenlijk een beleggingsdoelstelling wordt nagestreefd. Is een profiterende belegger aansprakelijk jegens een verlieslijdende belegger ingeval van een zogenaamde *Ponzi scheme*? Het bestaan van een rechtsgeldige overeenkomst rechtvaardigt niet zonder meer dat de profiterende belegger ten koste van de verlieslijdende belegger profiteert. Dat geldt vooral indien tussen de prestaties waartoe die overeenkomst verplicht, een 'wanverhouding' bestaat.⁴¹³ De eigen, vergelijkbare contractuele verplichting geldt jegens die derde(n) al snel als opgewekt vertrouwen.⁴¹⁴ 'Quid pro quo', vat Du Perron puntig samen.⁴¹⁵ De verplichting jegens de derde(n) vloeit niet direct voort uit een derdenbeding, maar ligt daar wel dicht tegenaan. Evenals bij verplaatsing, en in afwijking van wat voor een verhoogde zorgplicht noodzakelijk is, kleurt de eigen contractuele verplichting sterk in wat tussen de laedens en de derde als gelijk of 'gemeenschappelijk' geldt. Daar staat tegenover dat de laedens ook de eigen contractuele verweermiddelen eerder aan de derde kan tegenwerpen.⁴¹⁶

325. Edah en Radio Modern hebben zich ieder jegens het ABP in hun huurovereenkomsten voor winkelruimte 'In de Boogaard' (ook wel aangeduid als: 'Koopcentrum') te Rijswijk verbonden bepaalde vormen van handel niet uit te oefenen, zogenaamde *branchebescherming*.⁴¹⁷ Volgens Radio Modern handelt Edah in strijd met deze bepaling door de verkoop van diverse elektrische artikelen. Hof en Hoge Raad gaan ervan uit dat geen sprake is van een derdenbeding. Niettemin accepteert de Hoge Raad wel een norm die hier dicht tegenaan ligt: het ligt volgens de Hoge Raad voor de hand dat de huurders onder meer bij het aangaan van hun huurovereenkomst aan de aanwezigheid van bepalingen als voormeld aandacht zouden besteden en

Voorbeeld

412. Du Perron 1999/287 en 431.

413. HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, NJ 2012/495, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ponzi scheme*), r.o. 3.7.2. De Hoge Raad houdt in dit geval echter vast aan de wettelijke regeling van art 47 Fw, die twee nauwkeurig geformuleerde uitzonderingen kent die zich in dit geval niet voordeden. Zie r.o. 3.7.4.

414. Du Perron 1999/341; HR 25 maart 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4642, NJ 1966/279, m.nt. G.J. Scholten (*Moffenkit*); HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496, NJ 2012/59 (*Wierts/Visseren*), waarin derde-aanbesteder Wierts een directe aanspraak jegens onderaannemer Visseren wordt gegund, vermoedelijk mede doordat Wierts eerder vrijwel de gehele aanneemsom rechtstreeks aan Visseren voldeed wegens wanpresteren van hoofdaannemer SBL; Van der Kooij 2019/591.

415. Du Perron 1999/325.

416. Du Perron 1999/366.

417. HR 12 oktober 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC2654, NJ 1980/117, m.nt. G.J. Scholten (*Radio Modern/Edah*).

op de naleving door de andere huurders van overeenkomstige bepalingen zouden vertrouwen. Beschaming van dit vertrouwen zal in beginsel een vorm van onbehoorlijke concurrentie opleveren en daarmee een onrechtmatige daad jegens de medehuurlers. Du Perron wijst op het profiteren van Edah: *'Wie wel profiteert van de prestatie van een ander, maar zelf zijn daarmee verbonden prestatie waarop die ander rekent niet of niet behoorlijk uitvoert, handelt onrechtmatig.'*⁴¹⁸ Opnieuw geldt: welke schade Radio Modern precies leed, is onzeker. Radio Modern vorderde in kort geding een verbod. Een dreiging van schade volstaat voor een verbodsvordering. Dat Edah voordeel genoot door in strijd met de huurafspraken diverse elektrische artikelen te verkopen, is aannemelijk. Radio Modern handhaafde een norm die ten behoeve van alle huurders en de eigenaar gold. De onrechtmatigheid betreft geen zorgvuldigheidsnorm gericht op het voorkomen van schade, maar een gelijkheidsnorm waarbij wat als 'gemeenschappelijk' geldt mede door de huurovereenkomsten wordt ingevuld.

4.4.5 AANSPRAKELIJKHEIDSVERBAND

Niet
oorzakelijk

326. De verschillende voorbeelden illustreren de onzekerheid van de individuele schade. Die onzekerheid is het directe gevolg van het feit dat de vergoedingsplicht niet ziet op het herstel van onzorgvuldig veroorzaakte schade ('onzorgvuldig *gedrag*'), maar op het om redenen van solidariteit langs de lijnen van het gelijkheidsbeginsel toekennen van een evenredigheidsvergoeding ('ongelijke *toestand*').⁴¹⁹ Het aansprakelijkheidsverband is, in Kösters woorden, niet causaal van aard, maar waarderend of redengevend. Het gaat om nadeel als gevolg van *geoorloofd* gedrag (*opofferingsaansprakelijkheid*), in welk geval de kenbaarheid van het individueel nadeel voor de vergoedingsplicht niet onderscheidend is. Welke onderdelen van het geoorloofd handelen gelden wel als oorzaak van de schade, en welk niet? Bij gebreke van een relevante gedragsnorm valt geen onderscheidend criterium te geven. De mate van onvoorzienbaarheid van bepaalde bijwerkingen van een preventief geneesmiddel of van bepaalde productiegebreken is voor de vergoedingsmaatstaf van de producent irrelevant (par. 4.4.4). Het kan ook gaan om handelen dat niet tot individualiseerbare schade leidt (*free riding*), waarbij schadelijke gevolgen sowieso *niet waarschijnlijk* zijn. Deelname aan verkeerd groepsgebruik (art. 6:166 BW) leidt tot 'psychisch causaal verband', niet daadwerkelijk causaal verband. Aannemelijk is dat de schade ook was ontstaan als de laedens niet had deelgenomen (par. 4.4.4).

418. Du Perron 1999/325.

419. Hartkamp, *WPNR* 2001/6440, p. 214 – 215; Sieburgh, *WPNR* 2015/7045, die inzake vrijking terecht opmerkt dat de causaliteitsmaatstaf van art. 6:98 BW anders wordt ingevuld.

327. Toch ontslaat een noodsituatie (*opoffering*) of ‘zwart rijden’ (*free riding*) de profiterende partij niet van een vergoedingsplicht. Deze kan zich niet onttrekken aan het nadeel dat de gemeenschap wordt toegebracht. Dit geldt nog sterker ‘Naarmate iemand als gevolg van zijn ‘maatschappelijke kracht en positie’ minder als individu optreedt (...)’.⁴²⁰ Werkgevers hebben niet alleen te zorgen voor een veilige werkplek. Maatschappelijke instellingen zullen, ondanks het gebrek aan een individuele norm, ook een bijdrage moeten leveren aan de reductie van de CO-2 uitstoot, juist vanwege het enorme, collectieve belang bij een leefbaar klimaat. Bedrijven en instellingen kunnen niet afwachten tot het moment dat zo’n norm zich heeft uitgekristalliseerd. Dit is één van de belangrijkste lessen die getrokken kan worden uit de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 26 mei 2021 in de zaak tussen Milieudefensie en Shell.⁴²¹ In rap tempo worden evaluatiemodellen, beslissestructuren en verantwoordingsmechanismen gecreëerd die er voor moeten zorgen dat de lusten en lasten van de energietransitie naar ieders mogelijkheid en draagkracht zo eerlijk en effectief mogelijk verdeeld worden.

Maar
redengevend

328. De verdeling om redenen van solidariteit wordt niet bepaald door de kenbare gevolgen van een *specifiek* risico, maar door de kenbare gevolgen van een meer *algemeen* risico. Bij aantasting van een gelijkheidsnorm is daarom niet vanzelfsprekend dat alle mogelijke gevolgen via de bewijslastverdeling volledig voor rekening van de benadeelde worden gebracht. Welk voordeel is de beslagene misgelopen doordat achteraf ten onrechte beslag is gelegd? De bewijslast van het hypothetisch alternatief wordt door tijdsverloop vaak aanzienlijk bemoeilijkt.⁴²² Juist bij gelijkheidsnormen kan met recht gezegd worden dat de benadeelde door de laedens ‘een bepaalde kans is ontnomen’.⁴²³ Het is het enige ‘verwijt’ dat gemaakt kan worden. Anderzijds noodzaakt een aantasting van de gelijkheidsnorm er niet toe de gevolgen dan maar voor rekening van de laedens te brengen, bijvoorbeeld met toepassing van een ‘omkeringsregel’.⁴²⁴ Is aannemelijk dat de belegger het aandeel niet had gekocht als hij het prospectus niet had gelezen? Gelijkheidsnormen impliceren dat de laedens de schade van de benadeelde niet heeft kunnen voorkomen, hooguit ‘op de koop toe heeft genomen’.⁴²⁵ Voor vergoeding moet voldoende grond bestaan. De bewijslastverdeling wordt bepaald door de gemeenschappelijke noodzaak tot herverdeling. De mate

Verskil in
risico

420. Sieburgh 2000, p. 240.

421. Rechtbank Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie/Shell*).

422. Molkenboer 2019, p. 299, met betrekking tot ten onrechte gelegd beslag.

423. Lindenbergh 2020/15; HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273, NJ 2017/115 (*Whiplash*).

424. C.E. du Perron, annotatie bij HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201 (*World Online*).

425. Tjepkema 2010, p. 934.

waarin zo'n noodzaak kenbaar is, communiceert direct met wat na realisatie een onevenredig, 'typisch gevolg' vormt.

Bijvoorbeeld:
Groningen

329. Dit wordt geïllustreerd door de discussie in Groningen. Op grond van art. 6:177a BW geldt voor de fysieke schade aan gebouwen of werken die door beweging van de bodem als gevolg van de aanleg of de exploitatie van een mijnbouwwerk ten behoeve van het winnen van gas uit het Groningen-veld veroorzaakt kan zijn, een vermoeden dat die schade door de aanleg of de exploitatie van dat mijnbouwwerk veroorzaakt is, behoudens door de exploitant te leveren tegenbewijs. Discussie bestond over de vraag wat de aard van het *tegenbewijs* is. Volstaat enkel twijfel bij wege van tegenbewijs? Of gaat het om het aannemelijk maken van een alternatieve oorzaak zoals in ingeval van *tegendeelbewijs*? Deze causaliteitsvraag kan op grond van art. 150 Rv. niet anders worden beantwoord dan aan de hand van de norm van art. 6:177a BW. Achter iedere bewijslastverdeling schuilt immers een norm.⁴²⁶ De norm van art. 6:177a BW is onmiskenbaar ingegeven door de *égalité*-gedachte dat decennialang door Nederland geprofiteerd is van de gaswinning. Een ruimhartige toerekening van zaakschade ligt dan ook in de rede.⁴²⁷ Uiteindelijk heeft die ruimhartigheid zijn weerslag gekregen in een risicopercentage van ten minste circa 1%. Mits de schade voor niet meer dan circa 99% risico verband houdt met andere oorzaken dan de gaswinning, komt deze voor vergoeding in aanmerking.⁴²⁸ De ruimhartige ratio vertaalt art. 6:177a BW zo in de norm dat alleen schade die met zekerheid niet door gaswinning veroorzaakt is, geen vergoeding behoeft; andere schade denkbaar wel.

426. *Asser Procesrecht/Asser* 3 2017/285.

427. Zie commissie Hammerstein 2017, p. 6, waarin zij vanwege het decennialange profijt aandringen op een ruimhartige schadeafwikkeling: 'De grootste obstakels zijn nu de causaliteit en de omvang van de schade. (...) Naar de huidige stand van de wetenschap kan volgens vele informanten met betrekking tot het oorzakelijk verband alleen met een grote marge van onzekerheid worden geoordeeld. In plaats van deze onzekerheid overeenkomstig de bestaande juridische maatstaven voor risico te laten komen van de veroorzaker van de schade, is als gevolg van de praktijk van de schadeafhandeling dit risico grotendeels afgewenteld op degenen die schade hebben gemeld.' Als 'juridische maatstaf' beveelt het advies het wettelijk bewijsvermoeden van art. 6:177a BW aan (pag. 12, 16 en 17): '(...) fysieke schade die naar haar aard redelijkerwijs schade als gevolg van de gaswinning uit het Groningenveld zou kunnen zijn (...). Alleen bij hogere schades zou tegenbewijs moeten openstaan (pag. 13, 16 en 17). In het licht van de beoogde rechtsbescherming dient dit bewijs volgens het advies 'tegendeelbewijs' te zijn, niet enkel 'tegenbewijs' (pag. 25 en 26).

428. Die ruimhartigheid raakt niet alleen de kosten van herstel, maar ook het gederfde woon- en eventueel immaterieel schade (wanneer meer dan één keer fysieke schade kan zijn ontstaan); HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1534 (NAM/Eisers).

330. Ook bij vernietigde besluiten gaat het niet om het *individueel causaal verband* met een specifiek, vermijdbaar risico.⁴²⁹ Het gaat bij de aansprakelijkheid voor vernietigde besluiten om wat tussen het bestuursorgaan en de burger als een *evenredige verdeling* geldt.⁴³⁰ In sommige gevallen is duidelijk dat een bepaalde toestand geen relevant verband houdt met het vernietigde besluit, zoals wanneer sprake is van eenvoudig te herstellen vormfouten, of van een enkele overschrijding van de wettelijke beslistermijn.⁴³¹ Ook zonder de vormfout of de overschrijding van de wettelijke beslistermijn was de inhoudelijke beslissing of de toestand van de benadeelde niet anders geweest. Achter het etiket ‘zuivere risicoaansprakelijkheid’ gaat schuil dat met voortschrijdend inzicht de schade meest aannemelijk ook door zorgvuldig handelen was ontstaan.⁴³² Voor de verdelingsvraag is van meer gewicht dat de goede werking van het openbaar bestuur in dergelijke gevallen naar huidig recht niet noodzaakt tot herverdeling van het nadeel dat de benadeelde als gevolg van de vormfout of de overschrijding van de wettelijke beslistermijn ondervindt. Tussen de onrechtmatigheid van het besluit en de schadelijke toestand waarin de benadeelde verkeert, bestaat geen relevant verband. Maar geldt die verdelingsregel ook wanneer onduidelijk is wat het bestuursorgaan rechtmatig had beslist?⁴³³

Vernietigde
besluiten

429. HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, *NJ* 2016/291 (*Hengelo/Wevers*). Aansprakelijkheid voor vernietigd besluit. ‘Niet beslissend is immers of het College de vergunning rechtmatig had kunnen weigeren, maar – zoals het hof tot maatstaf heeft genomen – welk besluit het zou hebben genomen indien het wel overeenkomstig de wet zou hebben beslist.’; als ook HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, *NJ* 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*). Gebruik perceel in strijd met bouwverordening. ‘Het enkele feit dat een op onrechtmatige wijze toegebracht nadeel eveneens op een andere wijze toegebracht had kunnen worden die niet onrechtmatig geweest zou zijn, brengt nog niet mee dat dit nadeel niet meer kan gelden als te zijn veroorzaakt door de onrechtmatige gedraging die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan.’

430. HR 26 september 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9505, *NJ* 1987/253, m.nt. M. van der Scheltema (*Staat/Hoffmann-La Roche*). Ook al is de rechter uitgegaan van een rechtsopvatting die ten tijde van de beschikking voor het overheidslichaam onvoorzienbaar was en waarmee dit lichaam geen rekening behoefde te houden.

431. Van Dam 2020/829-2; De overschrijding van een wettelijke beslistermijn is zelfs onvoldoende voor het aannemen van onrechtmatigheid. Zie HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579, *NJ* 2013/47 (*Amsterdam/Have onroerend goed*). In zo’n geval geldt de normale zorgvuldigheidsnorm.

432. Fruytier 2021/189, die voor de besluiten aansprakelijkheid terecht opmerkt dat het begrip ‘onrechtmatige besluit’ in sommige gevallen het bestaan van een onrechtmatige gedraging verdoezelt.

433. Soms is het causaal verband wél duidelijk, maar komt als niet-onevenredig niet voor vergoeding in aanmerking, bijvoorbeeld wanneer een vluchteling ten onrechte een verblijfsvergunning geweigerd is en sprake is van gedeferde inkomsten uit arbeid. HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, *NJ* 2008/576, m.nt. J.B.M. Vranken (*Iraanse vluchtelingen*).

Voorbeeld

331. In een recent arrest lost de Hoge Raad die onzekerheid op door nadrukkelijk aandacht te vragen voor de verschillende wijzen waarop de rechter met bewijsvermoedens en bewijslastverdeling om kan gaan.⁴³⁴ Het ging om een geval waarin na zoveel jaren niet eenvoudig meer te reconstrueren was wat en wanneer in het politiek/juridisch krachtenveld van de Gemeente Sluis in 2009 was gebeurd als de Gemeente wél een rechtmatig besluit had genomen. De Hoge Raad verwijst naar de welbekende bewijslastverdelingsmogelijkheden, zoals een verzwaarde motiveringsplicht of een bewijslastomkering in geval van ‘bijzondere omstandigheden’, dan wel het voorshands aannemelijk oordelen bij ‘onvoldoende betwisting’. Probleem van die benadering is dat zij wel gereedschappen geeft, maar geen plan van aanpak. Als gezegd: achter iedere bewijslastverdeling schuilt een norm,⁴³⁵ zeker in een geval waarin de onzekerheid niet zozeer gelegen is in de onzekere gevolgen van gedrag, maar in wat als een evenredige verdeling van lasten en lusten wordt beschouwd. In hoeverre is redelijk dat de benadeelde achteraf het volle bewijsrisico draagt van een toestand die in uitgangspunt ‘voor risico van’ het bestuursorgaan komt? In hoeverre verschilt deze onzekerheid van de onzekere fysieke gevolgen van gaswinning of welke beslissing op een misleidende prospectus was genomen? Zoals het decennialang profiteren van de Groningse gaswinning resp. de goede werking van de effectenmarkt herverdeling noodzakelijk maakt, zo zou voor de besluitenaansprakelijkheid leidend moeten zijn dat de gemeenschap via het nemen van bestuursbesluiten de goede werking van het openbaar bestuur wil verzekeren. De norm bepaalt de verdeling van het individuele bewijsrisico, niet andersom. Mogelijk moet de door de Hoge Raad uitgestalde gereedschapskist worden begrepen als een uitnodiging hiervan ruimhartig gebruik te maken.⁴³⁶ In dat geval was mooi geweest als de Hoge Raad niet alleen de gereedschapskist had geïnventariseerd, maar ook een nadere invulling van de verdelingsnorm had gegeven.

Strafvorderlijk optreden

332. Vergelijkbare verdelingsvragen doen zich voor bij strafvorderlijk optreden.⁴³⁷ Het belang bij strafvorderlijk optreden is voor de gemeenschap

434. HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1510, NJ 2020/359 (A./Gemeente Sluis).

435. *Asser Procesrecht/Asser* 3 2017/285.

436. Fruytier 2021/367 e.v. pleit voor het aannemen van een verzwaarde motiveringsplicht.

437. HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1019, NJ 1990/794, m.nt. C.J. H. Brunner (*Staat/Bekkers*), waarin – anders dan de Hoge Raad – A-G Bloembergen terecht de vergoedingsplicht baseert op een rechtmatige daad. Het redelijk vermoeden van schuld (art. 27 lid 1 Sv) wordt niet aangetast door een later gebleken onschuld; Zie ook HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, NJ 2003/615, m.nt. M. van Scheltema (*Staat/Lavrijsen*), waarin – bij schade door strafvorderlijk optreden jegens een onschuldige derde – de Hoge Raad de vergoedingsplicht op het gelijkheidsbeginsel grondt en, volgens annotator Scheltema: ten onrechte, spreekt van ‘onrechtmatigheid’.

groot. Waarom is dan voor een evenredigheidsvergoeding vereist dat niet alleen sprake is van ‘geen-veroordeling’, maar van ‘gebleken onschuld’?⁴³⁸ In een recente prejudiciële beslissing zet de Hoge Raad de evenredigheid van de gebleken onschuld voorwaarde nog eens uiteen.⁴³⁹ Het gaat om een civielrechtelijke vergoeding in *aanvulling* op de schadevergoeding die krachtens het Wetboek van Strafvordering gegeven kan worden voor het onder andere moeten ondergaan van vrijheidsbenemende dwangmiddelen (r.o. 2.8.1) en zogenaamd ab initio onrechtmatig overheidshandelen, bijvoorbeeld vanwege de disproportionaliteit (r.o. 2.8.2). De civiele rechter mag uitsluitend nagaan of uit de uitspraak van de strafrechter dan wel de overige stukken betreffende de niet met een bewezenverklaring geëindigde strafzaak blijkt van zijn onschuld (r.o. 2.13). Omdat het strafprocesrecht niet ingericht is op het aannemelijk maken van onschuld, rijst vanzelf de vraag wat te doen met de resterende onzekerheid.⁴⁴⁰ Komt die voor risico van de overheid? Waarschijnlijk niet. Het ‘mag uitsluitend nagaan’ komt voort uit de onwenselijkheid dat de burgerlijke rechter zich gezien de onschuldpresumptie (art. 6 lid 2 EVRM) alsnog over de schuldvraag buigt; én de onaanvaardbaarheid dat in alle gevallen van geen veroordeling een volledige risicoaansprakelijkheid geldt (r.o. 2.8.3), waarbij de Hoge Raad vermoedelijk het huidige wetgevingsproces van een nieuwe, integrale wettelijke regeling in het Wetboek van Strafvordering die bij niet-veroordeling in een gelimiteerde billijkheidsvergoeding voorziet, niet wil doorkruisen.⁴⁴¹ Anders dan in het op diezelfde dag gewezen Gemeente Sluis arrest, geeft de Hoge Raad in deze uitspraak een gemotiveerde, meer inhoudelijke norm, namelijk: terughoudendheid.

333. Verdelingsvragen spelen ook bij beslaglegging⁴⁴² of tenuitvoerlegging van vonnissen.⁴⁴³ Momenteel wordt het risico van onterechte beslaglegging of tenuitvoerlegging, wat de norm aangaat, weliswaar bij de laedens gelegd, Beslaglegging, tenuitvoerlegging

438. HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6956, NJ 2007/432, m.nt. J.B.M. Vranken (*Begaimclaim/Staat*). In zijn noot bespreekt Vranken verschillende sub-vragen van een evenredige verdeling bij achteraf onterecht strafvorderlijk optreden; Kritisch: Van Dam 2020/832-1; Deze rechtspraak is niet in strijd met de onschuldpresumptie van art. 6: lid 2 EVRM. Zie EHRM 25 augustus 1993, ECLI:NL:XX:1993:AD1939, NJ 1994/1, m.nt. G. Knigge (*Sekanina/Oostenrijk*).

439. HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1526; NJ 2021/36, m.nt. S.D. Lindenbergh.

440. Zie over die resterende onzekerheid ook Lindenbergh in zijn noot, nr. 6.

441. Zie Lindenbergh in zijn noot, nr. 9. De ‘gebleken onschuld’ norm vervalt dan; Franke 2022, p. 194.

442. Conservatoir beslag, zie HR 15 april 1965, ECLI:NL:HR:1965:AC4076, NJ 1965/331 m.nt. D.J. Veegens (*Snel/Ter Steege*); Molkenboer 2019, p. 62; Executoriaal beslag, zie HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, NJ 1997/366 m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvoanger/Bos*); art. 1019g Rv.

443. HR 16 november 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4901, NJ 1985/547, m.nt. L. Wichers Hoeth & W.H. Heemskerk (*Ciba Geigy/Voorbaak*). Kort geding en hoofdprocedure; Terecht meent

maar waar dit het individuele causaal verband of het nadeel betreft, volledig bij de benadeelde gelaten, hoewel het hypothetisch scenario c.q. causaal verband achteraf vaak door tijdsverloop moeilijk aannemelijk is te maken.⁴⁴⁴ Ook hier past een meer heldere *verdelings*maatstaf. Het vasthouden aan de eis van causaal verband vloeit vermoedelijk voort uit de gedachte dat op die manier een evenredige verdeling wordt bereikt van de lusten en lasten die voortvloeien uit het tijdig kunnen treffen van rechtsmaatregelen. Vergelijkbaar met de gedachte dat een algehele vergoeding van proceskosten de toegang tot de rechter schaadt en daarmee het risico op eigenrichting verhoogt.⁴⁴⁵ Indien juist, is nuttig deze motivering ook met zoveel woorden uit te spreken, zoals bij proceskosten gebeurt. In die lezing verzwakt een verlichting van de bewijslast van de beslagene of geëxecuteerde te zeer de mogelijkheid voor de beslaglegger resp. executant tijdig rechtsmaatregelen te treffen. Dat is dan de afweging die aan deze risicoverdeling ten grondslag ligt. Op basis van die afweging moet het verdere debat worden gevoerd. In dergelijke, meer algemene belangen moet ook het antwoord gevonden worden op verwante vragen, als: wat geldt indien het beslag door curatoren namens alle crediteuren is gelegd,⁴⁴⁶ of wanneer het beslag slechts deels ten onrechte is gelegd omdat de vordering maar deels wordt afgewezen,⁴⁴⁷ in hoeverre is vereist dat de hoofdvordering inhoudelijk wordt afgewezen of volstaat voor aansprakelijkheid de enkele niet-toewijzing,⁴⁴⁸ en wat te doen met eventuele andere omstandigheden die zich tussen het ontstaan van de schade en het ontstaan van de onevenredigheid kunnen voordoen?⁴⁴⁹

Bewijslast volgt de norm

334. De vergoedingsnorm bepaalt de bewijsverdeling. Deze processuele verdelingsregel geldt voor het gehele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en vloeit voort uit het gelijkheidsbeginsel. Zo bevat de omkeringsregel strikt genomen slechts een vermoeden, dat openstaat voor tegenbewijs, geen *tegendeel*bewijs; en laat het bewijsrisico dus bij de bena-

Spier, anders dan de Hoge Raad, dat ook in dit geval sprake is van een rechtmatige daad. Zie Spier & Bolt 1996, p. 290; Van Dam 2000, p. 241.

444. Molkenboer 2019, p. 299.

445. HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:147, NJ 2016/167, m.nt. S.D. Lindenbergh.

446. HR 21 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0512, NJ 1992/321 (*Van Gastel en Van de Laar q.q./Elink-Schuurman q.q.*).

447. In een dergelijk geval geldt geen risicoaansprakelijkheid, maar wordt misbruik van recht als grondslag van aansprakelijkheid verlangd. Zie HR 11 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2841, NJ 2003/440 (*Hoda International/Mondi Foods*); Molkenboer 2019, p. 78; Terecht wijst Hartlief erop dat het in zo'n geval om de derde vorm van misbruik zal gaan (art. 3:13 lid 2 BW), onevenredigheid. Zie Hartlief 2009, p. 402.

448. Volgens Molkenboer volstaat enkele niet-toewijzing. Zie Molkenboer 2019, p. 92 e.v.

449. Molkenboer 2019, p. 100 e.v. met vooral ook de verwijzing naar Concl. A-G Huydecoper ECLI:NL:PHR:2003:AL7059, bij HR 5 december 2003, NJ 2004/150 (*Kranenburg/Kranenburg c.s.*).

deelde. Meestal zal evenwel uit de feitelijke aard van het specifieke risico *aannemelijk* zijn dat een bepaalde schade zich heeft gerealiseerd. Voor 'het creëren van gereede twijfel' is dan al snel de aannemelijkheid van een alternatieve oorzaak vereist. Daarmee ligt de bewijslast in feite alsnog bij de laedens (par. 3.6.4).⁴⁵⁰ Is de werknemer door gebrekkige maatregelen blootgesteld aan gevaarlijke stoffen, en realiseert het blootstellingsrisico zich, dan is het causaal verband tussen het nalaten door de werkgever en de ontstane beschadiging of aantasting in beginsel gegeven (art. 7:658 BW).⁴⁵¹ De beroepsziekte geldt dan als een 'typisch gevolg' van de bijzondere zorgplichtschending, evenals de schending van verkeers- en veiligheidsnormen bij realisatie een snelle aannemelijkheid van het causaal verband rechtvaardigt. De vereiste kenbaarheid van bepaalde gevolgen bepaalt wat na realisatie als veroorzakend risico voorshands aannemelijk is. De bewijslast van het tegendeel ligt op grond van wat *redelijk* is, bij de laedens (par. 4.3.3).⁴⁵² Eenzelfde redenering geldt voor de gaswinning in Groningen (art. 6:177a BW).⁴⁵³ Als wegens de noodzakelijke verdeling van lusten en lasten redelijk is dat nadeel ruimhartig voor risico van de exploitant komt, dan is voor het individueel tegendeel al snel meer nodig dan het zaaien van twijfel of een lage maatstaf van *tegendeel*bewijs.

335. Dat alle mensen vergelijkbaar zijn, maakt eenieder niet aan allen gelijk (par. 3.4.3). Zo mag een laedens in een concreet geval 'bevrijdend' bewijzen dat, in afwijking van wat voorshands aannemelijk of redelijk is, hem in zijn geval geen schuld treft. Omgekeerd kan een benadeelde 'aanvullend' aantonen dat naar de bijzondere omstandigheden van dit geval bij zorgvuldig handelen geen schade zou zijn ontstaan. Ten opzichte van de meer algemeen geldende vergoedingsnorm dragen beiden van deze individueel afwijkende omstandigheden het bewijsrisico. Pas in het licht van zo'n meer algemene vergoedingsnorm kan onderscheidend gesproken worden van 'bevrijdend' dan wel 'aanvullend' bewijs. Logisch gevolg daarvan is dat zuivere risicoaansprakelijkheden weinig ruimte laten voor bevrijdend of aanvullend bewijs. De benadeelde kan bij gedrasgnormen aanvullende bepleiten dat deze laedens beter had moeten weten of dat bij zorgvuldig infomeren hij als benadeelde in weerwil van een medische noodzaak niet tot de operatie had besloten (par. 4.3.6).⁴⁵⁴ Dat een gemiddelde benadeelde met succes kan

Bevrijdend of aanvullend is uitzondering

450. Klaassen 2017/49.4.

451. HR 26 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9666, NJ 2001/597, m.nt. W.D.H. Asser (*Weststrate/De Schelde*).

452. Asser *Procesrecht*/Asser 3 2017/285.

453. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391, m.nt. J. Spier (*Eisers/NAM*), r.o. 2.9.7.

454. HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2737, NJ 2002/386, m.nt. J.B.M. Vranken (*Ingenhut*); HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, NJ 2002/387, m.nt. J.B.M. Vranken.

bewijzen dat hij wél door rood licht mocht rijden, is hoogst onwaarschijnlijk. Hetzelfde geldt voor de laedens. De laedens kan bij gedragsnormen bevrijdend bepleiten dat hem geen schuld treft of dat de gegeven klap weliswaar onrechtmatig was, maar als reactie zozeer door de *'bewust en langdurig agressie'* van de benadeelde uitgelokt, dat de benadeelde aan de nadelige gevolgen volledig eigen schuld heeft (par. 3.9.1).⁴⁵⁵ Dat een gemiddelde laedens met succes kan bewijzen dat de gevolgen van door groen licht rijden voor eigen rekening van de benadeelde komen, is moeilijk voorstelbaar. Ook in geval van zuivere risicoaansprakelijkheden staat het de laedens en de benadeelde vrij te bepleiten dat tussen hen een andere verdelingsnorm geldt. De daartoe gebezigde feiten moeten evenwel dusdanig appellerend zijn dat ze voldoende kenbaar evengoed in vergelijkbare gevallen toepasselijk zijn.

Gevolgschade
aannemelijk?

336. Doet zich een verdelingsnorm als 'typische oorzaak' van een bepaalde schade voor, dan moet het bestaan van de *schade* nog steeds *aannemelijk* zijn. Te denken valt aan de gevolgen van een op een prospectus gebaseerde beleggingsbeslissing. Als met het oog op 'een effectieve rechtsbescherming' tot uitgangspunt mag dienen dat het *condicio sine qua non* verband aanwezig is tussen de misleidende mededeling in het prospectus en de beleggingsbeslissing van de benadeelde, dan gelden voor het bestaan en de omvang van diens schade nog steeds 'de gewone bewijsregels', waarbij de rechter in gevolge art. 6:97 BW bevoegd is de schade zo nodig te schatten.⁴⁵⁶

Wat per geval
niet waar-
schijnlijk is

4.4.6 VERLAAGDE BIJDRAGEPLICHT

337. In sommige gevallen wordt uitgegaan van een *lagere* bijdrageplicht dan voor gemiddelde mensen geldt. Voorbeelden van zo'n lagere draagplicht vormen kinderen beneden de 14 jaar (art. 6:164 BW), de kanalisaties van bepaalde aansprakelijkheden (artt. 6: 173, 181 lid 2, 175 lid 5 of art. 7:24 BW), de verschoonbare rechtsdwaling van een officier van justitie daar waar de Staat als zijn werkgever wel aansprakelijk is;⁴⁵⁷ of bepaalde, meer algemeen geldende beperkingen van aansprakelijkheid (art. 6:110 BW), zoals de wettelijke beperking van aansprakelijkheid voor toezichthouders als DNB en de AFM tot gevallen van opzet of grove schuld.⁴⁵⁸ Te denken valt ook aan

455. HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, NJ 1997/592, m.nt. C.J.H. Brunner (*Taams/Boulding*).

456. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (*World Online*), r.o. 4.11.2 en 4.11.3.

457. HR 11 oktober 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0360, NJ 1993/165, m.nt. C.J.H. Brunner & G.J.M. Corstens (*Staat & Van Hilten/M*); Sieburgh 2000, p. 231.

458. Art. 1:25d Wft; Volgens Van Dam is deze immuniteit niet alleen disproportioneel, maar ook in strijd met de Europese aansprakelijkheidsnorm volgens HvJ EG 19 november 1991, C-6/90, ECLI:EU:C:1991:428, NJ 1994/2 (*Francovich*). Zie van Dam 2020/828-5; Meer algemeen over immunities, Cane 2017, p. 33/34.

de individueel geldende beperking van aansprakelijkheid (art. 6:109 BW) of de behoefteigheidseis van art. 6:108 BW in geval van overlijden.⁴⁵⁹ Het feit dat nalatenschappen, een schenking, een nieuwe partner of een uitkering onder een sommenverzekering wél in die behoefteigheid worden meegenomen, maar voor de behoefteigheid van de kinderen de nieuwe partner niet, heeft weinig met gedragsrisico's of individuele voorzienbaarheid of causaliteit te maken, maar vormt de neerslag van wat vanuit distributief oogpunt als een evenredige en gelijkwaardige verdeling van de lusten en de lasten tussen de laedens en de benadeelde(n) wordt gezien.⁴⁶⁰

338. Een distributieve beperking van verhaalbaarheid is ook te lezen in de prejudiciële beslissing over de aardbevingsschade in Groningen, en de beslissing van de Hoge Raad de verhaalbaarheid van de waardevermindering uit te stellen tot het moment dat 'een geofysische stabiele toestand' is bereikt.⁴⁶¹ Al eerder zagen we dat dit criterium feitelijk onjuist is. Ook als geen sprake is van 'een geofysische stabiele toestand', is feitelijk wel degelijk sprake van vermogensschade (par. 3.3.2). Waarom de Hoge Raad dan toch de eis van 'een geofysische stabiele toestand' stelt, is niet heel duidelijk. Mogelijk wil de Hoge Raad voorkomen dat de huidige woningbezitters door nu 'af te rekenen' de toekomstige ontwikkelingen voor hun rekening nemen. Denkbaar is ook dat de Hoge Raad de aangesproken laedentes juist de kans wil geven door de beperking van de gaswinning de waardevermindering ongedaan te maken. Het zijn argumenten die jegens individuele benadeelden niet veel waarde hebben, maar op 'de grote schaal der dingen' wel gewicht toekomen. Maatschappelijk kan onwenselijk zijn dat woningbezitters door nu een vergoeding te accepteren, toekomstige onzekerheden dragen die zij misschien onvoldoende overzien. Tegelijkertijd valt te verdedigen dat het gemeenschapsgeld, bij gebreke van een verkoop, niet onnodig voor de vergoeding van een boekhoudkundige schade wordt aangewend als de vergoeding feitelijk ook door middel van het verminderen van de gaswinning kan worden bereikt. Het helpt de rechtsvorming én de rechtsbescherming als dergelijke overwegingen expliciet worden uitgesproken. De vergoeding is dan niet afhankelijk van de geofysische stabiliteit (wanneer is daarvan sprake?), maar van bijvoorbeeld een heroverweging van de genoemde omstandigheden binnen een bepaalde termijn. De Hoge Raad had bijvoorbeeld naar analogie van art. 6:105 BW de vergoedbaarheid kunnen 'opschorten' door te bepalen dat een financiële vergoeding om genoemde redenen nu niet mogelijk is. Maar indien over bijvoorbeeld 3 tot

Bijvoorbeeld:
Groningen

459. Kritisch hierover vanuit rechtseconomisch perspectief is Visscher 2005, p. 220.

460. Hebly 2019, p. 196-200.

461. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391, m.nt. J. Spier (*Eisers/NAM*), r.o. 2.11.4.

5 jaar blijkt dat deze omstandigheden zich niet ten gunste van de huiseigenaren hebben veranderd, kan alsnog van vergoedbaarheid sprake zijn. Het zou een krachtiger en duidelijker signaal aan partijen hebben gegeven die de distributieve herverdeling stimuleert, dan het criterium van *'een geofysische stabiele toestand'*.

Noodzaak vereist

339. Ook ingeval van een distributieve beperking van de schadevergoedingsplicht vloeit uit de normstelling zelf de begrenzing voort. Doet zich een *'atypische oorzaak'* van de schade voor die dus geen verband houdt met een verlaagde draagplicht, zoals in geval DNB of de AFM niet handelt in de uitoefening van de wettelijke taak of bevoegdheid, dan is toerekening van de daaruit voortvloeiende, voorzienbare schade gewoon redelijk.

Gevolgschade aannemelijk?

340. Doet zich wel een *'typische oorzaak'* van de schade voor, dan is redelijk het bestaan van schade aan te nemen op basis van wat voor een gemiddelde laedens *aannemelijk* is. Redelijk en aannemelijk is dat met betrekking tot de schadelijke gevolgen van opzet of grove schuld door DNB of de AFM 'de gewone bewijsregels' gelden, waarbij de rechter ingevolge art. 6:97 BW bevoegd is de schade zo nodig te schatten.⁴⁶²

4.4.7 EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING

De schade, per persoon

341. Ook ingeval van toerekening wegens een verhoogde bijdrageplicht hebben de aard van de schade en de hoedanigheid van de laedens meer onderscheidend vermogen dan vele andere begrippen die de doctrine voor de toerekening hanteert, zoals: het feit dat de benadeelde door de laedens in deze positie is gebracht, waardoor de benadeelde een *'kans is ontnomen'* of de noodzaak bestaat tot een *'effectieve rechtsbescherming'*.⁴⁶³ Ingeval van een onzeker schade kan voor de toerekening beter onderscheid gemaakt worden al naar gelang de aard van de verdelingsnorm. Zo kan de rechtvaardiging van de toerekening gelegen zijn in de doelstelling van de Prospectusrichtlijn, die het vertrouwen van zowel particulieren als professionele beleggers in de effectenmarkt wil beschermen en daarmee de goede marktwerking wil verzekeren.⁴⁶⁴ Naarmate de onzekerheid meer verband houdt met een gemeenschappelijke schaarste, zal ook het risico van een

462. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (*World Online*), r.o. 4.11.2 en 4.11.3.

463. Lindenbergh 2020/15.

464. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (*World Online*). De toerekening kan ook gelegen zijn in de consumentenbescherming, in het bijzonder het – zo nodig ambtshalve – tegengaan van overkreditering volgens de Richtlijn consumentenkrediet (2008/48/EG); HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, NJ 2017/282, m.nt. J. Hijma (*Lindorrd/Nazier*), r.o. 3.16.

aantasting van die waarden eerder voorzienbaar zijn en ligt toerekening, ondanks de individuele causaliteitsonzekerheid, eerder in de rede.

342. De distributieve toerekening van schade is bij uitstek relevant als het gaat om *collectieve afwikkeling*. Vanaf 1 januari 2020 is dit mogelijk via de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie. Met deze wet is onder andere het verbod van lid 3 van art. 3:305a BW geschrapt en wordt de rechter de mogelijkheid gegeven zelf een collectieve schadevergoeding vast te stellen (art. 1018i Rv). Deze wet geldt voor alle vormen van schade.⁴⁶⁵ Gaat het om een koersverlies, dan is met enig rekenwerk de individuele schade van aandeelhouders goed te berekenen. De al sinds 2005 geldende Wet collectieve afwikkeling van massaschade (artt. 7:907-910 BW, artt. 1013-1018a Rv) is vooral ingezet bij claims van aandeelhouders.⁴⁶⁶ Gaat het echter om een productaansprakelijkheid of andere vormen van schade die meer door de individuele omstandigheden van de benadeelde worden bepaald, dan kan collectieve afwikkeling lastig zijn. Collectieve afwikkeling roept vragen op van causaliteit, eigen schuld of verjaring, die individueel beantwoord moeten worden.⁴⁶⁷ De toelichting bij de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (2020) beveelt de rechter aan gebruik te maken van subcategorieën, zogenaamde *damage scheduling*, zoals ook in de Amerikaanse praktijk van *aggregated damages* gebruikelijk is.⁴⁶⁸ Als grondslag voor die vaststelling verwijst de toelichting naar art. 6:97 BW en de mogelijkheid van abstracte schadeberekening. Abstracte schadeberekening biedt evenwel geen onderscheidend criterium. Van welke omstandigheden moet dan worden geabstraheerd, en waarom? De legitimiteit van *damage scheduling* kan beter gevonden worden in het feit dat de rechter bij collectieve afwikkeling geen schadevergoeding toekent om corrigerende redenen, maar op distributieve gronden. Uitgangspunt is niet wat de causale gevolgen zijn van de normschending door de laedens, al dan niet afgewogen tegen de oorzaken die voor rekening van de benadeelde zelf komen (causaliteit, eigen schuld). Distributieve herverdeling gaat over het herverdelen van nadelen en voordelen. In die herverdeling komt bijzondere betekenis toe aan het

Collectieve
afwikkeling

465. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 7 (Mvt).

466. Voor Vedior, zie Hof Amsterdam 15 juli 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ2691, *JOR* 2009/325, m.nt. A.C.W. Pijls. Het fonds bevatte EUR 4,25 mln. ten behoeve van circa 2.000 belanghebbenden; Voor Shell, zie Hof Amsterdam 29 mei 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI5744, *NJ* 2009/506. Dit fonds bevatte USD 352,6 mln. ten behoeve van circa 500.000 belanghebbenden; Converium, zie Hof Amsterdam 12 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO3908, *NJ* 2010/683 (*Converium tussenschikking*); Hof Amsterdam 17 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV1026, *NJ* 2012/355 (*Converium*). Dit fonds bevatte USD 58,5 mln. ten behoeve van circa 12.000 belanghebbenden.

467. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 3 (Mvt). Om die reden was indertijd ook lid 3 van art. 3:305a BW ingevoerd.

468. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 52 (Mvt).

gemeenschappelijk voordeel van een efficiënte en effectieve afwikkeling. Het is de efficiëntie en de effectiviteit van de afwikkeling van dergelijke complexe massaschades, *niet* de schattings- of begrotingsvrijheid van de rechter (art. 6:97 BW), die legitimeert dat minder rekening wordt gehouden met de meer individuele omstandigheden van de benadeelden.⁴⁶⁹ De onzekere individuele vorderingen, bijvoorbeeld als het een ‘strooischade’ betreft,⁴⁷⁰ worden ingeval van collectieve afwikkeling om distributieve redenen gecompenseerd door een zekere aanspraak op een fonds of de laedens. Aan de hand van verschillende WCAM uitspraken laat Loth zien hoe die verdelende rechtvaardigheid van invloed is op de kring van gerechtigden,⁴⁷¹ de verdeelsleutel,⁴⁷² de categorisering van de benadeelden,⁴⁷³ de redelijkheid van de vergoeding⁴⁷⁴ of de vergelijkbaarheid vergoeding met bepaalde alternatieven.⁴⁷⁵ Loth wijst op het ‘comparatief’ karakter van de distributieve overwegingen die het hof in de Shell-zaak en de Converium-zaak hanteerde om de redelijkheid van de collectief geboden schadevergoeding te beoordelen:⁴⁷⁶ deze was ten opzichte van de vergoeding die in de Verenigde Staten werd gegeven ruimhartiger (Shell-zaak) of vanwege het verschil in juridische positie juist lager (Converium-zaak).⁴⁷⁷ Dergelijke afwegingen verdienen een volwaardig evenredigheidsdebat. Dat gaat verder dan dat de rechter partijen hiertoe kán uitnodigen (art. 1018i lid 1 Rv). Bij ‘strooischades’ kan de distributieve grondslag zelfs tot de conclusie leiden dat een uitstapmogelijkheid of ‘opt-out’ helemaal niet mogelijk moet zijn: ‘*De paradoxale conclusie is dat de autonomie van de benadeelden in die situatie het beste gediend is met een door de rechter verplicht opgelegde collectieve regeling.*’⁴⁷⁸

469. Loth 2020.

470. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 4 (Mvt). Strooischade is massaschade die voor elk van de benadeelden zo gering is, dat een individuele actie met het oog op de kosten daarvan niet loont.

471. Hof Amsterdam 1 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX6440, *NJ* 2006/461 (*DES I*); Hof Amsterdam 24 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2371 (*DES II*).

472. Hof Amsterdam 29 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2717, *NJ* 2009/448 (*Vie d’Or*); Hof Amsterdam 16 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2257, *JOR* 2018/10, m.nt. J.S. Kortmann (*Fortis/Ageas*); Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422, *JOR* 2018/246, m.nt. I.N. Tzankova (*Fortis/Ageas*).

473. Hof Amsterdam 13 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1690 (*DSB*); Hof Amsterdam 4 november 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4560, *JOR* 2015/10, m.nt. I.N. Tzankova (*DSB*); Hof Amsterdam 25 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ7033 (*Dexia*).

474. Hof Amsterdam 29 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2717, *NJ* 2009/448 (*Vie d’Or*); Hof Amsterdam 15 juli 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ2691, *JOR* 2009/325, m.nt. A.C.W. Pijls (*Vedior*).

475. Loth 2020, p. 157 – 159.

476. Hof Amsterdam 29 mei 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI5744, *NJ* 2009/506 (*Shell*); Hof Amsterdam 17 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV1026, *NJ* 2012/355 (*Converium*).

477. Loth 2020, p. 159.

478. Loth 2020, p. 161.

343. Het voorgaande illustreert het gelijk van Van Boom *'dat het aansprakelijkheidsrecht een mechanisme is waarbij verrijking en verarming centraal staan.'*⁴⁷⁹ Veel van het hiervoor beschrevene is ook kenmerkend voor de schadevergoedingsvordering uit hoofde van *ongerechtvaardigde verrijking* (art. 6:212 BW). Ook ongerechtvaardigde verrijking gaat over het herverdelen van schade. De ongerechtvaardigheid is gebaseerd op nadelen én voordelen. Ook bij ongerechtvaardigde verrijking is sprake van een onzeker causaal verband, omdat de aansprakelijkheidsgrond niet voortvloeit uit een gedraging maar uit een toestand.⁴⁸⁰ Artikel 6:212 BW stipuleert dat de verrijking *'ten koste van'* een ander moet gaan, waarmee volgens de wetsgeschiedenis *'een zeker verband'* moet bestaan tussen de verrijking van de gedaagde en de schade van de eiser.⁴⁸¹ Uit de jurisprudentie blijkt dat de schadevergoeding uit onrechtmatige daad en de schadevergoeding uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking dicht tegen elkaar aan liggen.⁴⁸² Beide leerstukken naderen elkaar het meest wanneer de ongerechtvaardigde verrijking wordt toegepast in zijn aanvullende functie, bijvoorbeeld wanneer vader van Rijswijk voordeel geniet van het feit dat zoon Van Rijswijk zonder de aannemer te betalen op het erf van zijn vader laat nieuwbouwen. De Hoge Raad sloot beide vorderingen nadrukkelijk niet uit.⁴⁸³ Toch is zinvol beide vormen van schadevergoeding te onderscheiden.⁴⁸⁴ Allereerst wint het recht in de woorden van Wissink aan *'zeggingskracht'* door de zuivere risicoaansprakelijkheid zo nodig als een subcategorie van het verrijkingsrecht te onderscheiden.⁴⁸⁵ Een tweede reden voor het onderscheid is gelegen in het feit dat de ongerechtvaardigde verrijking volgens artikel 6:212 BW een bredere toepassing heeft. Hartkamp, Vranken en Wissink hebben gewezen op andere functies van de ongerechtvaardigde verrijking: een beperkende en een zingevende functie. Beperkend werkt de ongerechtvaardigde verrijking

Verrijking

479. Van Boom 2002, p. 118. Scheltema en Scheltema 2003, p. 354.

480. Hartkamp, *WPNR* 2001/6440, p. 315.

481. *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 829.

482. Vgl. HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, *NJ* 1997/3, m.nt. E.J.H. Schrage (*Van der Tuuk Adriani/Batelaan*), waarin de hypotheekhoudende huisarts Batelaan met succes een beroep op een goodwillvergoeding doet jegens de zich in dezelfde gemeente vestigende apotheker Van der Tuuk Adriani, waarna de vergunning van Batelaan wordt ingetrokken; HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, *NJ* 1961/568 (*Tandartsen I*), waarin met toepassing van de zogenaamde *'correctie Langemeijer'* Dorenbos' onbevoegde beroepsuitoefening door overtreding van de wet onrechtmatig wordt bevonden jegens de wel bevoegde tandartsen. In beide gevallen leunt de beslissing zwaar op een meer algemeen geldende regel: de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening (1994) resp. de Wet inhoudende regeling van de voorwaarden tot verkrijging der afzonderlijke bevoegdheid tot uitoefening der tandheelkunst en van de uitoefening dier kunst (1876).

483. HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, *NJ* 1994/172, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Vermobo/Van Rijswijk*); Wissink 2002/35 e.v.

484. Scheltema en Scheltema 2003, p. 355.

485. Hetzelfde geldt voor bijvoorbeeld onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW); Wissink 2002/5; Van Boom 2002, p. 76.

bijvoorbeeld als verweer tegen ‘dubbel profiteren’ of in aan hoofdelijkheid analoge gevallen.⁴⁸⁶ Zingevend werkt de ongerechtvaardigde verrijking als het gaat om wetsuitleg en de vraag wat het uitsluiten van de betaling op een rekening betekent, wanneer de rekeninghouder door te betaling toch gebaat wordt (art. 6:114 lid 1 BW).⁴⁸⁷ Als verweer of vorm van wetsuitleg ligt de toepassing van een zuivere risicoaansprakelijkheid niet erg in de rede.

Verarming

344. Andersom is ook mogelijk dat de wettelijke schadevergoeding uit ongerechtvaardigde verrijking juist een meer beperkte toepassing heeft dan de zuivere risicoaansprakelijkheid. Dit is een derde reden voor het maken van onderscheid tussen beide vormen van schadevergoeding. De wettelijke verrijgingsregeling in artikel 6:212 BW wordt begrensd door de aannemelijkheid van zowel de individuele verrijking als de individuele verarming.⁴⁸⁸ Beide moeten aannemelijk zijn. Dat leidt tot een terughoudende toepassing van de wettelijke verrijgingsregeling. Het verrijgingsrecht in de vorm van een zuivere risicoaansprakelijkheid is evenwel bij uitstek verdelend en werkt in de woorden van Van der Linden ‘aanvullend’ wanneer de norm in ‘macroperspectief’ wordt gezien,⁴⁸⁹ dus: *ten opzichte van derden* of de gemeenschap. Bij toepassing van het verrijgingsrecht via de zuivere risicoaansprakelijkheid gaat het niet om het individueel voordeel én het individueel nadeel, maar om het individueel voordeel óf het individueel nadeel, in verhouding tot de gemeenschap. Zo is ingeval van opoffering de individuele schadevergoeding niet noodzakelijk beperkt tot een tot de individuele laedens herleidbaar collectief voordeel. Omgekeerd is ingeval van *free riding* de individuele vergoedingsplicht niet beperkt tot een tot de individuele benadeelde herleidbaar collectief nadeel. Het verrijgingsrecht gaat evenzeer over de ongerechtvaardigde *verrijking*, in welk geval vooral het individueel voordeel voorop staat, minder de individuele schade;⁴⁹⁰ als over de ongerechtvaardigde *verarming*, waarbij het vooral gaat over de individueel schade, minder het individuele voordeel.⁴⁹¹

486. Wissink 2002/44.

487. Wissink 2002/48; HR 28 februari 1997, ECLI:NL:HR:1996:ZC2220, NJ 1997/218 (*Staat/Meijer*). Het gaat er volgens de Hoge Raad om of de betaling ‘ter beschikking’ van de rekeninghouder is gekomen.

488. Van der Linden 2019, p. 452, verdedigt om die reden dat het verrijgingsrecht aanvullend kan werken op de onrechtmatige daad. Vanwege de vergoedingsgrens tot het genoten voordeel is een laedens bij toepassing van een verrijgingsgrond niet minder af dan ten opzichte van zijn situatie vóór de verrijgingsgebeurtenis.

489. Van der Linden 2019, p. 58.

490. Van der Linden 2019, p. 177, die met Linssen meent dat het schadevereiste geschrapt kan worden. Zie Linssen 2001.

491. Molkenboer 2019, p. 84.

345. De schadetoerekening om redenen van solidariteit staat ook niet gelijk aan een *misbruik van bevoegdheid*, waarvan in geval van ‘onevenredigheid’ eveneens sprake kan zijn (art. 3:13 lid 2 BW).⁴⁹² Anders dan schadetoerekening wegens herverdeling, vormt misbruik van bevoegdheid bij uitstek wél een gedragsnorm die een schade beoogt te voorkomen. Van misbruik is alleen sprake voor zover de laedens ten tijde van de uitoefening van de bevoegdheid met de onevenredigheid bekend is of behoorde te zijn.⁴⁹³ Het nadeel van de benadeelde moet specifiek voorzienbaar zijn. Dat is bij schadetoerekening op grond van verdelingsnormen niet vereist. De ongelijkheid is voor de laedens alleen meer algemeen voorzienbaar. Oerlemans kon niet weten dat de door hem aan Driessen geleverde meststof BioFer verontreinigd was met de mestvloeistof Ethimiduron.⁴⁹⁴ Hetzelfde geldt voor de individuele aankoopbeslissing bij prospectusaansprakelijkheid,⁴⁹⁵ of de individuele schade van de tandartsen of Radio Modern als gevolg van de oneerlijke concurrentie door Dorenbos resp. Edah.⁴⁹⁶ Voor de kwalitatieve aansprakelijk voor werknemers volstaat de ‘kans’ op schade (art. 6:170 BW), zoals groepsaansprakelijkheid slechts ‘psychisch causaal verband’ vereist (art. 6:166 BW),⁴⁹⁷ waarmee wordt bedoeld dat het groepslid door bepaalde gedragingen kan bijdragen aan een sfeer waarin onrechtmatige gedragingen kunnen plaatsvinden.⁴⁹⁸ *Free riding* leidt weliswaar tot ‘buitenspel’ situaties waarvoor een laedens systeemverantwoordelijkheid draagt, maar daarmee nog niet tot misbruik. Geen misbruik

4.5 GEDRAG EN VERDELING

346. Het onderscheid tussen risico en schade verduidelijkt wat met ‘vestiging’ en ‘omvang’ van de schadevergoedingsplicht wordt bedoeld. Zoals in de vraagstelling aangegeven (par. 1.5): de vestiging is verbonden met het *condicio sine qua non* verband en de vraag óf schade is ontstaan. De omvang van de schadevergoedingsplicht wordt ingevuld aan de hand van de redelijkheid, waarmee vastgesteld wordt welke schade voor vergoeding Schadevergoeding

492. Franke 2022, p. 164, voetnoot 62.

493. HR 21 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2905, NJ 1999/507 (*Kerkhof en Wekking/Spoelstra*).

494. HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1338, NJ 2002/213, m.nt. J. Hijma (*Oerlemans/Driessen*).

495. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (*World Online*).

496. HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, NJ 1961/568 (*Tandartsen I*); HR 12 oktober 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC2654, NJ 1980/117, m.nt. G.J. Scholten (*Radio Modern/Edah*).

497. *Parl.. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 662 – 663.

498. Verheij 2019, p. 83; *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/127; Concl. A-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2015:713, bij HR 2 oktober 2015, NJ 2016/194, m.nt. Hartlief, r.o. 2.9. e.v (*TVM/verweerders*).

in aanmerking komt.⁴⁹⁹ Het verschil tussen vestiging en omvang is geen wettelijk onderscheid. Het wordt ook niet door de Hoge Raad gebruikt. Het is vooral een doctrinair concept, dat als onderscheid in de praktijk vaak lastig te hanteren valt.⁵⁰⁰ Vanuit het risico of het causaal verband bezien resp. de schade of de voorzienbaarheid, kunnen de begrippen ‘vestiging’ en ‘omvang’ zinvoller worden ingevuld.

Vestiging

347. Bij de vestiging van de vergoedingsplicht gaat het, als gezegd, om de vraag of relevante schade is ontstaan. Deze vraag wordt in beginsel beantwoord aan de hand van het *condicio sine qua non* verband met het *risico*. De vestigingsvraag adresseert in wezen in hoeverre een risico zich heeft gerealiseerd. Is het onzorgvuldig handelen of nalaten oorzaak van een bepaalde schade (par. 3.6)? Vaak is dit causaal verband eenvoudig aannemelijk, bijvoorbeeld omdat sprake was van een onmiddellijk dreigend gevaar, dan wel een specifieke norm of een ernstige inbreuk. Het causaal verband wordt uit de specifieke aard (‘omkeringsregel’) of het soortelijk gewicht (verkeers- of veiligheidsnormen) van het risico afgeleid (par. 3.6.4). Aannemelijkheid gaat over in toerekening wanneer de vraag of relevante schade is ontstaan, beantwoord wordt door kennis te ‘objectiveren’ (par. 4.3.2).⁵⁰¹ De verlangde mate van kenbaarheid van gevolgen communiceert direct met wat na realisatie als veroorzakend risico aannemelijk is (par. 4.3.3). De vraag of de ziekte MS veroorzaakt is door een gebrekkig vaccin, of een ongeval veroorzaakt is door een gebrekkige opstal, is afhankelijk van de gebrekkigheidsvraag, en daarmee de mate van bijzondere zorg die van een laedens verwacht mag worden.⁵⁰² Waren het product en de opstal gebrekkig ten aanzien van de gevaren zoals die zich hebben voorgedaan, dan is met de realisatie van het risico causaal verband in beginsel gegeven. Die aanname geldt niet als binnen de kring waartoe de laedens behoort niet bekend was dat bij gebrekkigheid een bijzonder gevaar voor personen of zaken ontstaat resp. de producent een beroep toekomt op het ontwikkelingsrisicoverweer. Een stap verder in toerekening gaat wanneer de vraag of relevante schade is ontstaan, beantwoord wordt op basis van wat bij wege van bijvoorbeeld *free riding* meer in het algemeen door een gemeenschap als bedreigend wordt beschouwd, wat alsnog aanleiding kan geven tot herverdeling (par. 4.4.2). Aan prospectussen mogen strenge eisen worden gesteld, om te voorkomen dat een uitgevende instelling of de haar adviserende banken onevenredig

499. Nieuwenhuis, *TPR* 2002, p. 1703; *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/58; Klaassen 2017/19; Hebly 2019, p. 35; Van Dam 2020/1001-2.

500. Verheij 2019/4.3; *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/58; Klaassen 1991, p. 261 en p. 280.

501. Jansen 2006, p. 14-18; Jansen 2012, p. 371.

502. HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C2017:484, *NJ* 2018/125, m.nt. S.D. Lindenberg (W. c.s./Sanofi Pasteur MSD); Klaassen 1991, p. 262.

voordeel genieten ten koste van de aankopende aandeelhouders, en het marktvertrouwen meer in het algemeen.⁵⁰³ *Gemiddelde* gevaren, *bijzondere* gevaren of meer *algemene* gevaren bepalen vanuit het risico de *vestigings*-vereisten van de schadevergoedingsplicht, en dus ook in hoeverre een bepaald risico zich heeft gerealiseerd.

348. Met de vestiging van de vergoedingsplicht is de omvang nog niet gegeven. De omvang van de schadevergoedingsplicht maakt duidelijk welke schade uiteindelijk voor vergoeding in aanmerking komt. De omvang van de vergoedingsplicht wordt vanuit de *schade* of de voorzienbaarheid gezien. In hoeverre leidt een risicorealisatie tot vergoedbare schade? Was de schade een voorzienbaar gevolg van het onzorgvuldig handelen of nalaten (par. 3.6)? In veel gevallen is die voorzienbaarheid aannemelijk, bijvoorbeeld omdat sprake is van toekomstige schade of de schade een courant belang betreft (par. 3.2.2). Maar die evidentie geldt niet altijd. Soms wordt de voorzienbaarheid uit de directe aard ('res ipsa loquitur') of het soortelijk gewicht (*the tortfeasor must take the victim as he finds him*) van de schade afgeleid (par. 3.6.4). Aannemelijkheid gaat wederom over in toerekening wanneer de vraag naar de omvang van de vergoedingsplicht beantwoord wordt door te 'generaliseren' wat ten tijde van de normschending meer algemeen voorzienbaar was (par. 4.3.2).⁵⁰⁴ Wat als meer algemeen kenbaar wordt beschouwd, communiceert direct met wat na risicorealisatie nog een 'typisch gevolg' vormt. Zo is de werkgever ook aansprakelijk voor de verwezenlijking van de hem onbekende gevaren, als de vereiste maatregelen de verwezenlijking van de hem onbekende gevaren hadden voorkomen.⁵⁰⁵ Nog verder gaat toerekening wanneer de omvang van de schadevergoeding niet langer afhangt van wat individueel voorzienbaar is, maar bepaald wordt op basis van wat meer in het algemeen als proportioneel en evenredig geldt (par. 4.4.3). Te denken valt aan het bevoegd afbreken van onderhandelingen.⁵⁰⁶ Het handelsverkeer is denkbaar gebaat bij het kunnen 'afkopen' van verplichtende onderhandelingen. Voor een openstaand kelderluik is dat niet snel het geval. Het distributief toedelen van de schade maakt risico's op collectief niveau alsnog beheersbaar, en geeft daarmee toegang tot het met die risico's

'Omvang'

503. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201 (*World Online*).

504. Jansen 2006, p. 19, Jansen 2012, p. 370. HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5162, NJ 2003/549, m.nt. J.B.M. Vranken (*Legionellabacterie*); Jansen 2012, p. 372.

505. Aan die voorzienbaarheid gaat in dat geval een verhoogde zorgplicht vooraf. Vgl. HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR1993:AD1907, NJ 1993/686, m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw I*), r.o. 3.6. '(...) Zulks is slechts anders, indien de werkgever aannemelijk maakt dat het nemen van de destijds vereiste veiligheidsmaatregelen de verwezenlijking van het gevaar van mesothelioom waarschijnlijk niet had kunnen voorkomen.'

506. HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405, NJ 1983/723, m.nt. C.J.H. Brunner (*Plas/Valburg*); Klaassen 1991, p. 225.

verbonden voordeel. De *gemiddeld* voorzienbare gevolgen, de in *bijzondere* omstandigheden ‘typisch gevolgen’ of de naar *algemene* maatstaven meer evenredige gevolgen vormen de uit de schade voortvloeiende *omvangsgrenzen* van de schadevergoedingsplicht.

Menselijke
maat

349. ‘Vestiging’ en ‘omvang’ geven via wat vooraf *kenbaar* was, of ten tijde van schadevaststelling *waarschijnlijk* is, invulling aan de menselijke maat van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht (par. 3.2.1). Zo komen de *onwaarschijnlijke gevolgen* van *opzettelijke handelen* met ‘gezond verstand’ voor vergoeding in aanmerking (par. 2.4), wanneer de gevolgen van opzettelijke handelen voor een gemiddeld mens als voorzien gelden (par. 3.6.2), tenminste als voorzienbaar worden beschouwd (par. 4.3.1), dan wel vanwege de ernstige benadeling vanuit gemeenschappelijk oogpunt niet onvergoed kunnen blijven (par. 4.4.4).⁵⁰⁷ Wat bij opzettelijk handelen als voorzien geldt, is voor een gemiddeld mens vooral zintuigelijk of feitelijk van aard. Hij heeft de onwaarschijnlijke gevolgen ‘voor zijn ogen’ opzettelijk toegebracht zien worden. Wanneer een ernstige benadeling vanuit gemeenschappelijk oogpunt niet onvergoed kan blijven, wordt wat kenbaar is vooral bepaald door gemeenschapszin of wat als een te delen waarde wordt beschouwd. Gedeelde verontwaardiging brengt doorgaans ook onwaarschijnlijke gevolgen al snel voor risico van de opzetpleger.⁵⁰⁸ Daarnaast komen de *aannemelijke*, maar *niet-voorzienne gevolgen* met ‘gezond verstand’ voor vergoeding in aanmerking, ingeval deze als direct gevolg voor een gemiddeld mens als voorzienbaar gelden (par. 3.6.4), althans voor sommige personen als voorzienbaar worden beschouwd (par. 4.3.1), dan wel bij aanzienlijk voordeel vanuit gemeenschappelijk oogpunt vergoeding verdienen (par. 4.4.4). Wat als een aannemelijk, hoegenaamd niet-voorzien gevolg geldt, is bij een direct gevolg voor een gemiddeld mens wederom vooral zintuigelijk of feitelijk van aard. De gemiddelde mens zal de voorzienbaarheid van directe gevolgen met *hindsight* al snel als een ‘één plus één is twee’ beschouwen. Verdienen de niet-voorzienne gevolgen vergoeding vanwege aanzienlijk voordeel, dan wordt wat kenbaar waarschijnlijk is door vooral de gemeenschapszin ingevuld of wat als een te delen waarde wordt gezien. Zo kan aanzienlijk voordeel ook niet-voorzienne gevolgen voor rekening

507. Van Dam 2013/1101. De Engelse uitdrukking *common sense* geeft beter weer wat onder ‘gezond verstand’ wordt verstaan. Arendt bedoelt de *sensus communis* van Thomas van Aquino; Arendt 1975, p. 88, met verwijzing naar Thomas van Aquino, *Summa Theologiae* (1265), Deel 1, quaestio 1, 3 ad 2. Met *sensus communis* verwijst Thomas naar wat enerzijds zintuigelijk wordt waargenomen, anderzijds als ‘gemeenschapszin’ geldt.

508. Cane 2002, p. 134; HR 8 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4961, NJ 1986/137, m.nt. C.J.H. Brunner (*Renteneurose*).

brengen van de profiteur. Buiten de menselijke maat valt in ieder geval een vergoeding voor onwaarschijnlijke gevolgen die niet voorzienbaar waren.

350. Risico en schade dragen daarmee beide bij, zo blijkt, aan de verdere invulling van de schadetoerekening, zij het vanuit een verschillend perspectief. Als bronnen van toerekening creëert het risico rechtsfeiten, de schade een *fait accompli*. Aan *rechtsfeiten* zijn gedefinieerde rechtsgevolgen verbonden.⁵⁰⁹ Zo definiëren bepaalde risico's de rechtsfeiten, bij realisatie waarvan de gevolgen via de schadevergoedingsplicht voor rekening van de laedens komen (par. 3.4). Het risico kan gestuurd worden door de zintuigelijk noodzaak iets wel of niet te doen; het kan ook gevoed worden door de gemeenschappelijke waarde elkaar niet onevenredig te belasten. Het risico kan daarmee gelegen zijn in een gedragsnorm die causaal van aard is (hoofdstuk 3, par. 4.3); of meer waarderend, in welk geval het uiteindelijk om een verdelingsnorm gaat (par. 4.4). Rechters leiden die normen af uit de opvattingen die in een gemeenschap of maatschappij leven. Alleen voor zover 'de modaliteit waarin het recht zich realiseert' plaatsvindt buiten wat voorzienbaar als 'het eigenlijke gevaar' gold, ligt in de rede dat de rechter dit onderkent en een regel van overgangsrecht geeft of de laedens een beroep op overmacht toestaat (par. 2.4).⁵¹⁰ Anders dan een rechtsfeit, ontstaat een *fait accompli* of voldongen feit vooral uit de realisatie, achteraf, dat een rechtsgevolg is ingetreden.⁵¹¹ Ten tijde van schadevaststelling blijkt pas wat de precieze gevolgen zijn, of hoe partijen zich daarin hebben opgesteld. Dit kan ertoe leiden dat een aanvankelijk aannemelijke schade toch niet bestaat (par. 3.7.2), een bepaald voordeel niet voor toerekening in aanmerking komt, omdat de laedens zich onredelijk in de schadeafhandeling heeft opgesteld (par. 5.6); of de te beschermen algemene belangen inmiddels noodzaken tot bijvoorbeeld ruimhartigheid (par. 4.4.5) of doelmatigheid (par. 4.9), samengevat: herverdeling (par. 4.4.2). Risico en schade geven invulling aan de zorgvuldigheidsnorm en de solidariteitsnorm. Bij de *zorgvuldigheidsnorm* gaat het vooral om de vraag welke inspanning of kosten verwacht mogen worden, teneinde een bepaald risico te voorkomen. Bij de *solidariteitsnorm* is belangrijker in hoeverre een bepaald voordeel tot een extra bijdrage verplicht, waarmee een meer algemeen risico wordt afgewend.

Via risico of schade

351. De toerekening van schade aan de hand van de zorgvuldigheidsnorm of de solidariteitsnorm houdt verband met het klassieke verschil tussen een onrechtmatige en een rechtmatige daad. De *rechtmatige* daad is door Paul

Het gelijk van Paul Scholten

509. Asser/Sieburgh 6-III 2018/2.

510. Haazen 2001.

511. Nieskens-Ispording 1991; Franke 2022, p. 261, die op het feitelijk karakter van de noodzakelijkheid of de subsidiariteit wijst.

Scholten in 1899 met zijn dissertatie *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* nadrukkelijk op de kaart gezet.⁵¹² Bij gebreke van één principe of gemeenschappelijke noemer beschrijft Scholten in 1899 de rechtmatige daad nog in termen van 'onrijpheid'.⁵¹³ Sindsdien lijkt de gedachtevorming over de grondslag van de rechtmatige daad niet veel verder gekomen. Sieburgh wijst de aansprakelijkheid voor een rechtmatige daad af, omdat deze te onbegrensd zou zijn.⁵¹⁴ Die conclusie is anno 2021 niet meer terecht. De ontwikkeling van de zuivere risicoaansprakelijkheid via wetgeving en rechtspraak in gevallen van 'opoffering' of *free riding*, laat een zich uitkristalliserend 'stelsel van verdelingsnormen' zien waaraan steeds weer een bepaalde noodzaak vooraf gaat, gevoed door schaarste binnen een bepaalde gemeenschap. De rechtmatige daad is daarin niet onbegrensd dan de *onrechtmatige* daad. Een werkgever kan aansprakelijk zijn voor de gevolgen van de hem onbekende, specifieke risico's wanneer de maatregelen voor de hem wel bekende, meer algemene risico's de specifieke risico's hadden voorkomen.⁵¹⁵ Een bank kan aansprakelijk zijn voor de financiële gevolgen die een consument wel kan, maar niet wil dragen.⁵¹⁶ De aard van de voorzienbaarheid verschilt. Bij de werkgever is sprake van een gedragsrisico of een onrechtmatige daad, in uitgangspunt gebaseerd op de kelderluikcriteria⁵¹⁷ of de rekenregel van Judge Learned Hand ($P \times L > B$).⁵¹⁸ Bij de bank is sprake van een verdelingsrisico of een rechtmatige daad, gestoeld op een evenredige verdeling van gemeenschappelijk voordeel ($A > L$). De onrechtmatige daad wordt gelegitimeerd door iemands handelingsvrijheid, de rechtmatige daad door iemands systeemverantwoordelijkheid. Als gedragsnorm resp. verdelingsnorm zijn beide vergoedingsgrondslagen even onderscheidend, de onrechtmatige daad niet meer dan de rechtmatige daad.

Twee bronnen van toerekening

352. Uiteindelijk gaat het bij gedragsnormen en verdelingsnormen om menselijk handelen of nalaten, al was het maar de vrijheid om op grond van een gelijke en evenredige verdeling van lusten en lasten te mogen handelen of

512. Klaassen 1991, p. 11 e.v.; zie ook Franke 2022, p. 505/507, met verwijzing naar Wolfbergen, *Onrechtmatige daad*, 1946; alsmede Cane 2002, p. 109, die spreekt van een verschil in *liability* (aansprakelijkheid) en *responsibility* (verantwoordelijkheid).

513. Scholten 1899, p. 151; Van Maanen 1999, p. 20.

514. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/25; Sieburgh 2000, p. 28.

515. HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR1993:AD1907, *NJ* 1993/686, m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw I/De Schelde*), r.o. 3.6.

516. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*), r.o. 5.2.2.

517. HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*).

518. Court of Appeals (Verenigde Staten) 1947, *United Towing Co States v. Carroll* [2d Cir. 1947], 159 F.2d 169; Visscher 2005, p. 66 e.v.

nalaten. In het debat zijn *gevaar* en *profijt* als relevante omstandigheden niet altijd te scheiden.⁵¹⁹ Dat het swill-voederverbod specifiek voorzienbaar de economische belangen van swillvervoederaar Leffers zou raken, is voor de onevenredige aantasting niet vereist, maar mogelijk wel aannemelijk (par. 4.4.4).⁵²⁰ Tegelijkertijd geldt dat voor de aansprakelijkheid van de werkgever voor bepaalde ‘onbekende gevaren’ profijt niet noodzakelijk is, maar wel vaak telt (par. 4.3.2).⁵²¹ In het toerekeningsdebat zijn de inspanningsmogelijkheid en het voordeel als relevante omstandigheden niet altijd te isoleren. Aan de risicoaansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen resp. verontreiniging van lucht, water of bodem (artt. 6:175 t/m 178 BW) liggen zowel profijt, verzekerbaarheid en kanalisatie, als beheersbetrokkenheid ten grondslag.⁵²² Zoals we zagen bij de relativiteit en de causaliteit: in concrete gevallen kan het resultaat soms met behulp van beide gezichtspunten beredeneerd worden, maar niet altijd (par. 4.3.3). Door de vergoedingsvraag vanuit beide perspectieven te benaderen ontstaat zo goed mogelijk zicht op de restcategorie van schadegevallen die niet verhaalbaar zijn: het zelf te dragen *algemene levensrisico*. Niet iedere ‘objectieve risicoverhoging’ leidt tot aansprakelijkheid (par. 3.4).

353. Als toerekeningscriteria vertonen gevaar en profijt overeenkomst met de begrippen schuld resp. risico. Wie te weinig zorg besteedt een gevaarlijke situatie te voorkomen, heeft *schuld* aan het vervolgens ontstaan van de schade. Individuele beperkingen zoals een geestelijke stoornis leveren geen overmacht op, omdat de maatschappij dit als een *risico* aan de ‘schuldige’ toerekent (art. 6:165 lid 1 BW). In onze geïndustrialiseerde samenleving worden steeds meer risico’s toegerekend, omdat enerzijds allerlei nieuwe voorzorgsmaatregelen ontstaan, anderzijds steeds minder wordt geaccepteerd dat de risico’s individueel gedragen worden.⁵²³ Leidde eigen schuld vroeger tot een afwijzing van de vordering van de benadeelde, tegenwoordig is het eigen-schuldverweer nagenoeg afgeschaft als het gaat om werknemers of jonge verkeersdeelnemers.⁵²⁴ In gevallen van opzet dient de particuliere aansprakelijkheidsverzekering niet alleen ter bescherming van het vermogen van de aansprakelijke partij, maar bij uitstek ook tot bescherming van de verhaalspositie van het slachtoffer.⁵²⁵ Verheij en Emaus memoreren hoe vanaf de 19^e eeuw, waarin vooral vermogensschade in de vorm van

Niet:
‘schuld en
risico’

519. Scholten 1899, p. 148.

520. HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC4031, NJ 1992/638, m.nt. C.J.H. Brunner (*Leffers/Staat*).

521. Van Dam 2020/402.

522. Klaassen 1991, p. 121 e.v.

523. Van Dam 2020/203 en 211-1/2.

524. Van Dam 2020/1010-1; Cane 2002, p. 91.

525. HR 13 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:601, NJ 2018/463, m.nt. S.D. Lindenberg (*Shaken baby*).

materiele schade voor vergoeding in aanmerking kwam en letselschade in bijzondere gevallen, de bescherming van natuurlijke personen inmiddels is uitgebreid tot gederfde winst, tevergeefs gemaakte kosten, immateriële schade of allerlei vormen van aantasting van de persoon.⁵²⁶ Steeds meer leed of nadeel is als ‘schade’ verhaalbaar. In zoverre is sprake van een brede herwaardering of herverdeling. Tegelijkertijd bevatten vele risicoaansprakelijkheden nog wel elementen van een persoonlijke verwijtbaarheid, omdat ze gebaseerd zijn op de menselijke autonomie en vrijheid.⁵²⁷ Deze vervloeiing maakt het onderscheid tussen ‘schuld’ en ‘risico’ *‘nuttig noch haalbaar’*.⁵²⁸ Schut citerend, meent Van Dam: *‘Schuld en risico zijn begrippen die in elkaar overlopen als twee kleuren waterverf. Het heeft geen enkele zin, theoretisch noch praktisch, om die begrippen van elkaar te isoleren.’*⁵²⁹

4.5.1 ... MOETEN WORDEN ONDERSCHIEDEN ALS BRONNEN VAN TOEREKENING

Maar:
‘risico en
schade’

354. Het onderscheid tussen schuld en risico wordt helderder wanneer beide begrippen via het begrippenpaar gevaar en profijt worden herijkt tot, prospectief gezien, *gedragsrisico’s* en *verdelingsrisico’s*. Hoewel iedere norm zowel voor de gemeenschap verdelend als tot het individu gericht is, valt toch zinvol onderscheid te maken tussen risico’s of normen die meer vanuit het individu zijn gedacht, of meer vanuit de gemeenschap. De overgang van een zorgplicht naar een systeemverantwoordelijkheid verloopt weliswaar langs een glijdende schaal, maar met duidelijke ijkpunten. Wie in een donkere ruimte een kelderluik laat openstaan, heeft kenbaar onvoldoende zorg voor mogelijke passanten.⁵³⁰ Daarover zal bij geen gemiddeld mens twijfel bestaan. Anders denkenden zijn een dankbaar doelwit voor procesfinanciers.⁵³¹ Wie verantwoordelijkheid neemt voor een noodtoestand, geeft invulling aan zijn systeemverantwoordelijkheid. De daaruit resulterende vergoedingsplicht is gewoon gedekt onder een aansprakelijkheidsverzekering en niet in strijd met de ongeschreven regel dat verzekering van de aansprakelijkheid van een verzekerde voor door hem opzettelijk veroorzaakte schade in strijd is met de goede zeden en/of de openbare orde.⁵³²

526. Verheij & Emaus 2022, n. 4; Beumers 2021, p. 60.

527. Van Dam 2020/404; Nieuwenhuis, *RM Themis* 1989, p. 193-201.

528. Van Dam 2020/405.

529. Van Dam 2020/405; Schut, *WPNR* 1969/5045, p. 273.

530. HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*); Van Dam 2020/202.

531. Hof Amsterdam 13 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU8763, *NJF* 2012/141 (*Thomas/SNL*).

532. Wansink 2006, p. 275.

355. Het verschil in onderscheid tussen enerzijds schuld en risico en anderzijds gedragsnormen en verdelingsnormen is vooral van belang voor het tweede type gedragsnorm (par. 4.3.1), en de daaraan gelieerde overgangen: enerzijds van de gewone zorgplicht naar de verhoogde zorgplicht (zie hierna, par. 4.6.2: HR Natronloog), anderzijds van de verhoogde zorgplicht naar de verdelingsnorm (zie hierna, par. 4.6.3: HR Meppelse Ree). De toerekening van het tweede type gedragsrisico wordt in de regel als een *risicoaansprakelijkheid* gezien. Al decennialang worden verschillende wettelijke regelingen zo geafficheerd (b.v. artt. 6: 169 lid 2, 173, 174, 175, 176, 179, 185, 193b, 194 of 196c BW). Vanuit het traditionele schuldbegrip is dit te begrijpen. Op grond van het tweede type gedragsnorm wordt van een bepaalde persoon meer verwacht dan van een gemiddeld mens. Deze persoon kan die toerekening verantwoorden vanuit de gedachte ‘mij treft geen schuld’. Inderdaad wordt die toerekening ingekleurd door wat in het gemeenschappelijk belang is. Maar ten opzichte van de verdelingsnorm overheerst in de toerekening van het tweede type gedragsrisico niet het profijt, maar nog altijd de specifieke relatie van die persoon met het bijzondere gevaar, derhalve: het gedrag. Beter is daarom bij deze wettelijke en rechterlijke toerekeningen te spreken van *verhoogde zorgplichten*, niet van een *risicoaansprakelijkheid*, juist om het tweede type gedragsnorm beter te onderscheiden van enerzijds gewone zorgplichten, anderzijds verdelingsnormen. Beide type normen gelden in beginsel voor iedereen. Verhoogde en verlaagde zorgplichten daarentegen gaan over wat een bepaalde persoon nog net wél moet of mag. Mensen zijn nu eenmaal niet gelijk en hebben een eigen verantwoordelijkheid te vervullen, die aanzienlijk kan verschillen.

Risicoaansprakelijk diffuus begrip

356. Voor een gemiddeld mens zijn alle gedeelde waarden voorzienbaar, ongeacht of het gedragsnormen of verdelingsnormen betreft. Verdelingsnormen kunnen dus ook gedrag beïnvloeden. Iemand die volledig risicoaansprakelijk is voor jonge kinderen (art. 6:169 lid 1 BW) of voor beslaglegging, gedraagt zich misschien anders dan als dit niet het geval was geweest.⁵³³ Het onderscheid tussen gedragsnormen en verdelingsnormen wordt pas duidelijk in een *concreet geval*. Bij spitsdrukte leidt het negeren van een rood stoplicht tot een onmiddellijk dreigend gevaar. De meer *specifiek* omstandigheden van het risico maken duidelijk dat een rood stoplicht in zo’n geval als gedragsnorm dient. Is het ‘s avonds laat, heel rustig, en ogenschijnlijk geen verkeer te verwachten, dan moet nog steeds voor rood licht worden gestopt. Niet zozeer om een reëel en direct te verwach-

Gaat om de keuze van feiten

533. Conservatoir beslag, zie HR 15 april 1965, ECLI:NL:HR:1965:AC4076, NJ 1965/331, m.nt. D.J. Veegens (*Snel/Ter Steege*); Molkenboer 2019, p. 62; Executoriaal beslag, zie HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, NJ 1997/366, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger/Bos*).

ten aanrijding te voorkomen, maar ter bevordering van de doelmatigheid en de verkeerszekerheid. Deze meer *algemene* omstandigheden wijzen op het bestaan van een verdelingsnorm. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval vormt een rood stoplicht een gedragsnorm of een verdelingsnorm. Net zoals, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, falend toezicht van een zorginstelling kan leiden tot een tekortkoming in de verhoogde zorgplicht⁵³⁴ of tot een verhoogde bijdrageplicht.⁵³⁵ Het onderscheid tussen gedragsnormen en verdelingsnormen vergt een goede appreciatie van de feiten. Gedragsnormen en verdelingsnormen *kunnen* niet alleen worden onderscheiden. Gedragsnormen en verdelingsnormen *moeten* ook worden onderscheiden. Aan gedragsnormen en verdelingsnormen liggen, scherp gesteld, verschillende vormen van rechtvaardigheid ten grondslag.⁵³⁶ De noodzaak tot onderscheid kan met tien redenen worden toegelicht. Deze redenen hebben deels betrekking op de normstelling, deels op de schadevergoeding.

4.5.2 REDEN 1: NORMSTELLING

Toerekening
gedrag, toe-
stand

357. De eerste reden om gedragsnormen en verdelingsnormen te onderscheiden, raakt de *normstelling*. Het gaat meer specifiek om de toerekening van het gedrag aan de laedens. Anders dan bij gedragsrisico's, is bij verdelingsrisico's voor een meer individuele toerekening van gedrag aan de dader of overmacht zoals voortvloeit uit de artt. 6:75, 6:162 lid 2 BW, geen plaats. Een individueel overmachts- of rechtvaardigingsverweer heeft geen betekenis bij verdelingsnormen. Verdelingsnormen gaan immers over zuivere risicoaansprakelijkheden. Niet het eigen handelen of nalaten legitimeert de toerekening van de schade, maar de uiteindelijke verdeling van voordelen en nadelen tussen de laedens en de benadeelde. Verdelingsnormen gelden in beginsel voor iedereen.

Voorbeeld 1

358. Zo kan het handelen *zonder* vergunning jegens een derde toerekenbaar onrechtmatig zijn, mits het vergunningsvereiste strekt tot bescherming van

534. HR 16 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6233, NJ 2000/584, m.nt. C.J.H. Brunner (*Sint Willibrord/V.*); HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, NJ 1996/118, m.nt. J. de Boer (*'t Ruige Veld/Univé*).

535. HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1296, NJ 2006/430, m.nt. J.B.M. Vranken (*Proefverlof tbs-gestelde*).

536. Om die reden is deze tweedeling te prefereren boven de door Nieuwenhuis gehanteerde typologie van 'schuld' en 'risico' als 'gedragsnorm' en 'garantienorm', zie Nieuwenhuis *WPNR* 5666 1983, p. 581 – 590; Klaassen 1991, p. 230. Voor het bepalen van een garantienorm is gedrag nog steeds relevant. Belangrijker nog: achter het begrip risicoaansprakelijkheid als garantienorm gaan verschillende vormen van rechtvaardigheid schuil, waarvan de consequenties in de navolgende paragraaf verder worden uitgewerkt en beschreven.

die derde.⁵³⁷ Andersom is het handelen *met* een vergunning niet toerekenbaar onrechtmatig jegens een derde, tenzij het vergunningsvereiste geen uitputtende regeling ten aanzien van die derde beoogt.⁵³⁸ Voor zover het belang van de derde in het vergunningsvereiste is meegewogen, is het handelen met of zonder een vergunning jegens die derde in beginsel niet resp. wel onrechtmatig, *ongeacht* of het belang van de derde in het concrete geval voor de vergunningplichtige voorzienbaar was. Het gemeenschappelijk voordeel van een vrij gebruik van eigendom is via het vergunningvereiste door de gemeenschap beoordeeld en verdeeld. De schadevergoedingsplicht is niet afhankelijk van het kunnen voorkomen, maar van de noodzakelijk bevonden herverdeling van voordelen en nadelen op basis van een gelijkheidsnorm. Het staat de laedens natuurlijk vrij te betogen dat de verdelingsnorm in zijn of haar geval toepassing mist. Een dergelijk pleidooi raakt niet de vraag of de laedens zorgvuldig of onzorgvuldig heeft gehandeld, maar wat als een evenredige verdeling moet worden beschouwd.

359. Het verschil tussen gedrag en toestand in de normstelling speelt ook een rol als het gaat om een preventieve maatregel als een *gebod* of een *verbod* (art. 3:296 BW). Hoewel toerekening of verwijtbaarheid geen vereiste is, bestaat voor het verkrijgen van een gebod of een verbod minder mogelijkheid als aan een bepaalde toestand geen individueel handelen of nalaten ten grondslag ligt. Te denken valt aan bepaalde vormen van *free riding*. De hierboven (par. 4.4.4) genoemde uitspraken over de correctie Lange-meijer⁵³⁹ of inzake Edah/Radio Modern⁵⁴⁰ laten zien dat bij gebreke van aannemelijke schade het meer om een private handhaving van publieke of gemeenschappelijke belangen gaat dan om het voorkomen of verhalen van individuele schade.⁵⁴¹ Gaat het evenwel om *rechtmatig* handelen, zoals beslaglegging, tenuitvoerlegging van vonnissen of de gaswinning in Groningen (par. 4.4.5), dan beperkt art. 6:168 BW de remedies nadrukkelijk tot schadeverhaal. Ouders kan geboden worden beter toezicht te hebben op

Voorbeeld 2

537. HR 27 september 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4439, NJ 1983/278, m.nt. M. Scheltema (*Zegwaard/Knijnenburg*); Sniijders 2021/6.3; Franke 2022, p. 153.

538. HR 17 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2249, NJ 1998/656, m.nt. A.R. Bloembergen (*Covra*); HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823, NJ 2006/418, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ludlage/Van Paradijs*); Sniijders 2021/6.3.

539. HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, NJ 1961/568 (*Tandartsen I*).

540. HR 12 oktober 1979, ECLI:HR:1979:AC2654, NJ 1980/117, m.nt. G.J. Scholten (*Radio Modern/Edah*).

541. Voor de handhaving van collectieve of algemene belangen kent het burgerlijk recht een bijzondere regeling (art. 3:305a BW). Ook een collectief of algemeen belang actie veronderstelt, naast reële dreiging, een voldoende belang bij nakoming voor de eiser(s) (art. 3:303 BW). Bleeker, *NTBR* 2018.

hun kinderen van 14 tot 16 jaar. Ouders kan niet verboden worden schadeveroorzakende kinderen van jonger dan 14 jaar te hebben.⁵⁴²

4.5.3 REDEN 2: RANGORDE

Hiërarchie

360. De tweede reden om gedragsnormen en verdelingsnormen te onderscheiden, betreft het *beleefde verschil*. Meer dan bij gedragsrisico's gaat het bij verdelingsrisico's om een toedeling achteraf, op basis van het feitelijk gerealiseerde nadeel én voordeel. Meer dan bij gedragsrisico's zal een laedens bij de toedeling van verdelingsrisico's het gevoel hebben daar niets aan te hebben kunnen doen. 'Ook als ik deze informatie wél gegeven had, zou deze benadeelde geen andere beslissing hebben genomen.'⁵⁴³ 'Niet aannemelijk is dat bij tijdig ingesteld hoger beroep anders was geoordeeld.'⁵⁴⁴ 'Hoe kon ik weten wat deze persoon zou hebben gewild?'⁵⁴⁵ De vrijheid van handelen staat in ons denken voorop. Het najagen van voordeel is een grondrecht en geoorloofd. Het is deze cultureel diepgewortelde waarde die legitimeert onderscheid te maken tussen de toerekening op basis van te vermijden schade (gedragsnormen) en verkregen voordeel (verdelingsnormen). Het eerder geschetste debat heeft daarmee een patroon. Achter het onderscheid in risico's schuilt een *hiërarchie*. Terecht merkt Nieuwenhuis op dat wie een schadeverzekering sluit, daarmee allerminst te kennen geeft dat hij die schade voor zijn rekening behoort te nemen: '*Uit het feit dat op grote schaal diefstal- en inbraakverzekeringen worden afgesloten mag niet worden afgeleid dat naar de thans in het verkeer geldende opvattingen dieven en inbrekers niet aansprakelijk zijn voor de door hen veroorzaakte schade.*'⁵⁴⁶

Voorbeeld 1

361. Kraanbedrijf Zentveld faalde in haar '*verplichting (...) de vliegtuigvleugel onbeschadigd overeenkomstig de door Fokker's personeel gegeven aanwijzingen op de vrachtauto over te brengen*', doordat een bout van de uitschuifbare hijskraanbalk in de door Zentveld gebruikte kraan brak. Kwam de boutbreuk voor risico van Zentveld? In beginsel moet de debiteur instaan voor de deugdelijkheid van de hulpzaken die hij ter uitvoering van zijn verbintenis gebruikt (art. 6:77 BW). De aard van de overeenkomst, de verkeersop-

542. Vgl. voor werkgevers: HR 10 juni 1955, ECLI:NL:HR:1955:AG2012, NJ 1955/552, m.nt. L.E.H. Rutten (*Horneman*): 'De aansprakelijkstelling in art. 1403, lid 3, B. W. van den meester (...) levert (...) geen grondslag op om bij dreiging van onrechtmatig handelen van den ondergeschikten den meester te veroordelen die handelingen niet te verrichten of te doen verrichten.'

543. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (*World Online*).

544. HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, NJ 1998/257 m.nt. P.A. Stein (*Baijings/mr.H*).

545. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*), r.o. 5.4.3. – 5.5.3, met betrekking tot 'onnodige risico's'.

546. Nieuwenhuis, *RM Themis* 1987, p. 210; Sieburgh 2000, p. 228.

vatting of de redelijkheid kunnen anders meebrengen. In dit geval was de schade voor Fokker groot, de vergoeding voor Zentveld gering én was Fokker voor deze schade verzekerd. Zentveld kwam echter pas een beroep op overmacht toe, en daarmee indirect een beroep op Fokkers verzekering, nadat Zentveld ‘geen enkel verwijt’ viel te maken van het bezwijken van de bout.⁵⁴⁷ Verdelingsvragen komen pas in beeld als de schade niet wegens een gedragsrisico voor rekening van de ene of de andere partij komt. Niet aanmerkelijk is dat Fokker de schade aan de vliegtuigvleugel zelf had moeten dragen als Zentveld wel ververwijtbaar gehandeld had.

362. Dat autonomie vóór heteronomie gaat, wordt geïllustreerd door hoe we aankijken tegen een *vriendendienst* of een *belangeloze hulpverlening*. Sieburgh meent dat de toerekening in dergelijke gevallen niet zozeer afhankelijk is van het *kosteloos hulp* bieden, maar van het feit dat degene die belangeloos hulp verleent vaak *ondeskundig* is.⁵⁴⁸ Uit de hiervoor geschetste typologie volgt dat beide omstandigheden van belang zijn, zij het de ondeskundigheid inderdaad meer dan de kosteloosheid. Ook Van Dam schrijft: ‘*Bij vriendendienst speelt de afwezigheid van betaling dus een ondergeschikte rol en blijft de aard van de activiteit bepalend.*’⁵⁴⁹ Zo is terughoudendheid in toerekening eerder op zijn plaats wanneer de vriendendienst ‘ondeskundig’ geschiedt maar voor een ‘heetje’, dan ‘deskundig’ maar ‘kosteloos’.⁵⁵⁰

363. ‘*Corrigerende rechtvaardigheid bepaalt de hoofdlijnen van het privaatrecht, verdelende rechtvaardigheid de uitzonderingen*’, meent Loth.⁵⁵¹ Beter is te spreken van *subsidiariteit*.⁵⁵² De gedeelde waarde van individuele vrijheid heeft tot gevolg dat gedragsnormen vóór verdelingsnormen gaan. Alleen wanneer de schaarste dwingt tot verder ingrijpen dan vanuit de individuele autonomie te legitimeren valt, is het formuleren van verdelingsnormen gerechtvaardigd. Die terughoudendheid is ook zichtbaar in de historische ontwikkeling van normen. In de Voorste Stroom-arresten accepteerde Hoge Raad weliswaar dat de geuroverlast die ontstond doordat de gemeente Tilburg voor een goedkope methode van reiniging van het rioolwater had gekozen, niet ten laste van een enkeling kwam. De route waarlangs de Hoge Raad tot dit oordeel kwam, liep niet langs het égalitébeginsel, zoals Drion bepleitte, maar via de door Bregstein voorgestane rechtvaardigingsgrond-

547. HR 5 januari 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB6963, NJ 1968/102, m.nt. G.J. Scholten (*Zentveld/Assicurazioni Generali*).

548. Sieburgh 2000, p. 224 en 237; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/125.

549. Van Dam 2020/211-3.

550. HR 4 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2156, NJ 1997/594, m.nt. W.M. Kleijn (*Van Stiphout/S.*); Asser/Sieburgh 6-IV 2019/278.

551. Loth 2021, p. 185.

552. Franke 2022, p. 246.

in-wording: door het betalen van schadevergoeding.⁵⁵³ Niet het gedeelde belang van rioolwaterreiniging stond voorop, maar de door de gemeente Tilburg veroorzaakte schade.⁵⁵⁴ Pas met het Leffers-arrest, in 1991, werd het égalitébeginsel als vergoedingsgrondslag door de Hoge Raad omarmd.⁵⁵⁵ En terecht. Het gaat in dergelijke gevallen niet zozeer om de individueel voorzienbaar veroorzaakte schade, maar om de verdelingsvraag en dat men bepaalde nadelen 'op de koop toeneemt'.⁵⁵⁶ De daaruit resulterende verdelingsnorm geldt voor iedereen en in een concreet geval dus niet, in de woorden van Loth, als 'uitzondering'. Een onevenredige toestand behoort tot de categorie '*dat kun je niet maken...*' en is als onverdeeld resultaat eigenlijk altijd onzorgvuldig, terwijl de gevolgen van onzorgvuldig handelen vanuit de gedachte '*vergissen is menselijk...*' niet op eenzelfde, aanstootgevende manier onevenredig behoeven te zijn. Alleen de gevolgen van niet-onzorgvuldig handelen behoeven verdeling.

Voorbeeld 4

364. De samenkomst van gedragsnormen en verdelingsnormen speelt expliciet in het Hirsi Ali-arrest, volgens Sniijders '*Een uitspraak waarin publiek- en privaatrecht (...) nogal spectaculair door elkaar lopen.*'⁵⁵⁷ Het toenmalige kamerlid Hirsi Ali werd ernstig bedreigd. De Staat droeg zorg voor haar beveiliging, verwierf daartoe een appartement dat als extra beveiligde woning moest dienen, vanuit de gedachte dat het kamerlid op een zo normaal mogelijke wijze gehuisvest moest worden. De vereniging van eigenaren van het appartementengebouw begon een kort geding tegen de Staat omdat men vreesde zelf gevaar te lopen. Het hof wees de vordering in hoger beroep toe. Het risico van een aanslag leidde tot gevoelens van onveiligheid bij de bewoners die hun appartement daardoor moesten verlaten, wat een schending van art. 8 EVRM opleverde, zonder een afdoende wettelijke basis. De Hoge Raad vernietigt. In een uitvoerige uiteenzetting verwijst de Hoge Raad allereerst naar de kelderluikcriteria (r.o. 3.7.6. en r.o. 3.7.7), vervolgens naar de evenredigheidstoets of de gelijkheid (r.o. 3.7.8 en r.o. 3.7.9). Terecht oordeelt de Hoge Raad dat het hof voor de onrechtmatigheid ten onrechte het risico van een aanslag doorslaggevend heeft geoordeeld, zonder aan de kelderluikcriteria te toetsen. De Staat handelde immers privaatrechtelijk, zij het ten behoeve van een gemeenschappelijk belang. Pas als aannemelijk

553. HR 19 december 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1997, NJ 1953/642, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Voorste Stroom VII*); Tjepkema 2010, p. 65; Franke 2022, p. 133/158.

554. Tjepkema 2010, p. 63, vermeldt dat Bregstein volgens Schoordijk weliswaar een socialist was, maar 'van een socialisme waarin het individu uiterst centraal stond'.

555. HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC4031, NJ 1992/638, m.nt. C.J.H. Brunner (*Leffers/Staat*).

556. Tjepkema 2010, p. 934.

557. HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7463, NJ 2007/3, m.nt. E.A. Alkema; Sniijders 2021/6.1.

is dat geen zorgplicht geschonden is, kunnen evenredigheidsredenen aan dergelijke handelen in de weg staan, bijvoorbeeld wanneer de medebewoners van Hirsi Ali aan een onevenredig restrisico worden blootgesteld.⁵⁵⁸ De afwezigheid van een onevenredig restrisico sluit alleen niet uit dat de Staat binnen die evenredigheid, na afweging van de kelderluikcriteria toch zorgvuldiger had kunnen handelen, bijvoorbeeld omdat met relatief eenvoudige middelen de zorgen of risico's van de bewoners door de Staat te verhelpen waren geweest.

4-5-4 REDEN 3: LOGICA

365. Een derde reden om gedragsnormen en verdelingsnormen te onderscheiden houdt verband met het *gebrek aan goed onderscheid*. Ons aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht wordt eigenlijk volledig gedacht vanuit al dan niet aangescherpte of versoepelde gedragsregels. Dat normen ook een verdelende kant hebben die zelfs volledig kan domineren, wordt eigenlijk niet benoemd, noch onderkend. Het gevolg daarvan is dat met regelmaat ten onrechte een gedragsnorm wordt toegepast, waar eigenlijk sprake is van een verdeling.

Oordeel des ondersheids

366. Een voorbeeld biedt het arrest Hertel/Van der Lugt.⁵⁵⁹ Van der Lugt was van 1936 tot 1978 door Hertel bij scheepswerf NDSM blootgesteld aan asbest, zonder passende veiligheidsmaatregelen. In 1996 openbaarde zich de longziekte mesothelioom, waarvan wordt aangenomen dat één asbestvezel voldoende kan zijn om tientallen jaren later de longziekte mesothelioom te ontwikkelen. Hertel verweerde zich met de stelling dat Van der Lugt ook, en zelfs in overwegende mate, door andere onderaannemers van NDSM aan asbest was blootgesteld. Dit beroep wordt verworpen met de toepassing van een verdelingsnorm: art. 6:99 BW (par. 3.8.2). Daarnaast oordeelden het hof en de Hoge Raad dat ook de omkeringsregel toepassing vindt wat een gedragsnorm betreft (par. 3.6.4), nu door Hertel '*een specifiek gevaar in het leven is geroepen*' waardoor met de openbaring van de asbestziekte mesothelioom '*het gestelde causaal verband in beginsel vaststaat*'. Met Kortmann meen ik dat dit oordeel niet juist kan zijn.⁵⁶⁰ Juist vanwege de alternatieve veroorzakingsmogelijkheden door derden, was het causaal ver-

Voorbeeld 1

558. HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7463, NJ 2007/3, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 3.7.8. Volgens de Hoge Raad is daarvan geen sprake als het risico weliswaar niet verwaarloosbaar, maar toch beperkt is. Een andere keuze in dit dilemma zou in zijn uiterste consequentie betekenen 'dat voor de bedreigde persoon in het gewone maatschappelijk leven geen plaats meer is. Die consequentie behoort in een democratische samenleving niet te worden aanvaard.'

559. HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3290, NJ 2006/147, m.nt. C.J.H. Brunner (*Hertel/Van der Lugt*).

560. Kortmann 2012, p. 38 e.v.

band met het door Hertel gecreëerde veiligheidsrisico niet aannemelijk. Wel juist is dat een causaal verband bestond met een ander risico, namelijk: dat de schade door medeaansprakelijke derden veroorzaakt kon zijn. Dit is een niet-vermijdbaar verdelingsrisico dat moet worden onderscheiden van het specifieke gedragsrisico dat Hertel in het leven riep.

Voorbeeld 2

367. Eveneens ten onrechte als een gedragsrisico beoordeeld betreft het arrest proefverlof TBS-gestelde.⁵⁶¹ Een TBS-gestelde begaat tijdens een proefverlof zeer ernstige strafbare feiten. Volgens het hof vond de verlofverlening op verantwoorde wijze plaats. Er viel redelijkerwijs geen rekening te houden met deze feiten. Het verlof was rechtmatig verleend. Een dergelijk verlof is nodig om de TBS-gestelde voor te bereiden op zijn terugkeer in de maatschappij. Toch gaat het af en toe fout, zonder dat daarvoor specifieke aanwijzingen bestaan. Het hof wijst de schadevergoedingsvordering toe, omdat dit algemene risico niet behoort tot het normale maatschappelijke risico dat een burger loopt. De Hoge Raad casseert (r.o. 3.7.1): *'Het leerstuk van de onevenredige schade past alleen bij op zichzelf rechtmatig optreden van de overheid dat tot redelijkerwijs voorzienbaar gevolg heeft dat derden daardoor schade lijden waardoor zij in vergelijking met andere burgers of instellingen onevenredig worden getroffen'*. Van een dergelijk risico was volgens de Hoge Raad geen sprake nu (r.o. 3.7.2) *'de Staat in dit geval niet had kunnen en moeten voorzien dat de uit de stoornis van de geestesvermogens van V. voortvloeiende gevaarlijkheid niet zodanig was teruggebracht dat nog het onaanvaardbare risico bestond dat deze zich opnieuw aan het plegen van een geweldsmisdrijf of een soortgelijk delict zou schuldig maken.'* Dit oordeel is onjuist. Vergoeding op grond van evenredigheid geschiedt niet op grond van een specifiek voorzienbaar gedragsrisico *'in dit geval'*, maar vanwege een niet-beheersbaar, algemeen verdelingsrisico *'onevenredig (te) worden getroffen'*.⁵⁶²

Voorbeeld 3

368. Eenzelfde verwarring tussen gedrag en verdeling speelt bij de *proportionele aansprakelijkheid*, en betreft het door de Hoge Raad gegeven toepassingsbereik. 'Proportionele aansprakelijkheid' begrijp ik, in lijn met eigen schuld, vanuit het perspectief van de benadeelde, niet de laedens, dus: de gehele schade die de benadeelde lijdt onder aftrek van het aandeel dat bij de benadeelde blijft. Dit is ook de lezing die de Hoge Raad aan het begrip

561. HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1296, NJ 2006/430, m.nt. J.B.M. Vranken (*Proefverlof TBS-gestelde*).

562. J.B.M. Vranken, annotatie bij HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1296, NJ 2006/430 (*Proefverlof TBS-gestelde*), par 12 e.v.; Van Dam 2020/507-2; Snijders 2016/40; Tjepkema 2010, p. 283.

‘proportionele aansprakelijkheid’ geeft.⁵⁶³ Met zijn verwijzing naar de deroerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 jo art. 6:2 lid 2 BW), kiest de Hoge Raad voor een behoudende toepassing; alleen in gevallen die met terughoudendheid de toe te passen billijkheidsingreep kunnen rechtvaardigen (par. 4.8.4).⁵⁶⁴ In het Fortis/Bourgonje arrest heeft de Hoge Raad die terughoudendheid gemotiveerd met de gedachte dat iemand via een proportionele aansprakelijkheid aansprakelijk kan worden gehouden voor een schade die hij mogelijk niet, althans niet in die mate, heeft veroorzaakt.⁵⁶⁵ Dat is op zich juist. Het argument miskent echter dat de proportionele aansprakelijkheid niet berust op de autonomie, maar op de gelijkheid. Met deze weinig onderscheidende onderbouwing riskeert de Hoge Raad bepaalde benadeelden onevenredig tekort te doen.⁵⁶⁶ We zullen zien dat eenzelfde misvatting ten grondslag ligt aan de bezwaren bij toepassing van art. 6:99 BW in situaties van massaschade, zoals in het DES-arrest (par. 4.5.9).⁵⁶⁷

369. Verdelingsvragen die ten onrechte als gedragsrisico’s worden gezien, zijn ook te vinden in de *wrongful birth* en *wrongful life* arresten. De Hoge Raad oordeelde in geval van een *wrongful birth* dat de volledige kosten van verzorging en opvoeding als gevolg van de medische fout voor vergoeding in aanmerking komen, omdat volgens de Hoge Raad voldoende is ‘dat door de desbetreffende fout een risico is geschapen, dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt’.⁵⁶⁸ Die constatering is juist voor zover het begrip ‘risico’ beperkt wordt tot de kosten. Door de medische fout worden de ouders inderdaad opgezadeld met opvoedingskosten, die zonder de medische fout niet waren gemaakt. Maar dan wordt het kind wel weggedacht. Geen kosten betekent ook geen kind. De kosten houden direct verband met het kind. Het ligt niet

Voorbeeld 4

563. HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, NJ 2011/250, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*); Kortmann 2012, p. 56 e.v., die onder ‘proportionele aansprakelijkheid’ vanuit het perspectief van de laedens verstaat: aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid. Het verschil in terminologie is relevant indien de schade door verschillende aansprakelijke laedentes veroorzaakt kan zijn, terwijl een deel van de schade voor rekening van de benadeelde blijft.

564. HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, NJ 2011/250, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*); HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8348, NJ 2013/236, m.nt. Lindenbergh (*NN/moeder en zoon*); Klaassen 2017/64.

565. HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*).

566. C.E. du Perron, annotatie bij HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201 (*World Online*), par 5.

567. HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, NJ 1994/535, m.nt. C.J.H. Brunner (*DES-dochters*).

568. HR 21 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2286, NJ 1999/145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful Birth*).

erg in de rede te ‘abstraheren’ van het kind als ‘schadebepalende factor’.⁵⁶⁹ Hoewel de waarde van een eigen kind niet naar marktprijs valt te kwantificeren en om die reden moeilijk als ‘voordeel’ kan worden ‘verrekend’,⁵⁷⁰ is een kind naar ervaringsgemiddelden ook niet ‘waardeloos’. Sterker nog: het alternatief van geen kosten maar ook geen kind, is met voortschrijdend inzicht moeilijk aannemelijk te maken en op zijn minst onzeker. Gemiddelde ouders zullen hun kind niet zeggen dat het ongewenst is.⁵⁷¹ Met de geciteerde zinsnede miskent de Hoge Raad dat het eigenlijke risico geen gedragsrisico is, maar een verdelingsrisico. Het gerealiseerde risico bestaat niet uit het krijgen van een *specifiek* ongewenst kind,⁵⁷² maar uit het meer *algemene* risico van het krijgen van een onverwacht kind. Met het volledig voor vergoeding in aanmerking komen van de kosten creëert de Hoge Raad een verdelingsregel.⁵⁷³ Zo’n verdelingsregel verdient een bijpassende motivering. Die kan gelegen zijn in de doelmatigheid en de rechtszekerheid dat de volledige kosten in alle gevallen van een normschending voor vergoeding in aanmerking komen. De rechter grijpt dan hard in en gaat nagenoeg zitten op de stoel van de wetgever. De verdelingsregel had ook meer in lijn kunnen zijn met de door A-G Vranken bepleitte billijkheidsvergoeding. In nr. 26 van zijn conclusie wijst hij op verschillende individuele omstandigheden die daartoe aanleiding kunnen geven, zoals de reden van de zwangerschap, een eventuele handicap, extra benodigde voorzieningen, de zwaarte van de zwangerschap of de financiële situatie van het gezin waarin het kind wordt geboren.

569. Concl. A-G J.B.M. Vranken, bij HR 21 februari 1997, ECLI:NL:HR:1996:ZC2286, *NJ* 1999/145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth*), onder 17 en 18, waar hij verwijst naar buitenlandse literatuur.

570. HR 21 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2286, *NJ* 1999/145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful Birth*), r.o. 3.10. De Hoge Raad meent dat van voordeelsverrekening geen sprake kan zijn vanwege o.a. de immateriële aard van het voordeel, die zich slechts zou lenen voor verrekening met immaterieel nadeel; Zie par. 3.3.2 over het mijns inziens ongelukkige onderscheid tussen materiele en immateriële belangen.

571. De onaannemelijkheid van dit alternatief is in zoverre vergelijkbaar met een ‘onnodig beleggingsrisico’; HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*), r.o. 5.4.3. – 5.5.3; En het belang bij naleving van de ‘know-your-customer’ regel.

572. HR 21 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2286, *NJ* 1999/145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful Birth*), r.o. 3.9. ‘... dat ouders in het algemeen in staat zijn om aan het kind duidelijk te maken dat een indruk als voormeld onjuist is, nog daargelaten dat zij zelf die indruk kunnen logenstraffen door het kind met liefde en zorg groot te brengen.’

573. HR 21 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2286, *NJ* 1999/145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful Birth*), r.o. 3.11. Niet de daadwerkelijke, maar de gemiddelde kosten van verzorging en opvoeding (NIBUD) komen volgens de Hoge Raad voor vergoeding in aanmerking.

370. Eenzelfde onbeheersbaar risico speelt in geval van *wrongful life* of 'prenatale schade'.⁵⁷⁴ Er is geen schade geleden door de geboorte van Kelly, maar doordat Kelly met een handicap geboren is.⁵⁷⁵ Die handicap vindt niet haar oorzaak in de nalatigheid van de verloskundige om de noodzakelijke prenatale diagnostiek te verrichten. Dergelijk onderzoek zou Kelly geen gezond leven hebben gegeven. Het zou hebben geleid tot de ontdekking van de chromosomale afwijking, naar aanleiding waarvan de zwangerschap was afgebroken. Het geboren worden zonder chromosomale afwijking was in Kelly's geval geen beheersbaar risico, voor 'wie dan ook'. Tussen het nalaten noodzakelijk prenatale diagnostiek te doen en het geboren worden met een chromosomale afwijking bestaat, in Kösters woorden, slechts een verdelend 'aansprakelijkheidsverband'.⁵⁷⁶ Wederom kiest de Hoge Raad niet voor een op de bijzondere, individuele omstandigheden van Kelly toegesneden billijkheidsvergoeding, maar – evenals in zijn *wrongful birth* oordeel – voor een ruim bemeten verdelingsregel. Alle kosten van verzorging en opvoeding komen voor vergoeding in aanmerking, niet alleen de kosten die verband houden met de handicap.⁵⁷⁷ De voor zo'n verdelingsregel noodzakelijke motivering die uitéénzet hoe deze verdelingsnorm met voldoende kenbare, maatschappelijke draagkracht binnen 'het stelsel van de wet' past (par. 4.4.2), ontbreekt.⁵⁷⁸ Denkbaar draagt dit oordeel bij aan het vertrouwen in de Nederlandse gezondheidszorg. Via de aansprakelijkheidsverzekering en de prijsstelling van de behandeling wordt Kelly's nadeel alsnog ten laste van de gemeenschap gebracht.

Voorbeeld 5

4:5:5 REDEN 4: NAKOMING

371. De vierde reden die het onderscheid in gedragsnormen en verdelingsnormen rechtvaardigt, is gelegen in het verschil in nakoming. Gedragsnormen zijn bedoeld een bepaald gevolg te vermijden, terwijl verdelingsnormen bij uitstek een bepaalde toestand willen herverdelen. Dit verschil is

Voor gedrag:
preventieve
maatregel

574. HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Wrongful life*); Van Dam 2020/925-1; Den Hartogh, AA 2005/0457, p. 457 – 463.

575. In gelijke zin: de conseiller rapporteur Sargos voor het Perruche arrest van de Cour de Cassation 1996. Zie Concl. P-G Hartkamp, ECLI:NL:PHR:2005:AR5213, bij HR 18 maart 2005, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Wrongful life*), onder 31; Alsmede het Israëlisches Hoogerechtshof 1986. Zie Concl. P-G Hartkamp, ECLI:NL:PHR:2005:AR5213, bij HR 18 maart 2005, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Wrongful life*), onder 32.

576. Köster 1963, p. 15.

577. Vranken is hier kritisch over in zijn noot. Zie J.B.M. Vranken, annotatie bij HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606 (*Wrongful life*), par. 14.

578. De Hoge Raad volstaat met een verwijzing naar 'de aard van de onderhavige aansprakelijkheid, die immers is gebaseerd op schending van een zorgvuldigheidsnorm welke mede strekt ter voorkoming van schade als de onderhavige, en de aard van de schade, dat wil zeggen schade voortvloeiende uit de geboorte van een ernstig gehandicapt kind dat niet geboren zou zijn als de fout niet zou zijn gemaakt.' (r.o. 4.4).

direct van invloed op het verschil in nakoming. Voor *gedragsnormen* gaat het bij nakoming om een specifiek risico en derhalve de *effectiviteit* van de maatregel of de waarschuwing. Beroepsfouten van advocaten kunnen leiden tot vermijdbare schade, bijvoorbeeld door het niet-stuiten van de verjaring van de bevoegdheid van tenuitvoerlegging van een rechterlijke uitspraak,⁵⁷⁹ of tot een onzekere schade zoals wanneer sprake is van het niet-tijdig instellen van hoger beroep.⁵⁸⁰ In beide gevallen is duidelijk wát had moeten gebeuren. Als het risico met een maatregel kan worden weggenomen, kan niet met een waarschuwing worden volstaan.⁵⁸¹ De rechtvaardiging van deze nakomingsregel is evident. Het voorkomen van risico's geschiedt in het algemeen effectiever met maatregelen dan met een waarschuwing. Eventuele informatiegebreken komen pas aan bod als duidelijk is dat ten aanzien van te nemen maatregelen geen verplichting bestond.⁵⁸²

Althans
waarschuwing
'explain how'

372. Wordt teruggevallen op een waarschuwing dan moet de inhoud van de waarschuwing voldoende specifiek zijn om als effectief te gelden. 'Opspattende stenen' is een onvoldoende waarschuwing voor verhoogd slipgevaar en 'low flying and departing aircraft blast can cause physical injury' een onvoldoende kennisgeving van het risico tegen de rotsen te worden geworpen.⁵⁸³ Het geven van een waarschuwing of informatie is bij gedragsnormen bedoeld om te helpen een concrete schade te voorkomen. De informatie is bedoeld 'to explain how' een schade voorkomen kan worden.

Voor verdeling:
beter
alternatief?

373. Bij verdelingsnormen ligt dit anders. Voor *verdelingsnormen* gaat het bij nakoming om een algemeen risico en derhalve om de *bijdrage* die de maatregel of informatie levert aan de gemeenschappelijke toestand. Van maatregelen kan niet verwacht worden dat ze een specifiek risico voorkomen. Verwacht kan wel worden dat zij bij gebreke van een beter alternatief zo goed mogelijk bijdragen aan het voorkomen van een meer algemene risico. Precies

579. HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2222, NJ 2017/189, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Pegroam/C*).

580. HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, NJ 1998/257, m.nt. P.A. Stein (*Baijings/mr. H*).

581. HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313, NJ 2008/460 (*Bayar/Wijnen*); Van Dam 2020/218-1.

582. Deze rangorde wordt soms over het hoofd gezien. Zie HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:20, NJ 2020/122, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Deutsche Bank/B*). Bancaire aansprakelijkheid. De bank wordt door het hof aansprakelijk geoordeeld voor een gegeven beleggingsadvies, waarbij het hof betrokken heeft dat de bank een onderzoeksplicht heeft geschonden, zonder dat het hof ten aanzien van het onderzoek had vastgesteld dat de bank een verwijt treft.

583. HR 6 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2128, NJ 1998/415, m.nt. C.J.H. Brunner (*Annema/Staat*); HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224, NJ 2005/105, m.nt. C.J.H. Brunner (*Jetblast*); Van Dam 2020/218-2.

om die reden moet men ook 's avonds laat voor een rood stoplicht stoppen. Niet om een specifiek ongeval te voorkomen. Het risico daarop is uiterst gering en staat mogelijk niet in verhouding tot de inspanning die daarvoor geleverd moet worden. Stoppen als maatregel dient in zo'n geval het meer algemene risico van een doelmatig en veiligheid gebruik van openbare ruimten. Om dezelfde reden mag van overheden verwacht worden dat zij ervoor zorgdragen dat zij hun nationale CO₂-uitstoot volgens internationaal kenbare en gewaardeerde maatstaven verminderen. Niet omdat de individuele vermindering van uitstoot het klimaatprobleem oplost, maar omdat bij gebreke van een beter alternatief dit de meest evenwichtige individuele bijdrage is die geleverd kan worden.⁵⁸⁴ Voor het nationale recht verwijst de Hoge Raad onder andere naar zijn decennia eerder gewezen kalimijnen-arrest (r.o. 5.7.6). Daarbij komt nog dat voor het klimaat, anders dan wanneer het gaat om de verkeersveiligheid, een individuele reductievermindering, hoe gering ook, een daadwerkelijk aantoonbaar positief effect heeft, nu het resterend carbonbudget hierdoor minder snel afneemt en daarmee ook het risico op klimaatverandering vermindert: *'geen enkele reductie is verwaarloosbaar'* (r.o. 5.7.8).

374. Ook de effectiviteit van waarschuwingen tegen onzekere risico's is even onzeker als het risico dat het wil voorkomen. Het geven van onzeker effectieve informatie is in zekere zin zelfs ongewenst. Dit leidt de aandacht af van waarschuwingen voor risico's die wel voldoende duidelijk zijn. Informatie bij verdelingsnormen is niet bedoeld *'to explain how'* specifieke risico's worden voorkomen. Bij verdelingsnormen is informatie bedoeld om duidelijk te krijgen wat binnen een bepaalde gemeenschap als een evenredige verdeling van een bepaalde schaarste wordt gezien. Gegeven bijvoorbeeld de maximale CO₂-uitstoot van Nederland: wat is een evenredige verdeling van die CO₂-uitstoot tussen de Nederlandse burgers en bedrijven? Het antwoord daarop is niet op voorhand te geven. Bij gebreke van een heldere standaard kan een aangesproken laedens het beste inzicht geven in de eigen afweging van voordelen en nadelen, en waarom in zijn geval ten opzichte van anderen geen sprake is van betere alternatieven, en daarmee

Althans verantwoording
'explain why'

584. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier (*Staat/Urgenda*). In het Urgenda-arrest leidt de Hoge Raad die deelverantwoordelijkheid af uit het VN-Klimaatverdrag (r.o. 5.7.2), de besluiten van de Conference of the Parties en het Akkoord van Parijs (r.o. 5.7.4), het 'no harm'-beginsel dat tussen staten geldt (r.o. 5.7.4), en wat meer algemeen voortvloeit uit internationaal en nationaal als het gaat om handelingen in strijd met het recht waardoor slechts een deel van de oorzaak van de schade in het leven wordt geroepen. Voor het internationale recht verwijst de Hoge Raad naar de *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, zoals voorgesteld door de *International Law Commission* van de VN en aangenomen door de *General Assembly* van de VN, art. 47 lid 1.

in feite: ongelijke gevallen. De gegeven informatie is in zo'n geval allesbehalve specifiek of waarschuwend toegesneden op de risico's voor de individuele benadeelde, maar meer algemeen geformuleerd en bedoeld om aan de gemeenschap in brede zin verantwoording af te leggen zodat nieuwe terreinen kunnen worden verkend voordat tot het formuleren van meer specifieke of 'harde' regels wordt overgegaan.⁵⁸⁵ Bij verdelingsnormen geldt bij onvoldoende duidelijkheid dat informatie bedoeld is 'to explain why'. Een goed voorbeeld vormt het ESG beleid voor ondernemingen: bij gebreke van duidelijke criteria dienen bestuurders jegens aandeelhouders in ieder geval verantwoording af te leggen van de eigen positie en doelstellingen, bijvoorbeeld als het gaat om de CO₂-uitstoot.⁵⁸⁶ Een ander voorbeeld vormen de strenge eisen die aan prospectussen gesteld mogen worden, juist om te voorkomen dat een uitgevende instelling of de haar adviserende banken onevenredig voordeel genieten ten koste van de aankopende aandeelhouders, en het marktvertrouwen meer in het algemeen,⁵⁸⁷ of aan de belonings transparantie van tussenpersonen.⁵⁸⁸

Voorbeeld

375. De mogelijkheid 'to explain why' is juist bij *nieuwe risico's* van belang. Nieuwe risico's kenmerken zich niet alleen door gevolgen die soms moeilijk zijn in te schatten (par. 4.3.1). Nieuwe risico's hebben toenemend gevolgen die, voor zover ze in te schatten zijn, als zeer ongewenst, onprijsbaar of onbetaalbaar worden beschouwd, en daarmee direct de schaarste van onze gemeenschap raken (par. 4.4.1). Wat is de waarde van een gezonde leefomgeving, klimaat, of de vrijheid van handelen of meningsuiting? Compensatie is in dergelijke gevallen niet altijd een aanvaardbare optie. In dergelijke gevallen gaat het vooral om preventie. Ook ingeval van preventie gaat 'why' vóór 'how'. Preventie wordt immers maximaal gestimuleerd in een zogenaamde *just culture*, waarbij het niet meer gaat om de *blame*, maar in hoeverre van fouten geleerd kan worden.⁵⁸⁹ In bepaalde industrieën wordt dit al langer omarmd, zoals in de luchtvaart⁵⁹⁰ of in de farmaceutische industrie.⁵⁹¹

585. Van Dam 2020/225-4 en 518-2.

586. Zie bijvoorbeeld de US Climate Voting Policy 2020, p. 59, van Institutional Shareholder Services (ISS): https://www.wlrk.com/docs/ISS_Climate-US-Voting-Guidelines.pdf

587. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (*World Online*).

588. Van Praag, *FR* 2017/11, over o.a. belangenconflicten.

589. In het Rapport Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2008, schetst de WRR o.a. wat 'voorzorg' in dit verband betekent, en de daarbij behorende vorm van risicomanagement.

590. Piloten mogen bijvoorbeeld niet strafrechtelijke vervolgd worden op basis van de gegevens die blijken uit de black box.

591. Zie bijvoorbeeld de maximaal proactief ingestelde regelgeving inzake farmacovigilantie, die bedoeld is om mogelijke bijwerkingen in een zo vroeg mogelijk stadium op het spoor te komen.

Voor het schadevergoedingsrecht is zo'n ontwikkeling van belang, omdat het bieden van compensatie in dergelijke gevallen niet meer het doel of vanzelfsprekend is (par. 2.2). Te denken valt bijvoorbeeld aan het voorstel in het kader van de EU richtlijn productaansprakelijkheid, dat het overigens niet gehaald heeft, voor een aanvullend overmachtsverweer voor producenten van gebrekkige producten, die na het ontdekken van de gebrekkigheid zich maximaal inspinnen aan hun *recall*- of productbewakingsverplichting te voldoen.⁵⁹²

4.5.6 REDEN 5: RECHTSVORMING

376. De vijfde reden die het onderscheid tussen gedragsnormen en verdelingsnormen rechtvaardigt, is gelegen in het verschil in *rechtsvorming*, en de rol van de rechter daarin. Het bestaansrecht van normen is afhankelijk van de mate waarin normen onderscheidende werking hebben. De norm 'het recht is wat de rechter beslist' is geen norm. Evenals de theorie 'het gaat eens regenen' geen verklarende of voorspellende waarde heeft.⁵⁹³ Dergelijke regels zijn niet falsifieerbaar, zoals Barendrecht schrijft.⁵⁹⁴ *'Recht kan niet zonder regels'*, schrijft Nieuwenhuis: *'Het verschil tussen rechtsbeginselen en rechtsregels is vooral hierin gelegen dat een rechtsregel, anders dan een rechtsbeginsel, concreet aangeeft welke voorwaarden vervuld moeten zijn, wil een bepaald rechtsgevolg intreden.'*⁵⁹⁵ Hoe specifiek de norm, des te eerder een norm falsifieerbaar en onderscheidend is. Een specifieke norm is ook eerder billijk in het individuele geval. Een goede norm houdt niet alleen rekening met de individuele omstandigheden van het geval. Een goede norm is geval overstijgend. Een goede norm groepeerd en selecteert.⁵⁹⁶ Tegelijkertijd geldt: *'Wie concreet wordt, wordt kwetsbaar.'*⁵⁹⁷ Rechtsregels blijven zich daarom vormen, afhankelijk van plaats, tijd en omstandigheden.

Verdeling
geschiedt

377. Gedragsnormen en verdelingsnormen kunnen beide langs *zelfverkozen* weg ontstaan bij wege van 'maatschappelijke rechtsvorming'.⁵⁹⁸ Zelfregulering is een toenemend verschijnsel, dat al dan niet in samenspraak met de wetgever tot stand komt.⁵⁹⁹ Brancheorganisaties stellen gedragscodes op

Uit eigen keuze

592. Dommering-van Rongen 1991, p. 21.

593. Barendrecht 1992, p. 46.

594. Barendrecht 1992, p. 47.

595. Nieuwenhuis 2008, p. 2; Van der Linden 2019, p. 108.

596. Gesproken wordt ook wel van open normen en gesloten normen. Zie Van Boom 2020, p. 185 e.v.

597. Nieuwenhuis 2008, p. 3; Van der Linden 2019, p. 108.

598. Giesen 2020/17, met verwijzing naar Gribnau 2005.

599. Giesen 2020/17.

of ontwerpen voorbeelden voor overeenkomsten.⁶⁰⁰ Sommige overeenkomsten zijn expliciet bedoeld als risicoverdeling, zoals verzekeringen. Verzekeringen formuleren verdelingsnormen aan de hand waarvan verzekerden gemeenschappelijk bepaalde risico's delen. Het zich verzekeren impliceert geen keuze voor individuele verantwoordelijkheid, zoals Nieuwenhuis terecht stelt.⁶⁰¹ Het samen verzekerd zijn betekent wel een bepaalde delingsbereidheid van risico's, zeker in een geval als beoordeeld in het arrest Meppelse Ree waarin naar aan te nemen valt zowel Vos als Lantink een WAM-verzekering hadden en het risico van het verkeerd reageren op een plots overstekende ree evengoed Lantink had kunnen overkomen als Vos.⁶⁰² Ook verzekeringen bestaan bij de gratie van falsificeerbaarheid of het kunnen selecteren van risico. Wat gelijk en ongelijk is, wordt via verzekeringen door de markt bepaald en heeft bijvoorbeeld nadrukkelijk een rol gespeeld bij het bepalen van de leeftijdsgrens van 14 jaar (art. 6:169 lid 1 BW).⁶⁰³ De toenemende verzekeraarbaarheid gedurende de afgelopen 50 jaar betekent ook een toenemende delingsbereidheid en groei van het onderling vertrouwen. Het illustreert onmiskenbaar hoe, langzaam maar zeker, onze liberale cultuur zich naar een nieuwe vorm van gezamenlijkheid of communitarisme beweegt.⁶⁰⁴

Ook via de
rechter

378. Wat gelijk en ongelijk is, kan niet alleen aan marktwerking worden overgelaten, maar vergt '*voorzichtigheid en denkkraft*', en met gevolg: '*rechterlijke bezinning*'.⁶⁰⁵ De verdeling van voordelen en nadelen is voor het aansprakelijkheidsrecht één van de belangrijkste vragen voor de 21^e eeuw.⁶⁰⁶ Anders dan bij gedragsnormen, wordt het geven van verdelingsregels traditioneel gezien als het min of meer exclusieve domein van de wetgever. Met het hanteren van open normen heeft de wetgever de rechtsvinding meer in handen van de *rechter* gelaten.⁶⁰⁷ Rechters kunnen het aansprakelijkheids-

600. Zie o.a. HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, NJ 1997/3, m.nt. E.J.H. Schrage (*Van der Tuuk Adriani/Batelaan*), waarin in de zogenaamde BACO-overeenkomst beroepsorganisaties zich verbonden hun leden te bewegen de huisartsenapotheek over te dragen tegen in de BACO-overeenkomst vastgestelde tarieven.

601. Nieuwenhuis, *RM Themis* 1987, p. 210; Sieburgh 2000, p. 228.

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

603. Klaassen 1991, p. 34; Van Dam 2020/313.

604. Loth 2021, p. 202; Nieskens-Ispording 1991, p. 156, die haar dissertatie eindigt met de stelling dat onze maatschappij behoort te streven van 'ieder het zijne' naar 'alles voor allen'.

605. Van Boom 2002, p. 132; Giesen 2020/17.

606. Tjepkema 2010, p. 1.

607. Ook Meijers had een meer actieve rechter in gedachten; Barendrecht 1992, p. 158; Giesen 2020/10.

recht niet alleen corrigerend benaderen.⁶⁰⁸ Dit betekent meer aandacht voor rechtsvinding door verdeling. Tot op heden zijn rechters daartoe niet heel expliciet bereid gebleken. Argumenten rond gelijkheid en evenredigheid worden vaak afgewezen, als *'policy reasons'*. De rechter zou slechts een concreet geval te beslissen hebben en zich niet nodeloos moeten blootstellen aan het ondergeschikt maken van de partijbelangen aan algemene overwegingen van, naar verluidt, beleidsmatige of politieke aard.⁶⁰⁹ Gedurende de 20^e eeuw heeft de rechter zich ten opzichte van de wetgever wel actiever opgesteld, als het gaat om de individuele verantwoordelijkheid. Door het gebruik van open normen en het hanteren van gezichtspuntencatalogi heeft de rechter zich aan het 19^e-eeuws legisme ontworsteld. Barendrecht beschrijft hoe, meer algemeen, in de vorige eeuw *'De rechtswetenschap vooral bezig is geweest met het openbreken van het recht om billijke oplossingen te kunnen bereiken en de rechterlijke macht ervan te overtuigen dat de verkregen vrijheid ook moet worden gebruikt.'*⁶¹⁰ De volgende stap is onvermijdelijk dat de rechter, samen met de wetgever en gesteund door de doctrine en marktontwikkelingen, ook meer expliciet aan de beantwoording van verdelingsvragen bijdraagt.⁶¹¹ In sommige gevallen is de rechter daartoe ook beter in staat dan de wetgever, bijvoorbeeld omdat de rechter de 'verkeersopvatting' kent, met de tijd kan meegaan, op een bepaald geval kan toespitsen en niet afhankelijk is van politieke agenda's of prioriteiten, waardoor hij specifiek 'markt-falen' bijtijds en meer effectief kan voorkomen.⁶¹² Sterker nog: zoals hiervoor gezien, eigenlijk beantwoordt de rechter al met regelmaat verdelingsvragen, wanneer hij bijvoorbeeld beslist over de reikwijdte van wettelijke regels via de relativiteit (par. 4.3.3),⁶¹³ een zuivere risicoaansprakelijkheid aanvaardt (par. 4.4.1) of wanneer de rechter zijn oordeel op doelmatigheid grondt, verkeersregels formuleert, collectieve vorderingen beslist (art. 3:305a BW), collectieve schikkingen verbindend verklaart (art. 7:907 BW), of prejudiciële vragen beantwoordt, waarvan de antwoorden juist geval overstijgend bedoeld zijn (artt. 392-394 Rv).⁶¹⁴ Het recht is nu eenmaal *'de neerslag van een afweging van vrijheden, rechten en belangen'* en daarmee *'in de eerste plaats een politieke afweging'*.⁶¹⁵ Het is aannemelijk dat het aantal prin-

608. Loth 2018, par. 1.6; Nieuwenhuis, TPR 2002, p. 1695 – 1736, die in de samenvatting van zijn preadvies over eurocausaliteit terecht aangeeft dat overwegingen van verdelende rechtvaardigheid een steeds belangrijkere rol spelen.

609. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/75.

610. Barendrecht 1992, p. 65.

611. Loth 2021, p. 118 en 242.

612. Barendrecht 1992, p. 233 e.v.

613. Van Dam 2020/234-2, betreurt dat de rechter niet vaker van de relativiteit gebruik maakt om bepaalde categorieën schade of bepaalde groepen personen van een bepaalde bescherming uit te sluiten.

614. Zie ook de Wet homologatie onderhands akkoord 2020.

615. Van Dam 2020/203.

cipiële zaken als een Urgenda zaak,⁶¹⁶ een Srebrenica zaak⁶¹⁷ of een Groningen zaak⁶¹⁸ de komende decennia zal toenemen. De laatste jaren besteedt de Hoge Raad in zijn jaarverslag niet zonder reden expliciet aandacht aan zijn rechtsvormende uitspraken.⁶¹⁹

Rechter: kritisch rationeel

379. De terughoudendheid van de civiele rechter wordt vaak teruggevoerd op zijn positie binnen de *trias politica*, en dan vooral diens vermeend gebrek aan democratische legitimiteit. Daar waar een volksvertegenwoordiging is gekozen om algemeen geldende regels te formuleren, zouden rechters die legitimiteit ontberen. Ook op dit punt heeft Barendrecht overtuigend beschreven hoe de moderne samenleving vele malen complexer is dan zoals die door Montesquieu werd uitgedacht.⁶²⁰ Rechtspraak en wetgeving hebben ieder hun sterke en zwakke punten en vullen elkaar juist aan. Rechtsvorming is ‘*een gedeelde verantwoordelijkheid*’, schrijft Giesen terecht.⁶²¹ Vranken spreekt van ‘*partners in the business of law*’.⁶²² De invloed van rechterlijke uitspraken kan zaak overstijgend zijn. Rechters zijn allang geen individuen meer. Rechtspraak vindt vaak collegiaal plaats. Er bestaan formele mogelijkheden van hoger beroep en cassatie. Rechters functioneren op een publiek podium. Rechtspraak wordt gepubliceerd en gevolgd, in zowel de pers als de politiek. Een distributief oordeel van de rechter kan door de wetgever terzijde worden geschoven, en tot een gevalsoplossing worden gedegradeerd. In zijn noot onder het *wrongful life* arrest beschrijft Vranken hoezeer de verschillende hoogste rechters in de verschillende landen met elkaar van mening verschillen over een *wrongful life* actie. In Frankrijk is uiteindelijk gekozen voor een nog veel verdergaande verdelingsregel, namelijk een wettelijke regeling voor alle gehandicapten, ook zonder aansprakelijke derden.⁶²³ Die wettelijke regeling is vervolgens weer vanwege zijn overgangsregime door de Europese rechter gecorrigeerd.⁶²⁴ Het debat tussen uitvoerende, wetgevende en rechterlijke macht verdient openlijk te worden gevoerd.⁶²⁵ In

616. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier (*Staat/Urgenda*).

617. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, NJ 2019/356, m.nt. J. Spier & C.M.J. Ryngaert (*Staat/Mothers of Srebrenica*).

618. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391, m.nt. J. Spier (*Eisers/NAM*).

619. Giesen 2020/12, 58 en 59, over de verschillende manieren waarop de Hoge Raad meer rechtsvormend oordeelt.

620. Barendrecht 1992, p. 228 e.v.

621. Giesen 2020/3.

622. Asser/Vranken 2005/9.

623. J.B.M. Vranken, annotatie bij HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606, (*Wrongful life*), par. 6; Giesen 2020/10.

624. EHRM 6 oktober 2005, ECLI:NL:XX:2005:AY7995, NJ 2006/464, m.nt. P.J. Boon (*Perruche*). Frankrijk mocht weliswaar bij wet de schadevergoeding inzake *wrongful life* en *wrongful birth* wijzigen, maar niet zonder evenwichtige overgangsregeling.

625. Gestel & Loth, AA 2019/0647, p. 647 – 655, die meer ruimte voor de civiele rechter zien door de afnemende invloed van het parlement als wetgever.

dat debat heeft de rechterlijke stem een bijzondere signatuur. De rechter spreekt niet op basis van partijbelangen of publieke opinie. Stel dat ik als advocaat zou vragen mijn pleidooi met gepaste muziek te mogen omlijsten, teneinde de argumentatieve toonzetting van mijn betoog beter te duiden. Het zou worden geweigerd, en terecht. De rechter spreekt met een rationeel kritische motivatie. Zoals Barendrecht zegt: *'Zal men (...) niet mogen aannemen dat de democratisch gemaakte keuze in het algemeen zal vallen op de beste beschikbare theorie over rechtvaardigheid, indien deze keuze op grond van rationele argumenten kan worden gemaakt?'*⁶²⁶

380. Een distributieve vergoedingsgrondslag van schade is voor rechters niet nieuw. Al in het Kalimijnen-arrest aanvaardde de Hoge Raad zo'n plicht.⁶²⁷ De Westlandse kwekers vorderden van de Franse kalimijnen onder andere vergoeding van de kosten in verband met waterbufferbassins en een grondwaterbron met hydrofoorinstallatie. Deze maatregelen waren genomen in verband met *zowel* de hoge natuurlijke zoutbelasting *als* de niet-verwaarloosbare kleine zoutbelasting door onrechtmatige lozingen door de kalimijnen. Deze kosten stonden dus niet in negatief condicio sine qua non verband met de zoutlozingen. Toch aanvaardde de Hoge Raad ten aanzien van deze kosten een vergoedingsplicht door de kalimijnen jegens de kwekers (r.o. 3.5.1.) nu deze maatregelen waren genomen *'mede ... met het oog op'* de totale zoutbelasting van het boezemwater waarop de kwekers waren aangewezen. De onuitgesproken reden kan geen andere zijn, dan dat die verdeling van lasten redelijk werd bevonden, nu ook rekening moest worden gehouden met *'de aard en het gewicht van de door de lozingen gediende belangen'*,⁶²⁸ en dus ook met het door de zoutwinning behaalde voordeel. De schadevergoedingsplicht van de Franse kalimijnen vloeide niet voort uit een geschonden zorgplicht, maar uit hun systeemverantwoordelijkheid.

Voorbeeld 1

626. Barendrecht 1992, p. 238; zie ook Cane 2002, p. 19, met verwijzing naar Thomas Perry voor de criteria van *'reasonable reflection'*: all relevant facts into account, in a psychologically normal state, with a disinterested judgment, and on the basis of sincere arguments.

627. HR 23 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5713, NJ 1989/743, m.nt. J.C. Schultsz & J.H. Nieuwenhuis (*Kalimijnen*), r.o. 3.5.1. De kosten van ter beperking of voorkoming van schade, bestaande in waterbufferbassins en een grondwaterbron met hydrofoorinstallatie en bassin, waren door de kwekers gemaakt met het oog op de totale zoutbelasting van het boezemwater waarop de kwekers waren aangewezen, zowel de hoge natuurlijke zoutbelasting als de niet verwaarloosbare kleine zoutbelasting door de onrechtmatige lozingen door MDPA.

628. HR 23 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5713, NJ 1989/743, m.nt. J.C. Schultsz & J.H. Nieuwenhuis (*Kalimijnen*), r.o. 3.3.2; Van Dam 2020/212-2; Loth, *RM Themis* 2020/2, p. 89 e.v.

Voorbeeld 2

381. Eenzelfde evenredigheidsafweging speelde in de Urgenda zaak.⁶²⁹ Het ging in die zaak om onverantwoord klimaatbeheer.⁶³⁰ De Staat weigerde zich per 2020 aan de internationale, formeel niet-bindende afspraken te houden om ten opzichte van minimaal 1990 de CO₂-emissies met minimaal 25% te reduceren. De Staat was slechts tot een reductie van 20% bereid. Het sterkste argument dat de Staat had, was onmiskenbaar dat een extra mitigatie van 5% CO₂-uitstoot per 2020 ten opzichte van 1990 op het wereldwijde streven naar een temperatuurstijging van maximaal 1,5 – 2 graden Celsius per 2100 een verwaarloosbare impact heeft.⁶³¹ Bij zo'n verwaarloosbaar causaal verband heeft een gedragsnorm als gevaarzetting of het voorzorgsbeginsel als argument weinig waarde en krijgt de democratisch gelegitimeerde beleidsvrijheid meer sympathie. Het klimaatrisico is geen beheersbaar gedragsrisico dat zich door één laedens laat voorkomen. Verdelingsnormen gelden echter ook als het risico op schade in het individuele geval nihil is. Voor een rood stoplicht moet men stoppen, ook als het even stil is op de weg. Het klimaatrisico vormt bij uitstek een algemeen risico waartegen men zich slechts door middel van een evenredige verdeling van lasten kan indekken. Door zich niet aan de internationale consensus te conformeren, en zelfs (ver) achter te blijven bij het Europese gemiddelde, handelde de Staat onmiskenbaar als een *free rider* die profiteert van het feit dat vooral landen als Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk wél (ruim) aan de emissiereductie voldeden.⁶³²

Voorbeeld 3

382. Klimaatverandering als verdelingsrisico strekt zich niet alleen uit tot de eigen landsgrenzen of de huidige bewoners. De gemeenschap die klimaatverandering als een risico deelt, is bij uitstek mondiaal en intergenerationeel. Pas bij inventarisatie van de omvang van de gemeenschappelijke schaarste, wordt duidelijk hoe de verantwoordelijkheidsverdeling ligt, bijvoorbeeld als het gaat om de reductie van CO₂-uitstoot. Gegeven de bestaande mondiale consensus ligt de verdelingsverantwoordelijkheid eerst en vooral bij de individuele staten, jegens hun burgers, zoals inmiddels in Nederland door de rechter meermaals is bevestigd.⁶³³ Een dergelijke verplichting geldt niet alleen jegens de huidige bewoners, maar ook

629. Loth 2020, voetnoot 59.

630. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145; Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, *JIN* 2019/78, m.nt. D.G.J. Sanderink; HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Staat/Urgenda*).

631. Deze impact is door de Staat berekend op 0,000045 graden Celsius verschil per 2100.

632. Per 2020 ligt de Europese CO₂-reductie ten opzichte van 1990 op gemiddelde 26% a 27%, de Nederlandse CO₂-reductie vermoedelijk (veel) lager dan 20%.

633. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145; Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, *JIN* 2019/78, m.nt. D.G.J. Sanderink; HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2007.

jegens toekomstige bewoners.⁶³⁴ Gegeven de onderlinge afhankelijkheid is goed denkbaar dat staten elkaar ook onderling kunnen aanspreken op de naleving van de gemaakte afspraken.⁶³⁵ Denkbaar is voorts dat staten transnationaal kunnen worden aangesproken door burgers uit andere staten, omdat de effecten van niet-naleving zonder meer grensoverschrijdend zijn.⁶³⁶ Private partijen als ondernemingen en particulieren zijn voor een 'optimale bijdrage' in de regel afhankelijk van mededinging regulerende regelgeving door overheden. Zelfregulering vermag veel, maar kan geen marktverdeling tot stand brengen zoals de staatsmacht dit kan, wat belangrijk is voor de beschikbare 'alternatieven'. Dit neemt niet weg dat ook grote bedrijven op hun systeemverantwoordelijkheid kunnen worden aangesproken, vooral als het gaat 'to explain why' voor een bepaalde trade-off gekozen wordt, juist om de totstandkoming van de verdelingsnorm door het creëren van maximale transparantie over de gemeenschappelijke voordelen en nadelen zo goed mogelijk te faciliteren.⁶³⁷ Maakt een onderneming zich schuldig aan *free riding* als hij in dit opzicht achterblijft of zich intransparant opstelt? Welke gevolgen heeft zo'n tekortkoming? Ook deze verdelingsvragen zullen door rechters beantwoord gaan worden.

383. De toename van zelfregulering en zogenaamd '*soft law*' laat een groeiende behoefte aan spelregels en *level playing field* zien. Alleen binnen duidelijke kaders en heldere verdelingsafspraken kan individuele vrijheid tot wasdom komen. Hoe bijvoorbeeld om te gaan met de mogelijkheden van *artificial intelligence* en *big data*? In december 2018 publiceerde de Europese Commissie een *draft Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, bedoeld om bij het benutten van de voordelen van *artificial intelligence* de '*human centric approach*' niet uit het oog te verliezen, bijvoorbeeld als het gaat om prijsdiscriminatie.⁶³⁸ In hoeverre mogen financiële instellingen gebruik maken van individuele kennis die zij van hun klanten hebben om op basis daarvan bepaalde klanten een hogere of lagere vergoeding in rekening te brengen? Volgens de economische regels van prijselasticiteit, de bestaande praktijk bij vliegtickets, of het meer algemeen verlenen van 'vroeg-boekkorting'

Voorbeeld 4

634. Art. 3:305a BW staat dit toe.

635. Wewerinke-Singh & Hinge Salili, *Climate Policy* 2019/20.

636. Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-23/17 of November 15, 2017, stating i.e.:

III (a) States are obligated to prevent significant environmental damages within and outside their territory.

III (h) States have the obligation to ensure access to justice, regarding the state obligations for the protection of the environment previously indicated in this Opinion.

637. Mogelijk anders: Landgericht Essen (Duitsland) 30 November 2017, *Lliuya v RWE AG* 1-5 U 15/17 2 0 285/15; Zie ook High Court (Nieuw-Zeeland) 6 March 2020, *Smith v Fonterra Co-Operative Group Limited* [2020] NZHC 419.

638. Gerards 2019, p. 154.

of ‘studentenkorting’, lijkt prijsdifferentiatie geaccepteerd. Een euro is nu eenmaal niet voor iedereen hetzelfde waard. Maar het gebruik van *artificial intelligence* en *big data* biedt nieuwe mogelijkheden de prijsdifferentiatie te verfijnen. Hoe ver mag men gaan? De redelijkheid van prijsdifferentiatie is volgens de Engelse *Financial Conduct Authority* afhankelijk van omstandigheden die typisch de gelijkheid raken: de omvang van de prijsverschillen, de grootte van de (sub)groepen, het verschil in inkomen/vermogen tussen de (sub)groepen, de mate van (in)transparantie, de aard van de dienst en uiteindelijk: de sociale acceptatie.⁶³⁹ Van bijvoorbeeld individuele inertie mag volgens de *FCA* geen oneigenlijk gebruik worden gemaakt. Dat zou leiden tot ongewenst *free rider* gedrag wat zich niet verdraagt met het doel ‘de klant centraal te stellen’.

Voorbeeld 5

384. Stel: de prijsdifferentiatie blijft binnen de niet-onredelijke bandbreedte. In hoeverre moeten consumenten dan daarover worden geïnformeerd? ‘*De prijs is afgestemd op wat deze dienst u waard is. Let op: het kan zijn dat uw buurman meer of minder betaalt.*’ Heeft deze mededeling enige informatieve waarde? Als de prijs inderdaad goed is afgestemd, valt wat betreft de hoogte van de prijs van deze informatie geen andere aankoopbeslissing te verwachten. Dergelijke informatie gaat over verdelingsrisico’s. Zoals we eerder zagen, kan ook in het licht van verdeling bepaalde informatie gerechtvaardigd zijn, wanneer op die wijze een meer algemeen relevante transparantie wordt gecreëerd.⁶⁴⁰ Informatie kan van belang zijn ter bescherming van individuen, zoals in geval van ‘*informed consent*’, of ter regulering van de markt, zoals wanneer sprake is de uitgifte van aandelen (Prospectusrichtlijn) of de beloningstransparantie van tussenpersonen.⁶⁴¹ Deze informatie versterkt de ontwikkeling van het zelfbeschikkingsrecht resp. de markttransparantie, wat rechtvaardigt dat – ook al valt van deze informatie in een specifiek geval geen ander gedrag te verwachten – de informatie toch gegeven wordt. De waarschuwing ‘*Let op! Geld lenen kost geld*’ heeft nauwelijks directe invloed op het gedrag van consumenten,⁶⁴² maar is wel algemeen bekend en als sociale code mogelijk indirect van invloed op gevallen van te lichtzinnig lenen. Geldt hetzelfde voor de mededeling ‘*De prijs is afgestemd op wat deze dienst u waard is. Let op: het kan zijn dat uw buurman meer of minder*

639. Discussion Paper Financial Conduct Authority 2018, p. 16.

640. Zie bijvoorbeeld de maatregelen die op Europees niveau zijn genomen als reactie op de financiële crisis van 2008; Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en de Europese Centrale Bank, *Reguleren van Financiële Diensten ter bevordering van de Duurzame Groei*, 2 juni 2010, COM (2010) 301.

641. Van Praag, *FR* 2017/11, over o.a. belangenconflicten.

642. AFM, *Let op! Geld lenen kost geld – Een onderzoek naar de effectiviteit van een waarschuwing in kredietreclames*, december 2016; Van Boom 2020, p. 65.

betaalt.? Ook dergelijke vragen kunnen en zullen door rechters beslist worden. Daarbij kan sterk meewegen wat in de regelgeving of de markt zelf aan normen is gerealiseerd.⁶⁴³

4.5.7 REDEN 6: ONTSTAANSMOMENT

385. De zesde reden die het onderscheid tussen gedragsnormen en verdelingsnormen legitimeert, is gelegen in het *ontstaan van de schadevergoedingsplicht*.⁶⁴⁴ Bij de schending van een gedragsrisico ontstaat de schade na de normschending. Met het ontstaan van de schade treedt de vergoedingsplicht in. Een openstaand kelderluik is gevaarlijk, maar leidt pas tot een vergoedingsplicht wanneer iemand erin valt. Dit geldt ook als de zorgvuldigheidsnorm tot stand komt door toerekening. Zou de laedens met de veronderstelde extra zorg hebben gehandeld, dan is redelijk aan te nemen dat met die extra inspanning het risico van de schade op enig moment voor de laedens meer specifiek voorzienbaar was geworden.⁶⁴⁵ Ingeval van een verdelingsrisico ligt dit precies andersom. De vergoedingsplicht ontstaat soms pas ná de schade. De schade kan bij de benadeelde zelfs al vóór de herverdelingsplicht zijn ontstaan, bijvoorbeeld wanneer onder de benadeelde beslag is gelegd. Niet de schade, maar het ontstaan van een onevenredige verdeling completeert de feitelijke grondslag die de schadevergoedingsplicht doet intreden. De schadevergoedingsplicht *ontstaat* pas mét het ontstaan van een onevenredige verdeling tussen de laedens en de benadeelde, zoals wanneer het gaat om de onderlinge bijdrageplicht tussen hoofdelijke debiteuren en '(...) *de hoofdelijk verbonden schuldenaar de schuld voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat*' (art. 6:10 BW).⁶⁴⁶ Ook tussen hoofdelijk debiteuren gaat het bij gebreke van een contractuele of wettelijke gedragsnormen om een evenredigheidsverdeling (par. 3.9.2). Soms ont-

Ontstaan schadevergoedingsplicht

643. Zie o.a. HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, NJ 1997/3, m.nt. E.J.H. Schrage (*Van der Tuuk Adriani/Batelaan*), waarin in de zogenaamde BACO-overeenkomst beroepsorganisaties zich verbonden hun leden te bewegen de huisartsenapotheek over te dragen tegen in de BACO-overeenkomst vastgestelde tarieven; HR 2 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA8765, NJ 2001/319, m.nt. J.B.M. Vranken (*Hulsman/Van der Graaf*), waarin de brancheafspraken juist niet voorzagen in een vergoeding; Vgl. Van der Linden 2019, p. 374.

644. Ook Honoré lijkt beide risico's onder het verzamelbegrip 'outcome responsibility' te vatten, zonder verschil te maken tussen gedrag en verdeling. Bij hem ontbreekt aandacht voor het 'ontstaansmoment' van schade. Honoré richt zich eigenlijk vooral op het aansprakelijkheidsrecht, niet het schadevergoedingsrecht. Honoré worstelt met vraagstukken als elkaar inhalende oorzaken of hypothetische causaliteit. Bovendien leidt het niet-onderscheiden van gedragsrisico's en verdelingsrisico's ertoe dat 'voordeel' via de 'outcome responsibility' bij Honoré al meteen een doorslaggevende rol vervult, daar waar voordeel via verdelingsrisico's mijns inziens pas in tweede instantie van doorslaggevende betekenis kan zijn.

645. HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*).

646. HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, NJ 2016/196, m.nt. Du Perron (*ASR/Achmea*), r.o. 3.6.

staat die onevenredigheid tegelijkertijd met de schade, zoals bij incidentele productiefouten,⁶⁴⁷ bepaalde risicoansprakelijkheden voor een vaccin⁶⁴⁸ of robotica,⁶⁴⁹ dan wel in geval sprake is van een kwalitatieve verplichting (artt. 6:169 t/m 172 BW).⁶⁵⁰ Soms ontstaat de onevenredigheid pas nadat de schade al bij de benadeelde is ontstaan, zoals bij beslaglegging, wanneer in de hoofdprocedure de vordering van de beslaglegger niet blijkt te bestaan en de laedens door het beslagleggen ongerechtvaardigd blijkt te zijn verrijkt.⁶⁵¹

Moment van
opeisbaarheid

386. Over het ontstaansmoment van de vergoedingsplicht bij verdelingsnormen bestaat onduidelijkheid. Duidelijk is dat de beslaglegger bij beslaglegging 'voor eigen risico' handelt.⁶⁵² Hetzelfde geldt bij strafrechtelijk optreden⁶⁵³ of de tenuitvoerlegging van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis.⁶⁵⁴ Doordat deze aansprakelijkheden ten onrechte worden gezien als gedragsnormen of opgewaardeerde schuldaansprakelijkheden is onduidelijk wanneer de vergoedingsplicht ontstaat. Sommigen menen dat de vergoedingsplicht al ontstaat op het moment dat de *schade bij de benadeelde* ontstaat.⁶⁵⁵ De Hoge Raad neemt dit aan voor de vordering tot ongedaanmaking (art. 6:203 BW), ingeval op basis van een rechterlijke uitspraak wordt gepresteerd die nadien met terugwerkende kracht wordt vernietigd.⁶⁵⁶

647. In Duitsland heeft het Bundesgerichtshof beslist dat bij productiegebreken geen beroep kan worden gedaan op het ontwikkelingsrisicoverweer. Zie Dommering-van Rongen 2000, p. 51.

648. HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur MSD*); Veldt & Wissink, *NTBR* 2017/36; Zie ook Gilead, Green & Koch 2013, general report, nr. 35, illustration 5.

649. Ontwerp resolutie van het Europees Parlement met aanbevelingen aan de Commissie over civielrechtelijke regels inzake robotica (2015/2103/(INL)) 27 januari 2017; European Parliament Added Value Assessment on a common EU approach to liability rules and insurance for connected and autonomous vehicles d.d. February 2018.

650. *Asser/Sieburgh* 6-IV 2019, hoofdstuk 5.

651. Heersende leer is dat de schadevergoedingsverplichting uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking ontstaat op het moment dat de laedens wordt verrijkt; Van der Linden 2019, p. 305.

652. Conservatoir beslag, zie HR 15 april 1965, ECLI:NL:HR:1965:AC4076, *NJ* 1965/331, m.nt. D.J. Veegens (*Snel/Ter Steege*); Molkenboer 2019, p. 62; Executoriaal beslag, zie HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, *NJ* 1997/366, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger/Bos*).

653. HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1019, *NJ* 1990/794, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Bekkers*), waarin – anders dan de Hoge Raad – A-G Bloembergen terecht de vergoedingsplicht baseert op een rechtmatige daad. Het redelijk vermoeden van schuld (art. 27 lid 1 Sv) wordt niet aangetast door een later gebleken onschuld.

654. HR 16 november 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4901, *NJ* 1985/547, m.nt. L. Wichers Hoeth & W.H. Heemskerck (*Ciba Geigy/Voorbaak*). Kort geding en hoofdprocedure; Terecht meent Spier, anders dan de Hoge Raad, dat ook in dit geval sprake is van een rechtmatige daad. Zie Spier & Bolt 1996, p. 290; Van Dam 2000, p. 241.

655. Molkenboer 2019, p. 85.

656. HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3678, *NJ* 2015/168, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*K/Benedictus q.q.*), r.o. 3.4.3. 'Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad brengt een onher-

Van enige onevenredigheid is op het moment van ontstaan van de schade bij de benadeelde echter nog geen sprake. Integendeel: het beslagverlof staat juist het leggen van beslag toe, evenals een redelijk vermoeden van schuld het strafvorderlijk optreden kan legitimeren en de uitvoerbaar bij voorraad-verklaring de tenuitvoerlegging van een vonnis.⁶⁵⁷ Denkbaar kan gesproken worden van een 'toekomstige vordering', maar de meerwaarde van zo'n aanduiding is niet heel duidelijk. Zo'n 'toekomstige vordering' is dan minstens onzeker en niet 'voorwaardelijk'.⁶⁵⁸ Niet alleen de beslaglegging of de tenuitvoerlegging leidt dan tot 'toekomstige vorderingen', maar ook het eenvoudig 'geboren worden', mits de op dat moment nog onzekere rechtsfeiten zich later realiseren.⁶⁵⁹ Het juridisch meest logische ontstaansmoment is het moment van *opeisbaarheid* van de vergoedingsvordering. De opeisbaarheid ontstaat pas met het *ontstaan van de aantasting van de gelijkheid*. Tot dat moment kan, evenals bij een gedragsnorm, al wel een schadevergoedingsvordering worden ingesteld, maar is nog geen sprake van een vergoedingsgrond. Is voor toewijzing van een schadevergoeding bij een gedragsnorm vereist dat ook de schade is ontstaan, ingeval van een verdelingsnorm moet ook de aantasting van de gelijkheid zich hebben gerealiseerd.

roepelijk geworden vernietiging door de appelrechter van een rechterlijke uitspraak in eerste aanleg mee dat de rechtsgrond ontvalt aan hetgeen reeds ter uitvoering van die uitspraak is verricht, en dat op de voet van art. 6:203 BW een vordering tot ongedaanmaking van de verrichte prestatie ontstaat (...). In deze rechtspraak ligt besloten dat de vernietiging van een rechterlijke uitspraak terugwerkende kracht heeft, en dat de vordering strekkende tot ongedaanmaking van de verrichte prestatie op de voet van art. 6:203 BW ontstaat op het moment waarop ter uitvoering van die uitspraak is gepresteerd, ongeacht of daarbij sprake is van een prestatie als bedoeld in lid 1, lid 2, dan wel lid 3. (...); Molkenboer 2019, p. 120.

657. Molkenboer 2019, p. 81; Franke 2022, p. 174. Om die reden vervalt bijvoorbeeld een in kort geding uitgesproken verbod pas op het moment waarop in de bodemprocedure definitief of uitvoerbaar bij voorraad anders wordt beslist; H.J. Snijders, annotatie bij HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2652, NJ 1999/569 (*Grebe/Coöperatieve Tuinbouw Aankoopvereniging*), par. 5.

658. Molkenboer 2019, p. 131 e.v.; Franke 2022, p. 189 e.v. kiest voor de constructie van voorwaardelijkheid. Art. 6:21 BW (voorwaardelijke verbintenis) is evenwel alleen van toepassing bij rechtshandelingen; C.E. du Perron, annotatie bij HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, NJ 2016/196 (*ASR/Achmea*). 'De Hoge Raad beslist allereerst een ander twistpunt: de regresvordering van art. 6:10 ontstaat pas als een hoofdelijk verbonden schuldenaar de schuld voldoet voor meer dan hem aangaat. Daarvoor bestaat de vordering naar zijn oordeel ook niet voorwaardelijk. Deze beslissing geldt niet voor contractuele regresvorderingen; HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3094, m.nt. F.M.J. Verstijlen.

659. Het gaat bij verdeling eerder om het *fait accompli* van een onevenredige toestand, dan om op voorhand noodzakelijk te formuleren rechtsfeiten (zie hierna, par. 4.5).

Aantasting van
gelijkheid

387. Tot dat moment is het recht op schadevergoeding ‘onzeker’,⁶⁶⁰ is sprake van een rechtvaardiging,⁶⁶¹ eventueel van een ‘quasi-schuldeiser’⁶⁶² of met kennis van achteraf, in de woorden van Sieburgh: ‘anterieure verwijtbaarheid’, wat wil zeggen: het bestaan en de inhoud van de rechtsbetrekking is nog onzeker en afhankelijk van later ‘blijkende’ omstandigheden.⁶⁶³ Beter is niet te spreken van ‘blijkende’, maar van ‘bijkomende’ omstandigheden. Dat de vordering van de beslaglegger in een declaratoir vonnis wordt afgewezen en niet ‘blijkt’ te bestaan, wil niet zeggen dat de beslaglegging van aanvang af onevenredig was. Op grond van het verlot was de beslaglegging bij aanvang juist wel een gepaste, bewarende maatregel.⁶⁶⁴ De afwijzing van de vordering leidt echter tot een nieuw, ‘bijkomend’ feit, vanaf welk moment de beslaglegging alsnog onevenredig is. De verschillende omschrijvingen over de periode tussen die twee momenten zeggen in de kern niets anders dan dat de rechtsfeiten die de vergoedingsgrondslag constitueren zich nog niet alle hebben voorgedaan en zich mogelijk ook nooit zullen voordoen. Zoals bij gedragsnormen de schade de vergoedingsgrondslag vervolledigt, zo completeert de *aantasting van de gelijkheid* de vergoedingsgrondslag bij verdelingsnormen. Pas dán ontstaat de schadevergoedingsplicht. Een goede duiding van het ontstaansmoment is vooral relevant voor de wettelijke rente en de verjaring. Een goede duiding van het ontstaansmoment lost het probleem van verjaring op, zonder dat het problemen met de wettelijke rente creëert. Ik licht beide toe.

Aanvang ver-
jaring

388. De *korte verjaringstermijn* van vijf jaren begint te lopen vanaf het moment dat de benadeelde bekend is met de schade en de aansprakelijke persoon (art. 3:310 lid 1 BW). Het gaat er om of de benadeelde daadwerkelijk in staat is zijn vordering in te stellen.⁶⁶⁵ Bij gedragsnormen ligt dat moment ná de normschending en het ontstaan van de schade (par. 3.5.2, par. 4.3.3)⁶⁶⁶. Maar

660. Concl. P-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:1962:AC3804, bij HR 6 april 1962, NJ 1965/116; Molkenboer 2019, p. 61.

661. Hartlief 2009, p. 404.

662. Voor executoriaal beslag zie C.J.H. Brunner, annotatie bij HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, NJ 1997/366 (*Ontvanger/Bos*); Molkenboer 2019, p. 71.

663. Sieburgh 2000, p. 30 en 132. Kritisch Franke 2022, p. 184-188/209, met verwijzing naar de gelijkkluidende visie van Van der Kwaak, *De variërende status*, 1997.

664. Scholten 1899, p. 122.

665. HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8168, NJ 2006//112, m.nt. C.E. Du Perron (*Saelman/AZVU*).

666. Werkgeversaansprakelijkheid, zie HR 14 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0694, NJ 2003/300 (*BASF/Rensink*); Overeenkomst van aanneming, zie HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8903, NJ 2006/113 (*Meissner/Bloemsma*); Beroepsaansprakelijkheid, zie HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:1009:BJ4850, NJ 2012/193, m.nt. C.E. du Perron (*Stads-kanaal/Deloitte*); Beroepsaansprakelijkheid, zie HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM1688, NJ 2012/194, m.nt. C.E. du Perron; Werkgeversaansprakelijkheid, zie HR 10 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6241, NJ 2012/196, m.nt. C.E. du Perron (*RSI-klachten*); Bestuur-

wanneer is de benadeelde 'daadwerkelijk in staat' zijn vordering in te stellen als het om verdelingsnormen gaat? Is dat het moment waarop de benadeelde zijn schade lijdt of het moment waarop de onevenredige aantasting ontstaat? De jurisprudentie is niet eenduidig. Lagere jurisprudentie kiest in gevallen van beslaglegging voor het moment van beslaan, dus: het ontstaan van de schade.⁶⁶⁷ Die keuze overtuigt niet erg. Ten tijde van het ontstaan van de schade is nog geen sprake van een schadevergoedingsplicht jegens een aansprakelijke persoon, hooguit van een *mogelijk* aansprakelijke persoon. Maar dat is allerminst zeker. Voor het begin van de verjaringstermijn kan beter aansluiting worden gezocht bij het moment van de opeisbaarheid en daarmee: het ontstaan van de onevenredige aantasting, zoals de Hoge Raad expliciet overwoog voor de onderlinge bijdrageplicht tussen hoofdelijke debiteuren: '(...) Weliswaar wordt in art. 3:310 lid 1 de opeisbaarheid van de vordering niet uitdrukkelijk als voorwaarde voor het gaan lopen van de korte verjaringstermijn genoemd (anders dan bijvoorbeeld in de art. 3:307 lid 1 en 3:308 lid 1), maar zulks ligt wel besloten in de eis van bekendheid met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon, en in de genoemde eis dat de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsovereenkomst tot vergoeding van schade in te stellen. (...)'

(art. 6:10 BW).⁶⁶⁸ Ook in het kader van de vordering tot ongedaanmaking (art. 6:203 BW), wanneer op basis van een rechterlijke uitspraak wordt gepresteerd die nadien met terugwerkende kracht wordt vernietigd, oordeelde de Hoge Raad aanvankelijk weliswaar dat deze vordering al wel ten tijde van presteren 'ontstaat',⁶⁶⁹ maar waar het de verjaring betreft (art. 3:309 BW), kiest de Hoge Raad in lijn met art 3:310 lid 1 BW nadrukkelijk voor het moment waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is de aanspraak geldend te maken: 'De terugwerkende kracht die toekomt aan de uitspraak waarbij de veroordeling wordt vernietigd, gaat niet zo ver dat die partij, achteraf gezien, wel geacht

dersaansprakelijkheid, zie HR 14 november 2011, ECLI:NL:HR:2014:3240, NJ 2015/207, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Allianz/W*).

667. Molkenboer 2019, p. 109 e.v.

668. HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, NJ 2016/196, m.nt. Du Perron (*ASR/Achmea*), r.o. 3.7.2.

669. HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3678, NJ 2015/168, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*K/Benedictus q.q.*), r.o. 3.4.3. 'Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad brengt een onherroepelijk geworden vernietiging door de appelrechter van een rechterlijke uitspraak in eerste aanleg mee dat de rechtsgrond ontvalt aan hetgeen reeds ter uitvoering van die uitspraak is verricht, en dat op de voet van art. 6:203

moet worden daartoe in staat te zijn geweest.⁶⁷⁰ Terecht meent Molkenboer dat hetzelfde zou moeten gelden voor ten onrechte gelegd beslag.⁶⁷¹ Ook naar Duits recht 'vangt de verjaringstermijn pas aan na onherroepelijke afwijzing van de vordering in de hoofdzaak (rechtskräftiger Abweisung in der Hauptsache).'⁶⁷² Een eerder moment zou ook raar zijn, want dat zou betekenen dat een schadevergoedingsvordering kan verjaren nog voordat die vordering is ontstaan, terwijl juist vanwege het gegeven verlot ook niet gezegd kan worden dat de laedens de benadeelde misleidt. In de woorden van Judge Frank in *Dincher v. Marlin Firearms Co* (2d Cir. 1952): 'Except in topsy-turvy land you can't die before you are conceived (...). For substantially similar reasons, it has always heretofore been accepted, as a sort of legal "axiom", that a statute of limitations does not begin to run against a cause of action before that cause of action exists, ie before a judicial remedy is available to the plaintiff.'⁶⁷³

Voorbeeld

389. Ongelukkig is in dat licht de uitspraak van de Hoge Raad in het TMG/Staat arrest.⁶⁷⁴ TMG lijdt vanaf 1998 schade als gevolg van het feit dat TMG geen weekoverzicht mag publiceren van televisieprogramma's. De omroeporganisaties verzetten zich succesvol hiertegen, onder meer met een beroep op de zogenoemde onpersoonlijke geschriftenbescherming.⁶⁷⁵ Deze geschriften genoten op grond van de Auteurswet bescherming tegen ontlening door eenvoudige herhaling. Bij de implementatie van de EU Databankenrichtlijn in 1999 is de Nederlandse wetgever ervan uitgegaan dat de onpersoonlijke geschriftenbescherming buiten het bereik van de Databankenrichtlijn valt en dat dergelijke geschriften auteursrechtelijk beschermd

BW een vordering tot ongedaanmaking van de verrichte prestatie ontstaat (...). In deze rechtspraak ligt besloten dat de vernietiging van een rechterlijke uitspraak terugwerkende kracht heeft, en dat de vordering strekkende tot ongedaanmaking van de verrichte prestatie op de voet van art. 6:203 BW ontstaat op het moment waarop ter uitvoering van die uitspraak is gepresteerd, ongeacht of daarbij sprake is van een prestatie als bedoeld in lid 1, lid 2, dan wel lid 3. (...); Molkenboer 2019, p. 120.

670. HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1052, NJ 2016/358, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*De Leeuw/Pinoccio*), r.o. 3.3.5; Dit oordeel is in lijn met het door Minister van Justitie E.M.H. Hirsch Ballin in 2007 voorbereide Voorontwerp Schadecompensatie strafvorderlijk optreden. Waarover Molkenboer 2019, p. 76 en 118; Van Dam 2020/832-1; J.B.M Vranken, annotatie bij HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6956, NJ 2007/432 (*Begaclaim/Staat*), par. 6

671. Molkenboer 2019, p. 122.

672. Molkenboer 2019, p. 395.

673. Koziol 2017, p. 54; C.E. du Perron, annotatie bij 10 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6241, NJ 2012/196 (*RSI-klachten*). 'Bij deze belangenafweging moet in het oog worden gehouden dat de korte verjaringstermijn er niet toe mag leiden dat de benadeelde geen effectieve mogelijkheid heeft vergoeding van zijn schade te vorderen. In de door de Hoge Raad aanvaarde billijkheidsoptiek is dit een harde ondergrens, en wie die grens als richtsnoer neemt, zou een veilig kompas moeten hebben om op te varen.' Dit ligt anders voor de lange verjaringstermijn, waarbij de rechtszekerheid voorop staat.

674. HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677, NJ 2018/239 (*TMG/Staat*).

675. Onpersoonlijke geschriften zijn geschriften zonder oorspronkelijk karakter of persoonlijk stempel van de maker.

zijn. In 2012 blijkt uit een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie dat dit uitgangspunt van de Nederlandse wetgever onjuist is. In 2012 stelt TMG de Staat aansprakelijk. De Staat doet een beroep op verjaring. Rechtbank en hof honoreren het verjaringsverweer, blijkbaar vanuit de gedachte dat de Staat een gedragsnorm heeft geschonden. Volgens het hof leed TMG in 1998/1999 al schade in de vorm van misgelopen inkomsten. Met deze schade was TMG bekend en ook met de verantwoordelijke voor de invoering en instandhouding van de implementatiewetgeving, te weten: de Staat. Bekendheid met de juridische beoordeling is volgens het hof voor het gaan lopen van de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW niet vereist. De Hoge Raad vernietigt, maar gaat verrassend genoeg mee met TMG's subsidiaire stelling waarin een beroep wordt gedaan op de bijzondere benadering van een reeks van zelfstandige onrechtmatige daden,⁶⁷⁶ welke benadering voor de aanvang van de verjaringstermijn nog steeds uitgaat van het moment van ontstaan van de schade (r.o. 3.4.2): *'Aangenomen moet worden dat, zolang geen juiste implementatie plaatsvindt, dit iedere dag een zelfstandige onrechtmatige daad van de Staat oplevert, hetgeen meebrengt dat daarop gegronde vorderingen afzonderlijk verjaren. De vordering tot vergoeding van schade die TMG heeft geleden door de onjuiste implementatie, is dus niet verjaard voor zover het betreft de periode van vijf jaar voorafgaand aan haar (...) aansprakelijkstelling van 21 september 2012.'* Verwijzend naar het arrest *Bosman/Golstein*,⁶⁷⁷ is volgens de Hoge Raad daadwerkelijke bekendheid met de juridische beoordeling bij de benadeelde voor de aanvang van de korte verjaringstermijn niet vereist.⁶⁷⁸ De TMG/Staat uitspraak is ongelukkig,

676. Terecht kritisch over deze benadering is het hof: 'Wanneer TMG zou worden gevolgd in haar standpunt dat de korte verjaringstermijn telkens aanvangt na iedere dag van niet-aanpassing, niet-herstel of niet-intrekking van een normschendende handeling, dan zou die termijn in een groot deel van de gevallen zijn betekenis verliezen. Dan zou bij bijvoorbeeld een niet toegestane opzegging van een contract, een onterecht gegeven ontslag of een onrechtmatige publicatie de korte verjaringstermijn steeds opnieuw gaan lopen na iedere dag dat de opzegging of het ontslag niet wordt ingetrokken of het gepubliceerde niet wordt rechtgezet. Deze gevolgtrekking kan niet worden aanvaard. Dat betekent dat in deze zaak de verjaringstermijn niet telkens weer is gaan lopen na iedere dag waarop de Staat na 21 juli 1999 heeft nagelaten de DRI alsnog juist te implementeren: de gestelde implementatiefout van de Staat is een eenmalige fout/gebeurtenis.' Zie Hof Den Haag 27 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3334, AR 2016/3778, r.o. 4.15; Zie ook kritisch en afwijzend Concl. A-G G.R.B. Van Peurseem, ECLI:NL:PHR:2018:84, bij HR 4 mei 2018, NJ 2018/239 (TMG/Staat), onder 2.15 e.v.

677. HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1739, NJ 2006/115, m.nt. C.E. du Perron (*Bosman/Golstein*), r.o. 3.4. Wanneer de laedens aansprakelijk is 'naar de toen geldende inzichten', zou onbillijk of onevenredig zijn, als de benadeelde niet naar dezelfde inzichten wordt afgerekend en zich ten aanzien van de aanvang van de korte verjaringstermijn zou kunnen beroepen op zijn onbekendheid met de juridische beoordeling van de feiten en omstandigheden.

678. Zo'n eis zou, volgens de Hoge Raad, niet in overeenstemming zijn met het voor een behoorlijk verloop van het rechtsverkeer te aanvaarden uitgangspunt dat een beroep op rechtsdwaling in het algemeen niet kan worden aanvaard. Het zou in strijd met de

omdat het bij het onjuist implementeren van een EU richtlijn om een zuivere risicoaansprakelijkheid gaat.⁶⁷⁹ Het betreft een verdelingsnorm, niet een gedragsnorm. Dat vergt een evenredige verdeling. Naarmate wat 'naar de toen geldende inzichten' gold op een later moment alsnog bij wege van louter risico voor rekening van de laedens komt,⁶⁸⁰ hoewel de laedens aanvankelijk 'naar de toen geldende inzichten' mogelijk zelfs tot schadeveroorzakend handelen gerechtigd was,⁶⁸¹ des te minder 'naar de toen geldende inzichten' de benadeelde 'daadwerkelijk in staat' kan worden geacht zijn vordering in te stellen.⁶⁸² De afwijzing van de eis van daadwerkelijke bekendheid met de juridische beoordeling door de Hoge Raad veronderstelt dat de benadeelde 'daadwerkelijk in staat' is zijn vordering in te stellen, wat bij gedragsnormen juist is. Maar bij verdelingsnormen ligt dit anders. Zoals bij gedragsnormen, volgens Du Perron, voor bekendheid niet voldoende is dat de 'mogelijkheid' van schade bestaat,⁶⁸³ is bij verdelingsnormen voor de aanvang van de korte verjaringstermijn niet voldoende dat er een 'mogelijkheid' van aansprakelijkheid is. Zoals bij gedragsnormen de benadeelde pas 'in staat' is zijn vordering in te stellen met het ontstaan van de schade, is bij een zuivere risicoaansprakelijkheid of bij verdelingsnormen de benadeelde pas 'in staat' zijn vordering in te stellen met het ontstaan van de onevenredigheid, in dit geval: met het oordeel van het HvJ EU in 2012.⁶⁸⁴ Dat TMG's schade die is ontstaan

rechtszekerheid zijn wanneer de aanvang van de verjaring afhankelijk is van het tijdstip waarop de benadeelde de juiste juridische beoordeling van de feiten duidelijk is geworden.

679. HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722, NJ 2016/166, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Staat/H.*). Zoals Lindenbergh in par. 6 van zijn noot toelicht: 'De ratio daarvan is volgens de Hoge Raad dat de Staat de verantwoordelijkheid draagt dat door hem uitgevaardigde wetgeving in overeenstemming is met rechtstreeks werkend internationaal recht of met de verplichting tot implementatie van een Europese richtlijn.'
680. HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1739, NJ 2006/115, m.nt. C.E. du Perron (*Bosman/Golstein*), r.o. 3.4.
681. Conservatoir beslag, zie HR 15 april 1965, ECLI:NL:HR:1965:AC4076, NJ 1965/331, m.nt. D.J. Veegens (*Snel/Ter Steege*); Molkenboer 2019, p. 62; Executoriaal beslag, zie HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, NJ 1997/366, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger/Bos*). Strafrechtelijk optreden, zie HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1019, NJ 1990/794, m.nt. C.J. H. Brunner (*Staat/Bekkers*). Kort geding en hoofdprocedure, zie HR 16 november 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4901, NJ 1985/547, m.nt. L. Wichers Hoeth & W.H. Heemskerck (*Ciba Geigy/Voorbaak*).
682. HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8168, NJ 2006//112, m.nt. C.E. DU Perron (*Saelman/AZVU*).
683. HR 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6241, NJ 2012/196, m.nt. C.E. du Perron (*Bemoti c.s./Betonmortelfabriek*), met een kritische verwijzing naar HR 24 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2312, RvdW 2011/802 (*Chip(s)hol/Staat*), r.o. 3.4.2.
684. Zie ook HR 24 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2312, RvdW 2011/802 (*Chip(s)hol/Staat*), r.o. 3.2.4, waarin de Hoge Raad r.o. 17 van het hof als volgt weergeeft: '... Op het tijdstip waarop de Gemeente in verband met de externe-veiligheidscontour voor de strook langs de grens van het luchthaventerrein de agrarische bestemming handhaafde, te weten (naar de Hoge Raad verbeterd leest:) 4 juli 2000, was voor Chipshol duidelijk dat zij schade zou lijden door het niet kunnen ontwikkelen van die strook. Op het moment

vóór 2007, volgens de Hoge Raad al zou zijn verjaard nog voordat TMG's schadevergoeding opeisbaar was, leidt tot een onevenredig bevoordeling van de Staat en een onevenredige benadeling van TMG. Dit kan eigenlijk alleen in 'topsy-turvy land'.

390. De door de Hoge Raad in de TMG/Staat zaak verkozen bijzondere benadeling van een reeks van zelfstandige onrechtmatige daden vloeit, evenals het oordeel dat de vergoedingsvordering al eerder zou zijn 'ontstaan' met het ontstaan van de schade, dus vóór het ontstaan van de onevenredigheid,⁶⁸⁵ mogelijk voort uit de behoefte de benadeelde eerder schadeloos te stellen dan pas vanaf het moment van onevenredigheid, dus ook over de periode dat de onevenredigheid nog onzeker was maar de benadeelde met voortschrijdend inzicht wel onterecht schade leed. Het feit dat de distributieve vergoedingsplicht pas ontstaat nadat de schade bij de benadeelde is ontstaan, wil echter niet zeggen dat in het schatten van de schade geen rekening kan worden gehouden met al vóór het ontstaan van de vergoedingsplicht gemiste kansen en mogelijkheden. Te denken valt aan iets alledaags als de wettelijke regeling inzake proceskostenveroordeling (art. 237-240 Rv). Deze kosten zijn al gemaakt, nog voordat ze voor vergoeding in aanmerking komen (par. 4.8.4). Dit kan ook gelden voor de *wettelijke rente*. Zo oordeelde de Hoge Raad dat het vrijwillig of door dreiging met executie voldoen aan een bij voorraad uitvoerbaar verklaard vonnis dat later wordt vernietigd, alsnog leidt tot verzuim vanaf het tijdstip dat daadwerkelijk is voldaan.⁶⁸⁶ De Hoge Raad baseert dit op art. 6:83 sub b BW, hoewel dit artikel spreekt van 'wanneer de verbintenis voortvloeit uit onrechtmatige daad of strekt tot schadevergoeding als bedoeld in artikel 74 lid 1 en de verbintenis niet terstond wordt nagekomen.' Terecht stelt Snijders in zijn noot bij dit arrest vraagtekens bij het vóór het ontstaan van de schadevergoedingsverbintenis al kunnen toepassen van andere verzuimbepalingen, zoals de risico-omslag (art. 6:84 BW) en de omzetting in vervangende schadevergoeding (art. 6:87 BW).⁶⁸⁷

Verschuldigheid
wettelijke rente

waarop de Afdeling besliste dat de zone onzorgvuldig was vastgesteld omdat deze te ruim was bemeten, en dus op 8 augustus 2000, kwam tevens de onrechtmatigheid van de beslissing op het bezwaar van Chipshol tegen het A-besluit en de hernieuwde vaststelling ervan, onder opname van de litigieuze externe-veiligheidscontour, vast te staan. Daarmee was ook de voor de gevolgen van die onrechtmatigheid aansprakelijk te stellen persoon, de Staat, aan Chipshol bekend.'

685. HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3678, NJ 2015/168, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*K/Benedictus q.q.*); Molkenboer 2019, p. 120.

686. HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5863, NJ 2000/603, m.nt. H.J. Snijders (*Kalverhormonen*), r.o. 3.4.

687. H.J. Snijders, annotatie bij HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5863, NJ 2000/603 (*Kalverhormonen*), nr. 3d. Terecht trekt Snijders een parallel met de rechtmatige daad (nr. 2e) en de onverschuldigde betaling (nr. 3c) en snijdt hij het probleem aan van de causaliteit (nr. 3c).

Verdelings-
vraag

391. Achter de vraag van het ontstaansmoment schuilt in wezen opnieuw de vraag naar wat een *evenredige verdeling* is. Het gaat dan om een evenredigheidsafweging die in sommige gevallen zoals bij onterechte beslaglegging, tenuitvoerlegging van een vonnis of strafvorderlijk optreden, pas kan worden gemaakt *nadat* de schade bij de benadeelde al is ontstaan, zodat de schadevergoedingsplicht niet ontstaat op het moment dat de schade bij de benadeelde ontstaat, maar op het moment dat sprake is van een aantasting van de gelijkheid en daarmee van het daadwerkelijk bestaan van een onevenredigheid. Vanaf dat moment start de verjaring (art. 3:310 lid 1 BW), terwijl de eerder ontstane schade in de vorm van bijvoorbeeld een wettelijke rente (art. 6:83 sub b BW) al wel degelijk met terugwerkende kracht berekend, verschuldigd kan zijn. Zoals we hierna nog zullen zien: juist wettelijke rente is bij uitstek gebaseerd op de verdelingsgedachten van doelmatigheid en rechtszekerheid (par. 4.9).

4.5.8 REDEN 7: HYPOTHESE

Gedrag: vanaf
'aantasting'

392. De zevende reden voor het maken van onderscheid tussen gedragsnormen en verdelingsnormen betreft het verschil in *hypothese*. Nu duidelijk is wanneer de schadevergoedingsplicht bij gedragsnormen en verdelingsnormen ontstaat, valt ook meer te zeggen over het verschil in wijze waarop de omvang van de schadevergoedingsverplichting wordt bepaald. De gevalsvergelijking verschilt al naargelang de vergoedingsplicht voortvloeit uit een gedragsnorm of een verdelingsnorm. Bij de schending van een gedragsnorm gaat het erom wat er zou zijn gebeurd als wel tijdig maatregelen waren genomen. Was de schade bij zorgvuldig handelen niet ontstaan, dan vormt dit verschil in uitkomst de voor vergoeding in aanmerking komende schade. Daartoe zal de rechter een peilmoment in het verleden kiezen waarop de laedens zich de belangen van de benadeelde(n) had moeten aantrekken door het nemen maatregelen, omdat op dat moment gezien de specifiek voorzienbare gevolgen sprake was van een 'aantasting' (par. 3.5.1).⁶⁸⁸ Vanaf de 'aantasting' voltrekt zich vervolgens een hypothetisch scenario, waarin de schade bij gebreke van maatregelen ontstaat, zich naar omvang kan vermeerderen of verminderen, tot het moment waarop de schade(vergoedingsplicht) door de rechter wordt vastgesteld. Is de gedragsnorm gebaseerd op gedeelde waarden, dan is het moment van 'aantasting'

688. HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0576, NJ 1993/ 643, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Wijn-gaarden/Staat*), waarin werd geoordeeld dat de Staat zich per 1 januari 1975 de belangen van bodemverontreiniging had aangetrokken. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391, m.nt. J. Spier, r.o. 2.7.5 en 2.7.4, waarin werd geoordeeld dat omstreeks 2004 uit een KNMI-rapport duidelijk werd dat 'dat de formule die was gebruikt om de maximaal te verwachten magnitude van een aardbeving in Groningen te berekenen, niet goed bruikbaar was, terwijl daarvoor geen alternatief voorhanden was.'

feitelijk bepaalbaar (par. 3.5.1). Is sprake van een verhoogde of verlaagde zorgplicht, dan wordt het moment van ‘aantasting’ met *hindsight* door de rechter vastgesteld, rekening houden met de geformuleerde gedragsnorm (par. 4.3.3).

393. Zoals we hebben gezien: anders dan bij gedragsnormen, kan bij verdelingsnormen de schade al eerder ontstaan dan de vergoedingsplicht. De vergoedingsplicht ontstaat pas indien sprake is van een ‘aantasting’ van de evenredigheid. Niet de schade, maar het ontstaan van een onevenredige verdeling completeert de feitelijke grondslag die de schadevergoedingsgrondslag doet intreden. Dit heeft ook gevolgen voor de gevalsvergelijking. Opnieuw moet de rechter een peilmoment in het verleden bepalen. Dit peilmoment is evenwel niet afhankelijk van een dreigend risico dat door handelen of nalaten kan worden voorkomen. Dit peilmoment wordt zonder meer met *hindsight* vastgesteld, rekening houdend met de geformuleerde verdelingsnorm. Afhankelijk van wat ten tijde van schadevaststelling een onevenredige verdeling wordt bevonden, wordt bepaald vanaf welk moment sprake was van *onevenredig nadeel*, derhalve: de schade is ontstaan (par. 4.4.3). Dit moment kan zich voordoen vóór het moment van ontstaan van de schadevergoedingsplicht, maar noodzakelijk is dat niet.⁶⁸⁹ In alle gevallen moet de rechter bij het vaststellen van de schadevergoedingsverplichting rekening houden met alle omstandigheden die zich na het ontstaan van de schade hebben voorgedaan of die zich nog in de toekomst kunnen voordoen.⁶⁹⁰

Verdeling:
vanaf
onevenredig
nadeel

4.5.9 REDEN 8: HOOFDELIJKHEID

394. De achtste reden voor het onderscheid tussen gedragsnormen en verdelingsnormen is gelegen in de *hoofdelijkheid*: wanneer de schade mede aan een derde wordt toegerekend. Gezien de rechtvaardiging die aan de toerekening ten grondslag ligt, namelijk: gedrag en verdeling, wordt de medeaansprakelijkheid bij gedragsnormen *feitelijk* vooral begrensd door het *condicio sine qua non verband* en gaat het bij verdelingsnormen vooral om de voldoende kenbaarheid. Schadevergoeding uit hoofde van een gedragsnorm vergt causaal verband tussen de schade en de normschending. Wat aanvankelijk een gevolg van een normschending kan *lijken*, kan met voort-

Gedrag:
begrensd door
causaliteit

689. Zie hiervoor: zo oordeelde de Hoge Raad dat het vrijwillig of door dreiging met executie voldoen aan een bij voorraad uitvoerbaar verklaard vonnis dat later wordt vernietigd, alsnog leidt tot verzuim vanaf het tijdstip dat daadwerkelijk is voldaan. HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5863, NJ 2000/603, m.nt. H.J. Snijders (*Kalverhormonen*), r.o. 3.4.

690. Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:97 BW, aant. 3.4; Concl. A-G Langemeijer bij HR 3 februari 1956, ECLI:NL:HR:1956:149, NJ 1956/158, m.nt. L.E.H. Rutten (*Liezen/Nijmeijer*); Rutten, VR 1964, p. 80; Bloembergen 1965/97; Nadrukkelijk in verband met voordeelstoerekening, zie ook Magnus 2015, p. 5 en 20; Heblly 2015, p. 125.

schrijdend inzicht blijken al zo specifiek voorzienbaar te zijn dat van een aantasting al sprake is. Causaal verband met een opvolgend risico ontbreekt in zo'n geval, bijvoorbeeld omdat sprake is van achtereenvolgend werkende oorzaken of 'hypothetische causaliteit' (par. 3.8.1).⁶⁹¹ Deze feitelijke begrenzing is eens te meer zichtbaar als aan het eerdere gedragsrisico een verhoogde zorgplicht ten grondslag ligt (par. 4.7.1). Hoezeer een bepaalde bijzondere zorg ook geschonden is, als de volledige schade bij wege van 'aantasting' al is ontstaan, leidt een latere normschending niet tot medeaansprakelijkheid en hoofdelijkheid. Bij gedragsnormen is voor schadevergoeding noodzakelijk dat beide normschendingen in negatief sine qua non verband staan met de schade.

Verdeling:
begrensd door
voorzien-
baarheid

395. Causaliteitsonzekerheid vormt nadrukkelijk geen probleem als het over iemands bijdrage aan een bepaalde toestand gaat. Voor zover de schade door de laedens en een derde veroorzaakt kan zijn, is sprake van alternatieve causaliteit of dubbele veroorzaking (par. 3.8.2). De individuele causaliteitsonzekerheid staat in zo'n geval niet aan toerekening in de weg, en is mogelijk zelfs maatgevend voor de onderlinge draagplicht tussen laedens en derde (art. 6:102 lid 1 BW). Hiervoor is wel vereist dat zich een *ander* risico heeft gerealiseerd, namelijk: een verdelingsrisico, dat omwille van doelmatigheid en rechtszekerheid *voldoende kenbaar* is. Ter bewaking van de menselijke maat moet het 'soortelijk gewicht' van een verdelingsnorm welhaast *feitelijk* als een *fait accompli* opkomen (par. 4.2.2). Bij alternatieve causaliteit en dubbele veroorzaking is daarvan sprake, nu deze verdelingsregel als gedeelde waarde inmiddels nadrukkelijk in de wet is neergelegd: art. 6:99 BW (par. 4.7.2).

Voorbeeld

396. De toepassing van art. 6:99 BW in het DES-arrest is internationaal uniek en bekritiseerd.⁶⁹² Ingeval van een massaschade,⁶⁹³ dus: naast verschillende laedentes is ook sprake van verschillende benadeelden, leidt toepassing van art. 6:99 BW ertoe dat een individuele producent, aangesproken door alle benadeelden, voor meer schade verantwoordelijk is dan hij aan de hand van zijn marktaandeel veroorzaakt kan hebben. Koziol meent bijvoorbeeld: *'Any liability going beyond this share is inadmissible because nobody must bear responsibility for damage which he certainly did not cause or at least on the balance of probabilities did not cause.'*⁶⁹⁴ Met dit argument ziet Koziol de alternatieve causaliteit ten onrechte als een gedragsrisico, terwijl de billijkheidsregel van

691. Asser/Sieburgh 6-II 2017/89; Klaassen 2017/27 en 28.

692. HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, NJ 1994/535, m.nt. C.J.H. Brunner (*DES-dochters*).

693. Gilead, Green & Koch 2013, general report, nr. 34, illustrations 3 en 4.

694. Koziol 2017, p. 116.

art. 6:99 BW betrekking heeft op een gelijke verdeling. Nieuwenhuis heeft er met recht op gewezen dat de toepassing van art. 6:99 BW ingeval van een massaschade juist de distributieve kracht van art. 6:99 BW stimuleert.⁶⁹⁵ Marktdeelaansprakelijkheid leidt er toe dat een benadeelde iedere producent voor zijn aandeel moet aanspreken, bij gebreke waarvan de benadeelde niet zijn volledige schade vergoed krijgt. De toepassing van art. 6:99 BW daarentegen heeft tot gevolg dat de producenten elkaar in vrijwaring zullen aanspreken, om te vermijden dat zij tot meer dan hun marktaandeel gehouden zijn. In zo'n geval krijgen benadeelden met meer zekerheid hun volledige schade vergoed, terwijl de hoofdelijke aansprakelijkheid de producenten tot een gemeenschappelijke aanpak aanzet die juist in gevallen van massaschade de fondsvorming als afwikkelingsmechanisme meest effectief dichterbij brengt, wat ook internationaal de te prefereren oplossing lijkt.⁶⁹⁶

4.5.10 REDEN 9: EIGEN SCHULD

397. De negende reden om gedragsnormen en verdelingsnormen te onderscheiden houdt, op vergelijkbare wijze als bij de hoofdelijkheid, verband met de *eigen schuld*. Waar binnen de *feitelijke* grenzen van de causale gevolgen vooral het verschil in voorzienbaarheid bij gedragsnormen de mate van schuld normeert, bepaalt, binnen de grenzen van een voldoende kenbare bijdrageplicht, bij verdelingsnormen juist de veroorzakingswaarschijnlijkheid de invulling. Bij gedragsnormen vindt de causaliteitsafweging plaats tegen de achtergrond van de gedeelde maatstaf van wat *voorzienbaar* is.⁶⁹⁷ Zoals hiervoor aangegeven: alle risico's die aan het ontstaan van de schadevergoedingsplicht hebben bijgedragen behoren in de causaliteitsafweging te worden meegenomen. Ten onrechte worden naar huidig recht sommige elementen van risico, zoals het bijzondere gevaar van motorrijtuigen⁶⁹⁸ of de

Gedrag:
ingevuld door
de voorzien-
baarheid

695. Nieuwenhuis, *TPR* 2002, p. 1718 e.v.

696. Gilead, Green & Koch 2013, general report, nr. 70.

697. Nieuwenhuis 1997, p. 80, die verwijst naar de mate van waarschijnlijkheid dat de omstandigheden zouden leiden tot het ontstaan van de schade; Keirse & Jongeneel 2013/114 e.v., die de causaliteitsmaatstaf typeren als 'symmetrisch' en 'gradueel'; Zie Keirse 2003, p. 23 over de historische ontwikkeling van eigen schuld; Bij eigen schuld gaat het niet alleen om de schuld maar ook om de mate van veroorzaking, zoals in Nederland aanvaard. Zie HR 4 februari 1916, ECLI:NL:HR:1916:30, NJ 1916/450 (*Hollandsche IJzeren Spoorwegmaatschappij/Morré*).

698. HR 2 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1749, NJ 1997/700, m.nt. C.J.H. Brunner (*Marloes de Vos*); HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1196, NJ 1995/236, m.nt. C.J.H. Brunner (*Anja Kellenaers*), waarin de Hoge Raad toelicht dat op grond van de billijkheid zowel de meer *algemene*, vaste 50% regel kan worden aangenomen, verband houdende met het extra risico van motorrijtuigen in het algemeen, als de meer *individuele* omstandigheid dat Anja Kellenaers 14 jaar en 8 maanden oud was maar geestelijk en/of lichamelijk zich niet wezenlijk onderscheidde van haar jongere klasgenootjes die de leeftijd van 14 jaar nog niet hadden bereikt; *Asser/Sieburgh* 6-IV 2019/286.

verwijtbaarheid,⁶⁹⁹ doorgeschoven naar de billijkheidscorrectie (par. 3.9.3).⁷⁰⁰ We zullen zien dat deze invulling ook geldt ingeval sprake is van een verhoogde zorgplicht (par. 4.8.3).

Verdeling:
ingevuld door
de waarschijnlijk-
lijkheid

398. Bij verdelingsnormen vindt invulling niet langer plaats aan de hand van de voorzienbaarheid, maar via de *waarschijnlijkheid* (par. 4.8.4). Als het gaat om de verdeling van ieders bijdrage worden de laedens en de benadeelde beide langs dezelfde, gemeenschappelijke maatstaf van gelijkheid gelegd. Bij het verdelen van schade verdwijnt het verschil in perspectief tussen laedens en benadeelde. Eigen schuld gaat dan op in de evenredige eigen bijdrage die de benadeelde wordt toegerekend. Daarmee verdwijnt ook het verschil tussen toerekening en eigen schuld. Hier wreekt zich dat ons schadevergoedingsrecht vooral vanuit gedragsrisico's gedacht wordt, minder – of eigenlijk geheel niet – vanuit verdelingsrisico's. Du Perron heeft terecht gewezen op *'de moeite die het kost de vergoeding wegens schade uit wat in de kern een rechtmatige overheidsdaad is* (dus: een verdelingsnorm, AF), *in te passen in het op onrechtmatige handelen* (dus: een gedragsnorm, AF) *gebaseerde systeem van ons burgerlijke schadevergoedingsrecht'*.⁷⁰¹ We zullen nog stilstaan bij de proportionele aansprakelijkheid (par. 4.8.4). Voor het onderscheid tussen gedragsnormen en verdelingsnormen is nu relevant op te merken dat het de rechtsvorming en rechtszekerheid zou helpen indien de overwegingen die aan een distributieve beslissing ten grondslag liggen, expliciet worden gemaakt. Te meer nu voor de benadeelde deze partiele toerekening via 'proportionele aansprakelijkheid' niet te onderscheiden valt van 'klassieke' eigen schuld, gebaseerd op autonomie en handelingsverantwoordelijkheid.⁷⁰²

Voorbeeld

399. Een voorbeeld van het opgaan van eigen schuld in toerekening biedt het arrest Staat/Wherestad.⁷⁰³ Het ging in deze zaak om de schade die een

699. Zie de tekst van lid 1 van art. 6:101 BW: 'de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten'. Zie ook HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, NJ 2012/183, m.nt. J.B.M. Vranken (*Levob/Bolle*); HR 8 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC0663, NJ 1990/778, C.J.H. Brunner (*Lars Ruröde*). Met een vergelijkbare kritische noot hierover van Brunner die hiervoor steun vindt in de Parlementaire Geschiedenis.

700. Anders: Keirse & Jongeneel 2013/120 e.v.

701. C.E. du Perron, annotatie bij HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ1709, NJ 2010/95 (*Staat/Wherestad*), par. 7 – 9; HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2789, NJ 2018/179, m.nt. J. Spier. De Hoge Raad is Du Perron in zoverre gevolgd dat 'in gevallen waarin de Staat wegens rechtmatig strafvorderlijk optreden aansprakelijk is' art. 6:101 lid 2 BW buiten toepassing blijft.

702. Anders: Lindenbergh, annotatie bij HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237 (*Deloitte/Hassink*), par. 3; Kortmann 2012, p. 54. Die mede verwijst naar art. 6:101 lid 2 BW.

703. HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ1709, NJ 2010/95, m.nt. C.E. du Perron (*Staat/Wherestad*).

professionele sociale woningverhuurster Wherestad aan twee van haar woningen lijdt door rechtmatig strafvorderlijk optreden tegen de huurders daarvan. Het hof en de Hoge Raad oordelen de schade als buiten het normale maatschappelijke risico of bedrijfsrisico van Wherestad. Wherestad heeft een aanspraak op een evenredigheidsvergoeding. De Staat doet echter een beroep op eigen schuld, meer in bijzonder: art. 6:101 lid 2 BW. Volgens dit artikel moeten in dit geval de criminele activiteiten van de huurders in de relatie Staat – Wherestad als eigen schuld aan verhuurder Wherestad worden toegerekend. Het hof verwerpt dit beroep. De Hoge Raad casseert. Hoe moet die eigen schuld worden toegepast, zo vraagt Du Perron zich af. Als in de relatie Staat – huurders de criminele activiteiten volledig voor rekening van de huurders komen, dan blijft bij toerekening aan de verhuurder volgens art. 6:101 lid 2 BW niet veel meer over van het uitgangspunt dat het rechtmatig strafvorderlijk optreden tegen de huurders buiten het normale maatschappelijk risico of bedrijfsrisico van Wherestad valt. Meer passend bij de verdelingsvraag naar evenredigheid is om, zoals Du Perron terecht voorstelt, de algemene omstandigheid dat in huurwoningen criminelen wonen en dat de verhuurder tegen hun criminele activiteiten doorgaans niets kan doen, integraal mee te wegen bij de vraag of de overheid bij strafvorderlijk optreden op basis van gelijkheid van publieke lasten compensatie moet bieden, dan wel – zoals de Hoge Raad oordeelt – eerst compensatie wegens onevenredigheid aan te nemen, om die vervolgens op de voet van art. 6:101 lid 2 BW weer weg te nemen en eventueel via de billijkheidscorrectie te corrigeren. Dit leidt tot ‘*een nodeloos gecompliceerd systeem (...)*’, aldus Du Perron.⁷⁰⁴ De oorzaak van die complexiteit is gelegen in de miskennis van het onderscheid tussen gedragsnormen en verdelingsnormen.⁷⁰⁵ Net zomin als de schade het gevolg is van een onterecht strafvorderlijk optreden door de Staat, is de schade veroorzaakt doordat Wherestad ten onrechte een woning verhuurde aan criminelen. Toerekening vindt niet plaats op basis van gedragsrisico’s, die als oorzaken van de schade kunnen worden gezien, maar op basis van wat als een evenredige verdeling van de uiteindelijke schade wordt beschouwd.

4.5.11 REDEN 10: ANDER NADEEL

400. De tiende reden om gedragsnormen en verdelingsnormen goed te onderscheiden is gelegen in het *onderscheid* tussen een *evenredigheidsvergoeding* en een *billijkheidsvergoeding*. In beide gevallen ‘prijs’ de juridische

Verskil in
relevante feiten

704. Du Perron bepleit in feite alleen de *concrete* betrokkenheid van de verhuurder mee te wegen; *Asser-Hartkamp/Sieburgh* 6-IV 2019/347.

705. In HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2789, NJ 2018/179, m.nt. J. Spier, is de Hoge Raad Du Perron in zoverre gevolgd dat ‘in gevallen waarin de Staat wegens rechtmatig strafvorderlijk optreden aansprakelijk is’ art. 6:101 lid 2 BW buiten toepassing blijft.

markt wat de schade is. Naar zijn aard moet die ‘prijs’ enerzijds billijk zijn in het individuele geval, anderzijds toepasbaar in vergelijkbare omstandigheden. Aan een proportionele aansprakelijkheid, kansschade of schade bij wege van ‘ander nadeel’ liggen niettemin verschillende uitgangspunten ten grondslag, die elkaar in uitkomst dicht kunnen naderen. Ingeval van kansschade of proportionele aansprakelijkheid gaat het om een gelijkheidsnorm waarin de herverdeling voorop staat, aan de hand van de meer *algemene* omstandigheden van het geval.⁷⁰⁶ Te denken valt aan situaties waarin sprake is van een verhoogde zorgplicht en onzekere schade wordt toegerekend, zoals bij medici,⁷⁰⁷ fiscalisten,⁷⁰⁸ advocaten,⁷⁰⁹ of overheidsfalen (par. 4.8.4).⁷¹⁰ Ingeval van ‘ander nadeel’ gaat het vaak om een op de *specifieke* omstandigheden van de benadeelde toegesneden vergoeding, waarin de billijkheid domineert. Te denken valt aan afwijkende smartengeldbedragen (art. 6:106 BW), de onzekere opmars van de ‘aantasting van een persoon’,⁷¹¹ de waarde van vrije tijd, een dier of een boom; of het meewegen van specifiek individuele omstandigheden zoals een renteneurose,⁷¹² een ‘waardeloos prul’⁷¹³ of shockschade.⁷¹⁴

Voorbeeld

401. Een voorbeeld van de overgang van een proportionele schadevergoeding naar ‘ander nadeel’ biedt het arrest Staat/Mothers of Srebrenica.⁷¹⁵ De Hoge Raad oordeelt de Staat aansprakelijk voor het feit dat Dutchbat de

706. Te denken valt ook aan andere vormen van schadebegroting, waarbij omwille van de doelmatigheid en rechtszekerheid ‘*hard and fast rules*’ gelden, zoals bij de wettelijke rente (art. 6:119 BW), de schade na overlijden (art. 6:108), affectieschade (art. 6:108 leden 3 en 4 BW), de beperking vergoeding van smartengeld van een overledene te vorderen (art. 6:106 lid 2 BW) of de vraag of sowieso vergoeding van ‘ander nadeel’ (art. 6:95 BW) verkrijgbaar is (par. 4.9).

707. HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8348, NJ 2013/236, m.nt. Lindenbergh (*NN/Moeder en zoon*); *Asser/Sieburgh 6-II 2017/80*; Gilead, Green & Koch 2013, general report, nr. 36, illustration 7.

708. HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237, m.nt. Lindenbergh (*Deloitte/Hassink*).

709. HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, NJ 1998/257, m.nt. P.A. Stein (*Baijings/mr. H*).

710. HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, NJ 2016/1, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

711. Nader geregeld in art. 6:106, 107(a) en 108 BW. Naar Nederlands en Duits recht is de mogelijkheid van vergoedbaarheid van niet-vermogensschade beperkt. Dit ligt principeel anders in Frankrijk en Engeland. Zowel de PECL (art. 9:501 lid 2) als de Unidroit Principles (art. 74.2 lid 2) volgen hierin Frankrijk en Engeland; *Asser/Sieburgh 6-II 2017/17*.

712. HR 8 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4961, NJ 1986/137, m.nt. C.J.H. Brunner (*Renteneurose*).

713. Zie het voorbeeld van de excentrieke eigenaar van een ‘waardeloos prul’, die dit na beschadiging voor een exorbitant bedrag laat restaureren. Zie Spier 1998, p. 7; Lindenbergh 2020/32.

714. Rb. Arnhem 16 mei 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA6358, NJF 2007/367.

715. HR 9 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, NJ 2019/356, m.nt. J. Spier & C.M.J. Ryngaert (*Staat/Mothers of Srebrenica*).

onder haar bescherming staande mannen niet had uitgelegd welk risico zij liepen en hen niet de keuze had gelaten op de compound te blijven ‘gelet op de weliswaar kleine, maar niet geheel te verwaarlozen kans dat zij dan uit handen van de Bosnische Serven zouden kunnen blijven’. De Hoge Raad schat die kans in het licht van alle omstandigheden op 10%. Waar dit percentage op is gebaseerd, is onduidelijk. Wel duidelijk is dat naarmate de *veroorzakingswaarschijnlijkheid* minder aannemelijk is, minder overtuigend gesproken kan worden van *verlies van een kans* of *onzekere schade*. ‘Kansschade’ of ‘proportionele aansprakelijkheid’ is dan weinig anders dan het begroten van een schade, niet door berekening maar door *toerekening*. Niet de herverdeling van voordeel en nadeel staat voorop, maar het recht doen aan de individuele omstandigheden van de benadeelde.⁷¹⁶ De Hoge Raad schat dan geen goede of kwade kansen (art. 6:105 BW), noch bepaalt de Hoge Raad de aannemelijkheid van een kans percentage of een mate van veroorzakingswaarschijnlijkheid. Eigenlijk stelt de Hoge Raad vast wat als ‘ander nadeel’ in de vorm van de aantasting van een persoonlijkheidsrecht redelijk is (art. 6:106 lid 1 sub b BW). Voor zo’n op de meer individuele omstandigheden van de benadeelde toegesneden schadevergoeding kan op billijkheidsgronden alle redenen bestaan. Via het geschonden persoonlijkheidsrecht is het ‘aansprakelijkheidsverband’ in dergelijke gevallen bij uitstek waarderend van aard (par. 4.9).

4.6 DRIE TYPEN RISICO

402. Aan de hand van enerzijds het verschil in schadeberekening en schadedoerekening en anderzijds het onderscheid tussen gedrag en verdeling wordt duidelijk dat ter onderscheiding van het algemene levensrisico, ‘*the basis of risk*’ van het schadevergoedingsrecht uit drie verschillende type risico’s bestaat. Bij gelegenheid van het 100-jarig bestaan van Scholtens dissertatie over de rechtmatige daad (1899) sprak Nieuwenhuis van ‘drie bronnen van gevaar’.⁷¹⁷ Daarmee was Nieuwenhuis, zo blijkt, Cane vooruit en gaf Nieuwenhuis zinvol invulling aan Meijers’ stelling dat men met het

716. Zie beziens, behoefde de Hoge Raad de schatting van 10% niet over te laten aan de feitenrechter: het hof na verwijzing. Zie J. Spier, annotatie bij HR 9 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, NJ 2019/356, m.nt. J. Spier & C.M.J. Ryngaert (*Staat/Mothers of Srebrenica*), par. 22.

717. Nieuwenhuis 1999, p. 103. Nieuwenhuis onderscheidt achtereenvolgens: een gedraging (doen of nalaten) dat onder de maat blijft van de normale voorzichtigheid, zoals de leverancier van frisdranken die in een halfduistere gang van een café een kelderluik laat openstaan; een gevaar dat veroorzaakt wordt door een gebrek in een zaak, zoals wanneer het glazen oog van een speelgoedbeer gemakkelijk kan worden losgepeuterd; en intrinsieke gevaren, zonder dat sprake is van enigerlei gebrek, zoals auto’s door hun massa en snelheid gevaarlijker zijn dan speelgoedberen.

risicobeginsel het terrein van de onrechtmatigheid niet verlaat, enkel de schuldeis wijzigt.⁷¹⁸ Bij de invulling van de 'drie bronnen' gaat het eerst en vooral om gedragsnormen die gebaseerd zijn op *gedeelde waarden* en waarvan achteraf aannemelijk is dat het uit de normschending voortvloeiende risico zich heeft gerealiseerd. Het gaat om 'huis-tuin-en-keuken schadegevallen', waarin vaak aanstonds duidelijk is wat er gebeurd is en wie daarvoor verantwoordelijk draagt. Dit betreft situaties van schadeberekening (hoofdstuk 3). Van deze risico's moeten worden onderscheiden de gedragsnormen die van bepaalde personen een *extra inspanning* vergen, of omgekeerd: juist minder inspanning verlangen. De schade wordt dan wel resp. niet toegerekend, vanwege de verhoogde resp. verlaagde zorg die van zo'n laedens wordt verwacht (par. 4.3). De derde groep risico's betreft gevallen waarin sprake is van een verdelingsnorm. De schade wordt toegerekend vanwege een aantasting van de gelijkheid, als het gaat om de verdeling van de lasten én de lusten tussen de laedens en de benadeelde. Dit rechtvaardigt in bepaalde omstandigheden een *extra bijdrage* of juist een geringere bijdrage, voor zover de gebruikelijke bijdrage als ongelijk wordt gezien (par. 4.4). Het bestaan van verdelingsnormen, die afwijken van gedragsnormen, krijgt onvoldoende aandacht in het schadevergoedingsdebat (par. 4.5).

4.6.1 HUIS-TUIN-EN-KEUKEN

Gemiddelde
mens

403. De onderscheidende betekenis van beide vormen van toerekening blijkt uit het te voeren debat. Via allerlei wettelijke bepalingen als art. 6:98, art. 6:166 of art. 6:104, dan wel art. 6:162 en art. 6:74 BW is de redelijkheid als beoordelingsmaatstaf in de wet verankerd. Voor de invulling van die redelijkheid zijn allerlei factoren relevant.⁷¹⁹ Het onderling gewicht is vaak niet helder.⁷²⁰ Die invulling wordt helderder wanneer rekening wordt gehouden met het verschil tussen gedragsrisico's en verdelingsrisico's. Het debat over de redelijkheid doorloopt zo nodig 3 fases. Is de schade voor *een gemiddelde mens* aannemelijk, bijvoorbeeld omdat sprake is van een waardevermindering als gevolg van een aanrijding doordat de laedens door het rode of oranje licht reed wat geen gemiddeld mens zou hebben gedaan, dan volgt de schadevergoedingsplicht uit de feiten. Het gaat in zo'n geval om het eerste type gedragsrisico. De schadevergoedingsplicht vergt slechts schadeberekening (hoofdstuk 3). De benadeelde moet aannemelijk maken dat de schade met voldoende mate van zekerheid via de normschending voorzien-

718. Aan de onrechtmatigheid kan een normschending (gedrag) of een onevenredigheid (toestand) ten grondslag liggen. Klaassen 1991, p. 207 en p. 231, met verwijzing naar Meijers, Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen, Derde Deel, p. 232, als ook Algemene Leer van het Burgerlijk Recht, Deel I, p. 305-308.

719. Asser/Sieburgh 6-II 2017/63 e.v.

720. Klaassen 2017/33; Tjong Tjin Tai 2017, p. 13.

baar was en door de normschending veroorzaakt is. De laedens moet dit gemotiveerd betwisten. De rechter beslist op basis van de bewijswaardering en het bewijsrisico. Uiteindelijk moest Doorenbos aan N.V. Intercommunale Waterleidinggebied Leeuwarden schadevergoeding betalen wegens het massaal uitstromen van olie als gevolg van een verkeersfout, omdat het hof oordeelde dat in Nederland feitelijk voorzienbaar is dat de grond onder meer fungeert als opslagplaats voor de drinkwatervoorziening.⁷²¹ De verkeersfout van Doorenbos leidde tot de realisatie van een voorzienbaar risico. Die verkeersfout was als de oorzaak van de bereddingskosten aannemelijk.

4.6.2 BIJZONDERE ZORG

404. Is de schade voor een gemiddeld mens niet voorzienbaar, dan kan toerekening toch redelijk zijn doordat de rechter op basis van de meer *specifieke* omstandigheden bepaalt wat voor deze laedens als een kenbaar gedragsrisico beschouwd moet worden. Dit betreft het tweede type gedragsrisico, bij realisatie waarvan de toerekening van de schadelijke gevolgen alsnog redelijk is (par. 4.3). De benadeelde dient dan ten tijde van de schadevaststelling te betogen dat van deze laedens gezien diens bijzondere positie *meer inspanning* verwacht mocht worden. De laedens kan dit inhoudelijk betwisten met een beroep op de verdelende rechtvaardigheid: een dergelijke extra belasting staat niet in verhouding tot het behaalde voordeel en/of gaat de belasting van vergelijkbare gevallen te boven.⁷²² Uiteindelijk kan de toerekening van de schade toch redelijk zijn, bijvoorbeeld doordat Doorenbos een bijzonder risico creëerde door de olietanks te vervoeren met een oplegger die daarvoor niet bedoeld was noch was ingericht, wat hij had kunnen en behoren te vermijden; en dat het risico op het ontstaan van schade, zoals de gemaakte bereddingskosten, daarom voor Doorenbos wél voorzienbaar was, zodat ook in zo'n geval niet meer schade vergoed moet worden dan zich als een risico gerealiseerd heeft.⁷²³

Geen gemiddeld mens

721. HR 20 maart 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5007, NJ 1970/251, m.nt. G.J. Scholten (*Waterwin- gebied*).

722. Teneinde hun *level playing field* te beschermen, wordt het 'gebruikelijkheidsverweer' door commerciële partijen met regelmaat (tevergeefs) gevoerd; HR 6 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB9376, NJ 1990/573, m.nt. P.A. Stein (*Janssen/Nefabas*), r.o. 3.4: '... waarbij overigens aantekening verdient dat die enkele gebruikelijkheid nog niet meebrengt dat die norm ook als juist moet worden aanvaard voor werkgevers die ermee bekend waren of hadden behoren te zijn dat die norm uit een oogpunt van veiligheid tekortschoot.'

723. HR 20 maart 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5007, NJ 1970/251, m.nt. G.J. Scholten (*Waterwin- gebied*).

Voorbeeld

405. Het onderscheid tussen beide typen gedragsrisico lijkt vloeïend en is berucht. Ging het in het Natronloog-arrest om een schuldaansprakelijkheid of om een toerekening van het risico?⁷²⁴ Een schoonmaakster van het Dorpshuis te Kamerik vindt in een berghok een zakje en een emmertje met daarin een liter vloeistof. Na overleg met de beheerder van het dorpshuis wordt het zakje met het emmertje in een kartonnen doos gedaan en verpakt in een vuilniszak bij de vuilnis gezet. Wanneer de vuilnisman de doos vervolgens in de vuilniswagen gooit, spuit de inhoud van het emmertje dat kapot gemaakt wordt door het kraakmechanisme van de vuilniswagen, op diens huid en kleding. De vloeistof blijkt natronloog, een bijtende vloeistof, met ernstige brandwonden als gevolg. De vuilnisman raakt aan een oog blind. Volgens het hof was van onzorgvuldigheid geen sprake, omdat voor de schoonmaakster en de beheerder niet te voorzien was dat de vuilnisman gevaar zou lopen. De Hoge Raad oordeelt anders en formuleert een gedragsnorm die volgens sommigen de gemiddelde mens te boven gaat: *'Het is in strijd met de zorgvuldigheid (...) een emmertje met onbekende vloeistof in een kartonnen doos met daaromheen niet anders dan een dichtgebonden plastic vuilniszak voor afvoering door een vuilnisophaaldienst neer te zetten (...) tenzij men ofwel weet of gegronde redenen heeft om aan te nemen dat het om een vloeistof gaat die bij aanraking met de mens geen gevaar oplevert, ofwel de betreffende vuilniszak onder controle houdt en degenen die de zak aan wil pakken waarschuwt voor de aanwezigheid daarin van een emmertje met een mogelijk gevaarlijke vloeistof'*. Wat voorzienbaar is, is ook voor een gemiddeld mens afhankelijk van de omstandigheden. Het onderscheid in gevalstypen geeft misschien niet altijd een pasklaar antwoord. Het biedt wel een routekaart voor het te voeren debat. Zo dient de vuilnisman aannemelijk te maken dat diens schade een voorzienbaar en aannemelijk gevolg was van het bij het vuilnis zetten van een onbekende vloeistof. Volgens het hof was daarvan geen sprake. Maar daarmee is het debat nog niet ten einde. De vuilnisman kan stellen dat gezien de bijzondere positie van het dorpshuis ten aanzien van dit risico, meer inspanning verwacht mocht worden. Alleen het dorpshuis, niet de vuilnisman, was met de onbekendheid van de vloeistof bekend. Het dorpshuis kon relatief eenvoudig maatregelen nemen. Tussen de schoonmaakster en de beheerder had niet zonder reden overleg plaats gevonden. Het dorpshuis kan de onderzoeksplicht betwisten met het verweer dat zo'n extra belasting die van vergelijkbare gevallen te boven gaat. Beide standpunten gewogen, doet het oordeel van de Hoge Raad niet vreemd aan.

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

4.6.3 BIJZONDERE BIJDRAGE

406. Soms wordt echter nog meer verwacht, en wel in een mate dat niet langer aannemelijk is dat voor *welk (maat)mens dan ook* nog een handelingsalternatief bestond. In zo'n geval is geen sprake meer van een gedragsrisico, maar van een verdelingsrisico. Via een keuze voor de meer *algemeen* geldende omstandigheden bepaalt de rechter wat voor deze laedens als een voldoende kenbaar verdelingsrisico beschouwd moet worden, bij realisatie waarvan toerekening van de schade redelijk is (par. 4.4). Stel dat Doorenbos' ongeluk niet zozeer te wijten is aan een verkeersfout, noch verband houdt met het oneigenlijk vervoer van olie, maar vooral het onvoorzienbare resultaat is van een overstekende rotte wilde zwijnen, dan is nog steeds denkbaar dat Doorenbos voor de bereddingskosten aansprakelijk is. Daartoe moet de Intercommunale betogen dat van Doorenbos gezien het voordeel dat voor hem aan het olievervoer verbonden is en/of het feit dat Doorenbos zich voor zijn aansprakelijkheid verzekerd heeft, een hogere vergoedingsbijdrage verwacht mag worden.⁷²⁵ Het eerste argument appelleert aan het handelen door Doorenbos als *free rider*. Het tweede argument zoekt de onevenredigheid in het algemeen gedeeld belang bij gemotoriseerd verkeer en de *opoffering* die van Intercommunale verlangd wordt als zij daarvan de incidentele lasten moet dragen. De laedens zal dit wederom betwisten met dat zo'n extra draagplicht de belasting van vergelijkbare gevallen te boven gaat.

407. Vos rijdt bij Meppel over een weg waarlangs verkeersborden staan die tegen overstekend wild waarschuwen. Plotseling springt vanuit het bos een ree tevoorschijn. Vos wijkt geschrokken uit, naar links. Daardoor komt Vos op de verkeerde weghelpt terecht en frontaal in botsing met tegenligger Lanting. De rechtbank en het hof oordelen Vos niet aansprakelijk, omdat *'de onjuiste en fatale reactie van Vos geenszins onbegrijpelijk is en hem niet als schuld is aan te rekenen.'* De Hoge Raad meent anders. Vos had ook naar rechts kunnen uitwijken. Bovendien was hij tevoren voor overstekend wild gewaarschuwd. *'Onder deze omstandigheden (kan) niet worden geoordeeld dat Vos van zijn wijze van rijden – hoezeer zijn reactie op de plotselinge kritieke situatie menselijkerwijze ook begrijpelijk moge zijn – rechtens geen enkel verwijt valt te maken.'*⁷²⁶ Betreft het 'rechtens verwijt' een gedragsrisico of gaat het om een verdelingsrisico? De meningen zijn verdeeld. Sieburgh meent dat sprake is van een gedragsrisico. Volgens Van Dam oordeelt de Hoge Raad volgens de maatstaf van een 'perfecte mens'.⁷²⁷ Ook het onderscheid in gedragsrisico's

725. HR 20 maart 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5007, NJ 1970/251, m.nt. G.J. Scholten (*Waterwin- gebied*).

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

727. Sieburgh 2000, p. 131 en 142; Van Dam 2020/306 en 611-1.

en verdelingsrisico's geeft niet meteen een pasklaar antwoord, maar wel een leidraad voor het te voeren debat. Lantink kan betogen dat Vos, gezien de voorafgaande waarschuwing als automobilist, voorzichtiger in de zin van bijvoorbeeld langzamer of met meer aandacht had moeten rijden. Vos kan dit betwisten met de stelling dat hij niet te hard reed, noch zonder aandacht. Een schrikreactie als hier en de orde, en door alle rechters – ook de Hoge Raad – erkend (*'hoezeer ... menselijkerwijs ook begrijpelijk'*), is 'menselijkerwijs' onvermijdelijk. Bovendien was Lantink zelf ter plaatse ook met de risico's van overstekend wild bekend. Het ongeluk had 'even goed' andersom kunnen plaatsvinden, met Vos als benadeelde en Lantink als laedens. Juist de wederkerigheid van de schade en de onvermijdelijkheid van een plotseling overstekende ree, bieden Lantink een verdelingsargument. Lantink kan erop wijzen dat hij onevenredig nadeel lijdt, nu dit gedeelde risico zo inherent verbonden is met het evenzeer gedeelde genot van het kunnen gebruiken van gemotoriseerd vervoer,⁷²⁸ terwijl zij beiden via hun aansprakelijkheidsverzekeringen kozen tot collectivering van dit risico. Vos, althans diens WAM-verzekeraar, kan dit betwisten met de stelling dat het gedeelde genot van het gebruik kunnen maken van gemotoriseerd vervoer niet in verhouding staat tot andere gevallen van collectief voordeel waarin om een extra bijdrage wordt gevraagd ('opoffering'), of andere gevallen van individueel voordeel doordat een laedens, anders dan de benadeelde, voor de gevolgen van zijn handelen verzekerd is (*free riding*). Erg dwingend voelen deze argumenten niet aan. De WAM-verzekeringplicht is juist gebaseerd op het breed gedeelde belang gemotoriseerd vervoer mogelijk te maken en de benadeelde via het aansprakelijkheidsrecht financieel te beschermen tegen de inherent daarmee verbonden risico's.

Ook vergoedingsgerechtigde

408. De grens tussen gedragsnormen en verdelingsnormen speelt ook een rol bij de vraag of jegens een *contractueel betrokken derde* verplichtingen bestaan. De Ridder huurt bedrijfsruimte die hij onderverhuurt aan Smael. De Ridder geeft zijn advocaat mr. Moszkowicz opdracht een verzoekschrift in te dienen tot verlenging van de huurovereenkomst. Daarop verzoekt Smael hetzelfde aan mr. Moszkowicz, maar dan met betrekking tot de onderhuurovereenkomst. Mr. Moszkowicz is te laat met de indiening van het verzoekschrift voor verlening van de hoofdhuurovereenkomst, waardoor het tijdig ingediende verzoek met betrekking tot de onderhuurovereenkomst wordt afgewezen. Zowel De Ridder als Smael spreken mr. Moszkowicz aan tot schadevergoeding. Bij de Hoge Raad krijgen beiden gelijk. Door te late indiening heeft mr. Moszkowicz een onnodig risico genomen.

728. Koziol 2017, p. 124: 'The notion of spreading the risk among all of those who enjoy the advantages of road traffic thus seems significant.'

Die onzorgvuldigheid levert jegens De Ridder wanprestatie op en is jegens Smael onrechtmatig. Waarop is deze onrechtmatigheid gebaseerd? Van der Kooij zoekt de verklaring in de verplaatste schade.⁷²⁹ Ingeval van verplaatste schade is voor aansprakelijkheid van mr. Moszkowicz diens hoedanigheid of diens bijzondere kennis over Smael niet relevant (par. 3.6.2). Voldoende is dat het onnodig laat indienen voor een laedens als mr. Moszkowicz tot een *specifiek* voorzienbare *schade* leidde. Maar geldt dit ook voor de winstderiving die Smael lijdt? Stel: mr. Moszkowicz dacht als gemiddelde laedens via De Ridder met een eenvoudige middenstander te maken te hebben, terwijl Smael ineens een succesvolle internetondernemer blijkt te zijn. Zuivere vermogensschade kan afhankelijk zijn van onvoorziene, individuele omstandigheden.⁷³⁰ De kennis van mr. Moszkowicz kan worden ‘opgewaarderd’ door van hem als advocaat van De Ridder te verlangen dat hij zich in het onderliggende belang van De Ridder bij verlenging had verdiept en uit dien hoofde ook het meer specifieke risico op *schade* van *Smael* niet uit het oog mocht verliezen.⁷³¹ De aansprakelijkheid jegens Smael is dan niet gebaseerd op een verplaatste schade, maar op een verhoogde zorgplicht of ‘poortwachtersfunctie’ die mr. Moszkowicz door het aanvaarden van de opdracht van De Ridder jegens Smael had (par. 4.3.2). Bij verhaal door Smael via een buitencontractuele zorgplicht, is echter minder zeker dat mr. Moszkowicz een beroep kan doen op de beperking van aansprakelijkheid die hij met De Ridder is overeengekomen.⁷³² Dat spreekt ook niet erg aan, gezien de nauwe betrokkenheid van Smael bij de opdracht van De Ridder. Is in dit geval eigenlijk niet meest onderscheidend dat mr. Moszkowicz ná De Ridder ook een opdracht van Smael tot verlenging van de onderhuurovereenkomst accepteerde? Die tweede opdracht openbaarde hem niet alleen het belang van Smael bij de verlenging van De Ridders hoofdhuurovereenkomst. Met die opdracht genoot *mr. Moszkowicz* kenbaar *voordeel* van het feit dat beide opdrachten via de onderhuurovereenkomst tussen De Ridder en Smael met elkaar verbonden waren. Met het accepteren van de opdracht van Smael wekte mr. Moszkowicz naar Smael de verwachting dat de eerdere opdracht door De Ridder mede strekt ten behoeve van Smael. Mr. Moszkowicz is dan weliswaar aanspreekbaar voor de zuivere vermogensschade die Smael lijdt, maar eventuele verweren die mr. Moszkowicz jegens De Ridder heeft, kan hij ook jegens Smael inroepen.

729. Van der Kooij 2019/612.

730. Du Perron 1999/142.

731. Du Perron 1999/346.

732. Du Perron 1999/374 e.v. Het gaat hier om zelfstandige overeenkomsten: een overeenkomst van opdracht tussen mr. Moszkowicz en De Ridder, en een onderhuurovereenkomst tussen De Ridder en Smael.

4.7 SCHADE DOOR EEN DERDE

Als ook derden 409. Meervoudige schade bestaat niet alleen wanneer voor gemiddelde mensen *aannemelijk* is dat een bepaalde schade door de laedens en de derde veroorzaakt is. Medeaansprakelijkheid kan ook bestaan wanneer vooral *condicio sine qua non verband* aannemelijk is (gedragsnormen) of sprake is van voldoende kenbaarheid (verdelingsnormen). Art. 6:102 BW duidt slechts het rechtsgevolg.⁷³³ Artikel 6:102 BW vindt eveneens toepassing wanneer voor gemiddelde mensen de gevolgen niet voorzienbaar zijn, maar toch aan de laedens en/of de derde worden *toegerekend*. Ook bij toerekening bieden de veroorzakingswaarschijnlijkheid én de voorzienbaarheid een onderscheidende maatstaf, wanneer het gaat om zowel cumulatief meervoudige schade, als alternatief meervoudige schade.

4.7.1 ... KAN CUMULATIEF VEROORZAAKT ZIJN

De schade veroorzaken 410. Een *extra inspanningsplicht* bij de derde staat niet in de weg aan eenzelfde toerekening aan de laedens, bijvoorbeeld wanneer sprake is van een blijvende invaliditeit die veroorzaakt wordt door twee achtereenvolgende medische fouten zonder dat de invaliditeit aan slechts één van beide fouten te wijten is (par. 4.3).

Begrenst feitelijk de causaliteit via wat onvoorzienbaar 411. Dit ligt pas anders als het risico voor de laedens ten tijde van de eigen normschending *onvoorzienbaar* was, of het risico voor een ander al zo specifiek voorzienbaar is dat de schadevergoedingsplicht voor de ander reeds bestaat.⁷³⁴ Wat voor de laedens 'voorzienbaarheid' is, heeft óf een feitelijke betekenis (par. 3.4.1) óf wordt ingevuld door een verhoogde of verlaagde zorgplicht (par. 4.3.1). Een geval van 'onvoorzienbaarheid', hoewel sprake is van een verhoogde zorgplicht, deed zich voor in het arrest Alpuro/Dijkhuizen.⁷³⁵ Alpuro leidt schade door een furazolidon-vergiftiging van zijn mestkalveren als gevolg van een dramatische overdosering. De overdosering is ontstaan doordat enerzijds mester Westerlaken een ernstige toedieningsfout maakt terwijl anderzijds de met een verhoogde zorgplicht belaste dierenarts Dijkhuizen de toediening van het medicijn onvoldoende begeleidt. Toch wordt de schade niet aan dierenarts Dijkhuizen toegerekend, omdat volgens de Hoge Raad *'de door Westerlaken gemaakte toedieningsfout wegens haar ernstig karakter niet meer kan worden beschouwd als een verwezenlijking van*

733. Asser/Sieburgh 6-II 2017/134.

734. Het begrip 'cumulatief' meervoudige schade is gedacht vanuit het *condicio sine qua non verband*. Vanuit de voorzienbaarheid gedacht, is bij cumulatief meervoudige schade eigenlijk sprake van 'alternatief' meervoudige schade: voor ieder van de risico's apart geldt dat de schade zols geleden, voorzienbaar moet zijn.

735. HR 25 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0691, NJ 1992/751 (Alpuro/Dijkhuizen).

het gevaar met het oog waarop Dijkhuizen zich van zijn hiervoor bedoelde onbehoorlijke handelen had behoren te onthouden' (r.o. 3.3). Anders gezegd: gezien het ernstige karakter valt de toedieningsfout door Westerlaken niet meer onder de 'typische gevolgen' waartegen Dijkhuizen's verhoogde zorgplicht Alpuro beoogt te beschermen.

412. In sommige gevallen is het risico voor een derde al zo specifiek voorzienbaar dat een *aantasting al aannemelijk* is, voordat sprake is van een normschending bij de laedens,⁷³⁶ zoals in het geval van het arrest Gemeente Leeuwarden/Los.⁷³⁷ De Gemeente Leeuwarden is jegens Los aansprakelijk voor winstderving als gevolg van het ten onrechte opzeggen van de huur wegens het zelf ter hand nemen van de exploitatie. Nadien gaat het gehuurde (Frieslandhallen) door brand verloren. De brand is aangestoken door enkele minderjarige jongens. Volgens de Hoge Raad doet deze latere gebeurtenis niet af aan de al gevestigde verplichting van de gemeente de winstderving te vergoeden.⁷³⁸ Stel nu dat Los zijn pijlen op de (ouders van de) minderjarige jongens had gericht? Om in zo'n geval de schade ook aan de tweede gebeurtenis toe te rekenen is niet vanzelfsprekend. Dit zou ertoe leiden dat de ouders aansprakelijk zijn voor schade die veroorzaakt is door de Gemeente Leeuwarden. Uit het wettelijk stelsel van limitatieve kwalitatieve aansprakelijkheden volgt dat zo'n toerekening een bijzondere rechtvaardiging behoeft.⁷³⁹ De kwalitatief aansprakelijke partij heeft immers geen enkele disculpatiemogelijkheid voor het gedrag van de ander.

Of al specifiek voorzienbaar is

4.7.2 ... OF ALTERNATIEF

413. Van meervoudige schade kan ook sprake zijn als de onzekere schade aan de laedens en de derde wordt toegerekend wegens een *extra bijdrageplicht*. Het gaat dan om gevallen van alternatief meervoudige schade (par. 3.8.2). Sprake is van twee normschendingen, maar onzeker is of de schade door de laedens of de derde veroorzaakt is. Het is niet redelijk deze onzekerheid voor rekening van de benadeelde te laten, nu beide normschendingen de benadeelde niet kunnen worden toegerekend.⁷⁴⁰ Dit rechtvaardigt een uitzondering op het uitgangspunt dat bij onzekerheid het ontstaan

Als derden hebben bijgedragen

736. Boonekamp, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:98 BW, aant. 3.3; Zie mogelijk anders: Van Boom 2003; Asser/Sieburgh 6-II 2017/88.

737. HR 7 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2795, NJ 2002/576, m.nt. J.B.M. Vranken (*Gemeente Leeuwarden/Los*).

738. Dit is slechts anders, zo voegt de Hoge Raad daaraan toe, indien de tweede gebeurtenis voor rekening komt van de laedens.

739. Bijvoorbeeld artt. 6:169, 170, 171 of 172 BW, waaraan schade als gevolg van een fout door een ander ten grondslag ligt; Van der Linden 2019, p. 448; Giesen 2020/32.

740. Kortmann 2012, p. 34; Akkermans 1997, p. 3; Koziol 2017, p. 102.

van schade niet aannemelijk is.⁷⁴¹ Hét voorbeeld vormt het geval waarin de benadeelde door één kogel is getroffen die afkomstig kan zijn van gelijktijdig schietende jagers ('alternatieve causaliteit'), of door beide kogels, waarbij ieder van de schoten dodelijk is ('dubbele veroorzaking').⁷⁴² De billijkheid van deze verdeling wordt in Nederland als zo fundamenteel gezien dat deze verdelingsregel gecodificeerd is in art. 6:99 BW. Juist de fundamentele aard van art. 6:99 BW maakt de regel kenbaar en de toepassing voorzienbaar (par. 4.4.2).⁷⁴³

Voorbeeld

414. Critici van de toepassing van alternatieve causaliteit bij massaschade zoals in het DES-arrest menen dat een laedens op die manier voor meer aansprakelijk kan worden gehouden dan hij veroorzaakt kán hebben (par. 4.5.9). Ze hebben in zoverre een punt dat de billijkheidsregel van art. 6:99 BW voor individuele producenten te belastend kán zijn. Dit noodzaakt niet tot het aannemen van een marktdeelaansprakelijkheid, met alle daaraan voor de benadeelden verbonden nadelen. Is de toepassing van art. 6:99 BW onevenredig bezwarend voor een individueel producent, dan kan daarmee rekening worden gehouden via het matigingsrecht van de rechter (art. 6:109 BW). Denkbaar is ook dat met die mitigatie al rekening wordt gehouden in de verdelingsregeling zelf. Dit is gebeurd in de Richtlijn 2014/104/EU van 26 november 2014 betreffende schadevorderingen wegens *mededingingsinbreuken*. Ieder van de deelnemers die gemeenschappelijk een inbreuk hebben gepleegd, is hoofdelijk aansprakelijk tot vergoeding van de schade (art. 6:193m BW). Dit is anders als de deelnemer een marktaandeel heeft van minder dan 5% of als de deelnemer failliet dreigt te gaan. Deze deelnemer is slechts aansprakelijk voor het eigen aandeel. Deze uitzondering veronderstelt wel dat de schade volledig verhaalbaar is bij de andere, hoofdelijk aansprakelijke deelnemers (lid 2) en dat de uitgezonderde deelnemer geen leidinggevende rol heeft gespeeld, andere ondernemingen tot een inbreuk

741. Deze onzekerheid kan niet alleen de schade raken, maar ook de normschending; Akkermans 1997, p. 69. Akkermans noemt het voorbeeld van een aanrijding door een taxi 'met een blauwe kleur en een plaatselijke vergunning', terwijl in de woonplaats van het slachtoffer twee blauwe taxi's rijden, elk van een ander taxibedrijf. Aan de billijkheidseis van art. 6:99 BW is dan niet voldaan.

742. Akkermans 1997, p. 70. Terecht stelt Akkermans dat art. 6:99 BW meer is dan een bewijsregel. Ook bij zgn. 'dubbele veroorzaking' gaat deze uitzondering op. Schieten twee jagers tegelijkertijd en wordt het slachtoffer door beide kogels gedood, dan is art. 6:99 BW eveneens van toepassing, hoewel jegens beide jagers sprake is van onzekere schade.

743. De billijkheid van art. 6:99 BW is internationaal niet algemeen geaccepteerd. Art. 3:103 (1) PETL gaat uit van een proportionele aansprakelijkheid 'in proportion to the degree of likelihood'; Koziol 2017, p. 103, meent dat voor toepassing van alternatieve causaliteit sprake moet zijn van 'an acute, concrete risk'; Beide oplossingen lijken meer geïnspireerd door alternatieve causaliteit als een gedragsrisico te zien, dan als een verdelingsrisico.

heeft aangezet of eerder schuldig is bevonden aan een inbreuk op het mededingingsrecht (lid 3).⁷⁴⁴

415. Het voorgaande ligt anders als de schade meer aannemelijk door een ander risico veroorzaakt is, of niet aannemelijk is dat de schade door de alternatieve normschendingen veroorzaakt kan zijn.⁷⁴⁵ Het eerste geval doet zich voor wanneer twee jagers schieten met verschillende typen kogel en het slachtoffer door slechts één kogel getroffen is. Door vergelijking van de kogels is achteraf te bepalen welke jager het slachtoffer geraakt heeft. In zo'n geval wordt invulling gegeven aan de mogelijkheid van tegenbewijs die art. 6:99 BW de laedentes biedt.⁷⁴⁶ Eén van beide is in staat aannemelijk te maken dat *niet* hij de oorzaak van de schade is.

Begrenst *feitelijk* de kenbaarheid via wat als oorzaak

416. De tweede begrenzing van alternatief meervoudige toerekening geldt indien *niet* aannemelijk is dat de schade door de alternatief meervoudige risico's veroorzaakt *kan* zijn. Art. 6:99 BW verlangt dat dit 'vast staat',⁷⁴⁷ maar zoals hiervoor uiteengezet (par. 3.8.2): die eis is te strikt. De toepassing van art. 6:99 BW is gebaseerd op de aannemelijkheid dat de schade door twee of meer normschendingen veroorzaakt kan zijn. Een 'redelijke mate van zekerheid' dat de schade door twee of meer aansprakelijke partijen veroorzaakt kan zijn, bijvoorbeeld '3 mogelijke oorzaken, waarvan 2 normschendingen', zou moeten volstaan als beoogd wordt de benadeelde tegen dit risico te beschermen. Gereede twijfel ontstaat pas als sprake is van '3 mogelijke oorzaken, waarvan slechts 1 normschending' of '4 mogelijke oorzaken, waarvan slechts 2 normschendingen'.⁷⁴⁸ In dergelijke gevallen is onvoldoende aannemelijk dat het risico dat de schade door twee of meer normschendingen veroorzaakt kan zijn, zich heeft gerealiseerd.

Of mogelijke oorzaak onaannemelijk is

4.8 SCHADE DOOR DE BENADEELDE

417. Ook bij toerekening wegens *extra inspanning* kan sprake zijn van eigen schuld. Een verhoogde zorgplicht bij de laedens staat niet aan eigen schuld

Bij eigen schuld

744. Lid 4 kent ook nog een bijzondere regeling voor de 'verklikkende' deelnemer.

745. Ook het begrip 'alternatief' meervoudige schade is gedacht vanuit het *condicio sine qua non* verband. Vanuit de voorzienbaarheid bezien, is bij alternatief meervoudige schade eigenlijk sprake van 'cumulatief' meervoudige schade: alleen tezamen is de billijheidsregel van art. 6:99 BW voldoende voorzienbaar.

746. '(...), tenzij hij bewijst dat deze niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hijzelf aansprakelijk is.'

747. '(...), en staat vast dat de schade door ten minste één van deze gebeurtenissen is ontstaan, (...)'

748. Gilead, Green & Koch 2013, general report, nr. 42, illustration 2A.

bij de benadeelde in de weg. Voor een gemiddelde benadeelde moet het wel om een specifiek voorzienbaar risico gaan. Een voorbeeld biedt de wettelijke risicoaansprakelijkheid van producenten, die nadrukkelijk het beroep op eigen schuld openlaat (art. 6:185 lid 2 BW).⁷⁴⁹ De parlementaire geschiedenis noemt het voorbeeld van een automobilist die weet dat zijn remsysteem defect is en toch blijft doorrijden.⁷⁵⁰ Denkbaar is ook dat de benadeelde niet gemiddeld is en voor niet-voorzienbare risico's een zorgplicht heeft, of een kwalitatieve verantwoordelijkheid draagt voor schade die door anderen veroorzaakt is, als kinderen of ondergeschikten.⁷⁵¹

4.8.1 ... BEGRENSD DOOR DE CAUSALITEIT

Begrenst de causaliteit via wat onvoorzienbaar

418. Binnen de *feitelijke* grenzen van de causale gevolgen normeert vooral de voorzienbaarheid bij gedragsnormen de mate van schuld. Van cumulatief meervoudige eigen schuld is geen sprake als het risico ten tijde van de eigen normschending *onvoorzienbaar* was, of juist al zo specifiek voorzienbaar is dat de schadevergoedingsplicht voor de ander al bestaat. In het eerste geval gaat het om situaties waarin het risico op schade verwaarloosbaar is waardoor de normschending ontbreekt. Geoordeeld wordt dan dat de gedraging van de één vanuit het perspectief van de ander bezien zo onwaarschijnlijk of onvoorzichtig is dat die ander daarmee geen rekening behoefde te houden. Vanuit het perspectief van de laedens bezien gaat het bijvoorbeeld om een automobilist die met grote snelheid door een plas rijdt en slipt waardoor schade aan de auto ontstaat. De gemeente behoefde bij haar onderhoudsplicht geen rekening te houden met zo'n graad van onvoorzichtigheid.⁷⁵² Dergelijke gedrag valt buiten de 'typische gevolgen' waartegen de verhoogde zorgplicht van de gemeente bescherming biedt.

Of al specifiek voorzienbaar is

419. Het tweede geval betreft situaties waarin het risico op schade voor de ander zo specifiek voorzienbaar is dat een *aantasting* eigenlijk *al is ontstaan* waardoor om die reden van een relevant, nieuw risico geen sprake is. Vanuit het perspectief van de benadeelde bezien valt te denken aan de eigen schuld van een werknemer die op grond van de wet beperkt is tot opzet of bewuste roekeloosheid (art. 7:658 lid 2 BW), of de 100% regel in het verkeer. Ingeval van een aanrijding met gemotoriseerd verkeer krijgen kinderen tot 14 jaar 100% van hun schade vergoed, tenzij bij het kind sprake is van aan opzet grenzende roekeloosheid. Van opzet, daaraan grenzende

749. Cane 2017, p. 49; Visscher 2005, p. 248.

750. Lankhorst, in: T&C Burgerlijk Wetboek, art. 6:185, aant. 8; *Kamerstukken II* 1987/88, 19 636, nr. 6, p. 21 (MvA).

751. Lankhorst, in: T&C Burgerlijk Wetboek, art. 6:185, aant. 8.

752. HR 10 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC1364, NJ 1970/292; HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, NJ 1993/547, m.nt. C.J.H. Brunner (*Bussluit*).

roekeloosheid of bewuste roekeloosheid zal niet snel sprake zijn. Gezien de hoge graad van zorg die wordt verlangd van werkgevers en gemotoriseerd verkeer én de onvermijdelijke momenten van onachtzaamheid of impulsiviteit van werknemers resp. kinderen, zal in de regel een ongeval voor een werkgever of een gebruiker van gemotoriseerd verkeer eerder als specifiek voorzienbaar worden beschouwd dan voor een werknemer resp. een kind.⁷⁵³

4.8.2 ... VERDEELD VOLGENS DE VOORZIENBAARHEID

420. Niettemin kan ook in gevallen waarin sprake is van een verhoogde zorgplicht redelijk zijn de schade via de *causaliteitsafweging* tussen de laedens en de benadeelde te verdelen, omdat tegenover de verhoogde zorgplicht van de laedens een zodanig specifiek voorzienbaar risico van de benadeelde staat, dat deze schade deels voor rekening van de benadeelde komt. Te denken valt aan een eigen verkeersfout van een niet-gemotoriseerde verkeersdeelnemer,⁷⁵⁴ of de 'prima vista' onjuistheid van een concept dadingsovereenkomst.⁷⁵⁵ Een verdeling kan ook gerechtvaardigd zijn vanwege het feit dat op zowel de laedens als de benadeelde een verhoogde zorgplicht rust, zoals ingevallen van opstallen,⁷⁵⁶ motorrijtuigen,⁷⁵⁷ beleggingen,⁷⁵⁸ de 'aard en strekking van de overeenkomst',⁷⁵⁹ of ingeval van ondeskundig gebruik van een gebrekkig product door een ingehuurde spuitser.⁷⁶⁰ De verdeling en het toerekenen zijn in dergelijke gevallen nog wel van elkaar te onderscheiden. Bij toerekening gaat het om de afweging van ieders bijzondere inspanning ten opzichte van een in beginsel onvoorzienbaar risico. De verdeling ziet op de afweging van beide uitkomsten aan de

Ook de verdeling

753. Eigen schuld, zie HR 1 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7631, NJ 1991/720 m.nt. C.J.H. Brunner (*Ingrid Kolkman*); Overmacht, zie HR 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0252, NJ 1991/721, m.nt. C.J.H. Brunner (*Marbeth van Uitregh*); Beroepsfout notaris, zie HR 23 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL4084, *RvdW* 2010/580. Het feit dat de kinderen de vader tot rekening en verantwoording konden aanspreken en de volmacht van de notaris op grond van dwaling of bedrog konden vernietigen, staat niet in de weg aan hun aanspraak jegens de notaris wegens voorafgaand bedrog resp. onzorgvuldig handelen.

754. HR 28 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0526, NJ 1993/566, m.nt. C.J.H. Brunner (*Iza Vrerink*); Behoudens opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid kan het gedrag van voetgangers of fietser (van 14 jaar of ouder) tot eigen schuld leiden, zij het niet meer dan 50%.

755. HR 13 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4119, NJ 2006/59 (*Beroepsfout notaris*).

756. HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, NJ 2011/465, m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*).

757. Automobilist en bromfiets, zie HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9070, NJ 2005/466, m.nt. W.D.H. Asser (*Stad Rotterdam/Stam*); HR 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2026, NJ 2006/20 (*Stad Rotterdam/Ibrahim*); Twee automobilisten, zie HR 5 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4046, NJ 2001/632.

758. Misleidende brochure. Zie HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2820, NJ 2010/622, m.nt. J.B.M. Vranken (*Project Themare*).

759. HR 25 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7010, NJ 2004/556, m.nt. J. Hijma (*Bunink/Manege Nieuw Amstelland*).

760. HR 2 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU5661, NJ 2006/444, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijpma/Groot*).

hand van de verlangde extra voorzienbaarheid als toerekeningsmaatstaf: *'Deze toepassing houdt een causaliteitsafweging in, die in een geval als het onderhavige daarop neerkomt dat moet worden beoordeeld in welke mate enerzijds het gedrag van het kind en anderzijds de wijze van rijden van het motorrijtuig gevaar voor het ontstaan van de aanrijding in het leven heeft geroepen.'*⁷⁶¹

Vult de
voorzienbaar-
heid in

421. De schade kan ook geheel of deels voor eigen rekening van de benadeelde blijven, omdat bij de laedens niet zozeer sprake is van een extra inspanningsplicht maar juist van een *verminderde inspanningsplicht*, bijvoorbeeld ingeval sprake is van een 'ondernemende of toezichthoudende' mens. Een ondernemende of toezichthoudende mens weet dat zijn handelen meer schade veroorzaakt dan voor een gemiddeld mens bij wege van *collateral damage* het geval is. Dergelijk handelen of nalaten is geoorloofd omdat met dit handelen en nalaten van een ondernemende of gemiddeld mens ook belangrijke voordelen voor de gemeenschap verbonden zijn. Die verruimde handelingsvrijheid is evenwel niet onbegrensd. Schendt een ondernemende of gemiddelde mens bepaalde gedragsnormen, dan is hij volledig aansprakelijk voor de daardoor veroorzaakte schade. Toch kan ook dan de verminderde inspanningsplicht tot een verminderde toerekening leiden. Verheij bepleit de mogelijkheid dat de aansprakelijkheid van de toezichthouder op grond van art. 6:98 BW wordt beperkt tot bijvoorbeeld 10% van de schade (par. 4.3.4).⁷⁶²

Voorbeeld

422. Juist in gevallen waarin de benadeelde de gehele schade ook op een andere, 'primair' aansprakelijke partij kan verhalen, wint het argument van een verminderde inspanningsplicht in de toerekening van de schade aan gewicht. Maes spreekt in navolging van o.a. Giesen en Van Boom van een '*secundaire aansprakelijkheid*' die rechtvaardigt dat de schade in plaats van hoofdelijk, deels aan de secundair aansprakelijke partij wordt toegerekend. Anders dan Maes meent, is de rechtvaardiging van die verminderde toerekening naar mijn mening niet gelegen in een causaliteitsafweging van gedrag en voorzienbaarheid, maar in een weging van verdelingsargumenten waarin vooral het belang dat de gemeenschap heeft bij die verminderde toerekening, een begrenzend factor is, vergelijkbaar met de toepassing van de relativiteit (par. 4.3.3). Als sprekend voorbeeld wijst Maes op de '*tort*

761. Verkeersongeval, zie HR 2 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1745, NJ 1997/702, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Keulen/Trias*); In dezelfde zin: Nieuwenhuis 1997, p. 80, die verwijst naar de mate van waarschijnlijkheid dat de omstandigheden zouden leiden tot het ontstaan van de schade; Keirse & Jongeneel 2013/114 e.v. die de causaliteitsmaatstaf typeren als 'symmetrisch' en 'gradueel'.

762. Verheij 2019/23.3, komt tot deze suggestie omdat hij meent dat het juist de hoofdelijkheid is die de rechter terughoudend deed zijn in het aansprakelijk houden van de overheid voor gebrekkige controle of falend toezicht.

insurance crisis' in de jaren tachtig van de vorige eeuw die de herverdeling van schade via gedragsnormen voor verzekeraars onverzekerbaar maakte en het gevolg was van de hoofdelijke, *'joint and several liability'* van zogenaamde *'deep pocket defendants'*. In de *Restatement of Torts* heeft dit geleid tot de mogelijkheid van deelaansprakelijkheid of *'several liability'* voor 'minimale medeveroorzakers'.⁷⁶³ Het is belangrijk te onderkennen dat de grondslag voor die deelaansprakelijkheid of *'several liability'* gelegen is in de herverdeling van schade, niet in gedragsnormen. Alleen dan wordt duidelijk dat zo'n verminderde toerekening ook buiten gevallen van hoofdelijkheid kan bestaan; dat een deelaansprakelijkheid van de 'minimale medeveroorzakers' niet noodzaakt tot een deelaansprakelijkheid of *'several liability'* van ook de 'primair' aansprakelijke partij (die kan dus voor de gehele schade aansprakelijk blijven),⁷⁶⁴ en dat zelfs als voorwaarde voor 'secundaire aansprakelijkheid' kan gelden dat de 'primair' aansprakelijke partij geen verhaal biedt.⁷⁶⁵ Alleen in het laatste geval is immers daadwerkelijk sprake van 'secundaire aansprakelijkheid', niet alleen wat betreft de vergoedingsgrond, maar juist ook ten aanzien van de schadetoerekening.

4.8.3 ... EN GECORRIGEERD DOOR DE BILLIJKHEID;

423. Bij het toerekenen van risico's op grond van een extra of verminderde inspanning wordt rekening gehouden met de aard van het risico. Zo verlangt het risico van letselschade vaak specifieke maatregelen. Toch bestaat uiteindelijk verschil in wat voor iemand 'schade' vormt, als het gaat om enerzijds de schade-vergoedende laedens en anderzijds de schade-lijdende benadeelde, zeker als de benadeelde letselschade lijdt en/of niet verzekerd is.⁷⁶⁶ Ook bij de toerekening van de schade telt dit verschil in schade volwaardig mee.⁷⁶⁷ De aard en ernst van de gerealiseerde schade, of de wijze waarop het tot een vergoeding komt, kan reden zijn voor een aanvullende *billijkheidscorrectie*.⁷⁶⁸ De toerekening van extra schade aan de laedens wordt

Niet alles
vergelijkbaar

763. Maes 2020, p. 377-383.

764. Anders dan Verheij, lijkt Maes wel hiervan uit te gaan. Zie Maes 2020, p. 510.

765. Zie bijvoorbeeld met betrekking tot kartelschade: art. 6:193m lid 2 BW.

766. Verkeersongeval, zie HR 4 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1426, NJ 2002/214, m.nt. C.J.H. Brunner. Om die reden komt aan de 100% en de 50% regel niet automatisch reflexwerking toe, met name niet wanneer het om letselschade van een onverzekerde bestuurder van een motorrijtuig jegens een verzekerde fietser gaat.

767. HR 5 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2522, NJ 1998/402, m.nt. J. Hijma; Keirse & Jongeneel 2013/117.

768. HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1196, NJ 1995/236, m.nt. C.J.H. Brunner (*Anja Kellenaers*). De algemene, vaste 100% regel geldt niet, omdat Anja Kellenaers 14 jaar en 8 maanden oud is. Het feit dat zij geestelijk en/of lichamelijk zich niet wezenlijk onderscheidt van haar jongere klasgenootjes die de leeftijd van 14 jaar nog niet hebben bereikt, kan via de billijkheidscorrectie er alsnog toe leiden dat de automobilist de schade geheel moet dragen; HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8490, NJ 2005/455, m.nt.

soms gebillijkt door de bijzondere omstandigheden van het individuele geval (par. 3.9.3).

4.8.4 ... OF VERDEELD VOLGENS DE WAARSCHIJNLIJKHEID

Als de benadeelde heeft bijgedragen

424. De verdeling van schade is niet alleen mogelijk in geval van een cumulatief meervoudige schade, maar ook wanneer op de laedens een *extra bijdrageplicht* rust. Het gaat dan om gevallen van *alternatief* meervoudige schade. Is de schade veroorzaakt door de laedens óf de benadeelde, dan realiseert zich niet het risico dat de schade veroorzaakt kan zijn door verschillende aansprakelijke partijen (art. 6:99 BW), maar wel het risico dat de schade veroorzaakt kan zijn door de laedens óf de benadeelde. Is dat niet ook een risico waaraan een laedens zich niet zomaar kan onttrekken? Een aanwijzing daartoe kan gevonden worden in art. 6:102 lid 1 BW, dat de eigen schuld regeling (art. 6:101 BW) van 'overeenkomstige toepassing' verklaart tussen hoofdelijk verbonden laedentes, zonder onderscheid te maken tussen cumulatieve of alternatieve schade.⁷⁶⁹

Voorbeeld

425. Dat inderdaad een wens bestaat de laedens ook voor alternatieve oorzaken te kunnen aanspreken, is af te leiden uit de toenemende toepassing van de *proportionele aansprakelijkheid*. Bij proportionele aansprakelijkheid gaat het in feite om gevallen van 'alternatieve eigen schuld'. Via 'kansschade' staan het Franse en Engelse recht, anders dan het Duitse recht, open voor een proportionele aansprakelijkheid.⁷⁷⁰ Ook in Nederland worden kansschade en proportionele aansprakelijkheid steeds meer toegepast, hoewel dit volgens de Hoge Raad in het arrest Nefalit/Karamus geen toepassing van art. 6:101 BW mag heten.⁷⁷¹ Karamus was bij Nefalit van 1964 tot 1979 blootgesteld aan asbeststof. In 1997 werd bij hem 'gewone' longkanker vastgesteld. Nefalit erkende aansprakelijkheid, maar voerde als verweer dat de longkanker meer waarschijnlijk veroorzaakt was doordat Karamus ten minste 28 jaar had gerookt. Volgens een deskundige bedroeg

W.D.H. Asser; HR 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2026, NJ 2006/20 (*Stad Rotterdam/Ibrahim*).

769. HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0873, NJ 2012/614 (*London/Delta Lloyd*). Verkeersongeval, de benadeelde wordt twee keer aangereden. Niet meer vastgesteld kan worden wie (welk deel van) de gehele schade heeft veroorzaakt. Beide aanrijders erkennen aansprakelijkheid. In hun onderlinge verhouding gaan hof en Hoge Raad uit van een draagplicht naar gelijke delen; Vgl. ook in een geval van productaansprakelijkheid het verschil in marktaandeel tussen hoofdelijk aansprakelijke partijen. Zie Boonekamp, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:99 BW, aant. 8.2.

770. Van Dam 2013/1110; Cane 2017, p. 91 – 92; Koziol 2017, p. 108, die voorts verwijst naar art 3:106 PETL.

771. HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, NJ 2011/250, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*); HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8348, NJ 2013/236, m.nt. Lindenbergh (*NN/Moeder en zoon*), r.o. 4.3.

de waarschijnlijkheid dat de longkanker door blootstelling aan asbeststof veroorzaakt was, 55%. 45% hield verband met Karamus' rookverleden of een andere oorzaak. Het hof past art. 6:101 BW toe. De Hoge Raad handhaaft het proportionele oordeel van het hof, maar baseert de verdeling op de redelijkheid en billijkheid, *'mede gelet op de aan de art. 6:99 en 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten'*. Welke andere *'uitgangspunten'* kunnen dit nu zijn dan dat *'onder omstandigheden'* ook alternatieve eigen schuld voor wederzijdse verdeling in aanmerking komt?

426. Die *'omstandigheden'* bestaan uit een *gedeeld verdelingsrisico* waarbij in het specifieke geval de individuele causale bijdragen moeten worden onderscheiden, omdat: *'(...) Ten aanzien van de tussen die beide uitersten gelegen gevallen (...) het (...) in het algemeen, mede gelet op de strekking van de onderhavige norm — het voorkomen van gezondheidsschade bij de werknemer — en de aard van de normschending als hiervoor aangeduid, uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar [is] de onzekerheid over de mate waarin de tekortkoming van de werkgever heeft bijgedragen tot de schade van de werknemer, in zijn geheel op de werknemer af te wentelen. Eveneens onaanvaardbaar, maar nu tegenover de werkgever, ook al is deze tegenover de werknemer tekortgeschoten in zijn zorgplicht, is het echter de onzekerheid over het causaal verband met de schade van de werknemer geheel voor risico van de werkgever te laten komen, in weerwil van de niet zeer kleine kans dat buiten de uitoefening van de werkzaamheden gelegen omstandigheden die aan de werknemer moeten worden toegerekend (zoals roken, genetische aanleg, veroudering of van buiten komende oorzaken), de schade (mede) hebben veroorzaakt. (...)'*⁷⁷² Met het criterium *'onaanvaardbaar'* maakt de Hoge Raad terecht duidelijk dat voor zo'n verdeling wel een voldoende noodzaak moet bestaan (par. 4.4.2).

Noodzaak tot evenredige verdeling

427. Tegelijkertijd is het bestaan van zo'n noodzaak niet uniek. Te denken valt aan de wettelijke regeling inzake *proceskostenveroordeling* (art. 237-240 Rv). Proceskosten komen in afwijking van art. 6:96 lid 2 BW slechts ten dele voor vergoeding in aanmerking. Procederen vormt geen gedragsrisico dat een verliezende partij behoort te vermijden, integendeel. In zoverre kan de kostenvergoeding voor de laedens niet als een schadelijk gevolg van een specifiek voorzienbaar risico worden gezien, maar slechts als een algemeen verdelingsrisico. Een proceskostenvergoeding is distributief van aard. Tegelijkertijd wordt een algehele vergoeding van proceskosten ongewenst bevonden. Een algehele vergoeding schaadt de toegang tot de rechter en

Voorbeeld

772. HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, NJ 2011/250, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*), r.o. 3.13.

verhoogt het risico op eigenrichting.⁷⁷³ Een deel van de proceskosten blijft daarom voor rekening van de winnende partij. Ook voor de winnende partij vormt het procederen geen te vermijden risico. Het voor eigen rekening blijven van een deel van de proceskosten kan ook voor de benadeelde niet als het gevolg van een handelingsalternatief worden gezien. Het voor eigen rekening blijven van een deel van de proceskosten is voor de benadeelde evenzeer distributief.⁷⁷⁴

Tenzij geen
causaal
verband met
verdelings-
risico

428. De verdeling van onzekere schade komt niet in beeld als het *condicio sine qua non verband* met het risico van de laedens of de benadeelde niet onzeker is, maar eenvoudig onaannemelijk. Zo ontbreekt causaal verband met het verdelingsrisico van de laedens indien het risico al eerder *meer specifiek* voorzienbaar was voor de benadeelde, bijvoorbeeld wanneer de houder van een vernietigde bouwvergunning al begint met bouwen voordat de vergunning definitief is komen vast te staan,⁷⁷⁵ of gezien de uiteenlopende ernst van gemaakte fouten bij achteraf onterecht strafvorderlijk optreden,⁷⁷⁶ of indien de schade door de benadeelde onvoldoende wordt beperkt.⁷⁷⁷ In dergelijke gevallen kan gezegd worden dat het risico op schade aan de zijde van de benadeelde al zo specifiek voorzienbaar was, dat van een aantasting al sprake is voordat het verdelingsrisico van de laedens zich kon realiseren. De oorzaak van het causaal verband is in dergelijke gevallen niet meer onzeker, maar onaannemelijk. De oorzaak van de schade is te herleiden naar een zich al eerder realiserend gedragsrisico aan de zijde van de benadeelde.

773. HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:147, NJ 2016/167, m.nt. S.D. Lindenbergh.

774. Ander voorbeelden vormen de vergoeding van kosten aan een bezitter te goeder trouw (art. 3:120 lid 2 BW), aan een vinder (art. 5:10 lid 1 BW) of in geval van onverschuldigde betaling (art. 6:207 BW). Dergelijke vergoedingen vormen geen schadelijke gevolgen van een specifiek voorzienbaar risico, dat de laedens in het specifieke geval van een handelingsalternatief voorzag. Tegelijkertijd zijn deze vergoedingen ook voor de benadeelde wettelijk distributief beperkt tot de kosten, dus niet: de gedeelde winst.

775. Scheltema en Scheltema 2003, p. 369 e.v. HR 29 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1358, NJ 1997/396, m.nt. M. van der Scheltema (*Bouwvergunning Schuttersduin*). De houder van een bouwvergunning die al met bouwen begint voordat definitief is komen vast te staan dat de vergunning niet meer kan worden vernietigd, handelt op eigen risico en kan niet naderhand de gemeente aanspreken uit onrechtmatige daad, wanneer een ingesteld bezwaar of beroep tot vernietiging van de vergunning leidt.

776. HR 1 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1078, NJ 1993/761; HR 20 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1179, NJ 1994/242; HR 14 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR1522, NJ 2005/346, m.nt. C.J.H. Brunner; HR 23 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7193, NJ 2012/377, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Palthe/DNB en AFM*).

777. HR 27 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1107, NJ 1990/528. Caféhouder stopt exploitatie en heropend niet nadat hij erachter komt dat beroep tegen de intrekking schorsende werking heeft. Vanaf dat moment kan de schade niet meer aan het onrechtmatig handelen van de gemeente worden toegerekend; HR 29 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1358, NJ 1997/396, m.nt. M. van der Scheltema (*Bouwvergunning Schuttersduin*).

429. Het gaat bij proportionele aansprakelijkheid of kansschade om een causaliteitsweging in gevallen van alternatieve eigen schuld. Vindt bij cumulatieve eigen schuld de causaliteitsweging plaats via een weging van de individuele voorzienbaarheid (par. 3.9.2), bij alternatieve eigen schuld wordt ieders bijdrage bepaald aan de hand van de waarschijnlijkheid of het individuele 'aansprakelijkheidsverband'. Zoals wanneer bij 'overeenkomstige toepassing' van art. 6:102 lid 1 BW de producenten onderling afrekenen naar hun marktdeelaansprakelijkheid.⁷⁷⁸ Welke producent de schade in het individuele geval veroorzaakt heeft, is onzeker. Als algemeen verdelingsrisico komt deze onzekerheid op grond van art. 6:99 BW voor risico van de gezamenlijke producenten, mits voldoende aannemelijk is dat één van hen de schade veroorzaakt heeft (par. 3.8.2). De onderlinge verdeling vindt plaats aan de hand van de individuele *veroorzakingswaarschijnlijkheid*. Anders dan geldt bij toerekening wegens een verhoogde inspanning, zijn ingeval van een proportionele aansprakelijkheid de verdeling en de toerekening niet meer van elkaar te onderscheiden. Bij zowel de toerekening als de verdeling gaat het om het onevenredig voordeel dat de laedens ten opzichte van het nadeel van de benadeelde geniet. Kansschade en proportionele aansprakelijkheid geven invulling aan deze herverdeling of toerekening. Over de precieze betekenis van 'kansschade' en 'proportionele aansprakelijkheid' bestaat evenwel onduidelijkheid.⁷⁷⁹

Deze verdeling
betreft ...

430. Kansschade en proportionele aansprakelijkheid zijn geen synoniemen voor *geleden verlies* ('proportionele aansprakelijkheid') en *gederfde winst* ('kansschade'), zoals sommigen menen.⁷⁸⁰ Aan de begrippen geleden verlies en gederfde winst komt onvoldoende onderscheidende betekenis toe (par. 3.3.1). Schade kan op beide manieren worden gezien. Vanuit het onzekere verleden kan het verlies aan arbeidsvermogen als een gederfde winst worden beschouwd. Vanuit het zekere heden kan het gemis aan arbeidsvermogen ook als een geleden verlies worden gezien. Bij 'kansschade' en 'proportionele aansprakelijkheid' zou het dan in feite om hetzelfde gaan, wat niet juist is.

... niet geleden
verlies,
gederfde
winst ...

778. Boonekamp, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:99 BW, aant. 8.2.

779. Ook de PETL en DCFR kent dit onderscheid. De 'loss of a chance' is neergelegd in art. 3:106 PETL resp. VI-art. 2:101 comment 22, VI-2:201 comment 3 DCFR. De 'causal proportional liability' is terug te vinden in art. 3:103 van de PETL en wordt afgewezen in de DCFR: VI-art. 4:103 comment 5.

780. Lindenbergh, Akkermans en Van Dijk menen dat beide leerstukken inwisselbaar zijn. Zie S.D. Lindenbergh, annotatie bij HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237, par. 8; Chr. H. van Dijk & A.J. Akkermans, annotatie bij HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *JA* 2013/41, par. 5 e.v.; Kansschade en proportionele aansprakelijkheid worden slechts besproken in verband met *geleden nadeel*; *Asser/Sieburgh 6-II* 2013/79; Toekomstige schade wordt door Bloembergen in zijn dissertatie niet behandeld, Bloembergen 1965.

... noch vestiging,
begroting ...

431. 'Kansschade' en 'proportionele aansprakelijkheid' houden ook geen verband met de begrippen *vestiging* ('proportionele aansprakelijkheid') en *begroting* ('kansschade'), zoals anderen stellen en ook de Hoge Raad meent.⁷⁸¹ De 'vestiging' van de vergoedingsplicht is in die lezing althans te beperkt gebaseerd op alleen het *condicio sine qua non* verband, terwijl voor het ontstaan van een schadevergoedingsplicht het hele – in Kösters woorden – 'aansprakelijkheidsverband' moet worden meegenomen.⁷⁸² Voor de 'vestiging' van een vergoedingsplicht is het voorafgaande risico bij uitstek van belang (par. 4.5). Een geïsoleerd begrip 'kansschade' wil de causaliteitsonzekerheid wegdenken door 'de gemiste kans' te definiëren als een zelfstandig te begroten schadebelang. Los van de vraag of dit kan,⁷⁸³ op die manier wordt de 'vestiging' van de schade losgekoppeld van het voorafgaande risico, en het begrip 'kansschade' losgekoppeld van de daadwerkelijk geleden schade. De ont koppeling van risico van schade doet geen recht aan beide begrippen. De billijkheid van 'kansschade' kan niet anders dan door het voorafgaande risico worden gelegitimeerd. De ont koppeling van risico en schade is ook feitelijk niet juist. Over schade kan niet zinvol gesproken worden los van het voorafgaande risico (par. 2.5). Ik heb dat hopelijk in hoofdstuk 3 laten zien. De ont koppeling van risico en schade ontnemt goed zicht op het toepassingsbereik van 'kansschade' en 'proportionele aansprakelijkheid', zoals de jurisprudentie laat zien. Zo stelt de Hoge Raad wel dat proportionele aansprakelijkheid 'terughoudend' moet worden toegepast en dat voor 'sommige situaties' de toepassing van kansschade gerechtvaardigd is.⁷⁸⁴ Op welke omstandigheden die 'terughoudend' en 'sommige situaties' zien, blijft volstrekt onduidelijk.

... maar vestiging én omvang

432. Bij zowel 'kansschade' als 'proportionele aansprakelijkheid' gaat het om de *vestiging* én de *omvang* van de schadevergoedingsplicht, wanneer causaal verband met enig onzorgvuldig handelen minstens *onzeker* is, maar het aannemen van een zuivere risico(deel)aansprakelijkheid naar zijn aard noodzakelijk is en naar de omvang evenredig (par. 4.4). Zo komen 'kansschade' en 'proportionele aansprakelijkheid' niet in beeld als de 'schade'

781. Tjong Tjin Tai, *NJB* 2016/1605, nr. 6. Volgens Tjong Tjin Tai gaat het bij 'aantasting' om de (vestiging van de) 'werkelijke' situatie, waarop proportionele aansprakelijkheid een uitzondering maakt; en bij het 'nadeel' om de (begroting van de) 'hypothetische' situatie, waartoe kansschade dient; Vgl. in dezelfde zin *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/79; met enig voorbehoud. Zie Klaassen 2017/59.

782. Köster 1963, p. 15.

783. Koziol 2017, p. 113. Koziol betoogt nadrukkelijk dat het verlies van een kans geen zelfstandige schadepost kan zijn; Zie ook Nieuwenhuis, *TPR* 2002, p. 1712 – 1713.

784. Proportionele aansprakelijkheid: HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*). Kansschade: HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:461 (*ISG/Natwest Markets*).

nog louter een 'risico' is, omdat, zoals hiervoor gezien (par. 4.3.3), van 'typische gevolgen' geen sprake is. Weliswaar kan bij de benadeelde sprake zijn van een relevant risico indien de benadeelde is blootgesteld aan een gevaarlijke stof waardoor een kwade 'kans' van 30% op invaliditeit bestaat.⁷⁸⁵ Er bestaat niet snel reden dit risico als schade te duiden door bijvoorbeeld 30% van de mogelijk te maken kosten van medische verzorging, toe te rekenen. Een dergelijke ruime toepassing van 'kansschade' verandert het uitgangspunt van schadevergoeding in een risicovergoeding.⁷⁸⁶ *'Hence, the existence of a chance of use cannot be considered an independent good to be evaluated separately in addition to the pecuniary good, in the sense that in the event of destruction of the chance it would be included as a separate loss of value in the pecuniary balance (...).'*⁷⁸⁷ Ook Nieuwenhuis noemt de 'ontologische status van het verlies van een kans, opgevat als schade, uiterst problematisch'.⁷⁸⁸

433. 'Kansschade' en 'proportionele aansprakelijkheid' komen ook niet in beeld als de 'schade', integendeel, juist *aannemelijk* is. Baijings werkte als president bij Douwe Egberts. Douwe Egberts wendt zich tot de kantonrechter te Utrecht met het verzoek de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens een gewichtige reden: een verandering van omstandigheden. De onderhandelingen liepen eerder stuk, onder andere over de schade die Baijings stelt te lijden doordat hij als gevolg van de beëindiging de hem toegekende opties in de Amerikaanse moedervennootschap Sara Lee niet kan uitoefenen. De kantonrechter wijst de ontbinding toe. De kantonrechter wijst ook een vergoeding toe, maar weigert daarin de misgelopen opties te betrekken. Daarvoor moet Baijings volgens de kantonrechter een afzonderlijke procedure starten. Baijings start alsnog een aparte procedure waarin de kantonrechter vervolgens zijn vordering ten aanzien van de misgelopen opties afwijst. De advocaat van Baijings, mr. H., verzuimt hoger beroep in te stellen tegen dit vonnis. Baijings richt dan zijn pijlen op mr. H., met de stelling dat zijn vordering in hoger beroep zou zijn toegewezen. De rechtbank wijst Baijings een forse schadevergoeding toe, omdat de mogelijkheid bestond dat de appelprocedure gunstig was verlopen. Het hof wijst de vordering af. De Hoge Raad casseert.⁷⁸⁹ In geval van een *'trial within a trial'* moet

Verschil
schatten ...

785. Akkermans spreekt in dergelijke gevallen van een 'belasting met een duurzaam risico' of van een 'openstaande kans'; Akkermans 1997, p. 120. Gilead, Green & Koch 2013, general report, nr. 41, illustration 13.

786. Gilead, Green & Koch 2013, general report, nr. 88; Nieskens-Ispording 1991, p. 156, die haar dissertatie eindigt met verwijzing naar de stelling dat onze maatschappij behoort te streven van een 'ieder het zijne' naar 'alles voor allen'.

787. Koziol 2017, p. 113.

788. Nieuwenhuis, TPR 2002, p. 1712 – 1713.

789. HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, NJ 1998/257, m.nt. P.A. Stein (Baijings/mr. H.).

worden beoordeeld hoe de appelrechter had behoren te beslissen. Is 'met voldoende mate van zekerheid' aannemelijk dat het verlies van de opties als schade was toegewezen, dan komt dit winstverlies volledig voor vergoeding in aanmerking.⁷⁹⁰ Baijings' schade is dan aannemelijk.

... en proportionele aansprakelijkheid

434. Althans, zo vervolgt de Hoge Raad, de schade moet worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de appellant in hoger beroep zou hebben gehad. Zowel de Hoge Raad (r.o. 5.2) als A-G Bakels (par. 3.4 COM) spreken van het 'schatten' van de goede en kwade kansen. In mijn terminologie bestaat nadrukkelijk verschil tussen het *schatten* van goede en kwade kansen, dat ziet op de *aannemelijkheid* van toekomstige schade (art. 6:105 BW) (par. 3.3.2), of het *begroten* van de goede en kwade kansen, in welk geval het veeleer gaat om de *redelijkheid* van de schade (art. 6:97 eerste zin BW) (par. 4.9). De grens tussen het schatten van schade en het toerekenen van schade is feitelijk (par. 3.3.2). Een schade van 100 kan voor 40% aannemelijk zijn, terwijl een schade van 50 mogelijk voor 80% aannemelijk is. Door het schatten van de *schade* te 'matigen' van 100 naar 50 kan de aannemelijkheid toenemen. Bij bepaalde vormen van schade is zo'n toepassing van deze feitelijke begrotingsvrijheid redelijk en aannemelijk, zoals wanneer het gaat om gedeelde winst of toekomstige schade. Wanneer een dergelijke schadepost niet voor 100 maar voor 50 wordt toegewezen, omdat een schadepost van 50 in het hypothetische scenario wel aannemelijk is, maar een schadepost van 100 niet, dan is geen sprake van kansschade of proportionele aansprakelijkheid, maar van schattingsvrijheid. Wie als laedens het algemene risico van een bepaalde schade draagt, is ook verantwoordelijkheid voor het schatten ervan in een individueel geval (par. 3.5.2). Andere vormen van schade, zoals bepaalde vormen van geleden verlies, zijn als schade minder plooibaar. De 30% verlieskans met betrekking tot de misgelopen opties, maakt de schade voor Baijings niet ineens gelijk aan 30% van de misgelopen optiewaarde. Wil een rechter in zo'n geval toch een schadevergoeding toekennen, dan gaat schadeberekening over in schade-toerekening. Met 'schatten' bedoelen Hoge Raad en A-G Bakels klaarblijkelijk de schade te 'begroten' op de verloren kans of een proportioneel deel van de schade. Onduidelijk blijft welke toerekeningswijze wordt gekozen, en waarom.

Moment van schadevaststelling

435. Bij zowel 'kansschade' als 'proportionele aansprakelijkheid' gaat het om de vestiging en de omvang van de schadevergoedingsplicht, in de vorm van een noodzakelijke herverdeling, waarbij vanuit de gemeenschap bezien

790. Vgl. HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1308, waarin de verhaalbaarheid van de misgelopen vordering werd betwist.

het meest kwetsbare nadeel van de benadeelde ten laste van het meest uitgesproken voordeel van de laedens komt. In die herverdeling loopt het onderscheid tussen 'kansschade' en 'proportionele aansprakelijkheid' langs de lijnen van *toekomstige schade* resp. *geleden schade*.⁷⁹¹ Het verschil tussen 'kansschade' en 'proportionele aansprakelijkheid' is dus afhankelijk van het moment van *schadevaststelling*: of de schade nog toekomstig is of al geleden. Dit moet per schadepost beoordeeld worden. Tegelijkertijd kan een bepaalde schadepost, zoals gederfde inkomsten, deels proportioneel berekend worden, deels als kansschade. Proportionele aansprakelijkheid resp. kansschade worden berekend naar de inzichten ten tijde van de schadevaststelling. 'Kansschade' en 'proportionele aansprakelijkheid' zijn daarmee nog niet gelijk aan 'toekomstige schade' resp. 'geleden schade'.⁷⁹² Toekomstige of geleden schade kan immers ook niet onzeker, maar juist 'zeker' of aannemelijk zijn.

436. Is de schade ten tijde van schadevaststelling *toekomstig*, bijvoorbeeld omdat de ziekte zich al wel heeft geopenbaard,⁷⁹³ maar het om nog toekomstige, te derven inkomsten gaat, dan kan de schade – rekening houdend met vooral de 'kwade kansen' – als 'kansschade' worden vastgesteld. Zijn de 'kwade kansen' niet méér aannemelijk dan de 'goede kansen', dan is toekomstige schade niet aannemelijk. Onzekere inkomsten worden soms tóch toegerekend vanwege de ongelijkheid, bijvoorbeeld wanneer de benadeelde een particulier is, terwijl de laedens verzekerd is; zie het arrest Vehof/Helvetia.⁷⁹⁴ Dat onevenredigheid hierin een rol speelt, blijkt als deze casus wordt vergeleken met toekomstig te derven commerciële winst. In de regel vindt bij commerciële winstderving geen toerekening plaats, maar wordt vastgehouden aan de eis van aannemelijkheid.⁷⁹⁵ Kansschade kan zich ook

Kansschade:
toekomstige
schade

791. Van Dam 2020/1006-4; Kortmann 2012, p. 45 e.v., heeft toegelicht dat de aannemelijkheid van het *condicio sine qua non* verband moet worden onderscheiden al naargelang het toekomstige of geleden schade betreft. Bij toekomstige schade gaat het om de (*kwade*) kans op een bepaalde schade, terwijl in geval van geleden schade het de *waarschijnlijkheid* betreft dat een bepaalde schade gevolg is van een bepaald risico. Kans en waarschijnlijkheid kunnen hetzelfde zijn, maar kunnen ook verschillen; Vgl. ook Nieuwenhuis, *TPR* 2002, p. 1712-1713.

792. Asser/*Sieburgh 6-II* 2017/14 en 80a e.v.; Klaassen 2017/6.1.3.

793. Zoals hiervoor toegelicht: is de schade nog geheel toekomstig, bijvoorbeeld omdat weliswaar sprake was van blootstelling aan een gevaarlijke stof waardoor een kans van 30% op invaliditeit bestaat, maar dit risico zich nog niet heeft gerealiseerd, dan leidt toepassing van kansschade tot niet enkel verruiming maar zelfs verandering van het uitgangspunt van *schadevergoeding* in een *risicovergoeding*. Dit vormt een te grote inperking van de individuele autonomie.

794. HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, NJ 1998/624 (*Vehof-Vasters/Helvetia*).

795. HR 18 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9304, NJ 1986/567, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*ENCI/Lindelauf*); Ingeval van wanprestatie zal gederfde winst in de vorm van positief contractsbelang, juist vanwege de contractuele toezegging, in beginsel aannemelijk zijn; Hebly 2019, p. 219.

voordoen bij zaakschade, bijvoorbeeld wanneer een particulier huis blootstaat aan de onzekere, toekomstige gevolgen van een mijnexploitatie in aanvulling op de waardevermindering.⁷⁹⁶ Dat in zo'n geval sprake is van 'kansschade' en niet van een aannemelijke, toekomstige schade, volgt uit het feit dat de vergoeding de waardevermindering van dat moment overstijgt. In de waardevermindering worden immers naar zijn aard alle op dat moment aannemelijke toekomstige gevolgen meegenomen, niet de op dat moment nog onzekere, toekomstige gevolgen.

Voorbeeld

437. Als gevolg van een ongeval lijdt Vehof aan een post-whiplash trauma dat een blijvende functionele invaliditeit oplevert van 5% à 10%. Als gevolg van dit letsel is Vehof niet in staat tot werkzaamheden in de verzorgende sector. Ten tijde van het verkeersongeval heeft zij geen betaald werk. Toch vordert zij NLG 600.000 van WAM-verzekeraar Helvetia wegens het verlies van arbeidsvermogen. Vehof onderbouwt dit met de stelling dat zij voornemens was een opleiding te volgen tot zieken- en bejaardenverzorgster en dat zij zich daarvoor had aangemeld. Zij wordt aangenomen, maar meldt zich vanwege de whiplashklachten weer af. Helvetia betoogt dat Vehof ook zonder het ongeval de opleiding niet had afgemaakt noch het werk gevonden. Volgens de Hoge Raad mogen geen strenge eisen worden gesteld aan Vehofs bewijs, nu de laedens Vehof de mogelijkheid heeft ontnomen zekerheid te verschaffen over wat was gebeurd als het ongeval niet had plaatsgevonden. De woorden 'geen strenge eisen' en 'de mogelijkheid ontnomen' suggereren dat ingeval van een letselschade de bewijsonzekerheid niet vanzelfsprekend ten laste van de benadeelde komt. Met Lindenbergh spreekt Klaassen van *'het voordeel van de twijfel'*.⁷⁹⁷ Verheij heeft het over *'een zekere mate van abstractie in de vorm van steunen op statistische gegevens'*.⁷⁹⁸ Per saldo gaat het over een toekomstige schade waarvan de 'kwade kans' niet meer aannemelijk is dan de 'goede kans', maar een schadevergoeding toch redelijk wordt bevonden.

Proportionele aansprakelijkheid: ...

438. 'Kansschade' is alleen mogelijk als de schade ten tijde van schadevaststelling nog toekomstig is. Gedane zaken nemen geen keer, terwijl de rechter ten tijde van de schadevaststelling rekening moet houden met alle feiten en omstandigheden die zich na de gebeurtenis waarop de aansprake-

796. HR 23 mei 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC6897, NJ 1980/466 (*Oranje Nassau Mijnen/Van den Broek*); Akkermans 1998, p. 47; Hebly 2019, p. 155.

797. Klaassen 2017/6.

798. Verheij 2019/48, met verwijzing naar HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4277, NJ 2000/437, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van der Sas/Interpolis*); Rechtvaardiging kan soms ook gevonden worden in het handhavingsbelang, zie art. 13 van de Richtlijn 2004/48/EG.

lijkheid berust, hebben voorgedaan.⁷⁹⁹ ‘De film’ moet als het ware ‘opnieuw worden afgespeeld’. Is de schade ten tijde van schadevaststelling *geleden*, bijvoorbeeld omdat de invaliditeit zich al heeft geopenbaard,⁸⁰⁰ maar met slechts 30% zekerheid als schadelijk gevolg onzeker is, dan kan toerekening op basis van een ‘proportionele aansprakelijkheid’ toch redelijk zijn.⁸⁰¹ Zo vormde de 30% ‘verlieskans’ met betrekking tot de misgelopen opties voor Baijings *feitelijk* een gerealiseerde waarschijnlijkheid die ten tijde van de schadevaststelling niet langer afhankelijk was van onzekere, toekomstige omstandigheden, en derhalve een toepassing van proportionele aansprakelijkheid, niet van ‘kansschade’.

439. ‘Kansschade’ en ‘proportionele aansprakelijkheid’ moeten nadrukkelijk van elkaar worden *onderscheiden*.⁸⁰² Beide kunnen in percentages gelijk zijn. Beide kunnen ook in percentages verschillen.⁸⁰³ Akkermans geeft het voorbeeld dat door een onrechtmatige blootstelling het risico met 30% wordt verhoogd terwijl al een ‘natuurlijk’ risico gold van 10%. Vóórdat de ziekte zich openbaart is dan sprake van een ‘kansschade’ van maximaal ‘30%’, terwijl als de ziekte zich inderdaad openbaart de mate van zekerheid dat de onrechtmatige blootstelling hiervan de oorzaak vormt 30% staat tot 10%, is gelijk aan 3:1, is gelijk aan 75% bedraagt.⁸⁰⁴ Bij geleden schade doet het partijen geen recht terug te grijpen op een inmiddels feitelijk achterhaalde ‘kansschade’. Bij geleden schade kan de toepassing van kansschade ertoe leiden dat de benadeelde hetzij een veel lagere,⁸⁰⁵ hetzij een veel hogere vergoeding ontvangt dan inmiddels als veroorzakingswaarschijnlijkheid aannemelijk is. De schade moet bepaald worden naar de mate van de veroorzakingswaarschijnlijkheid, niet naar de mate van risicoverhoging. Wanneer een bepaalde schade is ingetreden, kan voor het verleden weliswaar reken-

... geleden
schade

799. Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:97 BW, aant. 3.4; Concl. A-G Langemeijer bij HR 3 februari 1956, ECLI:NL:HR:1956:149, NJ 1956/158, m.nt. L.E.H. Rutten (*Liezen/Nijmeijer*); Rutten, VR 1964, p. 80; Bloembergen 1965/97.

800. Akkermans 1997, p. 120. Spreekt van ‘afgesneden kansen’.

801. Kortmann 2012, p. 52 e.v., wijst er niet onterecht op dat dit een andere maatstaf is dan de Hoge Raad in zijn arrest inzake *Nefalit/Karamus* toepaste, namelijk: de gehele schade van de werknemer minus de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden: wat met name van belang is ingeval sprake is van alternatieve causaliteit. Hij pleit er dan ook voor de door de Hoge Raad gehanteerde regel als de ‘Nefalit/Karamus’ regel te noemen.

802. Kortmann 2012, p. 41 e.v., die nadrukkelijk het verschil tussen een toekomstige kans en een retrospectieve onzekerheden benadrukt.

803. *Asser/Sieburgh 6-II 2017/79* en 81d; Kortmann 2012, p. 41 e.v., die aangeeft dat de verwarring komt doordat beide wijze van waardering soms gelijk zijn en doordat prospectieve kansen en retrospectieve waarschijnlijkheden in het spraakgebruik ten onrechte door elkaar gehaald worden. Hij geeft daarvan verschillende voorbeelden; Nieuwenhuis, *TPR* 2002, p. 1712-1713; Tjong Tjin Tai, *NJB* 2016/1605; *Asser/Sieburgh 6-II 2017/80b*.

804. Akkermans 1997, p. 224.

805. Kortmann 2012, p. 49.

kundig, maar in termen van schade niet meer zinvol gesproken worden van een risico.⁸⁰⁶ Voor het verleden toepassen van kansschade gaat uit van de hypothese dat de tijd stil staat, en geen vooruitgang heeft plaatsgevonden. Die hypothese is eenvoudigweg irreëel, en plaatst de schadevergoeding buiten de menselijke maat (par. 4.2.2). De toerekening van dit temporeel *fait accompli* wordt gelegitimeerd door het feit dat de benadeelde zelf kan kiezen wanneer hij schadevergoeding vordert, en daarmee of sprake is van *geleden schade* of *toekomstige schade* (par. 3.7.2).

Voorbeelden

440. Het onderscheid dat de Hoge Raad in zijn arresten van 14 december 2012, NJ 2013/236 en 21 december 2012, NJ 2013/237 maakt in de toepassing van 'proportionele aansprakelijkheid' resp. 'kansschade', namelijk: dat proportionele aansprakelijkheid anders dan kansschade terughoudend moet worden toegepast, is dan ook onjuist.⁸⁰⁷ In beide gevallen ging het ten tijde van de schadevaststelling om *onzeker*, geleden nadeel: een hersenletsel na een operatie resp. een gemist fiscaal voordeel na een advies.⁸⁰⁸ In beide gevallen was het verband tussen het hersenletsel en de operatie resp. het fiscaal voordeel en het advies onzeker. In beide gevallen lag niettemin de vraag voor naar de omvang van de schade. In beide gevallen was sprake van een normschending gebaseerd op een verhoogde zorgplicht, namelijk: een medische fout resp. een onjuist advies. In beide gevallen bestond blijkbaar reden op basis van de gelijkheid de schade toch deels toe te rekenen. In beide gevallen had daarom voor het verleden de toerekening proportioneel moeten plaatsvinden en voor zover de schade ten tijde van de schadevaststelling nog toekomstig is, bij wege van kansschade; en niet – zoals de Hoge Raad oordeelde – ten aanzien van het hersenletsel proportioneel, en ten aanzien van het fiscaal voordeel als een verloren kans.

4.8.5 ... BEGRENSD DOOR VOLDOENDE KENBAARHEID

Noodzaak
vereist

441. Van belang is nogmaals in herinnering te brengen dat, zoals de Hoge Raad het in zijn standaardarrest Nefalit/Karamus naar maatstaven van

806. De Jong 2016, p. 20. Nadrukkelijk anders: Nuninga, *NTBR* 2019/8, p. 50/51.

807. Terecht menen de meeste schrijvers dat terughoudendheid ook voor kansschade op zijn plaats is; Nieuwenhuis, *RM Themis* 2006/5, p. 177; Asser/*Sieburgh* 6-II 2017/80a; Lindenberg 2020/34.

808. Soms biedt een verhoogde zorgplicht uitkomst, die tot een verhoogd risicobesef leidt (Zie HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*)). De onzekerheid omtrent het *condicio sine qua non* verband wordt dan opgelost via de 'typische gevolgen' die bij realisatie van zo'n verhoogd risicobewustzijn aannemelijk zijn (zie hiervoor). De gehele schade komt dan alsnog voor rekening van de laedens. Maar een verhoogde zorgplicht bestaat niet altijd. Bovendien kan ook in geval van een verhoogde zorgplicht nog steeds sprake zijn van niet-kenbare schade.

redelijkheid en billijkheid formuleerde⁸⁰⁹, het bij zowel kansschade als proportionele aansprakelijkheid, in mijn woorden, gaat om een distributieve, noodzakelijke herverdeling naar evenredigheid van wat binnen een gemeenschap geldt als het meest kwetsbare nadeel ten opzichte van het meest uitgesproken voordeel. Beide, kansschade en proportionele aansprakelijkheid, moeten derhalve met de nodige terughoudendheid, of beter: *subsidiair* worden toegepast; wanneer de toepassing van gedragsnormen is uitgeput, maar het gemeenschappelijk belang bij wege van een *voldongen feit* toch meer solidariteit en herverdeling vergt.⁸¹⁰ Anders ligt ongebreidelde toepassing op de loer, waarvoor Du Perron al waarschuwde bij de proportionele aansprakelijkheid in zijn noot onder het WOL-arrest (nr. 5): *'Het gevaar bestaat immers dat partijen het als een niet te missen kans, en rechters als een (te) gemakkelijke uitweg zien.'*; en Wouters als het gaat om kansschade: *'Met toepassing van het leerstuk van de kansschade, is het incasseren van schadevergoeding dan geen kans, maar een zekerheid.'*⁸¹¹ Een te ruime toepassing van kansschade of proportionele verandert het uitgangspunt van *schadevergoeding* in een *risicovergoeding* of vorm van *winstafdracht*, wat de individuele vrijheid en de onderlinge cohesie uiteindelijk evenzeer aantast.

442. Die terughoudendheid lijkt recent uit beeld te zijn geraakt met het arrest ISG/Natwest.⁸¹² Waar ging het om? International Strategies Group Ltd (ISG) meent in 1998 slachtoffer te zijn geworden van een door een zekere Pans en Corporation of the Bankhouse Inc. (COB) gepleegde fraude via bankrekeningen, die werden aangehouden bij the Royal Bank of Scotland N.V., inmiddels: Natwest Markets N.V. (Natwest). Medio juli 1998 krijgt Natwest bedenkingen en zegt de relatie met COB op. Natwest informeert ISG niet. Dat is fout, meent ISG en uiteindelijk ook het hof. Natwest betwist evenwel ISG's schade. ISG had volgens de bank na ontvangst van zo'n melding niet anders gehandeld. Het hof meent dat weliswaar verschillende door de bank in dit verband genoemde omstandigheden de vraag oproepen of ISG anders zou hebben gehandeld, anderzijds ISG moeilijk kan aantonen wat zij zou hebben gedaan. Het hof ziet aanleiding te schatten hoe groot de kans is dat ISG na een mededeling van de bank dat de rekeningen werden opgeheven, anders had gehandeld dan zij heeft gedaan. Gezien het grote

Voorbeeld

809. HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, NJ 2011/250, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*), r.o. 3.13.

810. Kansschade: *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/80a; S.D. Lindenbergh, annotatie bij HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237 (*Deloitte/Hassink*); Proportionele aansprakelijkheid: HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*).

811. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (*World Online*); Wouters, *WPNR* 2013/6974, p 357.

812. HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:461 (*ISG/Natwest Markets*).

vertrouwen dat ISG kennelijk in Pons of COB had, wordt de kans dat ISG door de mededeling van de bank niet op andere gedachten was gekomen, op 75% gesteld. Dit betekent volgens het hof dat Natwest 25% van ISG's schade voor haar rekening moet nemen: een bedrag van USD 250.000,--. In cassatie komt Natwest tevergeefs op tegen deze toepassing van kansschade. Volgens de Hoge Raad biedt de leer van de kansschade een geëigende oplossing voor 'sommige situaties' waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt. De Hoge Raad laat evenwel na aan te geven aan welke 'sommige situaties' hij dan denkt en volstaat met het vooral citeren van de eigen, eerdere uitspraak uit 2012 over het onjuiste fiscale advies.⁸¹³ In een beknopte conclusie verruimt Advocaat-Generaal Vlas de reikwijdte van dat arrest naar de 'informatie- of waarschuwingsplicht in de financiële sector'. Betekent dit dat in alle gevallen in de financiële sector waarin informatie- of waarschuwingsplichten geschonden worden, kansschade geëigend is? Binnen het financiële stelsel is het inderdaad in ieders belang dat marktfalen door ongewenst *free rider* gedrag voorkomen wordt. In zoverre is deze verwijzing te begrijpen. Onevenredigheid veronderstelt evenwel een 'abnormale en speciale last', waarvan herverdeling voor de gemeenschap als geheel nog draagbaar is (par. 4.4.3). Om die reden valt te begrijpen dat kansschade (en proportionele aansprakelijkheid) vooral wordt toegepast in gevallen waarin consumenten, kleine bedrijven of zelfstandigen schade lijden.⁸¹⁴ Met dit onderscheid maakt de Hoge Raad in deze uitspraak een abrupt einde. Zonder motivering staat de Hoge Raad ook kansschade of herverdeling toe tussen commerciële marktpartijen ter zake van een schade waarvan moeilijk gezegd kan worden dat die binnen onze gemeenschap als het 'meest kwetsbare nadeel' geldt, waarmee denkbaar geen enkele casus meer van toepassing is uitgesloten. Daarmee wordt gekozen voor de Franse, meer distributieve aanpak, niet voor de terughoudende Angelsaksische

813. HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, r.o. 3.5.3, derde alinea, NJ 2013/237; m.nt. Lindenbergh; JA 2013/41, m.nt. Chr.H. van Dijk & A.J. Akkermans (*Deloitte/Hassink*).

814. Overheidsaansprakelijkheid: HR 13 februari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC2891, NJ 1981/456, m.nt. C.J.H. Brunner (*Heesch/Reijs*); HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, NJ 2016/1, m.nt. T.F.E. Tjon Tjin Tai (*Overzee/Zoeterwoude*); HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, NJ 2019/356, m.nt. C.M.J. Ryngaert & J. Spier (*Mothers of Srebrenica/Staat*); Beroepsaansprakelijkheid advocaat: HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, NJ 1998/257, m.nt. P.A. Stein (*Baijings/mr. H*); HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541, NJ 2007/63 (*Kranendonk*); HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419, NJ 2007/256, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Tuin Beheer*); HR 11 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0859, NJ 2010/3 (*Velic/Lemmen*); HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0737, NJ 2014/480, m.nt. W.D.H. Asser; Beroepsaansprakelijkheid fiscalist: HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/Hassink*); Medische aansprakelijkheid: HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Baby Esther*); HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2786, NJ 2017/422 (*X/AZM*).

variant, laat staan de Duitse afwijzing.⁸¹⁵ Waarbij – zo leert de Franse ervaring – het een kwestie van tijd is of de wal keert noodzakelijk het schip.⁸¹⁶

443. De verdeling tussen ISG en Natwest is niet noodzakelijk afhankelijk van de eigen keuzevrijheid of het gedrag van de benadeelde.⁸¹⁷ In het Uzi-arrest verwoordde de Hoge Raad heel juist, dat het algemeen levensrisico bepaald wordt door *zowel* het individu *als* gemeenschap.⁸¹⁸ Wat voor een ieder het zelf te dragen algemeen levensrisico vormt, is afhankelijk van *enerzijds* hetgeen voor een individu voorzienbaar is, *anderzijds* de maatregelen die de gemeenschap neemt om een bepaald risico te voorkomen (par. 4.4.3). De eigen keuzevrijheid kan daarom in sommige gevallen voor eigen rekening komen, bijvoorbeeld als het gaat om de afwijkende, persoonlijke voorkeur van een in beginsel op medische gronden noodzakelijke behandeling: ‘*informed consent*’.⁸¹⁹ In andere gevallen komt de keuzevrijheid geheel voor rekening van de aansprakelijke partij, zoals wanneer het gaat om de financiële risico’s die een consument wel *kán* dragen maar mogelijk niet wil dragen: de zogenaamd ‘onnodige risico’s’ van een aandelenleaseproduct.⁸²⁰ Tussen die uitersten kan het risico van de eigen keuzevrijheid tussen partijen dus ook heel goed als een zuivere risico(deel)aansprakelijkheid verdeeld worden, afhankelijk van wat als een evenredige verdeling wordt beschouwd (par. 4.4.5).

‘Eigen keuze’

4.8.6 ... EN GECORRIGEERD DOOR DE BILLIJKHEID

444. Ook bij alternatief meervoudige eigen schuld bestaat nog steeds een verschil tussen de schade zoals die door de schade-lijdende benadeelde wordt geleden, en de schade-vergoedende laedens. Het maakt verschil of de eigen schade bestaat uit het lijden van bijvoorbeeld letselschade of het moeten vergoeden van een anders schade, zeker als één van beide onverzekerd is of zich in de schadeafwikkeling onredelijk opstelt.⁸²¹ Dit verschil in

Niet alles
vergelijkbaar

815. Van Dam 2013/609-3 en 1110-1113.

816. Zo wordt in Frankrijk in sommige gevallen gesproken van een ‘perverse’ toepassing; Nuninga e.a., *European Review of Private Law* 2-2020, p. 381.

817. *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/80a.

818. HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887, *NJ* 2005/392, m.nt. J.B.M. Vranken (*Uzi*).

819. HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2737, *NJ* 2002/386, m.nt. J.B.M. Vranken (*Ingenhut*); HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, *NJ* 2002/387, m.nt. J.B.M. Vranken.

820. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*), r.o. 5.4.3 – 5.5.3.

821. Verkeersongeval. HR 4 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1426, *NJ* 2002/214, m.nt. C.J.H. Brunner. Om die reden komt aan de 100% en de 50% regel niet automatisch reflexwerking toe, met name niet wanneer het om letselschade van een onverzekerde bestuurder van een motorrijtuig jegens een verzekerde fietser gaat; *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/287.

individuele ‘schade’ tussen laedens en benadeelde telt volwaardig mee en kan ertoe leiden dat op de causaliteitsafweging in het kader van de billijkheidscorrectie een extra *toerekening* plaatsvindt.⁸²² Het gaat in zo’n geval niet meer om een weging van vergelijkbare feiten, maar om een afweging van de bijzondere omstandigheden van het individuele geval, met geen andere maatstaf dan dat de uitspraak in gelijke gevallen voor toepassing vatbaar is.

Voorbeeld

445. Evenals bij gedragsnormen behoren de omstandigheden die ten grondslag liggen aan een verdelingsnorm gewogen te worden in de causaliteitsafweging, niet via de billijkheidscorrectie. In HR 14 december 2012, NJ 2013/236, m.nt. Lindenbergh, r.o. 4.3 paste het hof de billijkheidscorrectie toe vanwege *‘de schending van een verkeersnorm, het feit dat sprake is van een WAM-verzekering, de ernst van het letsel, (...) en het feit dat het gaat om een destijds nog ongeborn kind dat de ingrijpende gevolgen van de aandoening dagelijks ondervindt.’* Behalve de eerste omstandigheid (‘schending van een verkeersnorm’) gaat het bij de overige omstandigheden om omstandigheden die als billijkheidsgronden goed te begrijpen zijn. De Hoge Raad casseert niettemin het arrest, met een verwijzing naar de bijzondere aard van de proportionele aansprakelijkheid. Een verhoging van de proportionele aansprakelijkheid wegens billijkheid zou *‘4.3. (...) verder gaan dan door de regel van de proportionele aansprakelijkheid wordt gerechtvaardigd, en op gespannen voet staan met de in het arrest Fortis/Bourgonje bedoelde terughoudendheid. (...)’* Zoals hiervoor aangegeven: die *‘terughoudendheid’* heeft weinig onderscheidend vermogen en lijkt meer ingegeven door het nog onvoldragen debat rond de ongelijkheid als vergoedingsgrond (par. 4.5.6). De Hoge Raad gaat nog een stap verder. Een proportionele schadevergoeding zou volgens de Hoge Raad op billijkheidsgronden slechts nog verlaagd kunnen worden, bijvoorbeeld indien de proportioneel toe te rekenen schadelijke gevolgen van het ongeval mede te wijten zijn aan een verkeersfout van de benadeelde zelf. Met dit oordeel miskent de Hoge Raad mijns inziens de onderscheidende betekenis van de billijkheidscorrectie. De aard en de ernst van de gerealiseerde schade of de wijze waarop het tot een vergoeding komt, kan reden zijn voor een aanvullende *billijkheidscorrectie*, niet het daaraan ten grondslag liggende risico.⁸²³ De aan de verdeling van de schade en voordeel ten grondslag liggende

822. HR 5 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2522, NJ 1998/402, m.nt. J. Hijma; Keirse & Jongeneel 2013/117.

823. HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1196, NJ 1995/236, m.nt. C.J.H. Brunner (*Anja Kellenaers*). De algemene, vaste 100% regel geldt niet, omdat Anja Kellenaers 14 jaar en 8 maanden oud is. Het feit dat zij geestelijk en/of lichamelijk zich niet wezenlijk onderscheidt van haar jongere klasgenootjes die de leeftijd van 14 jaar nog niet hebben bereikt, kan via de billijkheidscorrectie er alsnog toe leiden dat de automobilist de schade geheel moet dragen; Zie ook HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9070, NJ 2005/466,

omstandigheden behoren afgewogen te worden in de causaliteitsafweging, ook in geval van verdelingsnormen (par. 3.9.3).

446. Gaat het om de belangen van de benadeelde, dan bestaat via de distributieve herverdeling een geleidelijke overgang tussen het *toerekenen* van de schade en het *schatten* van schade. Zoals hiervoor aangegeven: een toekomstige schade of gederfde winst van 100 kan voor 40% aannemelijk zijn, terwijl een toekomstige schade of gederfde winst van 40 mogelijk voor 80% aannemelijk is. Door het schatten van het nadeel te ‘matigen’ van 100 naar 40 kan de aannemelijkheid van het ontstaan van een bepaalde schade toenemen. Een geleden verlies biedt die schattingsvrijheid niet. We hebben gezien dat ‘proportionele aansprakelijkheid’ in dergelijke gevallen toch tot toerekening van een deel van de schade kan leiden. In de regel zal de bovengrens van dat percentage onder de ‘voldoende mate van zekerheid’ liggen, omdat vanaf die grens het ontstaan van de schade aannemelijk is. De ondergrens is minder duidelijk. Wel is duidelijk dat hoe minder scherp de mate van onevenredigheid is, hoe meer de vergoeding tot een billijkheidsvergoeding verwordt die vooral door de meer individuele omstandigheden aan de zijde van de benadeelde gerechtvaardigd is. Gaat het bij de door de Hoge Raad geschatte 10% ‘kans’ dat zij door op de compound te blijven ‘uit handen van de Bosnische Serven zouden kunnen blijven’ om een proportionele aansprakelijkheid of om een erkenning van een ‘ander nadeel’?⁸²⁴ Als resultaat van een proportionele toerekening prevaleert de gelijke en evenredige verdeling. Bezien vanuit een ‘ander nadeel’ gaat het vooral om de gevalsbillijkheid. Uiteindelijk moeten beide wegen tot eenzelfde resultaat leiden dat enerzijds recht doet aan de bijzondere omstandigheden van het geval, anderzijds toepasbaar is in vergelijkbare gevallen. Alleen dan is duidelijk wat het resterend, zelf te dragen, algemeen levensrisico is.

Overgang
schadevergoe-
ding, schade

4.9 SCHADE DOOR BEGROTING

447. De inzichten over het ontstaan en de omvang van de *schadevergoedingsplicht* zijn ook van belang als het gaat om de vraag wat *schade* is. Vaak volgt het recht de feiten. Wat schade is, wordt door de markt bepaald aan de hand van algemene ervaringsgemiddelden of gedeelde waarden. Met het vaststellen van de feiten wordt ook duidelijk wat de schade is. Schadevergoeding als wissel-geld van ervaringsgemiddelden of gedeelde waar-

Van schatten ...

m.nt. W.D.H. Asser (*Stad Rotterdam/Stam*); HR 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2026, NJ 2006/20 (*Stad Rotterdam/Ibrahim*).

824. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, NJ 2019/356, m.nt. J. Spier & C.M.J. Ryngaert (*Staat/Mothers of Srebrenica*).

den beoogt, zo zagen we eerder (par. 3.3.1), vergoeding als een specifiek gevolg en is daarmee inherent verbonden met wat voor een gemiddelde benadeelde voorzienbaar en aannemelijk is. Akkermans spreekt van het 'januskop' karakter van schade.⁸²⁵ Waardevermindering vormt evenzeer de contante waarde van een te verwachten kostenpost of te realiseren meeropbrengst, als het aannemelijke gevolg van een beschadiging.⁸²⁶ Zo wordt het criterium 'normaal en gebruikelijk' voor huishoudelijke hulp bij letselschade door de Hoge Raad gehandhaafd, blijkbaar omdat de Hoge Raad de feiten of wat als een gedeelde waarde kan worden beschouwd, beslissend oordeelt en niet bereid is hieraan een andere richting te geven (par. 1.2).⁸²⁷

... naar ...

448. Zoals de handelsbeurs bestaat bij de gratie van niet-gemiddelde, afwijkende meningen, en allerhande inzichten zich in de regel eerst als een minderheidsopvatting een plaats verwerven, zo ambiert ook het recht soms een sturende werking te hebben op wat schade is. Paul Scholten verhaalt van de strijd tussen Land en Drucker, eind 19^e eeuw, over de vergoedbaarheid van niet-vermogensschade of immateriële schade.⁸²⁸ Volgens Verheij wordt psychisch letsel steeds meer geaccepteerd, omdat meer inzicht en waardering bestaat voor het feit dat mensen niet alleen fysiek maar ook naar persoonlijkheidsstructuur verschillen.⁸²⁹ Loth ziet abstraheren als een mogelijkheid het verbod van discriminatie in het schadevergoedingsrecht te laten doorwerken.⁸³⁰ Over de vraag of schade een feitelijk-natuurlijk of een juridisch-normatief begrip vormt, is veel gedebatteerd.⁸³¹ Hebly en Lindenbergh benadrukken terecht dat schade uiteindelijk een *functioneel* begrip is.⁸³² Schade is een manier om aan de schending van bepaalde belangen binnen

825. Akkermans 1998, p. 47; Hebly 2019, p. 168.

826. Deurvorst, *NTBR* 1996/2, p. 37-41.

827. Du Perron 2003, p. 136, die spreekt van de noodzaak tot heroverweging.

828. Scholten 1899, p. 2; Beumers 2021, p. 45.

829. Verheij 2019/48a, leidt uit de toekenning van schadevergoeding in de arresten *ABP/Van Stuyvenberg*, *Nuts/Hofman* en *Kip en Sloetjes/Rabobank* af dat de afwijzende beslissing in het arrest *Vader Versluis* achterhaald is. Zie in het geval van een verkeersongeval: HR 4 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB8920, *NJ* 1989/751, m.nt. C.J.H. Brunner (*ABP/Van Stuyvenberg*); Voor werkgeversaansprakelijkheid, zie HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1032, *NJ* 1993/667, m.nt. P.A. Stein (*Nuts/Hofman*); Voor bancaire aansprakelijkheid, zie HR 2 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2365, *NJ* 1997/662, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Kip en Sloetjes/Rabobank*); Voor medische aansprakelijkheid. Zie HR 2 november 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7349, *NJ* 1980/77, m.nt. G.J. Scholten (*Vader Versluis*); Van Dam 2020/113 en 1009-2; zie ook Cane 2002, p. 215.

830. Loth, *AV&S* 2014/17. Met betrekking tot het berekenen van toekomstige inkomensschade kan op die manier de vraag of een vrouwelijke benadeelde kinderen zal krijgen en in hoeverre dit tot verminderd inkomstenverlies leidt, worden weggedacht. College voor de Rechten van de Mens, 19 augustus 2014, oordeelnummer 2014-97.

831. Spier 1998, p. 6; Kritisch over dit onderscheid is Lindenbergh 2020/32.

832. Hebly 2019, p. 44; Lindenbergh 2020/30.

een gemeenschap naar de behoefte van plaats en tijd recht te doen. Dit recht doen kan gebeuren door de wetgever of de rechter.

449. Het 'schade' begrip heeft een open karakter. De wet geeft geen definitie van het begrip 'schade'. Evenals geldt voor de toerekening van de schade, kan ook de vraag in hoeverre van vergoedbare schade sprake is, verruimd of beperkt worden via wat als kenbaar wordt gezien (par. 4.2.2). Bij de begroting van een schadepost kan immers ook rekening worden gehouden met het nadeel ten aanzien waarvan de wet géén recht op vergoeding geeft (art. 6:95 BW). Daartoe geeft de wetgever de rechter ook nadrukkelijk opdracht door in de eerste zin van art. 6:97 BW te bepalen 'De rechter begroot de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenkomst is.' In die rechtsvorming prevaleert de ene keer de gevalsbillijkheid. Schade is dan wat in een specifiek geval als een zorgvuldige vergoeding wordt beschouwd. Met zorg wordt aan de belangen van de benadeelde recht gedaan. De andere keer domineert de gelijkheid. Niet de omstandigheden van het specifieke geval staan voorop, maar de meer *algemeen* geldende omstandigheden van noodzaak en evenredigheid. De specifiek individuele belangen worden ondergeschikt gemaakt aan wat in het gemeenschappelijk belang als een gelijke verdeling van lusten en lasten wordt gezien. ... begroten

450. In sommige gevallen staat niet de inwisselbaarheid van de vergoeding voorop, maar de *billijkheid* ervan, te wegen naar de *specifieke* omstandigheden van de benadeelde,⁸³³ ten tijde van de schadevaststelling.⁸³⁴ De begroting van dergelijke schadeposten is bij uitstek afhankelijk van de *hoedanigheid van de benadeelde*.⁸³⁵ Dergelijke schade is vooraf niet specifiek voorzienbaar. Wat schade is, wordt pas beslist op basis van wat de rechter in de specifieke omstandigheden van het geval ten tijde van de schadevaststelling redelijk vindt. Het gaat om een 'billijkheidsvergoeding', in de vorm van een zuivere schadetoerekening.⁸³⁶ Te denken valt aan afwijkende smartengeldbedragen (art. 6:106 BW), de onzekere opmars van de 'aantasting van een persoon',⁸³⁷ de waarde van vrije tijd, een dier of een boom; of het meewegen Gevalsbillijkheid

833. Vgl. bijvoorbeeld de in art. 7:681 BW bedoelde schadevergoeding die wel bedoeld is als een zekere mate van vergoeding, maar volgens de wetgever ook als 'pleister op de wonde'. Zie *Kamerstukken II 1951/52*, 881, nr. 6, p. 30.

834. HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Wrongful life*); Hebly 2019, p. 205.

835. *Asser/Sieburgh 6-II 2017/142*.

836. Vgl. de billijkheidsvergoeding op grond van art. 41 EVRM (schending mensenrecht), art. 7:681 BW (onredelijk ontslag), art. 89 Sv (strafvorderlijk optreden), HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2788, NJ 2015/112, m.nt. P.B. Hugenholtz (*inbreuk portret*) of HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391, m.nt. J. Spier (*Eisers/NAM*), r.o. 2.13.6.

837. Nader geregeld in art. 6:106, 107(a) en 108 BW. Naar Nederlands en Duits recht is de mogelijkheid van vergoedbaarheid van niet-vermogensschade beperkt. Dit ligt principi-

van specifiek individuele omstandigheden zoals een renteneurose,⁸³⁸ een 'waardeloos prul'⁸³⁹ of shockschade.⁸⁴⁰ De zwakke derdenwerking of precedentwerking van het oordeel blijkt uit de omstandigheden die aan het oordeel ten grondslag worden gelegd. Zo is de kansschadevergoeding die in de Sebrenica-zaak is toegewezen onmiskenbaar afhankelijk van de heel specifieke omstandigheden van dat geval (par. 4.8.6).⁸⁴¹ De nadere afweging van individuele omstandigheden kan er ook toe leiden dat een aannemelijke schade juist niet voor vergoeding in aanmerking komt, bijvoorbeeld als het gaat om niet-rechtmatige belangen, zoals 'zwart loon'.⁸⁴² De enige begrenzing die de rechter ondervindt, is dat zijn uitspraak in gelijke gevallen toepasbaar moet zijn. In hoeverre van 'gelijke gevallen' sprake is, kan op basis van nieuwe omstandigheden op een later moment worden bezien.

Evenredigheid 451. In andere gevallen domineert de *gelijkheid*. Niet de omstandigheden van het specifieke geval staan voorop, maar vooral de *algemeen* geldende omstandigheden die noodzakelijk het gemeenschappelijk belang dienen, met als gevolg dat een benadeelde soms meer of minder vergoed krijgt dan als geleden schade aannemelijk is. Deze schadetoerekening is geval overstijgend, bedoeld ook in andere, vergelijkbare gevallen toepasselijk te zijn. De redelijkheid of sterke derdenwerking is gelegen in wat wel of niet vergoedbare belangen zijn. Dergelijke verdelingsregels worden eerst en vooral geformuleerd door de wetgever, zoals wanneer het gaat om de wettelijke rente (art. 6:119 BW), de schade na overlijden (art. 6:108), affectieschade (art. 6:108 leden 3 en 4 BW),⁸⁴³ de beperking vergoeding van smartengeld van een overledene te vorderen (art. 6:106 lid 2 BW) of de wettelijke beperking van 'ander nadeel' (art. 6:95 BW). Ook de rechter kiest soms nadrukkelijk niet voor gevalsbillijkheid, maar voor doelmatigheid en rechtszekerheid, bijvoorbeeld als het gaat om de beperkte verhaalbaarheid van shockschade,⁸⁴⁴

eel anders in Frankrijk en Engeland. Zowel de PECL (art. 9:501 lid 2) als de Unidroit Principles (art. 7.4.2 lid 2) volgen hierin Frankrijk en Engeland; *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/17.

838. HR 8 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4961, NJ 1986/137, m.nt. C.J.H. Brunner (*Renteneurose*).

839. Voor het voorbeeld van de excentrieke eigenaar van een 'waardeloos prul', die dit na beschadiging voor een exorbitant bedrag laat restaureren; Zie Spier 1998, p. 7; Lindenbergh 2020/32.

840. Rb. Arnhem 16 mei 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA6358, NJF 2007/367.

841. HR 9 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, NJ 2019/356, m.nt. J. Spier & C.M.J. Ryngaert (*Staat/Mothers of Srebrenica*).

842. HR 24 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8453, NJ 2001/195, m.nt. A.R. Bloembergen (*M./G.*); *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/40; Lindenbergh 2020/46; En in het bijzonder ook Haazen, WPNR 2009/6816; Art. 2:103 PETL: 'Losses relating to activities or sources which are regarded as illegitimate cannot be recovered.'

843. Van Dam 2020/910.

844. HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*).

bepaalde abstracties bij zaakschade⁸⁴⁵ of letselschade,⁸⁴⁶ of wanneer niet goed is vast te stellen wat de schade van de benadeelde is, maar een bepaalde vergoeding toch redelijk wordt bevonden (van ‘wat als?’, naar ‘wat nu?’).⁸⁴⁷ Volgens de Rechtbank Midden Nederland had een comateus slachtoffer recht op smartengeld, omdat ‘... dat gebrek aan besef een gevolg is van de gebeurtenis waar de aansprakelijkheid op is gebaseerd. Vanuit dit oogpunt is het maken van een onderscheid tussen slachtoffers die zich van het verlies (volledig) bewust zijn, en slachtoffers bij wie dat niet het geval is, in strijd met de menselijke waardigheid die voor ieder mens gelijkelijk geldt en in strijd met het in het Nederlandse recht algemeen geldende gelijkheidsbeginsel.’⁸⁴⁸ De categorische erkenning van een bepaalde schade, omwille van vooral ook een evenredige verdeling, heeft toenemend aandacht wanneer het gaat om bepaalde grondrechten of de aantasting van een persoon⁸⁴⁹ en de gevoelde noodzaak tot een effectieve handhaving te komen, zo nodig via het aansprakelijkheids- en/of schadevergoedingsrecht.⁸⁵⁰ Belangrijkste voorwaarde is dat zo’n verdelingsnorm voor de gemeenschap noodzakelijk is en in gelijke gevallen toepasbaar (par. 4.4.2). Juist bij verdelingsnormen gaat het om kenbaarheid, stabiliteit en voorspelbaarheid: de ‘smeermiddelen’ van het ‘onderling vertrouwen’.⁸⁵¹

452. Met deze constatering wordt ook duidelijk wat met ‘abstracte schade’ wordt bedoeld (par. 1.2). Het gaat – in de woorden van Bloembergen – om gevallen ‘... waarbij men zich meer richt naar het normale’, terwijl de individuele omstandigheden van het geval geen aanleiding geven van het ‘normale’ af te wijken.⁸⁵² In mijn woorden gaat het om gevallen waarin de schade

Abstracte schade: het ‘normale’ óf ‘noodzakelijke’

845. Als het gaat om een bedongen korting. Zie HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, NJ 2013/219, m.nt. M.M. Mendel (*Reaal/Athlon*).

846. HR 21 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2286, NJ 1999/145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth*). Met betrekking tot de kosten van opvoeding (‘NIBUD’); Ten aanzien van de kosten van verzorging (‘normaal en gebruikelijk’). Zie HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5891, NJ 2003/504, m.nt. J.B.M. Vranken (*Kriiter/Wilton-Fijenoord*).

847. Van Dam 2020/903-3.

848. Rb. Midden-Nederland 6 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0813, NJF 2013/159 (*Zurich Lebensversicherungs-Gesellschaft en Turien & Co. Assuradeuren*); Van Dam 2020/922; Eerder meende de Hoge Raad dat smartengeld voor comateuze slachtoffers mogelijk is, niet zozeer als compensatie, maar wel als een naar objectieve maatstaven vast te stellen genoegdoening voor het niet kunnen genieten van zijn leven. Zie HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2149, NJ 2004/114, m.nt. J.B.M. Vranken (*Coma-arrest*).

849. Van een aantasting in de persoon op andere wijze als bedoeld in art. 6:106 lid 1, onder b, BW is niet reeds sprake bij de enkele schending van een fundamenteel recht; HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391, m.nt. J. Spier (*Eisers/NAM*), r.o. 2.13.2; Koziol 2017, p. 92.

850. *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/71; Emaus 2013; HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391, m.nt. J. Spier (*Eisers/NAM*), r.o. 2.13.2; Van Dam 2020/920.

851. Van Boom 2020, p. 35 e.v.

852. Ingeval de storingswerkzaamheden wettelijk of feitelijk alleen door de netbeheerder worden hersteld, moeten de kosten van herstel worden begroot op de naar objectieve maatstaven vast te stellen kosten die een netbeheerder maakt om dergelijke storingen

inderdaad hetzij ‘normaal’ kan worden *geschat*, hetzij omwille van een *noodzakelijke verdeling* wordt *begroot*. Alleen in geval van begroting gaat het, zoals Bloembergen terecht stelt, om een materieelrechtelijk schadebegrip, niet om bewijskwesities.⁸⁵³ Dit betekent dat aan een abstract schadebegrip geen behoefte bestaat indien een bepaalde schade eenvoudig aannemelijk is en door schatting kan worden begroot (art. 6:97 BW, tweede zin). Dit betekent ook dat juist is wat Rutten, Hartkamp en Sieburgh menen, namelijk: dat de abstracte schadeberekening geen rigide regel vormt, maar een nuttig uitgangspunt, dat zich soms voor toepassing leent, maar soms ook nadrukkelijk niet (art. 6:97 BW, eerste zin), bijvoorbeeld wanneer sprake is van gevalsbillijkheid en juist *niet* van de individuele omstandigheden wordt geabstraheerd.⁸⁵⁴ Voor de ontwikkeling van de juiste balans tussen gevalsbillijkheid en wat ‘normaal’ of noodzakelijk is, kunnen de relevante feiten en argumenten beter worden uitgeschreven, dan door het casuïstisch gebruik van *abstracties*.

De rechter zijn
vrijheid

453. Dit plaatst ten slotte kanttekeningen bij het gesloten stelsel van vergoedbare belangen dat de wetgever in art. 6:95 BW heeft gecreëerd (par. 3.3).⁸⁵⁵ Buiten vermogensschade komt ‘*schade*’ volgens art. 6:95 BW alleen voor vergoeding in aanmerking ‘*voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft*’. Een vergelijkbaar stelsel bestaat ook in Duitsland (par. 253 I BGB).⁸⁵⁶ De Duitse rechter heeft zich al lang geleden niet bij deze beperking neergelegd. In weerwil van het wettelijk verbod accepteerde het Bundesgerichtshof in 1954 het recht op smartengeld bij schending van een persoonlijkheidsrecht. Ook in Nederland bestaat druk om de ‘aantasting van een persoon’ (vgl. art. 6:106 lid 1 sub b BW) ruim uit te leggen.⁸⁵⁷ Recent heeft de Hoge Raad de toepassing van art. 6:106 lid 1 sub b BW uitgebreid van ‘geestelijk letsel’ tot gevallen waarin ‘*de aard en ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan*’ meebrengen dat evenzeer van een aantasting in de persoon sprake is, zij het dat van zo’n aantasting ‘*niet reeds sprake (is) bij de enkele*

met inzet van eigen medewerkers te verhelpen, ook als deze kosten misschien hoger zijn dan ingeval het herstel door derden zou worden uitgevoerd; HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:315, NJ 2020/247, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Liander/Aon*).

853. Bloembergen 1965/26. Bloembergen baseert dit op het PTT-kabelarrest (HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, NJ 1961/444, m.nt. L.E.H. Rutten (*PTT-kabel*)). Zie Bloembergen 1965/36.

854. Rutten, VR 1964, p. 73 e.v.; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/38; Asser/Sieburgh 6-II 2017/38.

855. Beumers 2021, p. 47 – 53, die signaleert dat Meijers voorstander was van een algemeen recht op smartengeld. Dat geldt begin 20^e eeuw ook voor het parlement. Het is vooral de Minister van Justitie geweest die bij invoering van het NBW het recht op smartengeld heeft beperkt.

856. Van Dam 2013/1203-2.

857. Verheij 2019/47.

schending van een fundamenteel recht'.⁸⁵⁸ Goed procesrecht leidt tot goed recht. Wie vertrouwen heeft in de rechter en de wijze waarop hij schade door te schatten berekent (art. 6:97 BW, tweede zin) of toerekent door de schade in overeenstemming met 'de aard ervan' te begroten (art. 6:97 BW, eerste zin), doet het *voortschrijdend inzicht* dat inherent met het ontstaan en het bestaan van schade verbonden is, tekort, indien de rechter aan de vorming van wat *Protected Interests* zijn niet ten volle mag bijdragen.⁸⁵⁹ Een dergelijke, wettelijke terughoudendheid doet niet alleen de rechter, maar vooral ook partijen onvoldoende recht.

858. HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162 m.nt. S.D. Lindenbergh (*EBI*), r.o. 4.2.1 – 4.2.2.

859. Art. 2:102 PETL stelt geen beperking ten aanzien van door wie dit wordt vastgesteld (zie par. 3.3.2); Cane 2017, p. 108 – 109, over de verhouding rechtspraak – parlement.

