

Verbintenissenrecht

Deel 2

Onrechtmatige daad. Overige verbintenissen

J.M. van Dunné

emeritus hoogleraar te Rotterdam

5e, herziene druk, 2004

N.B. Dit document bevat uitsluitend het *Kort overzicht van de inhoud* en de hoofdtekst uit het origineel (Kluwer, Deventer, 2004). De paginanummering is (enigszins) versprongen, bij citeren wordt geadviseerd te verwijzen naar paragraafnummers. Een herdruk is in voorbereiding (Uitgeverij Paris, Zutphen).

Kort overzicht van de inhoud

Inhoudsopgave	XI
Hoofdstuk 8. Stelsel van het verbintenissenrecht.	
De verschillende verbintenissen	3
§ 1. Het stelsel van boek 6, verbintenissenrecht. De verbintenis	3
§ 2. De bronnen van verbintenissen	29
§ 3. Indeling van verbintenissen. Verbintenissen in wording:	
natuurlijke verbintenissen	35
§ 4. Gentlemen's agreements	53
Hoofdstuk 9. Algemene beschouwingen over het stelsel van verbintenissenrecht. Vertegenwoordiging	71
§ 1. De toerekeningsleer normatieve uitleg van rechtshandelingen	71
§ 2. De verbintenis en de methoden van rechtsvinding.	
De betekenis van een rechtsverhouding voor het ontstaan van verbintenissen	79
§ 3. Het ontstaan van verbintenissen door middel van vertegenwoordiging	97
Hoofdstuk 10. Algemeen gedeelte van het onrechtmatige daadsrecht. Historische ontwikkeling, grondslagen en vereisten	137
§ 1. Introductie historische ontwikkeling van de onrechtmatige daad	137
§ 2. Grondslagen van onrechtmatige daad. Vereisten voor aansprakelijkheid: onrechtmatige daad en schuld	145
§ 3. Aspecten van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: belangenafweging. Inbreuk op subjektieve rechten.	233
§ 4. De (akademische) vereisten van het onrechtmatigheidsbelang ('1401-belang') en het relativiteitsvereiste	244
§ 5. Enkele bijzondere aansprakelijkheidsvormen: belediging, aansprakelijkheid van de overheid (Twee wegen-leer, beheersdaden). Schending van het algemeen belang	274
§ 6. Vormen van groepsaansprakelijkheid. Het <i>Des-dochters</i> -arrest (1992)	317

Hoofdstuk 11. Causaliteit	371
§ 1. Inleiding. Samenhang met onrechtmatigheid	371
§ 2. De causaliteit. Van redelijkerwijze verwachten naar redelijkerwijze toerekenen	379
Hoofdstuk 12. Bijzondere aansprakelijkheden	461
§ 1. De historische ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht. De grondslagenkwestie; risikoleer, bewijsvragen, solidariteit, nieuwe schadevormen	461
§ 2. Aansprakelijkheid voor zaken naar het oude recht, art. 1403 lid 1 oud BW, en naar geldend recht, art. 6:173 BW	536
§ 3. Aansprakelijkheid voor dieren naar het oude en het nieuwe recht	559
§ 4. Aansprakelijkheid voor gebouwen/opstallen, wegen, waterwegen en gevaarlijke stoffen	581
§ 5. Aansprakelijkheid voor motorrijtuigen	618
§ 6. Produktaansprakelijkheid	654
§ 7. Milieu-aansprakelijkheid	687
§ 8. De aansprakelijkheid van de mijnexploitant voor bodemschade	835
§ 9. Aansprakelijkheid van ouders voor kinderen	869
§ 10. Aansprakelijkheid van werkgevers en opdrachtgevers	876
§ 11. Medische aansprakelijkheid	900
Hoofdstuk 13. Rechtmatige daden. Ongegronde verrijking	923
§ 1. Het stelsel van de wet. Algemene beschouwing	923
§ 2. Zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking naar geldend recht	935
Jurisprudentieregister Chronologisch	953
Jurisprudentieregister Alfabetisch	975
Overige Jurisprudentie	999

Deel II

Algemeen deel verbintenissenrecht

Hoofdstuk 8.

Systeem van het verbintenissenrecht.

De verschillende verbintenissen

§ 1. Het stelsel van boek 6, verbintenissenrecht. De verbintenis

1. Inleiding

Boek 6 van het BW, waarin het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht geregeld is, vertoont grote overeenkomst met het algemeen gedeelte van Boek 4 van het oude BW (artt. 1269-1492). Er zijn echter enkele belangrijke verschillen die samenhangen met de andere opzet en indeling van het huidige BW, die bij de inleiding op het eerste deel van dit boek al ter sprake kwamen. Het onderwerp tenietgaan van verbintenissen is naar huidig recht gesplitst over titel 1 van Boek 6 (onder meer betaling en verrekening), titel 2 (onder meer subrogatie, afstand en vermenging), titel 5 (ontbinding van overeenkomsten), en voor een deel in Boek 3 (vermogensrecht) titel 2 (rechtshandelingen) behandeld: nietige en vernietigbare rechtshandelingen (art. 3:40 v.). Voor de vernietiging van overeenkomsten moet men dus van Boek 6 naar Boek 3 overstappen. Wij zagen al dat de dogmatische grondslag voor deze ingreep van de wetgever flinterdun is, althans ten tijde van het ontwerpen, en nu niet meer aanwezig is, en als fait accompli beschouwd moet worden (één van de vele van het nieuwe wetboek).

In titel 1 van Boek 6 vindt men de onderwerpen van de gelijknamige titel van het BW van 1838 terug (bronnen van de verbintenis, soorten verbintenissen en niet-nakoming en schadevergoeding), terwijl ook nieuwe onderwerpen opgenomen zijn, zoals de natuurlijke verbintenis, opschortingsrechten, schuldeisersverzuim en de geldschulden.

De overeenkomst vindt men in titel 5 van Boek 6 (minus de onderwerpen die in Boek 3 een plaats vonden, behalve de vernietiging ook onderdelen van de totstandkoming, art. 3:33 v.). Er werd al eerder op gewezen dat dit voor de meest voorkomende rechtsfiguur uit het verbintenissenrecht (ex aequo met de onrechtmatige daad) een wat onbeholpen en gebruikers-onvriendelijke regeling is. Het zij zo. De gehele regeling van de overeenkomst komt in grote lijnen overeen met die van het oude wetboek.

De onrechtmatige daad vindt men in titel 6.3 geregeld, klassieke onderdelen en onderwerpen, vaak in een nieuw jasje, dat soms wat te ruim, soms wat te krap zit. Ook dat went wel. Verschillende wijzigingen die hier werden ingevoerd waren al enige tijd accepté in doktrine en rechtspraak, zoals sommige vormen van risico-aansprakelijkheid, en de gezamenlijke behandeling van de delictuele causaliteit (en schade) met de contractuele (in titel 1, art. 6:96).

In titel 4 van Boek 6 worden ten slotte de overige verbintenissen uit de wet behandeld: zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking. De laatste figuur ontbrak in het oude BW, en werd in rechtspraak en

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

doktrine al geruime tijd aanvaard (evenals in omliggende landen al veel langer het geval was). De wetgever heeft overigens niet de gelegenheid aangegrepen om deze figuren in hun samenhang eens fris te bezien; het is nu een combinatie van verbintenissen geworden waarbij de onderlinge grenzen vrij schimmig zijn.

Vergeleken met de overige Boeken van het nieuwe BW sluit Boek 6 (en de bijbehorende onderdelen van Boek 3) inhoudelijk nog het meeste aan bij de stof van het oude BW. Dit heeft tot gevolg dat het oude recht, zoals in doktrine en rechtspraak gevormd, nog steeds van groot belang is voor het geldend recht. Wat de traditionele leerstukken betreft ging het BW van 1838 terug op het werk van twee grote franse civilisten, Pothier en Domat, dat model stond voor de Code civil (die weer door ons overgeschreven is, nadat eerdere wetsontwerpen de eindstreep niet haalden). De franse dogmatiek van de 17e eeuw was sterk op het Romeinse recht georiënteerd, zoals toen in heel Europa het geval was. Vandaar dat de bronnen van ons hedendaags verbintenissenrecht heel diep gaan. Veel dogmatische onderscheidingen die het huidige recht kent, zijn slechts te verklaren uit hun Romeinse rechtelijke achtergrond. Bijvoorbeeld al het onderscheid tussen verbintenissen ontstaan door menselijk toedoen (overeenkomst) en verbintenissen uit de wet (onrechtmatige daad, zaakwaarneming, onverschuldigde betaling, ongegronde verrijking), en het onderscheid in die laatste categorie, is slechts in dat licht te begrijpen. De figuren 'quasi-contract' en 'quasi-delict', door de Romeinen bedacht, komen wij in het huidige recht, hier en elders, nog tegen. Hieronder wordt nog op deze materie ingegaan.

2. Het begrip verbintenis

De wetgever heeft het begrip verbintenis niet omschreven; heel verstandig, want het is niet des wetgevers om definities van rechtsbegrippen te geven, dat dient hij aan de wetenschap over te laten.¹ Zoals wij dadelijk zullen zien, heeft hij gemeend zich wèl over de bronnen van verbintenissen te moeten uitspreken, hetgeen dus *ultra vires* is (buiten zijn bevoegdheid, een term uit het Angelsaksische vennootschapsrecht), zoals Schoordijk eens betoogd heeft.

De gangbare omschrijving van een verbintenis in de doktrine is die welke men in de Asser-serie tegenkomt, in de formulering van Rutten, gehandhaafd door zijn opvolger Hartkamp (en afkomstig van een eerdere bewerker, Van Goudoever, 2e dr., 1913):

'Onder verbintenis wordt verstaan een vermogensrechtelijke betrekking tussen twee of meer personen, krachtens welke de één jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is en deze jegens gene tot die prestatie verplicht is.'²

1. Vgl. in dezelfde zin, Pitlo-Bolweg, 1979, p. 2. Aldus ook: Schoordijk, *Alg. gedeelte verbintenissenrecht NBW*, 1979, pp. 11 v.; 41; Schut, *Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis*, 3e dr., 1987, p. 97, en, *last not least*, de minister, *Parl. Gesch.*, Boek 6, p. 37. Vgl. over het begrip rechtshandeling (art. 3:33), in dezelfde zin, Van Schilfgaarde, noot *misverstand*-arrest, AA, 1977, p. 654. Zie voor dat onderwerp, Deel 1, p. 34.

2. Asser-Van Goudoever, 2e dr. 1913, p. 6; Asser-Rutten I, 3e dr., 1967, p. 3; Asser-Hartkamp I, 10e dr., 1996, nr 6.

§1. DE VERBINTENIS

In vrijwel dezelfde zin Pitlo, terwijl diens leermeester Eggens een soortgelijke, iets bondigere omschrijving geeft.³

In de afgelopen decennia zijn verschillende onderdelen van deze definitie aan kritiek onderworpen, met name het vereiste van een vermogensrechtelijke betrekking en het vereiste van gerechtigd zijn tot de prestatie van de debiteur door de crediteur, hetgeen op het bestaan van een subjectief recht wijst. Men spreekt hierbij overigens van de *passieve* zijde van de verbintenis, de verplichting die de schuldenaar heeft, tegenover de *aktieve* zijde, de positie van de daartoe gerechtigde schuldeiser. Beide punten verdienen nadere bespreking, waarbij zal blijken dat wij hier te maken hebben met brokstukken dogmatiek die ten dele op het romeinse recht teruggaan.

Ik zou om te beginnen tegenover de gangbare definitie van de verbintenis de omschrijving willen plaatsen die ik indertijd in mijn proefschrift (1971) verdedigd heb, met een kleine aanpassing:

‘Onder een verbintenis wordt verstaan de gebondenheid van een persoon aan een rechtsnorm, die een in beginsel afdwingbare verplichting tot een door die norm voorgeschreven handelen met zich brengt.’⁴

De belangrijkste verschillen met de eerder gegeven omschrijving zijn, dat het vermogensrechtelijke karakter geen vereiste is (aldus ook reeds Van Opstall, en later ook Wessels), en dat de prestatie en het daarmee corresponderende subjectieve recht van de schuldeiser weggelaten zijn.⁵ Die laatste zienswijze gaat in wezen terug op het romeinse recht en wordt ook door enkele franse schrijvers gedeeld.⁶ Voor de goede orde, terwille van het overzicht, nog de meest vergaande definitie van de verbintenis uit onze doctrine, die van Suijling uit de jaren dertig:

‘Dit verzamelbegrip omspannt het geheel van rechten en verplichtingen, onverschillig van welke soort, gelijk zich dit in verloop van tijd, op den grondslag van een overeenkomst of een ander rechtscheppend feit, tussen schuldenaar en schuldeiser ontwikkelt.’⁷

Rutten en Hartkamp wijzen erop dat ‘het nog niemand gelukt is het begrip ‘verbintenis’ in een scherp omlinjende definitie vast te leggen’, hetgeen Van

3. Pitlo-Bolweg, p. 2; vgl. Eggens: een verbintenis is ‘een rechtsbetrekking van vermogensrechtelijke aard, waarin een bepaald persoon, de schuldeiser, van een bepaald ander persoon, de schuldenaar, een bepaalde prestatie te vorderen heeft’, *WPNR* 4158 (1950); *Verz. Priv. Opst.* 2, p. 236. In dezelfde zin ook Hofmann, *Verbintenissenrecht*, 4e dr., 1935, p. 3; Schut, t.a.p., p. 98; B.Wessels, *Natuurlijke verbintenissen*, diss. VU Amsterdam, 1988, nr 99.

4. Diss., *N.U.*, p. 198: 1^o druk van dit boek (1985), pp. 200; 206 v. De aanpassing is de toevoeging ‘in beginsel’ aan de afdwingbaarheid van de verplichting. Vgl. nog onder.

5. Vgl. Hofmann-Van Opstall, 8e dr., 1968, p. 3 v.; Wessels, *RmThemis* 1982, p.369 v. In zijn diss., nr 98 laat Wessels dit rusten, en volgt verder de gangbare opvatting.

De definitie van Van Opstall, hoogleraar in Utrecht, kwam op nog een punt overeen met de mijne: hij sprak van het ‘op een bepaalde wijze gedragen’, en ‘zodanig gedrag’ van de debiteur. In de 9e druk kwam hij tot een geheel andere definitie, waarbij hij zich door de situatie bij faillissement liet leiden. Deze is van verschillende zijden bestreden, vgl. 9e dr., p. 7, met lit.; Schoordijk, t.a.p., p. 6 v.

6. Resp. Justinianus (vgl. nog onder) en J.Carbonnier, *Droit civil*, 4, 16e dr. 1992, nr 3.

7. Suijling II, 1, 2e dr., 1934-36, nr 9.

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

Opstall terecht een 'testimonium paupertatis' genoemd heeft (bewijs van armoede). Het is inderdaad armoede om vast te houden aan een definitie uit het jaar onzes Heren 1913, terwijl de grote omwentelingen in het recht, te beginnen met die van 1919 (*Lindebaum - Cohen*), de verruiming van de onrechtmatige daad, gevolgd door die van 1926 (*goudse bouwmeester*), verruiming van de natuurlijke verbintenis en 1959 (*Quint - Te Poel*), introductie van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking, nog moesten komen. In elke wetenschap is het zeer onwaarschijnlijk dat na dergelijke revolutionaire ontwikkelingen de grondslagen onveranderd zouden blijven, zo ook in het recht. Het tegenwoordige verbintenissenrecht is volstrekt onvergelijkbaar met dat in 1913. Men krijgt echter de indruk dat voor sommige handboekenschrijvers de zon nog steeds om de aarde draait (overigens was Copernicus ook jurist).

Het is dus gerechtvaardigd om wat dieper op deze kwestie in te gaan; het gaat daarbij niet alleen om rechtstheoretische interesse, er zijn ook belangrijke gevolgen voor de praktijk. De wetgever heeft in art. 6:1 bepaald dat verbintenissen slechts uit de wet voortvloeien (een gesloten systeem van verbintenissen), zodat het van groot belang is om te weten wat in het stelsel van de wet onder een verbintenis verstaan wordt. Overigens heeft de wetgever dat aan de wetenschap overgelaten, zoals gezegd, maar in de toelichting ervan blijkt gegeven van de definitie à la Rutten c.s. uit te gaan. Een tweede punt is de grens met de natuurlijke verbintenis, een voor de praktijk belangrijk onderwerp. Voor het afbakenen van die grens is het nodig te weten wat het territorium van de gewone verbintenis is. In dit verband is ook van belang dat de ontwerpers van het nieuwe wetboek evenals Rutten en Hartkamp uitgaan van het onderscheid rechtsplicht - verbintenis, de waterscheiding tussen de onrechtmatige daad en de overige verbintenissen. Een onderscheid dat door Eggens en Schoordijk, gevolgd door vele schrijvers, verworpen wordt. Op dit punt trok Eggens in 1923 lering uit het arrest van 1919, dat noopte tot een heroriëntatie in het verbintenissenrecht.

Het verschil in benadering is in de ontwikkeling van het recht van betrekkelijk recente datum; pas in de vorige eeuw werd de actieve zijde van de verbintenis naar voren geschoven, door Von Savigny, de grote Pruis van franse herkomst. In de franse doktrine van die tijd werd daarentegen uitsluitend de passieve zijde van de verbintenis als uitgangspunt genomen, in de romeinsrechtelijke traditie. Pothier bijvoorbeeld, herhaalt de definitie van de Instituten van Justinianus: *obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* (de verbintenis is de band van het recht waardoor wij iemand dwingen te voldoen aan een verplichting jegens een ander volgens het recht van onze samenleving). Overigens wordt de verbintenis nog steeds 'obligation' genoemd, in het frans, duits en engels. (Vgl. voor deze rechtshistorische achtergronden: Hofmann, 4e dr., 1935, p. 1 v.). Haaks hierop staat de visie van Von Savigny (1851) die uitsluitend de actieve zijde van belang acht: de verbintenis 'besteht in der Herrschaft über eine fremde Person...über einzelne Handlungen derselben, die ... unserm Willen unterworfen gedacht werden müssen'. Hier gaat het nog om de handeling van de debiteur, maar later wordt het recht van de crediteur op de prestatie eraan toegevoegd, waarmee de actieve zijde niet slechts macht is, maar in een subjectief recht ondergebracht wordt.

Intussen staat de ontwikkeling aan de passieve zijde niet stil, de pandektist Brinz ontwikkelt in 1873 het onderscheid tussen *Schuld* en *Haftung*, een dogmatisch inzicht dat vandaag de dag nog doorklinkt in het europese verbintenissenrecht. Onder *Schuld* wordt de gebondenheid verstaan, de verplichting die op de debiteur rust; *Haftung* geeft de verhaalsaansprakelijkheid aan, hij staat tegenover de crediteur met zijn vermogen in voor het nakomen van zijn verbintenis. Dit onderscheid heeft tot gevolg dat de crediteur, indien het

§1. DE VERBINTENIS

onmogelijk is om nakoming af te dwingen, over kan gaan tot het zoeken van verhaal op het vermogen van de debiteur.

De duitse dogmatiek heeft ook invloed gehad op de franse doctrine; toch zijn er ook schrijvers, zoals Carbonnier, die het oude, romeinsrechtelijke uitgangspunt trouw zijn gebleven. Hij omschrijft de verbintenis als: ‘... l’obligation apparait comme un lien de droit existant spécialement entre deux personnes, en vertu duquel l’une *doit* faire quelque chose pour l’autre. Le verbe *devoir* est au coeur de la notion (un verbe qui est plus facilement senti que défini)’(t.a.p., nr 3).

Deze charmante definitie heeft naar het zich laat aanzien, mijn instemming. Zij is ontdaan van 19e eeuwse dogmatische ballast, en is van romaanse eenvoud.

3. *De vermogensrechtelijke betrekking*

Het probleem met het definiëren van het centrale begrip van het verbintenissenrecht, is dat er grenzen getrokken moeten worden, maar tegenwoordig niet iedereen er zeker van is waarom ook weer (net als bij geografische grenzen het geval is). Wat proberen wij buiten te houden? Vroeger was dat ook al moeilijk, maar relatief nog eenvoudig: verplichtingen van moraal en fatsoen, en sociale verplichtingen (vrienden- en familiekring), vielen er buiten. Onder dat laatste rekent Pitlo nog de ‘conventie’: ‘het afnemen van de hoed voor elkaar’. Kom daar nog eens om! (In mijn studententijd leerde je nog hoe je met de paraplu moest lopen, en kreeg je in de groentijd lessen in etiquette; van beide zaken is tegenwoordig weinig meer te bespeuren, als je om je heen kijkt). De ‘dringende’ verplichtingen van moraal en fatsoen - tegenwoordig spreken wij liever van dringende morele verplichtingen - zijn grotendeels het verbintenissenrecht ingekomen doordat de hoge raad in 1926 daarvoor de grens opengesteld heeft, weliswaar als ‘natuurlijke verbintenissen’, dus tweederangs-burgers, maar binnen is binnen. Hieronder komt die materie nog uitvoerig ter sprake. Er blijven dus (voldoende, naar wij hopen) morele verplichtingen over, die niet in de rechtssfeer vallen. Scholten noemt ergens de verplichting een bijdrage te geven aan een kerkgenootschap waarvan men lid is, en zo zijn er legio voorbeelden in de profane sfeer indien men de jurisprudentie erop naslaat (vgl. nog onder).

Daarnaast zijn er allerlei afspraken en toezeggingen, handelingen die buiten de rechtssfeer vallen, die slechts een feitelijke verhouding tussen personen (partijen) teweegbrengen.⁸ Het klassieke voorbeeld is de afspraak om samen te gaan eten, het is onbehoorlijk om niet te komen opdagen, maar is er ook een verbintenis geschonden? Natuurlijk niet; maar wat als het een zakenlunch, sollicitatiegesprek of interview was, grote belangen op het spel stonden, en de partij die wel gekomen was daarvoor kosten gemaakt heeft, andere lucratieve zaken heeft laten lopen, schade geleden heeft, etc.? Zoals bekend, worden de belangrijkste zaken bij etentjes geregeld - bedrijfsovernames beraamd, adviezen gegeven, en zelfs kabinetten geformeerd. Nog steeds geen verbintenis geschonden?

De afspraak van twee families om samen op vakantie te gaan, in de auto van één familie, is dat een verbintenis? Of vrijheid, blijheid? De HR overwoog in een arrest uit 1958 dat ‘de afspraak tussen goede kennissen, inhoudende dat de één de ander op een vakantiereis met zijn automobiel zal medenemen, zeer wel

8. Zie ook Deel 1, Hfdst. 3, § 2, naar aanleiding van het (oude) causa-vereiste.

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

de voorwaarden, vereist voor de bestaanbaarheid van een rechtens bindende overeenkomst, kan bevatten, ook dan indien het medenemen kosteloos geschiedt' (*Nukoop - Saalfeld*).⁹

Een voorbeeld uit de buitencontractuele sfeer: het spelen op de stoep met een radiografisch bestuurd autootje (Formule 1) door een jongen van 6, doet dat een verbintenis ontstaan? Leuk toch, moet kunnen; zo'n jong is best al wat technisch bezig, die mag binnenkort met de muis van zijn vader voor het scherm spelen. En wat als de jongen struikelt, een onhandige beweging maakt en zijn bolide een wat merkwaardige opdracht geeft en de straat op stuurt, waar een bekend wielrenner, die zijn laatste voorbereidingen treft voor de Tour de France, ten val komt en zijn knie kneust, en vervolgens de Tour verder wel kan vergeten? Nog steeds geen verbintenis?

Het valt zoals gezegd niet mee. Men heeft de oplossing hiervoor gezocht in het vereiste dat het om een *vermogensrechtelijke* band tussen partijen moest gaan.¹⁰ Dat heeft op het eerste gezicht met geld te maken (dit even voor de niet-Rotterdamers). Maar dat kan ook niet de bedoeling zijn, want in het geval van het gemiste etentje, zal degenen die voor niets is komen opdagen uit eigen zak een dinertje moeten betalen dat hij dacht aangeboden te krijgen, en dat kost geld, nog afgezien van reiskosten en verloren tijd. Op die wijze zou het merendeel van de afspraken in het sociale verkeer in de rechtssfeer gebracht worden. Aan de andere kant is het zo, dat sommige schrijvers die het vermogensrechtelijke kader onderschrijven, zich haasten op te merken dat dit niet op geld waardeerbaar hoeft te zijn. Aldus Pitlo, die het argument heeft dat de vraag of iets een geldswaarde is, nu juist een vraag is die mede door het recht wordt bepaald. Ook geeft hij voorbeelden uit de rechtspraak waaruit blijkt dat verbintenissen aanvaard worden die men op het eerste gezicht niet met geldswaarde zou associëren.¹¹ Verder zijn er, aldus nog steeds Pitlo, verbintenissen uit het personen- en familierecht die niet op geld waardeerbaar zijn, zoals de verplichting van echtgenoten tot onderlinge hulp, wederkerige getrouwheid en tot samenwoning; de verplichting van ouders hun kinderen te verzorgen en op te voeden. Dat laatste zijn overigens ook voorbeelden van *niet afdwingbare* verbintenissen, een kenmerk dat traditioneel slechts met natuurlijke verbintenissen verbonden wordt.

Rutten/Hartkamp maken het zich wat betreft die laatste verplichtingen - door hen 'zuiver familierechtelijke verplichtingen' genoemd - wel erg gemakkelijk door eenvoudigweg te stellen dat deze 'niet tot de verbintenissen gerekend worden' en dat de regels van verbintenissenrecht daarop niet van toepassing zijn; dit als argument tegen de door mij verdedigde omschrijving van de verbinte-

9. HR 11 april 1958 *NJ* 467, nt LEHR. Het vriendendienst-aspekt geeft op zich dus niet de doorslag bij het beoordelen van deze rechtsverhouding; niettemin wordt het kosteloze karakter van de verhouding toch meegewogen: de vervoerder treft een minder strenge toepassing van aansprakelijkheidsregels aangezien het een vervoersovereenkomst om niet was.

10. Dit vereiste wordt met stelligheid verworpen door Van Opstall, vgl. Hofmann-Van Opstall, 1968, p. 4 v.; 9e dr., 1976, pp. 24, 28 v., en verder nog door Wessels, *RmThemis* 1982, p. 369 v.

11. T.a.p., p. 2 v. Pitlo noemt de verplichting de werknemer zondagsrust te gunnen, belediging, en immateriële schade bij lichamelijk letsel. Verder noemt hij nog het briefgeheim bij faillissement, art. 99 F, en bij bewaargeving, art. 1750 oud BW.

§1. DE VERBINTENIS

nis.¹² Nog afgezien dat de argumentatie ontbreekt, is dit onjuist. Zoals Pitlo terecht zegt, is hier weliswaar geen sprake van wanprestatie (en kan dus geen nakoming of schadevergoeding gevorderd worden), maar er bestaat een sanktie, er zijn rechtsgevolgen: de andere partij kan echtscheiding of scheiding van tafel en bed eisen, de ouder kan uit de ouderlijke macht ontzet worden.

Afgezien van deze, wat extreme typen van familieverplichtingen - hoe belangrijk ook - er zijn veel meer familierelaties waarbij het moeilijk vast te stellen is of dit zaken zijn die buiten de rechtssfeer moeten blijven of niet, en waarbij soms aanzienlijke financiële belangen gemoeid zijn. Hier volgen enkele voorbeelden.

Het was een aantal jaren geleden in het zuiden van het land gebruikelijk dat werkende kinderen die nog thuis woonden, het verdiende salaris afdroegen aan hun ouders (aan moeder, die de dienst uitmaakt) en zelf zakgeld kregen. Het geld werd dan voor hen opzij gelegd. Het kwam nogal eens voor, dat daar moeilijkheden over ontstonden, als het kind jaren later uit huis wilde, en zijn verdiende geld opeiste. Dat werd wel eens geweigerd, met name als de ouders van mening waren dat bijvoorbeeld dochterlief met een verkeerde jongen was thuisgekomen en vervolgens wilde vertrekken. Zijn dit nog aanspraken in de familiesfeer, of hebben wij met verbintenissenrecht te maken? Ik besef dat dit voorbeeld waarschijnlijk gedateerd is (uit mijn tilburgse tijd), nu een kind van acht al een eigen giro- of bankrekening heeft, maar het gaat om een voorbeeld, dat in onze tijd weer andere varianten zal kennen. Bovendien is het zo aardig te plaatsen naast enkele gevallen uit de jurisprudentie.

Ging het zoëven over matriachale verhoudingen, nu gaat het over patriarchale verhoudingen, in het boerenbedrijf, waar de kinderen in het bedrijf meewerken, tegen kost en inwoning en zakgeld, of tegen een beloning door vader naar eigen inzicht en goedvinden vastgesteld, met soms een aandeel in de winst, als dat zo uitkwam. Het zijn zaken van de derde kamer van de hoge raad (belastingkamer), inzake onteigening, waarbij de bedrijfsschade vastgesteld moet worden.

Een boer heeft twee kinderen die bij hem in het landbouwbedrijf werkzaam zijn, waarbij mondeling is afgesproken dat het bedrijfsresultaat tussen hen verdeeld wordt. De fiscus ziet hier een dienstbetrekking in en stelt dat de kinderen bij de vader in loondienst zijn. Vader stelt dat het bedrijf voor gezamenlijke rekening uitgeoefend wordt. De HR overweegt: '... dat toch de nauwe familiebetrekking tussen ouders en kinderen de mogelijkheid insluit, dat kinderen arbeid in het bedrijf van hun vader verrichten, zonder dat daaraan een arbeidscontract of een ander contract ten grondslag ligt; dat met name in de boerenstand zich het geval pleegt voor te doen, dat kinderen na hun meerderjarigheid met hun ouders in gezinsverband blijven wonen en als leden van het gezin met hun vader in diens bedrijf meewerken, terwijl zij behalve kost en inwoning slechts zakgeld ontvangen, dat niet evenredig is aan het loon in geld, dat ter plaatse voor inwonende arbeiders gebruikelijk is; dat in een dergelijk geval het bestaan van een arbeidsovereenkomst allicht niet valt aan te nemen'.

Een nader onderzoek van de omstandigheden wordt noodzakelijk geacht, waarop verwijzing volgt. HR 27 febr. 1952, *NJ* 1953, 362, nt PhANH, waarin ook nr 363 besproken wordt, zie onder (het arrest wordt genoemd in Asser-Hartkamp II, nr 13). In dezelfde zin: HR 19 okt. 1949, *NJ* 741.

Een vergelijkbaar geval is dat van boer De Mik in Bergambacht, die met drie zonen een veehouderij, veehandel annex slachterij uitoefent. De jongste, Jan-Gerrit, krijgt behalve kost en

12. T.a.p., nr 6; vgl. ook 6e dr., 1981, p. 4 v. Even verder constateren Rutten/Hartkamp dat er ook familierechtelijke betrekkingen bestaan die een vermogensrechtelijk karakter hebben; genoemd worden het huwelijksvermogensrecht en de verplichtingen om behoeftige ouders of kinderen te onderhouden (nr 7; op dergelijke verhoudingen is het algemene verbintenissenrecht van toepassing, voorzover verenigbaar met het familierechtelijk karakter van de verhoudingen). Maar waar ligt de grens?

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

inwoning f 10,- zakgeld; Gijsbert en Frits, die al gezinnen hebben en elders wonen, krijgen resp. f 40,- en f 30,- per week, terwijl soms 'wat extra toegestopt wordt'. Als de resultaten meevallen, kijkt vader in zijn boekje 'of het lijden kan', en krijgen zij een groter bedrag ineens. De uitkeringen zijn afhankelijk van vaders oordeel over hun prestaties en behoeften; vaders wil is wet, als het gedane werk hem niet zint, kunnen ze vertrekken, verklaart hij.

De rechtbank oordeelde dat deze samenwerking in de familiebetrekking wortelt, en ziet hier geen maatschap in; voor dat laatste acht zij van belang dat de vader naar eigen inzicht de zoons een deel van de bedrijfswinst uitkeert, hetgeen strijdig is met hetgeen art. 1671 BW voor de maatschap bepaalt. De hoge raad stelt zich achter de rechtbank; in dezelfde zin a-g Eggens in zijn conclusie, onder verwijzing naar het vorige arrest. Volgens Eggens is hier sprake van een patriarchale verhouding, waaraan de meerderjarige kinderen zich vrijwillig onderwerpen, die hij als een 'natuurrechtelijke' verhouding kwalificeert, leidend tot een natuurlijke verbintenis die door partijen voldaan wordt.

Ten slotte een recenter geval. Boer Schoon in Assen oefent zijn landbouwbedrijf uit met behulp van zijn vijf kinderen, die geld in het bedrijf gestoken hebben, en in het bedrijf helpen. Voor dat laatste doet de vader vrijwillig uitkeringen, waarvan de hoogte aan hem overgelaten wordt. In het kader van een onteigening en vaststelling van de bedrijfsschade is de vraag in het geding of hier van een maatschap sprake is of van een familierechtelijke regeling. De hoge raad is met de rechtbank van oordeel dat hier geen sprake is van een familie-afsprake, waaruit voor de vader geen verbintenissen voortvloeien en waaraan de zoons geen rechten kunnen ontnemen (de Rb. had niet behoeven vast te stellen of hier van een maatschap sprake was). HR 16 okt. 1963, NJ 1964, 16, *Schoon - Agter qq.*; genoemd bij Hofmann-Van Opstall, p. 8.

Als men zich afvraagt waarom de hoge raad van zijn vaste rechtspraak afgeweken is, valt alleen te wijzen op de omstandigheid dat in de laatste zaak de kinderen ook geld in het bedrijf gestoken hadden. Maar dan is wel merkwaardig dat de feitelijke rechter niet behoefde vast te stellen of hier van een maatschap sprake is, want wat zou het dan wèl moeten zijn? In de jurisprudentie wordt overigens al snel aangenomen dat een maatschap gesloten is, bijvoorbeeld in het geval dat twee zakenlieden samen onroerend goed, één huis, kopen. Het kan ook zijn dat hier andere motieven meespelen - het was tenslotte een arrest van de derde kamer - en dat men bij onteigening een ander beleid is gaan voeren. Het blijft gissen.

De hier gegeven voorbeelden zijn er enkele uit vele, waarbij familiebanden en financiële banden verstrengeld zijn. Voor het bepalen of verbintenissen in het spel zijn, zijn geen eenvoudige oplossingen aan te dragen. Het gebruik van het begrip 'vermogensrechtelijk' is, zoals ik heb proberen aan te tonen, een schijnoplossing.

De ontwerpers van het huidige BW, Meijers voorop, dachten daar anders over. De vermogensrechtelijke lijn wordt door hen doorgetrokken. Bij de Inleidende Opmerkingen van de Toelichting op Boek 6 wordt gesteld: 'Het ontwerp neemt als uitgangspunt, dat alleen bij rechtsplichten, waarmee een subjektief vermogensrecht correspondeert van degene jegens wie de rechtsplicht bestaat, wordt gesproken van verbintenissen'.¹³ Dit heeft tot gevolg dat in geval van wettelijke rechtsplichten en betamelijkheidsplichten 'niet van verbintenissen gesproken kan worden, omdat met deze rechtsplichten niet een subjektief vermogensrecht van de door de norm beschermde persoon correspondeert'. Hetzelfde geldt volgens het Driemanschap voor rechtsplichten die uit eigendom, auteursrecht, etc., voortvloeien. Daarbij wordt verwezen naar de regeling van het vermogensrecht (subjektief recht) in Boek 3, art. 3:6 BW, waarvoor het kenmerk

13. *Toelichting-Meijers*, p. 458; Parl.Geschiedenis, Boek 6, p. 38. Boek 6 werd voltooid door het Driemanschap J. Drion, G. de Grooth en F.J. de Jong (1961). Zie echter art. 3:296, waar 'verplichtingen' wel afdwingbaar zijn.

§1. DE VERBINTENIS

gezocht is in de overdraagbaarheid van het recht of de verschaffing van stoffelijk voordeel, ofwel het verkregen zijn 'in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel'.

Zoals eerder besproken, zoekt de wetgever in het *stoffelijk* voordeel dat als tegenprestatie bedongen is het criterium om een bepaalde verhouding binnen de rechtssfeer te halen; de belofte een blinde voor te lezen zou derhalve de ballotage niet halen en nooit een verbintenis kunnen zijn. Ik verwijs daarvoor naar Deel 1 van dit werk, waar ik mij tegen deze uiterst materialistische benadering van de ontwerpers van het nieuwe wetboek verzet heb.¹⁴ Van Opstall, die voor deze opvatting ook geen goed woord over heeft, voert aan dat bepalend zou zijn dat degenen die de belofte gedaan heeft voor zijn prestatie een beloning zou *kunnen* bedingen, ook al heeft hij dat in casu niet gedaan. Het is een oplossing, maar het blijft toch lapwerk, en wel van een onzuivere gedachte. Zoals eerder bepleit, het gebruik van het begrip 'belang' zou al een verbetering zijn, maar naar mijn mening is het criterium 'rechtens relevant' nog het meest bruikbaar (zie t.a.p.). Men kan daarbij ruimte maken voor belangenafweging, de mogelijkheid van het toekennen van een economische waarde, en andere factoren.

Bij dit materialistische uitgangspunt van de wetgever in art. 3:6, dat zo typerend voor Meijers was, zou men kunnen denken dat kritiek in deze tijd wel wat makkelijk is, omdat wij tegenwoordig - althans in het recht - minder materialistisch ingesteld zijn dan in de periode rond de oorlog, toen Meijers' ontwerp ontstond. Toch waren tijdgenoten van Meijers in diezelfde periode een geheel andere visie op het subjektieve recht toegedaan, zoals Paul Scholten en Suijling. Meijers had de onlichamelijke zaken in de ban gedaan, met zijn definitie van een 'zaak' naast een 'goed' - het novum van Meijers, die daarmee het gehele zakenrecht op zijn kop zette, de wettelijke indeling inclusief. Ook in die kwestie liet hij zich leiden door zijn hang naar stoffelijke, materiële zaken, en zijn voorliefde om het immateriële buiten de deur te houden. Vage normen als de goede trouw en de natuurlijke verbintenis werden door hem dan ook geruime tijd met achterdocht bekeken. Scholten, zoals alle auteurs, ging ervan uit dat ieder vermogen 'strikt genomen altijd uit rechten bestaat', en in wezen uit louter onlichamelijke zaken opgebouwd. Wat wij met 'zaak' aanduiden, kan immers slechts een recht op een zaak zijn (je hebt geen 'huis', maar een 'recht op een huis'). Vgl. Asser-Scholten, *2e Deel, Zakenrecht*, 8e dr., 1945, p. 8. In dezelfde zin: J.C. van Oven, *WPNR* 4411 (1955), p. 370 v., in een kritische bespreking van het systeem van het NBW. Van Ovens conclusie wil ik de lezer niet onthouden: 'Wij zullen dus moeten voortgaan met aan jonge studenten te leren, dat de tegenstelling zaak - goed evenmin door de beugel kan als die van lichamelijke en onlichamelijke zaak, terwijl wij, volwassen juristen, ons hiervan steeds bewust zullen moeten blijven'. Of hiermee de werkelijkheid van het juridisch onderwijs in onze tijd weergegeven wordt, valt te betwijfelen. Men spreekt liever van 'goederenrechtelijke rechten', en dergelijke malligheden meer.

Het onderscheid zaak - goed ondervond al direkt kritiek: vgl. Beekhuis, *Alg. Deel Zakenrecht*, 1957, p. 28, daarin bijgevalen door J.L.L. Wery, *RmTh* 1961, p. 93; vgl. ook Kisch, *WPNR* 4407 (1955), p. 323. Het onderscheid gaat terug op

14. Zie Deel 1, Hfdst. 3, § 2, nr 2, ontleend aan mijn diss., *N.U.*, 1971, p. 290 v.

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

een obscuur artikel van Meijers uit 1910, vgl. W.M. Kleijn en M.M. Olthof, *WPNR* 5561 (1981), p. 249. Vgl. ook nog G.G. Oly, *WPNR* 5694 (1984).

Over die terminologie is bij de hercodificatie pas vrij laat een discussie ontstaan, zie Hijma en Olthof, *WPNR* 5675 (1983); Clausing, id. 5668 en 5694. Het is een vrolijke kermis: wat de doen met 'zaaksgevolg', en eigendom? Clausings pleidooi om gewoon de oude termen te handhaven (zakenrecht, zakelijke rechten, etc.) lijkt de overhand te gaan krijgen. In de praktijk is de term 'zakenrecht' weer in ere hersteld, evenals met wanprestatie en overmacht het geval is (vgl. onder). Suijling had zich over de vraag wanneer van een zaak in juridische zin gesproken kan worden in 1940 als volgt uitgelaten:

'Of een objekt gebruiks- of handelswaarde mist, doet niet ter zake. Om de naam van lichamelijke zaak te verdienen, behoeft een voorwerp niet verhandelbaar te zijn. Objecten waaraan slechts affektieve waarde kan worden toegekend, een haarlok, een brief, een verkleurde foto, behoren tot de lichamelijke zaken, waarvan men eigenaar kan zijn. In het vermogen tot bevrediging van ideële behoeften steekt een waarde, die in het maatschappelijke verkeer algemeen erkend wordt'.¹⁵

Wat het vereiste van 'stoffelijkheid' in eigenlijke zin betreft, wijkt Suijlings standpunt eveneens van dat van Meijers af: hij acht krachten als elektriciteit en warmte tot de lichamelijke zaken behoren, mits gelokaliseerd en afgescheiden. Het is ook tekenend dat Suijling in 1940 al het onderscheid economische - juridische eigendom hanteert.

Zoals men ziet, een minder 'stoffelijke' - schreef haast: 'stoffige' - benadering van subjektieve rechten, mede geïllustreerd aan de hand van (het objekt van) zakelijke rechten, behoort al geruime tijd tot de mogelijkheden.¹⁶ De werken van Suijling en Scholten zijn intussen al meer dan een halve eeuw (bij Scholten: bijna een eeuw) oud. Men kan zich afvragen of onze wetgever wel geheel bij de tijd is met deze visie op het vermogensrecht en vermogensrechtelijke verhoudingen. Bij de figuur van eigendom heeft de Kamer ingegrepen - wij zouden anders de risee van Europa geworden zijn - bij een wat abstrakter begrip als het vermogensrecht is dat helaas niet gebeurd.

4. *Het onderscheid rechtsplicht - verbintenis*

Ten slotte een laatste kwestie die nauw met het voorgaande samenhangt en al even ter sprake kwam: de relatie tussen verbintenis en rechtsplicht. Dat laatste

15. *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 5e druk, *Zakenrecht*, 1940, p. 36; een noot verwijst naar Drucker, die dit in 1889 al verdedigde, en naar *Goudekot-Opzoomer III*. Suijling liet zich leiden door de 'handelende mens', die zich 'bij de vorming van zijn voorstellingen richt, niet naar wetenschappelijke, maar naar maatschappelijke overwegingen', p. 34. In dezelfde zin Asser-Scholten, *2e Deel, Zakenrecht*, 8e dr. 1945, p. 8; identiek aan de tekst van de 5e dr., 1913. Bij Asser-Beekhuis zijn nog passages van Scholtens hand te vinden: 1957, p. 27; 1980, p. 44. Vgl. voor dit onderwerp ook mijn opstel, *Het zakenrecht als open systeem (van verbintenissen)*, in: *In het nu, wat worden zal*, Schoordijk-bundel, 1991, p. 176.

16. Ook in de figuur van de eigendom in het Ontwerp-Meijers, art. 5.1, weerklinkt dezelfde visie: de eigenaar is bevoegd de zaak 'naar goedvinden te gebruiken'; ook hier in afwijking van de (maatschappelijke) visie van Suijling en Scholten. Terecht gesneuveld bij de Kamer-behandeling in de jaren zeventig.

§1. DE VERBINTENIS

begrip staat ook wel bekend als ‘algemene rechtsplicht’, of verplichting. Daaronder worden allerhande verplichtingen verstaan, waarvan de belangrijkste zijn de normen van maatschappelijke zorgvuldigheid, op geschreven of ongeschreven normen berustend. Het gaat hier in wezen om een tegenstelling in rechtsdenken van Meijers aan de ene zijde, en Suijling en Eggens ter andere zijde, steeds omringd door groepen leerlingen. Zodra een verplichting, gericht op een doen of nalaten van een rechtssubjekt *algemeen* van aard is, dat wil zeggen tot een ieder gericht, stellen Meijers c.s. dat dit om die reden al geen verbintenis kan zijn, namelijk te onbepaald is. Vandaar dat Meijers de verbintenis per definitie koppelt aan een *subjektief recht* van een andere persoon, aangezien voor alles vast moet staan dat *de verplichting jegens een bepaalde persoon gericht is*.¹⁷ De andere stroming, Eggens c.s. (Suijling vond van het begin af aan rechtsplicht en verbintenis één pot nat, zoals wij zagen) bestrijdt al direkt de uitgangstelling van Meijers: dat wil zeggen, zij stemt in met de gedachte dat een *algemene*, tot ieder gerichte rechtsplicht niet tevens een verbintenis is.¹⁸ Maar zij is wel van mening dat zo’n algemene verplichting een verbintenis in wording is, namelijk zich *concretiseert* indien sprake is van een situatie waarbij een andere persoon aanwezig is, die bij de uitoefening van de verplichting betrokken is (daarbij belang heeft, c.q. schade door lijdt). In deze opvatting, die ook de mijne is, wordt deze strijdvraag die al een halve eeuw de gemoederen bezighoudt teruggebracht tot een vraag van rechtsvinding: tot de erkenning dat het belang van een rechtsnorm zit in de concretisering in het zich voordoende geval, en niet in de formulering in abstrakto. Dat laatste inzicht is de bijdrage die vooral door Scholten aan de rechtsvindingstheorie in deze eeuw gegeven is, in zijn *Algemeen Deel* in de Asser-serie (1931).

Het is immers niet uit te leggen, zoals Boukema terecht in zijn proefschrift stelt, dat een verplichting om geen oneerlijke concurrentie aan een ander toe te brengen (de bakermat van de aktie uit onrechtmatige daad, 1919), indien sprake is van een concurrentiebeding, een verbintenis is, maar indien partijen zo’n beding niet gesloten hebben een rechtsplicht is om zich van oneerlijke concurrentie te onthouden. H. Drion geeft in zijn leidse oratie een ander voorbeeld, waarbij hij (als leerling van Meijers) aan het twijfelen slaat: het geval van twee burens, en de verplichting om geen afval op het land van de buurman te storten (nog steeds een aktueel onderwerp). Waarom zou dat geen verbintenis zijn? De burens kunnen toch ook overeenkomen dat het afval niet op dat land gestort mag worden? De twijfel van Drion was terecht, en zou in een beslissing

17. Meijers, *Algemene begrippen van het burgerlijk recht*, 1948, pp. 83 v., 304. Vgl. Asser-Hartkamp I, nr 8, met lit. verwijzing; als medestanders worden genoemd: W. Snijders, Schut, Van der Grinten en Wessels. De laatste geeft een uitvoerige bespreking van dit onderwerp, diss., nr 94 v.

18. Eggens, t.a.p., en ook pp. 340 v., 425; vgl. ook *Deel 2*, 1959, p. 236 v., *De bronnen van verbintenis*, (1950); Schoordijk, *WPNR* 4810-12 (1964), *Verspreid werk*, 1991, p. 17; *Alg. gedeelte verbintenissenrecht NBW*, 1979, p. 3 v.; C.A. Boukema, *Civielrechtelijke samenloop*, diss. VU Amsterdam, 1966, p. 111 v. Ik heb mij hierbij aangesloten, diss. *N.U.*, 1971, p. 206 v.; 1^o druk van dit werk (1985), p. 206 v. Aldus ook A.L. Croes, *WPNR* 5246 (1974), die als verdere medestanders nog noemt: Pitlo en Maeijer; vgl. ook nog Van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel*, diss. Leiden 1978, p. 8 v.

Vgl. ook nog Leclercq en Van de Wiel, *Feestbundel Tilburg*, 1978, p. 121 v., op p. 137, die een stelsel à la Suijling bepleiten.

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

kunnen omslaan: namelijk dat dit onderscheid geen zin heeft. Maar hij twijfelt niet, zo stelt hij vervolgens, indien het gaat om een automobilist die bij het links afslaan geen voorrang geeft aan een tegenligger. Schoordijk pakt dat laatste voorbeeld op, en laat zien dat hier weliswaar aanvankelijk slechts een rechtsplicht in het spel is - in het algemeen geen medeweggebruikers in gevaar brengen, en dus voorrang verlenen bij het afslaan, zie ook Wegenverkeerswet - maar dat zodra er een tegenligger aan de horizon verschijnt, voor de automobilist in kwestie een verbintenis ontstaat om die ander voorrang te verlenen.¹⁹

Eggens had dit al in 1923 gedemonstreerd aan het geval van de zutphense juffrouw, het beruchte arrest uit 1910.²⁰ Zij was de bovenbuurvrouw die weigerde de hoofdkraan van de waterleiding dicht te draaien toen de onderbuurman (met wie zij ruzie had) dat vroeg omdat de leiding na vorst gesprongen was en zijn voorraad leer waterschade dreigde op te lopen. Aan dat voorbeeld laat hij ook zien dat een negatief geformuleerde norm, een verbod van onbehoorlijk handelen, omslaat in een gebod tot behoorlijk handelen, in casu het dichtdraaien van de hoofdkraan om aldus schade bij de onderbuurman te voorkomen. Iets dat nu nogal voor de hand ligt, maar 4 jaar na 1919 toch een nieuw inzicht was. Zoals Eggens zegt: 'de verbintenis uit de wet is geboren, zodra de toestand er is, die men in het verkeer niet werkeloos mag aanzien'. Voor hem heeft dit de konsekwentie dat een onrechtmatige daad ook wanprestatie is, het schenden van een bestaande verbintenis.

Wat dat laatste betreft is opmerkelijk dat Rutten, die het standpunt van Eggens verwerpt, erop wijst dat tussen onrechtmatige daad en wanprestatie geen wezenlijk onderscheid bestaat, terwijl hij bovendien als grondslag van de onrechtmatige daad de billijkheid aanvaardt.²¹ Wat de rechtsgevolgen betreft staat hij dus niet zo ver van zijn tegenpool Eggens af. De overeenkomst die er in de jaren zestig tussen beide rechtsfiguren bestond, contractenrecht en deliktsrecht, is met de invoering van het nieuwe wetboek slechts versterkt. Dat maakt het nog merkwaardiger dat men, ook wat de oorsprong van die rechtsfiguren betreft, inmiddels niet de bakens verzet heeft.

5. *Obligingen: verplichtingen met beperkt rechtsgevolg*

Het terrein van de verbintenissen en verdere algemene verplichtingen, moreel of anderszins, is hiermee nog allerminst in kaart gebracht. Een poging daartoe wordt echter niet ondernomen; wel wil ik nog wijzen op een figuur die het duitse recht al langer kent, en bij ons in toenemende mate in de belangstelling staat, de zogenaamde 'Obligingen'. Dit zijn verplichtingen, meestal contractueel, die een beperkt rechtsgevolg hebben, in die zin dat ze doorgaans niet afdwingbaar zijn door een andere partij, maar wel rechtsgevolgen teweegbrengen indien ze geschonden worden. Een goed voorbeeld is de onderzoeksplicht in de precontractuele fase (vgl. Deel 1). Indien men die verzaakt, is het gevolg dat

19. Alg. gedeelte verbint. recht NBW, p. 4.

20. HR 10 juni 1910, W 9038, vgl. ook nog onder, Hfdst. 10, § 1, nr 2; Eggens, *WPNR* 2784-85 (1923), *Verz. priv. opstellen I*, 1938 (1958), p. 5 (p. 8).

21. Asser-Rutten II, 3e dr. (1968), pp. 408, 412. Vgl. Asser-Hartkamp III, nr 19. Vgl. ook A.M. Hol, *Gewogen recht. Billijkheid en efficiëntie bij onrechtmatige daad*, diss. Leiden, Deventer, 1993.

§1. DE VERBINTENIS

men het beroep op dwaling dat men anders zou hebben, verspeelt. In de oude terminologie, van vóór 1957 (*Baris - Riezenkamp*), sprak men hier van 'verschoonbare dwaling', die vereist was. Het spiegelbeeld, de spreekplicht: indien die niet nagekomen wordt, staat voor de wederpartij een actie uit dwaling open. Andere voorbeelden zijn: de verplichting om schade te beperken, binnen en buiten contract (sanktie: verspelen van recht op schadevergoeding, althans, mogelijke matiging van de schade, vgl. art. 6:101 BW), het tijdig protesteren bij ondeugdelijke levering (sanktie: verlies van rechten inzake wanprestatie, vgl. art. 7:23 BW).

Het is de vraag wat wij met deze rechtsfiguur aanmoeten: is het een verbintenis of een rechtsplicht? Of iets er tussenin, of geen van beide? Van Opstall heeft de aandacht voor deze figuur gevraagd en er meteen maar een nederlandse naam aan gegeven: *rechtsdrang*.²² Ik vind die naam niet erg gelukkig - teveel 'Sturm und Drang' - en zijn omschrijving van het fenomeen kan mij evenmin bekoren. De kern van zijn omschrijving is dat het vereiste gedrag door geen rechtsplicht opgelegd wordt, maar aan het nalaten zekere nadelige rechtsgevolgen verbonden worden (in dezelfde zin overigens ook de andere schrijvers, Hartkamp, Wessels en Vranken). Dat laatste is wel duidelijk, maar het eerste zit nog. Ik zou een stap, neen, twee stappen verder willen gaan, en niet alleen een rechtsplicht willen aannemen, maar zelfs een *verbintenis*. Zo vreemd is het niet als dat lijkt.

Allereerst, de oorsprong van de verplichting om zijn gedrag op de wederpartij af te stemmen, op straffe van verlies van rechten (het merendeel van dit type verplichtingen). Dat is een regelrechte verplichting uit hoofde van de goede trouw, precontractueel sinds 1957, *Baris-Riezenkamp*, contractueel sinds de Romeinen, en ook in het huidige BW te vinden, soms met wat schakelen. Zie voor de vele nevenverbintenissen die bij de overeenkomst bestaan naast de betalings- en leveringsplicht, Deel 1, p. 115 v. Vergelijkbare deliktuele verplichtingen zijn in de vaste jurisprudentie uit de verplichting van maatschappelijke zorgvuldigheid afgeleid, vergelijk voor de schadebeperkingsplicht: *Oveskou*-arrest. Verder zijn er hier ook waarschuwingsplichten, verplichtingen overleg te voeren met de wederpartij om de schade te beperken, etcetera (zie nog onder, Hfdst. 10, § 2, nr 8). Er is dus wat de herkomst betreft niets aan de hand.

De niet-afdwingbaarheid kan echter nog roet in het eten gooien. Ook dat loopt met een sisser af: er bestaan immers verbintenissen die niet afdwingbaar zijn, zoals wij eerder zagen (nog afgezien natuurlijk van de natuurlijke verbintenissen, die dat per definitie niet zijn). De verbintenissen die Pitlo noemde, met betrekking tot echtgenoten en ouders, zijn daarvan een voorbeeld.

Kortom: de Obliegenheiten zijn niet zulke exotische planten waar zij voor aangezien worden, ze kunnen rustig bij de overige planten geplaatst worden. Bij nader inzien staan ze er al lang, en groeien en bloeien.

22. Hofmann-Van Opstall, 1976, p. 49 v. Vgl. voor dit onderwerp verder nog: Asser-Hartkamp I, nr 11; Wessels, diss. nr 118; J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, 1989, p. 197 v.; J.H.M. van Erp, *Contract als rechtsbetrekking*, diss. Tilburg 1990, p. 292 v.

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

6. *De overige kenmerken van de verbintenis. De grens met zakelijke rechten: het zakenrecht als open systeem*

Er zijn nog enkele aspecten van de verbintenis die besproken moeten worden; dat kan vrij kort, aangezien dit een weinig controversiële materie is. De stroomversnellingen en klippen hebben wij achter ons gelaten.

Een verbintenis is een rechtsband tussen personen, en niet zomaar personen: de één is de schuldeiser van de ander, de schuldenaar. Dat ligt nogal voor de hand, maar men gebruikt dit meestal als opstapje om aan te geven dat juist hierin het onderscheid ligt met een andere rechtsfiguur, het recht op een *goed*, met als belangrijkste vorm daarvan het zakelijk recht.

Het onderscheid is hier door de Romeinen achtergelaten bij hun vertrek, en spookt nog steeds rond (*ius ad personam* tegenover *ius in rem*). Generaties juristen zijn sindsdien hiermee grootgebracht, en nog niet zo lang geleden werd nog heilig in dit onderscheid geloofd. Sinds ongeveer een halve eeuw zijn er zoveel deuken aan toegebracht, dat er niet zoveel meer over is van het mooie beeld.²³

Men vindt de problematiek helder uiteengezet in Beekhuis' *Algemeen Deel* in de Asser-serie; men ziet hoe het onderscheid, door de Glossatoren bedacht - hadden zij niets beters te doen?; de Romeinen van het klassieke recht wel - door de eeuwen heen veel scherpzinnige juristen aan het werk gezet heeft. De kern is steeds, ook vandaag de dag, dat een zakelijk recht heerschappij over een *zaak* geeft, een persoonlijk recht aanspraak op een *persoon*. Dit onderscheid noemde Beekhuis in 1957 al 'te simplistisch': het recht bestaat immers steeds uit het regelen van rechtsbetrekkingen tussen personen. Wanneer men spreekt van een rechtsbetrekking tussen persoon en zaak, aldus Beekhuis, kan dat alleen maar een technische uitdrukkingwijze zijn om een rechtsbetrekking met andere personen aan te duiden; bij persoonlijke rechten kan men die uitdrukkingwijze evenzeer hanteren (bij de huurder of pachter, bijvoorbeeld). Zie Asser-Beekhuis I, *Algemeen Deel Zakenrecht*, 1957, p.4 v.; 22 v. Vgl. 12e dr., 1985, nr 22 v. Het onderscheid absoluut - relatief, dat Planiol aan het eind van de vorige eeuw introduceerde, heeft het niet gehouden; hetzelfde geldt voor de typisch kenmerken van een zakelijk recht, het *droit de suite* en het *droit de préférence*. In de ontwikkeling van het recht in deze eeuw, zoals door de rechter ter hand genomen, zijn dit even zo vaak kenmerken van persoonlijke rechten, men zie de beschouwingen van Beekhuis (vgl. nog onder). De conclusie waartoe deze schrijver komt, is dat het onderscheid slechts op *traditie* berust; de toevoeging dat het voornamelijk van belang is voor de vraag welke rechter bevoegd is, brengt ons in wezen terug bij het klassieke romeinse recht, waar het onderscheid immers ook slechts processuele betekenis had. Het was wel een lange weg die gegaan is, met stromen inkt die voor niets vergoten zijn. De slotsom die men hieruit kan trekken is dat het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten niet van dien aard is dat het een strikte scheiding tussen zakenrecht en verbintenissenrecht zou kunnen funderen, en daarmee rechtvaardigen.

Nog een kanttekening wat de rechtsvormende bijdrage van de rechter betreft, de franse rechter is vaak kreatiever dan de nederlandse, ook op dit terrein. Zo heeft men er geen been in gezien om bij koop een vrijwaringsclausule zakelijke werking te geven: 'l'action en garantie se transmet avec le bien'. Vgl. P.W.van der Ploeg, *WPNR* 4723 (1962), sub 6; deze opvatting werd in onze literatuur door Diephuis gehuldigd. De Amerikaanse rechter noemde dat 'the warranty runs with the goods'; al met al een stap in de richting van bescherming van

23. Zie voor dit onderwerp: Pitlo-Bolweg, p. 17 v.; Asser-Beekhuis I, *Alg.Deel zakenrecht*, 12e dr., 1985, p. 9 v.; 13e dr., 1992, nr 1; Asser-Hartkamp I, nr 16 v.; Hofmann-Van Opstall, p. 10 v. Ook de hierna te bespreken overige kenmerken van de verbintenis vindt men daar behandeld.

§1. DE VERBINTENIS

consumenten in geval van gebrekkige producten. Men doet hier in het verbintenissenrecht zijn voordeel met figuren uit het zakenrecht.

Het was oorspronkelijk zo eenvoudig: een persoonlijk recht is een recht tegen een persoon, en een zakelijk recht is een recht op een zaak. Aldus Pitlo, die er direkt bij vermeldt dat de visie die daaraan ten grondslag ligt door hem niet meer onderschreven wordt, en velen gingen hem voor, zijn leermeester Eggens voorop. Wat is het geval? In wetgeving en vooral rechtspraak is er al sinds mensenheugenis een beweging te bespeuren die persoonlijke rechten steeds ‘zakelijker’ van aard maakt, en aan zakelijke rechten een steeds ‘persoonlijker’ karakter geeft. Daarmee wordt niet bedoeld dat er, als uitzondering op de regel, zakelijke rechten bestaan die verdacht veel op een persoonlijk recht lijken (grondrente, bijvoorbeeld; vervallen in het huidige BW), en vice versa. Neen, er zijn steeds meer persoonlijke rechten met zakelijke trekken, huur en pacht waren de eerste voorbeelden (‘koop breekt huur/pacht’), terwijl anderzijds zakelijke rechten duidelijk meer persoonsgericht werden, in hun uitoefening. Het is niet uitsluitend meer een recht op een zaak, bijvoorbeeld een stuk grond, dat men tegenover iedereen kan handhaven. Men heeft al direkt bij het uitoefenen van het genot op die zaak rekening te houden met de bureu; geen hinder toebrengen aan derden stond al in het oude wetboek, maar daar kwam het leerstuk van misbruik van recht nog bij, met zijn belangenafweging in redelijkheid. Persoonlijke en zakelijke rechtsverhoudingen lopen op die wijze door elkaar heen. Van het ‘vrij genot’ en ‘daarover op de volstrekte wijze beschikken’ zoals het oude art. 625 dat noemde is weinig overgebleven; het Ontwerp-Meijers sprak in art. 5:1 van het ‘meest volledige recht’ dat ‘naar goedvinden’ gebruikt mocht worden, dat werd door de Kamer wijselijk teruggebracht tot het ‘meest omvattende recht’, en ook dat is niet meer dan gevelversiering geworden. De sociale funktie van de eigendom (*le but social*) waar Meijers niets van wilde weten, doch omarmd werd door Suijling, Scholten, Valkhoff en vele anderen, is de gangbare opvatting geworden. Suijling stelt dat het ‘op de volstrekte wijze’ genieten van zijn goed een bedrieglijke schijn wekt: ‘Rechten worden behalve in het belang van de gerechtigde, ook in het belang van de gemeenschap verleend’. ‘Zij behoren daarom slechts ter bereiking van in maatschappelijke zin oorbare doeleinden uitgeoefend te worden’.²⁴ In dezelfde zin laat Scholten zich uit; het ‘op de volstrekte wijze beschikken’ wordt slechts als een *formele* structuur gezien, in verhouding tot andere zakelijke rechten die op een zaak kunnen rusten. Hij wijst op art.153 van de Duitse Grondwet van 1919, dat inhoudt: ‘Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das gemeine Beste’.²⁵ Mede door toedoen van deze schrijvers, is van het begrip eigendom in de klassieke vorm van ‘droit inviolable et sacré’ in de huidige maatschappij weinig overgebleven.²⁶

24. *Zakenrecht*, 1940, nr 119 v.; Suijling heeft in dat werk ook de economische eigendom ontwikkeld.

25. Asser-Scholten II, *Zakenrecht*, 8e dr., 1945, p. 109; ook al in 5e dr., 1913, p. 82.

26. Van de uitbundige literatuur over dit onderwerp noem ik slechts F.W.Grosheide, *Eigendom in de overgang?*, preadv. Calvinistische Jur.Ver. 1982; J.Valkhoff, *Vermaatschappelijkt vermogensrecht in het Nieuwe BW*, afscheidsrede 1967, met verdere literatuur-verwijzingen, zoals zijn *Themis*-artikel uit 1957. Vgl. voor de oudere, hier aangehaalde literatuur ook A.Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, 1946, p. 75 v.

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

Het rechtskarakter van het eigendomsrecht, door Beekhuis al geplaatst in de relatie tot andere personen die bij dat recht betrokken zijn, wordt door Eggens nog indringender in dat kader geplaatst, in goed hegeliaanse trant. In 1960 stelt hij in zijn Akademie-rede dat in de eigendom de betrekkingen 'persoon - zaak' en 'persoon - andere personen' wel te onderscheiden, maar niet te scheiden zijn, dat zij een eenheid vormen: 'persoon - zaak - de andere personen'.²⁷ Hij vervolgt: 'In waarheid *geldt* de eigendom - als rechtsbetrekking van persoon tot zaak - *in* de rechtsbetrekkingen van die persoon (als eigenaar betrokken) tot andere personen, en wel als de betrekkingen tot die anderen bepalend...'. Hij voegt daaraan toe - een kantiaans element - dat de vrijheid van de een beperkt wordt door de vrijheid van de ander, en dat in die wederkerigheid de grens gevonden wordt van de eigendom. Het belang van de een moet in verhouding gedacht worden tot het belang van de ander; bij overschrijding van die grens is sprake van misbruik van recht. Men ziet hoe Eggens hier, in navolging van Telders, de relatie tussen personen en het persoonsbegrip centraal stelt.

Intussen is hiermee ook het geldend recht weergegeven, aangezien de Hoge Raad in 1970 terugkwam op zijn vooroorlogse leer (*watertoren-arresten*) en met *Kuipers - De Jongh* misbruik van recht in de sleutel van de afweging van belangen in redelijkheid zette, conform de door Meijers ontworpen regeling voor het Nieuw BW. Als gevolg van dit omgaan in de jurisprudentie is het zakenrecht gelijk getrokken met het verbintenissenrecht; immers, misbruik van eigendomsrecht werd veelal met behulp van de figuur van *hinder* bestreden, waarbij de normen van maatschappelijke zorgvuldigheid toegepast werden. Die weg wordt nog steeds bewandeld, op *Lekkerkerker - Vermeulen (kraaien en roeken)* uit 1972 zijn vele uitspraken gevolgd. Dat bij het afwegen van private belangen ook het algemeen belang een rol speelt (en de grens met publiek recht) wordt geïllustreerd door de vraag van de doorwerking van een verleende vergunning, in de zin dat de onrechtmatigheid van de handeling opgeheven wordt indien in overeenstemming met vergunningsvoorwaarden gehandeld werd. Een vraag die

Zie ook art. 14, lid 2 Duitse Gw, dat overeenkomt met art. 153 van de Grondwet 1919, waarover W.J.Slagter, *Juridische en economische eigendom*, Dies-rede Rotterdam 1968, p. 15 v., gevolgd door zijn *Themis*-artikel uit 1976. In zijn rede signaleert schr. onder meer de afnemende betekenis van stoffelijke zaken en de toenemende betekenis van de waarde van zaken als voorwerp van eigendom (waarop Valkhoff ook de aandacht gevestigd had). Het is overigens opvallend dat Slagter met de dialectiek van Eggens niet veel raad weet (tekst bij nt 44; vgl. nog onder). Zie ook A.A. van Velten, *Eigendomsvormen van de toekomst*, in: Schoordijk-bundel (1991), p. 281, die de ontwikkeling van *quasi-eigendom* in de praktijk beschrijft, met de daaraan verbonden 'eigendommelijke verbintenissen', naar het woord van Eggens.

27. J.Eggens, Over de verhouding van eigendom en verbintenis, Kon. Ned. Akademie van Wetenschappen, 1960, p.187. Men zie voor dit thema mijn opstel *Rechtsvinding en eigendom in dialectisch perspectief*, in: *Methode en object in de rechtswetenschappen*, Red. Blom en De Folter, 1986, p.31, ook opgenomen in mijn *Dialectiek van rechtsvinding en rechtsvorming*, Serie *Rechtsvinding*, Deel 1c, 1988, p.77.

Enkele passages die hier volgen zijn ontleend aan mijn genoemde artikel uit de Schoordijk-bundel (1991).

§1. DE VERBINTENIS

de Hoge Raad in beginsel negatief beantwoord heeft, een mooi voorbeeld van een rechtspolitieke uitspraak waarmee milieubelangen gediend worden.²⁸

Ook op dit rechtsgebied, zo kunnen wij concluderen, zien wij dat er geen bestaansrecht is voor een van het verbintenissenrecht scherp gescheiden terrein van zakenrecht; de Lentse schutting is al geruime tijd geleden neergehaald. Men kan allereerst het recht van eigendom niet omschrijven zonder gebruik te maken van persoonlijke rechten die aan dat recht nadere inhoud geven; vervolgens komt men bij de concrete uitwerking daarvan niet tot resultaten die wezenlijk afwijken van die van het verbintenissenrecht, met de figuur van hinder. Indien men op deze ontwikkeling terugziet, kan men zich niet aan de indruk onttrekken dat in ons recht in wezen de leer van *le but social* aanvaard is, de sociale functie van eigendom, zoals aan het begin van de eeuw in de franse doktrine verdedigd door Duguit en Saleilles, en later ook door Josserand en anderen.

Men zou de verschuiving in het denken over de figuur van de eigendom kunnen karakteriseren als de overgang van *hebben* naar *zijn*: de quintessens is niet langer het *hebben* van een zaak (en daarover volledig kunnen beschikken), maar het *zijn* van eigenaar van een zaak, met alle verplichtingen tegenover derden die daaraan verbonden zijn. Eigendom brengt verplichtingen met zich. Het is natuurlijk even wennen als men nog denkt in termen van 'hebben is hebben, en krijgen is de kunst'- het is een teken aan de wand dat men bij het leren van vreemde talen eerst het werkwoord *hebben* leert, en dan pas het werkwoord *zijn*. Het recht heeft in deze eeuw met het proces van vermaatschappelijking, op alle onderdelen van het privaatrecht, de omwenteling in het denken over sociale verhoudingen verwerkt, en daarmee een basis voor de toekomst gevormd. Het centraal stellen van de ontwikkeling van het persoonsbegrip, als de nucleus van het recht, door Telders, Eggens en hun leerlingen, is het natuurlijk gevolg van deze evolutie. De eigenaar gezien als redelijk, maatschappelijk gericht eigenaar. Het geeft te denken dat in het stelsel van het huidige BW voor het begrip 'eigenaar' geen plaats is.²⁹

In het zakenrecht van de toekomst zal het eigendomsbegrip nog veel meer onder druk komen te staan van 'maatschappelijke krachten'. Ging het in het verleden bij de gewraakte uitoefening van het eigendomsrecht vrijwel steeds om direkt betrokken derden, zoals de burens en omwonenden, die kring is tegenwoordig groter geworden, en zal in de toekomst nog grotere afmetingen krijgen. De sociale structuur waar de eigendom ingebed is, is aan de orde. De eigenaar in kwestie kan een private persoon of rechtspersoon zijn, maar evengoed de lagere overheid of de staat.³⁰ Het bezit van de eigenaar van de zaak

28. Voor de goede orde hier de korte vindplaatsen van deze standaardarresten: *watertoren I en II*, NJ 1936, 415; 1937, 639; *Kuipers - De Jongh* (grensoverschrijdende garage), NJ 1971, 89; *Lekkerkerker - Vermeulen*, NJ 1972, 278.

29. Eigendom is in het nieuwe recht gereserveerd voor *zaken*, d.w.z. stoffelijke objecten; daardoor is het nodig enkele nieuwe termen te vinden voor rechten op goederen in het algemeen, vgl. Hartkamp, *Compendium NBW*, 4e dr., 1990, nr 17. 'Hij aan wie een goed toebehoort, wordt doorgaans *rechthebbende* genoemd'.

30. Voor de 'zaken buiten de handel', zie men de limburgse oratie van G.E. van Maanen, *Publiek domein en het belang van de overheid bij bodemsanering*, 1990, die een oud begrip nieuw leven inblaast. Vgl. ook zijn bijdrage aan de Brunner-bundel (1994), p. 271. Hij heeft hierin geen navolging gevonden.

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

moet concurreren met het gemeenschappelijk bezit dat groeperingen in de samenleving of de samenleving zelve zich 'toegeëigend' heeft. Daarbij zal het om zaken van algemeen cultureel of ekologisch belang gaan. De wetgever kan ook hier zegenrijk werk doen (bijv. monumentenwet, natuur- en milieuwetten), maar is zoals altijd te traag, en vaak te verdeeld en te veel een speelbal van economische machten om adequaat te reageren op de teloorgang van die zaken.

Deze problematiek is in ons land verbonden met die van groepsakties, gebaseerd op onrechtmatige daad, *De Nieuwe Meer* en zo, en op akties van milieuorganisaties, bijvoorbeeld ten aanzien van de Waddenzee.³¹ De probleemstelling is daarbij of de agens wel een belang heeft bij zijn aktie, en of het algemeen belang daartoe kan dienen, geprivatiseerd kan worden, als het ware. ('Het belang van de uitstervende zeehond is ook mijn belang, c.q. mijn groepsbelang?'). Dat deze zaken ook in zakenrechtelijke context geplaatst kunnen worden, bewijzen procedures in het buitenland.

Een goed voorbeeld is dat uit het Amerikaanse recht, in het kader van de *takings cases* waarbij de *Penn Central case* een blikvanger is.³² De casus is deze, de eigenaar van het Grand Central station in New York wil boven het station een groot kantoor bouwen. Nu is het station, dat vele niet-Amerikanen ook dierbaar is, als 'historic landmark' aangewezen, en de betreffende commissie wijst het verzoek om te gaan bouwen af. De eigenaar beroept zich op zijn eigendomsrecht; de Landmark Preservation Law van de stad New York staat 'reasonable use' van landmark sites toe. Waar het nu om gaat is het zogenaamde 'free-rider' probleem: het genot dat het publiek van het historische gebouw in oude staat heeft, de 'nonexclusive consumption benefits', zoals dat heet. De juridisch-technische invalshoek is hier dat indien het overheidsorgaan zijn zin krijgt en de bouw verboden wordt, de eigenaar, Penn Central Transportation Co., recht op een schadevergoeding heeft, te vergelijken met onteigening (vandaar de term 'takings'). Er is immers sprake van inbreuk op zijn eigendom, een begrip dat in de Amerikaanse traditie nog heiliger is dan in de Oude Wereld. Dat ook daar de wereld verandert, blijkt uit de uitspraak van de Supreme Court, waarbij de eigenaar in het ongelijk gesteld wordt. Kenmerkend voor dit arrest, en recentere uitspraken op dit terrein, is de belangafweging in redelijkheid, de rechtspolitieke keuze waarbij in geval van 'adjustment of rights for the public good' ruimte geboden wordt, zonder dat de financiële consequenties onoverkomelijk worden. In een commentaar geeft Sax een treffende omschrijving van de *Penn Central*-zaak: 'understandable in a society that is increasingly attuned to land as community rather than as an amalgam of isolated, individualized tracts'.³³

Zoëven werd gewezen op de tegenhanger op dit terrein, de aktie uit onrechtmatige daad. Ook hier komt men aan de grenzen van de mogelijkheden die het privaatrecht biedt. De overheid is de hoeder van het algemeen belang, maar wie hoedt de hoeder? Een overheid die, zoals gezegd traag is en weinig gemotiveerd om daadwerkelijk de zorg voor cultuur- en milieubezit ter hand te nemen - daarbij gehinderd door chronisch geldgebrek - maar, wat veel

31. HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 743, nt WHH; vgl. ook de noot van Nieuwenhuis in *AA* 1986, p. 638.

32. *Penn Central Transportation Co v. City of New York*, 438 US 104 (1978). Voor een bespreking daarvan (en uitwerking van hetgeen in de tekst volgt), zie mijn paper IVR-1985, *Cultural values and legal reasoning in property cases*, in: *De dialectiek van rechtsvinding en rechtsvorming, Deel 1c*, 1988, p.89, op p.94 v., waar verdere lit.

33. Idem, p. 96. De New York Court of Appeal (hoogste rechter in NY) had gesteld dat de waarde van Grand Central voor en groot deel te danken was aan de gemeenschap als georganiseerd geheel, met name door zijn bestuur als georganiseerd lichaam, en niet als een samenvoegsel van individuen. Een interessante visie op de verhouding private eigendom en gemeenschap.

§1. DE VERBINTENIS

erger is, vaak een hoofdrol speelt bij de verwaarlozing en vervuiling van dat bezit. Dat thema kan hier niet uitgewerkt worden, maar het zal de krantenlezer niet geheel vreemd voorkomen. Een van de grote problemen hier is, hoe men tot vaststelling van schade aan ecologisch kwetsbare gebieden komt; dat zijn meestal niemandslanden, zoals riviermondingen, laagtijgebieden, schorren, binnenzeeën, met een gering economisch belang als zodanig - bodemschatten laat ik buiten beschouwing. In de Verenigde Staten spreekt men hier van 'natural resource damage'; in de laatste tijd is men druk doende om die gebieden juridisch 'in te stellen. Ik verwijs voor die materie naar de beschouwingen van Stewart, die zijn leerstoel in Harvard verruild had voor die van de Assistant Attorney-General in Washington D.C.³⁴

Ik bracht dit ter sprake, om aan te geven dat ook op dit punt de problemen hetzelfde zijn, of men nu zakenrechtelijk of verbintenisrechtelijk te werk gaat. Als men ziet, hoezeer tegenwoordig de eigendom van een cultuur- of milieugoed gezien wordt als een regionale of nationale zaak, en in wezen: mondiale zaak, heeft het er de schijn van dat het recht ook hier weer een cirkelbeweging laat zien. Immers, in de oudste rechtsvormen is gemeenschappelijk bezit eerder regel dan uitzondering, stel ik mij zo voor. Je hebt elkaar hard nodig om te overleven, eerst met behulp van de jacht, en later de landbouw, waarbij het afwenden van gevaar van buiten voorop staat. In oude rechtsvormen, zoals het waterschapsrecht, ziet men nog steeds die invloed van de gemeenschap op private personen. De overeenkomsten met niet-westerse rechtstelsels op dit punt is frappant, bijvoorbeeld met het indonesische adatrecht. De grondeigenaar kan het als eenling niet bolwerken, samenwerking en gemeenschapszin zijn bestaansvoorwaarden. Als men zijn eigen dijke verwaarloost, brengt men de gehele gemeenschap in gevaar; indien men een ander bij dat werk niet bijspringt indien dat nodig is, dreigt hetzelfde te gebeuren.

In onze westerse samenleving komt het gevaar steeds minder van buiten, maar van binnen. Wij bevuilden ons nest en stikken langzamerhand in ons eigen vuil: in de grond, het water en de lucht. De tijdbom tikt, ook voor juristen hoorbaar. Het zakenrecht moet, om bij de tijd te zijn, die nieuwe maatschappelijke realiteit in zich opnemen, en niet langer een kader ontleend aan negentiende-eeuws individualisme hanteren. Daar is geen tijd meer voor. De meeste ingrepen in de cultuur of het milieu zijn immers onherstelbaar. Daarbij zou men bij het zoeken van oplossingen ook het verbintennisrecht moeten betrekken, het is immers meer een kwestie van onderscheiden dan van scheiden geworden. Ook hier zien wij de openheid van het zakenrecht gedemonstreerd.

Aldus een blik op de ontwikkeling van het belangrijkste zakelijke recht, de eigendom; de conclusie is, dat de zakelijk gerechtigde, net als bij de uitoefening van een persoonlijk recht, zich door de belangen van derden moet laten leiden.

Aan de andere kant zien wij persoonlijke rechten contouren van zakelijke rechten krijgen. Een kenmerk van een zakelijk recht is het zaaksgevolg of 'droit de suite': de zakelijk gerechtigde kan de zaak, waarop zijn recht betrekking heeft, opvorderen, waar hij haar mocht aantreffen (de aktie volgt de zaak). Een ander aspekt van het zaaksgevolg is, dat het zakelijk recht op het goed blijft rusten, onverschillig wie er eigenaar van wordt. In het moderne verbintennisrecht kan men vaak hetzelfde effect bereiken en degeen die een zaak onder zich heeft met een aktie uit onrechtmatige daad dwingen de zaak te leveren. Een huurder heeft in de rechtspraak mogelijkheden gekregen om storingen in zijn huurgenot tegen te gaan, die op bezitsakties lijken, die de eigenaar ten dienste staan. Zelfs het typische zakenrechtelijke beginsel van het

34. Richard B. Stewart, Recent developments in the field of liability for hazardous waste under CERCLA and natural resource damage in the United States, Tijdschrift voor Milieu Aansprakelijkheid (TMA) 1991, p. 89. Stewart is alweer enige tijd hoogleraar aan NYU.

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

voorkeursrecht ('droit de préférence', het oudste recht gaat voor), komt men in het verbintenissenrecht in verkapte vorm tegen. Tenslotte is in de huidige wet een regeling voor zogenaamde 'kwalitatieve verbintenissen' opgenomen, art. 6:252 BW, waarmee een tussenfiguur gecreëerd is, die het midden houdt tussen een persoonlijk en een zakelijk recht.³⁵ Als tegenhanger zijn er zakelijke rechten die in de praktijk in de richting van persoonlijke rechten gegroeid zijn, zoals de erfpacht, waarbij de contractuele kant minstens zo belangrijk is als de zakenrechtelijke (en de overheid een grote beleidsruimte geeft), terwijl wellicht de erfdiensbaarheid-nieuwe stijl eenzelfde groei kan vertonen.

Indien men zich de vraag stelt naar het rechtskarakter van het stelsel van het zakenrecht, naar het gesloten of open systeem van zakenrecht, realiseert men zich dat wij nog steeds in het tijdperk 'na 3 maart 1905' leven. Aldus de titel van het vermaarde opstel van Pitlo uit 1968, een datum die alle Amsterdamse juristen ingeprent is; wij hebben het over het arrest *Blaauboer - Berlips*, waarin de hoge raad het slot van het gesloten stelsel van het zakenrecht stevig dichtdraait.³⁶ Daarmee werd de rechtsontwikkeling van deze eeuw, die van het Nieuw BW inclusief, in een keurslijf gestopt, waarvan de ongunstige gevolgen heden ten dage nog zichtbaar zijn. Als gevolg daarvan wordt nog steeds vrij algemeen aangenomen dat het zakenrecht een gesloten systeem vormt, hetgeen ook voor Meijers en later Beekhuis het uitgangspunt voor het Nieuw BW was. Dat de laatste bij zijn renovatie van het nieuwe zakenrecht die geslotenheid tot een façade gemaakt heeft waarachter een ander gebouw schuil ging, is een andere zaak, die aanstonds belicht zal worden. Dat het zakenrecht van de toekomst een open systeem zal zijn, is voor mij een duidelijke zaak; om die stap - ten dele van mentale aard - te kunnen nemen, dient men een goed beeld te hebben van het karakter van het huidige zakenrecht. Zonder historisch inzicht is dat beeld niet te verkrijgen; derhalve een vlugge schets hoe men in deze eeuw in het zakenrecht tot de huidige stand van zaken gekomen is.

Vòór 1905 was het vaste praktijk dat aan de overgang van een zakelijk recht, bijvoorbeeld van eigendom, niet alleen de daaraan verbonden rechten maar ook verplichtingen overgingen op de nieuwe zakelijk gerechtigde (eigenaar). Die praktijk heeft de hoge raad in 1905 de voet dwars gezet door een scherpe scheiding tussen zaken- en verbintenissenrecht aan te brengen, met een behulp van een specifieke interpretatie van art. 1354 oud BW, inzake het beding ten behoeve van derden. Opvallend is ook een zeer beperkte uitleg van de bepalingen inzake erfdiensbaarheden, met het nutsvereiste als kern. De reacties hierop waren frappant: de praktijk zocht zijn oude weg weer op, met behulp van kettingbedingen, hetgeen dankzij de steun van het notariaat, dat op de kwaliteit van de ketting toezicht hield (elke ketting is immers zo sterk als de zwakste schakel), een goed funktionerend systeem werd. Ik laat daar dat niet iedereen positief tegenover die bedingen stond, met name in de financieringswereld. Die

35. Met de term 'kwalitatief' geeft men aan dat het hier om een verplichting 'in kwaliteit' gaat, in hoedanigheid. Zoals ook een curator in faillissement in kwaliteit handelt, *qualitate qua* (q.q.), namelijk niet persoonlijk, maar in zijn kwaliteit van curator die voor de boedel opkomt.

36. HR 3 mrt 1905, W 8191; het artikel van Pitlo, *Na 3 maart 1905*, verscheen in de bundel *Onvoerend goed*, 1968, ook opgenomen in *Gespreide keuze*, 1974, p. 77. Voor de betekenis van Pitlo voor de rechtsontwikkeling, zie het *In Memoriam* van Schoordijk in *NJB* 1987.

§1. DE VERBINTENIS

rechtspraak bracht Treurniet in de jaren vijftig tot de uitspraak dat de overgang van kwalitatieve verbintenissen kennelijk in het rechtsbewustzijn verankerd was, *n'en déplaie* de visie van de hoogste rechter aan het begin van de eeuw. Van de reacties in de doktrine op het arrest van 1905 noem ik die van J.C.van Oven uit 1908, die zich een warm voorstander toonde om het nutsvereiste uitsluitend te zien als de eis dat de rechthebbende kwalitatief bepaald is, namelijk de eigenaar van het heersende erf. Van Oven is lang roepende in de woestijn gebleven, tot Beekhuis in het Gewijzigd Ontwerp NBW het roer omgooide, kennelijk onder invloed van Smalbraak, die in een mooi preadvies de zijde van Van Oven gekozen had, en het nut tot 'onnut', maatschappelijke onzin verklaard had. Ook de vereisten van nabuurschap en blijvende toestand werden door Smalbraak verworpen, waarin de wetgever hem eveneens gevolgd is.³⁷

Meijers had in zijn ontwerp de hoge raad op de voet gevolgd; men mag aannemen dat de argumenten van de hoogste rechter hem aangesproken hebben: het systeem van de wet, met de scherpe scheiding tussen zaken- en verbintenissenrecht, en het beroep op de rechtszekerheid. De erfdiensbaarheden van het Ontwerp-Meijers vertoonden het sinds 1905 bekende beeld. De knuppel die Smalbraak in dit hoenderhok gooide, was de regeling van kwalitatieve verbintenissen in Boek 6 NBW, die in 1961 als grote verrassing tevoorschijn gekomen was (art. 6.5.3.4 lid 1, thans art. 6:252 lid 1). Het is inderdaad niet goed te verdedigen dat hetgeen men in Boek 5 krampachtig buiten de deur hield aan overgang van kwalitatieve verbintenissen, via de achterdeur van Boek 6 op simpele wijze binnengehaald kon worden. Beekhuis heeft dan ook de regeling van erfdiensbaarheden rigoureus omgegooid; daarbij sneuvelden vereisten van maatschappelijk nut, naburigheid en blijvende toestand, terwijl het vereiste van niet-doen opgerecht werd zodat het een doen kan omvatten (onderhoudsverplichtingen). Dat laatste was, zoals ook Smalbraak al benadrukt had, conform de geldende praktijk, waarbij het niet-doen ruim uitgelegd werd.³⁸ Interessant hierbij is, dat de ontwerpers het omgaan illustreren met voorbeelden ontleend aan ruimtelijke ordening en milieuzorg; de overheid kan naar huidig BW een erfdiensbaarheid ten behoeve van een openbare weg of straat vestigen (het leeuwarder geval), terwijl voor het wegvallen van de eis van naburigheid het voorbeeld gegeven wordt van het op grote afstand gelegen heersend erf en een dienend erf dat opgelegd is geen gassen in de lucht te brengen of stoffen in een rivier te lozen.

37. Vgl. J.Th.Smalbraak, *Erfdiensbaarheden en kwalitatieve verbintenissen*, preadv. Broed. Cand.-Not. 1966, p. 86 v.; *WPNR* 5320 (1975), over het GO-NBW. Met het schrappen van het nutsvereiste is ook het bekende voorbeeld van Pitlo om dit studenten duidelijk te maken verleden tijd: dat van de tennisbaan op het lijdend erf, te bespelen door de bewoner van het heersend erf; alleen als erfdiensbaarheid te vestigen indien op dat laatste een hotel gevestigd is, en geen woonhuis. Maatschappelijk relevanter is de ruimtelijke ordening-problematiek waarvan het arrest Hof Leeuwarden (*NJ* 1950, 105) getuigt. Een bebouwingsvoorschrift in de vorm van een erfdiensbaarheid ten behoeve van een openbare weg werd niet geaccepteerd, wegens het nutsvereiste.

38. Vgl. preadv. 1966, sub 10; de grens tussen doen en niet-doen is in de praktijk niet scherp te trekken, concludeert schr. Het handhaven van een bepaalde toestand brengt immers onderhoudsverplichtingen met zich. De vaststelling van de inhoud van de erfdiensbaarheid (uitleg, dus) wordt volgens Smalbraak bepaald door het beginsel van de goede trouw, vgl. sub 11 (met een beroep op o.m. Scholten, Pitlo en de Rb. Groningen).

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

Zoals men ziet, heeft het novum van Boek 6 inzake kwalitatieve verbintenissen tot renovatie van het stelsel van Boek 5 geleid. Is hiermee het zakenrecht een open systeem geworden? Die kwestie is aan de orde gekomen bij de behandeling van het genoemde artikel uit Boek 6, in die zin dat de vaste Commissie voor Justitie zich afvroeg of het artikel zich wel verdroeg met het gesloten stelsel van zakelijke rechten. De minister ontloopt deze 'dogmatische vraag' in zijn antwoord en laat zich leiden door de wenselijkheid van de resultaten.³⁹ Desgevraagd stelt de minister vervolgens dat de eis van dulden of niet-doen die in art. 6:252 BW gesteld wordt met zich brengt dat verplichtingen tot een doen, zoals voortvloeiend uit bebouwingsvoorschriften, niet onder de werking van dat artikel vallen. Dat was overigens ook de mening van de commissie, in navolging van Van der Ploeg, maar in afwijking van de opvatting van Smalbraak.⁴⁰

Men kan hieruit concluderen dat het leentje-buur spelen van het zakenrecht van Boek 5 bij het verbintenissenrecht van Boek 6 tot het merkwaardige resultaat geleid heeft dat de achterstand op het eerste gebied omgezet is in een voorsprong. De renovatie van het zakenrecht op dit punt heeft tot bouwvalligheid van het belendende perceel van verbintenissenrecht geleid. Naar geldend recht dient dit gelijk getrokken te worden; het gaat niet aan dat hetgeen op het ene terrein verboden wordt op het andere terrein toegestaan wordt, terwijl het een zelfde regeling betreft, waaraan maatschappelijke behoefte bestaat.⁴¹ Voor de milieuzorg is van groot belang dat men verplichtingen tot onderhoud en beheer van onroerend goed op eenvoudige wijze kan vastleggen, zakenrechtelijk, maar ook verbintenisrechtelijk. Men denke aan het onderhoud van bomen (de knotwilgen spreken hier het meest tot de verbeelding, maar er zijn nog meer bomen), van groenvoorzieningen, wallen tussen bouwland, het inachtnemen van voorschriften inzake het maaien, schonen van beken, in standhouden van de grondwaterstand, et cetera. Het recht moet hier de maatschappelijke behoeften, zoals die nu en in de toekomst onderkend worden, dienen, niet belemmeren. Natuurlijk zitten financieringsmaatschappijen en banken niet hierop te wachten, het afwikkelen van schulden en het nemen van verhaal wordt er niet gemakkelijker op, maar er zijn nog andere belangen die in de samenleving gewicht in de schaal leggen, althans zouden moeten leggen. Het beroep op de rechtszekerheid in dit verband kan niet overtuigen, dat is immers bij de vernieuwing van de regeling in

39. MvA, *Hand. Tweede Kamer 1975-76*, 7729, nrs 6-7, p. 217. De verdediging van een gesloten stelsel van zakenrecht naar NBW vindt men in de MvA, 1972-73, 4572, nrs 5-6, p. 1 v., n.a.v. de aanbeveling van enkele commissieleden om een meer open stelsel te aanvaarden. Voor de visie van Meijers zie men diens *Verz. Opstellen II* (1955), p. 24 v. (1907); 65 v. (1920).

40. MvA, idem, p. 219. P.A. Stein heeft dit verkeerd gelezen, vgl. *WPNR* 5365 (1976), sub 4. Stein is overigens, evenals eerder Van Opstall, een tegenstander van kwalitatieve regelingen. Het NBW werd verdedigd door W.G. Belinfante, *WPNR* 5374 (1977).

41. Van Velten, geen voorstander van de osmose van verbintenissenrecht en zakenrecht die tot de figuur van *quasi-eigendom* geleid heeft - eigendom verbonden met kwalitatieve rechten en verplichtingen - heeft de invoering van *gereguleerd eigendom* bepleit, om orde op zaken te stellen; ook persoonlijke bedingen kunnen op die wijze, kwalitatief, vastgelegd worden, zoals in het buitenland gebruikelijk is. Zie zijn genoemde artikel in de Schoordijk-bundel (1991).

§1. DE VERBINTENIS

Boek 5 ook niet opgegaan. Hetzelfde geldt voor het beroep op het gesloten stelsel van zakenrecht, dat geen gesloten stelsel meer is, zoals wij zagen.

Als wij het bovenstaande overzien, en zoeken naar een algemene conclusie, dan zou dat zijn dat het zakenrecht door zijn vervlechting met het verbintenissenrecht een open systeem vormt enerzijds, en anderzijds zakelijke rechten kent die getypeerd worden door daaraan verbonden verbintenissen. Het zakenrecht, derhalve, als open systeem van verbintenissen.

Nog enkele andere punten van overeenkomst tussen verbintenissenrecht en zakenrecht. Ook wat de uitleg, de vaststelling van de inhoud, betreft zijn zakelijke rechten en persoonlijke rechten in elkaar gegroeid. De normatieve uitleg op het laatste gebied is, als men goed kijkt, ook op het eerste gebied al geruime tijd aanwezig. Zoals altijd, komt dit bij de *uitoefening* van de zakenrechtelijke of verbintenisrechtelijke bevoegdheid naar voren. Bij de uitoefening van het eigendomsrecht is het zonneklaar, men moet het eigen belang in redelijkheid afwegen tegen dat van derden die mogelijk schade ondervinden, anders levert dit misbruik van dat recht op.⁴² Ook bij andere zakelijke rechten is een dergelijke benadering al geruime tijd in de jurisprudentie en doktrine bekend, bijvoorbeeld bij de vaststelling van de inhoud van erfdiensbaarheden, dat moet met inachtneming van eisen van goede trouw gebeuren.⁴³ Intussen hebben de ontwerpers van het nieuwe wetboek dat niet zo goed in de peiling gehad; zij lieten zich door het ezelsbruggetje van Gerbrandy leiden, dat het beginsel van de goede trouw, de zogenaamde 'objektieve goede trouw' niet in het zakenrecht thuishoort, maar in het verbintenissenrecht. In het zakenrecht zou slechts de 'subjektieve goede trouw' een rol spelen, het 'te goeder trouw zijn' als persoon.⁴⁴ Dat echter dit laatste begrip ook in het verbintenissenrecht een plaats heeft, behoeft hopelijk geen betoog. Deze opvatting is ook ten aanzien van het eerste punt, de 'objektieve goede trouw', niet goed houdbaar, zoals men uit de eerder gegeven voorbeelden kan afleiden. Overigens, als hier van 'zakenrecht' gesproken wordt, wordt daarmee ook dat rechtsgebied onder het huidige wetboek bedoeld, dat velen nog steeds als 'goederenrecht' omschrijven (hetgeen in de rotterdamse haven wel tot misverstand kan leiden). Het gebruik van de oude term 'zakenrecht' gebeurt trouwens met de zegen van de minister, en van Hartkamp, zijn secondant.⁴⁵ Dat geldt ook voor eerder gehanteerde termen als 'zakelijke rechten', 'zaaksgevolg', en dergelijke. Het onderlinge verwisselbaar zijn van 'goede trouw' met 'redelijkheid en billijkheid', de koosnaam die de huidige wetgever aan dit beginsel gaf, kwam al in Deel 1 aan de orde.

Er zijn ten slotte nog andere rechten die verwantschap vertonen met zakelijke rechten. Het recht van *beslag* (executoriaal of conservatoor, alsook faillissementsbeslag) brengt met zich dat de schuldenaar niet meer ten nadele van de beslagleggende schuldeiser over de goederen waarop het beslag rust kan

42. Zoals door de hoge raad beslist werd in *Kuipers - De Jongh*, HR 17 april 1970, NJ 1971, 89, nt PhANH. Vgl. thans art. 3:13 BW.

43. Vgl. Pitlo-Brahn, *Zakenrecht*, 8e dr., 1980, p. 299 v.

44. Vgl. Hartkamp, *Compendium vermogensrecht NBW*, 4e dr., 1990, nrs 16, 238. Zie de artt. 3:11 enerzijds, en 6:2/248 BW anderzijds.

45. Hartkamp, t.a.p., nr 15. Hartkamp heeft zelf, *nouri dans le sérail*, een voorkeur voor de term 'goederenrecht' als algemene term.

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

beschikken. Suijling noemde dit ‘zakelijke belastingen’; Eggens ging een stap verder en stelde ze met zakelijke rechten gelijk (zij het dat ze niet overdraagbaar zijn). Ook de zogenaamde *beheersrechten* zijn verwant met zakelijke rechten; dit zijn rechten die de beheerder van een boedel toekomen en hem zelfstandige beheersbevoegdheid tegenover de gerechtigde geven. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de bewindvoerder, de executeur-testamentair, de echtgenoot die het bestuur over de zaken in de gemeenschap voert, en de beherend vennoot bij een vof. Zij kunnen hun beheersbevoegdheid als een zelfstandig recht tegenover een ieder staande houden.

Ik moet het bij deze korte bespreking van de grenzen tussen verbintenissenrecht en zakenrecht laten, een boeiende materie die sterk in ontwikkeling is en waarbij de praktijk zich maar ten dele laat leiden door de dogmatiek die de wetgever voor ogen stond. Ik verwijs de geïnteresseerde lezer verder naar de genoemde handboeken en literatuur.

7. *Verdere kenmerken van de verbintenis*

Aan het voorwerp van de verbintenis zijn van oudsher wettelijke bepalingen gewijd. Men spreekt hier meestal van prestatie; deze kan, klassiek geformuleerd, bestaan in een geven, doen of niet-doen. Vgl. art. 1270 oud BW en 3:296 BW. Bij de eerste categorie denkt men aan de levering van een goed, zoals een verkochte zaak. Naar mijn mening bestaat er geen behoefte aan de figuur van ‘geven’ naast een doen.⁴⁶

Verder kent men vereisten die vroeger aan de overeenkomst gesteld werden, namelijk dat zij bepaalbaar is en niet in strijd met de openbare orde of goede zeden (art. 3:40 BW) mag zijn. Deze problematiek speelt voornamelijk op het terrein van de overeenkomsten, en wordt elders besproken (het laatste onderwerp bij de nietigheden, Deel 1, Hfdst. 7, § 4). Verder wordt algemeen aangenomen dat men niet het vereiste mag stellen dat de prestatie *mogelijk* is. Dit in afwijking van het franse recht, waar nog steeds de regel geldt: ‘à l'impossible nul est tenu’, dat op de Romeinen teruggaat.⁴⁷ Ook hier vinden dergelijke problemen een oplossing in het contractenrecht. Ten slotte wordt algemeen aangenomen dat de prestatie niet op geld waardeerbaar hoeft te zijn, een kwestie die wij hierboven al tegenkwamen. Wij zagen dat ondanks dit uitgangspunt, veel schrijvers toch uitgaan van een ‘vermogensrechtelijke’ betrekking tussen partijen. Suijling is hier een buitenbeentje, hij stelt wel het vereiste van geldswaarde, maar ziet dat heel ruim; bepalend is of de prestatie een ‘economische waarde’ heeft. Dat wil zeggen dat het een goed betreft waarvoor men zich onder omstandigheden een financieel offer wil getroosten.

Ik verwijs voor deze materie, evenals voor kwesties als de subjecten van de verbintenis, schuld en verhaalsaansprakelijkheid, en de onderscheiding van verbintenissen naar de eerder aangehaalde literatuur.

46. Aldus reeds mijn diss., *N.U.*

47. Vgl. Carbonnier, nr 2.

§ 2. De bronnen van verbintenissen

1. *De controverse*

Het eerste artikel van Boek 6 luidt: ‘Verbintenissen kunnen slechts ontstaan, indien dit uit de wet voortvloeit’ (art. 6:1 BW). Dit is de nieuwe versie van het bekende art. 1269 oud BW: ‘Alle verbintenissen ontstaan uit overeenkomst, of uit de wet’, een bepaling die rechtstreeks op de Instituten van Gaius teruggaat. In later tijd, te beginnen met Justinianus, werden er categorieën aan toegevoegd, de verbintenissen uit quasi-contract en uit quasi-delikt. Pothier voegde daar nog een vijfde bron aan toe, de billijkheid (‘la loi ou l’équité seule’). Onder quasi-contract verstond Pothier onder meer onverschuldigde betaling en zaakwaarneming (hetgeen in common law recht nog steeds onder die naam bekend is), en quasi-delikt was aansprakelijkheid zonder schuld. Dat laatste werd door Meijers nog in zijn *Algemene Begrippen* van 1948 verdedigd, en is via zijn leerling J. Drion in Boek 6 terecht gekomen, bijzondere aansprakelijkheden (het zal ons daar nog veel last bezorgen, vgl. nog onder). Het is dus niet allemaal rechtshistorie wat de klok slaat. In het BW van 1838 werden de quasi-begrippen niet overgenomen; de categorie verbintenissen uit de wet van art. 1269 werd onderverdeeld in verbintenissen uit de de wet alleen, of uit de wet ten gevolge van ‘s mensen toedoen (art. 1388 *oud*), welk toedoen als rechtmatig of als onrechtmatig beschouwd kon worden (art. 1389 *oud*). Zo ging het quasi-contract op in de rechtmatige daad, en het quasi-delikt in de onrechtmatige daad.

De strenge taal van art. 1269 oud heeft de rechter soms afgeschrikt om nieuwe verbintenissen aan het bestand toe te voegen, soms ook niet. Dat laatste ging meestal onder de dekmantel van ruime interpretatie van wetsartikelen - hetgeen de hoge raad na de oorlog in standaardarresten ‘redelijke wetstoepassing’ is gaan noemen - waarbij soms de wettelijke steun flinterdun was. Een schoolvoorbeeld is de introductie van de natuurlijke verbintenis in 1926, *goudse bouwmeester*, die aan het nietszeggende artikel 1395 lid 2 BW opgehangen werd; een dubieus beroep op de wetsgeschiedenis moest hieraan steun geven (vgl. nog uitvoerig onder). Een jaar tevoren werd de regres-plicht tussen personen die gezamenlijk een onrechtmatige daad begaan hadden door de hoogste rechter aanvaard, formeel met een beroep op art. 1401 oud BW en een internationaal verdrag (dat deze verplichting echter niet kende, *Aldebaran*-arrest (1926), vgl. thans art. 6:10 BW). In wezen was trouwens de ruime uitleg die in 1919 aan art. 1401 gegeven werd, het invoeren van een nieuw type verbintenis. Meijers sprak in dit verband van het invoeren van een geheel nieuw boek van het wetboek, zo ingrijpend was het arrest *Lindebaum - Cohen*, met recht een standaardarrest.

De hoge raad zette in 1959 de kroon op het werk van de rechterlijke rechtsvorming, door een uitleg te geven aan art. 1269 oud, als hoeksteen van het verbintenissenrecht, die heden ten dage nog steeds doorklinkt. Tegelijk werd in beginsel een nieuwe verbintenis ten doop gehouden, namelijk die uit onge-rechtvaardigde verrijking. Die materie komt later nog aan de orde; op deze plaats is van belang hoe de raad de wet als bron van verbintenissen ziet, met name welke betekenis de woorden ‘uit de wet’ hebben. Het hof had dat vrij letterlijk

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

genomen, de verbintenis moet (met zoveel woorden) in de wet staan. De hoge raad overwoog:

‘...dat uit deze woorden echter geenszins volgt dat elke verbintenis rechtstreeks op enig wetsartikel moet steunen, doch daaruit slechts mag worden afgeleid dat in gevallen die niet bepaaldelijk door de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard, die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen’.

Overigens was op al deze punten, onrechtmatige daad, natuurlijke verbintenis, ongegronde verrijking de franse hoogste rechter ons voorgegaan, in een traditie van creatieve wetsuitleg die op vele andere onderdelen van het verbintenissenrecht veel verder gaat dan in ons land het geval was, met vrijwel gelijklopende wetboeken (tot 1992).

Ten aanzien van de vraag of het nieuwe artikel in het licht van deze traditie gezien moet worden, zoals deze vooral na 1959 gestalte kreeg, is een levendige discussie in de literatuur ontbrand, waarbij het vuur vooral door Eggens’ leerling Schoordijk gestookt wordt. Er was namelijk grote ongerustheid ontstaan omdat de wetgever zich, omwille van de rechtszekerheid, uitgesproken heeft voor een ‘gesloten stelsel van verbintenissen’. In de toelichting op art. 6:1 (1961) wijst het Driemanschap expliciet de visie van schrijvers als Losecaat Vermeer in zijn Asser-bewerking, van diens opvolger Rutten en van Eggens van de hand, dat civiele verbintenissen ook buiten de wet om erkend zouden moeten worden, op de basis van ongeschreven recht. De ontwerpers bepleiten een gesloten stelsel, waarin aangegeven wordt op welke wijze verbintenissen ontstaan (de eerste versie van art. 1 was uitvoeriger dan de eindversie, en noemde nog de bronnen overeenkomst en onrechtmatige daad). Het toelaten van verbintenissen op grond van redelijkheid en billijkheid of het ongeschreven recht zou ‘grote rechtsonzekerheid’ doen ontstaan, omdat anders dan ten aanzien van de rechtmatigheid of onrechtmatigheid van een gedraging, hierover de opvattingen zeer uiteenlopen. Bovendien kent de wet al via art. 6:2 de verplichting van het gedrag naar eisen van redelijkheid en billijkheid. De gevallen waarin het oude BW tekortschoot zijn trouwens in het nieuwe BW gerepareerd. Tenslotte, zo stellen zij, hoeft de verplichting niet met zoveel woorden in de wet te staan, het mag ook naar analogie van wetsbepalingen.¹

Rutten reageert in 1967 voor zijn doen fel; na een korte weergave van het in de *Toelichting* gestelde, schrijft hij:

‘Dit betoog brengt duidelijk aan het licht, aan welk gebrek het ontwerp mank gaat. Ongetwijfeld zullen ook in de toekomst aan de rechter nieuwe gevallen worden voorgelegd - gevallen waar thans niemand aan denkt en die niet in het Ontwerp-BW zijn geregeld -, waarin de noodzaak zich opdringt verbintenissen te aanvaarden die niet uit de wet ontstaan, doch haar grond vinden in het ongeschreven recht’.

Toch is hij niet echt verdrietig, want zijn conclusie luidt:

‘Een lichtpunt kan worden gezien in de omstandigheid, dat de tekst van het ontwerp heel wat minder streng is uitgevallen dan de toelichting zou doen vermoeden. De bepaling van art. 6.1.1.1, dat naast overeenkomst en onrechtmatige daad ook andere feiten bron van

1. Zie hiervoor Schoordijk, t.a.p.

§2. BRONNEN VAN VERBINTENISSEN

verbintenissen zijn *indien zulks uit de wet voortvloeit*, zal, indien zij wet wordt, aan de rechter van de toekomst wel de mogelijkheid bieden verbintenissen uit het ongeschreven recht te aanvaarden, door een ruime uitlegging van een bepaald wetsartikel of van het begrip 'wet', zoals dat ook onder het huidige BW geschiedt'.²

Tot eenzelfde conclusie komt Langemeijer in 1985.³ Een hoopvol teken vindt hij dat in de MvA (1976) aansluiting gezocht wordt bij de formulering van *Quint - Te Poel*, het passen in het stelsel van de wet, etcetera. Zijn verwachting is dat, zolang de wet nog nieuw is men zich wel bij wijze van systematische wetstoepassing verplicht zal achten aan te nemen dat de wet geen schadevergoedingsplicht bij niet-onrechtmatige daad toestaat (een voorbeeld uit de *Toelichting*), maar dat op de duur voor onvoorziene gevallen, in analogie met de algemene regel inzake onrechtmatige daad, men op grond van de redelijkheid en billijkheid en ongeschreven recht, daar wel toe zal overgaan. Zijn conclusie is dat op den duur het verschil tussen het nieuwe BW en de leer van Loeff-Pitlo-Schoordijk 'wel eens heel klein, misschien zelfs afwezig zou kunnen zijn'. Hij acht tenslotte die laatste leer minder van praktische, en meer van symbolische betekenis: 'men moet zich door het ontbreken van een wettelijk voorschrift niet laten afhouden van het erkennen van een verbintenis, die redelijkheid en billijkheid eisen'.⁴

Eerder had Schoordijk veel meer moeite met het wetsartikel; in zijn boek uit 1979 trekt hij er stevig tegen van leer, zonder dat dit de wetgever op andere gedachten heeft kunnen brengen.⁵ Als voorstander van billijkheidsacties in concreto vond hij art. 6:1 een sta-in-de-weg.

Zoals altijd, heeft iedereen gelijk. De ontwerpers zijn bang dat het een rotzooitje wordt als men de grenzen openstelt voor onduidelijke verbintenissen op grond van redelijkheid en billijkheid, Schoordijk is het daar principieel niet mee eens, en Rutten en Langemeijer roepen aan de zijlijn dat het wel zal meevallen. Intussen is het geen fraai stuk wetgeving - mede door het contrast tussen tekst en *Toelichting* -, maar er valt wel mee te werken als men bij de rechtsvinding het goede recht uit de wet laat 'voortvloeien'. Ook hier blijkt weer, dat rechters belangrijker zijn dan wetgevers, in ieder geval als het om dergelijke zaken gaat, die de grondslagen van het recht betreffen.

Ten slotte nog een punt van verwondering. In de MvA wordt, onder verwijzing naar de *Toelichting* een merkwaardige opmerking gemaakt: 'het feit dat een verplichting geen verbintenis oplevert is geen beletsel voor een vordering tot

2. Asser-Rutten I, 1967, p. 58; in dezelfde zin, Pitlo-Bolweg, p. 40 v. Vgl. anders, Hofmann-Van Opstall, 1976, p. 65 v., met steun voor het standpunt van de ontwerpers van het nieuwe BW.

3. *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, 6e dr. 1994, p. 114 v., een hoofdstuk gewijd aan natuurlijke verbintenis, misbruik van recht en ongerechtvaardigde verrijking.

4. Het lijkt erop of de hoge raad deze wijze raadgeving al meteen overgenomen heeft, vgl. het *DES-dochters* arrest van 9 okt. 1992, *NJ* 1994, nt CJHB; *TMA* 1993, p. 15, nt Van Dunné, waarin redelijke wetstoepassing van art. 6:99 BW tot een aansprakelijkheid geleid heeft die door velen als een novum gezien wordt. Vgl. nog onder, Hfdst. 10, § 6, nr 4.

5. T.a.p., p. 11 v. Vgl. ook al zijn surinaamse rede, *De verbintenis uit de wet*, 1968, *Verspreid werk*, 1991, p. 99.

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

nakoming'.⁶ In de *Toelichting* werd art. 3:296 BW aangehaald, dat inderdaad bij de vordering tot nakoming geen onderscheid maakt tussen rechtsplichten en verbintenissen (daar spelen de wet en de aard van de verplichting een rol). Het is mij intussen niet duidelijk waarom een verplichting die zo sterk is dat nakoming gevorderd kan worden, niet de kwalificatie 'verbintenis' zou verdienen. In de discussie over het onderscheid, die eerder aan de orde kwam, ben ik dit punt niet tegengekomen. De argumentatie van de ontwerpers en hun aanhang om de rechtsplichten buiten het gebied van de verbintenissen te houden is hiermee bepaald niet sterker geworden.

Er is nog een reden waarom het 'gesloten' stelsel van verbintenissen dat de wetgever voor ogen stond, net als de Deltawerken (waarmee ik het grote werk al eens eerder vergeleken heb, in 1973) in wezen, en nu reeds, een 'half-open' systeem is. Wij kwamen namelijk allerlei figuren tegen die tegen de verbintenis aanliggen, zoals de familierechtelijke rechtsverhouding (waaruit betalingsverplichtingen kunnen voortvloeien), de Obliegenheiten (door mij als verbintenis gezien, door de meeste auteurs niet eens als rechtsplicht opgevat), en niet te vergeten de natuurlijke verbintenissen (die onder nog besproken zullen worden). De wettelijke grens tussen verbintenissen en rechtsplichten is nu al een stippelijntje op papier, waar mensen van vlees en bloed niet aan gehouden zijn. De wetgever voert het hoogste woord, maar het recht van alledag gaat gewoon door.

2. *De eisen van redelijkheid en billijkheid, art. 6:2 BW*

Uit de discussie over art. 6:1 zal gebleken zijn dat de plaatsing van dit tweede artikel, art. 6:2, niet toevallig is: men kan zeggen dat het een broodnodige aanvulling op de filosofie van het 'gesloten' systeem van verbintenissenrecht van art. 1 vormt. Er is veel over dit artikel te doen geweest; ik beperk mij hier tot de hoofdlijnen, onder verwijzing naar de aangehaalde literatuur.⁷

Art. 6:2 is de vervanging van hetgeen in het oude BW door de artt. 1374 en 1375 bepaald werd voor overeenkomsten: de uitvoering van een overeenkomst moet te goeder trouw geschieden, de overeenkomst verplicht tot hetgeen wet, gebruik en billijkheid met zich brengen. Deze regels gelden nu voor alle verbintenissen; art. 6:248 is het zuster-artikel voor overeenkomsten, en via art. 6:216 zijn deze regels ook van toepassing op 'andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen'. De eisen van redelijkheid en billijkheid, alias van goede trouw, houden volgens de vaste jurisprudentie in, om het in één zin samen te vatten: het rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de andere partij. Dus niet alle belangen - 'al te goed is buurmans gek' - maar haar *gerechtvaardigde* belangen. Aldus bijvoorbeeld de hoge raad in *Baris - Riezenkamp* (1957), over de verplichtingen in de precontractuele verhouding, zoals wij eerder zagen, veelbetekenend een *rechtsverhouding* genoemd, tot afgrijzen van het schrijverdom. Die belangenafweging is in deze eeuw het kenmerk geworden van het voldoen aan verbintenissen, contractueel of

6. MvA, *Hand. Tweede Kamer*, 1975-76, 7729, nr 6, p. 6; *Parl. Gesch.*, Boek 6, p. 42. Aldus ook Nieuwenhuis c.s., *NBW, tekst en commentaar*, p. 434. Vgl. *Toelichting*, p. 457-458.

7. Vgl. Asser-Hartkamp I, nr 53 v.; Pitlo-Bolweg, pp. 249 v., 259 v.; Hofmann-Abas, pp. 183 v., 207 v.; Schoordijk, p. 21 v.

§2. BRONNEN VAN VERBINTENISSEN

buitencontractueel (onrechtmatige en rechtmatige daden, natuurlijke verbintenissen). Het ‘je broeders hoeder zijn’, de zorgplicht, *duty of care*, zoals de Engelsen dat noemen, in een jurisprudentie die bekend geworden is als de ‘good neighbour rule’, het gebod om voor de naaste te zorgen, de naastenliefde (hetgeen de plastisch ingestelde Amerikanen ook wel de ‘New Testament rule’ noemen, naar het gebod uit de Bergrede). Die naaste kan een eigen keuze zijn, je contractspartij - soms ook opgedrongen, trouwens - maar kan ook een toevallige passant zijn die je treft: weer een onrechtmatige daad gepleegd. Zoals wij gezien hebben bij de bespreking van de wanprestatie en nog zullen zien bij de onrechtmatige daad, gaat het in wezen om dezelfde dingen, het wel of niet rekening moeten houden met de belangen van de ander bij het handelen, alleen het gebruikte etiket kan verschillend zijn: ‘contract’ of ‘delict’. Ik ben er voorstander van om van normen van contractuele en delictuele zorgvuldigheid te spreken. De eisen die hier gesteld worden aan betrokkenen zijn verplichtingen, dat wil zeggen, in mijn terminologie: verbintenissen, die afhankelijk van hun inhoud, afdwingbaar kunnen zijn. Zoals Telders het (voor de oorlog al) zo mooi verwoordde, in navolging van Hegel: ‘wees persoon, en behandel de ander als persoon’. Het recht is in wezen gericht op de ontwikkeling van het persoonsbegrip.⁸

Een norm kan aanvullend of corrigerend werken, net als een goed opvoeder - het ideaal van ieder wetgever. Ook hier zien wij dat: de *aanvullende*, tegenover de *derogerende* werking van de goede trouw (‘derogeren’ is afwijken van). In lid 2 van art. 2 is de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid neergelegd (in een eerdere versie werd van ‘onbetamelijk’ gesproken). Het gaat hier over de vaststelling van de inhoud van de verbintenis, uitleg dus, en het zal niet verwonderen dat het debat rond normatieve uitleg versus grammatikale uitleg (‘historisch-psychologisch’) hier weer opduikt. Inderdaad, en ik voel er niet veel voor om in herhaling te treden; ik kan daarvoor trouwens naar Schoordijk verwijzen, die met veel vuur de wetgever nog eens probeert uit te leggen waar het om gaat. Met weinig succes, want wetgevers willen geven, en niet luisteren (vandaar dat de verplichting tot een geven, zegt Freud, niet geschrapt kon worden).

Ook hier is het verstandig wat lakoniek te zijn, de wijsheid van Langemeijer - de grote bemiddelaar van ideeën - in acht te nemen en erop te vertrouwen dat de rechter en praktijkjurist er in het algemeen wel uit zullen komen, hopelijk met niet al teveel kleerscheuren. Voor de justitiabelen, wel te verstaan, want er is wel degelijk een verschil in uitkomst bij hantering van de onderscheiden methoden. Ik verwijs daarvoor naar mijn betoog bij de uitleg van overeenkomsten (en andere rechtshandelingen), zie Deel 1, p. 166 v. Ook hier is de symbolische werking, om met Langemeijer te spreken, van groot belang, zeker nu de wetgever in de toelichting op het artikel de rechter tot terughoudendheid gemaand heeft bij toepassing van het tweede lid van dit artikel. De rechter hoeft niet direkt halt te houden bij een tekst die grammatikaal een bepaalde betekenis heeft, met name niet indien hij ziet dat het resultaat uiterst onbillijk is, zonder dat

8. ‘Het privaatrecht is niet anders dan de zelfontwikkeling van dit wederzijds erkennen van elkanders persoonlijkheid’. Vgl. voor dat onderwerp mijn *Dialektiek R. en R., Deel 1a*, 1984, p. 138 v. Eggens verkorte de aangehaalde zinsnede tot: ‘weest *rechts-persoon*’, en zette daarbij de normen van contractuele zorgvuldigheid naast de delictuele.

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

de partij die schade lijdt daartoe aanleiding gegeven heeft of het risico ervan behoort te dragen. Het is misschien een rustige gedachte dat de doorsnee rechter het te druk heeft om in de wet te kijken, laat staan de toelichting daarop te lezen, en stoffige commentaren, en op zijn rechtsgevoel en rechtservaring afgaat (de cursussen NBW vond hij toch al zo moeilijk).⁹

Als de rechter gaat bladeren in de wet, komt hij wellicht art. 3:12 BW tegen, afkomstig uit de gesneuvelde Inleidende Titel van het wetboek - na de scherpe kritiek van Kisch in de jaren vijftig - en nu in de luwte van Boek 3 gebracht, evenals het volgende artikel, art. 3:13, misbruik van bevoegdheid, ook niet moeders mooiste. In art. 12 vindt men enkele wenken, hoe de normen van redelijkheid en billijkheid vast te stellen.

9. Het is in ieder geval geruststellend dat in de MvA opgemerkt wordt dat de aanvullende en de derogerende werking in de praktijk 'niet scherp uiteen te houden', niet 'duidelijk van elkaar af te grenzen' zijn; het tweede lid 'komt neer op een uitwerking van de algemene regel van het eerste lid voor een bepaald geval'; er 'bestaat geen wezenlijk verschil tussen de in beide leden gebezigde maatstaven'. Dit als tegenhanger voor de in dezelfde zinsnede vermelde 'nodige terughoudendheid' bij de toepassing. MvA, t.a.p., p. 8 v.

§ 3. Indeling van verbintenissen. Verbintenissen in wording: natuurlijke verbintenissen

1. Inleiding. Oorsprong en achtergronden van deze rechtsfiguur

Hierboven kwamen wij de figuur van de natuurlijke verbintenis tegen, art. 6:3 BW, die als belangrijkste kenmerk heeft dat ze niet in rechte afdwingbaar is. Het is een intrigerende rechtsfiguur, die al generaties juristen verdeeld houdt. Ontstaan en tot spectaculaire ontwikkeling gekomen onder het oude BW, door toedoen van de hoge raad, werd zij in het nieuwe wetboek gecodificeerd. Voor de toepassing van art. 6:3 BW is de oude doktrine en jurisprudentie nog van groot belang. Verder is het een mooi voorbeeld van rechtersrecht: het jaar 1926, waarin de grondslag gelegd werd voor de nieuwe leer inzake natuurlijke verbintenis, met het *goudse bouwmeester*-arrest, is voor het verbintenissenrecht van vergelijkbare betekenis als het jaar 1919 (*Lindebaum - Cohen*), waarin de onrechtmatige daad op moderne leest gezet werd, en 1959 (*Quint - Te Poel*) toen een 'verbintenis uit de wet', de aktie uit ongegronde verrijking, geïntroduceerd werd. Ook in maatschappelijk opzicht is de moderne versie van de natuurlijke verbintenis van grote betekenis geweest, met name voor familierechtelijke onderhoudsverplichtingen en voor pensioenverplichtingen. Allereerst zal het ontstaan van deze rechtsfiguur kort belicht worden, en vervolgens komt de ontwikkeling in de jurisprudentie aan de orde. Ten slotte wordt nader ingegaan op de regeling van art. 6:3 v. BW.¹

In het oude BW werd de natuurlijke verbintenis niet als zodanig geregeld; in art. 1395 lid 2, over de onverschuldigde betaling, werd door de wetgever terloops opgemerkt dat wie aan een natuurlijke verbintenis voldaan heeft geen terugvordering kan eisen uit onverschuldigde betaling. Dat was alles. Het is niet zo verwonderlijk dat de doktrine hier niet veel mee aankon, en de zogenaamde 'enge leer' van natuurlijke verbintenis voorstond. In die visie wordt onder een natuurlijke verbintenis verstaan een verbintenis waaraan als gevolg van een wetsbepaling het vorderingsrecht hetzij van het begin af heeft ontbroken, hetzij later is komen te vervallen. Een voorbeeld van het eerste is de verbintenis uit spel en weddenschap (art. 1825 BW; art. 7.16.1), een even bekend voorbeeld van het tweede is de verbintenis die overblijft na homologatie van een akkoord in faillissement. Het gaat in deze visie dus om een gemankeerde verbintenis, zoals de Fransen het noemden: 'une obligation civile manquée ou dégénérée'. Rechtshistorisch onderzoek heeft aangetoond dat dit de gangbare opvatting voor de invoering van de Code civil geweest is, waarop ons oude BW geënt was.²

In de loop der tijd werd, in Frankrijk en omliggende landen, de zogenaamde 'ruime leer' inzake de natuurlijke verbintenis ontwikkeld. Deze hield in, dat men behalve de verbintenissen die door de wetgever ontgaan waren van het vorde-

1. De belangrijkste literatuur over dit onderwerp is: Pitlo-Bolweg, p. 295-305; Asser-Hartkamp I, nrs 57-87; Schoordijk, *Alg.gedeelte verbintenissenrecht NBW*, 1979, p. 59-76; B.Wessels, *De natuurlijke verbintenis*, diss. VU Amsterdam, 1988.

Zie voor het franse recht, dat een soortgelijke ontwikkeling doormaakte: J. Carbonnier, *Droit Civil, Les Obligations*, 16. éd., 1992, nr 3 v.; J. Ghestin en G. Goubeaux, *Traité de droit civil I, Introduction générale*, 2e éd., 1983, p. 580-610; vgl. ook 4e éd. 1994.

2. Zie Asser-Rutten I, 3e dr. 1967, p. 27 v.; Asser-Hartkamp I, nr 58 v.

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

ringsrecht, ook als natuurlijke verbintenissen verplichtingen van moraal en fatsoen erkende. In ons land werd deze nieuwe leer voorgestaan door Smits in 1925; een jaar later nam de hoge raad haar over in de zaak van de goudse bouwmeester.³ Daarin werd de hoogste rechter tenslotte door de meeste schrijvers gevolgd, al was geruime tijd niet duidelijk hoe ver de raad wenste te gaan met deze nieuwe verbintenis. Na controversiële rechtspraak aan het einde van de jaren dertig werd de onduidelijkheid groter. Intussen zijn, na enige minder gelukkige bijdragen van de belastingkamer van de hoge raad in de jaren zestig, de stofwolken wel opgetrokken, en hebben de ontwerpers van art. 6:3 BW in hun regeling een resumé van de jurisprudentie gegeven.

Wat hield partijen verdeeld, en wat was eigenlijk de achtergrond van de behoefte aan verruiming van het begrip natuurlijke verbintenis? De kern van de problemen rond de natuurlijke verbintenis wordt gevormd door de strenge vereisten die de wetgever aan een schenking stelt, waardoor degenen die een ander vergoeding voor bewezen diensten wil geven om aan een door hem gevoelde morele verplichting te voldoen, door de andere partij niet aan zijn belofte gehouden kan worden. Immers, voor schenking is een notariële akte vereist, art. 7A:1719 BW (naar komend recht komt dit vereiste te vervallen, maar blijft een onderhandse akte verplicht).⁴ De kinderen die een dierbare gediensstige van hun ouders - die hen zelf nog de luiers aangedaan heeft, hetgeen vroeger wat bewerkelijker was dan nu -, de lieve Truida, een financieel onbezorgde oude dag toezeggen, kunnen zich bedenken en van hun milde gebaar afzien, omdat hun schenking niet rechtsgeldig gedaan en dus niet afdwingbaar is. Hetzelfde geldt voor de werkgever die zijn oude getrouwe werknemer een pensioen toezegt - dat vroeger, en nog vrij recent, meestal niet in het arbeidscontract vastgelegd was - ook hij kan daarop vrijelijk terugkomen, wanneer niet aan de wettelijke schenkingsvoorwaarden voldaan is. Hetzelfde is het geval met de man die zijn tot armoede vervallen zuster een uitkering beloofd heeft, en daarvoor niet langs de notaris geweest is. Dit zijn alle morele verplichtingen, daarover zijn vriend en vijand het eens, maar zijn het ook natuurlijke verbintenissen? En, sterker nog, zijn die wellicht afdwingbaar, juist omdat het 'natuurlijke verbintenissen' zijn?

Men ziet uit deze voorbeelden waar het bij deze strijdvraag om gaat, en vooral ook, welke grote maatschappelijke belangen in het geding zijn. Hier is trouwens niet alleen het belang van de private wederpartij in het geding, meestal is het de fiscus die zich meldt, met zijn vangnet bij de hand, omdat schenkings-

3. P.H. Smits, Een onderzoek naar de theorie der natuurlijke of onvolkomen verbintenissen en haar betekenis voor het moderne recht, in het bijzonder met het oog op het Nederlandsch geldend recht, *RM* (Rechtsgeleerd Magazijn) 1925, p. 403 v.; 1926, pp. 1; 195 v. (een zeer gedegen artikel van 200 pp.). Zie ook A.M.M. Montijn, *Natuurlijke verbintenissen naar Nederlands recht*, 1927, waarin zijn pleitnota en bijlagen, als advocaat overgelegd aan de HR in de *goudse bouwmeester*-zaak; vgl. ook *Themis* 1933, p. 454. Voor een overzicht van de oude literatuur, zie Asser-Rutten I, p. 34 v. (ook nog in 6e dr., p. 33), en beknopt, Asser-Hartkamp I, nr 63 v.; verder zeer uitvoerig, Wessels, diss. nr 63 v.

4. Suijling, aanhanger van de enge leer, zoekt een oplossing voor de schenkingsproblematiek hierin, door aan te nemen dat het voldoen aan een morele verplichting geen schenking vormt, omdat bij het naar geweten handelen geen sprake van vrijgevigheid zou zijn. Meijers zocht de oplossing in de wetsuitleg inzake schenkingsbepalingen, zie hiervoor Asser-Rutten I, t.a.p., p. 37.

§3. INDELING VAN VERBINTENISSEN

of successierechten ontdoken zouden zijn, of lasten ten onrechte als fiscaal aftrekbaar opgevoerd zijn. Dan zijn er ook nog de erfrechtelijke consequenties van het voldoen aan natuurlijke verbintenissen door de goedgeefse erflater: hij kan daarmee bijvoorbeeld de rechten van wettelijk erfgenamen, de legitieme portie, beperken, en de vraag is, of deze dat hebben te accepteren (een vraag die de hoge raad in 1945 bevestigend beantwoord heeft, *De Visser - Harms*).

Aldus een korte schets van de achtergronden van de natuurlijke verbintenis. De enge leer vindt men thans terug in lid 2 sub *a* van art. 6:3, terwijl de ruime leer in sub *b* neergelegd werd. Dan nu een beschrijving van de wijze waarop de ruime leer in de jurisprudentie aanvaard werd.

2. *De jurisprudentie van de hoge raad inzake de natuurlijke verbintenis. De eerste arresten over de nieuwe leer*

Zoals gezegd is het beginpunt van het rechtersrecht op dit gebied het arrest van 1926 inzake de goudse bouwmeester.⁵ De hoogste rechter heeft deze casus aangegrepen - daartoe gezet door de advocaat van Gouda, Montijn, die groot voorstander van de in het buitenland al aanvaarde ruime leer was - om een revolutionaire uitleg aan art. 1395 lid 2 oud BW te geven, met een beroep op de historische uitleg van dat artikel, die naar later betoogd werd, niet deugde (dat komt vaker bij baanbrekende arresten voor). De natuurlijke verbintenis, opgevat als verplichting van moraal en fatsoen, lag nietsvermoedend te sluimeren in lid 2 van het genoemde wetsartikel, tot de hoogste rechter het als een Doornroosje wekte. Met uitzondering van Smits in een artikel van een jaar tevoren, 1925, waren de schrijvers het over de beperkte strekking van de verdwaalde wetsbepaling (*lex fugitiva*) eens, in het voetspoor van het handboek van Opzoomer. Men kan zich de schok voorstellen, toen de hoge raad de ruime leer introduceerde, in 1926. Dat gebeurde op dit gebied na de oorlog nog eens, in het even revolutionaire arrest *De Visser - Harms* (*NJ* 1946, 62), dat als de ‘revolutie in het erfrecht’ bekend stond (het doorbreken van de legitieme portie door het voldoen aan een natuurlijke verbintenis, het bij overlijden verzorgd achter laten van de echtgenote, zie nog onder).

De casus was als volgt. K. had in 1922 als bouwmeester van de Gemeente Gouda de bouw van 104 volkswoningen gegund aan een aannemer uit Zwijndrecht, die hem uit erkentelijkheid daarvoor een bedrag van *f* 35.000,- had gegeven (in die tijd een enorm bedrag; een jurist verdiende toen misschien *f* 1.000,- per jaar). Smeergeld zouden wij nu zeggen, vroeger heette dat ‘steekpenningen’, een bedrag dat je wegsteekt bij de transactie. Het gemeentebestuur krijgt hier echter lucht van en geeft K. te verstaan dat de gedragslijn die B en W jegens hem zouden volgen gunstig beïnvloed zou kunnen worden indien hij dat bedrag in de gemeentekas zou storten. De bouwmeester begrijpt de hint, en maakt op 13 mei 1922 het bedrag over aan de gemeente-ontvanger, tegelijk met zijn ontslaanvraag. Hij hoopt aldus eervol ontslag te krijgen, maar dat blijkt later toch nog oneervol te gebeuren (13 mei was dus geen geluksdag). Dat was nu ook weer niet de bedoeling, en K., die een zuinig man is, vordert de *f* 35.000,- als onverschuldigd betaald terug van de gemeente. Dat wordt door rechtbank en hof afgewezen, waarbij het hof de vordering in de sleutel van onverschuldigde betaling annex natuurlijke verbintenis plaatst. K. had zich namelijk op bewaargeving beroepen.

5. HR 12 mrt 1926, *NJ* 777, nt PS.

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

Het hof had hier een natuurlijke verbintenis aangenomen, aangezien K. zich bewust was niet overeenkomstig eer en plicht als gemeente-bouwmeester gehandeld te hebben, en het bedrag aan de gemeente overgemaakt had 'als 't ware uit een gevoel van berouw, fatsoen of iets dergelijks'(een subtiele omschrijving van het gevoelsleven van K.). Volgens de instructie voor de gemeente-bouwmeester was het verboden geschenken van leveranciers of aannemers in ontvangst te nemen.

De hoge raad volgt het hof in zijn beoordeling van de handelwijze van K., en stelt dat K. de f 35.000,- aan de gemeente afstond omdat 'hij zich daartoe zedelijke tegenover de gemeente gebonden achtte'. Het hof had dan ook terecht geoordeeld dat art. 1395 lid 2 (oud) BW zich verzet tegen K.'s vordering tot teruggave. Dan volgt de *landslide decision* van de raad: '... dat immers op grond van de geschiedenis van genoemde, aan art. 1235 lid 2 Code Civil ontleende, wetsbepaling moet worden aangenomen, dat daarbij niet alleen gedacht is aan gevallen, waarin naar de positieve rechtsregeling een schuld aanwezig is, doch het recht tot vorderen hetzij van de aanvang af heeft ontbroken hetzij door later ingetreden omstandigheden is komen te vervallen, maar mede aan gevallen, waarin de betrokkene voldoet aan een verplichting jegens een ander, welke slechts berust op de voorschriften van de moraal of het fatsoen'.⁶

Daarmee was de aanvaarding van de ruime leer ten aanzien van natuurlijke verbintenissen een feit. Niet alleen Montijn, als advocaat van Gouda, had gehoor gekregen - waarbij het artikel van Smits wel als een geschenk uit de hemel kwam - ook a-g Besier werd op zijn wenken bediend. Zijn pleidooi voor de ruime leer werd met de volgende krachtige uitspraak besloten: 'Ik meen voorts nog te mogen naar voren brengen dat de hier verdedigde mening meer in overeenstemming is juist ook met de hedendaagse opvattingen omtrent de bronnen van het geldende recht dan de starre mening van hen die - als Opzoomer in zijn aantekening op art. 1395 lid 2 - de heerschappij van alles wat niet geschreven recht is uit de rechtszaal willen verdringen en daarom ook de natuurlijke verbintenis in art. 1395 bedoeld willen terugbrengen tot de enkele gevallen, waarvoor zij een positieve grondslag in andere wetsartikelen vinden'.

De hoogste rechter was dus uitgedaagd een principiële beslissing te nemen, en heeft die handschoen opgenomen. Scholten zag in zijn noot meteen de grote betekenis van het arrest, en maakt enkele opmerkingen die van een vooruitziende blik getuigden: 'moraal en fatsoen' zijn weinig zeggende termen en vragen om nadere precisering, vooral ter afscheiding van de schenking. Hij verwacht dat de raad nog nadere grenzen zal geven aan de nieuwe leer, en dat de problematiek niet beperkt zal blijven tot terugvorderingsvragen.⁷ Wij staan daarmee aan het begin van een lange ontwikkeling in de rechtspraak.⁸

6. HR 12 mrt. 1926, *NJ* 777, nt PS. Het omstreden beroep op de rechtsgeschiedenis - aldus ook Scholten in zijn noot - lijkt gebaseerd te zijn op een citaat van Pothier dat a-g Besier geeft, waar sprake is een betaling die is 'non une chose due dans le for extérieur, mais due dans le for de l'honneur et de la conscience'(kennelijk ontleend aan de pleitnota van Montijn). In andere zin, Rutten, t.a.p., p. 32, die aanleiding voor verschil van mening over Pothier ziet; hij erkent echter dat bij Ripert-Boulanger voor de ruime leer steun gevonden wordt bij Pothier. De konsternatie over deze historische uitleg van de hoge raad was groot; de utrechtse juridische fakulteit schreef een prijsvraag uit, zo weinig was erover bekend. Later volgden er studies, o.m. de dissertatie van J.E. Scholtens, in 1931 (UvA).

7. Even een terzijde: het speurwerk voor Scholtens noot werd door een pas aangestelde student-assistent verricht: Kisch, vgl. diens interview in *Acht civilisten in burger*, J.M. van Dunné c.s., 1977, p. 106. Met het artikel van Smits bij de hand had hij trouwens een makkelijk begin.

8. De term 'moraal en fatsoen' lijkt letterlijk ontleend te zijn aan het artikel van Smits, *RM* 1925, p. 487; vgl. ook 1926, p. 249 v. Hij geeft daarbij ook grenzen aan; de bijzondere omstandigheden van het geval geven weliswaar de doorslag, maar 'het rechterlijk oordeel is hierbij niet overgelaten aan zichzelf doch wordt beheerst door de voorwaarden, die zijn af te leiden

§3. INDELING VAN VERBINTENISSEN

Scholten werpt ook nog de vraag op of de betaling door K. wel onverschuldigd gedaan was (hetgeen in cassatie vaststond, gelukkig maar voor de rechtsontwikkeling): het lijkt hem denkbaar dat de gemeente tegen K. een vordering tot betaling van het ontvangen bedrag had kunnen instellen, hetzij op grond van de ambtenaarsverhouding, analoog aan het arbeidscontract, hetzij op grond van onrechtmatige daad of ongegronde verrijking. Maar dat is nakaarten.⁹

De introductie van de nieuwe leer door de hoge raad kreeg aanvankelijk weinig bijval in de literatuur; veel schrijvers van naam (o.m. Meijers, Eggens) hielden vast aan de enge leer. Pas na een artikel van Losecaat Vermeer in 1935 treedt er een kentering op.¹⁰ Intussen gaf de jurisprudentie van de hoge raad na 1926 een beeld van het zoeken naar de grenzen van de verruimde natuurlijke verbintenis, dat wil zeggen, naar de grenzen van normen van moraal en fatsoen. In de literatuur werd erop gewezen dat het volledig openstellen van de natuurlijke verbintenis voor dergelijk normgedrag het einde van de schenkingsfiguur zou betekenen en van de figuren inkorting en inbreng in het erfrecht, hetgeen toch niet de bedoeling van de wetgever en het wettelijk systeem kan zijn. Bij elke schenking is immers wel sprake van enig gevoel van morele verplichting of van een fatsoensnorm die opspeelt, zelden is louter vrijgevigheid in het spel. 'Wij hebben het zo goed, zouden wij niet die arme/oude/trouwe X, die er zo sneu bij zit, wat toestoppen?' Waarom ook niet? Maar het hele stelsel van de schenking, met zijn bepalingen ter bescherming van de gulle gever, zou aldus terzijde gesteld worden. En het is ook wat sneu voor de fiscus, die toch ook zo zijn best doet. Kortom: er moeten, zoals altijd, grenzen gesteld worden. Maar hoe?

De hoge raad werd in de jaren dertig enkele keren daartoe geroepen, maar had toen bepaald geen gelukkige hand met het trekken van grenzen. Anders gesteld, men ziet aan die uitspraken dat zaken van moraal en fatsoen sterk persoonlijk gekleurd zijn, aan subjectieve oordelen onderworpen. Daarbij legt de maatschappij-opvatting van de rechter groot gewicht in de schaal, dat wil zeggen, nog meer dan gewoonlijk al het geval is.

Het ging om onderhoudsverplichtingen die toegezegd waren aan de behoeftige partner, in het eerste geval buiten huwelijk, in het tweede binnen het huwelijk. De eerste zaak is die van de *notabele te Hellevoetsluis*, uit 1937.¹¹

De heer d.G. heeft jarenlang een overspelige verhouding met zijn schoonzuster, waaruit vijf kinderen geboren worden. Hij zegt haar 25 jaar later, als zij in behoeftige omstandigheden verkeert, een jaarlijkse toelage van f 600,- toe, aan welke belofte hij zich enige tijd houdt. Wanneer hij de betaling staakt, houdt de vrouw hem aan zijn toezegging, die een bekrachtiging zou zijn van een natuurlijke verbintenis om een onderhoudstoelage aan haar te

uit het systeem der formele rechtsbron en die in dat systeem passen. Dit is *Quint - Te Poel avant la lettre*, Ook Wessels wees hierop, nr 73.

9. Voor die andere akties zou de grondslag kunnen zijn dat K. zijn ambtsplicht geschonden heeft, en wat de schade betreft: de f 35.000,- was de helft van de winst die de aannemer op het project maakte (zoals Smits meedeelt) en dat heeft hij doorberekend aan de gemeente.

10. In de Meijers-bundel, 1935, p. 79. Losecaat Vermeer schrijft dat het arrest 'door onze schrijvers als een ongewenste vreemdeling vol wantrouwen en afkeuring ontvangen is'. Schr. weerlegt de dogmatische bezwaren die o.m. Meijers en Van Brakel naar voren gebracht hadden. Vgl. voor deze episode ook Wessels, nr 92. Losecaat Vermeer was een bewerker van het deel Verbintenissenrecht in de Asser-serie, en later lid van de hoge raad.

11. HR 22 april 1937, *NJ* 1108, nt PS.

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

geven. Zij wordt door rechtbank en hof in het gelijk gesteld; het hof verwerpt het argument van de man dat hier geen sprake van een zedelijke plicht zou zijn omdat hij de vrouw niet verleid heeft (zoals de vrouw gesteld had, zij was 20 jaar toen de verhouding begon). In de langdurige verhouding, de graad van aanverwantschap en het feit dat er kinderen geboren zijn ziet het hof voldoende grondslag voor een zedelijke verplichting.

De hoge raad maakt hiermee korte metten en casseert:

‘... dat toch uit de gestelde feiten niet blijkt, dat de betaling, waartoe d.G. zich zou hebben verbonden, dient tot herstel van enig moreel of materieel nadeel door verweerster terzake van handelingen van d.G. geleden, nòch bedoelt een beloning te geven voor bewezen diensten - diensten, welke in deze trouwens met de goede zeden zouden strijden -, doch moet strekken om te verhoeden, dat verweerster tot armoede en ellende vervalt;

dat echter, anders dan het hof meent, het recht aan de overspelige verhouding gedurende lange tijd van verweerster tot haar zwager, al zijn uit die verhouding kinderen geboren, niet verbindt een aanspraak van verweerster op onderhoud, nu zij daaraan behoefte heeft, ten laste van d.G. - zij het ook een aanspraak, waarvan, zolang zij niet in een overeenkomst is neergelegd, de nakoming niet kan worden afgedwongen -, en die verhouding derhalve voor d.G. niet scheidt een natuurlijke verbintenis tot het doen der gevorderde betaling’.

Ik houd mijn commentaar op deze uitspraak nog even aan. Een jaar later wordt de hoge raad wederom geroepen over een dergelijke zaak een oordeel te geven, en het contrast kan bijna niet groter zijn: het arrest *17-jarige echtvereniging*.¹² Hier was de toezegging van een onderhoudstoelage gedurende haar leven (van f 1.000,- per maand, een groot bedrag in die tijd) de inzet van de heer S. om zijn vrouw te bewegen een vordering tot scheiding van tafel en bed in te stellen. Ook hier ontbrak een notariële akte. De casus wordt verder duidelijk uit de overwegingen van de hoge raad:

‘Dat het hof terecht aanneemt, dat een verplichting, welke op voorschriften van moraal of fatsoen berust, een natuurlijke verbintenis kan vormen en dat het van de omstandigheden afhangt of zulks het geval is;

dat ten aanzien van die omstandigheden in deze vaststaat, dat S. na een zeventien-jarige echtvereniging met verweerster, deze door uitoefening van sterke pressie ertoe heeft bewogen een vordering tot scheiding van tafel en bed in te stellen, omdat hij met een andere vrouw wilde samenleven, terwijl verweerster geen enkele aanleiding voor scheiding van tafel en bed gaf en dan ook door aan de pressie toe te geven haar man een groot offer bracht;

dat onder deze omstandigheden niet alleen voor S. de op moraal en fatsoen berustende verplichting bestond om zijn vrouw haar leven lang een uitkering te waarborgen, maar die verplichting van dien aard, immers zó dringend was, dat zij terecht door het hof als een natuurlijke verbintenis is beschouwd.’

De eerste indruk die men van beide uitspraken, in samenhang gezien, krijgt, is dat de verplichtingen van moraal en fatsoen, echt gebaseerd zijn op de (klein)burgerlijke moraal en fatsoen die voor de hoge raad kennelijk maatgevend zijn. Een alimentatietoezegging in een overspelige situatie geeft geen beroep op morele verplichtingen die aan de orde zijn en in een natuurlijke verbintenis uitmonden, terwijl dat wel het geval is met een dergelijke toezegging binnen het huwelijk, als prijs voor een scheiding van tafel en bed. In het eerste geval hoor je de rechter denken: ‘overspel, dat is toch niet zoals het hoort, en nog wel met je schoonzus, en bovendien nog kinderen verwekken!’ Een poel van zedelijk verderf, waarin de rechter niet wil roeren. Dat kan wel zo zijn - ieder zijn meug,

12. HR 18 febr. 1937, *NJ* 1938, 323, nt PS.

§3. INDELING VAN VERBINTENISSEN

tenslotte - maar het resultaat is, dat wanneer de overspelige man zich uiteindelijk als een heer gaat gedragen en een alimentatie toezegt, het recht dat niet serieus neemt en hem niet aan zijn woord wil houden. Een merkwaardig idee van zedelijkheid.¹³

Al met al is dit een fraai voorbeeld van het dooreenlopen van een juridisch oordeel en een moreel en maatschappelijk oordeel in een rechtsbeslissing. Geen wonder dat men nadien wat moeite had om de term ‘verplichting van moraal en fatsoen’ te hanteren. De fatsoensridders houden wij tegenwoordig liever buiten de deur, ook van de rechtszaal. De huidige wetgever heeft dan ook gekozen voor de term ‘morele verplichting’. De minister was van mening dat de term ‘fatsoen’ te zwak was en ‘dubieuze associaties’ opwekte.

Nu is deze eerste kanttekening erg historisch gekleurd, tegenwoordig is het klimaat, zeker in ons land, op het gebied van de zeden heel wat liberaler. Men kan deze episode dus als passé terzijde leggen, maar het blijft een schoolvoorbeeld van de invloed van maatschappelijke en morele opvattingen op de rechtsvinding. Ook in onze tijd doet zich een dergelijke beïnvloeding van de rechtsbeslissing voor, dat is onontkoombaar omdat de rechter met zijn hele persoonlijkheid bij het rechterlijk oordeel betrokken is (trouwens ook de advocaat, notaris of bedrijfsjurist, en laten wij de wetenschappers niet vergeten) maar dat is meestal veel moeilijker aan het daglicht te brengen.¹⁴ In de nog volgende rechtspraak van de hoge raad inzake de natuurlijke verbintenis komt overigens ook een duidelijke maatschappij-opvatting naar voren.

In deze uitspraken zijn de bouwstenen aangedragen voor de verdere ontwikkeling van de natuurlijke verbintenis, of eigenlijk: de grensstenen. Dit alles onder grote onduidelijkheid welke koers de hoogste rechter wilde aanhouden, men zie de noten van Scholten en de verdere literatuur. In het laatste arrest is de toevoeging gegeven van een *dringende* verplichting van moraal en fatsoen, een even voor de hand liggende als nuttige inperking, waarbij de omstandigheden de dienst uitmaken, hetgeen niet als verrassing zal komen.¹⁵ De vraag is echter: hoe dringend die verplichting moet zijn. In het eerste arrest wordt gesproken van een ‘aanspraak op onderhoud’ die de vrouw zou moeten hebben (quod non, in casu). In 1953 formuleerde de hoge raad dat laatste aldus, dat sprake moet zijn van zo dringende verplichting, dat de ander dit als ‘een hem toekomende, zij het rechtens niet afdwingbare prestatie mag beschouwen’.¹⁶ Dat laatste werd door enkele schrijvers overgenomen, onder meer door Rutten. In de jaren zestig gebruikte de belastingkamer van de hoge raad weer het aanspraak-kriterium, dat onder vuur kwam te liggen in de literatuur, met name van Schoordijk.¹⁷ De ontwerpers van het nieuwe BW kozen aanvankelijk voor het aanspraak-begrip, en gingen vervolgens over op de ‘toekomende presta-

13. Zie ook de kritische noot van Scholten; hij betreurt overigens dat het verleid zijn van de jonge vrouw door d.G. in cassatie niet meer aan de orde gekomen is, hetgeen op zich een grondslag voor een natuurlijke verbintenis zou kunnen zijn. Overigens kwam a-g Berger in zijn conclusie, na aarzeling, tot een aanvaarding van een natuurlijke verbintenis in dit geval.

14. Zie mijn diesrede, EUR 1987, *De magie van het woord*, ook in: *Dialektiek R en R.*, 1c, 1988, p. 125.

15. Hiermee volgde de hoge raad overigens de opvatting van Smits en Losecaat Vermeer, vgl. ook Asser-Rutten, p. 40.

16. HR 18 mrt 1953, NJ 640, studieverzekering kleinzoons.

17. Vgl. Asser-Hartkamp I, nr 71; Schoordijk, t.a.p., p. 67 v.

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

tie'-formulering, met het accent op de maatschappelijke opvattingen die hier bepalend zijn. Intussen was omstreden of de hoge raad in 1965, *alimentatie*-arrest (zie onder), het aanspraak-kriterium verlaten had. Ik laat die kwestie op dit moment rusten. Het is geen dogmatiek waar een lezer vrolijk van wordt (hetgeen trouwens ook geldt voor een schrijver).

3. *De naoorlogse rechtspraak van de hoge raad over de natuurlijke verbintenis. Onderhoudsverplichtingen*

Vlak na de oorlog wijst de hoge raad een arrest waarmee in de ontwikkeling van de natuurlijke verbintenis nieuw leven geblazen wordt, en het notariaat op zijn kop gezet wordt. In het arrest *De Visser - Harms* werden dwingende bepalingen ter bescherming van de legitieme portie van erfgenamen terzijde gesteld doordat het treffen van een financiële regeling door de erflater ter verzorging van zijn overblijvende echtgenote door de raad gezien wordt als het voldoen aan een natuurlijke verbintenis.¹⁸ De vrouw heeft geen legitieme, zij is trouwens pas sinds 1923 als wettelijk erfgenaam erkend. Niet voor niets sprak het notariaat van 'een revolutie in het erfrecht'. Van de kamer van de hoge raad die het arrest gewezen heeft maakte niet alleen Losecaat Vermeer deel uit, die zoals wij zagen, medio jaren dertig een belangrijke bijdrage had geleverd aan de aanvaarding van de ruime leer, maar ook Smits, aanhanger van die leer van het eerste uur, die intussen raadsheer geworden was (in de jaren zestig zou hij zelfs president van de hoge raad worden). Met zo'n bezetting wordt het inderdaad vuurwerk.

De casus is deze: mevr. De Visser is weduwe van Harms, die kinderen heeft uit twee vorige huwelijken. Bij testament had Harms een uitkering van f 15.000,-, die hij bij overlijden van een bank kreeg waarbij hij als gedelegeerd commissaris werkzaam was, aan zijn vrouw vermaakt. Daarmee werden de legitieme porties van de kinderen gekort, en deze komen daartegen op. Als dit een schenking zou zijn, zouden de kinderen in hun recht staan. Mevr. De Visser betoogt echter tegenover de kinderen Harms dat hier sprake was van het voldoen aan een natuurlijke verbintenis, ter verzorging van haar als echtgenote.

De hoge raad overweegt als volgt: '... dat de overtuiging, dat de langstlevende echtgenoot niet onverzorgd mag achterblijven, meer en meer veld heeft gewonnen en heden ten dage onder meer tot uiting komt hierin, dat zij, die als ambtenaar of in overheidsbedrijven werkzaam zijn, aan de na hun overlijden overblijvende echtgenote een weduwenpensioen zien toegekend en dat dit ook het geval is ten opzichte van zeer velen, die in particuliere bedrijven van min of meer grote omvang werkzaam zijn;

dat het, in overeenstemming hiermede voor hen, die het vooruitzicht op een voldoende verzorging van hun weduwe niet hebben, naar algemeen gangbare opvattingen van moraal en fatsoen - bijzondere omstandigheden voorbehouden - als een onafwijsbare plicht wordt beschouwd om, indien nodig, naar de mate van het mogelijke te zorgen voor het onderhoud van de weduwe;

dat de vervulling van deze plicht zozeer beantwoordt aan hetgeen de echtgenoten van elkaar mogen verlangen, dat daarmede - voorzover de verzorging, gelet op de omstandigheden waaronder de echtgenoten leefden en de langstlevende achterblijft, het redelijke niet te buiten gaat - voldaan wordt aan een verplichting van de ene echtgenoot jegens de ander, welke als een natuurlijke verbintenis moet worden erkend;

18. HR 30 nov. 1945, NJ 1946, 62.

§3. INDELING VAN VERBINTENISSEN

dat daarom de nakoming van zodanige verzorgingsverplichting - hetzij bij handeling onder levenden, hetzij bij uiterste wilsbeschikking - is voldoen aan een natuurlijke verbintenis'.

Zoals men ziet, is dit een spectaculaire toepassing van het leerstuk van de natuurlijke verbintenis. Technisch gezien is het een voortzetting van de lijn van 1938: in plaats van de 'dringende verplichting' wordt hier gesproken van een 'onafwijsbare plicht', niet volgens het subjektieve oordeel van betrokkene, maar volgens algemeen aanvaarde maatschappelijke inzichten en opvattingen van moraal en fatsoen. Nu was het ten tijde van het wijzen van dit arrest zeker niet zo dat er een consensus over dit onderwerp bestond in de samenleving, en evenmin in het notariaat. Eggens verwijt de hoge raad dat hij zich niet beperkt heeft tot het aanvaarden van een regeling in de vorm van het sluiten van een levensverzekering ten behoeve van de achterblijvende echtgenote.¹⁹ Hij was niet de enige die de pen greep. De discussie over dit onderwerp is overigens nog steeds niet verstomd, mede naar aanleiding van pogingen van de wetgever - in het kader van Boek 4 - om hiervoor een bevredigende wettelijke regeling te treffen, waarbij veel varianten van een wettelijk gebruiksrecht voor de langstlevende echtgenoot de revue gepasseerd hebben.²⁰ Een heus rechtssociologisch onderzoek was hieraan voorafgegaan, in de jaren zeventig, dat aantoonde dat men inderdaad vindt dat de langstlevende echtgenoot (statistisch gezien: de vrouw) verzorgd achtergelaten moet worden. Maar de grote vraag is natuurlijk h \grave{o} e dat in zijn werk gaat, dat wil zeggen: of de weduwe het nagelaten vermogen mag opmaken, zodat de legitimarissen met lege handen achterblijven. Daarover zijn de meningen nog steeds verdeeld.²¹

De kern van de zaak is echter dat de hoogste rechter met behulp van de figuur van de natuurlijke verbintenis, onvriendelijk gezegd, het erfrecht overhoop haalt; anders gezegd: het erfrecht ingrijpend vernieuwt, en als wetgeverplaatsvervanger aan nieuwe maatschappelijke inzichten aanpast. Dat gebeurt ook in een arrest uit 1965, over alimentatie bij echtscheiding, maar die revolutionaire uitspraak werd enkele jaren later 'gewit' door de wetgever met de invoering van het nieuwe echtscheidingsrecht. Dit *alimentatie*-arrest is wederom een goed voorbeeld van wat de Duitsers de 'richterliche Rechtsfortbildung' noemen (Esser, c.s.).²²

Het betrof hier een huwelijk dat na veertien jaar ontbonden werd op vordering van de man, wegens door de vrouw gepleegd overspel. Naar het oude echtscheidingsrecht, vóór 1971, had in zo'n geval de man geen alimentatieverplichting, aangezien de oorzaak van de echtscheiding

19. Vgl. daarover, met commentaar, Schoordijk, t.a.p. , p. 65 v., en in het algemeen nog Wessels, nr 593.

20. Vgl. voor dit onderwerp Pitlo-Van der Burght, *Erfrecht*, 9e dr. 1997, p. 113 v. en het *WPNR* van begin jaren '90, tenslotte de Van Mourik-story.

21. Hierbij dient men wel te bedenken, dat het een wereld van verschil uitmaakt - ook bij het enqu \acute{e} teren - of het gaat om een weduwe die moeder van de erfgenamen/legitimarissen is (die de kinderen graag goed verzorgd zien, op haar oude dag), of dat er sprake is van een tweede of later huwelijk. Als vader op het laatst nog met een jongedame trouwt, is het voor de kinderen uit vorige huwelijken even slikken als deze weduwe zo nodig verzorgd achtergelaten moet worden. Bij *De Visser - Harms* ging het overigens om een dergelijk geval (derde huwelijk). In het nieuwe erfrecht heeft de wetgever onlangs een keuze gemaakt.

22. HR 4 juni 1965, *NJ 277*, nt GJS.

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

(‘schuld’) bij de vrouw lag. Nu was er al geruime tijd een algemeen gevoel van onvrede met de schuldgrondslag voor alimentatie bij echtscheiding; als een huwelijk stuk loopt is het zelden zo dat slechts één der partijen daarvan de schuld draagt. Bovendien is dat, indien al het geval, bijzonder moeilijk aan te tonen en leidt tot een onverkwikkelijk gewroet in een huwelijks- en menselijk drama. In het buitenland waren veel wetgevers al voorgegaan met een neutrale grondslag voor alimentatie, waarbij de behoefte van de alimentatie-gerechtigde op de voorgrond stond, en niet langer de schuldvraag. Dat was het tijdsbeeld in 1965, en onze wetgever was er nog niet uit.

In deze casus had de man aan de vrouw die ‘schuld’ had aan de echtscheiding, een alimentatie toegezegd, en de vraag was of hier sprake was van een natuurlijke verbintenis waaraan de man voldaan had ten opzichte van zijn ex-vrouw. De hoge raad overweegt het volgende:

‘Dat, ook als een huwelijk ontbonden wordt op vordering van de man en wegens door de vrouw gepleegd overspel, op de man de morele verplichting kan rusten, bijvoorbeeld op grond van al hetgeen zich gedurende het huwelijk tussen de echtgenoten heeft voorgedaan en de verhouding waarin zij tot elkander hebben gestaan en van hun na de echtscheiding te verwachten omstandigheden, ook na de echtscheiding in het onderhoud van de vrouw bij te dragen.

(...)

dat deze verplichting van zo dringende aard kan zijn, dat zij als een natuurlijke verbintenis moet worden aangemerkt;

dat het antwoord op de vraag of daarvan sprake is, zozeer afhangt van de waardering van alle feiten die tijdens het huwelijk zijn voorgevallen dat, wanneer de rechter die over de feiten oordeelt, in een gegeven geval heeft beslist dat een natuurlijke verbintenis aanwezig is, aan de cassatierechter - daargelaten wat met betrekking tot de natuurlijke verbintenis overigens op dit punt geldt - slechts ter beoordeling staat of de feitelijke rechter zonder schending van het begrip natuurlijke verbintenis tot zijn beslissing heeft kunnen komen;

dat in het onderhavige geval het hof bij zijn beslissing dat er een natuurlijke verbintenis bestond, vooropstellende dat de man vrijwillig en desbewust de onderhavige overeenkomst is aangegaan, in aanmerking heeft genomen de omstandigheden waarin pp. veertien jaren gehuwd waren geweest en uit het huwelijk kinderen waren geboren en dat de vrouw na echtscheiding niet in staat zou zijn zelf in haar levensonderhoud te voorzien;

dat het hof, deze omstandigheden in aanmerking nemende, tot de aanwezigheid van een natuurlijke verbintenis heeft kunnen besluiten;

dat, wat nog in het bijzonder de bekrachtiging van de verbintenis door de man betreft, weliswaar het subjectieve gevoel van de man omtrent de dringendheid van zijn verplichting op zich zelf niet beslissend is;

dat evenwel omdat, gelijk reeds overwogen, het antwoord op de vraag ‘of er een natuurlijke verbintenis bestaat, afhankelijk is van de waardering van alles wat zich tijdens het huwelijk heeft voorgedaan en omdat veel daarvan naar zijn aard slechts voor waarneming en waardering door partijen zelf vatbaar is, het hof terecht betekenis heeft toegekend aan de omstandigheid dat de man - als reactie op al het tijdens het huwelijk tussen partijen voorgevallene - zich gedrongen gevoeld heeft de vrouw na de ontbinding van dat huwelijk te blijven onderhouden’ en wel zózeer, dat hij zich tot het doen van een uitkering rechtens heeft willen verplichten’.

Men ziet dat de raad bij het vaststellen van deze natuurlijke verbintenis geen gebruik maakt van het aanspraak-kriterium, dat is ook overbodig om tot vaststelling ervan te komen, zoals onder meer door Schoordijk gesteld is. Aan de

§3. INDELING VAN VERBINTENISSEN

maatschappelijke opvattingen en de omstandigheden van het geval heeft men genoeg om tot een oordeel te komen.²³

Met dit arrest heeft de hoogste rechter een belangrijke impuls tot de vernieuwing van het echtscheidingsrecht gegeven, en de meningsvorming daarover sterk beïnvloed. Dat het in 1965 geen algemeen gangbare gedachte was om bij alimentatie na echtscheiding de schuldgrondslag te laten varen, blijkt uit de noot van G.J. Scholten (zoon van Paul Scholten), die moeite heeft met het standpunt van de hoge raad, aangezien toch de vrouw zich in dit geval zeer ernstig tegenover haar man misdragen had en de laatste geen enkel verwijt te maken viel dat het huwelijk mislukt was.

4. *Vervolg. Pensioenverplichtingen als natuurlijke verbintenis*

Een ander rechtsgebied waar de natuurlijke verbintenis van grote betekenis is, dankzij de rechtspraak van de hoge raad, is dat van pensioenverplichtingen. Het is nog niet zo lang geleden dat een pensioenregeling, die ambtenaren al langer kenden, ook in de private sfeer tot een standaardregeling werd. Nog in de jaren zestig en zeventig kwam het vrij veel voor dat een arbeidsovereenkomst zonder pensioenvoorziening beëindigd werd; op de duur werd op dat terrein steeds meer geregeld, maar vaak zonder deugdelijke grondslag. Ook hier heeft de hoge raad baanbrekend werk gedaan, in maatschappelijk opzicht.

Al in 1926 vond de nieuwe leer toepassing op dit gebied. Een directeur van de Nederlandsch-amerikaansche Stoomvaart Mij. 'Holland Amerika Lijn' was bij de ramp met de Titanic in 1912 omgekomen; er was geen weduwepensioen voorzien in de arbeidsovereenkomst en de maatschappij kende de weduwe een lijfrente toe. De fiscus zag, jaren later, hierin een schenking en wilde op grond van de Successiewet schenkingsrecht heffen; het Hof Den Haag nam echter een natuurlijke verbintenis aan voor de werkgever en stelde de staat in het ongelijk.²⁴ De wetgever heeft vervolgens de Successiewet aangepast.

Sindsdien zijn er regelmatig procedures over deze problematiek gevoerd, waarvan ik de belangrijkste hier zal bespreken. In de jaren veertig had de hoge raad de verplichting van de werkgever om een pensioen aan een werknemer toe te kennen als natuurlijke verbintenis in beginsel aanvaard.²⁵ Een probleem dat zich hierbij voordoet, is dat het bedrijf, indien het voor de wind gaat, weinig problemen heeft om de pensioentoezegging gestand te doen, ook al berust zij slechts op een natuurlijke verbintenis. Als het zwaar weer wordt en het ekono-

23. In de literatuur is door sommige schrijvers betoogd dat de HR met dit arrest het aanspraak-kriterium verlaten heeft, zie Asser-Rutten I, 6e dr. p. 43; Wessels, diss. p. 205 v.

De nadruk die de HR hier legt op de rol van de feitelijke rechter is overigens geheel in de lijn van Scholtens (kritische) noot onder het *notabele van Hellevoetsluis* (1937).

24. Hof den Haag 26 mei 1926, *W* 11 507, besproken door Scholten in zijn noot van dat jaar. Vgl. ook Wessels, nr 409 v. Smits had in jan. 1926 in een ingezonden bijdrage (*W* 11 448) stelling genomen tegen het vonnis van de Rb. Rotterdam in deze zaak, waarin van de enge leer uitgegaan was.

25. HR 28 juni 1940, *NJ* 1941, 61, nt PS, *Zinkmaatschappij - Huibers*; HR 27 juni 1947, *NJ* 1948, 97, nt PhANH, *Diaconessenhuis*. Zie voor de jurisprudentie over dit onderwerp: Asser-Hartkamp I, nr 74; Wessels, diss. nr 391 v.; E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, diss. VU Amsterdam 1989, p. 126 v.

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

misch getij keert, wil men echter van dergelijke financiële verplichtingen af, die knellend kunnen zijn. Het was immers niet echt overeengekomen, maar een mild gebaar op morele gronden? De juridische strijd wordt toegespitst op de volgende technische vraag: wat is precies het karakter van de betaling op grond van een natuurlijke verbintenis, wanneer gaat de laatste over in een gewone verbintenis, die afdwingbaar is? Om die vraag te kunnen beoordelen, moeten wij eerst ingaan op de wijze waarop dit gebeurt. De natuurlijke verbintenis kan worden omgezet in een civiele verbintenis - men spreekt behalve van 'omzetting' ook wel van 'bekrachtiging' of 'versterking' - door een rechtshandeling. Nu kan dit, zoals altijd, uitdrukkelijk of stilzwijgend gebeuren, men kan het als een tweezijdige, of als een eenzijdige rechtshandeling zien. In het huidige BW is gekozen voor een tweezijdige rechtshandeling, met een regeling van vermoeden van aanvaarding, tenzij onverwijld afgewezen (zie nog onder). In de onderhavige procedures wordt door de pensioengerechtigde gesteld dat hier van schuldvernieuwing (novatie) sprake is, in navolging van Suijling en Van Brakel in hun handboeken; de bedoeling is duidelijk, men wil een harde verbintenis, die niet door een wijziging van omstandigheden beïnvloed kan worden, hetgeen gemakkelijker het geval zou zijn bij een op een natuurlijke verbintenis gebaseerde verplichting.

De hoge raad heeft in het arrest van 1947, *Diaconessenhuis*, de novatie-construktie verworpen, maar deze in een arrest van 1956, *Liebrand - Diepenheim* weer aanvaard, wellicht om de pensioengerechtigde te beschermen.

Diepenheim had zeventien jaar gewerkt bij de limonadefabriek van Liebrand. Bij het beëindigen van het dienstverband had Liebrand hem een levenslang pensioen van f 90,- per maand toegezegd. Na enige jaren dat pensioen betaald te hebben, komt het bedrijf van Liebrand in financiële problemen en hij gaat over tot het staken van de betalingen. Hof en hoge raad zijn van oordeel dat de morele verplichting van Liebrand tegenover zijn werknemer na een dienstverband van zeventien jaar zo dringend was dat hier een natuurlijke verbintenis aanvaard moet worden, die bij overeenkomst omgezet is in een verbintenis waarvan nakoming in rechte kan worden gevorderd.

Ten aanzien van het karakter van die civiele verbintenis overweegt de raad dat uit de omzettingsovereenkomst een verbintenis voortkomt die 'de schuldenaar uit de natuurlijke verbintenis als volkomen verbintenis aanvaardt', waarvan 'de inhoud en omvang door deze overeenkomst worden bepaald'. De hoge raad vervolgt:

'...dat de aldus in het leven geroepen contractuele verbintenis los van de natuurlijke verbintenis, waarin zij haar oorzaak vindt, een eigen bestaan voert, waarbij zij evenals iedere andere bij contract aangegane civiele verbintenis onderworpen is aan de algemene regelen, welke het verbintenissen- en contractenrecht voor de werking en het teniet gaan van een verbintenis uit overeenkomst kennen.'

In dat laatste ligt de oplossing van het onderhavige probleem besloten. Ook al is het een civiele verbintenis die zich losgemaakt heeft van de voorgaande natuurlijke verbintenis, de debiteur kan volgens regels van het verbintenissenrecht een beroep doen op het leerstuk van veranderde omstandigheden (art. 6:258 BW) indien hij niet langer aan zijn financiële verplichtingen kan voldoen. Intussen is de konstruktie met novatie terecht door Pitlo en Hartkamp verworpen.²⁶

26. Resp. p. 297 en nr 85. De laatste wijst ook op de mogelijkheid van toepassing van art. 6:258 BW, en neemt terecht afstand van het standpunt van Rutten, die de novatie-construktie daarvoor bepalend acht, 6e dr., p. 49.

§3. INDELING VAN VERBINTENISSEN

In de praktijk werd, wellicht als reactie op dit arrest, gezocht naar een mogelijkheid om de handen vrij te houden bij het nakomen van een natuurlijke verbintenis. Dat deed men door de toevoeging bij de omzettingsovereenkomst: 'tot wederopzeggens toe'. Deze casus werd aan de hoge raad voorgelegd in *Van Reesema - VVC*.²⁷

Van Reesema heeft 24 jaar als landbouwkundig adviseur in de tropen gewerkt voor de VVC (Vereenigde Vorstenlandse Cultuurmaatschappij NV). In 1947 wordt de dienstbetrekking beëindigd en hij krijgt van de VVC 'tot wederopzegging' een maandelijks uitkering van f 350,- toegezegd. In het gesprek waarin dit overeengekomen wordt, is ook een gentlemen's agreement overeengekomen dat tot vermindering van de toelage zal worden overgegaan, 'indien en voorzover een door hem verkregen nieuwe betrekking hem in staat zou stellen hiertoe een voorstel te doen'. Van Reesema keert uit de Oost terug naar Nederland en wordt - om in de sfeer te blijven - directeur van een dierentuin in 1949; de uitkering wordt daarbij verlaagd tot f 250,-. Met ingang van 1 jan. 1956 wordt weer f 350,- betaald, en in juni gaat hij met pensioen bij de dierentuin. In april 1958 verviel de uitkering wegens de slechte financiële toestand bij de VVC. De VVC wordt in 1962 door de onroerend goed-magnaat Zwolsman overgenomen en de winsten zijn weer als van weleer. Dat komt Van Reesema ter ore, en in 1963 vordert hij de hervatting van de uitkering door VVC. Het beroep van VVC op de gentlemen's agreement heeft voor de Rb. Rotterdam geen succes; de rechtbank acht van belang dat zij eerder in de nieuwe dienstbetrekking van Van Reesema geen aanleiding zag om de uitkering te staken. Een andere stelling van VVC was, dat er geen grond is om een natuurlijke verbintenis aan te nemen aangezien Van Reesema niet in behoeftige omstandigheden verkeert.

De hoge raad verwerpt die laatste zienswijze; ook indien de werknemer gegoed is of in staat is om door arbeid inkomsten te verwerven kan een natuurlijke verbintenis tot het verstrekken van een pensioen aanvaard worden. Verder overwoog de raad dat een verbintenis 'tot wederopzegging' niet naar willekeur, doch slechts met inachtneming van vereisten van de goede trouw beëindigd kan worden, hetgeen conform de vaste jurisprudentie inzake opzegging is.²⁸

Opvallend is, dat de hoge raad in dit arrest geen gebruik maakt van het aanspraakcriterium; de natuurlijke verbintenis wordt omschreven als een 'zodanige verplichting van moraal en fatsoen, dat een toezegging die aan die verplichting beantwoordt, niet als een schenking in de zin van art. 1703 kan worden beschouwd'.

5. *Het stelsel van art. 6:3 v. BW*

Na de bovenstaande beschouwingen over de jurisprudentie over de natuurlijke verbintenis, kunnen wij vrij kort zijn bij de bespreking van de wettelijke regeling, aangezien deze zoals al opgemerkt werd op die rechtspraak gebaseerd is. Toch valt dat nog een tikje tegen, omdat de ontwerpers zich meer door de oude schrijvers dan door de jongste rechtspraak van de hoge raad hebben laten leiden (wat bijvoorbeeld het aanspraak-criterium betreft). Maar dat zijn geen

27. HR 15 jan. 1971, *NJ* 187, nt GJS. Zie over dit arrest ook Wessels, *RmThemis* 1982, p. 338 v.

28. Zie boven, Deel 1, Hfdst. 7, § 2, nr 8.

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

halszaken, zoals altijd vraagt de wet om een goed verstaander; de hoge raad gaf in 1926 al het goede voorbeeld.

Art. 6:3 BW stelt in het eerste lid dat een natuurlijke verbintenis een rechtens niet-afdwingbare verbintenis is. Dat is de gangbare opvatting in rechtspraak en doktrine; op dat laatste terrein zijn er ook andere geluiden. Eggens, gevolgd door Schoordijk, heeft zich fel tegen dit standpunt verzet.²⁹ In de visie van deze schrijvers is het onjuist om hier van ‘verbintenis’ te spreken wanneer het kenmerk daarvan ontbreekt: het in rechte kunnen afdwingen van de verplichting. In het jargon van de Duitse dogmatiek: geen *Schuld* zonder *Haftung*, geen verbintenis zonder verhaalsaansprakelijkheid. Wat hiervan te denken?

Hoewel ik mij vaak in het standpunt van Eggens, de leermeester van Schoordijk, kan vinden, kan ik er dit keer niet warm voor lopen. Ik aarzel al bij het punt of de mogelijkheid van staatsdwang nu wel de *grondslag* is van een juridische verbintenis, ik vind het ontstaan en de herkomst van verbintenissen interessanter dan de uitoefening ervan, hoe belangrijk dat ook is. Zoals eerder al aan de orde kwam, zie ik geen onderscheid tussen verbintenissen en rechtsplichten - overigens in navolging van Eggens en Schoordijk, e.a. - en dan ontstaan er denk ik moeilijkheden.³⁰ Een verbintenis-rechtsplicht (bijv. uit maatschappelijke zorgvuldigheid) is ook niet op zich al rechtens afdwingbaar, daarvoor moet aan een aantal voorwaarden voldaan zijn (schade, causaal verband, etc.). Wat daarvan zij, er zijn nog meer, wat platvloerse, argumenten tegen de visie van Eggens-Schoordijk. De term ‘natuurlijke verbintenis’ is een historische term, ontleend aan de visie in de enge leer, dat er sprake moet zijn van een gemankeerde gewone verbintenis. Bij een latere verruiming (ons land hobbelde weer eens achteraan, in Europa) is het niet zo vreemd dat de oude term gehandhaafd blijft, dat gebeurt wel vaker. Bovendien wordt steeds gesproken in de combinatie ‘natuurlijke verbintenis’, dat is toch, naar boerenverstand, iets anders anders dan een ‘verbintenis’-sec?³¹ Voor meer dogmatische tegenwerpingen verwijs ik naar Wessels; daar vindt men ook nog de afwijkende opvatting van Van Opstall over de natuurlijke verbintenis. Ik laat dat rusten, aangezien ik ook met Van Opstalls visie op de gewone verbintenis weinig kan beginnen.

Art. 3 vervolgt in lid 2 met de weergave van de enge leer, sub *a*: ‘een natuurlijke verbintenis bestaat wanneer de wet of een rechtshandeling aan een verbintenis de afdwingbaarheid onthoudt’. Voorbeelden werden eerder al gegeven, waaraan ik dat van art. 1803 oud BW toevoeg: het vrijwillig betalen van niet bedongen rente bij geldlening. In Boek 7A is deze bepaling overigens komen te vervallen. Het is echter niet de bedoeling dat in geval van nietige of vernietigbare verbintenissen een beroep op de natuurlijke verbintenis gedaan kan worden. Daarvoor bestaan andere mogelijkheden om een onbillijkheid die ontstaan is weg te nemen. De vraag is echter opgeworpen, of dit ook geldt voor nietigheid wegens schending van een vormvereiste. Pitlo geeft het voorbeeld van een testament dat nietig is wegens een vormgebrek - één van de getuigen heeft

29. Zie daarover Schoordijk, t.a.p., p. 59 v.; vgl. ook uitvoerig Wessels, nr 168 v.

30. Zie boven, § 1, nr 4.

31. De term ‘natuurlijke verbintenis’ kan bij niet-juristen soms aanleiding tot misverstand geven. Zo vermeldt Montijn, in zijn recensie van de dissertatie van Scholtens, dat een dame naar aanleiding van zijn boekje uit 1927 hem aansprak met de vraag, of hij niet dat boekje over vrije liefde geschreven had.

§3. INDELING VAN VERBINTENISSEN

de vereiste leeftijd niet - is dan het volgen van de morele verplichting om de wens van de erflater uit te voeren geen natuurlijke verbintenis? Pitlo voelt daar veel voor (p. 301), maar stelt wel dat, 'ofschoon in ieder beroep op de nietigheid wegens een vormgebrek iets immoreels schuilt', het toch te ver gaat en in strijd met de wet zou zijn om in al dergelijke gevallen van nietigheid het bestaan van een natuurlijke verbintenis te aanvaarden (onder verwijzing naar een arrest uit 1941). De wetgever lijkt gevoelig te zijn geweest voor dit betoog, want uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat in geval van nietigheid wegens vormvoorschift (art. 3:39 BW) of wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde (art. 3:40 BW) het denkbaar is dat de wetgever slechts een afdwingbare verbintenis beoogde uit te sluiten en het bestaan van een natuurlijke verbintenis niet uitgesloten is.³²

De wetgever heeft uitdrukkelijk ook de mogelijkheid genoemd dat partijen door middel van een rechtshandeling een natuurlijke verbintenis in het leven roepen. Wij hebben hier te maken met een figuur die tegenwoordig meestal bekend is als 'gentlemen's agreement', in allerlei gradaties en variaties. De kern is dat partijen een verbintenis kunnen doen ontstaan waaraan rechtsdwang ontbreekt. Men leent bijvoorbeeld iemand geld, in de vrienden- of familiesfeer, en komt overeen dat het bedrag niet kan worden opgeëist. Losecaat Vermeer geeft het voorbeeld van het geval dat aan een student een studietoelage gegeven wordt, onder de bepaling dat dit te leen gegeven wordt maar dat de geveer het nimmer zal teruggeisen; hiertegenover neemt de student op zich het ter leen ontvangene, zodra hem dit mogelijk is, vrijwillig terug te betalen.³³ Hieronder wordt nog nader ingegaan op deze rechtsfiguur.

Het tweede lid van art. 3, sub *b*, is de verwoording van de ruime leer: er is sprake van een natuurlijke verbintenis 'wanneer iemand jegens een ander een dringende morele verplichting heeft van zodanige aard dat naleving daarvan, ofschoon rechtens niet afdwingbaar, naar maatschappelijke opvattingen als voldoening van een aan die ander toekomende prestatie moet worden aangemerkt.' Wij hebben hier te maken met de derde versie van de tekst. De term 'dringende morele verplichting' had als voorganger in het oorspronkelijke ontwerp (1961): 'een zodanige verplichting van zedelijk-maatschappelijke aard'. De huidige tekst is bepaald een verbetering; hierboven werd al gemeld dat de ontwerpers 'moraal en fatsoen' uit de tijd vonden. Een minder geslaagd onderdeel van het artikel is het slot ervan, 'een aan die ander toekomende prestatie', het aanspraak-kriterium. Wij kwamen dit boven al in de oudere rechtspraak tegen, en zagen dat de hoge raad dat kriterium de laatste decennia niet meer gebruikte, terecht naar mijn mening. Wat hiervan te denken?

In het oorspronkelijk ontwerp werd voor het aanspraak-kriterium gekozen, dat ontleend was aan het *17-jarige echtvereniging*-arrest (1938) en de noot van Scholten eronder, en in de doktrine door veel schrijvers gehanteerd werd.³⁴ Toch was er ook kritiek: Pitlo vond het overbodig, omdat tegenover een verbintenis altijd de tegenhanger van het recht op de prestatie stond, zodat het kriterium

32. Vgl. Parl.Geschiedenis Boek 6, p. 77 (Toel. Meijers).

33. In zijn artikel in de Meijers-bundel, 1935, p. 98. Ook Smits, t.a.p. , geeft vele van dergelijke voorbeelden, mede ontleend aan het franse recht.

34. Vgl. Asser-Hartkamp I, nr 72, en uitvoerig Wessels, nr 359. De oudere lit. wordt ook genoemd bij Asser-Rutten I, 1967, p. 44; Rutten hanteert eveneens het aanspraak-kriterium.

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

niets nieuws toevoegde.³⁵ De hoge raad bedoelt waarschijnlijk een objectivering aan te brengen met het criterium, om niet iedere subjektieve drang te hoeven aanvaarden, zo stelt hij. Toen de hoge raad het criterium liet varen, medio jaren zestig, en de belastingkamer het bleef hanteren, heeft Schoordijk dat fel bestreden.³⁶ De ontwerpers lijken enigszins gevoelig voor die kritiek geweest te zijn; bij Gewijzigd Ontwerp (1976) werd aan de formule van de toekomstige prestatie toegevoegd: 'naar maatschappelijke opvattingen', om aldus de objectivering te benadrukken. Het feit dat de wederpartij een (persoonlijk sterk gevoelde) aanspraak heeft, is op zich niet voldoende om een natuurlijke verbintenis te kunnen aannemen. Zoals Hartkamp opmerkt, met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, 'het in wezen tautologische aanspraak-criterium is derhalve door een objectieve maatstaf vervangen' (nr 72). Met andere woorden: de opmerking van Pitlo.

Daarmee is het intussen geen sterk staaltje van wetgeving geworden. De objectivering moet toch al plaatsvinden aan de andere zijde, bij de vaststelling of er een dringende morele verplichting bestaat, het is allemaal wat veel van het goede. Het is zeker te veel indien men met mij geen behoefte heeft aan het bestaan van een subjectief recht dat ter andere zijde met de verbintenis correspondeert, zoals boven aan de orde kwam. Intussen heeft de hoge raad de laatste decennia laten zien, dat ook heel goed zonder het aanspraak-criterium valt vast te stellen of er sprake is van een natuurlijke verbintenis.

Wat de maatstaf van de maatschappelijke opvattingen betreft, uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat dit niet uitsluitend algemeen gangbare opvattingen hoeven te zijn, men kan ook de opvattingen die in beperkte kring leven als richtsnoer nemen. Zoals Smits in 1925 al opmerkte, de omstandigheden van het geval zijn doorslaggevend. Dat is trouwens niet anders dan wij bij het hanteren van open normen binnen en buiten contract gewend zijn.

In art. 6:4 BW wordt, in overeenstemming met het oude recht, bepaald dat de bepalingen van verbintenissenrecht van overeenkomstige toepassing zijn op de natuurlijke verbintenis, tenzij dit tegen de wet of haar strekking ingaat. Voor bijzonderheden wordt naar de eerder aangehaalde literatuur verwezen.

Een gekompliceerdere materie vindt men in art. 5 geregeld: de omzetting van de natuurlijke in een civiele verbintenis. Van oudsher zijn hier verschillende mogelijkheden voorgedragen; hierboven kwam de novatie al aan de orde, verder wordt de eenzijdige rechtshandeling voorgestaan (aldus Smits al) of een overeenkomst. De wetgever heeft gekozen voor de overeenkomst, en probeert de zwakke kanten van die keus te repareren door toevoeging van een formule die het vrijblijvend aanbod ook kent: het tweede lid van art. 5 bepaalt dat het aanbod van deze overeenkomst om niet 'als aanvaard geldt wanneer het aanbod ter kennis van de schuldeiser is gekomen en deze het niet onverwijld heeft

35. Pitlo-Bolweg, p. 304.

36. In *Weekblad v. fiscaal recht*, 1966, nr 4793; zie uitvoerig Wessels, die op fiscale gronden het criterium aanvecht, nrs 362-373. Zijn eigen standpunt is nogal gecompliceerd: hij heeft enerzijds toch behoefte aan het criterium, als tegenhanger voor de dringende morele verplichting, maar in zijn voorstel tot herformulering van het wetsartikel komt het niet voor, omdat al in het begrip 'verbintenis' besloten is, (lid 1), vgl. nrs 383-388. Overigens had ook Van Oven al kritiek op het aanspraak-criterium, vgl. *NJB* 1942, p. 360.

§3. INDELING VAN VERBINTENISSEN

afgewezen'.³⁷ Het zal niet verbazen dat mijn voorkeur - ook hier - uitgaat naar een eenzijdige rechtshandeling, die in het algemeen, ook in het huidige BW, als grondslag voor aanbod en aanvaarding gezien wordt.³⁸ Intussen is de problematiek verwant aan die van de totstandkoming van overeenkomsten in het algemeen; het is derhalve een vraag van uitleg of een aanbod gedaan is, waardoor de omzetting plaatsgevonden heeft.

De rechtspraak biedt veel illustratie op dit terrein; er kan ook sprake zijn van stilzwijgende omzetting (alsdus al de hoge raad in 1940), en dan komt het in bijzondere mate op de (normatieve) uitleg aan. Pitlo ziet in het feit dat gedurende lange tijd betaald is op zich nog geen omzettingshandeling;³⁹ om een gerechtvaardigd vertrouwen van de andere partij te doen ontstaan is meer nodig, en dat kan de wijze van voldoening zijn, hij noemt automatische betaling. Ik vind het gevaarlijk om dergelijke algemene uitspraken te doen, de omstandigheden van het geval geven de doorslag; een regelmatige betaling kan naar mijn mening wel degelijk een aanwijzing zijn dat het de betalende ernst is, en hij aan een morele verplichting uitvoering geeft (in deze zin ook Wessels, t.a.p.). Een gesprek met hem waarin het voornemen tot betaling over te gaan naar voren gebracht wordt, kan trouwens heel algemeen van aard zijn, en op zich weinig houvast bieden; men loopt niet zo met zijn morele gevoelens te koop. Afgezien daarvan kan de ontvangende partij in bewijsproblemen zijn, wat een dergelijke afspraak betreft, indien de toezegging slechts mondeling was en er geen getuigen zijn.

Het derde lid van art. 5, ten slotte, bepaalt dat op de natuurlijke verbintenis de bepalingen betreffen schenkingen en giften niet van toepassing zijn. Zoals wij zagen, was dit meestal het heikele punt bij deze figuur. Het staat nu keurig in de wet.

Met deze codificatie van de natuurlijke verbintenis, zoals ontwikkeld in rechtspraak en doktrine, is een mijlpaal bereikt, maar zeker geen eindpunt van deze ontwikkeling. Wij zagen hoe de hoogste rechter deze rechtsfiguur gebruikte om verschillende maatschappelijke knelpunten te verlichten, en daarmee vaak vooruitliep op zowel de doktrine als de wetgever. De natuurlijke verbintenis bleek een natuurlijke geschiktheid voor dat doel te hebben, en het valt te verwachten dat dit in de komende tijd niet anders zal zijn, voor maatschappelijke problemen die wij nu nog niet kunnen bevroeden. Daarbij kunnen ook enkele oneffenheden in de wettelijke regeling weggewerkt worden, bij 'redelijke wetstoepassing', die de rechter van oudsher hanteert.

Juist vanwege de functie die deze rechtsfiguur in de afgelopen zeventig jaar gehad heeft, is dit voor de (jonge) jurist in deze tijd nog steeds een stuk rechtsgeschiedenis dat levend gehouden moet worden. Vandaar de ruime aandacht die hier aan dit leerstuk gegeven is. Het is ook een mooi verhaal, van een jonge jurist (Smits) die tegen de stroom van de heersende leer inzwemt en de hoge

37. Vgl. voor het vrijblijvend aanbod art. 6:219, lid 2 BW; eenzelfde regeling bestaat voor kwijtschelding, art. 6:160, lid 2 BW. De wetgever liet zich vooral leiden door het thema van de niet-opgedrongen prestatie. Zie ook nog onder, Hfdst. 13, § 1.

38. Vgl. Deel 1, Hfdst. 1, § 2, nr. 2.

39. Vgl. Pitlo-Bolweg, p. 297; aldus ook het genoemde arrest, *Zinkmaatschappij - Huibers*, NJ 1941, 61, nt PS. Vgl. voor deze problematiek behalve de noot van Scholten, ook Wessels, nr 736, die veel lagere rechtspraak noemt, waarin meestal een periodieke betaling voldoende grond is om een natuurlijke verbintenis aan te nemen.

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

raad mee krijgt om maatschappelijke misstanden te bestrijden, mede dankzij een advocaat (Montijn) die aan zijn zijde stond, terwijl de grote rechtsgeleerden van die tijd het hoofdschuddend gadeslaan, en nog enige tijd bleven mopperen. Een juridisch sprookje: de jonge jurist wordt later president van de hoge raad.

Eén van de punten die zeker nog een grote ontwikkeling in de nabije toekomst te zien zal geven, is de figuur van de door partijen door middel van een rechtshandeling overeengekomen natuurlijke verbintenis, art. 3 lid 2, sub *a*. Daarmee is aan een bonte groep afspraken die doorgaans als ‘gentlemen’s agreements’ aangeduid wordt een ankerplaats gegeven. Eerst vrij recent is aan deze in de praktijk veel voorkomende figuur in ons land aandacht gegeven, en er is nog weinig duidelijkheid over het rechtskarakter van dergelijke afspraken. Een aparte bespreking is derhalve op zijn plaats. Dat geldt ook voor een bekende variant ervan: het convenant.

§ 4. Gentlemen's agreements

1. Inleiding

De gentlemen's agreement is een figuur die de laatste decennia op allerlei terreinen populair geworden is, het zakenleven, de politiek, het bestuur, en ook in relaties in de sociale sfeer. Ze wordt in de pers ook wel eens 'herenakkoord' genoemd, en is langzamerhand een onmisbare verschijning geworden, wanneer partijen een soepele, maar toch tamelijk bindende regeling willen treffen. Het riekt wat naar rokerige achterkamertjes waar 'deals' gesloten worden, die men maar beter niet al te nauwkeurig moet bekijken, en het is intrigerend dat daaraan de status van heren verbonden wordt, nog wel engelse heren. In juridische kringen heeft men lange tijd dit fenomeen wat argwanend gezien; toen Van Oven in 1947 bij de bespreking van een preadvies opmerkte dat de figuur van het gentlemen's agreement 'op z'n minst genomen zeer dicht bij het overeenkomen van een natuurlijke verbintenis ligt', reageerde de preadviseur, Kuijk, met de opmerking dat het gentlemen's agreement 'een overeenkomst tussen een stel schooiers' is.¹ N.J. Polak geeft in 1961 de volgende omschrijving ervan: 'het is een overeenkomst die door heren, die geen gentlemen willen blijven, wordt aangegaan'. In het eerste artikel dat aan dit onderwerp gewijd wordt, van Hardenberg in 1976, wordt voor de eerbaarheid van deze figuur opgekomen: wij hebben hier niet met de zelfkant van de rechtsorde te maken.²

Een bijkomend probleem is hier, dat vroeger wellicht duidelijk was wat onder een 'heer' verstaan moest worden (waarbij 'kennen' en 'kunnen' twee zijn, ik heb het niet over de nederlandse spraak), maar dat tegenwoordig vrij dubieus is. Het is een veeg teken dat de slagzin: 'wees heer in het verkeer' al geruime tijd uit de roulatie is; hoffelijkheid is inderdaad zeldzaam in het verkeer, ieder staat op zijn rechten, en is bereid daarvoor met gevaar voor eigen (en andermans) leven op te komen. Geven en nemen is, zeker in onderling verband gezien, ook op de weg geen alledaags verschijnsel meer. Wat daarvan zij, het is in ieder geval niet aanstonds duidelijk wat partijen juridisch voor ogen hebben als zij iets als heren onder elkaar willen afspreken. Geen gebondenheid? Maar dat is toch *not done*, als *gentlemen*? Wel gebondenheid? Maar waarom dan geen gewone bindende overeenkomst? Het is dus geen eenvoudige zaak: niemand weet meer wat heren zijn, en of partijen dit wisten, en bovendien weten wij niet wat de 'heren' precies voor ogen stond. Kortom, een ideaal onderwerp voor een proefschrift maar dat is nog niet geschreven.

Het lijkt wat badinerend gesteld, dat geef ik toe, maar het zal niet ver van de werkelijkheid blijken te zijn. Hardenberg geeft op grond van een analyse van engelse en nederlandse rechtspraak aan dat kenmerkend voor het gentlemen's agreement is dat 'zij wel verbindt maar niet rechtens, zodat daarop geen rechtsvordering kan worden gebaseerd. Zij is, positief benaderd, een afspraak naar eer en geweten en juridisch meer negatief gezien, een 'feitelijke' verhouding, een

1. Ontleend aan Wessels, *Gentlemen's agreements*, 1984, nt 151. Dit boekje is een uitgewerkte versie van zijn vrijwel gelijknamige artikel (titel in enkelvoud), *RmThemis* 1982, p. 332.

2. L. Hardenberg, De rechtens vrijblijvende afspraak, *WPNR* 5359 (1976).

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

rechtens vrijblijvende afspraak'.³ Met andere woorden, men wil zaken met elkaar doen en weten waar men aan toe is, maar het recht, en vooral: de rechter erbuiten houden. Hardenberg stelt terecht dat de grens tussen een dergelijke vrijblijvende afspraak en een overeenkomst niet samenvalt met die tussen transakties in de vrienden- en familiesfeer enerzijds en het economisch verkeer anderzijds. Kortom, de grens tussen afspraken binnen en buiten de rechtssfeer die eerder ter sprake kwamen bij de bespreking van de verbintenis.⁴ Het merkwaardige is immers dat juist in de harde zakenwereld, de puur economische sfeer, zo vaak gentlemen's agreements in allerlei vorm voorkomen, tussen partijen die allerminst vrienden van elkaar zijn, eerder elkaar naar het (economische) leven staan. Het is wel 'soft law' in de zin dat de harde rechtsregels buiten de deur gehouden worden, maar geen 'soft law' in de zin dat het hier om de soft sector gaat.⁵

Het lijkt mij goed om na dit eerste onderscheid, een verdere, interne onderscheiding te maken van typen gentlemen's agreements:

van algemene aard, bijvoorbeeld een regeling tussen partijen die tot eenzelfde branche van het economisch verkeer behoren, of gezamenlijke belangen hebben; als een tussenfase bij onderhandelingen, doorgaans bekend onder de naam *letter of intent*, of *heads of agreement*; als vorm van zekerheidsverschaffing of garantie, zoals de *letter of responsibility*, *letter of comfort* of *letter of awareness* (zgn. 'off-balance-constructies'); als regeling tussen contractspartijen of partijen die in een rechtsverhouding tot elkaar staan.

Alvorens deze varianten kort te behandelen, waarbij voorbeelden gegeven zullen worden, wil ik nog even stilstaan bij de oorsprong van deze rechtsfiguur, het engelse recht.

Hardenberg geeft in zijn *WPNR*-artikel een aardig overzicht van de plaats van het gentlemen's agreement in het engelse recht, de bakermat van deze rechtsfiguur, natuurlijk gebaseerd op de jurisprudentie.

Het overzicht in de inleiding van deze paragraaf is overigens ook in elk engels handboek te vinden, bij de behandeling van het leerstuk 'the intention to create legal relations', vgl. Cheshire, Fifoot and Furmston, *Law of Contract*, 14th ed., 2001, p. 121 v.

Het engelse recht maakt een sterk onderscheid tussen gentlemen's agreements in de familie- en vriendsfeer, en die in de commerciële sfeer. Op het laatste terrein is het standaardarrest: *Rose and Frank v. Crompton*, (1925) AC 445. De casus was deze. Een engels bedrijf, Crompton, maakte carbonpapier en had het alleenverkooprecht voor de VS en Canada gegeven aan een Amerikaans bedrijf, Rose and Frank. Dat gebeurde in 1913, op grond van een

3. T.a.p., p. 514; bij de term 'naar eer en geweten' wordt door schr. verwezen naar Rb. Assen, *NJ* 1975, 349: 'beheerst door regels van eer en fatsoen, van als heer tegenover heer gedragende partijen'; bij de term 'feitelijk' wordt door schr. verwezen naar mijn proefschrift, 1971, p. 289 (zie voor die passage ook: *Verbintenissenrecht in ontwikkeling*, 1985, p. 138).

4. Zie boven, p. 189 v.

5. Een curieus geval uit die laatste sector dat Hardenberg noemt, dat duidelijk buiten de rechtssfeer ligt, is een zaak van het Hof Noord-Holland uit 1839: een schriftelijke afspraak van twee Amsterdamse heren om van echtgenotes te ruilen en daarmee nieuwe gezinnen te stichten, p. 515.

§4. GENTLEMEN'S AGREEMENTS

regeling die gold voor drie jaar, met optie op verlenging, waarin een 'Honourable Pledge Clause' opgenomen was, die luidde:

'This arrangement is not entered into nor is this memorandum written, as a formal or legal agreement, and shall not be subject to legal jurisdiction in the law courts either of the United States or England, but it is only a definite expression and record of the purpose and intention of the parties concerned, to which they each honourably pledge themselves'.

Deze regeling tussen partijen werd telkens verlengd, tot 1920, maar in 1919 zonder inachtneming van de voorgeschreven termijn door Crompton beëindigd en zij weigerde eerder gegeven opdrachten uit te voeren. Rose and Frank ageerden uit wanprestatie vanwege het verbreken van de regeling van partijen en het niet-nakomen van verleende opdrachten tot levering. Het Court of Appeal in Londen moest allereerst vaststellen wat de juridische status van de regeling was. Dit gebeurt in de bekende, veel aangehaalde overweging van Scrutton L.J.:

'It is quite possible for parties to come to an agreement by accepting a proposal with the result that the agreement does not give rise to legal relations. The reason of this is that the parties do not intend that their agreement shall give rise to legal relations. This intention may be implied from the subject-matter of the agreement, but it may also be expressed by the parties. In social and family relations such an intention is readily implied, while in business matters the opposite result would ordinarily follow. But I can see no reason why, even in business matters, the parties should not intend to rely on each other's good faith and honour, and to exclude all idea of settling disputes by any outside intervention, with the accompanying necessity of expressing themselves so precisely that outsiders may have no difficulty in understanding what they mean'.

Hiermee werd de regel aanvaard die nog steeds in het engelse recht geldt, namelijk dat in 'domestic agreements' (in de vrienden- en familiesfeer), al vrij snel aangenomen wordt dat de afspraak bedoeld is om buiten de rechtsfeer te blijven, terwijl daarentegen in 'commercial agreements' het uitgangspunt is dat de afspraak zakelijk is, en dus in beginsel bindend bedoeld is, tot op tegenbewijs, dat niet eenvoudig te leveren is.

Intussen hadden Rose and Frank wel succes met hun vordering tot nakoming van al geplaatste leveringsopdrachten; deze werden op hun eigen merites beschouwd, en geacht steeds op afzonderlijke overeenkomsten tussen partijen te berusten.

De nieuwe regel werd bevestigd in *Jones v. Vernon's Pools Ltd.*, (1938) 2 *All ER* 626. Op een voetbalpool-formulier was een 'honour clause' opgenomen, die inhield dat het formulier en alle transakties die daarmee verband hielden, verwerking, betaling, etc. 'shall not be attended by or give rise to any legal relationship, rights, duties or consequences whatsoever or be legally enforceable or the subject of litigation, but all such arrangements, agreements and transactions are binding in honour only'. Atkinson J. had geen moeite met het buitensluiten van de rechter: the plaintiff (een inzender van een formulier dat zoek geraakt was) has got to trust the defendants, and, if something goes wrong, it is his funeral and not theirs'. In de literatuur werd deze uitspraak verdedigd met het argument dat het bij zo'n pool, met de inzending van 100.000 en formulieren, onbegonnen werk is om het rechtsapparaat in te schakelen als er iets fout gaat.

Een ander bekend arrest ten slotte, is dat van *Edwards v. Skyways Ltd.*, (1964) 1 *All ER* 494. Hier was in een overeenkomst een term onduidelijk; degenen die het contract opgesteld had, stelde dat daarmee beoogd was om gebondenheid in rechte uit te sluiten. In dit arrest vindt men een combinatie gehanteerd van het vermoeden dat een commerciële regeling een bindend karakter heeft, en van de oude regel dat bij dubbelzinnigheid de opsteller van het contract de bewijslast draagt van de door hem voorgestane betekenis van de clausule. In deze zaak moest een vliegtuigmaatschappij personeel inkrimpen en bood de British Air Line Pilot Association een afvloeiingsregeling voor piloten aan. Deze hield in, dat indien men ervoor koos ontslag te

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

nemen met medeneming van de bijdragen in het pensioenfonds, de maatschappij eenzelfde bedrag daarop zou toeleggen, als 'ex gratia payment'. Edwards doet dat, maar Skyways weigert de extra betaling te verrichten, waarop het proces volgt. Skyways verdedigt zich met het argument dat de term 'ex gratia' aangeeft dat hier door haar geen rechtens bindende toezegging gedaan was. Megaw J. stelde Edwards in het gelijk; naar zijn mening moest onder de term verstaan worden: 'without admission of liability' (vgl. het bij ons gangbare 'sans préjudice', zonder daartoe gehouden te zijn). Daarmee wordt slechts aangegeven dat er geen 'pre-existing liability on his part' bestond, maar niet dat de regeling geen rechtsgevolg zou hebben. De regeling zelf was dus bindend.

2. *Bespreking van de typen gentlemen's agreements*

Dan nu een korte bespreking van de verschillende typen gentlemen's agreements.

De *algemene* vorm, de regeling tussen partijen met gemeenschappelijke commerciële belangen, komt op allerlei terreinen van het economisch verkeer voor. Hardenberg noemt afspraken tussen bankiers, werkgevers, boekhandelaren (met het Rijksinkoopbureau) en uitgevers (met de Vereniging van Letterkundigen).⁶ Soms zijn het keurige afspraken om de markt of samenwerking te reguleren, soms minder nette afspraken, bijvoorbeeld om de concurrentie buiten de deur te houden, prijsafspraken te maken, etc. Het zal duidelijk zijn dat hier een raakvlak is met de wetgeving op het gebied van economische mededinging op nationaal en Europees niveau (vgl. nog onder, bij de rechtsgevolgen). Overigens heb ik de afspraken waarbij de overheid betrokken is terzijde gelaten; daarop wordt nog teruggekomen bij de bespreking van het convenant.

De *tussenfase*-vorm gentlemen's agreement heeft tot doel om lopende onderhandelingen een stevige ondergrond te bieden, elkaar bij de jaspanden vast te houden, als intentieverklaring dat men met elkaar in zee wil (ook al is men er nog niet helemaal uit hoe), de bereikte resultaten vast te leggen. De gangbare benamingen van dergelijke afspraken zijn een afspiegeling van deze oogmerken: 'letter of intent' en 'heads of agreement'. Soms is sprake van een ruwe schets, soms ligt er een vrijwel voltooide overeenkomst. Er zijn vele variaties op dit thema: een internationale werkgroep kwam enige tijd geleden tot de vaststelling van 26 verschillende vormen van letters of intent die in het internationale handelsverkeer gebruikt worden.⁷ Ik verwijs voor deze materie naar de bespreking van de precontractuele fase, in Deel 1.⁸ In 1977 verzuchtte een bedrijfsjurist dat hij op de universiteit nog nooit van een 'letter of intent' gehoord had, terwijl men in de praktijk daarmee direct geconfronteerd wordt.⁹ Dat hoeft de tegenwoordige student niet meer te overkomen.

Bij fusie-onderhandelingen - die zich over lange tijd kunnen uitstrekken, als men er lucht van krijgt zijn partijen vaak al maanden met elkaar aan het praten,

6. T.a.p., p. 516; vgl. ook Wessels, 1984, p. 24 v., met voorbeelden uit de wereld van amusement, media, sport en gezondheidszorg.

7. Vgl. M.Fontaine, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction de clauses*, ch. 1, aangehaald door Furnston, Cheshire, Fifoot and Furnston, *Law of Contract*, 14e dr., 2001, p. 48.

8. Zie p. 179 v.

9. M.M. Mendel, *NJB* 1977, p. 323 (ontleend aan Wessels, t.a.p., nt 3).

§4. GENTLEMEN'S AGREEMENTS

en dan is de afronding nog ver - laat het zich aanzien dat er behoefte aan dergelijke regelingen bestaat om de onderhandelingen op de rails te houden. De Pres.Rb. Utrecht kreeg in 1976 daarover te oordelen (toen het dus fout ging) en stelde dat dergelijke afspraken 'verder gaan dan rechtens irrelevante afspraken, zoals in het dagelijks verkeer tussen mensen worden gemaakt', zodat 'een niet te verwaarlozen kans bestaat, dat de gewone rechter ... een rechtsband tussen partijen aanwezig zal achten'.¹⁰

De *zekerheidverschaffende* gentlemen's agreements gaan onder fraaie benamingen van 'letters of responsibility, -comfort, -awareness'; in ons land spreekt men wel van 'patronaatsverklaringen', naar het duitse 'Patronatserklärungen', en het franse 'lettres de patronage'. Hier is sprake van een moederbedrijf dat een verklaring afgeeft aan schuldeisers van een dochterbedrijf over de kredietwaardigheid van dat laatste bedrijf. Men noemt dit 'off-balance-constructies', aangezien het moederbedrijf wil voorkomen dat de balans wordt belast (bijv. door het geven van garantie of borgtocht) of wel dat in de toelichting op de balans hiervan melding gemaakt moet worden. De letter of awareness is hier de lichtste categorie. Een voorbeeld van de letter of responsibility is de volgende verklaring:

'It has been and still is the time honoured policy of this company to have our directly or indirectly owned affiliates meet all their financial and contractual obligations. In connection herewith we declare that we will see to it that our subsidiary will run its business in such way that it will always be able to meet its obligations towards you'.¹¹

Men kent ook de zogenaamde *nett-worth*-verklaringen, waarbij de moeder toezegt dat de dochter voldoende liquiditeit heeft om kredietgevers tevreden te kunnen stellen. Verder zijn, zeker voor Rotterdammers, de *through-put agreement* en soortgelijke regelingen een interessante variant. Het gaat meestal om bedrijven die gezamenlijk een joint-venture opgericht hebben, en toezeggingen doen aan de krediet- en leninggevers van de joint-venture. Zij zeggen toe dat de afname van diensten van de joint-venture steeds zal plaatsvinden in zo'n omvang dat voldoende inkomsten verkregen wordt door de joint-venture om rente en aflossingen te betalen. Ook wanneer de gegarandeerde afname of gebruik van diensten tijdelijk niet gerealiseerd kan worden, worden bij wijze van voorschot bedragen ter beschikking gesteld alsof de afname wel had plaatsgevonden. Een voorbeeld is hier de through-put agreement gesloten tussen de Maasvlakte Oil Terminal CV met enige oliemaatschappijen en Pakhoed Holding NV. Het is geen garantie-overeenkomst, omdat de overeenkomst niet gericht is tot de krediet- en leninggevers; wel is aannemelijk dat de laatste een actie uit onrechtmatige daad jegens de wederpartijen van de Maasvlakte hebben bij het in

10. Wessels, p. 69, ontleend aan Spier, diss. p. 59, waar meer rechtspraak vermeld wordt.

11. J.H.Maschhaupt Sr., *Off balance*, in: *Jurist in bedrijf*, Red. B.Baardman e.a., 1980, p. 65 v., op p. 72; vgl. ook Wessels, 1984, p. 43. Maschhaupt bespreekt de juridisch-technische kant van het wel of niet in de jaarstukken moeten opnemen van dergelijke verplichtingen. Een overzicht van de motieven van het moederbedrijf om financieel gevoelige informatie niet in de jaarstukken op te nemen, wordt gegeven op p. 66, ontleend aan het rapport in *International Business Lawyer* 1978, Vol.6 (iii), p. 288 v., *Letters of Responsibility*.

Vgl. over dit onderwerp ook nog Schoordijk, bijdrage *Offerhauskring*, feestbundel 1987, p. 157 v.

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

gebreke blijven in het nakomen van verplichtingen, waardoor de Maasvlakte niet meer aan haar betalingsverplichtingen kan voldoen.¹²

De letter of comfort komt in vergelijkbare bewoordingen voor. Een bekend punt hierbij is, of er niet toch verplichtingen voor het moederbedrijf ontstaan door zo'n patronaatsverklaring, met name een garantieverplichting. Naar aanleiding van een geruchtmakend engels arrest heeft Schoordijk enkele jaren geleden een lans daarvoor gebroken, waarop afwijzende reacties uit de bankwereld en het bedrijfsleven gevolgd zijn.

De casus die voor het Court of Appeal in Londen aan de orde kwam in *Kleinwort Benson Ltd. v. Malaysia Mining Corpn. Bhd.*, (1989) 1 All ER 785; (1989) 1 WLR 379, was als volgt. De Malaysia Mining Corporation Berhad had in Engeland een dochtermaatschappij opgericht om deel te kunnen nemen aan de London Metal Exchange. De dochter, M.M.C. Metals Ltd., had een klein start-kapitaal en vond een engelse bank, Kleinwort Benson, bereid een krediet van vijf mln pond te geven, mits de moeder garant wilde staan. Deze is slechts, na langdurige onderhandelingen, bereid een letter of comfort te geven, met als belangrijkste clausule: '3. It is our policy to ensure that the business of M.M.C. Metals Ltd. is at all times in a position to meet its liabilities to you under the above arrangements'. De bank gaat daarmee akkoord, doch verhoogt de kredietrente met 1/8%. Er volgt nog een tweede letter of comfort, en de dochter staat tenslotte voor tien mln pond bij de bank in het krijt. Dan zakt de wereld tinmarkt in elkaar, en dochterlief komt in moeilijkheden; de bank staat bij moeder op de stoep, en die wil graag 'comfort' (troost) geven, maar niet meer dan dat. Dat zint de bank niet, die toch op een zachte garantie gerekend had.

De bank krijgt de High Court in Londen mee, tot grote verbijstering van de financiële wereld. Hirst J. liet zich leiden door de eerder besproken regel uit de *Rose and Frank*-zaak en *Edwards v. Skyways*, dat in het zakelijke verkeer een vermoeden bestaat dat dergelijke regelingen bindende kracht hebben, en dat de tegengestelde, vrijblijvende werking, uitgedrukt moet worden, 'so precisely that outsiders may have no difficulty in understanding what they mean'. De rechter haalt hierbij met instemming een uitspraak van Staughton J. aan in *Chemco Leasing Spa v. Rediffusion*, (1987) 1 FTLR 201:

'When two businessmen wish to conclude a bargain but find that on some particular aspect of it they cannot agree, I believe that it is not uncommon for them to adopt language of deliberate equivocation, so that the contract may be signed and their main objective achieved. No doubt they console themselves with the thought that all will go well, and that the terms in question will never come into operation or encounter scrutiny; but if all does not go well it will be for the courts or arbitrators to decide what these terms mean' (aangehaald door Schoordijk, vgl. onder; schr. haalt in zijn naschrift een soortgelijke uitspraak aan, voor de nederlandse situatie, van Bertrams en Graaf, in de *NV*, 1990, p. 83).

Het Court of Appeal vernietigde dit vonnis met het argument dat beslissend was 'the legal meaning to be attached to the precise form of words used'. Andere clausules van de letter of comfort zouden wellicht wèl tot rechtens bindende verplichtingen kunnen leiden, maar niet de onderhavige, die op zorgvuldige wijze geformuleerd, slechts de intentie ten aanzien van een te voeren beleid aangaf (die andere clausules hielden in: bekend te zijn en akkoord te gaan met de kredietverlening aan de dochter; de belofte het belang van de moeder in de dochter in stand te zullen houden, en slechts met toestemming van de bank aandelen over te dragen aan derden).

Op de achtergrond valt er verschil van inzicht in de rechtsbetekenis van een letter of comfort bij de rechterlijke instanties waar te nemen. In dezelfde zin als het onderhavige arrest overigens, *Chemco Leasing Spa v. Rediffusion*, uit 1987.

12. Aldus ook Maschhaupt, p. 73, onder verwijzing naar Cahen, *WPNR* 5496-98 (1979).

§4. GENTLEMEN'S AGREEMENTS

Op de kritiek van Schoordijk, dat het engelse hof ten onrechte het vonnis vernietigd had omdat men door de vage tekst van de patronaatsverklaring heen zou moeten lezen wat partijen beoogden overeen te komen ('meer de knipoog onder het genot van een goede sigaar' laten prevaleren boven de letter van de verklaring, die bewust zwak gehouden wordt terwijl partijen best weten wat zij willen, namelijk dat de moeder zich achter de dochter opstelt), viel bij auteurs uit bankwezen en bedrijfsleven in slechte aarde. Vgl. Schoordijk, *NJB* 1989, p. 1676; waartegen: W.E. Moojen, *NJB* 1990, p. 779, en verder resp. R.E. de Rooy, J. Spier, P.J.M. Akkermans, idem p. 784 v., met naschrift van Schoordijk. De teneur van de kritiek is, dat volstrekt duidelijk was dat de moeder geen garantie wilde geven, en dat op deze wijze een letter of comfort gelijk gesteld wordt met zo'n garantie of borgtocht. Dat de bank, met grote ervaring in deze wereld, dit beseft, valt af te leiden uit het verhogen van de rentevoet, hetgeen op een hoger risico wijst, zo stellen zij. Van belang zijn hier, behalve de omstandigheden, de economische machtsverhoudingen tussen banken en grote bedrijven; de auteurs verschillen van mening welke partij bij dergelijke transacties de underdog is. In de visie van Schoordijk is dat de bank, en maakt het moederbedrijf misbruik van haar machtspositie door slechts met een patronaatsverklaring akkoord te willen gaan, hetgeen de bank om commerciële motieven slechts heeft te accepteren. Ik kan dat niet beoordelen, en zou behoefte aan nader onderzoek hebben alvorens daarin een standpunt te kunnen bepalen.

In ieder geval is er steun voor het standpunt van de High Court en Schoordijk in een australisch arrest, Supreme Court of New South Wales, *Banque Brussels Lambert v. Australian National Industries Ltd* (1989, unreported, vgl. Tyree, 2 *JCL* 279), besproken bij Cheshire, Fifoot and Furmston, *Law of Contract*, 2001, p. 129. Rogers C.J. noemt het engelse arrest 'commercially unrealistic'. Het ging in deze zaak om de belofte van de moeder om bij verkoop van aandelen in de dochter de bank hiervan op de hoogte te stellen; deze kon dan binnen korte tijd terugbetaling van de kredieten van de dochter eisen. Het effect hiervan is, dat de aandelen in de praktijk moeilijk verkoopbaar zullen zijn, omdat de aktie van de bank boven het hoofd van de dochter hangt. In casu had de moeder de aandelen-transactie niet aan de bank gemeld, en deze beroept zich op de letter of comfort. Hoewel deze verplichting veel harder is dan 'het voeren van een beleid', zoals in de vorige zaak, en het australische hooggerechtshof had kunnen volstaan met te 'distinguish-en' (d.w.z. te verklaren dat vanwege het verschil in feitenconstellatie het arrest van het Court of Appeal geen precedent vormde), kwam het hof tot een principiële beslissing, waarbij gebondenheid van de moeder aangenomen wordt. Rogers C.J. overweegt:

'There should be no room in the proper flow of commerce for some purgatory where statements made by a businessman, after hard bargaining and made to induce another business person to enter into a business transaction would, without any express statement to that effect, reside in a twilight zone of merely honourable engagement. The whole thrust of the law today, is to attempt to give proper effect to commercial transactions. It is for this reason that uncertainty, a concept so much loved by lawyers, has fallen into disfavour as a tool for striking down commercial bargains'.

Overigens ging het om een clause die in de *Malaysia Mining-zaak* ook voorkwam in de letter of comfort (nr 2), waarvan het engelse hof gezegd had dat daarin waarschijnlijk een 'promissory obligation' besloten lag.

Ten slotte de variant gentlemen's agreement *tussen partijen bij een overeenkomst of een andere rechtsverhouding aangegaan*. In de zaak *Reesema - VVC* (1971) kwamen wij al zo'n figuur tegen, waarbij aan het eind van een arbeidsovereenkomst een pensioenregeling getroffen werd, vergezeld van een gentlemen's agreement over de duur ervan. De onderliggende rechtsverhoudingen waren de post-contractuele fase van het contract tussen partijen, en de natuurlijke verbintenis ten aanzien van het verstrekken van een

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

oudedagsvoorziening aan een oud-werknemer die een lange staat van dienst heeft. Die context zal van invloed zijn bij de beoordeling van het rechtskarakter van de afspraak en de rechtsgevolgen, rechtens bindend of niet.

Een ander voorbeeld van zo'n gentlemen's agreement kwam aan de orde in het vonnis van Ktg. Den Haag in 1967. Partijen hadden problemen met elkaar gekregen over het bestuur van een NV; zij waren respectievelijk directeur-aandeelhouder en commissaris-aandeelhouder, de laatste zou de eerste wegens wanbeheer kunnen schorsen. Zij stelden met hun raadslieden een schema op voor de regeling van de gerezen moeilijkheden, die de slot-clausule inhield: 'Partijen beloven elkander als goede mannen vanaf heden tot aan het tijdstip van de tenuitvoerlegging van deze overeenkomst, zich over en weder te zullen onthouden van alle handelingen en gedragingen die voor de NV Y schadelijk en voor de wederpartij onaangenaam kunnen zijn'.¹³ Vervolgens heeft de commissaris de directeur geschorst.

Wessels ziet in deze afspraak gewoon een bindende overeenkomst, beheerst door normen van goede trouw. Nu had de kantonrechter er een gentlemen's agreement in gezien omdat de regeling te vaag van inhoud was voor een afspraak met rechtsgevolg; een toezegging geen gebruik te maken van het schorsingsrecht werd trouwens in strijd met de goede zeden geacht. Dat brengt partijen dus niet veel verder. Waar het mij hier om gaat, is dat partijen bij het maken van de afspraak in een bepaalde (rechts)verhouding tot elkaar stonden, als mede-aandeelhouder en mede-bestuurder van een NV, en dat de verplichtingen in die sfeer mede bepalend zijn voor de inhoud van de gesloten gentlemen's agreement. De commissaris heeft niet alleen het recht, maar ook de plicht tot schorsing over te gaan bij wanbeheer, zoals de kantonrechter terecht stelt. De ruimte voor het herenakkoord wordt daardoor beperkt.

Een geval uit de rechtspraak dat hier tegenaan ligt, is dat van een familie-NV, waar de directeuren broers zijn (zonen van de oprichter). Bij gentlemen's agreement komen de broers overeen dat zij ieder als directeur door hun zoon bij gebleken bekwaamheid opgevolgd zullen worden; dat gebeurt, maar na enige tijd wordt één van de zonen door de algemene vergadering van aandeelhouders (ava) ontslagen wegens onbekwaamheid. De ontslagen directeur vecht het besluit van de ava aan, en beroept zich daarbij (onder meer) op het gentlemen's agreement. Beide nieuwe directeuren beschikken overigens met hun naaste familieleden ieder over (vrijwel) de helft van de aandelen in de NV.¹⁴ Het beroep op het gentlemen's agreement gebeurt ten onrechte, volgens de rechter, omdat de ava daardoor nu eenmaal niet gebonden kon worden, gezien het niet-bindend karakter van zo'n afspraak. Dat is een hele direkte; ik zou willen opmerken dat indien het rechtskarakter van de gentlemen's agreement beoordeeld zou worden, van gewicht zou zijn dat ten aanzien van de directeuren die deze regeling troffen de rechtspositie waarin zij verkeerden doorwerkt: het immers is de vraag of zij zich, gezien hun positie als directeur-aandeelhouder, tot zo'n regeling, zelfs als ere-afspraak, konden verbinden. Indien men die hindernis genomen heeft, en aan de uitvoering ervan toekomt, komt dezelfde kwestie weer terug: het NV-belang dat nagestreefd moet worden. Wat die laatste

13. *NJ* 1968, 68, ontleend aan Wessels, p. 105; de kantonrechter ziet hier een gentlemen's agreement in.

14. *Rb. Rotterdam* 19 jan. 1949, *NJ* 1950, 276, X - *NV Y*.

§4. GENTLEMEN'S AGREEMENTS

situatie betreft, de gestelde schending van de regeling, ga ik er overigens van uit dat in deze zaak de vader van de overblijvende directeur, partij bij het gentlemen's agreement, meegestemd heeft voor het ontslag van de andere directeur (zoon van zijn broer). Het is een aardige casus, die, zoals zo vaak, in de procedure niet uit de verf gekomen is.

3. *Convenanten*

Hierboven werd al gesignaleerd dat een gentlemen's agreement waarbij de overheid (laag of hoog) partij is met 'convenant' aangeduid wordt. Deze figuur heeft de laatste jaren zo'n vlucht genomen, dat een afzonderlijke bespreking gerechtvaardigd is.¹⁵

Het gebruik van het convenant door de overheid als instrument om een beleid uit te voeren indien publiekrechtelijke hulpmiddelen daartoe ontbreken of tekort schieten, bijvoorbeeld in de milieusfeer, heeft sinds het begin van de jaren zeventig in de literatuur de aandacht getrokken, met name van civilisten. Men kan niet zeggen dat deze uit nood geboren figuur, een civiele bastaard als het ware, erg welwillend in het milieu van de moeder, het privaatrecht, ontvangen is. Ik heb nog geleerd dat naar het oud-vaderlands recht de regel geldt: 'moeder maakt geen bastaard', maar in onze tijd lijkt dat vergeten te zijn.¹⁶ Nu was het wel zo, dat de eerste convenanten die vanaf 1965 gesloten werden - met industrie in het Noordzeekanaalgebied, het Sloegebied en het Moerdijkgebied - uitsluitend overheidsinstanties als partij hadden; de private partij was slechts indirect betrokken, namelijk via de verleende vergunningen, waarvan de opgelegde voorwaarden een afspiegeling vormden van hetgeen bij convenant tussen de heren van de overheid overeengekomen was. Ook kende men wel de figuur van de private partij die een 'verklaring' aflegde, in aansluiting op het convenant, waarin zij bepaalde verplichtingen op zich nam (t.a.v. mededelingen, metingen, e.d.). Die private partijen waren overigens Mobiloil, Hoechst, Shell-Chemie en Péchiney, namen die bij sommige lezers jeugdsentiment uit de jaren zestig zullen oproepen. Deze oude vorm van convenanten, met een zwak privaatrechtelijk element, werden door Bloembergen in zijn *Bouwrecht*-artikel uit 1974 tegen een kritisch licht gehouden.¹⁷ Kort daarop kwam een nieuwe variant van de convenant-figuur, waarbij de private partij deel uitmaakte van de convenantpartijen; het amsterdamse convenant met Akzo Chemie is daar een voorbeeld van. Het ontwerp-convenant werd door Desain, eveneens kritisch, besproken in 1975.¹⁸ Het is aardig om nu, ruim twintig jaar later, de draad weer op te pakken, en ons af te vragen wat de civilist met de convenanten aan moet. Er is intussen natuurlijk veel gebeurd, maar het loont de moeite om bij wijze van

15. Deze beschouwingen verschenen eerder als onderdeel van mijn artikel in *NJB* 1993, p. 480 (Thema-nr), *Moeder maakt geen bastaard. Privaatrechtelijke aspecten van convenanten*.

16. Voor de jongere, wat minder klassiek geschoolde lezer: deze regel houdt in dat een natuurlijk kind altijd de naam van de moeder krijgt, hetgeen van groot belang is omdat de natuurlijke vader doorgaans niet bekend is of het kind niet wil erkennen.

17. A.R. Bloembergen, *Convenanten op bestuurlijk terrein*, *BR* 1974, p. 189; ook opgenomen in de bundel *Bloembergens Werk*, Deventer 1992, p. 207.

18. Milieubescherming door middel van overeenkomst, *NJB* 1975, p. 709.

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

inleiding eens na te gaan wat voor kritiek de civilisten indertijd op convenanten hadden.

Die kritiek loog er niet om. Bloembergen citeert schrijvers die het convenant kwalificeren als een 'soort gentlemen's agreement' en 'een tweeslachtig noodverband, dat wij hebben moeten aanleggen in het vertrouwen dat dit nimmer juridisch op de proef gesteld zou behoeven te worden' (aldus de schepper van het Mobil-convenant). Bloembergens eigen oordeel over dit 'noodrecht' is negatief: hij acht het 'een juridisch wangedrocht, dat in een volwassen rechtsstelsel niet thuishoort en dat nu zo snel mogelijk uit ons recht dient te verdwijnen'.¹⁹ Ook de gesloten convenanten zou Bloembergen voor 'juridische sanering' willen voordragen.²⁰ Zijn verwachting, in navolging overigens van andere auteurs, dat het in onbruik raken van convenanten staat te gebeuren met de komst van nieuwe, verbeterde wetgeving, is in elk geval niet uitgekomen. Naar de oorzaak daarvan kan men gissen; als wij ons beperken tot het milieurecht, zie ik enkele mogelijkheden, ook in combinatie: 1. de nieuwe wetgeving deugt niet; 2. zij is nog niet tot stand gekomen; 3. zij bestaat wel, maar de handhaving is illusoor, vanwege gebrek aan financiële middelen.

Ik sta even bij die achtergronden van de behoefte aan convenanten stil, het is namelijk geen eendagsvlieg gebleken, het heeft dus zin om vragen naar het rechtskarakter van die figuur te stellen, onderhand. De maatschappelijke behoefte aan de nieuwe flexibele rechtsfiguur zal nog wel even blijven; wij hebben natuurlijk wel het 'Nederlands-Gidsland'-gevoel, ook op milieugebied, maar dat staat haaks op de werkelijkheid om ons heen. Bodem, oppervlaktewater en grondwater zijn in grote delen van ons land ernstig vervuild, in een proces dat haast niet meer omkeerbaar is (Brabant!); belangrijke EEG-richtlijnen zijn nog steeds niet in nationale wetgeving omgezet, milieucontrole is meestal een farce.²¹ Twee illustraties van dat laatste. Toen Rotterdam indertijd met de buitenlandse industriële lozers ging onderhandelen over het reduceren van emissies van schadelijke stoffen in de Rijn, riepen de Duitsers dat het probleem in de

19. Zijn kritiek was vooral dat de overlegstructuur niet deugde, begrijpelijk, aangezien de private partij buiten het convenant gehouden werd. Andere punten van kritiek waren: onduidelijkheid over de werkelijke beslissingsbevoegdheid van de overheid; onduidelijkheid over het bindend karakter van de rechtsverhouding, en mogelijke willekeur. Men moet hierbij bedenken dat Bloembergen in die tijd ook kritiek had op het gebruik van privaatrechtelijke middelen door de overheid om beleidsdoelen te verwezenlijken, zoals d.m.v. huur- en erfpachtvoorwaarden. Bloembergen ziet het convenant overigens als een species van het genus 'beleidsafspraken', hetgeen tegenwoordig als 'bestuursakkoorden' bekend staat.

20. Ook Desain heeft kritiek op het convenant, 'een nog weinig vastomlijnde, maar ook in haar mogelijke aanzetten erg onvoldragen figuur' (p. 722). Hij werkt de gevolgen van wanprestatie uit; daarbij heeft hij grote moeite met de mogelijkheid voor de overheid om bij niet-voorzien omstandigheden het convenant te kunnen wijzigen of ontbinden, aangezien de ondernemerswereld behoefte heeft aan rechtszekerheid.

21. Vgl. N.E.M. Kohll, Recht op een schoon en gezond milieu en de naleving van EG Milieurecht in Nederland, *TMA* (Tijdschrift voor Milieu Aansprakelijkheid), 1990, p. 39. Wat de stand van wetgeving in ons land betreft is de milieu-aansprakelijkheid een goed voorbeeld: Duitsland kent al sinds 1957 risico-aansprakelijkheid voor lozing van schadelijke stoffen op het oppervlaktewater (§ 22 Wasserhaushaltsgesetz), waardoor bedrijven zich gewoon verzekeren, terwijl wij op dat terrein sinds 1995 art. 6:175 BW hebben, gebaseerd op het wetsontwerp, nr 21 202 (1989), Gevaarlijke stoffen (inzake vervuiling van lucht, water, bodem).

§4. GENTLEMEN'S AGREEMENTS

rotterdamse haven zelf gelegen was. Bluf natuurlijk, dacht Rotterdam, tot men eens echt onderzoek ging instellen, en bleek dat dit ten aanzien van sommige stoffen wel degelijk het geval was, zoals cadmium en olie, die voornamelijk in Rotterdam geloosd worden. Een ander voorbeeld is enige tijd geleden de promotie van milieuaansprakelijkheidsverzekering door de verzekeringswereld (verenigd in MAS); toen men de bedrijven die een dergelijke verzekering wilden sluiten ging doorlichten, bleek een meerderheid geen vergunning te hebben, of zich niet aan de voorwaarden te houden. Dan laat ik nog daar, dat veel milieuwetgeving wetstechnisch en juridisch (zeker privaatrechtelijk, vaak ook strafrechtelijk) uiterst zwak is, zodat men in de praktijk daarmee niet veel kan uitrichten. Geen wonder dat de overheid voorlopig blijft uitzien naar andere middelen om op milieugebied wat te bereiken, zoals het convenant (en bij verhaalsakties: de onrechtmatige daad).

Kortom, het convenant is een blijvertje, en het kan geen kwaad om het civiele doopceel eens te lichten.

Bij de discussie over convenanten in onze tijd zijn de kritische vragen van weleer nog steeds aktueel: de vraag naar het rechtskarakter van het convenant wordt meestal in de vorm gegoten of de verplichtingen die men daarbij overeengekomen is *afdwingbaar* zijn. Hebben wij hier niet in wezen met een *overeenkomst* in privaatrechtelijke zin te maken? Is dan de volgende vraag, waarbij de tweesprong van de 'twee wegenleer' opdoemt, het mogen 'doorkruisen' van het publieke land, en zo. Het is begrijpelijk dat bestuursrechtelijke juristen bij een dergelijke vraagstelling vol verwachting naar de civilist opkijken - zo hoort het natuurlijk ook - maar ik zou bij voorbaat die verwachting enigszins willen temperen. In die zin, dat de civilisten wel gewend zijn hard te roepen of iets wel of niet een overeenkomst is, maar bij nader inzien eigenlijk zelf niet weten wat een overeenkomst voor rechtsfiguur is (zoals wij in Deel 1 zagen). Ik overdrijf natuurlijk, maar zoals wij zullen zien, maar een klein beetje. Ik zal hierbij niet ingaan op het thema van het vervagen van de grenzen publiekrecht - privaatrecht, dat op de achtergrond natuurlijk meespeelt, en dat in de tijd van de 'oude' convenanten nog in statu nascendi was. De 'osmose', waarvan Van Poelje al in 1931 gewaagde, is mede door toedoen van grote civilisten die het bestuursrecht gevormd hebben, zoals G.J. Wiarda en Van der Hoeven, tot een krachtige stroom aangezwollen. Soms ziet men weer iets langsdrijven dat zich eerder van de privaatrechtelijke oever losgemaakt had, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die ook het privaatrechtelijk handelen van de overheid beheersen (*Ikon*-arrest, NJ 1987, 727). Als er al scherpe grenzen gevonden mogen worden ten aanzien van het convenant, vindt men in deze ontwikkeling voldoende relativering bij het verder hanteren van de nieuwe rechtsfiguur. Ook in maatschappelijk en economisch opzicht heeft de tijd hier niet stilgestaan: de overheid die ondernemer geworden is, de ondernemer die op de overheidsstoel terecht gekomen is, en soms een combinatie daarvan die een eigen leven is gaan leiden: PPS, publiek-private samenwerking. Ook deze ontwikkeling, als spel van maatschappelijke krachten, werkt door in de privaatrechtelijke dogmatiek, zoals wij zullen zien.

Men dient dit alles in het achterhoofd te hebben als men wat neerbuigend zegt, dat bepaalde convenantsverplichtingen slechts een inspanning van de betrokken

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

partij vragen, en deze zich daarbij ook nog op overmacht kan beroepen. Dat is evenwel niet niks, het is de dagelijkse kost bij de meeste overeenkomsten. Daar komt nog iets bij, dat men ook over het hoofd kan zien, in civilibus. Als een verplichting op papier afdwingbaar is, wil dit nog in het geheel niet zeggen dat dit een in de praktijk gevolgde weg is. Afgezien van de normale kosten-baten analyse als men zijn recht bij de rechter zou moeten halen, is het vaak commercieel volstrekt niet interessant om ruzie te maken met de wederpartij. Dat zal met name het geval zijn als men nog met elkaar verder moet, hetgeen in een duurovereenkomst per definitie het geval is. Als men een probleem heeft, moet men er samen zien uit te komen, is het devies. Als er geprocedeerd wordt, is in de regel sprake van een curator in aktie, of van een cliënt die in deconfiture dreigt te raken als er niet snel gepresteerd wordt door de wederpartij. Zo niet, dan zingt men het uit, en wacht op een kans de tegenpartij een keer terug te pakken, want dat is de keerzijde van moeilijkheden zoeken, de rekening krijg je toch wel een keer gepresenteerd (en vaak zonder dat je het merkt, wanneer de ander op kwaliteit gaat bezuinigen).

Dit is natuurlijk een ABC voor de civiele jurist (in beide betekenissen van het woord), maar nuttig om in de discussie over convenanten te betrekken. De afdwingbaarheid van verplichtingen is, kort gezegd, in vele opzichten een betrekkelijke zaak. Het is ook vaak de commerciële partij, die als cliënt zijn advocaat onder druk zet om de verplichtingen niet al te gedetailleerd en duidelijk vast te leggen, dat is geen eigenaardigheid van convenanten. Ik hoor dat tenminste vaak van advocaten, als ik navraag doe over de merkwaardige dubbelzinnigheid of vaagheid van een contractsclausule, de verzuchting dat men zelf wel iets anders wilde, maar dat niet langs de cliënt kreeg. Het open houden van verplichtingen is iets dat veel ondernemers aanspreekt, zeker in duurcontracten (zie ook boven, bij de bespreking van de 'hardship'-clausules).

Het is dan ook geen wonder, dat in het internationale discours regelmatig de vraag opkomt, of duurovereenkomsten in wezen niet iets heel anders zijn dan de modale overeenkomst uit het wetboek; dat ze in wezen meer op een maatschapscontract lijken, waarbij de partijen als maten proberen het beste van hun gezamenlijke onderneming te maken, 'for better and worse'. Ook dat aspect dient men in gedachten te houden bij de analyse van het convenant. Met andere woorden, de problemen die kenmerkend zijn voor convenanten, zijn de typische sores van duurcontracten: partijen kunnen niet in de toekomst kijken (en futurologen zijn schaars, en moeilijk in te huren). De veranderingen op technisch, financieel en maatschappelijk gebied gaan nu eenmaal snel; een partij die zich muurvast legt voor een ruime periode, loopt grote risico's. Wat vandaag onschadelijk is, blijkt morgen carcinogeen te zijn; wat vandaag onbetaalbaar is, kost morgen een fractie van de prijs, dankzij een nieuw technisch procédé. Het samen verder willen en eruit willen komen is aanzienlijk van meer gewicht dan hetgeen daadwerkelijk in het contract vastgelegd is. Dat geldt bij commerciële contracten, waar de dienst niet door juristen, maar door managers uitgemaakt wordt, evengoed als in convenanten met de overheid. Bij nader inzien zijn de verschillen niet zo groot, ook naar civielrechtelijke maatstaven. Dat is ook gebleken bij het onderwerp contractuele regelingen voor veranderde omstandigheden. Wij kunnen in elk geval concluderen, dat de roep om het neerleggen van (harde) resultaatsverbintenissen in convenanten in plaats van (zachte) inspanningsverbintenissen, aldus bijvoorbeeld Van Acht en Damen in

§4. GENTLEMEN'S AGREEMENTS

het genoemde *NJB*-themanummer, zich niet verdraagt met het geldend contractenrecht, waar in de laatste decennia een fusie tussen die twee verbintenisvormen waargenomen kan worden. Het is meestal de (redelijke) inspanning die telt, en die tot een goed resultaat leidt. Het enkel uitgaan van het te bereiken resultaat, komt in het moderne contractenrecht in zuivere vorm bijna niet meer voor, zeker niet bij duurovereenkomsten, waar meestal een gezamenlijke inspanning van partijen geboden is.

4. *Rechtsgevolgen van gentlemen's agreements*

De bespreking van de verschillende varianten op het thema gentlemen's agreement heeft aan het licht gebracht dat het niet eenvoudig is om bij zoveel varianten op het gentlemen's agreement, aan te geven wat *de* rechtsgevolgen van zo'n regeling zijn. Het is, meer dan ooit, nodig om te differentiëren naar gelang het type herenakkoord dat men voor zich heeft.

Toch zijn er wel enkele algemene opmerkingen over rechtskarakter en rechtsgevolg van deze figuur te maken. Wessels heeft in zijn belangrijke *Themis*-artikel uit 1982 bepleit de gentlemen's agreement uit de sfeer te halen van de zuiver *feitelijke* verhouding van partijen, zoals door mij nog (terloops) bepleit in mijn proefschrift uit 1971, een standpunt dat navolging gevonden had, onder meer van Hardenberg. Ik denk dat Wessels het bij het rechte eind heeft, en de kwalificatie als vrijblijvende regeling zonder rechtsgevolg naar huidige inzichten heroverweging behoeft. Wij zagen immers bij de bespreking van de verschillende vormen van gentlemen's agreements dat er wel degelijk bepaalde rechtsgevolgen ontstaan, zij het niet dezelfde als bij een gewone, civiele overeenkomst; met name de nakomingsaktie, de afdwingbaarheid, is het ontbrekende onderdeel van de rechtsgevolgen die ontstaan.

Allereerst kan men vaststellen dat het gentlemen's agreement natuurlijke verbintenissen doet ontstaan; dit is zoals wij zagen nu in de wet vastgelegd, art. 6:3 lid 2 sub *a* BW. Deze natuurlijke verbintenissen kunnen weer door omzetting in civiele verbintenissen overgaan; uiteraard kan dit ook door het gewone mechaniek van aanbod en aanvaarding gebeuren, zie de engelse *Rose and Frank*-zaak. Was dit nog volgens het boekje, er zijn ook nog andere rechtsgevolgen in het spel. Wessels wijst op de consequenties in de mededingingssfeer; de Wet Economische Mededinging (1956) kent de mogelijkheid een Amvb uit te vaardigen waarbij 'aan te wijzen schriftelijk vastgelegde, doch rechtens niet bindende afspraken en bepalingen, waarbij de economische mededinging tussen eigenaren van ondernemingen wordt geregeld of die daarop van invloed zijn, .. als mededingingsregelingen worden aangemerkt' (art. 1 lid 4). Die Amvb is niet gekomen, maar wij zijn natuurlijk ingehaald door het EEG-recht met zijn art. 85 lid 1 EEG-verdrag. Volgens de rechtspraak van het hof van justitie uit 1970 vallen gentlemen's agreements onder het verbod van art. 85. Verder wijst Wessels erop dat ook art. 25 Wet op de Ondernemingsraden van toepassing kan zijn, indien de afspraken belangrijke gevolgen hebben voor de organisatie van de onderneming; ook kunnen er fiscale gevolgen zijn (winstbepaling).²²

22. T.a.p. , p. 336 v., 347 v.; 1984, p. 53 v.

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

Bij de zekerheidsverschaffende gentlemen's agreements zagen wij verscheidene verbintenissen ontstaan, zoals de verplichting voor het moederbedrijf om de deelneming in de dochter te handhaven, de banken te informeren over voorgenomen aandelen-transakties, de liquiditeit van de dochter op peil te houden, een goede controle op het management uit te oefenen, etc. Wij zagen ook dat er schrijvers zijn (Schoordijk) die hier een vorm van garantieverplichting van de moeder bepleiten, waarvoor enige steun in de rechtspraak te vinden is. Bij de through-put agreement is van een verplichting sprake om goederen of diensten af te nemen, of als alternatief, om een voorschot van betaling te geven, om de cash-flow van de joint-venture op peil te houden, om de financiers daarvan tevreden te houden.

De verplichtingen die bestaan, zijn soms bij normatieve uitleg gewoon afdwingbaar, maar soms ook niet, vanwege de aard van de regeling. Bij die laatste categorie, zou men kunnen zoeken naar een omzettingshandeling of -gedrag: bijvoorbeeld het al enige tijd conform die afspraak handelen. Dan is men in het vaarwater van de civiele verplichtingen (dus: voortaan afdwingbaar) gekomen. Het is derhalve steeds een kwestie van uitleg, dat wil zeggen, niet naar de subjektieve partijbedoelingen die opgespoord moeten worden, maar naar de rechtsbetekenis van de regeling op grond van normatieve uitleg, waarbij de omstandigheden, aard van de regeling en de redelijkheid en billijkheid de dienst uitmaken.

Dat brengt ons nog even op de vaststelling dat in casu van een gentlemen's agreement sprake is, en niet van een afspraak in de sociale sfeer, die heren toch ook plegen te maken (niets menselijks is heren vreemd). Ook die prealabele fase wordt beheerst door normatieve uitleg. De grammatikale tekst van de regeling is dus niet doorslaggevend, evenmin de aantoonbare subjektieve bedoeling van de partij die het stuk geredigeerd heeft.²³ De normatieve benadering gaat naar geldend recht zo ver, dat ook al hebben partijen in duidelijk nederlands de onverbindendheid van hun afspraak vastgelegd, dit toch bij de uitleg naar redelijkheid terzijde gesteld kan worden, om onbillijke resultaten tegen te gaan: vergelijk de 'tot wederopzeggens'-clausule in de zaak *Van Reesema - VVC* (1971), die door de hoge raad aan uitvoering te goeder trouw onderworpen werd (vaste rechtspraak indien partijen 'opzegging te allen tijde' overeengekomen zijn). Kortom, het etiket dat partijen op hun afspraak plakken is niet doorslaggevend, indien dit niet de inhoud dekt, zoals deze bij normatieve uitleg vastgesteld wordt.

Hierbij kan nog aangetekend worden dat de vage of onbestemde inhoud van zo'n afspraak tussen heren op zich niet in de weg hoeft te staan aan het aanvaarden van de kwalificatie 'overeenkomst' voor zo'n rechtsverhouding. Het komt

23. Vgl. in deze zin, wat minder uitgesproken, ook Wessels, 1982, p. 343 v., met verdere lit. en rechtspraak. Hij haalt een uitspraak van het Duitse BGH uit 1964 aan, waarin overwogen wordt, dat: ... 'unabhängig davon, ob die Bezeichnung 'gentlemen's agreement' gebraucht wird oder nicht, nach den allgemeinen Regeln der Auslegung ermittelt werden muss, ob und in welchem Umfange die Parteien sich rechtlich durch die Begründung klagbarer Ansprüche verpflichten wolten, wobei die gewählte, in Rechtsverkehr nicht alltägliche Bezeichnung eine Anhaltspunkt für den Willen der Parteien bieten kann'. Schr. haalt ook nog een Engelse uitspraak aan, uit 1980, dat 'the label which the parties to a contract attach to their relationship cannot alter or decide the true nature of the relationship'.

§4. GENTLEMEN'S AGREEMENTS

wel vaker voor dat overeenkomsten mank gaan aan een zeer algemene omschrijving van de contractuele verplichtingen, waarbij soms vrij belangrijke kwesties open gelaten worden en doorgeschoven worden naar de toekomst, of naar vaststelling door derden. Doorslaggevend is hier, zoals de hoge raad bij *Polak - Zwolsman* (1968) bepaalde, dat de leemten een zodanige omvang hebben dat zij nog met het gebruikelijke instrumentarium van de normen van goede trouw ingevuld kunnen worden.²⁴ Wij kennen immers allerlei 'voorovereenkomsten', 'rompovereenkomsten', etc., waarmee soms zeer grote belangen gemoeid zijn; de Deltawerken zijn bijvoorbeeld op zo'n 'raam-overeenkomst' gebaseerd.

Het geheel overziend, zou ik ten aanzien van de vaststelling of van een gentlemen's agreement met rechtsgevolg sprake is, willen bepleiten om in ons recht de engelse regel over te nemen, als vuistregel. Deze houdt in, dat bij gentlemen's agreements in de *sociale sfeer* gesloten (familie en vrienden) in beginsel uitgegaan wordt van de onverbindendheid van dergelijke afspraken naar het reguliere verbintenissenrecht, hetgeen weerlegd kan worden aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval. Daarentegen wordt bij een gentlemen's agreement in de *commerciële sfeer* in beginsel verbindendheid voorondersteld, eveneens tot op tegenbewijs in het concrete geval. Deze vuistregel laat overigens nog onverlet welke rechtsgevolgen in concreto ontstaan, hetgeen om verdere differentiatie vraagt.

Ten slotte nog een voor de praktijk heel belangrijk rechtsgevolg: de vergoeding van gemaakte kosten. Dat zal vooral spelen bij de *tussenfase*-regelingen, letter of intent, en dergelijke. Vaak is hier van een paradox sprake: men kan of wil nog niet volledig aan elkaar gebonden zijn als contractspartijen, maar de debiteur van de gevraagde prestatie kan het zich commercieel of juridisch niet permitteren om met de armen over elkaar te gaan zitten tot hij het echte groene licht krijgt dat de overeenkomst gesloten en bindend geworden is. Dat hangt van de omstandigheden af, maar kan ook met de branche samenhangen waarin dit zich afspeelt. In de vliegtuigindustrie is het gebruikelijk dat de fabrikant, nadat de letter of intent afgegeven is door de koper van zijn vliegtuigen, begint met het opzetten van de produktielijn (soms ook, in verband met de omvang van de opdracht en compensatie-opdrachten, in het land van de koper). Als hij dat niet zou doen, is het vrij zeker dat hij de overeengekomen leveringstermijn niet zal halen, met wanprestatie als gevolg.²⁵

Furmston geeft een voorbeeld uit de bouwwereld, waar het heel gangbaar is dat de aannemer inschrijft op een groot werk (een 'tender' uitbrengt) en voor bepaalde onderdelen onderaannemers ('sub-contractors') nodig heeft, bijvoorbeeld voor elektrische installaties, verwarming, liften. Hij weet nog niet of hij het werk gegund zal krijgen, en zendt de onderaannemers dan een letter of intent. Indien de laatste redelijkerwijs al met de voorbereiding van het werk moeten beginnen (het tijdschema is in de bouw meestal heel strikt), kan dat inhouden dat de aannemer de onderaannemers daarvoor betaalt. Dat kan

24. Zie hiervoor Deel 1, p. Hfdst. 3, § 1, nr. 4. Ook Hardenberg en Wessels geven vele voorbeelden van de vaste jurisprudentie op dit gebied.

25. Vgl. de opmerking over californisch recht op dit punt van Geelhoed in mijn boek *Ex tunc, ex nunc*, 1990, naar aanleiding van de Lockheed-affaire in de jaren zeventig, p. 317.

8. SYSTEEM VAN HET VERBINTENISSENRECHT

natuurlijk tot problemen leiden indien tenslotte het werk niet aan de aannemer in kwestie opgedragen wordt. In de zaak *Turriff Construction Ltd. v. Regalia Knitting Mills Ltd.*, (1971) 222 *Estates Gazette*, 169, werd zo'n letter of intent uitgelegd als een uitnodiging aan de onderaannemer om voorbereidend werk te verrichten, hetgeen een betalingsverplichting deed ontstaan.²⁶

Het standaard-arrest op dit gebied in het engelse recht, dat ook voor ons recht van belang is, is *British Steel Corpn. v. Cleveland Bridge and Engineering Co Ltd.*, (1984) 1 *All ER* 504). Het betrof de bouw van een bank in Saudi-Arabië, en Cleveland Bridge was daarbij als sub-contractor betrokken. British Steel zou het staal leveren. Het was een ongebruikelijk ontwerp waarbij het gebouw in een stalen rasterwerk gehangen werd; daartoe waren 137 gegoten stalen 'nodes' (knooppunten) nodig in het midden van het rasterwerk. British Steel was het enige bedrijf in de UK dat enige ervaring had met een dergelijke constructie, het had eerder soortgelijke nodes gemaakt. De onderhandelingen over de technische specificatie van de nodes en de inhoud van het contract waren langdurig en moeizaam.

In februari 1979 zendt Cleveland Bridge een letter of intent aan British Steel, waarin medegedeeld wordt dat zij overweegt een opdracht te plaatsen voor nodes, tegen de eerder door de staalfabriek opgegeven prijzen, hetgeen op hun (Cleveland's) standaardvoorwaarden zou moeten gebeuren. Dat laatste wordt afgewezen door British Steel, aangezien deze een onbeperkte aansprakelijkheid voor gevolgschade inhielden in geval van verzuim. De wederpartij wil echter niet op de voorwaarden van British Steel contracteren. Niettemin ging de staalfabriek verder met de productie van de nodes, in nauw overleg met de andere partij over de technische en contractuele aspecten, en in december 1979 zijn alle nodes geleverd op één na, die achtergehouden werd tot de overeengekomen prijs betaald zou zijn. Als gevolg van een nationale staal-staking werd het laatste exemplaar pas in april 1980 geleverd. British Steel vordert betaling van de waarde van de nodes (230.000 pond), waartegen Cleveland Bridge als tegenclaim een schadevergoeding van 867.000 pond vordert, wegens te late levering.

Goff J. stelde vast dat er geen contract tussen partijen overeengekomen was, aangezien zij het niet eens geworden waren over belangrijke zaken als betaling in termijnen en aansprakelijkheid voor overschrijding van de leveringstermijn. Derhalve kon geen vertragingsschade gevorderd worden. Daarentegen had British Steel het recht op een zogenaamde *quantum meruit* vergoeding (een soort zaakwaarnemingsaktie/ongegronde verrijkingsaktie), aangezien zij werk gedaan hadden op verzoek van de andere partij dat door haar aanvaard was.

Furmston noemt het resultaat aanvaardbaar in de omstandigheden van het geval, maar blijft toch met vraagtekens zitten hoe de verdere verhouding van partijen vastgesteld moet worden, t.a.p. , p. 44 v. Vgl. ook S.N. Ball, 99 *LQR* (1983), p. 572, op p. 576 v. Vgl. ook: E. McKendrick, *The battle of the forms and the law of restitution*, (1988) 8 *OJLS*, p. 197.

Nog een enkele opmerking over het klassieke kenmerk van gentlemen's agreements, de niet-afdwingbaarheid ervan naar regels van verbintenissenrecht, het ontbreken van de nakomingsaktie. Hierboven werd het standpunt van Wessels in dit opzicht onderschreven, die op dit punt zich tegenover Eggens en Schoordijk opstelde. Ik zou in dit verband nog erop willen wijzen, dat in het reguliere verbintenissenrecht,

met name contractenrecht, de mogelijkheid nakoming te eisen een betrekkelijk voorrecht is. Zoals bij de bespreking van het convenant al naar voren kwam, is het in commerciële contracten vaak niet raadzaam om in rechte nakoming te vorderen, meestal omdat dit in een kosten-baten-analyse commercieel geen aantrekkelijk perspectief is, zowel op korte, als op langere termijn.

26. Vgl. Cheshire, Fifoot, and Furmston, p. 48.

Hoofdstuk 9.

Algemene beschouwingen over het stelsel van verbintenissenrecht.

Vertegenwoordiging

§ 1. De toerekeningsleer. Normatieve uitleg van rechtshandelingen

1. *Tendens van tweezijdige naar eenzijdige rechtshandeling in de rechtspraak*

Een onderzoek, ingesteld naar de betekenis van enkele rechtshandelingen in de rechtspraak, brengt verschillende zaken aan het licht. Allereerst valt de algemene tendens te onderkennen om traditioneel als *tweezijdig* opgevatte rechtshandelingen, als *eenzijdig* te beschouwen. Ten aanzien van alle hier behandelde rechtshandelingen geldt, dat er een vaste rechtspraak in die zin is gevestigd. De doktrine en het huidige BW bieden echter ten aanzien van sommige rechtshandelingen een afwijkend beeld. De betaling wordt in de literatuur alleen door Bregstein en G. Hamaker als een tweezijdige rechtshandeling opgevat - t.a.v. de figuur van onverschuldigde betaling, terwijl het huidige BW het rechtskarakter van de betaling in het midden laat. De enkele keer dat dit niet het geval is, wordt evenwel Bregstein gevolgd. De kwijtschelding vindt als tweezijdige rechtshandeling iets meer steun onder de moderne schrijvers. In die zin Suijling, J.M. Polak (ten dele), en het huidige BW. In zijn noot onder het *Arona - Stedehouder*-arrest (1937) wees Paul Scholten erop dat de rechter soms tot een overeenkomst-construktie komt, om een door de debiteur niet gewenste kwijtschelding ongeldig te kunnen verklaren.¹ Wat de overeenkomst betreft, was de kloof tussen rechtspraak en doktrine nog groter. Terwijl de hoge raad een ontwikkeling in de rechtspraak van een halve eeuw afsluit door in 1969 uitdrukkelijk te stellen dat aan een overeenkomst geen wilsovereenstemming ten grondslag hoeft te liggen (*Lindeboom - Gem. Amsterdam*), bleef nagenoeg de gehele doktrine aanvankelijk nog hecht in de ban van de consensusleer. Wanneer de ontwerpers van het Nieuw BW bij Gewijzigd Ontwerp van 1976 omgaan, en de gedachte van het aanbod als eenzijdige rechtshandeling aanvaarden, beginnen de schrijvers het been bij te trekken, met als gevolg dat die zienswijze thans als de heersende leer beschouwd kan worden (zie hiervoor Deel 1 p. 32 v.). De oude visie waarin aanbod en aanvaarding opgevat worden als 'onzelfstandige onderdelen' van de tweezijdige rechtshandeling overeenkomst, heeft derhalve

1. Hetzelfde verschijnsel valt in de Amerikaanse jurisprudentie uit de twintiger jaren waar te nemen, waar de rechter soms bij de totstandkoming van overeenkomsten naar de obsoleete consensusleer grijpt, om een voor een der partijen bezwarend contract als niet tot stand gekomen te beschouwen. Vgl. *N.U.*, diss. p. 369; voor de kwijtschelding, zie idem, p. 68 v.

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

afgedaan. Met 'overeenkomst' kan men nu de *rechtsverhouding* aanduiden, een betekenis die het woord trouwens vroeger ook al had.

Het ingestelde onderzoek² leidt derhalve tot de conclusie, dat *in het geldend recht voor het begrip tweezijdige (of meerzijdige) rechtshandeling geen plaats is*. In plaats van het rechtsgebeuren te verduidelijken en doorzichtig te maken, heeft de consensus-construktie - die om traditionele redenen ook in deze eeuw in de doktrine gehandhaafd werd - slechts verwarring teweeggebracht, en mijns inziens de ontwikkeling van het privaatrecht belemmerd. En wel met name omdat in die visie uiteindelijk de *wil* van beide partijen beslissend is voor de beoordeling of er een overeenkomst tot stand gekomen is.³ Uit rechtsvergelijkend onderzoek blijkt dat de ontwikkeling in onze jurisprudentie parallel loopt met die in verwante rechtsstelsels op het continent, naast die in de common law landen.⁴

2. De toerekeningsleer

In de hier verdedigde opvatting, die ik de *toerekeningsleer* zou willen noemen, staan de volgende stellingen centraal.

Een rechtshandeling is een handeling verricht door een persoon, bestaande in een doen of niet-doen, waardoor krachtens de normen van het geldend recht - gezien de aard van de handeling, de omstandigheden waaronder, en de wijze waarop zij tot stand kwam - rechtsgevolgen ontstaan die de handelende toegerekend worden.⁵

Onder de uitleg van een rechtshandeling wordt verstaan het vaststellen van de rechtsgevolgen die de handelende persoon toegerekend worden. Dit betekent de vaststelling - op grond van de voor het concrete geval geldende rechtsnorm(en) - dat ten opzichte van de handelende persoon verbintenissen ontstaan zijn en/of te niet gegaan zijn, en in het eerste geval, de bepaling van hun inhoud.

Onder verbintenis wordt verstaan de gebondenheid van een persoon aan een rechtsnorm, die in beginsel een in rechte afdwingbare verplichting tot een door die norm voorgeschreven handelen met zich brengt.⁶

2. Ik ga hierbij van de veronderstelling uit, dat een analyse van hier niet onderzochte rechtshandelingen (zoals bijv. sommatie, bekentenis, beslaglegging, aanvaarding en verwerping van een nalatenschap, erkenning van een kind, bezitsverschaffing) in dit opzicht geen nieuwe gezichtspunten oplevert. Vgl. voor rechtshandelingen als de volmachtsverlening, bekrachtiging bij onbevoegde vertegenwoordiging, nog onder. Vgl. voor de schenking J. van Schellen, *WPNR* 5132, (1971).

3. Vgl. voor de bezwaren verbonden aan de hantering van het wilsbegrip, hieronder no. 3.

4. Vgl. *N.U.*, diss. p. 354 v.

5. De klassieke omschrijving (art. 1270 oud BW) dat het handelen 'een geven, een doen of een nalaten' moet betreffen, gevolgd in art. 3:296 BW, wordt hier niet gehanteerd. De noodzaak om een 'geven' naast een 'doen' te onderscheiden is m.i. niet aanwezig. Ook het zakenrechtelijk aspekt (vgl. *Toel.* p. 298) van het 'geven' - de levering - betreft steeds een doen of niet-doen. Met het oog op de figuur van bezitsverschaffing, zoals deze in het moderne recht ontwikkeld werd, is de term 'geven' een anachronisme. Vgl. ook nog boven, Hfdst. 8, § 1, nr 7.

6. Deze opvatting inzake de verbintenis wijkt af van de gangbare, door Rutten en Hartkamp en het huidige BW verdedigde zienswijze. Vgl. daaromtrent boven, Hfdst. 8, § 1, nr 2. De hier

§1. DE TOEREKENINGSLEER

3. *Voordelen van de toerekeningsleer boven de wilsleer. De kloof tussen doktrine en rechtspraak*

Alvorens een en ander nader uit te werken, dient nagegaan te worden in hoeverre deze visie voorkeur verdient boven de gebruikelijke wilsleer, in haar subjektieve en objectieve versie. Als eerste argument kan gelden, dat de toerekeningsleer een theoretische grondslag aan de rechtshandeling geeft, die een sluitend systeem oplevert. In de wilsleer komt men, zoals wij zagen, op tal van gebieden in moeilijkheden, en ziet men om naar methodische lapmiddelen. Steeds betreft dat situaties waarin men zonder het ingenomen uitgangspunt (de wil als grondslag van de rechtshandeling) in twijfel te willen trekken, de wil van de handelende tracht uit te rangeren. Bij de betaling zoekt men zijn toevlucht in de gedachte dat het hier geen rechtshandeling betreft (H.J. Hamaker, Losecaat Vermeer), of men komt met een nieuwe figuur - vlees noch vis - de 'reale Leistungsbewirkung' of 'Tilgungsakt' (Rutten, in navolging van Larenz). De opzegging stelt aanhangers van de wilsleer ook voor problemen. Zo stelt Ph.A.N. Houwing in zijn noten uit de jaren vijftig - in afwijking van de hoge raad - dat de wil om op te zeggen niet aan de goede trouw getoetst kan worden, indien het contract opzegging 'te allen tijde' toestaat. Het ontwerp-Meijers, dat de opzegging tot de 'wilsrechten' rekent, hanteert hierbij de figuur van misbruik van bevoegdheid. Met betrekking tot de kwijtschelding komt Rutten door het aanvaarden van de wilsleer tot het standpunt, dat een weigering door de debiteur (op grond van een gerechtvaardigd belang) op deze eenzijdige rechtshandeling geen invloed heeft. Een standpunt dat derhalve grote overeenkomst vertoont met dat van Houwing ten aanzien van de opzegging. De laatste schrijver heeft op het terrein van afstand van recht eveneens moeite met de rechtspraak van de hoge raad, die hij als niet gerechtvaardigd aan de kaak stelt, omdat hij zou steunen op het fingeren van de wil. Indien men echter niet van de wilsleer uitgaat, is diezelfde rechtspraak daarentegen in het geheel niet verwerpelijk, en geheel in overeenstemming met de op de overige terreinen van het recht door de cassatierechter toegepaste normatieve uitleg. Ook op een ander punt komt Houwing niet met de jurisprudentie van de hoge raad in het reine, en weer valt dit op zijn in de wil gelegen uitgangspunt terug te voeren. Indien een crediteur na ontvangst van een prestatie op grond van bepaalde gebreken uitdrukkelijk protesteert, maar desondanks van de prestatie gebruik maakt, kan - aldus de rechtspraak - er onder omstandigheden sprake zijn van afstand van recht. Voor een aanhanger van de wilsleer is dit een ongerijmdheid, aangezien de afgelegde protestverklaring juist aantoonde dat de wil om afstand te doen niet aanwezig is, waardoor het onmogelijk wordt om hier van een rechtshandeling te spreken.^{7,8}

verdedigde *toerekeningsleer* heeft overigens nogal wat misverstanden opgeroepen. Vgl. daarvoor nog onder. De term 'toerekening', te onzent door Paul Scholten bij de vertegenwoordiging geïntroduceerd, speelt in het Duitse recht een grote rol, vgl. bijv. voor de *Zurechnungsprinzipien* bij contractuele risikoverdeling, Esser-Schmidt, *Schuldrecht I*, 1992, § 8, p. 128 v.

7. Dezelfde gedachtengang leidde in het Duitse recht tot de aanvaarding van de zgn. 'faktische Schuldverhältnisse' op het terrein van de totstandkoming van overeenkomsten (vooral t.a.v. de arbeidsovereenkomst en de maatschap, en verdere adhesiecontracten). Vgl. daarvoor *N.U.*, diss. p. 406 v. Een soortgelijke redenering volgt Paul Scholten t.a.v. *de aanstelling*, die hij van de volmacht scheidt, vgl. onder § 3, nr 1.

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

Het aanbod levert voorstanders van het wilsbegrip ook grote problemen op. Met die zienswijze hangt samen de opvatting, dat het aanbod herroepelijk is: ook hier moet men vrij zijn om zijn wil naar eigen goeddunken te veranderen. Het kost nu heel wat hoofdbrekens om dit standpunt met de eisen van de praktijk te verzoenen. Ruttens constructie leed voor de hoge raad schipbreuk (*Lindeboom - Gem. Amsterdam*), hetgeen niet als verrassing kan komen, indien men de jurisprudentie van deze eeuw beziet. Het BW zoekt een correctie op de herroepelijkheid in de aan de verzendtheorie ontleende constructie - in navolging van Meijers - zonder daarvoor in eigen kamp veel bijval te kunnen oogsten. In de wilsleer heeft verder het vereiste van 'gericht zijn' van de verklaring - dit geldt zowel voor aanbod als aanvaarding - geen functie. Wel toetst men de verklaring aan het vereiste dat zij de ander 'bereikt' moet hebben, een term die reeds tot misverstanden aanleiding gaf (vgl. Deel 1 p. 89 v.). Dat men in deze visie de gerichtheid als feitelijke of subjektieve omstandigheid opvat, is overigens in strijd met de rechtspraak van de hoge raad (bijv. al *Stoom- Brood- en Scheepsbesluitfabriek - Kalden*, 1924). In de wilsleer kan men tenslotte geen verklaring geven voor het door de praktijk gewenste, en ook in de doktrine algemeen aanvaarde standpunt, dat het aanbod van kracht blijft ondanks dood of onder curatele stelling van de aanbieder. Ziet men het aanbod als rechtshandeling, dan is hier geen probleem (vgl. Deel I, p. 59 v.). Voor de figuur van aanvaarding valt hieraan nog toe te voegen, dat men in de wilsleer tot de gedachte komt, dat de vraag of er van aanvaarding sprake is, een *feitelijke* vraag is, aldus bijv. ontwerp-BW, en Rutten (vgl. Deel I, p. 92 v.). Dit standpunt - overigens in strijd met de vaste rechtspraak van de hoge raad, waarbij vragen van uitleg in cassatie ten toets komen - heeft zoals te begrijpen valt repercussies op de procesgang, die mijns inziens ongewenst zijn.

Op het terrein van de totstandkoming van overeenkomsten is de wilsleer verantwoordelijk voor de vele theorieën die op dit stuk opgesteld werden. In de duitse doktrine leidde de wilsleer tot de constructie van de zoëven al genoemde zogenaamde 'faktische Schuldverhältnisse', die als hybridische rechtsfiguren de bestaande verwarring omtrent het onderhavige leerstuk in niet geringe mate vergroot hebben. Gelukkig werden zij in ons recht nog niet (bijv. door Rutten) geïntroduceerd, een eer die wel de 'reale Leistungsbewirkung' ten deel viel. Wat de bij ons heersende vernemings-ontvangsttheorie betreft, valt op dat aanhangers daarvan (bijv. het ontwerp-BW) belangrijke uitzonderingen op die leer aanbrenge(n), waarbij zonder nadere motivering het uitingsbeginsel gevolgd wordt. Het gaat hier onder andere om de gevallen waarin de verklaring van aanvaarding aan een derde gericht moet worden, en die waarin de aanvaarding in de vorm van uitvoeringshandelingen geschiedt (vgl. Deel I, p. 82 v.). In de door mij verdedigde uitingstheorie-nieuwe stijl, heeft men een sluitend stelsel, dat niet tot tegenstrijdige hulp-constructies behoeft te leiden. Ook op dit punt bevindt de heersende leer zich op slechte voet met de vaste jurisprudentie, die zoals al betoogd van het aan die leer ten grondslag liggende consensusbeginsel niets wil weten.

Bij dit exposé van methodische bezwaren die tegen de wilsleer in te brengen zijn, zal opgevallen zijn dat doorgaans aanhangers van de subjektieve wilsleer

8. Zie voor deze materie, afstand van recht en rechtsverwerking, *N.U.*, diss. pp. 75 v., 83 v.

§1. DE TOEREKENINGSLEER

ten tonele verschenen. Men kan zich afvragen of op de *objektieve* wilsleer⁹ eenzelfde kritiek mogelijk is. Naar ik meen is een bevestigend antwoord op zijn plaats. Zoals uit het onderzoek bleek, komt Suijling in grote lijnen tot dezelfde uitkomsten als de schrijvers die een subjectief wilsbegrip hanteren. Ook Suijling aanvaardt als categorie de ‘wilsrechten’, en noemt als kenmerk van de subjectieve rechten, dat zij een *wilsmacht* verlenen (figuren als opzegging en aanvaarding rekt schr. tot de subjectieve rechten - als zogenaamde ‘rechten op rechtsvorming’).¹⁰ Als enige correctie op de hantering van de wilsmacht ziet Suijling de figuur van misbruik van recht, een zienswijze die men ook in de subjectieve wilsleer tegenkomt bijvoorbeeld bij Meijers.¹¹ Suijlings leerling Eggens, eveneens een voorstander van de geobjektiveerde wilsleer, heeft zich bij mijn weten over het merendeel van de hier onderzochte rechtshandelingen niet uitgesproken. Waar dat wel het geval is, bijvoorbeeld ten aanzien van de kwestie van de herroeping van een aanbod, komt zijn constructie mij niet als de meest voor de hand liggende voor.

4. *Praktische bezwaren tegen de wilsleer. Waar een wil is, is een weg. Ook: waar een wil is, moet-ie weg?*

Tegen de wilsleer - dit geldt voor beide versies - kunnen ook grote praktische bezwaren naar voren gebracht worden. Het gebruik van het zo pluriforme wilsbegrip roept allerlei vragen, en daarmee procedures op, die geen vrucht afwerpen. Indien men zich op de wil van de handelende baseert, vormen de eisen van het rechtsverkeer telkens weer een onoverkomelijke hindernis. Hierboven kwam dat herhaaldelijk naar voren bij de bespreking van procedures waarin een partij bij haar stellingen uitging van een subjectief opgevatte wil, als feitelijk vast te stellen psychische gesteldheid van een persoon. Men kan zich afvragen of dat niet anders ligt, indien men de wil als een objectief begrip opvat. Hanteert de rechter niet veelal de term de ‘bedoeling van partijen’, die hij dan op objectieve wijze inhoud geeft? Al is dat laatste juist - de rechter heeft al van oudsher geleerd te roeien met de doktrinaire riemen die er zijn - dit neemt nog niet de praktische bezwaren weg die met die opvatting samenhangen. Ook al duidt men de term ‘wil’ in objectieve zin, men voorkomt daarmee niet het onuitroeibare misverstand, dat men met die term een psychische grootheid op het oog heeft.¹² Men komt in die misvatting ertoe, te *bewijzen* dat die wil in kwestie ten tijde van de handeling anders gevormd was (feitelijk), dan door de ander (bijv. de wederpartij) beweerd wordt. Waar een wil is, is een weg, zo

9. Vgl. Suijling, *Inleiding burg. recht*, 1e druk, 1918, p. 134 v.

10. Vgl. nog onder, no. 7.

11. Vgl. *Toel.* NBW p. 32. Eenzelfde constructie wordt in het franse recht gehanteerd m.b.t. de herroeping van een aanbod. Vgl. bij ons, H. Drion en Schut, Deel 1, Hfdst. 1, § 3, nr. 3. Vgl. voor de figuur van misbruik van recht nog onder, § 2, nr 7.

12. Vgl. ook *N.U.*, diss. p. 310 v., en voor eenzelfde verwarring in andere rechtsstelsels, o.a. p. 366 v. Op gelijke wijze roept de rechtsterm ‘betaling’ in de praktijk misverstanden op, doordat men meent dat slechts op een prestatie van het geven van *geld* bedoeld wordt. Dit wrekt zich dan t.a.v. de aktie uit onverschuldigde betaling, die men - zoals mij wel eens uit de praktijk ter ore komt - abusievelijk niet van toepassing acht op een prestatie in de vorm van een verrichte handeling.

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

meent men dan. Dit wordt niet anders, als men de term 'bedoeling' hanteert. Op het terrein van de hier behandelde rechtshandelingen wemelt het van de procedures - ook in onze tijd - die in de aangegeven redenering hun oorzaak vinden. Hetgeen in mijn ogen niet anders is dan een verspilling van tijd en energie (en daardoor van geld) aan de zijde van justitiabelen en magistratuur. Een dergelijke situatie kan men mijns inziens alleen voorkomen door het roer om te gooien, en een begrip dat tot de dag van vandaag tot zoveel misverstanden aanleiding heeft gegeven uit de terminologie te schrappen.^{13, 14}

Bovenstaande beschouwingen, die uit mijn proefschrift stammen, hebben in recensies en commentaren een aantal misverstanden opgeroepen. In een *WPNR*-artikel van 1974, heb ik mijn standpunt verduidelijkt tegenover met name Schut, Van Opstall en Rombach.¹⁵ Dit gebeurde onder verwijzing naar de betreffende passages in mijn proefschrift, zoals de bovenstaande, hetgeen niet wegnam, dat velen naderhand van een 'aanmerkelijk afzwakken' van mijn standpunt spraken, naar mijn mening ten onrechte.¹⁶

Sommige schrijvers meenden mijn visie te kunnen samenvatten als: 'Waar een wil is, moet-ie weg'. Aldus als eerste mijn promotor Haardt, tijdens de promotie.¹⁷ Ik laat de samenvatting van mijn weerlegging van het verwijt, dat in mijn visie de subjektieve wil of bedoeling van degeen die een rechtshandeling verricht, irrelevant zou zijn, hier volgen.

'Het tot dusver gezegde zou ik als volgt willen samenvatten. In mijn opvatting inzake uitleg en rechtsvinding is de subjektieve wil van de handelende persoon (diens bedoelingen, voorstellingen, motivatie etc.) wel degelijk relevant, zij het slechts als één onderdeel van de feitenconstellatie. De betekenis die de wil van een persoon heeft voor de uitleg, d.w.z. voor de vaststelling van de rechtsbetekenis van een handeling, staat echter niet - bij wijze van axioma - bij voorbaat vast. Deze betekenis is afhankelijk van hetgeen de rechtsnormen in het concrete geval voorschrijven, gezien de aard van de rechtshandeling, de omstandigheden en de billijkheid. De subjektieve wil vormt dus niet de grondslag van de rechtshandeling, zij geldt niet als 'voorwerp van uitleg', als begin en eindpunt van de rechtsvinding. Ik ben van mening - een consequentie die ik uit het voorafgaande trek - dat het uitleg- of rechtsvindingsproces theoretisch beschreven dient te worden zonder gebruikmaking van het *wilsbegrip*, met welke adjectieven dan ook. En wel op de boven aangegeven rechtstheoretische, praktische en rechts-politieke gronden.'

13. Ook in de psychologie heeft het wilsbegrip geen emplot meer. Men werkt met begrippen als 'motivatie' e.d. Vgl. mijn opmerking in *WPNR* 5049 (1969), p. 317.

14. Vervanging van het wilsbegrip door het begrip *vertrouwen*, zoals in de vorige eeuw bepleit werd heeft evenmin succes gehad. Ook hier ontstond het misverstand dat op het *feitelijk* gewekte vertrouwen gedoeld werd, terwijl men bovendien over het hoofd zag dat in de vrouwenstheorieën, slechts een *gerechtvaardigd* vertrouwen (of 'redelijk vertrouwen') relevant geacht werd. Vgl. voor deze materie en voor de overeenkomstige verwarring in buitenlandse rechtssystemen, *N.U.*, diss. t.a.p.

15. *WPNR* 5281 (1974) p. 700 v., ook opgenomen als in *Dialektiek van R. en R.*, *Ib*, no. 20.

16. Aldus bijv. Asser-Rutten II, (1975), p. 71.

17. Zijn *Laudatio* werd afgedrukt in de Jubileum-bundel die mij in 1997 aangeboden werd, zie Van Dunné-Bundel, 1997, p. 1.

§1. DE TOEREKENINGSLEER

Met dit artikel waren de misverstanden nog niet de wereld uit. Dat blijkt uit de recensie van Van Schilfgaarde in *Rm Themis* van 1976.¹⁸ Het is een oud mos, dat de jonge doctor niet tegen recensies in verweer komt. Zo ook in dit geval, zij het dat ik enkele jaren later, toen Nieuwenhuis een aantal belangrijke punten van kritiek van Van Schilfgaarde had overgenomen in zijn dissertatie van 1979, in mijn recensie een aantal misverstanden kon rechtzetten. Ik verwijs daarvoor naar dat betoog, dat voor een deel al boven ter sprake kwam.¹⁹

5. *Karakter van de toerekeningsleer. Geen dogmatiek, maar een frame voor de rechtsvinding*

Deze op de praktijk gerichte opmerkingen staan in nauw verband met hetgeen uit methodisch oogpunt betoogd werd. De hier verdedigde *toerekeningsleer* biedt mijns inziens grote mogelijkheden om de verbrokkelde, op negentiende-eeuwse leest geschoeide ‘dogmatiek’ om te smeden tot een hecht en sluitend stelsel. Een stelsel dat echter slechts een *frame* biedt, een rechtsstructuur, waarmee men bij de rechtsvinding - zoals hieronder nog nader uitgewerkt zal worden - de noodzakelijke ruimte behoudt om met inachtneming van de in casu geldende maatschappelijke inzichten, de zich voordoende rechtsvragen tot een oplossing te brengen. Een rechtssysteem niet als *doel op zich*, maar een hulpmiddel, een *instrument bij de rechtsvinding*. Een instrument dat, waar nodig, om bijstelling vraagt. Bij een aldus opgevatte toerekeningsleer blijven ontelbare vragen waartoe de klassieke dogmatiek aanleiding geeft de rechtzoekende bespaard, hetgeen wederom talloze procedures overbodig maakt. Men kan met de Zwitser A. Meier-Hayoz stellen, ‘dass es nichts Praktischeres gibt als eine gute Theorie’.²⁰ Ook deze schrijver kiest voor die theorieën ‘die aus der Anschauung des Lebens heraus sich entwickeln, die von der Praxis herkommen und wiederum auf die Praxis hin gerichtet sind’.²¹

18. P. 546 v. Rutten onderschrijft de ‘indringende beschouwingen’ van Van Schilfgaarde, waaraan hij refereert, vgl. Asser-Rutten II (1982), p. 74. Aldus ook Asser-Hartkamp II, nr 107 v., die Ruttens lijn voortzet. Nog steeds wordt de vertrouwensleer onjuist weergegeven, en dan bestreden.

19. *WPNR* 5524 (1980), p. 443 v., i.h.b. 445 v. (*Dialektiek van R. en R., Ib*, no. 22, p. 43 v., i.h.b., 44 v.).

20. *Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss*, diss. Zürich 1948, p. 239. Volgens schr. behoort de wilsleer tot de theorieën, ‘die im Gehirn eines weltfremden Denkers geboren wurden und die von einer unpraktischen Rechtswissenschaft gehegt und gepflegt, schließlich ihren Weg in der Gesetzgebung finden’.

21. Met de door schr. ontwikkelde Vertrauensleer kan ik echter niet instemmen, vgl. *N.U.*, diss. p. 412 v.

§ 2. De verbintenis en de methoden van rechtsvinding. De betekenis van een rechtsverhouding voor het ontstaan van verbintenissen.

A. DE VERBINTENIS

1. *Verbintenis contra rechtsplicht*

Hierboven werd de volgende omschrijving van de verbintenis gegeven:

Onder verbintenis wordt verstaan de gebondenheid van een persoon aan een rechtsnorm, die een in beginsel in rechte afdwingbare verplichting tot een door die norm voorgeschreven handelen met zich brengt.¹

Als samenvatting van het eerder betoogde, het volgende. Bij de omschrijving van de verbintenis liet ik de positie van degenen die dat handelen rechtens kan afdwingen buiten beschouwing. Zoals bekend, wordt dit aldus in de heersende leer omschreven, dat diegenen een *recht* met betrekking tot dat handelen heeft. Vergelijk de formulering van Asser-Rutten, dat ... 'de een jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is en deze jegens gene tot die prestatie verplicht is'. In het verlengde van die gedachtengang ligt de zienswijze, dat met de term verbintenis slechts een *vermogensrechtelijke* betrekking tussen personen aangeduid wordt. Daarmee sluit men betrekkingen van 'zuiver familierechtelijke aard' uit. Men kan zich afvragen of dit de meest functionele weg is om dat doel te bereiken.

De terughoudendheid op dit punt wordt nog versterkt, indien men ziet hoe in het BW de vermogensrechtelijke lijn doorgetrokken wordt. Bij de Inleidende Opmerkingen van de toelichting op Boek 6, wordt gesteld: 'Het ontwerp neemt als uitgangspunt, dat alleen bij rechtsplichten, waarmee een subjectief vermogensrecht correspondeert van degene jegens wie de rechtsplicht bestaat, wordt gesproken van verbintenissen', p. 458. Dit heeft tot gevolg, dat in geval van wettelijke rechtsplichten en betamelijkheidsplichten 'niet van verbintenissen gesproken (kan) worden, omdat met deze rechtsplichten niet een subjectief vermogensrecht van de door de norm beschermde persoon correspondeert'. Hetzelfde geldt volgens het Driemanschap voor rechtsplichten die uit eigendom, auteursrecht, etc. voortvloeien. Zoals wij boven zagen, wordt deze benadering van het NBW, en van Meijers, door vele schrijvers verworpen.

De visie van het huidige BW wijkt af van de heersende opvatting, waarin men spreekt van *verbintenissen* uit de wet (vgl. al art. 1269 oud BW). Het is dan ook opmerkelijk dat de *Toelichting geen enkele adstructie aanvoert* voor de voorgestelde wijziging. Naar mijn mening valt niet in te zien waarom de materialistische en individualistische opvatting van de wetgever gevolgd zou moeten worden - doch de bewijslast lag hier mijns inziens bij degenen die de vernieuwing voorstelden, de ontwerpers van het wetboek. De overeenkomstige zienswijze van de wetgever bij de afgrenzing van het begrip 'vermogensrecht' (vgl. art. 3:6 BW), waarbij het begrip *stoffelijk voordeel* centraal staat, vindt men elders bestreden, Deel 1, Hfdst. 3, § 2, nr. 2.

De reden waarom ik in mijn omschrijving van de verbintenis buiten beschouwing heb gelaten of de situatie van degenen die bij de rechtens

1. Hfdst. 8, § 1, nr 2.

§2. METHODEN VAN RECHTSVINDING

afdwingbare handeling een gerechtvaardigd belang heeft, weergegeven moet worden met de term 'recht', vindt vooral zijn oorzaak hierin, dat de literatuur inzake 'subjektieve rechten' te onzent nog steeds in de ban van de wilsleer is.² Niet voor niets spreekt men in dit verband van *wilsrechten*.³

Zonder direkt de zienswijze van Léon Duguit te willen volgen, waarin in het recht enkel verplichtingen en geen rechten bestaan⁴, wil ik hier volstaan met de opmerking dat deze materie, althans wat mij aangaat, nader doordacht moet worden. In dit werk kan die problematiek evenwel niet ten principale aan de orde gesteld worden.

Dan nog enkele opmerkingen met betrekking tot de plaats die de wilsleer inneemt bij de belendende percelen van het verbintenisrecht. De zoëven aangestipte problematiek inzake subjektieve rechten, bestrijkt ook het terrein van het zakenrecht. De wijze waarop bijvoorbeeld het eigendomsrecht in deze eeuw beperkingen heeft ondergaan, op basis van art. 1401 (en thans 6:162), wijst er reeds op dat voor een niet-individualistische visie op de 'zakelijke rechten' in het moderne recht plaats is. Zij werd bij mijn weten nog niet ontwikkeld.⁵ Is de rol van de wilsleer op dit terrein een bedekte, op andere delen van het zakenrecht komt zij openlijk naar voren. Hierbij valt vooral te denken aan de wijze waarop men in de heersende leer bij de figuur van het *bezit* - ter onderscheiding van het houderschap - nog steeds het onderscheid hanteert dat door de hogepriester van de wilsleer, Von Savigny, ontwikkeld werd: *animus* naast *corpus*, welke beide elementen vereist zijn voor bezit. Een zienswijze die overigens al in de vorige eeuw door de practicus Von Jhering bestreden werd.⁶ Ook hier voorkomt men dat de doktrine zich al te zeer van de behoeften van het rechtsverkeer ver-

2. Vgl. bijv. Ph. A.N. Houwing, *Subjectief recht, rechtssubject, rechtspersoon*, diss. Leiden 1939. In dezelfde geest Meijers, die voor de 'eigenlijke subjectieve rechten' de leer van 'le but social' verwerpt, vgl. boven, Hfdst. 8, § 1, nr 6.

3. Bij G.W. Rupke, *Wilsrechten*, diss. Utrecht 1914, die deze term in roulatie heeft gebracht, ligt dit nog anders. Rupke onderscheidt - met verwerping van de zienswijze van Hegel en Thon - de 'individualistische' en de 'communistische gedachte' (hij schrijft nog vóór 1917!). In de laatste door Rupke onderschreven gedachte wordt onder het begrip subjectief recht verstaan: 'de door het objectieve recht erkende bevoegdheid, daden te verrichten, die voor het recht betekenis hebben', p. 24. Eerst bij de uitoefening van het subjektieve recht komt volgens schr. het wilselement tevoorschijn. Het gaat om de openbaring van het individu, niet om een wilsheerschappij. Vgl. voor de meer recente literatuur, waarin de wilsleer aangehangen wordt, de beschouwingen van A.P. Timmermans en S.J. Bosma in AA XIII (1963), resp. p. 18 v., 83 v., en 57 v. De laatste spreekt van het wilsrecht als een 'bastaardbegrip'. Vgl. ook nog Aaftink, diss. P. 64 v.

4. *Traité de droit constitutionnel* I, 2e dr. 1921, bestreden door Scholten, *Alg. Deel*, p. 18. Vgl. voor Duguit in de recente literatuur, C.K. Allen, *Law in the making*, 7 th ed. 1964, p. 39 v.; *Legal Duties*, p. 158 v. Duguit volgt de stelling van Comte - in de woorden van Allen - 'the only right which any man can possess is the right always to do his duty'. Vgl. voor Duguit en Saleilles, zijn tijdgenoot: Marty-Raynaud, *Les Obligations*, Tome 1, 2e ed., 1988, p. 5 v.

5. Vgl. ook nog Pitlo, *Evolutie in het privaatrecht*, 1969, p. 179 v.

6. Vgl. Asser-Beekhuis I (1975), p. 92 v. Von Jhering werd door Asser-Scholten, *Zakenrecht*, gevolgd.

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

vreemdt, door niet een psychisch, maar een geobjektiveerd wilsbegrip te aanvaarden.⁷

Tot welke problemen ook hier de handhaving van de overleefde wilsdogmatiek leidt, bewijst de problematiek rond bezit door middel van derden, en casusposities als die van het *Sio-arrest*, HR 22 mei 1953, *NJ* 1954, 189. Hier vindt men de strijdvraag of een wil van een vertegenwoordiger ‘zakelijk gebonden’ kan zijn (aldus o.a. Pitlo), of niet (aldus o.a. Houwing en J. Drion).⁸ De scheidslijn die in de verbintenisrechtelijke doktrine te trekken valt tussen schrijvers die de normatieve, en zij die de historisch-psychologische methode van uitleg voorstaan, gaat zoals hier blijkt ook voor het zakenrecht op.⁹ Dit hoeft geen verwondering te wekken. De problemen waarvoor men in het verbintennisrecht gesteld wordt, bijv. ten aanzien van middellijke en onmiddellijke vertegenwoordiging, vinden in het zakenrechtelijk vlak slechts een herhaling.

Indien men inzielt op welk negentiende-eeuws a priori de figuur van de bezitswil berust¹⁰, ligt de weg open om het zakenrecht van een nieuwe grondslag te voorzien, welke meer aan de huidige in de praktijk geldende inzichten met betrekking tot de rechtsvinding aangepast is. Een poging daartoe valt echter buiten het bestek van dit boek.

Ook voor een onderzoek naar de werking van de wilsleer in het erfrecht en het bewijsrecht is in dit werk geen plaats. Vergelijk voor de in het erfrecht centraal staande figuur van de ‘uiterste wilsbeschikking’, in het bijzonder wat betreft de zich daarbij voordoende uitlegproblemen, mijn beschouwingen in het *WPNR* van 1969.¹¹ Op die rechtsgebieden heeft naar mijn mening de wilsleer evenmin een bestaansgrond. Bij dit obiter dictum moet het hier echter blijven.

Om terug te keren tot het verbintennisrecht, het onderhavige hoofdstuk vertoont de volgende indeling. Voor een nadere bestrijding van prominente aanhangers van de wilsleer als Meijers, Van der Heijden en Rutten, die geboden lijkt gezien het gezag dat deze schrijvers hebben, verwijs ik naar beschouwingen

7. Aldus Asser-Beekhuis, 9e dr., 1957. In de 10e dr., 1975, t.a.p. verwerpt Beekhuis het geobjektiveerde wilsbegrip als criterium voor bezit, en acht ‘rechtswil’ een kleurloos begrip. Schr. zoekt van uit deze optiek aansluiting bij het NBW, vgl. art. 3:108 BW, met zijn formulering: ‘de uiterlijke feiten naar verkeersopvatting’ en voor de rechtspraak op dit terrein o.a. HR 3 april 1924, *NJ* 567, *Beckers - NV Thermos*, een uitspraak à la Von Jhering. Zie ook Asser-Mijnssen-De Haan, 13e dr., 1992, p. 105 v.

8. Vgl. hieromtrent Asser-Beekhuis I (1957), p. 111; (1975) p. 114. Beekhuis sluit zich (onder voorbehoud) bij Pitlo aan.

9. Vgl. voor die controverse Deel 1, p. 131 v.

10. Vgl. de omschrijving die J.A. Levy van de soevereiniteit van de wil gaf: een ‘zeepbel, die verdwijnt, zoodra men haar schitterend schijnsel van nabij beschouwt’, *Nw Bijdr.* 1881 p. 368.

11. *De methode van uitleg bij testamenten*, etc. *WPNR* 5048-5050. Vgl. hiervoor Deel 1, p. 139. Ook op dit terrein behoort Meijers (daarin gevolgd door Van der Ploeg) tot de voorstanders van de op de wilsleer gebaseerde historisch-psychologische uitlegmethode, terwijl Eggens in het andere kamp thuis hoort, vgl. mijn artikel. In het bewijsrecht vormt Eggens de tegenhanger van Anema (die door Verdam gevolgd wordt), die de wilsleer aanhangt. Eggens huldigt de ‘objectieve vertrouwensleer’, waarin de aan partijen toegerekende wil niet een rechtsfictie is, maar een ‘rechtsfixatie’, vgl. Land-Eggens, 1933, p. 22, nt. 2.

§2. METHODEN VAN RECHTSVINDING

elders¹², om allereerst de hier verdedigde toerekeningsleer nader uit te werken. De daarbij gevonden oplossingen zullen steeds aan die van de heersende leer getoetst worden. In deel *b* van deze paragraaf wordt het rechtskarakter van de uitleg aan een nader onderzoek onderworpen. Vervolgens komt, in § 3, het ontstaan van verbintenissen door middel van vertegenwoordiging aan de orde.

B. NORMATIEVE UITLEG: UITLEG OPGEVAT ALS RECHTSVINDING

2. *Inleiding. Casus: Trierer Weinversteigerung. Methode van rechtsvinding; elke rechtsnorm is een open norm*

Hierboven werd, in aansluiting op de omschrijving van de rechtshandeling, uitleg omschreven als de vaststelling *welke* rechtsgevolgen de handelende op grond van in casu geldende rechtsnormen toegerekend worden, hetgeen betekent de vaststelling van de verbintenissen die ten opzichte van de handelende zijn ontstaan en/of tenietgegaan. Tot dusver werd slechts opgemerkt, dat die vaststelling een *normatief* proces inhoudt, aangezien zij door rechtsnormen gedictieerd wordt. Dan is nu het moment gekomen, om dit aspect aan een nader onderzoek te onderwerpen. Ik zou de vraag naar het rechtskarakter van de uitleg, naar wat hier met 'normatief' bedoeld wordt, willen concretiseren aan de hand van een analyse van de wijze waarop men bij de uitleg van een handeling te werk gaat.

Als casuspositie zou ik het klassieke geval van de 'Trierer Weinversteigerung' willen nemen. A is op een veiling aanwezig en steekt tijdens het bieden zijn hand op. De veilinghouder G neemt het aanbod aan met een hamerslag. A, tot betaling aangesproken, stelt dat hij met het opsteken van zijn hand slechts beoogde een oude vriend te groeten die hij plotseling in de zaal zag zitten, zodat in casu van geen bod sprake is. Rechtsvraag: Mag G de handeling van A als rechtshandeling (aanbod) opvatten? Anders gesteld: Heeft A's handeling als rechtshandeling te gelden?

De beantwoording van deze uitlegvraag bestaat uit een combinatie van een onderzoek naar de feiten, en een onderzoek naar de voor die situatie geldende rechtsnormen. Dat laatste brengt voor de uitlegger - na raadpleging van wet, gewoonte, jurisprudentie, en de gangbare rechtsopvattingen zoals die in doktrine en praktijk leven - als rechtsnorm aan het licht: 'Ingevolge bestendig gebruik geldt opsteken van een hand tijdens het bieden op een veiling onder omstandigheden als bod van de handelende persoon. Daartoe is in elk geval vereist, dat de handelende met het gebruik bekend was of behoorde te zijn, dat hij redelijkerwijze moest begrijpen dat er een veiling gaande was, en dat de veilinghouder te goeder trouw was'.¹³ Uit deze omschrijving blijkt reeds, dat het formuleren van de norm op zich al een daad van 'rechtsvinding' betekent.¹⁴

12. Vgl. daarvoor *N.U.*, diss. p. 317-353. Daar vindt men ook de buitenlandse literatuur op dit stuk verwerkt.

13. Als men deze norm formuleert enkel met behulp van de term 'in de regel' - hetgeen gebruikelijker is - dan heeft men het oog op 'normale' omstandigheden, die de 'regelmaat' aangeven. Omstandigheden die in mijn formulering expliciet aan de orde kwamen.

14. De aldus omschreven norm vormt op zich al een concretisering van de algemene rechtsnorm: een ieder dient zich aldus te gedragen, als in het maatschappelijk verkeer betaamt.

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

En wederom is sprake van rechtsvinding indien men de norm met de feiten confronteert, en aldus de uitleg tot een einde brengt. Voor een beoordeling van beide stadia van rechtsvinding - die in wezen *één organisch geheel* vormen¹⁵ - is uiteraard van groot belang, welke zienswijze men ten aanzien van de rechtsvinding in het algemeen inneemt. Naar ik meen geldt in de heersende rechtsopvatting de klassieke deductieve methode, waarbij aan de hand van een syllogisme het concrete geval onder de regel gesubsumeerd dient te worden¹⁶, als afgedaan.¹⁷ Wat evenwel onder de moderne methode van rechtsvinding verstaan moet worden, laat zich niet in één pennestreek weergeven. Ik geef hier mijn mening, om hieronder nog daarop in het kort terug te komen. Elke rechtsnorm - om het even of zij tot het 'ongeschreven' recht dan wel tot het 'geschreven' recht behoort - is naar mijn mening een *blanketnorm*, d.w.z. een *open* norm, die eerst na invulling van de concrete feiten zijn gestalte krijgt. *De rechtsnorm manifesteert zich pas in zijn toepassing op het concrete geval.* In haar statische verschijning is de norm slechts een juridisch frame, om het wat onaardiger te zeggen, een gemeenplaats. In de huidige rechtspraak en wetgeving valt die verschijning niet meer weg te denken, vervat in formuleringen als: 'onder omstandigheden', 'in den regel', 'tenzij de goede trouw zich daartegen verzet', 'naar redelijkheid en billijkheid'.^{18, 19}

In de gegeven casuspositie confronteert men nu de opgestelde (blanket)-norm met de feitenconstellatie. Van dat laatste zal afhangen hoe de norm zich realiseert, hetgeen bepalend is voor het resultaat van de uitleg. Aan de geformuleerde norm werden door mij al enkele 'omstandigheden' - als men in regels denkt: 'uitzonderingen' - toegevoegd. Er kan zich echter de omstandigheid voordoen - de werkelijkheid is grilliger dan de stoutste fantasie - dat de norm zoals dat in de wandeling heet, 'verfijnd' wordt. De aldus ontstane nieuwe versie van de norm vindt, evenals de al door mij omschreven versie zijn grondslag in de algemene norm waarop het hele privaatrecht gegrondvest is, namelijk dat men zich aldus heeft te gedragen, als in het maatschappelijk verkeer betaamt. Of om het adagium te gebruiken dat de Romeinen aan vele generaties van juristen hebben voorgehouden: *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere.*

Is deze visie juist, dan kan men stellen dat de uitleg zèlf *een daad van rechtsvinding is*, in de aangegeven zin. Uitleg van een (rechts)handeling is

15. Men heeft immers bij de formulering van een rechtsnorm al in het achterhoofd op welke feiten hij toegepast moet worden. Wat netter gezegd: het is een anticiperende werkzaamheid.

16. In casu zou dat syllogisme als volgt luiden. *Maior*: Een ieder die zijn hand opsteekt tijdens het bieden op een veiling, doet een bod. *Minor*: A heeft zijn hand tijdens het bieden op een veiling opgestoken. *Conclusie*: A heeft een bod gedaan.

17. Vgl. m.b.t. de algemene aspecten van de rechtsvinding nog *N.U.*, diss. p. 222 v., opgenomen in: *Dialektiek R. en R. 1a*, p. 25 v.

18. Men spreekt in dit verband van '*vage normen*', vgl. in die zin o.a. J.M. Polak, *Theorie en praktijk der rechtsvinding*, diss. Leiden 1953. Ook in de wetgeving van oudere datum, komt men veel blanketbepalingen tegen, waardoor de rechtsontwikkeling de vrije loop gelaten werd, ik noem slechts de artt. 1374 en 1375 oud BW. Een veel gehanteerde blanketformulering is ook: 'indien daartoe gronden aanwezig zijn'. Vgl. art. 739 Rv., art. 1280 oud BW.

19. De door mij gehanteerde term 'open norm' (of blanketnorm), het alternatief van de 'vage norm' in positivistische kringen, heeft intussen weerklank gevonden vgl. Hondius, *preadv. NJV*, 1979, p. 169; Nieuwenhuis, diss. p. 21.

§2. METHODEN VAN RECHTSVINDING

derhalve het *op grond van in casu geldende rechtsnormen toerekenen van rechtsgevolgen aan een handelende persoon*. Het is om dit creatieve proces weer te geven, dat hier van *normatieve uitleg* gesproken wordt.

Uit het hier gestelde komt eveneens naar voren, dat als men de *wil* van de handelende persoon niet langer als grondslag voor zijn gebondenheid in rechte aanvaardt - een visie waarin de uitleg gereduceerd wordt tot het vaststellen van die feitelijk gedachte wil -, het alternatief niet hoeft te zijn dat men 'het vertrouwen' als nieuwe grondslag aanvaardt, gelijk in de vorige eeuw gepropageerd werd. Boven werd al gewezen op de begripsverwarring die daardoor ontstaat. Het uitgangspunt van de vertrouwenstheorieën is niettemin juist. Indien men evenwel analyseert waarom in een bepaalde situatie het door de handelende gewekte gerechtvaardigde vertrouwen zijn gebondenheid veroorzaakt, kan men concluderen, dat in casu een *rechtsnorm* dat voorschrijft. Een norm die ofwel tot het 'geschreven' recht (bijv. art. 3:36 BW; art. 1376a oud BW), ofwel tot het 'ongeschreven' recht behoort (bijv. het 'vertrouwensbeginsel', zoals aanvaard i.g.v. versprekingen of verschrijvingen). Zoals opgemerkt, heeft het uitleggingsproces opgevat als rechtsvinding, een tweeledig karakter: enerzijds dient voor het concrete geval een (blanket)norm opgesteld te worden ('geldt hier het beginsel van de opgewekte schijn?') anderzijds is de (nadere) concretisering vereist van die open norm met behulp van de omstandigheden van het geval. Ik bracht al naar voren, dat beide aspecten van de rechtsvinding in mijn opvatting een synthese vormen, en niet als twee van elkaar onafhankelijke processen gezien moeten worden.²⁰

3. *Betekenis van een rechtsverhouding voor de uitleg van handelingen. Twee wegen bij de rechtsvinding. Drie casus*

Tot dusver was reeds voorwerp van uitleg een menselijke *handeling*, waarbij het erom ging, te bepalen of die feitelijke handeling als rechtshandeling te gelden heeft. Welke rol speelt hierbij de omstandigheid, dat de handelende persoon in een *rechtsverhouding* staat met degenen tot wie de handeling gericht werd? Is nu die *rechtsverhouding*, bijvoorbeeld - in mijn opvatting - de overeenkomst die tevoren aangegaan werd, voorwerp van uitleg, met voorbijgaan van de handeling zelf? Of worden beide figuren tegelijk aan uitleg onderworpen? Om op deze vragen antwoord te kunnen geven, dient eerst duidelijk te worden, om wat voor uitlegproblemen het hier gaat.

In de jurisprudentie die in de vorige hoofdstukken geanalyseerd werd, zag men dat twee wegen door de rechter bewandeld werden. Soms gaat men van de *handeling* zelf uit, en tracht door uitleg tot de vaststelling te komen van een rechtshandeling (opzegging, afstand van recht, nakoming e.d.). In andere gevallen concentreert men zich bij de uitleg op het contractuele *recht* (c.q. de verplichting) waarop de handeling gebaseerd werd, en lijkt de handeling zelf geen rol te spelen. Dit valt aan de hand van een paar voorbeelden te verduidelijken.

20. Zoals gezegd, nt. 16, wordt de vertrouwensleer door Rutten en Hartkamp onjuist weergegeven, als zou het enkel om vertrouwen in de wil van de wederpartij gaan. Vgl. hiertegen, *N.U.*, diss. p. 349 v.

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

Allereerst een handeling die in een *doen* bestaat. Stel dat een contract een beding inhoudt, dat een partij (X) 'te allen tijde' mag opzeggen. X doet op een goede dag zijn wederpartij Y een mededeling, waarbij hij de overeenkomst voor opgezegd verklaart. Y stelt zich desondanks op het standpunt dat de overeenkomst niet beëindigd is. De opgeworpen rechtsvraag luidt: heeft de overeenkomst een einde gevonden, doordat de mededeling van X als opzegging te gelden heeft? In de als eerste aangegeven benaderingswijze, onderzoekt men of de mededeling bij normatieve uitleg een *rechtshandeling* oplevert, op de boven omschreven wijze. Uitgangspunt bij de rechtsvinding is de contractuele norm - overduidelijk een blanketnorm -: 'X mag te allen tijde de overeenkomst door opzegging beëindigen'. Toevoeging van de omstandigheden van het geval als ingrediënten van de rechtsvinding, kan als slotsom opleveren - in algemene termen gesteld - dat de mededeling van X onder de geldende omstandigheden niet als rechtshandeling aangemerkt kan worden.²¹

In de als tweede genoemde methode, onderwerpt men het *recht* van X om op te zeggen aan een onderzoek.²² Dat recht - doorgaans 'bevoegdheid' genoemd in het juridische spraakgebruik - berust op de bewuste contractsbepaling, derhalve op een contractsnorm. Ook hier stuit men dus op de noodzaak deze blanketnorm inhoud te geven door het proces van rechtsvinding. Aan de aldus gevonden norm ontleent het daarmee corresponderende recht zijn inhoud. Tenslotte dient men de feitelijke handeling (de mededeling van X) aan het aldus bepaalde recht te toetsen. Valt die toets positief uit, dan heeft men te maken met een rechtshandeling, en daarmee heeft men in deze methode het gestelde eindpunt bereikt.²³

Vervolgens een tweetal voorbeelden, waarbij een handeling in de vorm van een *niet-doen* in het spel is. Y is verzekerd bij X tegen schade die uit bepaalde evenementen kan voortvloeien. Op grond van een dergelijk evenement loopt Y schade op, Y vordert van X vergoeding van de schade uit hoofde van de verzekeringsovereenkomst. X weigert dit met als argument, dat Y de polisbepaling *z* niet nageleefd heeft, met als gevolg - krachtens dezelfde bepaling - dat X niet tot uitkering verplicht zou zijn. Rechtsvraag: heeft het niet-doen van X als rechtshandeling te gelden? Hierbij zijn voor de uitlegger twee rechtshandelingen ter keuze: de betaling (nakoming), en - de tegenpool daarvan - wanbetaling (wanpresteren).

In de eerste methode vormt weer de handeling van X voorwerp van uitleg. Daarbij staan de in art. *z* van de polis neergelegde blanketnorm en tevens de omstandigheden van het geval, centraal. In de tweede methode - het relaas kan bekort worden - wordt het zoeklicht gericht op het recht (de bevoegdheid) van X om zich op art. *z* te beroepen²⁴, vgl. boven.

21. Aldus bijv. Rb. Den Haag in *Electriciteits-Mij Wassenaar - Timmers* (1927) en Rb. Rotterdam in *Scheepswerf De Hoop - Transport Mij 'Terneuzen'* (1931); vgl. N.U., diss. p. 50 v.

22. Aldus bijv. de hoge raad in *Sanders - Sanders* (1966); vgl. Deel 1, p. 152 v.

23. In het daareven genoemde arrest vindt in de overwegingen van de hoge raad een geruisloze overgang plaats van de uitleg van de *bevoegdheid* tot opzegging (in casu m.b.t. een overeenkomst van bruikleen), naar de opzeggingshandeling zelf, die 'slechts kan plaatsvinden om redenen als door het hof... zijn omschreven', vgl. boven, t.a.p.

24. In de laatste zin, het *rederij Koppe*-arrest (1949) vgl. Deel 1, Hfdst. 2, § 2, nr. 5.

§2. METHODEN VAN RECHTSVINDING

Als laatste casus het geval dat Y ter uitvoering van een overeenkomst zijn wederpartij X een bepaalde zaak levert. Geruime tijd na de levering tot betaling aangesproken, weigert X zijnerzijds na te komen, met de mededeling dat de prestatie van Y niet overeenkomt met de contractueel (ex art. *t*) voorgeschreven prestatie. Rechtsvraag: heeft het niet-doen van X in het tijdperk tussen de levering en zijn mededeling aan Y, als rechtshandeling te gelden?

In de eerste methode wordt onderzocht of het niet-doen van X (het niet reklameren ex art. *t* van het contract) als afstand van recht geduid moet worden, op de eerder omschreven wijze.²⁵ In de tweede methode concentreert men zich weer op het recht van X om zich op art. *t* te beroepen, dat door middel van uitleg vastgesteld wordt.²⁶

Indien men zich nader bezint op de hantering van de beide - ook in de rechtspraak - gehanteerde methoden, dan valt op, dat al naar mate de handeling in kwestie in de doktrine minder bekendheid geniet als rechtshandeling, de rechter geneigd is de 'tweede' methode te volgen, en de vaststelling van de bevoegdheid tot handelen centraal te stellen. Voor de opzegging (de eerste casus) valt te wijzen op *Sanders - Sanders* (1966).

Eenzelfde tendens lijkt mij te bestaan ten aanzien van het tweede geval (betaling/wanbetaling), vgl. het *rederij Koppe*-arrest (1949). Hier geldt - sterker dan in het eerste geval - dat de doktrine verdeeld en onduidelijk is ten aanzien van het rechtskarakter van de (rechts)handelingen in kwestie, hetgeen de keus tussen beide methoden zeer wel beïnvloed kan hebben ten gunste van de tweede. Op het terrein van de derde casus (afstand van recht/rechtsverwerking) ligt dat anders. Daar bestaat in de doktrine eenstemmigheid over het karakter van afstand van recht, nl. als zijnde een eenzijdige rechtshandeling. Men ziet dan ook dat de hoge raad in de jurisprudentie beide methoden naast elkaar als bruikbaar aanwijst, vgl. bijv. *Maaskant - De Oude* (1952). In de eerste helft van deze eeuw werd - zoals elders beschreven - voornamelijk de eerste methode gevolgd.

4. *Analyse van de beide wijzen van rechtsvinding. De leer van de hoge raad inzake uitleg van bevoegdheid*

Dan dient nu bezien te worden, hoe beide methoden die door de rechter bij de rechtsvinding gevolgd worden, zich ten opzichte van elkaar verhouden. In dat verband laat zich de vraag stellen, of het wel juist is om zoals hier geschiedt, wanneer de rechter het over de bevoegdheidsboeg gooit, dit aan te merken als normatieve uitleg van die bevoegdheid (alias dat recht). Ter weerlegging van dat bezwaar kan allereerst een beroep gedaan worden op een arrest van de hoge raad, dat een 'leading case' op het gebied van uitleg is, al vond het als zodanig niet overal erkenning. Ik denk daarbij aan het al genoemde *rederij Koppe*-arrest. Dit arrest werd in de heersende wilsleer ten onrechte verguisd, vooral door

25. In deze zin bijv. de arresten *Kerstholt - Rasker* (1927) en *Borsje - De Hoop* (1932), vgl. *N.U.*, diss. p. 85 v.

26. In de jurisprudentie wordt dit doorgaans tot uitdrukking gebracht met de formulering, dat onder de gegeven omstandigheden een beroep op het recht in kwestie in strijd is met de goede trouw, vgl. bijv. *Maaskant - De Oude* (1952), *Vita - Leeuwerke* (1963), vgl. *N.U.*, diss. p. 88 v.; 92 v. Vgl. voor de materie ook nog onder, nr 7.

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

toedoen van Houwings noot onder het arrest. Onder verwijzing naar de uitvoerige behandeling van deze materie²⁷ kan hier volstaan worden met het aanhalen van de uitspraak van de hoge raad.

‘dat het hof in de eerste plaats de ‘situatie’ in de wereld van verzekeraars, makelaars en assurantiebezorgers te Amsterdam en Rotterdam heeft getekend, waarin de onderhavige verzekering door de Fa. Blom en van der Aa voor Koppe is afgesloten met de Zwitserse;

dat als het hof, *uitsluitend onder inroeping van die situatie*, oordeelt, dat, indien al beroep op de betrokken bepalingen kan worden gedaan, de goede trouw in ieder geval meebrengt, het beroep op art. 6 van de polisvoorwaarden te beperken tot de gevallen, waarin het beroep, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk is te achten, *het hof dus doende die voorwaarde heeft uitgelegd*;

dat het hof immers in dit oordeel bedoelde uit te drukken, dat, al staat letterlijk genomen in art. 6, dat de verzekerde 14 dagen na het vervallen van de premie zijn aanspraken op schadeloosstelling verliest, een *redelijke uitleg* van deze en soortgelijke zinswendingen in polissen in dezen tak van verzekering voorkomende *meebrengt, dat zij worden verstaan in de betekenis, welke daaraan in voormelde wereld wordt gehecht*, te weten dat de verzekeraar *bevoegd is na ommekomst van die 14 dagen een aanspraak van den verzekerde af te wijzen, indien zulks, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk is te achten*;

dat het hof vervolgens een vijftal omstandigheden heeft vastgesteld, waaraan het hof toetst, of te dezen afwijzing al dan niet redelijk was te achten;

dat uit een en ander blijkt, dat het hof niet, zoals het middel wil, wijziging heeft gebracht in hetgeen tussen partijen is overeengekomen, doch, *na vaststelling van de betekenis van hetgeen overeengekomen was, op den grondslag daarvan zijn beslissing van het onderhavige geval heeft gegeven*;’ (mijn curs.).

Bij de beoordeling van het arrest dient men in het oog te houden, dat het cassatiemiddel opgesteld was onder invloed van het sarong- en weefgetouwsyndroom: de rechter mag niet op grond van de goede trouw het uitdrukkelijk overeengekomene wijzigen of opzij zetten.²⁸ Terzake is dus slechts of het hof bij de vaststelling dat het beroep op art. 6 beperkt wordt door de goede trouw²⁹, het bewuste art. 6, - hetwelk de norm bevat die hier bij de rechtsvinding centraal staat - ‘uitgelegd’ heeft, dan wel ‘gewijzigd’ heeft. Ook in deze situatie blijkt de hoogste rechter een *normatieve* methode van uitleg voor te staan, vgl. de zoëven aangehaalde overwegingen. Het is te begrijpen dat een aanhanger van de wilsleer, in de mening dat uitleg niet anders kan zijn dan het opsporen van de subjektieve bedoeling van de partij(en) in kwestie, met de uitspraak van de hoge raad niets kan beginnen, en hem daarom ook maar een ‘dubbele fictie’ aanwrijft, gelijk Houwing in zijn noot doet.³⁰ Op deze plaats is vooral nog van belang de voorstelling van zaken van de cassatierechter, nl. dat het hof na vaststelling van de betekenis van hetgeen overeengekomen was, op de grondslag daarvan zijn

27. Vgl. Deel 1, Hfdst. 2, § 2, nr. 5.

28. Hierbij heeft ‘het uitdrukkelijk overeengekomene’ een *statische* betekenis, die a.h.v. een grammatikale, of wel historisch-psychologische uitlegmethode vastgesteld wordt. De goede trouw komt in die visie geen plaats bij de uitleg toe, doch slechts bij *wijziging* van het overeengekomene, indien de wet dat toelaat. Een vraag die de hoge raad in de twintiger jaren in negatieve zin beantwoordde. Een gedachtengang die ook Meijers volgde - al bestreed hij met vele anderen de conclusie van de hoogste rechter - en die in art. 6:258 BW terug te vinden is.

29. Vgl. over die constructie nog nader hieronder, nr 7.

30. Vgl. hiervoor Deel 1, Hfdst. 2, § 2, nr. 5.

§2. METHODEN VAN RECHTSVINDING

beslissing in het onderhavige geval heeft gegeven. En wel door aan de hand van een vijftal omstandigheden te toetsen ‘of te dezen afwijzing al dan niet redelijk is te achten’, vergelijk de voorlaatste hier aangehaalde overweging. Doordat deze toets negatief uitviel, hield de beslissing in, dat de handeling van de verzekeraar (nl. niet uitkeren) als wanprestatie uitgelegd werd. Hetgeen betekent, dat de uitleg van die handeling hier meebrengt, dat de handelende persoon de rechtshandeling wanbetaling toegerekend krijgt.

Deze benaderingswijze, waarbij de *bevoegdheid* waarop de handeling in kwestie berust voorwerp van uitleg vormt, alvorens men tot de uitleg van de *handeling* zelve kan overgaan, wordt door de hoogste rechter ook op tal van andere rechtsgebieden gevolgd. Zo overwoog de hoge raad met betrekking tot de bevoegdheid een faillissement te doen uitspreken:

‘dat toch de bevoegdheid om een faillissement uit te lokken - zoals de aard van dit rechtsmiddel mede brengt - den schuldeischer slechts *is gegeven om daarmede zijn rechtmatige belangen te beschermen*, en van dit rechtsmiddel *niet een willekeurig en met het oog op die belangen onnoodig, gebruik kan worden gemaakt, vermits zoodanig gebruik buiten de grenzen der door de wet verleende bevoegdheid valt.*³¹

Nog principiëler zijn de overwegingen die in een later arrest aan deze kwestie werden gewijd.³² Ook hier betreft het een bevoegdheid die op de wet gebaseerd is - hetgeen niet om een andere methodiek vraagt vergeleken met de op een contractsbepaling berustende bevoegdheid - nl. om conservatoir beslag te leggen. In het geding was de vraag, of de beslaglegger slechts tot schadevergoeding verplicht is, indien hij onzorgvuldig heeft gehandeld.³³ De hoge raad meent dat indien de vordering tot vanwaardeverklaring afgewezen wordt, de ‘gronden’ als bedoeld in art. 739 oud Rv. aanwezig moeten worden geacht, en geeft daarbij de volgende motivering:

‘dat toch het inruimen van de bevoegdheid om ter verzekering van een vordering waarvan het bestaan in rechte nog niet is vastgesteld, een conservatoir beslag te leggen en daardoor aan anderen het vrije beschikkingsrecht over hun eigendommen te ontnemen, alleen dan maatschappelijk gerechtvaardigd kan worden geacht, indien de beslagene er verzekerd van kunnen zijn, dat de door de beslagen geleden schade hun zal worden vergoed, als de vordering tot vanwaardeverklaring wordt afgewezen;

dat daarom een redelijke wetstoepassing er toe leidt om aan te nemen, dat degene die een conservatoir beslag legt, *voor eigen risico handelt, met dien verstande dat de door het beslag geleden schade* - bijzondere omstandigheden daargelaten - *door hem moet worden vergoed*, indien het beslag ten onrechte gelegd blijkt te zijn, en dat het aan zijn aansprakelijkheid voor deze schade niet kan afdoen dat hij, op verdedigbare gronden van het bestaan van zijn

31. HR 26 juni 1942, NJ 585, *request Weegewijs* (mijn curs.); in dezelfde zin, HR 4 sept. 1942 NJ 617, *request Twentsche Bank*.

32. HR 15 april 1965, NJ 331, nt DJV, *Snel - Ter Steege*. In deze zin ook: HR 21 febr. 1992, NJ 321, *Van Gastel - Elink Schuurman*; HR 13 jan. 1995, NJ 1997, 366, nt CJHB, *Ontvanger Dir. Bel. - Bos*. Vgl. ook HR 11 april 2003, NJ 440, *Hoda International - Mondy Foods*; AA 2003, p.773, nt Van Mierlo. Zie ook nog inzake onrechtmatig beslag door de staat: HR 24 jan. 1997, NJ 1999, 56, nt CJHB, *beslag kabeljauw*; HR 5 dec. 2003, NJ 2004, 150, *beslag*; HR 19 dec. 2003, NJ 2004, 348, *beslag*.

33. Art. 739 Rv. geeft slechts de - door de wetgever wel meer gehanteerde - blanketformule ‘indien daartoe gronden aanwezig zijn’.

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

vorderingsrecht overtuigd, bij het leggen van het beslag niet lichtvaardig heeft gehandeld' (mijn curs.).

In vele opzichten is dit arrest van groot belang.³⁴ Hier is voor ons slechts aan de orde, de wijze waarop het college de bevoegdheid om beslag te leggen benadert. De beslaglegging zelf is een rechtshandeling, die gerelateerd wordt aan de in de wet verleende bevoegdheid tot die handeling. Die bevoegdheid wordt door de hoge raad aldus uitgelegd dat zij 'maatschappelijk gerechtvaardigd' genoemd kan worden. De uitleg van de *bevoegdheid* - vergelijk de als eerste aangehaalde overweging - is bepalend voor de uitleg van de *handeling* zelf - vgl. de als tweede aangehaalde overweging. De slotsom is, dat degenen die de rechtshandeling verricht (de beslaglegger), een rechtsgevolg van zijn handelen toegerekend krijgt: nl. de verbintenis om de schade uit hoofde van het gelegde beslag te vergoeden. Bij deze normatieve methode van uitleg die men hier gehanteerd ziet, geschiedt de eerste fase (uitleg van bevoegdheid) onder de vlag van 'redelijke wetstoepassing'.³⁵ Opmerkelijk is, dat bij deze wetsuitleg de 'bedoeling van de wetgever', de wethistorie en dergelijke geen enkele rol spelen. Het nut van de als open norm geformuleerde wetsbepaling (art. 739 oud Rv.), is hiermee naar mijn mening weer bewezen. De maatschappelijke rechtsopvattingen ten tijde van de uitleg kunnen op die wijze hun werking op de rechtsvinding uitoefenen, sans gêne.

Na deze uiteenzetting omtrent de in de rechtspraak gevolgde methoden van rechtsvinding is het moment gekomen om een oordeel over de twee wijzen van benadering te vellen. Uit de zoëven besproken arresten - die ik voor de methode van rechtsvinding als standaardarresten beschouw - *Sanders - Sanders, Rederij Koppe*, de requesten *Weegewijs* en *Twentsche Bank, Snel - Ter Steege*, wordt in stijgende mate duidelijk, dat in de rechtsvinding van de hoge raad de aangegeven tegenstelling uitleg van de handeling - uitleg van de bevoegdheid tot handelen, niet aanwezig is. *De vaststelling van de rechtsbetekenis van een bepaalde bevoegdheid blijkt nooit een doel op zich te zijn, maar steeds uiteindelijk op de handeling gericht te zijn die voorwerp van uitleg is - en doorgaans de aanleiding tot het geding.* Deze uitkomst, die op het eerste gezicht wellicht niet zo verrassend is, heeft niettemin verstrekkende consequenties voor verschillende methodische vraagstukken, die, als zij relevant zijn, ook voor de rechtspraktijk van grote betekenis zijn.

34. Vgl. voor deze problematiek verder *Onrechtmatige daad I*, nr 277 v.; zie ook concl. a-g Vranken en noot brunner in *NJ* 1997, 366.

35. Een formulering die de hoge raad ook gebruikt bij het restrictief interpreteren van de verborgen gebrekenregeling, vgl. HR 3 april 1970, *NJ* 252, nt GJS, *Van Andel - CP fabrieken*, en vroeger reeds bij de introductie van een rechtsfiguur als de conversie in HR 21 jan. 1944, *NJ* 120, *Van de Water - Van Hemme*, en bij de aansprakelijkheid voor dieren, HR 31 mei 1963, *NJ* 1966, 338, *ingeschaarde vaars*-arrest.

§2. METHODEN VAN RECHTSVINDING

5. *Nogmaals: de betekenis van een rechtsverhouding voor de uitleg van handelingen*

Indien wij allereerst de hierboven gestelde vraag naar de betekenis van de aanwezigheid van een rechtsverhouding voor de uitleg van rechtshandelingen weer opnemen, blijkt al direkt het belang van de zoëven gemaakte conclusie. Indien de handelende persoon betrokken is bij een rechtsverhouding, is dit van invloed op de normen die de uitleg van die handeling beheersen. Uit hoofde van die rechtsverhouding zullen immers bepaalde *verbintenissen* op de persoon rusten, hetgeen in mijn opvatting betekent dat hij aan bepaalde rechtsnormen gebonden is bij zijn handelen. Om meer concreet te worden: indien de persoon in kwestie ‘partij’ bij een overeenkomst is wil dit zeggen dat hij eerder een rechtshandeling verrichtte, namelijk een toezegging tot een rechtens relevant handelen (aanbod dan wel aanvaarding). Hierboven werd beschreven, welke verbintenissen zo’n toezegging kan doen ontstaan (vgl. Deel I, p. 115 v.).

Nu is de norm waarop elke verbintenis rust - gelijk betoogd - noodzakelijkerwijs steeds een blanketnorm, die zo goed en kwaad als het gaat bij het doen van de toezegging een omschrijving heeft gekregen.³⁶ Met het open karakter van de norm is ook het karakter van de verbintenis, de gebondenheid aan die norm, gegeven. De rechtsverhouding is eveneens de bakermat voor bepaalde *rechten* (*bevoegdheden*) die de handelende persoon heeft. Hierboven werd geanalyseerd, op welke wijze dergelijke rechten die bij het aangaan van een rechtsverhouding (bijv. een overeenkomst) gestalte kregen, bij de uitleg van handelingen betrokken worden. In de heersende leer is men gewoon van *subjectieve rechten* of bevoegdheden te spreken. Tegen die terminologie - stammend uit een individualistische rechtsopvatting: het individu, drager van rechten en verplichtingen staat centraal - valt weinig bezwaar aan te tekenen, indien men die rechten steeds aan *normatieve* uitleg onderwerpt, overeenkomstig de beschreven jurisprudentie. Intussen kan men zich afvragen, of niet gezien de thans geldende rechts- en maatschappijopvattingen, het tijdstip gekomen is om met de negentiende-eeuwse visie op het ‘subjectief recht’ te breken. Ik moet die materie echter hier laten rusten.

De situatie dat de handelende persoon in een rechtsverhouding staat tot een of meer andere personen, verschilt slechts hierin van de situatie waar dat niet het geval is, dat in het eerste geval de op de concrete omstandigheden van gelding zijnde normen - in hun blanket-formulering - tot stand zijn gekomen met *medewerking* van de handelende persoon zelf.³⁷ Dat is niet het geval in de tweede (bijv. buiten-contractuele) situatie. Daar zou men hoogstens kunnen stellen, dat de handelende persoon - zoals ieder rechtssubject - deel uitmaakt van de rechtsgemeenschap, zodat ook hij een aandeel heeft in de totstandkoming van rechtsopvattingen, normen binnen die gemeenschap.³⁸ In deze zienswijze is voor

36. Een dergelijke omschrijving kan van de hand van partijen zijn, dan wel aan de wetgever, of het ‘ongeschreven recht’ overgelaten zijn. Hetzelfde geldt voor de zo dadelijk te noemen ‘rechten’ die uit een rechtsverhouding voortvloeien.

37. Ik accentueer hierbij dat men slechts kan medewerken aan het opstellen van rechtsnormen, aangezien t.a.v. de inhoud van normen het objectieve recht het laatste woord heeft, vgl. ook onder.

38. Dat aandeel kan scherpere contouren krijgen, indien men met anderen een pressiegroep vormt, en aldus invloed op het gewoonterecht of op de wetgeving uitoefent. Een voorbeeld van

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

het traditionele onderscheid tussen rechtsfiguren als overeenkomst en onrechtmatige daad weinig plaats: het verschil tussen beide handelingssituaties dient niet gezocht te worden in de aard van de betrokken handelingen, maar enkel in de wijze waarop de normen 'gevonden' (in de zin van gecreëerd) worden bij de rechtsvinding, bij de uitleg van die handelingen. Nu het steeds blanketnormen betreft, is echter in de hier verdedigde visie de wijze waarop die normen bij de rechtsvinding *geconcretiseerd* worden van meer belang dan de vraag waaraan men de normen (in hun statische gedaante) ontleent: aan het buitencontractuele recht of aan het contractenrecht. Betreft het contractenrecht, dan geldt immers ook daar, dat al heeft de handelende persoon bij het opstellen van de blanketnorm wellicht het alleenzeggenschap gehad, hij dat ten aanzien van de 'toepassing', de concretisering van die norm op het feitenbestel, nooit kan hebben. Dat is nu eenmaal het kenmerk van de *normatieve* uitleg. Partijen bij een overeenkomst hebben wel het eerste woord, maar nooit het laatste.³⁹ Vanuit het oogpunt van rechtsvinding is derhalve aan het dogmatische onderscheid overeenkomst - onrechtmatige daad geen behoefte. Ook ten aanzien van de eerste figuur heeft trouwens het rechttersrecht, aanknopend bij blanketnormen uit de wet, een grote vlucht genomen, vgl. de jurisprudentie inzake 'toestemming', overmacht, dwaling, etc. Op de vraag of het dogmatische onderscheid tussen de rechtshandeling en de onrechtmatige daad in het geldend recht een grondslag vindt, wordt evenwel hieronder nog teruggekomen (vgl. Hfdst. 10, § 2, nr 1).

6. *Samenvatting. De handeling als voorwerp van uitleg, niet de rechtsverhouding (bijv. de overeenkomst)*

Samenvattend kan men de vraag naar de betekenis van de aanwezigheid van een rechtsverhouding voor de rechtsvinding aldus beantwoorden, dat die omstandigheid slechts van invloed is op de selectie van de in casu geldende normen. Ook in deze situatie blijft derhalve *de handeling* in kwestie het begin- en eindpunt van de uitleg. Voor de hier gevolgde methode van rechtsvinding geldt echter, dat de vaststelling van de rechtsbetekenis van een feitelijk handelen, en de vaststelling van de betekenis van de rechtsnorm die ten aanzien van dat handelen gelding heeft, niet te scheiden onderdelen van het rechtsvindingsproces zijn. In deze visie is voor de term 'uitleg van overeenkomsten' geen plaats. De *rechtsverhouding* vormt immers in de hier verdedigde opvatting nooit op zich het voorwerp van uitleg, doch vormt slechts de bakermat voor rechtsnormen die de rechtsverhouding beheersen, en die onontbeerlijk zijn om tot de vaststelling van contractuele rechtshandelingen te komen.⁴⁰ Zoals betoogd, worden die normen (mede) in werking gesteld, doordat in een eerder stadium rechtshandelingen verricht werden die het ontstaan van de 'rechtsverhouding' met zich brachten.

dat laatste vormt de wettelijke regeling van de huurkoop, die vooral op aandrang van werkgevers - die de toevloed van derden-beslagen beu waren - tot stand kwam.

39. Ontleend aan de Amerikaanse schrijver H.C. Havighurst, *The Nature of Private Contract*, 1961.

40. Contractuele rechtshandelingen zijn bijv. opzegging, nakoming, wanpresteren, sommatie of ingebrekestelling.

§2. METHODEN VAN RECHTSVINDING

7. *Misbruik van recht. Bij aanvaarding van normatieve uitleg een contradictio in terminis*

Zoals hierboven al opgemerkt werd, kan de zoëven - met een beroep op de vaste rechtspraak van de hoge raad - gegeven analyse van het rechtsvindingsproces een nieuw licht op enkele bekende leerstukken werpen. Ik denk daarbij aan misbruik van recht, rechtsverwerking en vertegenwoordiging.

Indien men de toepassing van de figuur van misbruik van bevoegdheid of misbruik van recht analyseert, komt de volgende gedachtengang aan het licht. Men legt allereerst het recht (of de bevoegdheid om daarvan gebruik te maken) uit met behulp van de historisch-psychologische methode - hetgeen veelal op grammatikale uitleg (Meijers) neerkomt. Om een voorbeeld te geven: het recht om 'te allen tijde' een overeenkomst op te zeggen. De onbillijkheden die zich daarbij kunnen voordoen bij die interpretatie naar de letter, wil men keren met gebruikmaking van de figuur van misbruik van recht.⁴¹ Op deze wijze haalt men hetgeen door de voordeur (van de uitleg) eruit gewerkt wordt - te weten de gedachte dat de vrije wil van de tot opzegging bevoegde beknot zou kunnen worden door regels van goede trouw⁴² - door de achterdeur (van misbruik van recht) weer binnen. Een arbeidsintensieve wijze van redeneren, die, niet in het minst wegens de ook in het rechtsbedrijf stijgende 'sociale lasten', in de huidige verhoudingen niet meer verantwoord genoemd kan worden. De hier gemaakte constructie, die zoals ik al eerder opmerkte typerend is voor aanhangers van de klassieke wilsleer, wordt ook door een aanhanger van de geobjektiveerde wilsleer als Suijling gehanteerd. Misbruik van recht heeft zijns inziens zelfs niets met interpretatie te maken.⁴³

Indien men echter de normatieve uitlegmethode toegedaan is - zoals de vaste jurisprudentie -, kan 'misbruik van recht' slechts gezien worden als een *contradictio in terminis*, evenals dit bij een andere gangbare term als 'onverschuldigde betaling' het geval is.⁴⁴ Indien men misbruik van recht als begrip hanteert, gaat men uit ofwel van het a priori dat het recht (dan wel de bevoegdheid) geen nadere uitleg behoeft om vast te kunnen stellen of in casu van misbruik sprake is, ofwel van het a priori dat slechts de grammatikale uitlegmethode (of hoogstens de historisch-psychologische) in het recht geoorloofd is.⁴⁵ Bedient

41. Aldus bijv. Meijers, m.b.t. de opzegging, *Toel. NBW*, p. 32, een opvatting die in de jurisprudentie geen navolging heeft gevonden, vgl. Deel 1, p. 658 v.; *N.U.*, diss. p. 63. Kenmerkend voor Meijers is, dat hij de in Frankrijk ontwikkelde leer verwerpt, waarbij ervan uitgegaan wordt dat alle rechten en bevoegdheden in het privaatrecht met het oog op een bepaald maatschappelijk doel zijn gegeven, 'le but social', het algemeen belang. Schr. aanvaardt die zienswijze met name niet voor de 'eigenlijke subjectieve rechten', zoals de eigendom, vorderingsrechten, etc. Vgl. *Misbruik van recht en wetsontduiking*, 1937 *Verz. Opst.* I, p. 71 v., waarover in kritische zin Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, 1946, p. 90.

42. Vgl. in deze zin, Ph. A.N. Houwing, in diens noten onder de opzeggings-arresten uit de jaren vijftig vgl. Deel 1, Hfdst. 7, § 2, nr 10.

43. *Inleiding*, II, 1, 1934, no. 169.

44. Vgl. voor deze materie *N.U.*, diss., p. 39 v.

45. In de laatste zin bijv. Okma, *Misbruik van recht*. Okma ziet tegenstellingen tussen regel en uitzondering op de regel, p. 11 v. Hij stelt enerzijds de *formulering* van de norm ('taalkundige betekenis') tegenover het *doel* van de norm ('werkelijke betekenis') en anderzijds het 'geschreven recht' tegenover de 'werkelijkheid' en 'ongeschreven recht'. Is een beroep op een

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

men zich van de normatieve uitleg, dan is het begrip misbruik van recht behalve innerlijk tegenstrijdig, volkomen overbodig in het uitlegproces. Het gaat er immers steeds bij de uitleg in deze opvatting om, *de betekenis van het recht* (bijv. om op te zeggen) *in de concrete situatie vast te stellen*, onder de geldende omstandigheden en verkeersopvattingen, om aan de hand daarvan de rechtsbetekenis van de opzeggingshandeling zelf te kunnen bepalen (vgl. *Sanders - Sanders*). In die zienswijze is voor het element van misbruik geen plaats, aangezien de uitleg juist gericht is op de vaststelling van rechtsgeldig gebruik van het onderwerpelijk recht. Een handeling die niet conform het aldus uitgelegde opzeggingsrecht geschiedt, levert derhalve geen misbruik van dat recht op, doch dient slechts als *feitelijke* handeling beschouwd te worden: de toets van rechtshandeling (opzegging) kan zij niet doorstaan. Er was - uit oogpunt van het recht - gewoon niets aan de hand. Dit ligt weer anders, indien de wederpartij door de pseudo-opzeggingshandeling schade opliep. In zo'n situatie kan die feitelijke handeling toch een rechtshandeling opleveren: wanpresteren (wanbetaling).

Na het bovenstaande zal het niet als verrassing komen, dat in het nieuwe BW de hier bestreden visie inzake misbruik van recht gehuldigd wordt. Meijers volgt immers de historisch-psychologische methode van uitleg en zijn hand is zo niet direct, dan toch indirect telkens in het wetboek te herkennen. Op het door Meijers ontworpen art. 8, lid 3, Inl. titel werd hierboven al kritiek geuit. Ik laat het hier, als staalkaart van Meijers' wilsleer volgen:

art. 8, lid 3. Een bevoegdheid, waarvan het gebruik geheel is overgelaten aan het oordeel van hem aan wie zij toekomt, kan niet worden misbruikt.⁴⁶

Men herkent hierin het zoëven aangehaalde standpunt van Meijers, dat bij de eigenlijke subjektieve rechten voor de leer van 'le but social' geen plaats is.

In Boek 6, van de hand van het Driemanschap, wordt ten aanzien van de onderhavige materie eenzelfde standpunt ingenomen. In art. 6.1.1.2, lid 2, (het huidige 3:13 BW) leest men:

2. De schuldeiser kan zijn recht niet uitoefenen, voor zover hij in de gegeven omstandigheden onbetamelijk zou handelen door de schuldenaar aan diens verplichting te houden.

De toelichting op dit artikel, waarbij de ontwerpers blijk geven geen oog te hebben voor de normatieve uitlegmethode, spreekt boekdelen. De ontwerpers gaan van 'het gegeven woord' uit als een grootheid, welke *prima facie* genomen kan worden, zonder de noodzaak van enige uitleg. Dit komt derhalve neer op een stilzwijgend gehuldigde *grammatikale* uitlegmethode, met een beroep op de

recht, *prima facie* terecht, dan kan het 'bij nader inzien ten onrechte zijn', stelt schr., en dan 'misbruik van recht' opleveren, p. 13. Vgl. verder nog p. 107 v.: de leer van misbruik van recht 'vermijdt het om de norm...die hij ontmoet, rechtstreeks aan te tasten'. In dezelfde traditie: P. Rodenburg, *Misbruik van bevoegdheid*, diss. V.U. Amsterdam, 1985.

46. De Inleidende titel werd ingetrokken, o.i.v. veel kritiek, o.m. van I. Kisch, *Rm Themis* 1955, p. 137. Dit artikel werd verplaatst naar Boek 3: art. 3:13 BW. Vgl. voor die materie, Rodenburg, diss.

§2. METHODEN VAN RECHTSVINDING

rechtszekerheid.⁴⁷ Hetzelfde geldt met betrekking tot de zienswijze die in het artikel neerslag vond, dat de uitoefening van een recht misbruik kan opleveren, of wel een 'onbetamelijk' handelen, aldus de formulering van het ontwerp. Deze term, bedoeld als een overtreffende trap van het in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid, heeft in de literatuur veel kritiek ontmoet. Men kwam tot die formulering omdat men meende dat door het gebruik van de term 'in strijd met de goede trouw' 'de bestaande onzekerheid' gecontinueerd zou worden, terwijl de uitdrukking 'misbruik van recht' (o.a.) 'te onzeker van inhoud' geacht werd. Vandaar dat het ontwerp hier een 'tussenstandpunt' inneemt, overigens conform Vraagpunt 21.

Indien men echter de uitspraak van Meijers in zijn toelichting op art. 8, Inl. titel nader doordacht zou hebben, dan zou dit verstrekkende gevolgen gehad hebben. Meijers stelt daar, in navolging van het arrest van de hoge raad van 20 april 1951:⁴⁸ 'Schept een tussen twee groepen bestaande rechtsbetrekking voor één van hen bevoegdheden, dan vallen de beperkingen die de goede trouw en het verbod van rechtsmisbruik aanbrengen, samen...', etc. (p. 32).

De ontwerpers hebben zich de kritiek op dit artikel aangetrokken; bij Gewijzigd Ontwerp van 1976 werd de term 'onbetamelijk' vervangen door 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar'.

Hier kan niet nader op de ontworpen regeling ingegaan worden. De problematiek van de 'derogerende werking van de goede trouw' - afgezet tegen het pacta sunt servanda-beginsel - is naar mijn mening een schijnproblematiek. Zodra men bij de uitleg de regels van de goede trouw toelaat, met andere woorden de normatieve uitlegmethode hanteert, bestaat aan die figuur, evenmin als aan 'misbruik van recht' enige behoefte.⁴⁹ Typerend voor de visie van het Driemanschap is intussen, dat een regeling van de uitleg van Boek 6 overbodig geacht werd.⁵⁰ Ook op deze plaats wreekt dat zich.

8. *Varianten op misbruik van recht. Beroep op een recht in strijd met de goede trouw. Rechtsverwerking*

Dicht tegen de figuur van misbruik van recht aan, ligt een andere constructie die men in de jurisprudentie regelmatig tegenkomt. Het heet dan bijvoorbeeld 'dat in dit bijzonder geval de houding van de Almelo van dien aard was geweest, dat deze zich niet meer op het bepaalde bij de artt. 39 en 37 der overeenkomst kon

47. Vgl. voor het beroep op de rechtszekerheid de beschouwingen van R.L. Drilmsa, *De woorden der wet of de wil van de wetgever*, diss. Amsterdam, 1948, p. 175: 'Wij geloven nl. geenszins, dat men met de begrippen 'billijkheid' en 'rechtszekerheid' een natuurlijke tegenstelling treft: men geeft de *billijkheid* niet prijs ten bate van de *rechtszekerheid*, doch van een *rechtsvacuüm*'. De opvatting van Houwing en De Grooth vindt men daar bestreden. Vgl. voor deze problematiek, met name ook voor de psychologische aspecten, mijn oratie, *Risikante rechtsvinding*, 1974 (*Dialektiek R. en R.* 1a, nr 3). Vgl. ook Schoordijk, *Alg. gedeelte NBW*, 1979, p. 28 v.

48. NJ 1952, 65, *Bendien - Silten*.

49. Tegen het in de tekst gestelde: Abas, diss, p. 102 v., vgl. verder Deel 1, Hfdst 2, § 2, nr. 5; nr. 15. Vgl. voor de problematiek van veranderde omstandigheden Deel 1, Hfdst. 6, § 4.

50. Vgl. daaromtrent Deel 1, Hfdst. 2, §2, nr. 10.

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

beroepen zonder in strijd te handelen met de voorschriften der goede trouw'.⁵¹ Hier geldt dus, dat *het beroep op* het recht (zoals neergelegd in het contract, al of niet door middel van een verwijzing naar de wet of naar standaardvoorwaarden) in strijd is met de regels van de goede trouw. Wat hiervan te denken? Mijns inziens geeft men met deze formulering slechts een momentopname van het rechtsvindingsproces, dat immers niet in de uitleg van de contractuele norm, maar in die met betrekking tot de handeling in kwestie (het niet-uitkeren door de Almelo) zijn eindpunt vindt. Bovendien gelden hier dezelfde bezwaren die tegen de misbruik van rechtconstructie aangevoerd kunnen worden. Alleen indien men het recht in kwestie als statische entiteit opvat, slechts onderworpen aan grammatikale uitleg, heeft de gevolgde constructie zin. Een a priori - strijdig met de vaste rechtspraak inzake uitleg - dat hier verworpen wordt.

Ook op dit punt is het *rederij Koppe*-arrest van grote betekenis. Het hof had immers de constructie gevolgd, dat indien al een beroep op art. 6 van de polis kan worden gedaan, 'de goede trouw in ieder geval medebrengt *dit beroep* te beperken tot de gevallen, waarin het beroep, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk is te achten' (mijn curs). Deze constructie nu wordt door de hoge raad opgevat als de 'redelijke uitleg' van een dergelijke polisbepaling, hetgeen 'het hof immers in dit oordeel bedoelde uit te drukken'. Een uitleg derhalve, in normatieve zin, als vaststelling van de betekenis van hetgeen overeengekomen was.⁵²

Een figuur die overeenkomst vertoont met misbruik van recht is de *rechtsverwerking*, waaraan ik elders uitvoerig aandacht gegeven heb.⁵³ Het hier omtrent de rechtsvinding opgemerkte is ook voor een goed begrip van deze rechtsfiguur van groot belang. Wanneer men stelt, bijv. ten aanzien van het recht om een geleverde prestatie te weigeren als niet conform de contractuele verplichting, dat een partij onder de gegeven omstandigheden dat recht *verwerkt* heeft, dan wordt dit - in de vaste jurisprudentie - aldus geformuleerd; *een beroep op dat recht kan niet baten, als zijnde in strijd met de goede trouw*.⁵⁴ Daarmee komt de onderhavige situatie parallel te liggen aan de zoëven besproken variant op misbruik van recht. Ook hier is in wezen de uitleg van het recht in kwestie (om te reklameren) in geding, waarbij het uiteindelijk gaat om de uitleg van de *handeling* van de reklamerende partij, die (doorgaans) zijnerzijds weigert te betalen. Is zijn recht om te reklameren 'verwerkt', dan betekent dit dat zijn niet-betalen als wanbetaling aangemerkt moet worden met de daaraan verbonden rechtsgevolgen.

51. HR 10 nov. 1927, NJ 1928, 251, nt EMM, *Verz. Mij Almelo - Vermeulen*.

52. Vgl. de bespreking van dit arrest, Deel 1, Hfdst. 2, § 2, nr. 5.

53. Zie *N.U.*, diss., p. 83 v.

54. Vgl. de formuleringen van de hoge raad; 'dat de goede trouw onder de gegeven omstandigheden. De Oude verbod zijn rechten te doen gelden'. (*Maaskant - De Oude*, NJ 1953, 135); dat de 'goede trouw er zich tegen verzet, dat de Vita na aanvaarding van deze premie zich nog op de nietigheid van de verzekering beroept' (*Vita - Leeuwerke*, NJ 1964, 2); 'dat Oldenhove voor zover hij zijn bezwaren tegen die kortingen niet tijdig kenbaar had gemaakt, naderhand niet te goeder trouw aanspraak kan maken op de door Calot gekorte bedragen' (*Oldenhove - Calot*, NJ 1968, 251). Vgl. voor die materie, *N.U.*, diss. pp. 89, 94 v.

§ 3. Het ontstaan van verbintenissen door middel van vertegenwoordiging

1. Normatieve uitleg en vertegenwoordiging

Een laatste rechtsfiguur, waarbij de geschetste methode van rechtsvinding een verhelderende werking kan hebben, is de *vertegenwoordiging*. Beide aspecten van de rechtsvinding, de vraag naar de betekenis van de rechtsnorm die het handelen beheerst - te vinden door uitleg van de bevoegdheid (het recht) tot een handelen, indien deze bij een eerdere rechtshandeling (toezegging) vastgelegd werd - en de vraag naar de betekenis van de handeling, die in mijn opvatting in een synthese verkeren, worden in de gangbare opvatting over vertegenwoordiging sterk gescheiden gedacht. Daarbij valt de nadruk uitsluitend op één aspect, nl. de *bevoegdheid* van de handelende persoon om te handelen, en aldus een ander (de achterman) te binden. Een bevoegdheid die berust op een 'volmacht', op een rechtshandeling waarbij de achterman verklaart, dat een bepaalde persoon bevoegd is hem (die achterman) tegenover derden te binden. In deze eenzijdige benadering van de problematiek wordt evenwel uit het oog verloren, dat het - zoals altijd - uiteindelijk erom gaat de rechtsbetekenis van de *handeling* van de tussenpersoon vast te stellen: is dit een feitelijke, of een rechtshandeling? Is dat laatste het geval, aan wie valt zij dan toe te rekenen, aan de handelende, aan een ander (de achterman), of aan beide? Zoals steeds bij de uitleg van handelingen het geval is, is het in eerste instantie zaak om de rechtsnormen te vinden die de onderwerpelijke situatie beheersen. Een dergelijke norm nu, kan door een volmachtsverlening gestalte gekregen hebben - in blanketvorm dan. Doch de enige mogelijkheid is dat *niet. Ook buiten de volmacht¹ kunnen rechtsnormen hun werking doen gelden, en wel op een wijze die bepalend is voor de uitleg van de handeling in kwestie.*

Indien men deze materie nader onderzoekt, stuit men op de ruggegraat van ons privaatrechtelijk systeem. Het onderkennen van de algemene aspecten van de rechtsvinding - ook bij vragen van vertegenwoordiging, heeft namelijk verstrekende gevolgen op het terrein van de zogenaamde rechtmatige daden: zaakwaarneming, onverschuldigde betaling, ongegronde verrijking. Die problematiek komt hieronder nog aan de orde (vgl. Hfdst. 13).

2. Twee visies op vertegenwoordiging: toerekenen van rechtshandelingen (Scholten) contra fingeren van rechtshandelingen (Meijers)

Het leerstuk van de vertegenwoordiging, en de controverses die op dit terrein bestaan, laten zich het beste analyseren, indien men in het oog houdt, dat men zich op twee principieel verschillende wijzen kan opstellen. Men kan vertegenwoordiging opvatten als het *toerekenen van rechtshandelingen* - de leer van Scholten - dan wel als het *fingeren van rechtshandelingen* - de leer van Meijers. Deze tegenstelling, die niet in het minst omdat genoemde schrijvers niet

1. Indien een volmacht verleend wordt, staan achterman en tussenpersoon in een *rechtsverhouding* tegenover elkaar. Dat spreekt te meer in de situatie van de meerderheid van de volmachtsverleningen, die nl. in een *overeenkomst* besloten liggen (bijv. arbeidsovereenkomst). Vgl. nog onder, no. 2 v., waar de vertegenwoordiging nader aan de orde gesteld wordt.

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

met elkaar polemiseerden, doorgaans uit het oog verloren wordt², raakt de grondslagen van het privaatrecht, nl. het begrip rechtshandeling. Scholten ziet - anders dan Meijers - de wil slechts als *element* van de rechtshandeling, en verwerpt de gedachte dat de gebondenheid uit een rechtshandeling tot die wil te herleiden is.³ 'De mens is aan zijn wilsverklaringen in rechte gebonden, niet omdat hij haar inhoud gewild heeft, maar omdat degeen, tot wie hij haar richtte, op het gestand doen der verklaring mocht rekenen. De verklaring en haar reactie, het vertrouwen, zijn grondslag der overeenkomst' (p. 7).

Scholtens slotsom luidt: 'De gedachte, dat ieder zijn rechtsband alleen *zelf* kan leggen, valt weg: mij kan toegerekend worden wat een ander deed'.⁴

Meijers daarentegen spreekt zich - alsof dit een vanzelfsprekende zaak is - uit voor het gebruik van de *fictie* als grondslag van de vertegenwoordiging in zijn *Algemene Begrippen*. Meijers betoogt daar, dat dezelfde gevolgen als wanneer een persoon een rechtshandeling voor zichzelf verricht, kunnen intreden tengevolge van handelingen van anderen (p. 216). 'De meeste dezer gevallen worden in het recht tot uitdrukking gebracht door van de *fictie van vertegenwoordiging* gebruik te maken. Het woord repraesentatio (vertegenwoordiging) doet iemand, die dood of afwezig is krachtens fictie tegenwoordig zijn om aldus dezelfde rechtsgevolgen te doen intreden *als ware* de vertegenwoordigde *zelf aanwezig en handelend*'.⁵ Dat deze visie - die in het ontwerp-Meijers neergelegd werd⁶ - diametraal tegenover die van Scholten staat, vindt men zelfs niet vermeld.⁷ Er hoeft nauwelijks meer op gewezen te worden, dat deze individualistische rechtsopvatting van Meijers terug te voeren valt op de door hem aanvaarde wilsleer.

2. Hetgeen ook het geval is bij P. van Schilfgaarde, *Toerekening van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1969, vgl. onder. Vgl. voor de meer recente literatuur over de grondslagen van vertegenwoordiging, *Contractenrecht IX* (Van Schendel), no. 7.

3. Asser-Scholten. *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, 1954, p. 6 v. Scholten is echter niet altijd even vast in de leer, vgl. onder m.b.t. de aanstelling, en daarnaast p. 107 waar men leest: 'Rechtshandelingen zijn *wilsuitingen*' (mijn curs.).

4. Eerder had schr. erop gewezen, dat rechtstelsels die de vertegenwoordiging in het algemeen niet erkennen (zoals het romeinse recht) uitgaan van een 'zuivere individualistische rechtsopvatting, die de gebondenheid van de mens in rechte niet van zijn persoonlijk handelen kan scheiden', p. 6. Als in de middeleeuwen het instituut ingang vindt, blijft die gedachte van het vinculum iurus als hoogst persoonlijke band, gangbaar. De rechtswetenschap 'neemt haar toevlucht tot de fictie, dat het niet de vertegenwoordiger maar de vertegenwoordigde is, die door de eerste handelt'. Waarop een verwijzing naar Pothier, de makers van de code, en de duitse pandektisten volgt, en verder op het verband met de wilsleer gewezen wordt. Scholtens bestrijding van de fictie bij vertegenwoordiging is al te vinden in zijn *Alg. Deel*, p. 69 v.

5. p. 216 mijn curs. Of men van de 'hulpfiguur' vertegenwoordiging gebruik zal maken, is volgens Meijers een vraag van 'doelmatige systematiek'. Daarbij dient 'beslissend te zijn in hoever de rechtsgevolgen dezelfde zijn als wanneer de persoon in kwestie zelf gelijke handeling zou verricht hebben. Hoe meer deze rechtsgevolgen dezelfde zijn, hoe krachtiger argumenten spreken voor de gebruikmaking van de vertegenwoordigingsgedachte', p. 218.

6. Vgl. art. 3.3.6 en de *Toelichting* daarop, p. 202.

7. Voor kritiek uit methodisch oogpunt op Meijers' gebruik van fictie in het algemeen, vgl. *N.U.*, diss. p. 332 v., ook in *Dialektiek R. en R.*, *Ib*, p. 15 v.

§3. VERTEGENWOORDIGING

3. *Heersende leer inzake volmacht, handelen 'in naam van', en bekrachtiging*

Het gekozen uitgangspunt is, zoals zich laat denken, bepalend voor de visie die men op de vertegenwoordigingsproblematiek heeft. Deze spitst zich vooral toe op vragen als: 'Wat is een volmacht?' 'Wat is handelen in naam van een ander?' In de heersende leer verstaat men onder volmacht 'de bevoegdheid die een persoon aan een ander verleent, om in zijn naam rechtshandelingen te verrichten of verklaringen in ontvangst te nemen'.⁸ Deze verlening van volmacht ziet men in beginsel als een eenzijdige rechtshandeling, met daarnaast de mogelijkheid dat zij in een overeenkomst besloten is.⁹ Om hier direkt al een kanttekening bij te maken, het is duidelijk dat ook ten aanzien van de volmachtsverlening doorslaggevend is de opvatting die men in het algemeen over de rechtshandeling en de rechtsvinding heeft. Merkwaardig is dat Scholten hier plotseling de *wilsleer* volgt, en om die reden aanvoert dat naast de bevoegdheid uit volmacht, die uit *aanstelling* onderscheiden moet worden.¹⁰ Een zienswijze - terecht door Bregstein bestreden¹¹, die daarin door Van der Grinten gevolgd wordt¹² - die doet denken aan de 'faktische Schuldverhältnisse' uit de Duitse naoorlogse doktrine.¹³

Wat er zij van deze zijsprong van Scholten, ten aanzien van de *volmachtsverlening* hanteert hij een normatieve uitleg. Nu dat standpunt ook

8. Aldus Asser-Van der Grinten, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, 1959, herdruk 1968, p. 19, ontleend aan art. 3.3.1. NBW, thans 3:60 BW. Scholten sprak daarentegen van volmacht als 'de *verklaring*, waarbij iemand een ander de bevoegdheid verleent een rechtshandeling in zijn naam te verrichten', t.a.p., p. 20. Dit spraakgebruik is in Van der Grintens bewerking hier en daar blijven hangen, vgl. bijv. p. 49: *de volmacht* kan eenzijdig geschieden.'

9. T.a.p. Vgl. voor deze materie ook de 4e dr. 1973, p. 15 v. De hier in de tekst volgende beschouwingen werden nader uitgewerkt in: *Vertegenwoordiging krachtens volmacht en het gewijzigd ontwerp-BW. Een bodemonderzoek*, WPNR 5199 v. (1973), opgenomen in *Dialektiek van R. en R., 1b*, no. 31. Zie voor een samenvatting in de vorm van een alternatief voor het NBW, onder, no. 6. Vgl. verder nog Van Schilfgaarde, in zijn bespreking van Asser-Van der Grinten 4e dr., WPNR 5280 v., en Willems, WPNR 5278 v. (1974). Zie voor recente literatuur: *Contractenrecht IX*, (Van Schendel), no. 13 v.

10. Scholten meent, dat in geval gebondenheid uit rechtshandelingen van de aangestelde door het gebruik meegebracht wordt 'het fictie (is) in de wil van de vertegenwoordigde nog de grond der gebondenheid te zoeken', p. 26. Men mag daarom z.i. ook niet van een stilzwijgende wilsverklaring van volmachtsverlening spreken. (Het is of men hier met Meijers te doen heeft). Ook het opgewekt vertrouwen biedt hier geen uitkomst - zo stelt Scholten in aansluiting op Van der Heijden - want dat vormt slechts een *aanvulling* op de wilsverklaring. Ontbreekt de laatste, dan kan men ook met het vertrouwen niets aanvangen (vgl. ook p. 32). Dit betoog is echter in strijd met hetgeen schr. over de *volmacht* opmerkt, m.b.t. de vaststelling van het bestaan van de volmacht en van de inhoud daarvan, vgl. resp. pp. 23, 28 v. Daar stelt hij zelfs, 'dat gebondenheid bestaat voor iedere gedraging, die door een derde als volmacht-verlening begrepen mocht worden'. Dit beginsel acht schr. weer wèl op de aanstelling zelf van toepassing, p. 32.

11. t.a.p., p. 23, nt. 1, vgl. ook de noten op p. 27 v. Bregstein wijst overigens niet op de in de vorige noot gesignaleerde inconsequentie.

12. t.a.p., p. 23.

13. Vgl. daarvoor *N.U.*, diss. p. 406 v.

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

door het ontwerp-Meijers - met een beroep op de vaste jurisprudentie¹⁴ - en door Van der Grinten¹⁵ ingenomen wordt, kan men van een heersende leer spreken.¹⁶

Zoals gezegd, wordt in de traditionele zienswijze vertegenwoordiging steeds opgevat als de vraag naar bevoegdheid van de handelende, naar een volmacht. Zo omschrijft Scholten vertegenwoordiging als 'toerekening aan de vertegenwoordigde van de handelingen van de vertegenwoordiger, die deze binnen de grenzen zijner bevoegdheid *als* vertegenwoordiger heeft verricht'. Daarbij geeft schr. de voorkeur aan de term handelen in *hoedanigheid* (art. 1836 oud BW), boven handelen *in naam van* de volmachtgever (art. 1829 oud BW).¹⁷ Of in hoedanigheid is gehandeld, is weer een vraag - zo kan men Scholtens standpunt weergeven - van normatieve uitleg.¹⁸ Het is daarentegen typerend voor Meijers, dat hij in zijn ontwerp de term 'handelen *in naam van*' hanteert. Deze uitdrukking gaat immers terug op de grondslag van de fictie, de gedachte dat men alleen *zelf* door een handelen zich kan binden, welk gevolg door de magie van de uitgesproken naam eveneens opgeroepen wordt indien een ander handelt. Niettemin stelt Meijers, dat de vraag of iemand inderdaad in naam van een ander heeft gehandeld, een vraag van *interpretatie* is. Daarbij geldt, dat niet vereist is dat men bij de handeling uitdrukkelijk verklaart, dat in naam van de ander wordt gehandeld.¹⁹ Intussen vraagt men door het gebruik van deze term om moeilijkheden, die zich in het bijzonder bij de zgn. middellijke vertegenwoordiging voordoen²⁰, als ook bij hetgeen onbevoegde vertegenwoordiging genoemd wordt.

Hiermee naderen wij de ruggegraat van het leerstuk van de vertegenwoordiging. Nu men in de gangbare opvatting uitgaat van de vertegenwoordiging bij volmacht, van *bevoegd* vertegenwoordigen, wordt dit als de normale situatie ervaren, terwijl alle gevallen van *onbevoegde* vertegenwoordiging abnormaal zijn, en een aanvulling op de regel eisen. Die aanvulling vindt men - wederom in het bevoegdheidssyndroom - door de constructie van een *bevoegdheidsverlening achteraf*, nl. door de *bekrachtiging*,

14. Art. 3:61, lid 3 BW *Toel.*, p. 200, met een beroep op o.a. *Vas Dias - Salters en Altena - Van der Horst* (1926). Het ontwerp werkt met de constructie van de *bedoeling* die men rechtens mag aannemen.

15. p. 23 v. 'Het bestaan en de omvang van de volmacht worden mede door de wet, het gebruik en de billijkheid bepaald'. Vgl. ook, 4e dr., p. 24 v.; 5e dr. (1978), p. 28 v. De tekst werd aan het NBW aangepast.

16. Een Schönheitsfehler in deze gangbare visie op de volmachtsverlening is, dat men - als rudiment van de wilsleer - nog steeds van het *herroepen* van de volmacht spreekt, aldus bijv. art. 3:72 sub *c* BW. Niet valt in te zien, waarom men niet ook hier - evenals ten aanzien van de gevolmachtigde al het geval is - van opzegging zou kunnen spreken. Vgl. nog art. 3:37, lid 5 BW, waar 'herroeping' (v.e. verklaring) door 'intrekking' vervangen werd.

17. p. 50. Scholten acht de eerste uitdrukking juister dan de tweede. In Van der Grintens bewerking - een saillant detail - werd dit gewijzigd in '*anders*' (p. 45), waarschijnlijk o.i.v. het NBW, dat de term 'in naam van' hanteert, vgl. ook 4e dr., p. 48; 5e dr., p. 54.

18. Scholten stelt dat de handeling waarbij niet uitdrukkelijk werd verklaard dat hij in naam van de vertegenwoordigde verricht werd, 'uit andere gegevens' als een handeling in hoedanigheid gekenmerkt kan worden. Daarbij wijst hij op de wetenschap van de wederpartij bij een overeenkomst omtrent de kwaliteit van de handelende, en - niet bij gerichte handelingen - op de omstandigheden.

19. *Toel.*, p. 202. Vgl. voor de term 'in naam van': *Contractenrecht*, t.a.p. no. 132.

20. Vgl. hieromtrent nog onder, nr. 5.

§3. VERTEGENWOORDIGING

een eenzijdige rechtshandeling die met de volmachtsverlening gelijk staat.²¹ Men maakt daarbij gebruik van de fictie - waartoe zelfs Scholten zich laat verleiden²² - dat door de bekrachtiging de niet bevoegde achteraf gerekend wordt dit wel te zijn.²³ In deze opvatting komt men in moeilijkheden, als op het moment van handelen de 'pseudo-volmachtgever' nog niet bestond.²⁴

4. *Eigen opvatting: Toerekening door middel van normatieve uitleg. Het De Gruyter-arrest (1942)*

Tegenover de aldus weergegeven heersende leer inzake vertegenwoordiging, zou ik een andere visie willen plaatsen. Hierboven, vgl. no. 1, bracht ik bij de bespreking van de normatieve uitleg als methode van rechtsvinding al naar voren, dat de heersende leer inzake vertegenwoordiging van een fixatie op één aspekt van de rechtsvinding getuigt. De *bevoegdheid* van een persoon om te handelen staat centraal, hetgeen in casu herleid wordt tot de vraag naar de volmacht van die persoon. Ik stelde daar tegenover, dat in de ook door de hoge raad gevolgde methode van rechtsvinding, ook al onderzoekt men de bevoegdheid van de handelende persoon, diens *handelen* het uiteindelijke voorwerp van (normatieve) uitleg is (vgl. boven § 2, nr 4). Het feit dat het handelen van de persoon in kwestie gerelateerd kan worden aan een op de wet, of op een eerder verrichte rechtshandeling (hier: volmacht) steunende bevoegdheid, is enkel van belang - zo betoogde ik - voor de recrutering van de in casu toepasselijke rechtsnormen.²⁵ Is er van een volmacht ten aanzien van de handelende sprake, dan geldt dat ook buiten de rechtsverhouding-volmacht rechtsnormen hun werking kunnen doen gelden, hetgeen bepalend kan zijn voor de uitleg van de handeling in kwestie, en daarmee voor de toerekening van rechtsgevolgen aan de vertegenwoordigde. Het bovengenoemde betoog kan met betrekking tot het onderhavige onderwerp aldus samengevat worden. De normatieve uitleg van de bevoegdheid tot handelen van X (m.a.w. van diens volmacht) en de normatieve uitleg van de handeling zelf van X, vormen geen aan elkaar tegengestelde benaderingswijzen, doch slechts facetten van één wijze van rechtsvinding. En wel omdat enerzijds men ook in de eerste optiek uitkomt bij de handeling zelf, en de bepaling van haar rechtsbetekenis, terwijl anderzijds, indien men de handeling van X bij de rechtsvinding centraal stelt, men niet buiten de rechtsnormen kan, die in de rechtsbetrekking-volmacht hun oorsprong vinden.

Het krampachtig scheiden van de daarnet in synthese gedachte aspecten van de rechtsvinding, valt zonder twijfel op de filosofie terug te voeren, waaruit de volmachtsfiguur stamt: *de wilsleer*. Men delegeert in die visie een stuk van de

21. Vgl. Asser-Scholten-Bregstein, p. 49; Asser-Van der Grinten, p. 49, *Anders* 4e dr., p. 52 v. Bekrachtiging wordt daar opgevat als *afstand van recht*. Art. 3:69 BW geeft hierover geen uitsluitsel. Vgl. 5e dr., p. 615.

22. t.a.p., p. 50.

23. Vgl. ook art. 3:69 BW.

24. Vgl. Asser-Van der Grinten, p. 50; 4e dr., p. 53 v.; 5e dr., p. 61 v. *Toel.* NBW, p. 204.

25. Vgl. § 2, nrs. 5, 6. T.a.v. de betekenis van een bestaande *verbintenis* voor de uitleg van de handeling (een verbintenis uit overeenkomst, of uit de wet) werd dezelfde zienswijze verdedigd.

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

eigen wilsmacht aan een ander, die aangezien de wil als grondslag van de rechtshandeling opgevat wordt, daardoor 'bij machte' is de volmachtgever te binden.²⁶ Deze metafysische benadering van de vertegenwoordiging die op een individualistische rechtsvisie terug te voeren valt, is in de huidige doktrine inzake de vertegenwoordiging krachtens volmacht blijven hangen.²⁷

Toch is het juist deze visie die indertijd door de hoge raad in zijn revolutionaire arresten uit de jaren 1926 e.v. omvergeworpen werd. Terwijl tevoren geleerd werd dat voor de bepaling van de inhoud van de volmacht gelet moet worden op de schijn die de volmachtgever tegenover de gevolmachtigde wekt²⁸, bracht de cassatierechter plotseling *de derde* in het spel. Het ging nu ineens - en de doktrine paste zich snel aan - om de door de volmachtgever ten aanzien van de derde gewekte 'schijn van volmacht'. Doch deze revolutionaire ontwikkeling kwam tot stilstand doordat men in de doktrine de nieuwe regel tot *dogma* ging verheffen, hetgeen weer overgenomen werd in de jurisprudentie. Doch deze materie kan hier niet nader uitgewerkt worden.²⁹

In de hier verdedigde zienswijze wordt een nieuw licht geworpen op het bekende *De Gruyter*-arrest.³⁰ Een arrest dat in de doktrine grote verlegenheid teweegbracht, en een half dozijn theorieën het licht deed zien.³¹ De hoge raad overweegt allereerst, naar aanleiding van de in het tweede middel aangesneden vraag naar de gebondenheid van de NV aan handelingen die buiten het statutaire doel vallen:

1. '... dat voor de beoordeling van de verbindendheid van door de organen van de vennootschap verrichte handelingen *tot het vennootschappelijk doel worden gebracht* de niet door de statuten verboden of daarmee strijdige handelingen, welke tot dat doel kunnen behoren en welke plaatsvinden onder zoodanige omstandigheden, dat een derde te goeder trouw en met inachtneming van redelijke zorgvuldigheid de overeenstemming daarvan met het doel heeft kunnen en mogen aannemen' (cijfer en curs. van mij).

Wat men de hoge raad hier ziet doen, kan omschreven worden als de *normatieve uitleg* van het statutaire doel, een aspect dat in de literatuur niet naar voren kwam.³² Het doel van de NV wordt in die visie niet statisch opgevat, maar laat

26. Vgl. ook de tekst van art. 1829 oud BW. Vgl. verder de begrippen *power* en *authority* in de engelse en amerikaanse agency law, waarover Van Schilfgaarde, p. 54 v.

27. Dit geldt ook voor de visie van Van Schilfgaarde, vgl. onder, p. 230.

28. In deze zin bijv. ook Meijers, *WPNR* 2675-2679 (1921). Vgl. daaromtrent *N.U.*, diss. p. 329 v.

29. Vgl. voor een nieuwe visie op dit dogma Schoordijk, in diens bijdrage aan de bundel *Honderd jaar Rechtsleven, NJV 1870-1970*.

30. HR 19 maart 1942, *NJ445, De Gruyter - Voorschotbank*. In het geding was de vraag of een handeling van de directeur van NV De Gruyter (borgstelling van de NV) binnen het statutaire doel viel, zodat de NV daardoor gebonden werd. De directeur had de bank medegedeeld, dat het belang van de NV door de borgstelling gediend werd, aangezien de debiteur in kwestie daardoor op voordelige voorwaarden aan de NV zou kunnen leveren.

31. Ik verwijs daarvoor naar de beschouwingen van M.M. Mendel, *Het statutaire doel van de naamloze vennootschap*, diss. Leiden 1971, no. 85 e.v.

32. Mendel geeft de benadering van de HR weer met de constructie van het 'wevende doel', en meent dat dit een fictie zou zijn, p. 171 v. Zijns inziens zou een andere constructie (vgl. p. 172 v.) 'juridisch enigszins in de lucht hangen'. Mendel wijst erop, dat de zienswijze van de

§3. VERTEGENWOORDIGING

zich eerst in het concrete geval, in het licht van de omstandigheden en de daarmee geldende normen vaststellen.

De hoge raad vervolgt:

2. 'dat ter toelichting van de eerste grief in onderdeel B vervat is betoogd, dat ter beoordeeling van den omvang van de bevoegdheid van een vertegenwoordiger slechts in aanmerking mogen komen uitlatingen en gedragingen van dengene, die vertegenwoordigd wordt, en niet die van den vertegenwoordiger;
3. dat daarbij echter wordt voorbijgezien, dat het in deze zaak niet gaat om den uitleg van de volmacht zelf, *doch het aankomt op buiten die volmacht staande omstandigheden*, die het al dan niet bevoegdelyk verricht zijn van de hier plaats gevonden rechtshandeling - het aangaan van een borgtocht voor de vennootschap - bepalen;
4. dat mededeelingen omtrent die omstandigheden door een bestuurder aan den derde gedaan aan de vennootschap kunnen worden toegerekend, reeds omdat die bestuurder de bij uitstek geroepen persoon is om dienaangaande namens de vennootschap de hier door de Bank gevraagde inlichtingen te geven.
5. dat dus ook deze grief ongegrond is;
6. dat ook de tweede grief van onderdeel B faalt, daar het in het algemeen niet in strijd is met de redelijke zorgvuldigheid, die een derde in acht moet nemen, indien deze zonder nader onderzoek afgaat op de juistheid van de mededeelingen verstrekt door den directeur van de vennootschap met wien die derde de overeenkomst sluit, terwijl de bijzondere in het middel gestelde omstandigheden het hof niet tot een tegenovergesteld oordeel in het gegeven geval behoeften te brengen' (cijfers en curs. van mij).'

De problemen die deze uitspraak bij de schrijvers oproept, vinden hun oorsprong in de tegenstelling die men meent te zien tussen Ov. 1 en/of 2 enerzijds - welke laatste de 'klassieke' vertegenwoordigingsregel van de hoge raad inhoudt -, en Ov. 3 en 4 anderzijds. In de hier verdedigde visie is echter voor dergelijke problemen geen plaats. Naar mijn mening vindt men in dit arrest de twee hierboven geanalyseerde benaderingswijzen bij de rechtsvinding gehanteerd, die beide de rechtsvraag betreffen: geldt de handeling van de directeur (de borgstelling van de NV) als een de NV toe te rekenen rechtshandeling? De ene weg loopt via de bevoegdheid van de handelende directeur, hetgeen aanleiding geeft tot de uitleg van het statutaire doel (Ov. 1). De uitleg van het doel van de NV is immers bepalend voor de vaststelling van de bevoegdheid tot handelen van de directeur. Een uitleg die zoals bleek een normatief karakter draagt. De tweede weg voert rechtstreeks naar de - eveneens normatieve - uitleg van de handeling van de directeur zelf (de borgstelling), waarbij de 'buiten de volmacht staande omstandigheden' bepalend zijn (Ov. 3). De onderwerpelijke omstandigheden³³ spelen hier een rol, enerzijds omdat het doen van mededelingen daaromtrent de NV toegerekend wordt (Ov. 4), anderzijds omdat de hoge raad een rechtsnorm aanvaardt, dat men mag afgaan op mededelingen die een bestuurder van de NV

HR eerder door Visser verdedigd werd. Deze schrijver is evenwel aanhanger van de normatieve methode van uitleg, vgl. Deel 1, Hfdst 2, § 1.

33. Zoals de omstandigheid dat de NV - blijkens de mededelingen van haar directeur - belang had bij de borgstelling, omdat daardoor de debiteur in kwestie op gunstige voorwaarden hout zou kunnen leveren, benodigd voor het vervaardigen van kisten en kratten in het bedrijf van de NV (een transportbedrijf).

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

doet, waardoor de onderzoekplicht opgeheven wordt (Ov. 6).³⁴ Deze norm stemt overeen met de in de bevoegdheidsroute (Ov. 1) ontwikkelde norm, d.w.z. vormt een uitwerking van de daar gestelde blanketnorm.³⁵ Daaruit blijkt weer dat beide benaderingswijzen geen tegenstelling vormen, *mits men steeds normatief te werk gaat*, gelijk hier bij de hoge raad het geval is. Het arrest *De Gruyter* diende slechts als illustratie voor de hier door mij verdedigde opvatting. Voor een nadere bespreking van de volmachtsfiguur en de leer van de hoge raad daaromtrent is hier geen plaats.³⁶

Ziet men de relatieve betekenis in van het bestaan van een bevoegdheid van de handelende voor de rechtsvinding in vertegenwoordigingssituaties, dan komt ook de zogenaamde *bekrchtiging* in een ander licht te staan. De noodzaak valt weg om bij het zoeken naar een grondslag voor deze rechtsfiguur het bevoegdheidssyndroom te volgen. Men hoeft niet langer de bekrchtiging van een 'onbevoegd handelen' te zien - zoals in de heersende leer - als een rechtshandeling die een *fictie* in werking stelt. De fictie nl., waardoor degeen die bekrchtigt rechtsgevolgen toegerekend krijgt *alsof* die op een eerder verleende bevoegdheid berusten. In mijn opvatting moet bekrchtiging gezien worden als een erkenning van een toerekening van rechtsgevolgen.

Een toerekening die ook zonder die erkenning wel of niet rechtens zou zijn. Maar die (rechtsvindings-)vraag wordt juist geëcarteerd door de rechtshandeling van erkenning, die als 'bekrchtiging' te boek staat. In deze visie is niet van belang de omstandigheid dat degeen die bekrchtigt, ten tijde van de feitelijke handeling niet bestond, zoals gezegd een probleem in de heersende leer. Hij aanvaardt op het moment van bekrchtiging een rechtspositie voor de toekomst, die ook bepalend is voor de toekomstige rechtsvragen omtrent zijn verleden.³⁷

5. *Eigen opvatting (vervolg). Middellijke vertegenwoordiging. Verbintenissen uit rechtmatige daad*

Indien men vanuit de hier verdedigde visie de figuur van de zgn. middellijke vertegenwoordiging beziet, dan valt op dat dit leerstuk in de heersende leer nog geheel in de ban is van het 'namen noemen' bij het handelen. Zo stelt Van der Grinten dat bij deze figuur afgeweken wordt van het 'normale type' van vertegenwoordiging, 'omdat hier van een handelen *ten name van* een ander geen

34. Hiermee loopt de HR vooruit op de in het *Baris - Riezenkamp*-arrest (1957) neergelegde leer. Vgl. mijn beschouwing in *WPNR* 4978 (1968), p. 15.

35. Deze interpretatie van het arrest wijkt af van de gangbare theorieën, vgl. Mendel, t.a.p. De laatste meent bijv. dat de HR het in de Ov. 3 v. 'plotseling over de boeg van de toerekening gooit', hetgeen z.i. - gezien Ov. 1 - buiten de orde is. Mendel meent echter dat de eerstgenoemde overwegingen geen zelfstandige betekenis toekomen, 'omdat aldus de gesignaleerde discrepantie op aannemelijke wijze wordt opgeheven' (p. 170). Deze discrepantie bestaat echter alléén in de visie waarin geen plaats is voor normatieve uitleg, en waarin de *Vas Dias - Salters*-regel (Ov. 2) tot *dogma* verheven wordt.

36. Zie mijn al genoemde *WPNR*-artikel. Illustratief is overigens ook Hof Den Bosch 20 jan. 1972, *NJ* 325, vgl. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht*, 2e dr., p. 46.

37. Op de figuur van de erkenning - alias schuldbekentenis - kan hier niet nader ingegaan worden. Het spreekt dat men i.h.a. ten aanzien van die rechtshandeling de keus moet maken tussen historisch-psychologische of normatieve uitleg. Vgl. ook nog *N.U.*, diss. p. 342.

§3. VERTEGENWOORDIGING

sprake is.³⁸ Terwijl men bij de ‘normale’ vertegenwoordiging doende is zich van de gedachte te bevrijden, dat het *noemen* van een naam van doorslaggevend belang zou zijn voor de toerekening van rechtsgevolgen, door deze kwestie als een vraag van uitleg te beschouwen, ligt dit bij de onderhavige figuur anders. Bij de middellijke vertegenwoordiging acht men het noemen van een naam plotseling wèl van doorslaggevende betekenis. Indien de tussenpersoon zijn *eigen naam* noemt heeft dit tot rechtsgevolg, dat *derhalve* de achterman-opdrachtgever niet jegens de derde gebonden wordt.

Naar mijn mening speelt de oude magie van het ‘namen noemen’ de doktrine hier nog steeds parten. Nemen wij het geval van een commissionair, of daarmee verwante personen van wie naar verkeersgebruik duidelijk is voor een ieder, dat wanneer deze handelen ‘op eigen naam’, die handeling in de regel in opdracht van een achterman geschiedt. Niet valt in te zien, dat het noemen van de eigen naam door de tussenpersoon, de toerekening van de handeling, behalve aan de tussenpersoon, òòk aan de opdrachtgever, zou moeten verhinderen.³⁹ Naar mijn mening is er in de situatie van ‘middellijke vertegenwoordiging’, sprake van een *drie-partijen-overeenkomst*.⁴⁰ De verbintenissen die op de partijen komen te rusten kunnen onderlinge verschillen vertonen, al naar gelang de aard van de overeenkomst, doch op die materie kan hier niet nader worden ingegaan.

De hier verdedigde vertegenwoordigingsopvatting heeft ook op een ander rechtsgebied nog een groot rendement. Ik denk daarbij aan de verbintenissen uit ‘rechtmatige daden’, de artt. 6:198 v. BW. De onder invloed van negentiende-eeuwse dogmatiek krampachtig gescheiden rechtsfiguren als zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongegronde verrijking, laten zich met behulp van de beschreven vertegenwoordigingsconstructie - als onderdeel gedacht van de rechtsvinding - tot één rechtsfiguur herleiden. Op de wijze waarop dit zou kunnen gebeuren wordt hieronder nog uitvoerig ingegaan (vgl. Hfdst. 13, § 1).

38. Asser-Van der Grinten, p. 76 (vgl. echter 4e dr., p. 62 v.); in dezelfde zin, *Toel. NBW* art. 3:60 p. 199. In de 5e dr., 1978, p. 73, neemt Van der Grinten nog meer afstand van ‘ten name van’ - handelen, o.i.v. het *kribbebijter*-arrest, *NJ* 1977, 521.

39. In de literatuur werd door Schoordijk een rechtstreekse gebondenheid van de principaal in passieve zin bepleit, d.w.z. hij kan door de derde worden aangesproken, doch niet vice versa. Vgl. diens inaug. rede Tilburg 1964, *Toerekeningsmomenten bij de middellijke vertegenwoordiging*. Een wederkerige gebondenheid is bepleit door G. de Grooth in diens afscheidscollege (te kennen uit Schoordijk, t.a.p.) en verder door P. van Schilfgaarde in diens reeds genoemde dissertatie, beiden in navolging van het anglo-amerikaanse recht. De laatste wordt door Schoordijk gevolgd in *WPNR* 5094 (1970), p. 391. Afwijzend: Asser-Van der Grinten (1978), p. 75 v.; vgl. ook p. 32.

40. Aldus ook Van Gerven in een in 1971 gehouden gastcollege te Tilburg. Vgl. ook nog mijn overeenkomstmodel, p. 77. Verwant aan het hierboven in de tekst ingenomen standpunt is de theorie van Cahen, die een *doorwerking* van de overeenkomst t.a.v. de ‘contractueel betrokken derde’ aanvaardt, o.g.v. de artt. 1374 en 1375. Vgl. *Beekhuis-bundel*, 1969, p. 68 v.

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

6. *Samenvatting. Van Schilfgaarde bestreden. Terugblik*

Het hier betoogde kan als volgt samengevat worden. Er van uitgaande dat onder uitleg verstaan moet worden het rechtsvindingsproces, waarbij een handelende persoon de rechtsgevolgen van zijn handeling toegerekend worden - waardoor ten opzichte van hem verbintenissen ontstaan en/of tenietgaan -, dient de 'vertegenwoordiging' als een modulatie van dat proces gezien te worden. Hierbij zijn twee variaties op het grondthema - de feitelijk handelende persoon is dezelfde persoon als degenen die de rechtshandeling toegerekend krijgt - mogelijk:

de (feitelijke) handeling wordt een ander dan de handelende als rechtshandeling toegerekend;

de (feitelijke) handeling wordt zowel de handelende persoon als een andere persoon als rechtshandeling toegerekend, hetgeen resulteert in een driepartijenovereenkomst. In de eerste figuur zal men de 'normale' vertegenwoordiging herkennen, in de tweede de 'middellijke'.

Voor de vraag naar het karakter van die toerekening, is bepalend welk standpunt men ten aanzien van de uitleg (rechtsvinding) in het algemeen inneemt. De hier ontwikkelde opvatting werd gebaseerd op de eerder gevoerde beschouwingen over de betekenis van de bevoegdheid van een handelende persoon voor de uitleg van een door haar verrichte handeling (nr 2 v.). De bij die analyse naar voren gekomen aspecten van de rechtsvinding beheersen ook de rechtsvinding op het terrein van vertegenwoordiging. Het herleiden van de toerekeningsvraag bij vertegenwoordiging tot de vraag naar de bevoegdheid (volmacht) van de handelende, zoals in de heersende leer geschiedt, bleek een fixatie te zijn op slechts één aspect van de rechtsvinding. In de doktrine ziet men als gevolg daarvan veelal vragen omtrent de volmacht van de handelende en die omtrent de toerekening van de handeling, gescheiden.

In de hier verdedigde opvatting daarentegen, berust - zoals steeds bij normatieve uitleg van handelingen - de toerekening op de in het concrete geval geldende rechtsnormen. Indien de handelende bevoegd tot handelen was (krachtens volmacht), betekent dit enkel dat men bij de uitleg, bij de ontwikkeling van in casu geldende normen slechts *ten dele* op de rechtsverhouding volmachtgever-gevolmachtigde aangewezen is. Evenals ten aanzien van de bevoegdheid om op te zeggen, faillissement aan te vragen, beslag te leggen, etcetera het geval is, geldt dat de bevoegdheid om een ander te binden niet los van de maatschappelijke context gedacht mag worden, anders dan men in de (individualistische) wilsleer voorstaat. Met name de normen die de bescherming van de verkeersbelangen beogen (populair gezegd: het vertrouwensbeginsel) zetten zich door, òòk in de volmachtsverhouding. Het feit dat men ook in de heersende leer een normatieve uitleg van de volmachtsverlening togedaan is, vormt reeds een aanzet tot deze zienswijze.

Daarmee is het betrekkelijke belang van de volmachtsconstructie voor de vertegenwoordiging aangetoond, en de weg vrijgemaakt voor een 'direkte' toerekening, op grond van in casu geldende rechtsnormen. Hetgeen zoals gezegd, elders in dit werk nog nadere uitwerking krijgt.

Tot dusver werd weinig verwezen naar de dissertatie van Van Schilfgaarde, met de veelbelovende titel *Toerekening van rechtshandelingen*. De oorzaak laat zich raden: Van

§3. VERTEGENWOORDIGING

Schilfgaarde spreekt zich voor de *klassieke wilsleer* uit, en volgt - hetgeen in het verlengde daarvan ligt - (stilzwijgend) de fictie-construktie van Meijers inzake vertegenwoordiging. Aan schr.'s aanvaarding van de wilsleer (p.lv.) ga ik hier voorbij. Schr. baseert zijn standpunt op de door Meijers, Van der Heijden en Rutten verdedigde leer, die door mij bestreden werd (vgl. *N.U.*, diss. p. 317 v.), terwijl hij de vaste jurisprudentie niet verwerkt lijkt te hebben (vgl. ook de bestrijding van Van Schilfgaardes uitgangspunt bij G. Hamaker, diss. p. 108 v. die daarbij ook wijst op arresten als *Vas Dias - Salters* en *Eelman - Hin*) Zoals te verwachten heeft schr.'s rechtsopvatting, waarbij de vrije *wilsbepaling* van het individu centraal staat (p. 5, 46), terwijl de *wil* van de handelende grondslag voor zijn gebondenheid is (p. 7, waar Schlossmann het moet ontgelden, p.24, 45 v., 81 v., 101, 111), consequenties voor zijn vertegenwoordigingsconstruktie. Zo bestrijdt hij Scholtens toerekeningsconstruktie met argumenten die slechts binnen het door hem gekozen a priori waarde hebben (p. 27 v.). Doordat Van Schilfgaarde immers het toerekeningselement naast het wilelement plaatst (p. 3) en toerekening voor *fictie* aanziet (p. 28 v.) moet zijn oordeel over Scholtens opvatting wel negatief uitvallen. Als deze laatste schrijver bovendien nog met *het belang* van de vertegenwoordigde werkt, als element van elke vertegenwoordiging, doet dit voor Van Schilfgaarde de deur dicht. (In nt. 2 op p. 27 struikelt schrijver in zijn bestrijding van Paul Scholten over zijn eigen a priori: hij vat de term 'vertegenwoordiging' uit diens bekende definitie ten onrechte op in *subjectieve* zin, als een ervaren van de handelende).

Verder staat de volmachtsfiguur bij Van Schilfgaarde geheel in het teken van de wilsleer. De 'vertegenwoordigingshandeling' steunt net als de rechtshandeling op 'wil en bevoegdheid, op willen en mogen', p. 46. Het handelen krachtens bevoegdheid ziet schrijver dan ook als een omschrijving van 'het (subjectieve) willen binden bij de tussenpersoon, op basis van een in hem gevestigde, als mogen binden te begrijpen bevoegdheid'. Dit thema beheerst het gehele boek.

Merkwaardig is intussen, dat Van Schilfgaarde hierbij in het midden laat, *hoe* die bevoegdheid ontstaat (vgl. p. 51 v., 56). Het zou echter weinig verschil gemaakt hebben indien hij dat wel gedaan zou hebben, aangezien hij ook daar de rechtshandeling 'volmachtsverlening' wel in de wilssleutel geplaatst zou hebben (vgl. o.a. p. 81, 102 v.). Aan de verdere beschouwingen van Van Schilfgaarde over de door hem geïntroduceerde figuur van 'verborgen' of 'bedekte vertegenwoordiging', die ook in de wilsleer zijn basis vindt, moet hier voorbijgegaan worden.

De conclusie moet luiden, dat Van Schilfgaarde de titel van zijn werk niet waargemaakt heeft: in plaats van met een *toerekeningsleer*, heeft men hier met een *wilsleer* te doen, met als enige concessie, dat waar nodig het wilelement met het vertrouwenselement aangemengd wordt, hetgeen het predikaat 'toerekening' krijgt. Dit alles overigens in de beste traditie van de aanhangers van de wilsleer (vgl. daarvoor, *N.U.*, diss. p. 349 v.).

De benadering van Van Schilfgaarde stemt overigens overeen met die van W. Müller-Freienfels, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, 1955, en van W. van Gerven, *Beginselen van Belgisch privaatrecht I*, 1969, no. 146 v. Vgl. ook het daar aangehaalde *Bewindsbevoegdheid*, 1963.⁴¹

Bovenstaande beschouwingen, die ontleend werden aan mijn proefschrift uit 1971, werden zoals gezegd nader uitgewerkt in mijn *WPNR*-artikel uit 1973.⁴² Als samenvatting van dat laatste betoog, laat ik hier het door mij opgestelde alternatief voor de (huidige) artt. 3:60 en 61 BW volgen, met een korte

41. In de bovenstaande passage bleef onvermeld dat ik wel waardering heb voor de wijze waarop Van Schilfgaarde zijn opvatting uitwerkt bij de zgn. verborgen vertegenwoordiging, vgl. bijv. p. 94 v. In latere publikaties is schr. overigens ingegaan op mijn kritiek en heeft hij zijn standpunt nader toegelicht, c.q. gewijzigd. Vgl. *WPNR* 5197 (1972) en vooral 5280 (1974). Daarop kan op deze plaats echter niet ingegaan worden.

42. Vgl. boven, p. 274, nt 82.

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

toelichting. Het kan dienen als een omschrijving van de begrippen vertegenwoordiging en volmachtsverlening.

1. Er is sprake van vertegenwoordiging indien een rechtshandeling rechtsgevolgen teweegbrengt die een ander dan de handelende persoon toegerekend worden aangezien die handeling krachtens de normen van het geldend recht geacht wordt in het belang van die ander verricht te zijn, althans mede in diens belang, dan wel geacht wordt tot diens risico-sfeer te behoren.
Er is sprake van vertegenwoordiging krachtens volmacht indien de toerekening van rechtsgevolgen aan een ander dan de handelende persoon gebaseerd is op een rechtshandeling van de ander, de volmachtsverlening.
2. Onder volmachtsverlening wordt de rechtshandeling verstaan waarbij een persoon, de volmachtgever, aan een ander, de gevolmachtigde, de bevoegdheid geeft rechtshandelingen te verrichten ten behoeve en voor rekening van de volmachtgever.

De vaststelling van de bevoegdheid geschiedt door middel van uitleg van de volmachtsverlening, waarbij in acht genomen worden de aan wet, gebruik en billijkheid te ontleen rechtsnormen en de omstandigheden van het geval.

Nog enkele kanttekeningen bij het voorgestelde art. 2. Ter vervanging van de klassieke term 'in naam van' wordt door mij de term 'ten behoeve en voor rekening van' gebruikt. In het 'ten behoeve' ligt besloten dat de handeling (mede) in het belang van A (Achterman) geschiedt, hetgeen zoals gezegd niet subjectief geduid moet worden. Het 'voor rekening van' wijst op de omstandigheid dat de handeling op het vermogen van A drukt, om het fiscaal jargon te gebruiken. Men dient de term derhalve niet letterlijk te nemen.⁴³ Het feit dat voor de prestatie die D (Derde) levert aanvankelijk de rekening van T (Tussenpersoon) gedebiteerd wordt, is mijns inziens niet relevant voor de toerekening van rechtsgevolgen aan A, mits uit de omstandigheden blijkt dat de prestatie uiteindelijk voor rekening van A dient te komen. Indien men huiverig is voor misverstanden - de letter van de wet heeft nu eenmaal op velen grote aantrekkingskracht -, zou men kunnen overwegen om hier de term 'ten laste van' te hanteren. Ik ga voorbij aan de situatie, dat T met D overeenkomt dat A niet door de laatste aangesproken kan worden. Aan die figuur kan in de praktijk wel degelijk behoefte bestaan (A betaalt T bijvoorbeeld commissieloon om van mogelijke verwickelingen met D verschoond te blijven). Doch de vraag of er van een dergelijk figuur in casu sprake is, dient mijns inziens niet enkel van het vaak toevallige feit af te hangen dat T 'op eigen naam' gehandeld heeft, of dat T reeds de koopprijs uit eigen zak betaald heeft.

Hiermee komen wij op de positie van T in dit geheel. Ontstaan door zijn handeling ook rechtsgevolgen ten aanzien van hemzelf? Hoe men het ook formuleert, men is het erover eens dat indien A niet door D aangesproken kan worden, de laatste zich tot T kan richten om zijn verhaal te zoeken. Dan zijn er nog allerlei situaties denkbaar waarin D een gerechtvaardigd belang heeft om T en niet A tot nakoming aan te spreken. Zoals gezegd heeft te onzent Van Schilfgaarde verdedigd dat T door zijn handeling mede zichzelf bindt en als partij beschouwd mag worden. Het valt buiten het bestek van deze beschouwing

43. Vgl. Van Schilfgaarde, diss. p. 112.

§3. VERTEGENWOORDIGING

om op deze complexe materie nader in te gaan, waarvoor Van Schilfgaarde het nodige pionierswerk heeft verricht. Het lijkt mij echter, dat deze materie gezien de stand van de nederlandse doktrine en rechtspraak nog niet rijp voor codificatie is. Intussen wordt in de door mij gekozen formulering de rechtsontwikkeling de vrije loop gelaten, en met name niet in het keurslijf van 'middellijke' of 'onmiddellijke' vertegenwoordiging gedwongen. De behoeften van het rechtsverkeer moeten hier de doorslag geven, niet een dogmatisch begrippenstelsel.

Met de in deze paragraaf beschreven opvatting over de vertegenwoordiging in de toerekeningsleer, kreeg ik tot dusver weinig handen op elkaar. De kritiek van Van Schilfgaarde in den beginne, begrijpelijk gezien zijn aanvaarding van de wilsleer met een objectief sausje (vgl. ook zijn commentaren over normatieve uitleg, het toestemmingsvereiste en het rechtshandlingsbegrip in verschillende artikelen en annotaties, die in Deel 1 aan de orde kwamen), kreeg van vele zijden bijval. Men bleef de klassieke opvatting trouw, met een centrale plaats voor de wil van de handelende, en het volmachtsbegrip in het verlengde daarvan, een bevoegdheid die terug gaat op de wil van de volmachtverlener. Aldus Bloembergen in zijn boekje *Vertegenwoordiging*, 1976, 2e dr. 1981, en enkele leerlingen in dissertaties en tijdschriftartikelen, bijvoorbeeld Den Tonkelaar van Van Schendel.⁴⁴ De leidse benadering vindt een pendant in Nijmegen waar Van der Grinten zijn uitgangspunt trouw bleef, daarin gevolgd door leerlingen als Struycken en Kortmann, later respectievelijk collega en opvolger.⁴⁵ Ik verwijs voor de uitbundige literatuur en rechtspraak op dit terrein naar de bundel *Contractenrecht*.⁴⁶

7. *Vertegenwoordiging van rechtspersonen nader bezien. Het omgaan van de hoge raad in 1984: het toerekeningsmodel aanvaard in WGO Geleen. Felix - Aruba (1992)*

Vertegenwoordiging is, zoals wij zagen, in velerlei opzicht een merkwaardig leerstuk.⁴⁷ Het is vooral van belang voor het handelsrecht, jachtterrein bij uitstek van rechtspersonen, die nu eenmaal zonder vertegenwoordiging niet kunnen

44. Vgl. J.D.A. den Tonkelaar, *Vrijheid en gebondenheid in het Verenigingsrecht*, diss. Leiden 1979, p. 169 v., 249 v.; W.A.M. van Schendel, *WPNR* 5555-5556, 5559-5561 (1981); *Vertegenwoordiging in privaatrecht en bestuursrecht*, diss. Leiden 1982.

45. Vgl. A.V.M. Struycken, *WPNR* 5346-5347 (1976); S.C.J.J. Kortmann, *'Derden'-werking van aansprakelijkheidsbedingen*, diss. Nijmegen 1977. Van der Grinten verwierp de nieuwe stromingen op het gebied van vertegenwoordiging, inclusief de varianten die Van Schilfgaarde en Struycken ontwikkelden, zonder op de argumenten in te gaan of tegenargumenten te leveren. Asser-Van der Grinten I (1978), p. 29 v.; zie vooral de conclusie op p. 32, onder de freudiaanse verwijzing naar Schoordijks (verworpen) artikel in de 'Bundel Honderd jaar rechtsleer'.

46. *Contractenrecht IX* (Van Schendel) heeft ruim 900 pp. voor dit onderwerp nodig (anno 1993).

47. De hier volgende passage is ontleend aan mijn opstel: *Nemo dat quod non habet*. Vertegenwoordigingsaspecten van het afbreken van fusie-onderhandelingen, in: Tot Vermaak Van Slagter, (Slagter-bundel), 1988, p. 65, waarvan pp. 70-79.

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

bestaan. Hierboven kwam de problematiek van de statutaire doeloverschrijding al ter sprake, naar aanleiding van het *De Gruyter*-arrest (1942), vgl. nr 4. Over de grondslagen, typisch terrein van het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, wordt traditioneel weinig nagedacht. In de doktrine zijn veel rudimenten van vergane theorieën te vinden, begrippen die nog steeds een rol spelen, zonder dat men van de herkomst of oorspronkelijke functie weet heeft, zoals: 'orgaan', 'in naam van', 'volmacht', 'schijn van volmacht'.⁴⁸ Door de starre opstelling van de hoge raad met het *Vas Dias*-beginsel dreigden wij de Achterhoek van Europa te worden⁴⁹; de eerste Europese Richtlijn van 1968, ingevoerd in 1971 met het nieuwe art. 47b K (dat in 1976 art. 130 lid 3, Boek 2 BW geworden is) werd bij het vennootschapsrecht aanpassing met het recht van omringende landen bereikt. Op aandrang van de Kamer werden verenigingen en stichtingen ook bij de rechtshervorming betrokken, zij het iets minder vergaand (kerkgenootschappen moesten hun heil elders zoeken). De vraag is thans, in hoeverre deze ontwikkeling zich voortgezet heeft ten aanzien van de vertegenwoordiging in het algemeen. Is het Europese recht, dat ons opgelegd werd, een uitzondering op de regel, of de basis van het nieuwe vertegenwoordigingsrecht?

Om die vraag te kunnen beantwoorden, dient eerst nagegaan te worden, wat de stand van het recht vòòr 1971 was en vervolgens op welke wijze de rechtspraak deze transplantatie in het recht verwerkt heeft op belendende percelen. Wat waren eigenlijk de misstanden die met de Europese wetgeving gerepareerd moesten worden? In de kern was dit het gebruik maken van vennootschappelijke organen, wier goedkeuring een vereiste was voor de rechtsgeldigheid van rechtshandelingen door het bestuur met derden aangegaan, indien achteraf die handelingen commercieel minder verantwoord leken. Met name gaat het hier om het orgaan van de raad van commissarissen. Beruchte voorbeelden zijn hierbij *Fokker - Spanje* (1949) en *Katz - De Vijf* (1965)⁵⁰ In het eerste, bekende arrest hield de RvC een dading tegen ten bedrage van twee miljoen gulden die een advocaat in opdracht van de directie van Fokker met de Staat Spanje overeengekomen was. De schijn die tegenover Spanje gewekt was, was zo men weet, in de opvatting van de hoge raad niet door het goedkeuring verlenende orgaan, de RvC gewekt, met het gevolg dat geen vertegenwoordiging aangenomen werd. Het was echter zeer onwaarschijnlijk dat de commissarissen

48. Het 'in naam van' de principaal handelen komt voort uit de *orgaantheorie*; het gebruik van fictie is kenmerkend voor de *representatietheorie*, in de *coöperatietheorie* vindt men een combinatie van beiden, waarbij zowel vertegenwoordiger als vertegenwoordigde een rechtshandeling verrichten. Dat laatste lijkt op moderne theorieën waarbij gewerkt wordt met 'bedekte vertegenwoordiging' (*undisclosed principal*) en drie-partijenverhouding. Het behoeft geen betoog dat de meeste theorieën uit de vorige eeuw stevig op de wilstheorie gebaseerd zijn, Schlossmann *dissenting*, waarna de vertrouwensleer heilzaam werk gedaan heeft. Zie voor deze problematiek mijn al genoemde *WPNR*-artikel uit 1973.

49. Vgl. mijn eerder genoemde artikel. Een belangrijke versoepeling van de *Vas Dias*-regel, die voor de oorlog al eerder was toegepast maar met *Fokker - Spanje* en *Papierfabriek Gennep* en *Katz - De Vijf* (vgl. onder) weer verlaten was, is het aanvaarden dat de 'schijn van vertegenwoordiging' ook door een *niet-doen* opgewekt kan worden, HR 1 maart 1968, *NJ* 1968 246, nt GJS, *Moluks Evangelische Kerk - Clijnk*, waarover de in noot 115 aangehaalde literatuur.

50. Laatstgenoemd arrest is HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 181, nt GJS.

§3. VERTEGENWOORDIGING

niet bij de besluitvorming rond de onderhandelingen betrokken zouden zijn geweest.⁵¹ In het vergelijkbare geval in *Salga - Bolla* (1933) had de raad een tegengesteld standpunt ingenomen, en zelfs een stilzwijgen van de commissaris als een verklaring van goedkeuring van de *vennootschap* opgevat.⁵²

Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat in de Fokker-zaak op de achtergrond ook politieke factoren meespeelden: onze jonge vliegtuigindustrie en nationale trots, tegenover de fascistische staat die dankzij de hulp van de Nazi's tot stand gekomen was. Men mag dit natuurlijk niet hardop zeggen, ik zeg het dan ook heel zachtjes, maar het vervelende gevolg van dit arrest was wel, dat wij weer met het *Vas-Dias-beginsel* opgezadeld zaten, waar de hoge raad niet meer vanaf te brengen was. Het treurigste voorbeeld van *Begriffsjurisprudenz* die dit opleverde, ik heb er indertijd al op gewezen, is het arrest *Katz - De Vijf*, waar de cassatierechter misbruik van zijn leer in deze mogelijk maakte. De enig-aandeelhouder tevens directeur van een kleine NV had bij een onroerend goed-transactie de derde medegeedeeld dat hij over de vennootschap de gehele beschikking had. Later onthoudt de commissaris, die er blijkt te zijn, haar toestemming: het was een 22-jarig meisje dat met de directeur samenwoonde... De rechter in het dwangbuis van het dogma.

Hoe stonden de schrijvers eigenlijk tegenover deze leer van de hoogste rechter? Voor de oorlog hadden onder meer Levenbach, Losecaat Vermeer en J.C. van Oven een ander geluid laten horen: gebondenheid niet alleen door een verklaring of gedraging van de vertegenwoordigde, 'maar ook als dit geschied is door andere omstandigheden, welker ontstaan door een bijzonder doen of laten van de vertegenwoordigde onevenredig begunstigd is.'⁵³ Typerend is de reactie van Van Oven in 1938 als Hijmans van den Bergh in zijn preadvies de *Vas Dias-regel* formuleert, met de verontschuldiging dat dit nauwelijks nodig schijnt te zeggen. Van Oven riposteert: 'Het schijnt onnodig te zeggen? Neen, het is buitengewoon nodig te zeggen en het is bovendien nog onjuist ook!' Overigens is er ook lagere rechtspraak in de lijn van Van Oven c.s. te noemen, waarbij het arrest van het hof in *Fokker - Spanje* eruit springt. In het verlengde van *Salga - Bolla* ziet men hier niet het orgaan dat goedkeuring moet geven centraal gesteld bij de vertrouwensvraag, maar de *rechtspersoon* als geheel, de vaststelling van de *risikosfeer* van die rechtspersoon in verband met de eisen van het verkeer en de redelijkheid. Die visie, waarvoor ik in 1973 de aandacht vroeg, sluit heel

51. In deze zin ook P. Sanders en W. Westbroek, *NV en BV*, 4e druk, 1985, p. 110, nt 15 en trouwens ook A-G Wijnveldt.

52. HR 17 november 1933, *NJ* 1934, 671. De raad rekent het stilzwijgen van de commissaris aan de NV toe, als 'een verklaring van de naamloze vennootschap zelve, dat is dus: van alle ter zake bevoegde organen, (...) maar dan ook niet ter zake doet of enig orgaan, waarvan volgens de statuten de medewerking vereist was, in werkelijkheid niet heeft medegewerkt'. Klare taal zou men zeggen, niettemin noemt Asser-Van der Grinten, 3e druk, p. 146, deze overwegingen 'niet geheel duidelijk'. In de lijn van *Salga - Bolla* ligt overigens ook het *De Gruyter*-arrest (1942): het gaat niet om de uitleg van de volmacht zelf, doch het komt aan op buiten die volmacht staande omstandigheden'. Zie boven, nr 4.

53. Vgl. Land-Losecaat Vermeer V, *Verklaring van het BW*, 1932, p. 664, met verwijzing naar M.G. Levenbach, *De spanning van de kontraktsband*, diss. Amsterdam 1923, p. 92 v.; J.C. van Oven, *Hand. NJV*, Dl. 2, 1938, p. 109.

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

goed aan bij de ontwikkeling zoals die thans in de jurisprudentie van de hoge raad plaatsvindt, en werd intussen door enkele schrijvers gevolgd.⁵⁴

De onderhavige problematiek heeft nog weinig aan aktualiteit ingeboet. Allereerst kan gewezen worden op strijdvragen rond de interpretatie van de Europese wetsimport op dit terrein, en verder op overige onderdelen van het vertegenwoordigingsrecht die niet door de nieuwe wetgeving bestreken worden.⁵⁵ Maar bovenal is daar het gebied van de fusie-onderhandelingen, waar een vergelijkbaar gebruik en dus ook misbruik gemaakt kan worden van het vertegenwoordigingsmechanisme zoals dat vroeger rond de RvC scharnierde. Bijvoorbeeld een geval als de zaak *VSH - Shell* (1987), die in Deel 1 aan de orde kwam (p. 200). Men laat een dochtermaatschappij met een derde rechtspersoon onderhandelen en als partijen tenslotte een resultaat bereikt hebben, waarbij gezien de concernbelangen die op het spel staan de moeder een waakzaam oog op de spelende dochter gehouden heeft, zou dan, zoals vroeger de commissarissen, thans de moedermaatschappij *geheel vrij* zijn om de transactie in dit stadium af te blazen? Ook wanneer langdurig onderhandeld is, verwachtingen gewekt zijn bij de derde en posities door hem ingenomen zijn? Dat wil er bij mij niet in; het zou in strijd zijn met ontwikkelingen die zich op vergelijkbare gebieden in het recht afspeelen. Bij het zoeken naar argumenten ter onderbouwing van mijn standpunt - intuïtie is een goede raadgeefster, ook voor de jurist, maar kan niet alleen gaan - zou ik willen kijken naar de meer recente jurisprudentie van de hoge raad over de toerekening bij vertegenwoordiging, en daarbij ook nagaan wat de concernrechtelijke aspecten voor gewicht in de schaal leggen.

Een baken voor de nieuwe koers die de hoge raad in het vertegenwoordigingsrecht vaart is een arrest uit 1977 met een symbolische naam: het *Liberty*-arrest.⁵⁶ Het betreft een geval van vòòr 1971, waarbij de directeur van Frank Liberty NV, Van Kreuningens, een bouwovereenkomst sloot voor de prijs van f 70.000,-, waarvoor statutair toestemming verleend moest worden door de vergadering van houders van prioriteitsaandelen. Er waren drie van dergelijke aandelen, die toebehoorden aan respectievelijk Van Kreuningens, diens vrouw en een NV waarvan eerstgenoemde enig aandeelhouder-directeur was. Van Kreuningens had nu tegenover de derde (aannemer) de schijn gewekt dat de prioriteitsaandeelhouders met de bouw instemden. Later wordt door Frank Liberty NV *Vas Dias* van stal gehaald, met succes voor het hof. De hoge raad vernietigt die uitspraak, met de volgende overwegingen:

'(...) de goede trouw kan meebrengen dat de naamloze vennootschap zich (...) niet kan beroepen op het ontbreken van de statutair vereiste toestemming van bedoeld orgaan, wanneer

54. Vgl. mijn eerder genoemde artikel. Tot eenzelfde conclusie komt W.A.M. van Schendel, *Vertegenwoordiging in privaatrecht en bestuursrecht*, diss. Leiden 1982, p. 95, 125 v., waarbij Van Schilfgaarde zich heeft aangesloten, *Toedoen en vertegenwoordigingsschijn bij rechtspersonen*, in: *Met recht verenigd*, Dijk-bundel, 1986, p. 234.

55. Zie hiervoor, behalve de al genoemde handboeken, ook B. Wachter, noot onder *Liberty II*, *NJ* 1977, 336.

56. HR 4 juni 1976 *NJ* 1977, 336, nt BW, *Liberty II*. De voorgaande uitspraak is *Liberty I*, *NJ* 1973, 469 (vertrouwensbeginsel bij doeloverschrijding); de erop volgende, *Liberty III*, vindt men in *NJ* 1978, 453. In de zin van het hier besproken *Liberty II* zie men ook Rb. Dordrecht 9 mei 1984, *NJ* 1986, 285.

§3. VERTEGENWOORDIGING

degeen die een overwegende beslissingsmacht in dat orgaan heeft, tegenover de partij met wie de direktie van de vennootschap de overeenkomst heeft gesloten, de schijn heeft gewekt dat het orgaan hiertoe de vereiste toestemming had gegeven, in welk geval de vennootschap ondanks het in werkelijkheid ontbreken van die toestemming aan de overeenkomst is gebonden; dat voor de vraag wanneer de goede trouw zulks in het hiervoor genoemde geval meebrengt onder meer van belang kan zijn: (a) de algemene machtspositie in de naamloze vennootschap van degeen die de schijn heeft opgewekt, (b) de samenstelling en omvang van het orgaan waarvan de toestemming is vereist, mede in verband met de daarvan te verwachten invloed op de - meer of minder formele - wijze van besluitvorming van dat orgaan, en (c) of de partij met wie de overeenkomst is gesloten reden had om te vermoeden, dat een of meer van hen die mét degeen die de schijn van toestemming had opgewekt stem hadden in het orgaan waar van de toestemming was vereist, tegen het aangaan van een dergelijke overeenkomst waren'.

Het belang van dit arrest voor het vertegenwoordigingsrecht is direkt ingezien door Wachter in zijn noot. Hij wijst op het geval dat een vennootschap of een orgaan zo gestructureerd is dat personen daarin verschillende hoedanigheden bezitten of als eenheid aangemerkt worden, zodat bij derden een beeld opgeroepen kan worden hoe de vennootschap in het verkeer deelneemt dat in strijd is met de interne structuur van die vennootschap. Het kan dan, zo stelt Wachter, 'gerechtvaardigd zijn het hieraan verbonden risico te laten komen ten laste van de rechtspersoon, die het gevaar voor verwarring in het leven geroepen heeft' (sub 6; hierop volgt een verwijzing naar de analoge problematiek van de doeloverschrijding). De slotbeschouwing van de annotator is van groot belang voor vertegenwoordiging in concernverhoudingen: het arrest kan wellicht 'een nieuw werktuig opleveren om de concernproblematiek te lijf te gaan'. Aanhakend op de stemmen in de literatuur om de scheiding der machten binnen de rechtspersoon op grond van het *Forumbank*-arrest (1955) niet op concernverhoudingen van toepassing te verklaren,⁵⁷ meent Wachter dat het denkbaar is dat het door de hoge raad erkende begrip 'algemene machtspositie in de rechtspersoon' ertoe leidt, 'dat in een aantal gevallen de dochtervennootschap gebonden is aan rechtshandelingen die onbevoegdlijk werden aangegaan door haar directeuren, die daarbij echter handelden op aanwijzing van de moeder'. De parallel met de eerder genoemde Shell-casus dringt zich op, bij dit lichten van de sluier van de moedervennootschap. Over de concernproblematiek volgen zo dadelijk nog enkele kanttekeningen.

In het verlengde van het zojuist besproken arrest ligt dat van *Union Portuario Aruba-Burleson* uit 1980, wat vroeger een koloniaal appel heette.⁵⁸ Het bestuur van de vereniging UPA had Burleson in dienst genomen. Het besluit daartoe was echter niet bevoegd genomen wegens strijd met de statuten: de vereniging kon alleen vertegenwoordigd worden door de voorzitter, de secretaris

57. Vgl. Wachter, t.a.p., sub 8, die verwijst naar Van Schilfgaarde, Slagter, Raaijmakers en Nauta, waaraan toe te voegen W.K. Franken, *Aspecten van concernrecht*, 1976, p. 318 v., en wat de recente literatuur betreft de al genoemde handboeken.

58. HR 21 november 1980 *NJ* 1981, 152, met (laatste) noot GJS. Hier gold 'oud recht' aangezien de Antillen Waarbij de p-g wel losjes verwijst naar *Liberty II* en *Molukse kerk*. Merkwaardig is dat hij tot verwerping van het beroep concludeert, omdat niet gesteld of gebleken is dat het bestuur niet bevoegd zou zijn geweest, waardoor, klassiek gedacht, het juiste orgaan de schijn had opgewekt. Vgl. ook nog Van Schilfgaarde, in zijn noot 127 genoemde opstel, p. 232, nt 8.de europese wetgeving niet overgenomen hebben.

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

en de penningmeester gezamenlijk, terwijl in casu in plaats van de secretaris een ander bestuurslid opgetreden was. Het hof had gesteld dat de schijn van bevoegdheid gewekt was 'door het toenmalige bestuur van UPA'; het middel klaagt, in *Vas Dias*-stijl, dat het hof niet vastgesteld had dat die schijn gewekt was door een te dezer zake relevant orgaan. De hoge raad wijst dit af met de redenering dat het hof met dit orgaan het oog had op het bestuur; drie bestuursleden hadden het besluit genomen. Zonder schending van een rechtsregel kon het hof aldus oordelen, al heeft het niet vastgesteld dat alle bestuursleden in de gelegenheid zijn gesteld aan het overleg deel te nemen. De stelling dat voor de visie van het hof geen plaats is, nu de secretaris feitelijk was uitgesloten, vindt geen steun in het recht, oordeelt de raad. Opmerkelijk is, dat p-g Berger in zijn conclusie de *Vas Dias*-regel *unverfrozen* als geldend recht weergeeft.⁵⁹ De cassatierechter wil echter niet op die toer, en wijst, zoals wij zagen, het daarop gebaseerde middel af. Eerder had het college ten aanzien van de stichting, eveneens naar oud recht, een zelfde lijn gevolgd: interne bevoegdheidsbeperkingen hebben geen externe werking.⁶⁰

In 1984 geeft de hoge raad een belangrijke bevestiging van de nieuwe leer, zij het ten aanzien van publiekrechtelijke rechtspersonen, in *WGO Bedrijven Geleen - Koma*.⁶¹ Gezien de overeenkomst tussen grote private rechtspersonen en overheidslichamen in de deelname aan het rechtsverkeer is reeds om die reden dit arrest voor ons onderwerp van belang. In ieder geval wordt de visie van de raad in dit arrest verder uitgewerkt.

De casus was als volgt. Het Werkvoorzieningschap Geleen en Omstreken is een publiekrechtelijke rechtspersoon, gebaseerd op de Wet Gemeenschappelijke Regelingen; in de regeling zijn bepalingen opgenomen met betrekking tot de bevoegdheden van de organen. Het geschil ontstaat naar aanleiding van een huurovereenkomst annex verbouwingsopdracht, door directeur Meens van WGO gesloten met Koma. In de bevestigingsbrief van 8 oktober 1979 wordt aan het slot (*in cauda venenum est*, het venijn zit in de staart) erop gewezen dat deze overeenkomst nog goedkeuring 'van ons bestuur' behoeft, welke zo spoedig mogelijk gevraagd zou worden. In nauw overleg met onder meer de voorzitter van het Algemeen en het Dagelijks Bestuur van WGO, Dirx, gaat Koma aan de slag; een bouwvergunningaanvraag wordt opgesteld en ingediend, welke aanvraag met bemiddeling van Dirx als gemeenteraadslid toegewezen wordt. Op 20 november 1979 komt WGO met Koma overeen dat vast van een deel van het pand gebruik gemaakt gaat worden, waarbij de huur berekend wordt op grond van het gesloten contract. Dit gebruik duurt tot 15 januari 1980; op 7 januari van dat jaar bericht WGO aan Koma dat de verbouwing niet doorgaat, omdat zij een ander pand gevonden heeft waaraan de voorkeur gegeven wordt. Zij acht zich

59. Waarbij de p-g wel losjes verwijst naar *Liberty II* en *Molukse kerk*. Merkwaardig is dat hij tot verwerping van het beroep concludeert, omdat niet gesteld of gebleken is dat het bestuur niet bevoegd zou zijn geweest, waardoor, klassiek gedacht, het juiste orgaan de schijn had opgewekt. Vgl. ook nog Van Schilfgaarde, in zijn noot 127 genoemde opstel, p. 232, nt 8.

60. HR 5 januari 1979, *NJ* 1979, 317, nt Ma, *Slijkerman*; daarbij wordt de mogelijkheid aanvaard van misbruik van bevoegdheid door de bestuurder die naar interne maatstaven onbevoegd is.

61. HR 27 januari 1984, *NJ* 1984, 545, nt G, o.m. ook besproken door Van Schilfgaarde in zijn laatstgenoemd opstel.

§3. VERTEGENWOORDIGING

niet aan de huurovereenkomst gebonden. Want nu komt de aap uit de mouw: het besluit tot het aangaan van de huurovereenkomst had door het Algemeen Bestuur genomen moeten worden, uit hoofde waarvan de voorzitter of diens gemachtigde het contract had kunnen sluiten.

De rechtbank verwerpt het standpunt van WGO, met de overweging dat nu de wijze van besluitvorming van WGO niet is vastgelegd, de goedkeuring en delegatie van bevoegdheid ook anders dan uitdrukkelijk kan worden gegeven, en dat Koma mocht afgaan op de gedragingen van degenen die bevoegd was de overeenkomst aan te gaan en van de goedkeuring van het Algemeen Bestuur blijkt te geven (namelijk Dirx), en mocht aannemen dat de goedkeuring gegeven was. De hoge raad steunt de rechtbank hierin, en stelt daarbij:

‘Weliswaar mag het bestaan van een voor een rechtshandeling vereiste goedkeuring van een orgaan van een overheidslichaam door de wederpartij van dit lichaam in het algemeen niet gemakkelijk worden aangenomen op grond van gedragingen van een ander orgaan dat bevoegd is de rechtspersoon in of buiten rechte te vertegenwoordigen, maar de omstandigheden van het onderhavige geval, zoals door de Rb. vastgesteld, geven geen aanleiding voor de veronderstelling dat de Rb. hiermee geen rekening heeft gehouden. Daarbij is mede van belang dat de organisatie en de verdeling van de bevoegdheden over de verschillende organen van een overheidslichaam als WGO bij hen die overwegen met dit lichaam te contracteren, aanzienlijk minder gemakkelijk bekend zullen mogen worden verondersteld dan bij een overheidslichaam als bijv. een gemeente, waar een en ander in de wet is neergelegd en voorts de door het bevoegde orgaan te nemen besluiten die voor rechtshandelingen als de onderhavige nodig zijn, in de regel in openbare vergaderingen tot stand komen, waar de wederpartij zich eventueel zelf van het al of niet tot stand komen van het besluit op de hoogte kan stellen. In dit licht is tevens van belang dat de brief van 8 okt. 1979 slechts rept van goedkeuring door ‘het bestuur’ en de Rb. niet heeft vastgesteld dat Koma ervan in kennis is gesteld dat de betreffende bevoegdheid bij het Algemeen Bestuur en niet bij het Dagelijks Bestuur berustte’ (ov. 3.7).

Terecht is deze uitspraak door Van der Grinten en Van Schilfgaard van groot belang geacht voor vertegenwoordigingsvragen bij civiele rechtspersonen. Beide auteurs zijn door deze uitspraak in de richting van de nieuwe leer getrokken; bij Van der Grinten is de progressie nog gematigd. In zijn noot stelt hij enerzijds dat de hoge raad nog steeds vasthoudt aan de *Vas Dias*-regel in dit arrest, doch onder bijzondere omstandigheden daarop een uitzondering toestaat. Aan de andere kant gaat hij aan het slot van zijn noot om, ten aanzien van zijn in de Asser-bewerking neergelegde opvatting dat de door de vertegenwoordigde opgewekte schijn van bevoegdheid slechts door *zijn* gedraging of verklaring veroorzaakt kan zijn om rechtsgevolg te hebben.⁶² De principaal kan er ‘persoonlijk buiten staan’; wel is nodig dat feiten en omstandigheden die de schijn hebben doen ontstaan ‘in de ‘sfeer’ van de principaal zijn gelegen’. Van der Grintens conclusie luidt: ‘Na het onderhavige arrest ben ik geneigd om aan te nemen dat toerekening van de schijn aan de vertegenwoordigde naar geldend recht niet uitgesloten is indien er niet een gedraging of verklaring van hem is’. Hij wijst erop, dat art. 3:61 lid 2 BW, overigens door mij in 1973 uitvoerig bestreden, conform zijn oude opvatting geredigeerd is. In de volgende druk van Asser-Van der Grinten, *Vertegenwoordiging*, van 1985, vindt men het om-

62. Dit met betrekking tot de vertegenwoordiging krachtens volmacht, sub 6.

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

gaan-met-mate vastgelegd.⁶³ Daarbij beroept Van der Grinten zich ook op de analoge benadering in het *kleuterschool Babbel*-arrest van 1979, de toerekening van een onrechtmatige daad aan een rechtspersoon op grond van de opvattingen in het maatschappelijk verkeer, en niet op grond van de orgaan-construktie.⁶⁴

Van Schilfgaarde wordt door het arrest tot een vergelijkbare ontwikkeling in het denken genspireerd; hij gaat echter nog een stapje verder door Van der Grinten voor te houden dat het beter is te zeggen dat de hoge raad *niet* langer vasthoudt aan de *Vas Dias*-regel, zij het dat een derde *in het algemeen* de vereiste goedkeuring niet gemakkelijk mag aannemen op grond van gedragingen van een ander orgaan.⁶⁵ Hij benadrukt dat in de visie van de raad de derde zich inspanningen moet getroosten om zich in het functioneren van de organen van de rechtspersoon te verdiepen. Dit doet denken aan de door Van Schendel verdedigde *onderzoeksplicht* die op de derde rust. Complementair daaraan is de *informatieplicht* aan de zijde van de rechtspersoon, die wij ook in het onderhavige arrest tegenkwamen.⁶⁶ De rechtspersoon moet klaarheid scheppen welk orgaan een goedkeuringsbesluit dient te nemen, en of dit genomen is.

De betekenis van de WGO-zaak voor ons onderwerp is, behalve de uitbouw en bevestiging van de nieuwe leer door de hoge raad, de overeenkomst tussen ondoorgrondelijke publiekrechtelijke rechtspersonen die commercieel opereren, en civiele rechtspersonen in concernverband optredend. Ook op het laatste terrein, bijvoorbeeld de genoemde Shell-zaak, kan een onderzoeksplicht aan zijde van de derde aangenomen worden tegenover een informatieplicht bij de tegenpartij. Het is duidelijk dat dit niet slechts in formele zin opgevat moet worden, doch dat het op de materiële inhoud aankomt, en op de verdere toerekeningsfactoren. Indien de derde 'geen vreemdeling in Jeruzalem is', zoals het hof in de *Shell*-zaak over Schoemaker zegt (de directeur van eiseres, die de onderhandelingen met de Shell-dochter voerde), komt het zelfs in hoofdzaak op die laatste factoren aan. Beslissend is telkens daarbij de vraag, of dat goedkeurende orgaan rechtstreeks of door middel van de tussenpersonen bij de onderhandelingen (c.q. uitvoering van de onbevoegd gesloten overeenkomst) betrokken was. In het oude arrest *Altena - Van der Horst* (1926) sprak de hoge raad van 'een naar buiten doorwerkende gedraging' van de vertegenwoordigde - de nieuwe leer *avant la lettre*⁶⁷; bij Losecaat Vermeer heette het de 'omstandigheden die door een doen of laten van de vertegenwoordigde onevenredig begunstigd zijn' en Van der Grinten sprak ten slotte van 'omstandigheden in de sfeer van de principaal gelegen'.⁶⁸ Het lijkt mij duidelijk dat wanneer die

63. P. 30 v., nrs 37 v. voor de volmacht, nr 40 v. voor de rechtspersoon. Vgl. ook 7e dr., 1990, idem.

64. HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34, nt CJHB.

65. T.a.p. (noot 127), p. 234; iets minder vergaand in: *Van de NV en BV*, 7e dr., 1988, p. 132, vgl. ook 8e dr., *Van de BV en de NV*, 1990, p. 145 v.

66. Diss., p. 125 v.

67. HR 28 juni 1926, *NJ* 1926, p. 1021, nt EMM, inzake volmacht tot schikking van een advocaat.

68. Vgl. ook nog A.R. Bloembergen, *Vertegenwoordiging*, 1976, p. 22; indien leidinggevende functionarissen schijn van bevoegdheid gewekt hebben, versterkt door de opzet van de organisatie en gedragingen van overig personeel, 'Lijkt het niet onredelijk de schijn onder omstandigheden voor rekening van de organisatie te laten komen'. Schr. verwijst ook naar

§3. VERTEGENWOORDIGING

principaal in concernverband opereert en een dochteronderneming met derden laat onderhandelen, hij die ‘omstandigheden’ die toerekening creëren, veroorzaakt heeft. Twee mogelijkheden doen zich hierbij voor: de concernleiding heeft de onderhandelingen op de voet gevolgd en de onderhandelaars in de ‘concernsfeer’ instructies gegeven en *feed-back*, ofwel de zaak op zijn beloop gelaten in de gedachte ‘ik hoor wel wat ervan komt, en dan zien wij nog wel wat wij doen’. In beide gevallen is gebondenheid van de principaal/moeder-maatschappij mogelijk, als gevolg van respectievelijk een doen of een niet-doen. Voor voorbeelden uit de oude en de recente jurisprudentie van beide figuren verwijs ik naar het eerder besprokene.

Ik kan die concern-aspekten hier niet verder uitwerken, slechts enkele opmerkingen nog. Als men zich afvraagt of die doorwerking van concernverhoudingen niet wat gezocht is, zou men dit kunnen weerleggen met een beroep op de langzamerhand omvangrijke literatuur op dit gebied.⁶⁹ Ik zou de zaak willen kortsluiten door te wijzen op de rechtspraak, waarbij aangenomen wordt dat het niet opvolgen van concernrichtlijnen en het verzaken van het concernbelang een reden voor ontslag kan zijn voor een directeur van een dochteronderneming.⁷⁰ Daaruit volgt, en daarvan mag een derde, bekend met dit Jeruzalem, ook uitgaan, dat een dochter bij alles wat zij doet het concernbelang voor ogen moet houden en steeds in nauw overleg met de moeder moet opereren en haar instructies moet opvolgen. In die context mag de derde, indien na jaren onderhandelen een resultaat met de dochter bereikt wordt en medegedeeld wordt dat moeders goedkeuring slechts een formaliteit is, ervan uitgaan dat dit zo is, dat de moeder rechtens gebonden is door haar mondigste dochter. In goede families hoort dat zo.

Ten slotte een bewijsrechtelijke kanttekening. Stel dat de moedermaatschappij zegt dat zij overal buiten gehouden is, en dat in haar concern alle dochters zo zelfstandig zijn, dat alle overleg over zelfs belangrijke transakties achterwege gelaten wordt, tot het moment van definitieve goedkeuring en toestemming door de moeder. De derde, die wellicht weet dat dit niet met de werkelijkheid overeenstemt, staat voor een moeilijke bewijsvraag. Naar engels en amerikaans recht is dit geen probleem, dankzij de figuur van *discovery*: een gedaagde dient alle bewijsstukken die van belang kunnen zijn voor het beoordelen van eisers vordering aan de rechtbank over te leggen, dus

soortgelijke ontwikkelingen in het rechtspersonenrecht. juni 1926, *NJ* 1926, p. 1021, nt EMM, inzake volmacht tot schikking van een advocaat.

69. Zie de eerder aangehaalde literatuur. Een beeld van de rechtsgevolgen, zoals aansprakelijkheid tegenover derden, die ontstaan door de vervlechtingen in concernverband geeft o.m. Slagter, *Compendium*, 4e dr., 1985, p. 436 v., waarbij niet alleen de moeder-dochter relaties de revue passeren, maar ook die tussen dochters onderling, die elkaar in de haren zitten, ten detrimente van een derde.

70. Vgl. al Hof Arnhem 9 oktober 1974, *NJ* 1976, 42, waar de directeur de bereidheid miste zijn taak te vervullen in overeenstemming met de afhankelijke positie, waarin de dochter-vennootschap t.o.v. de moeder-vennootschap verkeert. Waarover instemmend, Slagter, *TVVS* 1976, p. 307. Vgl. ook *Compendium*, p. 440, waar gewezen wordt op de mogelijkheid om in de statuten van de dochter de verplichting van het bestuur op te nemen om de concern-instructies te volgen. Vgl. ook p. 443 v., met verwijzing naar Van Solinge en Van Schilfgaarde.

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

ook interne memoranda, notulen, etcetera. In Engeland ziet de advocaat van gedaagde erop toe dat zijn cliënt alles overlegt, ook die stukken die zijn cliënt in een slecht daglicht plaatsen en zijn positie verzwakken of zelfs aantasten. Als hiermee de hand gelicht zou worden, dreigt een vervolging wegens 'contempt of court' voor de advocaat. De tegenpartij kan bepaalde stukken van gedaagde opvragen, aan welk verzoek de laatste moet voldoen. Naar amerikaans recht is het zelfs zo dat eisers advocaten toegang kunnen krijgen tot archief en administratie van gedaagde en daaruit vrijelijk mogen kopiëren wat voor de procesvoering van belang geacht wordt.

Het nederlandse bewijsrecht kent deze figuur niet. Wel kennen wij de omkering van de bewijslast op grond van de omstandigheden en de billijkheid.⁷¹ Daarnaast is in de jurisprudentie de regel aanvaard dat de gedaagde verplicht is medewerking te verlenen aan de bewijsvoering van eiser. Wellicht is langs die weg de impasse te doorbreken waarvoor de eiser in het door ons beschreven geval staat; gedaagde zou door de rechter gelast kunnen worden om alle notulen, memoranda, etc. van besprekingen tussen moeder en dochter in de periode waarin de onderhandelingen plaatsvonden, over te leggen aan eiser. Hiervoor zou ook steun gevonden kunnen worden bij het aannemen van een vermoeden dat overleg heeft plaatsgevonden, gezien de gang van zaken bij concerns in het algemeen, hetgeen een omkering van de bewijslast rechtvaardigt. Het dilemma van het leveren van negatief bewijs door gedaagde zou opgelost kunnen worden in eerder vermelde zin, het overleggen van de verslaglegging en administratie op dit punt, waarbij getuigenverhoor aanvullende informatie zou kunnen geven.

Met het arrest van 1984, *WGO - Koma*, heeft de hoge raad een tijdperk afgesloten, dat gekenmerkt was door een krampachtig aangehouden dogmatisch standpunt dat al geruime tijd niet meer in overeenstemming was met hetgeen door gezaghebbende auteurs naar voren gebracht was, en tot onbillijke resultaten geleid heeft. In het vennootschapsrecht had de hoogste rechter zijn jurisprudentie al moeten bijstellen op grond van de eerste Europese richtlijn uit 1971; als gevolg van de recente ontwikkelingen in de rechtspraak is dat geen eiland in het vertegenwoordigingsrecht geworden. Op het gebied van de vertegenwoordiging kon een frisse wind geen kwaad; het is jammer dat het huidige BW, ook hier, nog gebaseerd is op het dogmatisch denken van het verleden, en men de kans niet heeft aangegrepen om het leerstuk van een moderne leest te voorzien.

Dat het de hoge raad ernst is met de nieuwe vertegenwoordigingsleer blijkt uit de jurisprudentie die op het arrest van 1984 gevolgd is. Een volgend standaard-arrest is *Felix - Aruba* (1992) dat ik hier laat volgen.⁷²

De casus is deze. Op de internationale luchthaven van Aruba staan twee stationsgebouwen; in het oude gebouw, dat gebruikt werd voor kleine sportvliegtuigen, was een vereniging van sportvliegers gevestigd, Aeroclub Antillia Aruba. Dit is aan de zuidzijde van het vliegveld, aan de noordzijde bevindt zich het nieuwe stationsgebouw, dat de luchthaven van Aruba herbergt, waar namens de Luchthavendienst de luchthavenmeester het beheer voert. In 1985 heeft Felix

71. Bijv. bij de onrechtmatige daad kent men de regel *res ipsa loquitur* oftewel 'sprekende feiten' die een vermoeden van onzorgvuldigheid vestigen, vgl. hfdst. 12, § 1, nr 7, waar ook de zgn. billijkheidsleer wordt besproken, die in art. 177 (150 nw) Rv neergelegd werd.

72. HR 27 nov. 1992, *NJ* 1994, 287, nt PvS. Zie voor de overige rechtspraak sinds 1984 *Contractenrecht IX* (Van Schendel), nr 47.

§3. VERTEGENWOORDIGING

met ene Maduro (die zich later weer terugtrekt) het plan opgevat om de algehele afhandeling van kleinere vliegtuigen ter hand te nemen, inclusief het zakelijk verkeer, en richt daartoe de firma Transtriad Enterprises Aruba op. Zij hebben het oog laten vallen op het oude stationsgebouw, en vinden de Aeroclub bereid om het gebouw en de huur met de huurschulden over te nemen; de exploitatie van de sportclub wordt verder ook door hen verzorgd. Zij benaderen de luchthavenmeester die zijn toestemming voor het plan geeft (zoals hij later zal bevestigen).

Het loopt goed met het project: in april 1986 heeft Felix de huur van het gebouw daadwerkelijk overgenomen, hij neemt personeel in dienst, verbouwt het oude gebouw en handelt honderden kleine vliegtuigen af op zijn luchthaventje, dat in een latere fase van het project de naam 'General Aviation Terminal' zou gaan krijgen. Dat was dan de derde fase, waarin ook het opzetten van tax free winkels voorzien was; in de eerste fase werd de inkleding van de vliegtuigen door Felix gedaan, terwijl de uitklaring in het nieuwe stationsgebouw van de luchthaven plaatsvond. In de tweede fase zou dat laatste ook door Felix gedaan worden. Het leek zo mooi te gaan, maar Felix blijft in de eerste fase steken, want het bestuur van de Luchthavendienst steekt een stokje voor zijn plannen. In november 1986 besluit de minister van Vervoer en Communicatie dat in het vervolg alle verkeer, ook van kleine vliegtuigen, uitsluitend door Aruba Air NV uitgevoerd mag worden. Felix ziet zich in december 1986 gedwongen zijn bedrijf te sluiten, en zoekt verhaal voor zijn schade op Aruba. Hij vordert aan verlies (gemaakte kosten) en gedeelde winst: Arub. gld. 733.328,96.

Felix wordt door het gerecht in eerste aanleg Aruba in het gelijk gesteld, alsook door het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba, zij met uitsluiting van de gevorderde gedeelde winst. Beide instanties waren van oordeel dat de luchthavenmeester niet bevoegd was om Felix toestemming te geven voor zijn project. Het hof vond dat Aruba onrechtmatig gehandeld had door Felix niet te waarschuwen voor het risico dat de toestemming, waarop hij kennelijk rekende, achterwege zou kunnen blijven en door niet te onderzoeken of de luchthavenmeester wellicht doende was bij Felix meer verwachtingen te wekken dan verantwoord was. Anderzijds trof Felix verwijt omdat hij te voorbarig ervan uitgegaan was dat Aruba de vereiste toestemming zou geven. Het bestuur van de Luchthavendienst berustte overigens tot 1 jan.1986 bij het bestuurscollege, en daarna bij de Raad van Ministers, met het dagelijks bestuur bij de minister van Vervoer en Communicatie. Felix gaat in appel bij onze hoge raad, want het zint hem niet dat zijn vordering van gedeelde winst niet toegewezen werd (Aruba stelt een incidentele vordering in).

De hoge raad wijst de klacht af dat de luchthavenmeester terzake wél bevoegd was - zoals deze ook zelf meende - na bestudering van de Beheersverordening Luchthavendienst; dat zou hoogstens zo kunnen zijn bij handelingen 'op grond van daartoe strekkende besluiten van het bestuurscollege'. Zijn tweede klacht treft echter wel doel. De raad overweegt:

'Onderdeel 3 betreft 's hofs oordeel (r.o. 5.4) dat uitsluitend door Felix geleden verlies, en niet ook de door hem gedeelde winst voor vergoeding door Aruba in aanmerking komt.

Het onderdeel beoogt kennelijk te klagen dat het hof, oordelende dat de luchthavenmeester niet bevoegd was Aruba te binden, ten onrechte is voorbijgegaan aan het door Felix in feitelijke aanleg gevoerde betoog, daarop neerkomende dat Felix, gezien de omstandigheden van het geval - kort gezegd: dat hij in de loop van de, in een vergevorderd stadium verkerende, onderhandelingen reeds aanzienlijke investeringen op de luchthaven had verricht en gedurende negen maanden reeds 400 vliegtuigen had afgehandeld - erop mocht vertrouwen dat de luchthavenmeester die bevoegdheid wél had, en voorts dat het afbreken door Aruba van die onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden in strijd was met de door Aruba jegens Felix in acht te nemen eisen van redelijkheid en billijkheid, zodat Aruba gehouden is tot vergoeding aan Felix van diens schade, bestaande in de door hem gemaakte kosten en gedeelde winst. In het kader van dit betoog had Felix in hoger beroep onder meer aangevoerd dat twijfel omtrent de interpretatie van de Beheersverordening Luchthavendienst voor rekening heeft te komen van Aruba, van wie immers de redactie daarvan afkomstig is, en

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

dat hij op grond van de bewoordingen van de verordening erop mocht vertrouwen dat de luchthavenmeester bevoegd was bindende toezeggingen jegens hem te doen.

Bij de beoordeling van dit betoog, dat van wezenlijke aard is, zodat het hof daaraan niet voorbij had mogen gaan, is mede van betekenis dat in geval van onderhandelingen tussen een overheidsfunktionaris en een derde die in de onjuiste veronderstelling verkeert dat deze funktionaris ten aanzien van de desbetreffende materie bevoegd is de overheid te binden, zich omstandigheden kunnen voordoen, waaronder die onjuiste veronderstelling voor rekening van de overheid dient te komen. Daarbij valt niet alleen te denken aan het geval dat de onjuiste veronderstelling is gewekt door een gedraging van het wel bevoegde overheidsorgaan, maar ook aan factoren als: de positie die de handelende funktionaris binnen de organisatie van de overheid inneemt en diens gedragingen, de omstandigheid dat die organisatie en/of de verdeling van de bevoegdheden over de verschillende organen van de overheid, als gevolg van onduidelijkheid, onoverzichtelijkheid of ontoegankelijkheid van de desbetreffende regelingen, voor buitenstaanders ondoorzichtig zijn, alsmede eventuele nalatigheid aan de zijde van de overheid om de derde tijdig op de onbevoegdheid van de funktionaris opmerkzaam te maken' (ov. 3.3.).

De uitspraak van het hof wordt vernietigd, waarop verwijzing volgt.

Men ziet dat de hoge raad de onduidelijkheid van de organisatie-structuur en de daarmee samenhangende bevoegdheid van functionarissen voor risico van die partij (Aruba) laat. Evenals in het arrest van 1984 wordt hier door de hoge raad een *mededelingsplicht* (informatieplicht) aangenomen aan de zijde van de partij die naderhand de bevoegdheid van haar vertegenwoordiger betwist, indien deze bevoegdheid in nevelen gehuld was. Hier was niet alleen sprake van het creëren van een schijn van bevoegdheid van de luchthavenmeester om toestemming te verlenen voor de exploitatie van het oude stationsgebouw door Felix, het bestuur had de nieuwe situatie ruim driekwart jaar gedoogd. Hierbij is van belang dat dit in een kleine eiland-gemeenschap gebeurde, waarbij iedereen op de hoogte is van hetgeen er omgaat. Nu zou men kunnen zeggen dat het voortzetten van de exploitatie van de sportvliegersclub door Felix verwarrend heeft kunnen werken bij het signaleren van de nieuwe situatie door het bestuur; indien de laatste toch in de visie van de hoge raad van het kortste eind trekt, moet dit toegeschreven worden aan het toerekenen van dit risico aan die partij, in wier sfeer zich deze risico-faktor bevond. Uiteraard is van belang, als feitelijke vraag, of Felix te goeder trouw was bij zijn vertrouwen op de bevoegdheid van de luchthavenmeester. Ook een vraag die te maken heeft met de verhoudingen in een eiland-gemeenschap, die door de feitelijke instanties beoordeeld is.

Met dit arrest zit de nieuwe vertegenwoordigingsleer hecht in het zadel. Van belang is nog dat de nieuwe regel dit keer ook van toepassing is verklaard op een overheidslichaam, ten aanzien waarvan in het vorige arrest nog een voorbehoud gemaakt werd.⁷³

Een voortzetting van de nieuwe leer is te vinden in HR 11 april 1997, *NJ* 583, nt Ma, *Van Hemmen BV*, waarvoor Van Schilfgaarde de aandacht in het *WPNR* heeft gevraagd (nrs 682/83).

Het betrof hier een vorm van onbevoegde vertegenwoordiging: het handelen namens een BV i.o., hetgeen naderhand om bekrachtiging van de BV vraagt. De HR overwoog dat gebondenheid kan ontstaan 'op grond van haar (BV) eigen gedragingen, hetzij *rechtstreeks*,

73. Zie in verschillende zin over dit arrest: De Kluiver, *WPNR* 6116 (1993); Barendrecht, *WPNR* 6223 (1996), p. 355.

§3. VERTEGENWOORDIGING

hetzij *door instemming met* of bekrachtiging van hetgeen viel af te leiden uit de gedragingen van ... haar vertegenwoordiger' (mijn curs.). Zie uitvoeriger Van Schilfgaarde, die daarbij ook het gebruik van *normatieve uitleg* door de HR benadrukt.

In zijn conclusie voor HR 15 januari 1999, *NJ 574, Amrosan – Groen*, dat hieronder nog bij de bekrachtiging aan de orde zal komen (nr 9), haalt a-g Hartkamp dit arrest en de bespreking van Van Schilfgaarde aan, en noteert dat de hoge raad 'de feitenrechter aanspoort om de stellingen van partijen op onbekrompen wijze, in het licht van alle mogelijk in aanmerking komende normen, uit te leggen'.⁷⁴ De toepassing die Hartkamp daarvan geeft ten aanzien van het arrest van 1999 is overigens heel curieus en weinig overtuigend. Niet echt verrassend, gezien de zojuist aangehaalde noot.

8. *Nieuwe ontwikkelingen. De arresten van 9 en 23 okt. 1998: Hartman - Bakker en Nacap – Kurstjen: twee werelden*

In de *NJ* van 5 sept. 1999 verschenen twee uitspraken van de hoge raad over schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid, door Van Schilfgaarde van een noot voorzien, die op indringende wijze laten zien welke problemen de toepassing van de figuur van volmacht ex art. 3:61 BW naar geldend recht kan oproepen.⁷⁵ Ook wordt een beeld gegeven van de stand van zaken in vertegenwoordigingsland, waarbij twee diametraal geplaatste conclusies van de betrokken a-g's (Hartkamp en Bakels) boekdelen spreken. Van Schilfgaarde heeft terecht de aandacht daarvoor gevraagd in zijn annotaties en heeft kritiek op de krampachtige benadering van de hoge raad, in de schaduw van het volmachtbegrip van art. 3:61, die laat blijken van 'een uit oogpunt van rechtsontwikkeling weinig inspirerende opwindende gang van zaken'. Ook laat de annotator zich ontvallen: 'zo schieten we niet op in het leerstuk van de vertegenwoordiging'.

Wat is er aan de hand in die twee arresten? Wat is zo weinig inspirerend in die uitspraken van de hoogste rechter, en waarom schieten wij niet op in de vertegenwoordiging? In het geding is een botsing tussen vertegenwoordiging-oude stijl, gebaseerd op de *Vas Dias*-regel (1926) en een statisch volmachtbegrip van art. 3:61, en vertegenwoordiging-nieuwe stijl, waarbij de toerekening op normatieve grondslag centraal staat, met een bijrol voor de klassieke volmacht-figuur. Die laatste benadering werd door de hoge raad eerder gevolgd in de *landslide decision* van *WGO Bedrijven Geleen - Koma* uit 1984 en bovenal in *Felix - Aruba* uit 1992, maar het is de vraag of de dogmatische regeling van art. 3:61 die in dat laatste jaar ingevoerd werd, geen roet in het eten gegooid

74. In een noot merkt Hartkamp op dat het artikel van Van Schilfgaarde hem 'er overigens niet van heeft overtuigd dat deze wijze van uitleg van gedingstukken met het omstreten en weinig duidelijke begrip 'normatieve uitleg' in verband moet worden gebracht' (nt 2).

75. HR 9 okt. 1998, *NJ 1999*, 581, nt PvS, *Bouwbedrijf Hartman B.V. - Bakker*; HR 23 okt. 1998, *NJ 1999*, 582, nt PvS, *Nacap Ned. B.V. - Mestindustrie Kurstjens B.V.*; *JOR* 1999, 113, nt Kortmann.

De hier volgende passage is ontleend aan mijn artikel: 'To do or not to do, that is the question. De overgang van toedoenbeginsel naar toerekeningsbeginsel bij vertegenwoordiging krachtens volmacht', in: *Vertegenwoordiging en tussenpersoon*, Red. S.C.J.J. Kortmann c.s., Lustrumbundel OOR, Nijmegen, Serie Onderneming en Recht, dl 17, 1999, p.29.

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

heeft. In die recente jurisprudentie waren wij vertrouwd aan het raken met de onderzoekplicht en mededelingsplicht in het vertegenwoordigingsrecht, het toerekenen van risico's, gezien de (machts)positie van partijen, en wat niet al.

In de twee genoemde arresten uit 1998 zat het hof steeds op de nieuwe lijn van vertegenwoordiging (beide keren Hof Leeuwarden); wanneer ook de a-g op die lijn zit (Bakels, in *NJ* nr 582) volgt bekrachtiging door de hoge raad, wanneer echter de a-g de oude visie volgt (Hartkamp, in *NJ* nr 581) wordt het arrest a quo vernietigd in cassatie. Nu was in het laatste geval ook een vormfout in het geding, maar er was meer aan de hand dan de motivering van het hof die niet zou deugen, zoals wij zullen zien. A-g Hartkamp - zoals wel meer, wat het nieuwe recht betreft *plus loyal que la loi* - had zijn inspiratie duidelijk in het nieuwe wetsartikel gezocht (en werd daarvoor door Van Schilfgaarde op de vingers getikt).

In deze beide zaken ging het een geschil tussen een aannemer en een transportbedrijf om de vraag of de aannemer/rechtspersoon (B.V.) tegenover de derde/transportbedrijf gebonden kon worden door handelingen van een werknemer-bedrijfsleider van de aannemer, die geen 'toereikende volmacht' had (de term van art. 3:61) om de rechtspersoon te binden, terwijl tegenover de derde wel een schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid gewekt was. Het speelde zich in beide gevallen in de bouw/aannemerij af en betrof milieuvuiling: in het arrest *Hartman - Bakker* ging het om een partij vervuilde grond die afgevoerd moest worden (kosten: circa f 5.000), in *Nacap - Kurstjens* om met chloor vervuild bemalingswater dat afgevoerd moest worden (kosten: circa f 600.000, althans, gevorderd). In de eerste zaak is het onduidelijk waarom de rechtspersoon/achterman weigert de gevraagde prijs voor het transport dat uitgevoerd was te betalen, in het tweede geval had de opdrachtgever (Gasunie) geen toestemming gegeven op het moment dat de opdracht reeds door de aannemer aan de derde (transportbedrijf) gegeven was. Steeds was er haast geboden bij de afvoer van grond, respectievelijk water, in verband met de bouwwerkzaamheden. In de eerste zaak was er sprake van een timmerman, ene Cuiper, die de facto als bedrijfsleider op het werk optrad; in het tweede geding had een bedrijfsleider gehandeld, ene Visser, die echter volgens het handelsregister slechts bevoegd was tot f 100.000.

In het eerste arrest, *Hartman - Bakker*, geeft a-g Hartkamp het arrest van het hof in zijn conclusie vertekend weer: hij perst het in het stramien van art. 3:61, de 'toereikende volmacht' die aanwezig zou moeten zijn. Het is al direkt omineus dat hij het arrest aldus samenvat: 'Voorop moet worden gesteld dat het hof heeft onderzocht of (op voet van art. 3:61 lid 2 BW) Bakker op grond van een verklaring of gedraging van Hartman heeft aangenomen en onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend' (sub 6, 3e al.).

Het hof had de zaak echter breder aangepakt, en had onderzocht of gebondenheid door vertegenwoordiging ontstaan was *op grond van het beginsel zoals dat ten grondslag ligt aan de art. 3:35, 3:36 en 3:61 lid 2 BW*, waarin men (zoals de hoge raad later zal zeggen) het beginsel van opgewekt vertrouwen zal herkennen. Op het eerste gezicht vloeit hier geen bloed uit, aangezien de a-g in het oordeel van het hof besloten vindt dat 'het feit dat Cuiper de leiding had bij de uitvoering van de werkzaamheden bij derden de schijn kon opwekken dat hij (onder meer) bevoegd was de opdracht te geven tot het verwijderen van de grond' hetgeen Hartkamp geen onjuiste rechtsopvatting vindt, met verwijzing naar de arresten *Molukse Kerk - Clijnk* (1968) en *Felix - Aruba* (1992).

§3. VERTEGENWOORDIGING

Toch concludeert Hartkamp tot vernietiging van het arrest; hij blijft namelijk aan twee spijkers in het arrest van het hof hangen die typisch alleen van enig belang zijn in een strikte volmachtbenadering op grond van art. 3:61 lid 2 (dat andermaal door de a-g aangehaald wordt). Het hof had namelijk gesproken van een opdracht tot het wegbrengen van grond voor een prijs van f 5.000 als een 'eenvoudige transactie'; dat is volgens de a-g niet het geval, en daarmee staat de verleende bevoegdheid niet vast, is zij niet 'toereikend' in de zin der wet. Het is een minder begrijpelijk standpunt: dat het geen eenvoudige transactie zou zijn was nota bene door Bakker niet gesteld, noch gebleken, zoals het hof had overwogen (ov. 9).

Een tweede klacht van Hartman heeft eveneens succes bij a-g Hartkamp, namelijk dat Bakker aanvankelijk meende met ene Haaima te contracteren: dan ligt niet zonder meer voor de hand dat hij wanneer hij ontdekt dat deze veronderstelling niet juist is, zich op het standpunt kan stellen dat hij mocht vertrouwen 'dat Cuiper bevoegd was (ook?) voor Hartman te handelen en zulks op dat moment ook inderdaad deed', stelt de de a-g, die in zijn conclusie het *feitelijk* vertrouwen van de derde, gericht op een *feitelijk* omschreven bevoegdheid als uitgangspunt genomen heeft, op welke punten hij de motiveringsklachten gegrond achtte.

De hoge raad volgt in *Hartman – Bakker a-g Hartkamp* op de voet, en neemt daarmee diens visie op vertegenwoordiging, gebaseerd op een feitelijk, statisch volmachtbegrip, met huid en haar over. Dat alles tot groot verdriet van annotator Van Schilfgaarde, die overigens in zijn proefschrift van 1969 grotendeels op dezelfde lijn zat als Hartkamp, maar vooral sinds 1984 een enorme evolutie in zijn denken over vertegenwoordiging en volmacht doorgemaakt heeft, met naar hij dacht, de hoogste rechter aan zijn zijde. Quod – helaas - non. Opvallend is dat de raad zegt dat de benadering van het hof, op grond van het beginsel van opgewekte schijn ex art. 3:35, 36 en 61, 'op hetzelfde neerkomt' als de maatstaf van art. 61 (ov. 3.4.3).

Bij dit alles dient men in het oog te houden dat het om een voor de bouw betrekkelijk gering bedrag aan transportkosten van de vervuilde grond ging, namelijk ong. f 5.000, niet om vijf ton, of zo. In de benadering op grond van het toerekeningsbeginsel, waarbij met name het toerekenen van risico's volgens verkeersopvatting en redelijkheid in het geding is, is de omvang van de kosten die de vertegenwoordigde zich op de hals haalt een wegingsfactor, naast de aard van de transactie, de omstandigheden en de gebruikelijke gang van zaken in die branche. Verder is het feitelijk vertrouwen van de derde welke partij jegens hem gebonden werd door vertegenwoordiging niet onbelangrijk, maar zeker geen doorslaggevende factor bij toerekening van rechtshandelingen. In dit verband dient men in het oog te houden dat 'vertrouwen' in het verbintenissenrecht geen psychologisch, feitelijk begrip is, maar een objectief te bepalen begrip, als maatstaf voor toerekening.

Dan nu het tweede arrest van 1998, *Nacap – Kurstjens*. Het Hof Leeuwarden was wederom van het brede beginsel van opgewekte schijn uitgegaan, ex artt. 3:35, 36 en 61 BW. Wel wordt art. 61 een lippendienst bewezen door een 'gedraging' van de vertegenwoordigde (Nacap) aan te nemen, die echter wijds ingevuld wordt: 'het in het leven roepen van de feitelijke situatie waarin Visser met Kurstjens onderhandelde en deze (heeft) laten voortbestaan' (ov. 5). Wetsconform is ook de frase die daarop volgt dat de derde (Kurstjens) 'onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend'. Een *koshere* kost, wat de wetgever betreft, en het loopt dan ook veel beter af.

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

A-g Bakels grijpt deze zaak aan om het vertegenwoordigingsrecht in den brede aan de orde te stellen, onder het veelbetekende kopje: *Volstaat het toedoenbeginsel nog? Opkomst van het risicocorrectief* (sub 3). In enkele bladzijden drukt wordt een boeiende samenvatting geven van hetgeen doktrine en rechtspraak te bieden hebben; een centrale plaats wordt daarbij ingenomen door de standaardarresten *WGO* en *Aruba*. De ‘toedoeneis’, gebaseerd op de gedraging of verklaring van de vertegenwoordigde, wordt geplaatst tegen de moderne toerekening met behulp van het risicobeginsel, zoals ook elders in het verbintenissenrecht ontwikkeld. Dat laatste heeft de sterke voorkeur van deze a-g, die daarin een mogelijkheid ziet om ‘gerechtvaardigde aansprakelijkheid op meer reële wijze te funderen dan door het begrip toedoen tot in het extreme uit te rekken’ (geformuleerd als een variant op hantering van het schuldbegrip). Hieronder kom ik nog de visie van Bakels en de door hem aangehaalde literatuur en rechtspraak terug.

Dan nu de hoge raad, ook dit keer in het voetspoor van zijn a-g, maar met enkele correcties die terloops aangebracht werden. Het thema is wederom teruggesnoeid tot het stramen van art. 3:61, terwijl ook de ‘gedragingen’ van de vertegenwoordigde, conform de wetstekst, een pregnante plaats krijgen, evenals de ‘toereikende’ volmacht die redelijkerwijze aangenomen werd door de derde. Een winstpunt is wel dat de raad de onderzoekplicht van de derde benadrukt, dat is overigens in de lijn van de eerdere rechtspraak. Hier volgen de overwegingen van de hoge raad:

‘Het hof is, naar blijkt uit zijn rov. 2 en 5, ervan uitgegaan dat de vraag of Kurstjens redelijkerwijze mocht aannemen dat Visser toereikende volmacht had om de in dit geding bedoelde overeenkomst in naam van Nacap aan te gaan, diende te worden beantwoord aan de hand van de in art. 3:61 lid 2 BW vermelde maatstaf.

‘s Hof’s overwegingen 3-5 moeten voorts als volgt worden begrepen. Hoogstraten, de directeur van Nacap die tot het aangaan van de overeenkomst bevoegd was, heeft aan Kurstjens doen blijken dat hij ervan op de hoogte was dat Visser en diens ondergeschikte Blauwbroek onderhandelingen voerden die ertoe strekten de overeenkomst tot stand te brengen. Voorts heeft Hoogstraten in zijn contact met Emons niet ervan blijk gegeven dat Visser niet bevoegd was de overeenkomst in naam van Nacap te sluiten. De voormelde gedragingen van - de directeur van - Nacap hebben aldus op aan Nacap toe te rekenen wijze een situatie in het leven geroepen en laten voortbestaan die, mede in aanmerking genomen dat de bedoelde onderhandelingen onder grote tijdsdruk stonden, Kurstjens geen aanleiding behoeften te geven enig onderzoek te verrichten naar de vertegenwoordigingsbevoegdheid van Visser of tot enige twijfel omtrent diens bevoegdheid. Onder die omstandigheden heeft Kurstjens redelijkerwijze mogen aannemen dat aan Visser een toereikende volmacht was verleend om de bedoelde overeenkomst in naam van Nacap aan te gaan. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is voorts niet onbegrijpelijk, noch onvoldoende gemotiveerd’.

Men ziet dat de ‘gedragingen’ van de directeur van Nacap in de weergave van de hoge raad verbonden worden aan ‘het in het leven roepen en laten voortbestaan van een situatie’, waarbij van belang is het laten blijken ervan op de hoogte te zijn dat de onderhandelingen door de bedrijfsleider (Visser, en ondergeschikte) gevoerd werden, en het niet laten blijken dat deze onbevoegd was om het contract te sluiten met de derde (Kurstjens). Als hier van gedragingen sprake is, dan is het in belangrijke mate in de vorm van een *nalaten*: een informatieplicht die geschonden werd, terwijl op de wederpartij geen onderzoekplicht rustte. Sinds de *Molukse Kerk* (1968) weten wij dat het om

§3. VERTEGENWOORDIGING

een doen of laten gaat bij het handelen van de vertegenwoordigde, het is dus eigenlijk ‘toedoen of toelaten’, als men van een beginsel wil spreken. Ook voor de oorlog had de hoge raad dat al aangenomen, zoals in het arrest *Salga – Bolla* van 1933, maar met *Fokker – Spanje* werd in 1946 een streep daardoor gezet, die pas in 1968 uitgewist werd.

A-g Bakels heeft met zijn conclusie een belangrijke bijdrage geleverd om de cassatierechter in deze richting te krijgen, die gezien het vorige arrest niet vanzelfsprekend was, om het zacht te zeggen. Het is echter jammer dat de raad niet meer geput heeft uit de conclusie en orde op zaken gesteld heeft bij het leerstuk van de vertegenwoordiging, de *NJ*-lezer in lichte verwarring achterlatend, bij lezing van beide arresten in samenhang. De kritiek van annotator Van Schilfgaarde werd eerder al aangehaald, de rechtsontwikkeling is inderdaad niet gediend met dit soort uitspraken (in tegenstelling, overigens, tot annotatoren en auteurs).

Alvorens mijn commentaar op deze materie te geven, hetgeen tegelijk een resumé van deze paragraaf vormt, is het zinnig om het betoog van a-g Bakels samen te vatten, dan wordt duidelijk waar de hoge raad het heeft laten afweten.

De opmars van het risico-beginsel: van ‘toedoen’ naar ‘toerekening’ als grondslag van gebondenheid door vertegenwoordiging

A-g Bakels gaf in zijn conclusie voor *Nacap - Kurstijens* een overzicht van de stroming in doktrine en rechtspraak waarbij het risikobeginsel een centrale plaats inneemt bij vertegenwoordiging; daarbij passeren de revue de inbreng van de schrijvers: Schoordijk, Van Schilfgaarde, Bloembergen, Van der Grinten, Wachter, en schrijver dezes, en de arresten: *Liberty II* (1976), *WGO* (1984) en *Aruba* (1992). In dit verband bestrijdt hij de opvattingen van Barendrecht en H.J. Snijders, in hun commentaar op de arresten *Credit Lyonnais* (1993) en *deurwaarder* (1992), waarbij het toedoenvereiste door hen overeind gehouden wordt.⁷⁶ Bakels rondt zijn beschouwing als volgt af:

‘...de vraag of men dit risikocorrectief (openlijk) aanvaardt of niet, is naar ik meen op de achtergrond van belang voor de beoordeling van het middel. Ook in het kader van de onrechtmatige daad is inmiddels aanvaard dat het de voorkeur verdient openlijk te zeggen dat sommige feiten of omstandigheden waaraan de aangesprokene geen schuld heeft, niettemin tot toerekening leiden omdat zij ‘krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening kom(en)’ (art. 6:162 lid 3 BW). Naar oud recht werd in gevallen zoals ter toelichting van de nieuwe bepaling genoemd, gewerkt met een geobjektiveerd of geabstraheerd schuldbegrip.

(...)

Hoewel dit risikobeginsel niet in art. 3:61 lid 2 BW is neergelegd, zijn er in de wetsgeschiedenis tekenen aan te wijzen die een ontwikkeling zoals hier geschetst, kunnen steunen.

76. Vgl. HR 24 dec. 1993, *NJ* 1994, 303, *CLN Bank – notaris T.*; HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 190, nt HJS, *deurwaarder*. Vgl. Barendrecht, *WPNR* 6223 (1996), p.355 v., waarover kritisch: Kortmann in zijn *JOR*-noot. Behalve Barendrecht, hebben ook De Kluiver en Nieskens-Isphoring moeite met de lijn van *Felix – Aruba*, zie resp.: *WPNR* 6116 (1993), p.925 v.; *NTBR* 1993, p.76; 1994, p.82.

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

Ten eerste is bij Invoeringswet opgemerkt dat een ‘toedoen’ ook kan worden aangenomen zonder dat de achterman een verwijt valt te maken van zijn opstelling. Dit standpunt kan op den duur dienen om het risikocorrectief te aanvaarden.⁷⁷

Het zou een misverstand zijn te menen dat deze opmars van het risikobeginsel een fenomeen uit de laatste tijd is.⁷⁸ Van het begin af aan, zoals uit deze paragraaf mag blijken, is deze stroming aanwezig, zowel in de jurisprudentie als in de doktrine. Het begint al in 1926, het jaar van het befaamde arrest *Vas Dias – Salters*; in datzelfde jaar is de risikobenadering te vinden in het arrest *Altena – Van der Horst*.⁷⁹ Twee vergelijkbare gevallen van opgewekte schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid, met tegengestelde uitkomst, waarbij het tweede arrest altijd in de schaduw van het eerste is blijven staan. In dat eerste, bekende, *Vas Dias*-arrest is sprake van ‘wilsuiting of gedraging’; in het tweede, minder bekende arrest, spreekt de hoge raad van gebondenheid van de lastgever door volmacht ‘indien zijn wil daartoe moet worden afgeleid uit zijn gedragingen in verband met de eischen van het maatschappelijke verkeer, en het daardoor bij den derde opgewekte vertrouwen’; het gaat om een ‘naar buiten werkende gedraging’ van de achterman.

De regel uit *Vas Dias* werd voor velen de heersende leer, maar dat gold lang niet voor alle schrijvers, ook al voor de oorlog. Instructief en vermakelijk is nog steeds de botsing tussen Hijmans van den Bergh en J.C. van Oven in 1938, naar aanleiding van het preadvies NJV van de eerste. Het zou vandaag de dag eenzelfde eenakter tussen de heren Hartkamp (of Barendrecht) en Van Schilfgaarde (of Schoordijk) kunnen zijn. Hijmans van den Bergh had geschreven:

‘De principaal wordt – het schijnt nauwelijks nodig het te zeggen – jegens den derde alleen gebonden door zijn eigen gedragingen, niet door mededelingen van den vertegenwoordiger, die de omvang van de hem verleende volmacht onjuist voorstelt’.⁸⁰

De reactie van Van Oven is deze:

‘Nu is dit een punt, waarbij het mij anders gegaan is dan overigens bij het lezen van de preadviezen. Meestal dacht ik, die dingen lezende: kijk eens, daar hebben ze zich knap en handig buiten het terrein gehouden, waar nu juist de heel grote moeilijkheden liggen. Maar hier, op dit punt, heb ik het preadvies even neergelegd en gezegd: Het schijnt onnodig te zeggen? Neen, het is buitengewoon nodig te zeggen en het is bovendien nog onjuist ook!’

In Van Ovens visie is het legitiem om de vraag te stellen ‘of het feit van de volmachtsverlening, van het laten optreden van een ander, niet reeds het vermoeden schept, dat hetgeen door den vertegenwoordiger geschiedt, geldt

77. Sub 3.11 e.v., noten weggelaten; hierop volgt een beroep op lid 3 van art. 61, waarin de risico-gedachte neergelegd is, in de jongste versie.

78. Zowel Bakels in zijn conclusie als Kortmann in zijn *JOR*-noot wekken de indruk dat de nieuwe stroming ten aanzien van vertegenwoordiging bij ons van begin jaren ‘70 stamt.

79. HR 26 mei 1926, *NJ* 721, *Vas Dias – Salters*; HR 18 juni 1926, *NJ* 1021, nt EMM, *Altena – Van der Horst*. Beide arresten kwamen eerder terloops te sprake; ze werden uitvoerig besproken in mijn eerder genoemde artikel in *WPNR* 1973 (zie nt 84), waarin ik de tegenstelling tussen een statisch en een dynamisch volmachtbegrip aan de orde gesteld heb.

80. Voor bronverwijzing, zie boven, nr 7, nt 53.

§3. VERTEGENWOORDIGING

voor den vertegenwoordigde, voor zover het aannemelijk is'. Van Oven sluit daarmee aan bij de opvatting van een andere grote civilist, Losecaat Vermeer, die naar aanleiding van de beruchte zaak-*Eugène* (vervalste handtekening), geschreven had: het redelijk vertrouwen van derden moet beschermd worden, 'niet alleen wanneer het in het leven geroepen is door een verklaring of gedraging van den vertegenwoordigde, maar ook als dit geschied is door andere omstandigheden, welke ontstaan door een bijzonder doen of nalaten van den vertegenwoordigde onevenredig begunstigd is'.⁸¹

De hoge raad lijkt in de jaren van voor en tijdens de oorlog door deze moderne stroming beïnvloed te zijn; *Salga – Bolla* van 1933 werd al genoemd (inzake een stilzittende commissaris, met resultaat tegengesteld aan *Fokker – Spanje*), en in het *De Gruyter*-arrest van 1942 (inzake statutaire doeloverschrijding) wordt expliciet overwogen: 'dat het in deze zaak niet gaat om den uitleg van de volmacht zelf, doch het aankomt op buiten die volmacht staande omstandigheden, die het al dan niet bevoegdelyk verricht zijn van de hier plaats gevonden rechtshandeling – het aangaan van een borgtocht voor de vennootschap – bepalen'.⁸² In *Fokker – Spanje* had het Hof Amsterdam deze lijn gevolgd, met de overweging dat de advocaat voor de *rechtspersoon* opgetreden was, niet voor een van haar organen; indien de directie de RvC niet had ingelicht moeten 'de hieruit blijkende tekorten in de organisatie van geïntimeerde voor risico van geïntimeerde blijven', stelt het hof. Zo kan het dus ook, maar dan volgt de uitspraak in andere zin van de hoge raad, *inde lacrimae*. Een duidelijk politieke uitspraak – natuurlijk was de RvC op de hoogte, meende a-g Wijnveldt al, en later Sanders in zijn handboek – waar wij nog steeds de wrange vruchten van plukken in het vertegenwoordigingsrecht.

Intussen zal duidelijk zijn dat deze op toerekening gebaseerde visie op vertegenwoordiging een produkt van eigen bodem is, van ver voor de oorlog, en niet zoals Kortmann onlangs suggereerde de 'common law-benadering'.⁸³ Ook Bakels doet in zijn conclusie voor *Nacap – Kurstjens* voorkomen dat engels recht hier de inspiratiebron geweest was, voor Schoordijk in 1970 (Van Schilfgaarde ging hem trouwens op dat punt voor, in zijn dissertatie van 1969). Wij hebben onze eigen boerenkool-*apparent authority* en *holding out* altijd al gehad. Het hoeft niet altijd van ver te komen om smakelijk te zijn.

Intussen heeft de hoge raad in de afgelopen decennia verscheidene keren aansluiting gezocht bij de normatieve stroming in het vertegenwoordigingsrecht, zoals in het *Liberty II*-arrest van 1976 (*nomen est omen*), dat annotator Wachter en anderen zo geïnspireerd heeft (zie boven, nr 4). In wezen sluit het *WGO*-arrest van 1984 hierop aan; dat is nog duidelijker het geval in het *Aruba*-arrest van 1992, waarvan de kernoverweging boekdelen spreekt (die wij in de arresten van 1998 graag geopend hadden gezien). Niet langer die fixatie op een 'gedraging' van de vertegenwoordigde, ruim baan voor toerekeningsfactoren, die even zovele risikofactoren zijn in de sfeer van de achterman (organisatie en

81. Losecaat Vermeer verwees hierbij naar het proefschrift van Levenbach, 1923.

82. Zie boven, nr 4. Deze benadering is ook te vinden in het arrest *Baars – Van Zijveld* (1951) en het arrest van het hof in *Papierfabriek Gennep* (1956), zie mijn *WPNR*-artikel uit 1973.

83. Zijn *JOR*-noot onder het *Nacap*-arrest; intussen is het juist dat de normatieve stroming in ons land grote overeenkomst vertoont met de common law-benadering van *apparent authority*.

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

verdeling van bevoegdheden, kort gezegd). Niet alleen de positie van de vertegenwoordiger, maar ook diens gedragingen worden van belang geacht. In compendium-stijl: behalve de volmacht zelf zijn ook van belang omstandigheden die daarbuiten gelegen zijn en, aangezien deze in de sfeer van de vertegenwoordigde liggen, geacht worden voor rekening en risico van die persoon te komen. Aldus kan ook de vertegenwoordiger tegenover de derde een schijn wekken waardoor de vertegenwoordigde ten aanzien van de derde gebonden wordt.

Opvallend is dat in het *Aruba*-arrest de mededelingsplicht (informatieplicht) van de vertegenwoordigde jegens de derde aangenomen wordt, evenals in het *WGO*-arrest het geval was, als tegenhanger van de onderzoekplicht die op de derde rust, om niet al te zeer met gesloten ogen tewerk te mogen gaan. Dit alles onder de aegis van het beginsel van de bescherming van opgewekte vertrouwen in geval van derden te goeder trouw; in hetzelfde jaar 1992 werd dit door de hoge raad in een ander arrest weergegeven als 'het beginsel van de artt. 3:35, 36 en 61 BW'.⁸⁴ Zoals wij zagen had het Hof Leeuwarden in de arresten van 1998 dat eveneens gedaan had, zonder de cassatierechter daarin mee te krijgen. Van Schilfgaarde wees in zijn noot nog op een arrest uit 1993, waarin de hoge raad eveneens gevoelig is voor toerekeningsbeginsel en risico-factoren, *COVA*.⁸⁵

Wij zien brokstukken hiervan terug in de arresten van 1998, echter zonder dat sprake is van aansluiting op het *Aruba*-arrest, en de visie die daaraan ten grondslag ligt. De onderzoekplicht van de derde, indertijd al door Van Schendel in zijn dissertatie van 1982 verdedigd, komt nog het meest uit de verf, maar het heeft toch teveel van een momentopname, een gelegenheidsuitspraak die weinig zicht geeft op de toekomstige ontwikkeling op dit rechtsgebied.

Afrondende beschouwingen: waarom, waarheen? Het volmacht-begrip als blok aan het been bij vertegenwoordiging op grond van toerekening

Het wordt tijd om deze paragraaf af te ronden, maar niet dan nadat de vraag onder ogen gezien is hoe wij in deze wanorde in vertegenwoordigingsland terecht gekomen zijn, en waar het heen moet met de rechtsontwikkeling op dit punt. Daar kan men (nog steeds) een paar proefschriften over schrijven, ik volsta met een Kort Antwoord, in arbitrage-termen gesproken.

Een belangrijk obstakel voor de rechtsontwikkeling is art. 3:61 lid 2 BW, dat de stand van het recht anno 1926 weergeeft, en dan nog ten dele wanneer men de tweelingarresten uit dat jaar voor ogen houdt (twee-eiig). Niet alleen de vermaledijde term 'in naam van een ander' waarover Van Schilfgaarde zich terecht zo druk gemaakt heeft, ook de 'verklaring of gedraging van die ander' (volmachtverlener) als grondslag voor gebondenheid wegens gewekt vertrouwen zet nog steeds horden juristen op het verkeerde been, het *Vas Dias*-been. Men is zich niet bewust dat de volmacht-figuur een constructie van het midden van de 19^e eeuw is, duitse dogmatiek, losgekoppeld van de lastgeving, waarmee de volmacht traditioneel verbonden was. Als zelfstandig

84. HR 7 febr. 1992, *NJ* 809, nt HJS, *Kamerman* (vervalste handtekening).

85. HR 14 nov. 1993, *NJ* 1994, 622, nt PvS, *Cova*, zie ook zijn noot. Het arrest HR 11 april 1997, *NJ* 583, nt Ma, *Van Hemmen B.V.*, waaraan Van Schilfgaarde in *WPNR* 6282/83 (1997) zoveel aandacht besteed heeft, valt in diezelfde categorie.

§3. VERTEGENWOORDIGING

vertegenwoordigingsconcept kwam de volmacht terecht in een maalstroom van de orgaantheorie, representatieleer en coöperatietheorie, die toen in Duitsland ontwikkeld werden. Het noemen van *de naam* van de achterman is puur orgaantheorie, de tussenpersoon als ‘Organ fremden Willens’; zodra men de *handeling* van de tussenpersoon als gemachtigde centraal stelt (met eigen wil), waardoor de achterman gebonden wordt, heeft men met de representatieleer te maken. De coöperatietheorie is een combinatie van beide (met common law ondertonen).

In het Ontwerp-Meijers werd de theoretische herkomst door elkaar gehaald, zonder dat dit opgevallen was.⁸⁶ Zodra men het beginsel van bescherming van opgewekt vertrouwen gaat hanteren, en daar gaat het immers om bij opgewekte schijn, begint het hybridische concept te wringen. Hier loopt een dichotomie doorheen van twee visies op vertegenwoordiging, die aan het begin van deze paragraaf aan de orde gekomen is (nr 2): vertegenwoordiging als *fictie*: de tussenpersoon handelt *alsof* hij de achterman *is* (aldus Meijers, c.s.), of als *toerekening*: de handeling van de tussenpersoon wordt de achterman rechtens *toegerekend* (Scholten, c.s.). In de eerste stroming is het namen noemen en binnen een volmacht handelen cruciaal (inhoud volmacht, bekendheid ervan, e.d.); in de tweede stroming zijn de normen en beginselen waarop de toerekening gebaseerd is het fundament (beschermen van vertrouwen, gevaarstelling, risicosfeer, e.d.). Het zal duidelijk zijn dat in die laatste opvatting men de figuur van volmacht niet echt nodig heeft om tot gebondenheid door vertegenwoordiging te komen, dat kan heel goed, rechtsstreeks, zonder het bestaan van volmacht. Het verwondert dan ook niet dan al lang geleden er schrijvers zijn geweest die de figuur van volmacht wilden afschaffen, of tot de marge terugbrengen, in Duitsland (Schlossmann) en in ons land (De Ranitz, Van Deventer). Het probleem met art. 61 is dat de indruk gewekt wordt dat vertegenwoordiging alleen door middel van volmacht kan plaatsvinden, en dat in allerlei schemersituaties de gang van zaken tot het bestaan van een volmacht herleid moet worden. Een krampachtige exercitie. Bovendien wordt het beginsel van bescherming van opgewekt vertrouwen niet als zelfstandige bron van gebondenheid in het artikel genoemd. Tot welke problemen dat kan leiden bij wetstoepassing wordt geïllustreerd door de arresten van 1998 die de inzet van deze beschouwingen waren.

Dat het ook anders kan, bewijst het artikel uit het Unidroit-wetsontwerp Vertegenwoordiging uit 1972, dat nog steeds inspiratie kan bieden, en dat ik indertijd de wetgever als voorbeeld voorgehouden heb, *sed frustra*.⁸⁷

Article 28 Unidroit-ontwerp (1972)

When an agent acts on behalf of a principal within the scope of his authority and when the fact that he is an agent is disclosed or is apparent, the contract, subject to the provision of Article 27, shall directly bind the principal and the other contracting party, unless it follows from the contract with the third party, for example by a reference to commission agency, that the agent undertakes to bind only himself, in which case Article 26 shall apply.

86. Zie mijn genoemde *WPNR*-artikel uit 1973 (nr 5199).

87. In mijn *WPNR*-artikel van 1973 (nr 5201). Het voorbeeld dat Kortmann ontleent aan de Principles of European Law (Lando-Cie.), art. 3:201 lid 3, is in de slechte (continentale) volmacht-traditie, t.a.p. p.724.

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

Het 'in naam van' werd hier vervangen door 'on behalf of (a principal)', in de franse tekst weergegeven als: 'pour le compte (du représenté)'. Wij zouden dat kunnen formuleren als 'ten behoeve en voor rekening van (de ander)'. De bevoegdheid van de tussenpersoon om de ander te binden kan 'disclosed' zijn, of 'apparent'. Men herkent in dat laatste zowel de mededelingsplicht van de achterman als de gewekte schijn van bevoegdheid om de achterman te binden, die in de arresten van 1998 zoveel gewicht kregen in de benadering van het hof (en ten dele: hoge raad).

In 1973 heb ik een alternatief voor de artt. 3:60 en 61 (N)BW opgesteld, die weinig aan aktualiteit heeft ingeboet, gezien de moeizame weg die in de jurisprudentie afgelegd wordt. Ik verwijs daarvoor naar de weergave ervan in nr 6; het kan als samenvatting van mijn betoog gelden. In mijn artikel uit 1999 sprak ik de hoop en het vertrouwen uit dat de verdere ontwikkeling in ons vertegenwoordigingsrecht zich in die richting zal voltrekken. Met het arrest van 12 januari 2001 is die verwachting niet beschaamd; hier volgt een bespreking van een belangrijke uitspraak voor het vertegenwoordigingsrecht.

9. *De nieuwe vertegenwoordigingsleer verder aanvaard in Kuijpers – Wijnveen Ede (2001): vertegenwoordiging door doen of nalaten; exit: volmachtconstructie oude stijl. Bekrachtiging en vertegenwoordiging*

Vrij kort na de arresten van 1998 was de hoge raad opnieuw in de gelegenheid om zich uit te spreken over vertegenwoordiging. Het Hof Arnhem had vertegenwoordiging-nieuwe stijl gevolgd en dit keer had a-g Hartkamp daar geen moeite mee, verwijzend naar beide arresten van 1998, nota bene als tweeluik genoemd. De casus doet overigens sterk denken aan het arrest *Nacap – Kurstjens*, maar er is ook nog sprake van een opdrachtbevestiging, die niet ondertekend verzonden is, en de figuur van bekrachtiging speelt mee. Een saillant punt is dat een deel van de gedragingen van de vertegenwoordigde partij zich eerst na sluiting van de overeenkomst afspelen, en toch van belang geacht worden voor de vertegenwoordigingsvraag, die uiteraard voor het aangaan van de overeenkomst van betekenis is. Een handvol getuigen die elkaar (en zichzelf) tegenspreken, maakt het toch een geval waar men verschillend over kan denken, zoals blijkt. De hoge raad, zijn a-g volgend, spreekt zich nadrukkelijk uit voor het wekken van schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid door een 'niet-doen', of te wel: een *nalaten*.

De casus is deze. Kuijpers BV gaat voorjaar 1992 in onderhandeling met Wijnveen Ede BV over de aankoop van een 25 tons bulkoplegger. De onderhandelingen voor Kuijpers worden gevoerd door Steijvers, 'de man van het bulktransport' in het bedrijf, terwijl de directeur, Kuijpers, soms daarbij aanwezig is. De onderhandelingen worden met succes afgerond, met als koopprijs f 195.000, levering in oktober 1992. Wijnveen stuurt op 29 april 1992 een orderbevestiging aan Kuijpers, met het verzoek om deze getekend te retourneren, die directeur Kuijpers gezien heeft, maar naast zich neergelegd heeft. Wijnveen neemt de fabricage van de bulkoplegger ter hand; in zomer en najaar 1992 heeft Steijvers een aantal keren contact met werknemers van Wijnveen over de bulkoplegger, en alles lijkt koek en ei te zijn. Bij de levering ervan door Wijnveen, weigert Kuijpers echter ontvangst en betaling van de faktuur; zij beroept zich daarbij op de vertegenwoordigingsonbevoegdheid van Steijvers; deze zou blijkens zijn volmacht slechts bevoegd zijn om administratieve handelingen te verrichten en

§3. VERTEGENWOORDIGING

kleine verplichtingen aan te gaan beneden f 1.000. Wijnveen verkoopt de bulkoplegger aan een derde met verlies van circa f 35.000, en vordert dat bedrag als schade van Kuijpers. Rechtbank en Hof Arnhem wijzen die vordering toe, en Kuijpers gaat in cassatie.

De hoge raad stelt vast dat het hof in zijn arrest 'tot uitdrukking gebracht heeft' dat sprake was van schijn van verlening van volmacht, althans van bekrachtiging, waartegen zich de cassatiemiddelen richtten, en vervolgt dan:

Het oordeel van het Hof in zijn rov. 5.3 en 5.4 moet als volgt worden verstaan.

Het Hof heeft vooropgesteld dat, wanneer enkel zou worden gelet op de in het handelsregister opgenomen volmacht, Steijvers niet bevoegd zou zijn de overeenkomst te sluiten, maar dat dit niet wegneemt dat desondanks Wijnveen mocht aannemen dat hem voor het sluiten van deze overeenkomst een toereikende volmacht was verleend. Het Hof heeft daarbij in aanmerking genomen dat de besprekingen op het bedrijf van Kuijpers BV en met instemming van Kuijpers, de bevoegde directeur van Kuijpers BV, werden gevoerd door Steijvers, dat Kuijpers enige tijd de besprekingen heeft bijgewoond, en dat in deze besprekingen ook over prijs en levertijd overeenstemming is bereikt (rov. 5.4).

Door in het licht van deze omstandigheden aan te nemen dat, nu Kuijpers na ontvangst van de opdrachtbevestiging niet onmiddellijk heeft doen weten zich niet gebonden te achten, door toedoen van Kuijpers BV de schijn is gewekt dat Steijvers in haar naam de overeenkomst heeft gesloten, heeft het Hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. De schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan immers, afhankelijk van de verdere omstandigheden van het geval, ook door een niet-doen worden gewekt, waarbij het niet ter zake doet of een gedeelte van de omstandigheden waarop de schijn van bevoegdheid berust, zich heeft voorgedaan na de totstandkoming van de overeenkomst.

Voor het overige berust 's Hofs oordeel op een waardering van omstandigheden van feitelijke aard, die in cassatie niet verder op juistheid kan worden getoetst. Het is niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering.

Opmerking verdient hierbij nog dat onderdeel 3f feitelijke grondslag mist, voor zover het uitgaat van een uitdrukkelijke afspraak omtrent het ondertekend terugzenden van de opdrachtbevestiging, nu immers volgens 's Hofs vaststelling de opdrachtbevestiging slechts een verzoek inhield deze ondertekend te retourneren, en de gestelde afspraak naar het kennelijke en niet onbegrijpelijke oordeel van het Hof niet inhield dat slechts een overeenkomst zou tot stand komen indien de opdrachtbevestiging ondertekend zou zijn teruggezonden.

Onderdeel 3 is derhalve tevergeefs voorgesteld.

3.6. Anders dan onderdeel 5a tot uitgangspunt neemt, heeft het Hof niet op grond van de enkele omstandigheid dat Kuijpers de opdrachtbevestiging naast zich heeft neergelegd, geoordeeld dat Kuijpers BV de schijn van bekrachtiging heeft gewekt.

Het Hof heeft immers mede in aanmerking genomen dat Kuijpers BV zich niet onmiddellijk op de onbevoegdheid van Steijvers heeft beroepen, dat Steijvers in de zomer en het najaar van 1992 jegens werknemers van Wijnveen het sluiten van de overeenkomst niet heeft ontkend en dat niet gebleken is dat Kuijpers Steijvers zou hebben opgedragen dit wel te doen.

Het onderdeel kan derhalve bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden.

Voor zover onderdeel 5b voortbouwt op de hiervoor besproken onderdelen, moet het het lot daarvan delen. Voor zover het onderdeel strekt ten betoge dat het Hof ten onrechte niet heeft onderscheiden tussen omstandigheden die in het bijzonder grond zouden kunnen opleveren voor de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid en omstandigheden die in het bijzonder betrekking hebben op de schijn van bekrachtiging, is het tevergeefs voorgesteld. In vele gevallen kan een dergelijk scherp onderscheid in de praktijk niet worden gemaakt, hetgeen meebrengt dat dezelfde omstandigheden zowel bij de ene als bij de andere kwestie in de afweging kunnen worden betrokken. Het Hof heeft dan ook niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door dit onderscheid in het onderhavige geval niet scherp te maken, noch zijn

9. ALGEMENE BESCHOUWINGEN VERBINTENISSENRECHT

uitspraak in dit opzicht onvoldoende gemotiveerd. Ook in zoverre is het onderdeel tevergeefs voorgesteld.

Een belangrijk arrest, om een aantal redenen. Allereerst is het een bevestiging van het ‘goede’ arrest van het duo uit 1998, en daarmee een voortzetting van de door a-g Bakels bepleite toepassing van het risikobeginsel, met terzijdestelling van het ‘toedoenbeginsel’. Ook wordt, in alle duidelijkheid, overwogen dat schijn van vertegenwoordiging onder omstandigheden ook door een *nalaten* gevestigd kan worden. De toerekening wordt heel serieus genomen door aanvaarding van de zienswijze dat niet van belang is dat omstandigheden zich voorgedaan hebben *na de totstandkoming van de overeenkomst*. Het niet op de hoogte stellen van Wijnveen van het gebrek aan vertegenwoordigingsbevoegdheid van Steijvers door Kuijpers tijdens de onderhandelingen vond een culminatie in het evenmin ingrijpen toen de opdrachtbevestiging ontvangen werd. Tenslotte ziet men dat de cassatierechter niets voelt voor het maken van een scherp onderscheid tussen schijn van vertegenwoordiging en schijn van bekrachtiging, dat ‘in de praktijk’ nu eenmaal niet te doen is. Volgens a-g Hartkamp, in zijn conclusie, was dit al met het arrest *Molukse Gemeente* (1968) beslist; ik weet niet of dit iedereen opgevallen is.

Het dooreenlopen van vertegenwoordiging en bekrachtiging vraagt nog om enkele kanttekeningen. Die problematiek was eerder aan de orde in het arrest van 15 januari 1999, met conclusie van a-g Hartkamp, een conclusie die merkwaardigerwijze door de hoge raad overgenomen wordt door middel van verwijzing, als enige grondslag voor de beslissing in zijn arrest.⁸⁸ Ik denk dat dit arrest een goede illustratie is van de terechte kritiek van Bloembergen op dit fenomeen, waarbij gemakzucht en tijdgebrek om voorrang lijken te strijden in de boezem van de hoge raad. Niet alleen dat Hartkamp niet zo’n beste leidsman op het gebied van vertegenwoordiging gebleken was, in de arresten van 1998, het is ook een uiterst gecompliceerde casus, waarbij de a-g op vreemde wijze jongleert met begrippen als vertegenwoordiging en bekrachtiging, en het onderscheid tussen art. 3:61 (schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid) en art. 3:65 (schijn van wil). Dat wordt met huid en haar overgenomen door de cassatierechter, inclusief drukfouten (zoals ‘art. 3:365’). Dat stemt niet vrolijk.

Het meest curieuze in de conclusie van Hartkamp is dat hij in een casus waarin de vertegenwoordigingsbevoegdheid van een tussenpersoon in het geding is, stelt dat die tussenpersoon bevoegd kan zijn om, namens de vertegenwoordigde, te bekrachtigen, dat wil zeggen, het gerechtvaardigd vertrouwen daaromtrent te wekken, waardoor de onbevoegdheid opgeheven wordt. Nota bene, de term ‘bekrachtiging’ was daarbij niet naar voren gebracht in de stellingen van de cassatiepartij, maar deze waren wel een toereikende grondslag ervoor. Daarmee wordt de figuur van vertegenwoordiging toch wel grotelijks geweld aangedaan (en het voorstellingsvermogen onnodig belast). Hartkamp had nog wel opgemerkt, met verwijzing naar Van Schilfwaardes bespreking van het *Van Hemmen BV*-arrest van 1997, dat de feitenrechter ‘de stellingen van partijen op onbekrompen wijze, in het licht van alle mogelijk in

88. *NJ* 1999, 574, *Amrosan – Groen*. Zware kritiek op die cassatietechniek werd onlangs geuit door Bloembergen, noot in *NJ* 2001, 105, *Paulissen – VROM*.

§3. VERTEGENWOORDIGING

aanmerking komende normen, uit te leggen'. Dat hoeft echter nog geen uitnodiging tot chinese akrobatiek te zijn.

Wat daarvan zij, ook in het arrest van 1999 liepen de figuren van vertegenwoordiging en bekrachtiging dooreen. Het is verheugend dat de hoge raad, zelf weer het heft ter hand nemend, in het arrest van 2001 het verband tussen schijn van bekrachtiging en schijn van vertegenwoordiging benadrukt, maar instemt met het gebruik van bekrachtigingselementen bij het onderbouwen van de vertegenwoordiging, zoals het hof gedaan had. Daarmee blijft de akrobatiek voor het circus; men loopt dan ook minder kans om in de touwen van art. 3:61 en 35 verstrikt te raken.

De boven beschreven ontwikkeling in de jurisprudentie heeft een vervolg gekregen met een arrest uit 2002, waarin de 'holding out'-figuur aan de orde was, dit keer een makelaar die door een aantal verkopers ingeschakeld was om het hun toebehorende woonhuis te verkopen. De hoge raad overwoog met betrekking tot gerechtvaardigd vertrouwen van de koper dat een toereikende volmacht is verleend aan de makelaar dat dit vertrouwen ook kan worden opgewekt door het laten (voort)bestaan van een bepaalde situatie door de verkopers.⁸⁹

De vertegenwoordiging-nieuwe stijl is ook gevolgd door het Hof Arnhem in het vervolgarrest inzake het Martini ziekenhuis, een geval van medische aansprakelijkheid dat in het kader van de verjaringsproblematiek elders aan de orde is gekomen.⁹⁰

Bij het op naam handelen voor een ander is de normatieve uitleg op dat gebied geen rustig bezit, betoogt Schoordijk in 2001 naar aanleiding van enkele arresten die zijn wrevel opgeroepen hebben.⁹¹ Dat onderwerp komt ook aan de orde in het proefschrift van D. Busch, in een Europese dimensie.⁹²

89. HR 9 aug. 2002, *NJ* 543, *Van den Berg – Balm*. Beide verkopers waren mede-eigenaar van het huis, waarbij telkens een van beide ook namens de ander optrad; bij het vierde bod van koper had de ene verkoper de koper geadviseerd om dat bod bij de makelaar uit te brengen. De andere verkoper beriep zich erop dat hij niet rechtstreeks aan de makelaar toestemming had gegeven om dat bod te aanvaarden, de laatste had zich daarvan moeten vergewissen.

90. Hof Arnhem 25 nov. 2003, *NJ* 2004, 228, *Martini ziekenhuis II*.

91. H.C.F. Schoordijk, Het einde van het recht der werkelijkheid?, *WPNR* 6444 (2001), p.449.

92. D. Busch, *Middellijke vertegenwoordiging in het Europese contractenrecht*, diss. Utrecht 2002.

Deel III

Onrechtmatige daad

Hoofdstuk 10.

Algemeen gedeelte van het onrechtmatige daadsrecht. Historische ontwikkeling, grondslagen en vereisten

§ 1. Introductie. Historische ontwikkeling van de onrechtmatige daad

1. Inleiding. Overzicht van de te behandelen stof

Eén van de centrale begrippen van het verbintenissenrecht is de onrechtmatige daad. Met het contract en de eigendom behoort de onrechtmatige daad al eeuwen lang tot de grondbegrippen van het privaatrecht, voor zowel civilisten als rechtsfilosofen. Werd in het verleden aangenomen dat het hier drie archetypische rechtsfiguren betreft, die elk een apart rechtsgebied symboliseren, uit het vorige hoofdstuk kan de conclusie getrokken worden dat in het hedendaagse recht deze figuren meer overeenkomstige kenmerken hebben dan verschillen.¹ Het privaatrecht is stelselmatig ineen gegroeid, waarbij wij weer bij de essentie van het recht terecht gekomen lijken te zijn, zonder alle dogmatische uitbouwsels en scholastische verfijningen, die vooral in de vorige eeuw hun beslag kregen. Het adagium van de Romeinen is weer hoogst actueel: *honeste vivere, naeminem laedere, suum cuique tribuere* ('leef eerlijk, schaad niemand, en geef ieder het zijne'). Het leven is nog zo ingewikkeld niet. Het romeinse onrechtmatige daadsrecht was vrij eenvoudig van opzet; men kende slechts enkele beperkte acties voor specifieke gevallen (diefstal, toebrengen van schade, aantasting van eer), waarvan de Lex Aquilia de belangrijkste was en uitgroeide tot een algemene actie (*damnum inuria datum*, inzake beschadiging van eigendom). In later tijd leerde onze Hugo de Groot, de grote natuurrechtsleraar uit de zeventiende eeuw, dat elke onrechtmatige daad ('misdæet') tot schadevergoeding verplicht, in een formulering nu weer aanspreekt: 'Misdæet is een doen ofte laten, synde uyt sig selven, ofte door eennige Wet, ongeoorloofd'.² Het schuldbeginsel speelde in die tijd een zeer onderschikte rol; risico-aansprakelijkheid was het uitgangspunt: degenen die schade toebrengt, moet deze vergoeden. Dat was bij de Romeinen al het geval, maar ook naar het oude germaanse recht. Dat gold ook voor schade die men niet zelf had toegebracht, maar veroorzaakt was door dieren, gebouwen, huisgenoten, bedienden, en dergelijke. De in onze tijd gangbare vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, zoals het schuldvereiste, zijn produkten van het denken in de negentiende eeuw, toen liberalisme en

1. Vgl. ook mijn al eerder genoemde opstel in de Schoordijk-bundel, *Het zakenrecht als open systeem (van verbintenissen)*, 1991, p. 45.

2. Asser-Rutten II, 1968, p. 406, waar een overzicht van de historische achtergronden van de onrechtmatige daad.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

individualisme hoogtij vierden. Hieronder komt deze materie nog uitvoerig ter sprake, aangezien het al enige decennia een brandende vraag is of de aansprakelijkheid op schuld of risico gebaseerd is.³

De wet stelt in art. 6:162 over de onrechtmatige daad het volgende:

‘art.162. 1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.

2. Als een onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.

3. Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.’

Het nieuwe artikel is aanzienlijk langer dan de voorganger, art. 1401, dat als ‘veertien-één’ het belangrijkste stuk uit de gereedschapskist van de jurist was. Het artikel, de nederlandse vertaling van art. 1382 Code civil, luidde:

‘art. 1401 (oud). Elke onrechtmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht, stelt degeen door wiens schuld die schade veroorzaakt is in de verplichting om dezelve te vergoeden’.

Vergelijking van beide wetsteksten leert, dat de wetgever in het nieuwe artikel met name de begrippen ‘onrechtmatig’ en ‘schuld’ nader heeft uitgewerkt, en getracht heeft deze in overeenstemming te brengen met de geldende rechtsopvattingen.

In het tweede lid zien wij een codificatie van de leer van de hoge raad, zoals die in 1919 neergelegd werd in het arrest *Lindebaum - Cohen*, de hoeksteen van het deliktsrecht in de vorige eeuw. Daarmee nam de hoogste rechter indertijd de wetgever de wind uit de zeilen: het college nam een wetsontwerp dat op stapel stond letterlijk over, waarop de wetgever terugtrad, en pas zeventig jaar later de draad weer opnam. Het is één van de bekendste voorbeelden in ons recht van de hoge raad in zijn rol van ‘wetgeverplaatsvervanger’. Het was overigens niet de eerste keer, het arrest uit 1881 waarin bij echtscheiding ‘de grote leugen’ als echtscheidingsgrond ingevoerd werd, was eveneens een remplaçant voor wetgeving, die maar niet van de grond wilde komen (en waarschijnlijk de eerste tijd wel niet gekomen zou zijn, vanwege de politieke gevoeligheid van de kwestie, met name bij de confessionele partijen).⁴ Hieronder wordt nog op de episode ingegaan die geleid heeft tot het arrest van 1919, niet louter uit

3. Zie onder, § 2, nr 4, en voor de historische ontwikkeling van de risico- of gevaarzettingsleer, Hfdst. 12, § 1, nr 1.

4. Deze echtscheidingsgrond hield in, met gebruikmaking van een regel van procesrecht, dat indien een partij geen verweer voert, bijvoorbeeld in een verstek-procedure, dat hetgeen in de vordering gesteld wordt als bewezen geldt. Echtscheiding was gebaseerd op overspel (tot 1971), en als dat niet weersproken werd, stond dat feit vast, en kon daarmee de echtscheiding op eenvoudige wijze uitgesproken worden. In België kende men dit rechtersrecht niet, met als gevolg de onverkwikkelijke praktijk dat men bij echtscheiding een detective moest inhuren om de partner op overspel te laten betrappen.

§1. HISTORISCHE ONTWIKKELING

historische interesse, maar in verband met de zwakke vorm en inhoud van dat arrest, hetgeen bij enkele schrijvers al meteen bezwaren opriep, die ook tegen de huidige wettekst in te brengen zijn.

In lid 3 van het artikel wordt door de wetgever een poging gedaan om een bevredigend antwoord te geven op de strijdvraag: 'schuld of risico?', en in het algemeen, op de vraag wat onder 'toerekening' verstaan moet worden. Hij koos de oplossing van schuld naast de verkeersopvattingen (en uiteraard nog de wet) als grondslag voor de toerekening, daarmee trachtend de kerk in het midden te houden. Het is echter de vraag of daarmee iedereen tevreden gesteld is, nu het elk wat wils is, met name of de buitenkerkelijken hiermee gelukkig zijn. Er zijn al vrij veel kritische geluiden te horen over deze, naar het zich laat aanzien, gelegenheidsoplossing, vooral uit de laatste groep, die niet op handhaving van het schuldbegrip zat te wachten.

Met het artikel heeft de wetgever getracht het geldende recht weer te geven. Het zal daarom duidelijk zijn dat het recht zoals dat onder het oude BW gold, in rechtspraak en doktrine, nog onverkort van belang is voor de kennis van het geldende recht. Dat is temeer het geval, nu men in de wettekst verschillende oude begrippen weer tegenkomt, die hun betekenis in het verleden gekregen hebben. Tenslotte is het voor theorie en praktijk één van de belangrijkste onderdelen van het privaatrecht, zodat een uitvoerige bespreking op haar plaats is. Wat plat gezegd, de doorsnee praktijkjurist moet met dit leerstuk zijn brood verdienen, of tenminste het beleg erop.

Bij de behandeling zal ik in dit Algemeen deel, de titel zegt het al, de algemene aspecten van onrechtmatige daad bespreken, waaronder de vereisten die de wet eraan stelt (het leerstellige rijtje: onrechtmatigheid, schuld, relativiteit, schade en causaal verband), en enkele karakteristieke trekken van de jurisprudentie op dit gebied, die met *gevaarzetting* en *belangenafweging* te maken hebben. Traditiegetrouw hoort daarbij ook het causaliteitsvereiste, het oorzakelijk verband, dat echter in het huidige wetboek elders behandeld wordt (art. 6:98) omdat dit ook op de verbintenissen in het algemeen en de overeenkomst van toepassing is. Als tegemoetkoming aan die laatste figuur vindt men het onderwerp schade bij het contractenrecht behandeld, in het eerste deel van het boek. Men moet dus, evenals in het nieuwe wetboek, wat 'schakelen', en het hier opgemerkte geldt als de schakelbepaling. Deze onderdelen die genoemd werden, zijn overigens van verschillende Supplementen op de eerste druk, en het hoofdwerk zelf afkomstig. Het is de bedoeling dat er van een naadloze ineenvoeging sprake is, ook met de nieuwe teksten; indien dat niet geheel gelukt is, wordt voor een volgende druk verbetering beloofd. De *bijzondere aansprakelijkheden* komen in een volgend hoofdstuk aan de orde. Deze werden in de tweede druk merendeels van het laatste Supplement (1990) overgenomen en geaktualiseerd.

Nadat enkele onderdelen van dit algemeen gedeelte behandeld zijn, wordt teruggekomen op de regeling van art. 162, en wordt geïnventariseerd wat de betekenis van dit artikel in het geldende recht is.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

2. *Het arrest van 1919 en zijn voorgeschiedenis*

De toepassing van art. 1401 was in de jurisprudentie van de 19e eeuw gebaseerd op de opvatting dat onder 'onrechtmatig' 'onwettmatig' verstaan moest worden, althans zo dacht de hoge raad erover, de lagere rechtspraak wilde nog wel eens daarvan afwijken.⁵ Rechtsnormen waren per definitie in die rechtsopvatting *geschreven* normen, en dus in de wet met zoveel woorden neergelegde normen. Zo kon bijvoorbeeld in het laatste kwart van de 19e eeuw in de heersende leer niet op grond van art. 1401 opgetreden worden tegen oneerlijke concurrentie, aangezien er geen wettelijke regeling op dat gebied bestond, niettegenstaande de wijdverbreide opvatting dat hier sprake was van onrecht. Molengraaff spreekt in zijn beroemde artikel uit 1887 waarin hij deze jurisprudentie ten principale bestrijdt (overigens niet als eerste) zelfs van 'de onhoudbare, het rechtsgevoel kwetsende, ja inderdaad demoraliserende resultaten (waartoe) de gelijkstelling van onrechtmatig met onwettig voert'. De hoge raad was overigens vòòr 1919 niet altijd even vast in de leer; in zijn noot van dat jaar wijst Molengraaff op een aantal belangrijke arresten waarin de raad een buitenwettelijke plicht tot het nemen van redelijke voorzorgen ter voorkoming van schade aanvaardt (in de periode 1881-87), en het recht op leven en persoonlijke veiligheid van ingezetenen van een rijtuig erkent. Naast de rechtsplicht (gelezen als: wetsplicht) achtte de hoge raad namelijk ook inbreuk op eens anders recht onrechtmatig.

Na de eeuwwisseling hield de hoge raad echter onverkort vast aan zijn strenge, oude leer, in arresten die Molengraaff later 'verbijsterend' noemt. Het zijn twee uitspraken over oneerlijke concurrentie - het onderwerp van Molengraaff in 1887 - uit 1904, *Singer-naaimachines*, en 1905, *Necec-prospectus* (vgl. genoemde noot). In dat laatste arrest spreekt de cassatierechter van 'blote lichtvaardigheid' van de ondernemer om een misleidende prospectus uit te brengen, hetgeen wèl moreel, doch niet juridisch verwerpelijk geacht werd. De onvrede was groot, maar de bom barstte bij het volgende arrest, waarbij de raad eveneens zijn standpunt trouw bleef, de zaak van de *zutphense juffrouw*, HR 10 juni 1910, *W* 1930. De casus was als volgt.

Juffrouw De Vries woonde boven een pakhuis waar Nijhof een partij leer had opgeslagen; zij wordt door de laatste uit haar bed gebeld met het verzoek de hoofdkraan dicht te draaien aangezien de waterleiding door de nachtvorst was gesprongen. Zij hield dit echter voor praatjes om haar van haar nachtrust te beroven en weigert medewerking. Als zij 20 min. later na veel scheldwoorden Nijhof toegang geeft om het zelf te doen, is de schade al ontstaan. De hoge raad acht het springen van de waterleiding een 'bloot toeval' en ziet in de 'bloot passieve houding' van de juffrouw geen inbreuk op enig recht van Nijhof, terwijl een wettelijke rechtsplicht die tot handelen zou nopen ontbreekt.

Deze uitspraak spande de kroon van het legistisch denken van de hoge raad, en de maatschappelijke verontwaardiging was groot. Op 11 januari 1911, een half jaar later, werd al een wetsontwerp ingediend (Ontwerp-Regout) waarin het onrechtmatigheidsbegrip verruimd werd. In het ontwerp werd gesproken van maatschappelijke regels van betamelijkeid en goede trouw (!), de strijd met de

5. Zie daarvoor het artikel van Molengraaff in *Rechtsgel. Magazijn*, 1887, p. 24, met name de rechtspraak inzake de *Singer-naaimachines*. Zijn artikel was gewijd aan de oneerlijke concurrentie.

§1. HISTORISCHE ONTWIKKELING

openbare orde en goede zeden werd toegevoegd, evenals de zorg van een goed huisvader. Het wetsontwerp werd qua strekking met instemming ontvangen, doch men stond kritisch tegenover de inhoud. In 1913 werd een gewijzigd ontwerp ingediend, het Ontwerp-Heemskerk. In het tweede lid stond een formule, de bekende beschrijving van onrechtmatigheid die later door de hoge raad letterlijk overgenomen is in het arrest van 1919. Het wetsontwerp was namelijk blijven liggen, en op het Binnenhof was de rust weergekeerd. Wel werd in 1915 het Wetsontwerp-Aalberse aanvaard waarbij oneerlijke concurrentie onder de strafwet gebracht werd, art. 328 *bis* Sr.

En toen kwam in 1919, onverhoeds, de uitspraak van de hoge raad inzake *Lindebaum - Cohen*. Wederom een geval van oneerlijke concurrentie, dit keer tussen twee Nederlanders (in de oudere rechtspraak was meestal sprake van een buitenlandse eiser, die niet kon begrijpen dat het nederlandse recht hem niet de bescherming gaf die zijn eigen wetgeving en rechtspraak gaf - wij liepen weer eens achter op de rest van Europa -, waar Molengraaff in 1887 al schande van sprak). Het betrof een geval van bedrijfsspionage, dus oneerlijke concurrentie, in de drukkerswereld, die echter vòòr de invoering van de Wet-Aalberse gepleegd was. Cohen had een bediende van zijn concurrent Lindenbaum omgekocht om hem bedrijfsinformatie (klantenbestand, e.d.) toe te spelen. Voor de aardigheid, het is tenslotte een *cause célèbre*, geef ik behalve de overwegingen van de hoge raad waarin de nieuwe regel geformuleerd wordt, ook de passage over de uitspraak van het hof weer:

‘... dat ‘s-hofs beslissing in hoofdzaak is gegrond op de overweging, dat al mocht de bediende van partij Lindenbaum, door te handelen in strijd met de bepalingen van de artt. 1639*d* en 1639*p* sub 9 B.W. een rechtsplicht hebben geschonden, die rechtsplicht dan toch slechts voor den bediende bestond, krachtens de door hem aangegane arbeidsovereenkomst, doch daaruit voor derden, dus ook voor Cohen geen verplichtingen ontstonden, en de rechtbank nu wel beweerde dat de wet blijk zou geven dat zij mede in het leven roepen van een daad, die de wet als schending van een rechtsplicht beschouwt, eveneens verwaarloozing van een rechtsplicht acht, doch zij voor die mening geen gronden had aangevoerd;

dat naar ‘s-hofs oordeel de wet nergens uitdrukkelijk verbiedt mede een niet door de wet gewenscht gevolg in het leven te roepen en al mocht zij dat ook afkeuren, daaruit nog geenszins zoude volgen het bestaan van een algemene rechtsregel waaruit een *zodanige* rechtsplicht om die handeling na te laten zoude voortvloeien;

dat schending van die rechtsplicht een vordering gegrond op art. 1401 B.W. zou wettigen, hetgeen naar ‘s-hofs oordeel zeker niet zonder uitdrukkelijke wetsbepaling mag worden aangenomen;

dat het hof overigens op de daad van den bediende, noch art. 272 noch art. 273 Sr. toepasselijk achtte;

dat ‘s-hofs beslissing aan de uitdrukking ‘Onrechtmatige daad’ een betekenis toekent dermate beperkt, dat daaronder alleen kunnen begrepen worden die handelingen, waarvan het geoorloofde uit enig wetsvoorschrift rechtstreeks is af te leiden, terwijl daarbuiten vallen alle handelingen van welke dit niet kan worden aangetoond, ook al mogen deze strijdig zijn met maatschappelijke betamelijkheid en zedelijkheid;

dat echter tot zodanig beperkte uitlegging het artikel geen grond geeft, noch door de bewoording waarin het is vervat, noch door de geschiedenis zijner wording;

dat immers het woord onrechtmatig niet gelijkwaardig is met strijdig tegen een wetsbepaling, en blijkens de geschiedenis de uitdrukking ‘tout fait quelconque de l’homme’ alleen vervangen is door onrechtmatige daad, om uitdrukkelijk buiten te sluiten de daad van hem, die behoudens nalatigheid of onvoorzichtigheid, handelt krachtens eigen recht;

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

dat onder onrechtmatige daad is te verstaan een handelen of nalaten, dat òf inbreuk maakt op eens anders recht, òf in strijd is met des daders rechtsplicht òf indruist, hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed, terwijl hij door wiens schuld tengevolge dier daad aan een ander schade wordt toegebracht, tot vergoeding daarvan is verplicht;

dat onder dit begrip zeker valt de daad van hem, die tot eigen baat, door giften en beloften den bediende van een concurrent overhaalt de beroepsgeheimen van zijn meester aan dezen afhandig te maken en aan hemzelf te openbaren'.⁶

Daarmee was de aanvaarding van de ruime leer inzake art. 1401 en onrechtmatige daad in het algemeen, een feit. Zoals annotator Molengraaff schreef: 'Er is door ons hoogste rechtscollege zelden een arrest geweest, waarvan zo heilzame invloed op ons rechtsleven mag worden verwacht'. Die profetie - in zijn positie kostte hem dat niet veel moeite - is ruimschoots uitgekomen. Het arrest zette een ontwikkeling in beweging die nog niet eerder vertoond was; op dat ene woord 'onrechtmatig' van het wetsartikel kwam een gigantische pyramide van jurisprudentie te rusten.⁷ De wetgever werd bedankt, zijn hulp was niet meer nodig. Het woord was voortaan aan de rechter.

Voor een interessante, maar aanvechtbare visie op de betekenis van het arrest van 1919, zie G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad. Aspecten van de ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk*, diss. Groningen 1986, p. 152. Schr. acht hier sprake van een 'juridische mythologie', aangezien geen echte breuk in de jurisprudentie van de hoge raad aan te geven is. Dat wil zeggen, niet met de *hele* negentiende eeuw, hoogstens met de periode 1905 tot 1914 of - wat voorzichtiger - de periode van 1883 tot 1919'. Bij mijn weten is slechts dat laatste in de literatuur betoogd, zie onder meer de noot van Molengraaff. Dat echt van een omgaan sprake is, moge blijken uit het gecasseerde arrest van het Hof Amsterdam, en nota bene de conclusie van a-g Tak, die tot verwerping van het beroep concludeerde. Naar mijn mening legt Van Maanen teveel en te ongenueanceerd nadruk op de rol van Eyssell, president van de hoge raad tot 1912, en op de maatschappelijke en economische achtergronden van de concurrentieproblematiek (p. 141 v.). Het arrest van 1910 werd door zeven raadsheren gewezen; Eyssell moet medestanders gehad hebben. De algemene behoefte aan *rechtszekerheid* zou op zich al een afdoende verklaring kunnen zijn, vgl. de uitspraken van de voorgaande president, Coninck Liefsting in 1904, en de literatuur genoemd door C.A. Boukema in zijn oratie uit 1968 (waarover mijn oratie, *Riskante rechtsvinding*, okkernoot a, 1974, ook in: *De dialectiek van rechtsvinding en rechtsvorming. Opstellen over rechtsvinding Dl. 1a*, 1984, p. 63). Deze visie wordt bevestigd bij lezing van de artikelen van Eyssell waarop Van Maanen zijn theorie baseert: centraal staat daarbij de rechtszekerheid die in de nieuwe ('mooie') leer in gevaar gebracht wordt, doordat de rechter op grond van zijn (subjektief) rechtsgevoel gaat beslissen, en aldus de samenleving zijn moraal oplegt. Vgl. *Themis* 1911, pp. 570, 597 v., 614 v.; 1913, pp. 471 v., 480, 487 v.

6. HR 31 jan. 1919, W 10365, met een noot in majeure van Molengraaff. Hij verklaart steun voor zijn opvatting gekregen te hebben van de 'jongere schijvers' Hamaker, Roelfsema en Aalberse (de latere minister), en bestreden te zijn door Land en Simons. In de vorige eeuw waren vooral Opzoomer en Kist medestanders van de hoge raad in zijn enge leer.

7. Om een indruk te geven, de stand van 1997: in de losbladige bundel *Onrechtmatige daad*, oude en nieuwe serie, worden ong. 9063 pp. aan het algemene deel van de onrechtmatige daad besteed, en ong. 3972 pp. aan de bijzondere aansprakelijkheden (de pagina-prijs bedroeg toen f 0,41). Rechtersrecht, uitgeversrecht.

§1. HISTORISCHE ONTWIKKELING

De rechtsontwikkeling na 1919 op het gebied van de onrechtmatige daad laat een stormachtig verloop zien. Een ontwikkeling die nog steeds geen eind gevonden heeft, en ook wel nooit zal vinden. Indien zich in de samenleving nieuwe misstanden voordoen, nieuwe soorten schade zich openbaren, is voor de praktijkjurist de eerste greep in de juridische gereedschapskist naar het instrument van de onrechtmatige daad. Wij zullen vele voorbeelden daarvan tegenkomen, ook zeer recente.

In deze lijn van ontwikkeling zijn er enkele belangrijke wapenfeiten wat de maatschappelijke positie van de overheid betreft, die aan het begin van de eeuw boven de wet stond, omdat zij per definitie in het algemeen belang handelde (een gedachte die nog steeds niet uitgestorven is). In 1924 werd door de hoge raad ook de mogelijkheid erkend om de overheid uit onrechtmatige daad aan te spreken in geval van schending van een publiekrechtelijke plicht, de zogenaamde 'Novemberrevolutie', in het arrest *Ostermann I*. Deze ontwikkeling, die voor de bescherming van de burger tegen de overheid van groot belang was, is stapsgewijs gegaan. Sinds 1901 werd aansprakelijkheid voor een onrechtmatige overheidshandeling aanvaard, indien inbreuk gemaakt was op een subjectief recht (nog de oude leer dus); in 1928 werd schending van een regel van ongeschreven recht verworpen, waarop de hoge raad in de naoorlogse rechtspraak echter teruggekomen is. De mogelijkheid van het opleggen van een gebod of verbod van een bestuursdaad werd pas in 1958 aanvaard, het *rijbewijs*-arrest. In 1969 volgde de aansprakelijkheid van de overheid voor een daad van materiële wetgeving, het *pocketboek*-arrest.⁸

Het arrest van 1919 heeft een volstrekt nieuw tijdperk ingeluid. Toch is de vorm waarin de nieuwe leer gegoten werd - het wetsvoorstel dat door het arrest kracht van recht kreeg - al voor de oorlog door een aantal vooruitstrevende schrijvers heel kritisch ontvangen, zoals J.C. van Oven, Wolfsbergen en Smits. Men vond het een gemiste kans om oude dogmatische ballast overboord te werpen, wij gaan hieronder nog daarop in (vgl. p. 311 v.). Het is jammer dat men Molengraaff, als begenadigd wetgever - het Wetboek van Koophandel is van zijn hand, en heeft ruim een eeuw als een huis gestaan - niet de kans gehad heeft zijn visie in de wet neer te leggen. In 1887 zag hij al geen nut in de combinatie 'onrechtmatigheid' *naast* 'schuld', omdat deze begrippen een identieke inhoud hadden (zoals in de jaren dertig Van Oven c.s. zouden betogen).⁹ Zijn omschrijving van de onrechtmatige daad anno 1887 oogt nog steeds zeer modern, en zou in een wetboek niet misstaan: 'hij die anders handelt dan in het maatschappelijk verkeer de ene mens tegenover de ander betaamt, anders dan men met het oog op zijn medeburgers behoort te handelen, is verplicht de schade te vergoeden, die derden daardoor lijden' (p. 386). Zo simpel is dat. Het zou de Romeinen, een praktisch volk dat op de handel gericht was (hetgeen ook voor Molengraaff kenmerkend is) wel aangesproken hebben, denk ik.

8. Zie voor deze materie, waarop hieronder gedeeltelijk nog teruggekomen wordt, § 5, nr 2, Asser-Hartkamp III, nr 266 v.

9. Zij het dat Van Oven c.s. het begrip 'schuld' wilden schrappen, en Molengraaff het begrip 'onrechtmatigheid', dat overigens niet in de tekst van art. 1382 CC stond, en door onze wetgever toegevoegd was.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

Dan zullen wij nu nader ingaan op de discussie over de grondslagen van de onrechtmatige daad die in de doktrine plaats vond, waarbij de vernieuwing van dit leerstuk al in de jaren dertig gepropageerd werd. Daarbij komt ook de verhouding tot de rechtshandeling en feitelijke handelingen even aan de orde.

§ 2. Grondslagen van onrechtmatige daad. Vereisten voor aansprakelijkheid: onrechtmatige daad en schuld

A. DE GRENZEN TUSSEN ONRECHTMATIGE DAAD EN RECHTSHANDELING IN DE TOEREKENINGSLEER

1. Inleiding. Het grensprobleem als rechtsvindingsprobleem

Op deze plaats allereerst enkele korte beschouwingen over de plaats van de onrechtmatige daad in het rechtssysteem. Men kan zich afvragen hoe de verhouding tot een eerbiedwaardig begrip als de *rechtshandeling* gezien dient te worden; daarbij is ook van belang, waar de grens tussen rechtshandelingen en *feitelijke* handelingen getrokken moet worden. Die laatste kwestie kwam in Deel 1 telkens, zij het impliciet, aan de orde. De armzwaai van een persoon die een veiling bezoekt, kan een groet aan een kennis betekenen (feitelijke handeling), dan wel een uitgebracht bod (rechtshandeling). *Slechts aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval, kan beslist worden wat de rechtsbetekenis van de handeling is.* Elders is nagegaan, of op dit grensgebied grensstenen aan te brengen zijn.¹

Niet anders is de situatie, indien men een grens tussen een feitelijke handeling en een onrechtmatige daad moet trekken.² Indien een kind aan de hand van zijn vader op een fluitje blaast, kan dit een prille kunst- of vreugde-uiting zijn (feitelijke handeling), dan wel, indien plaats van handeling een perron is met een wachtende trein, een onrechtmatige daad betekenen (die kind en/of vader toegerekend wordt). Ook hier zullen de omstandigheden van het geval de doorslag geven bij de rechtsvinding.

Nu is deze uitkomst voor de één een verklaring van onvermogen, die dan de wat smalende uitroep 'ius in causa positum' ontlokt - aldus J. Drion -, voor de ander het alpha en omega van de rechtsvinding - aldus Scholten en Wolfsbergen -, eveneens vergezeld van het adagium 'ius in causa positum' dat de pragmatische rechtsbeschouwing van de Romeinen zo goed weergeeft.³ De aprioristische visie die men op het recht heeft, zal ook hier de stellingname bepalen. Zoals eerder betoogd, huldig ik de laatstgenoemde opvatting. Wat de onrechtmatige daad betreft kan men trouwens stellen, dat in doktrine en jurisprudentie tegenwoordig algemeen aanvaard is, dat het hier 'omstandighedenrecht' betreft. Buiten dat rechtsgebied is zoals ik getracht heb aan te tonen, in de vaste jurisprudentie eenzelfde slotsom gerechtvaardigd.

1. Zie Deel 1, Hfdst. 2, § 2, p. 144 v.

2. De vanzelfsprekendheid dát er een onderscheid in deze zin gemaakt moet worden, in de klassieke denkrant, wordt het beste geïllustreerd met de opmerking van Justice Holmes: 'Even a dog discriminates between one who stumbles over him and one who kicks him'.

3. Vgl. hieromtrent *N.U.*, diss. p. 222 v., *Dialektiek R. en R.*, 1a, p. 25 v. Dat de opvatting van Scholten en Wolfsbergen in de jurisprudentie aanvaard werd, blijkt uit de onder behandelde rechtspraak. *Ius in causa positum* wil zeggen: 'het recht ligt in het voorliggende geval besloten'; de normen zijn aan de feiten ontleend, en worden daardoor gekleurd.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

2. *Onrechtmatige daad opgevat als rechtshandeling en het rechtssysteem. Mogelijke dogmatische bezwaren weerlegd*

Hoe verhouden zich nu, in dit licht bezien, *onrechtmatige daad en rechtshandeling*? Het zal duidelijk zijn, dat in mijn opvatting van de rechtshandeling, *beide begrippen samenvallen*. Steeds is immers een menselijke gedraging in het geding (bestaande in een doen of niet-doen), op grond waarvan rechtsgevolgen ontstaan, die de handelende krachtens rechtsnormen toegerekend worden. Het bezwaar, dat het hier verschillende normen betreffen, heeft geen grond. Immers, zowel binnen het gebied van de contractuele rechtshandelingen als binnen dat van de buitencontractuele rechtshandelingen, zoals de onrechtmatige daad, kunnen de normen van handeling tot handeling verschillen. Dit laatste is het geval zowel in de statische fase van de norm, in het pre-rechtsvindingsstadium - door mij open norm of blanketnorm genoemd - als in de dynamische fase van de rechtsvinding, waarin - nog sterker dan in de eerste fase - de omstandigheden van het concrete geval de dienst uitmaken.⁴ Daarnaast geldt, dat juist de samenloop van bijvoorbeeld contractuele acties en die uit art. 6:162, aantoont dat de normen die onder verschillende vlag uit hetzelfde feitenbestel naar voren komen, tweelingzusters zijn.^{5,6}

Een ander mogelijk bezwaar van deze voorstellingswijze richt zich op de eigen aard van de onrechtmatige daadsfiguur, die vooral gekenmerkt zou zijn door het schuldvereiste, en de typische bewijslastverdeling (ten laste van de geledeerde). Deze op de dogmatiek van de vorige eeuw berustende tegenwerping gaat voor het huidige recht niet op.

Allereerst zal de betekenis van het schuldvereiste voor het geldend recht onderzocht worden. (Hieronder komt dit thema uitvoeriger aan de orde). Indien men de rechtspraak van de tweede helft van de 20^e eeuw aan een onderzoek onderwerpt, blijkt dat het schuldvereiste óf niet in de overwegingen betrokken wordt, óf gehanteerd wordt als synoniem van de betamelijkheid. Ook wordt de wetgever wel een lippendienst bewezen, met de formulering - als sluitstuk op de gegeven overweging van de rechter - dat schuld in de zin van art. 1401 oud-BW

4. Indien men de hier gevolgde methode van rechtsvinding - voortbouwend op die van Scholten - niet onderschrijft, zal men door het hier gestelde niet overtuigd worden. Dan gaat men immers uit van de gedachte, dat de rechtsnorm of -regel *op zich, los van het concrete geval*, een betekenis heeft, en ziet men slechts in de toepassing van die regel met behulp van een syllogisme, de rechtsvinding. Vgl. de vorige noot en verder Hfdst. 9, § 2, nr. 1.

5. In het bekende *Boogaard - Vesta*-arrest, HR 9 dec. 1955, *NJ* 1956, 157, nt LEHR, treft men deze gedachte, in een wat dialektische formulering, reeds aan. Immers, de HR stelt enerzijds dat het hof de onrechtmatigheid van het handelen van B. niet heeft getoetst aan een contractuele verplichting, doch aan 'een verplichting buiten de overeenkomst, welke de eis van een zorgvuldig handelen... onder de gegeven omstandigheden aan Boogaard ten opzichte van Vesta zou opleggen.' Anderzijds overweegt de HR direkt daarop: 'dat daarbij het feit dat bedoelde contractuele verhouding heeft bestaan, alsmede... medewegen als een deel van de omstandigheden' waarop het hof de beoordeling van een betamelijkheidsplicht in casu baseerde. Het middel, uitgaande van een schending van art. 1401 *onafhankelijk* van de schending van een contractuele verplichting, wordt in de Ov. die volgt uitdrukkelijk verworpen. Aan de samenloopproblematiek moet hier verder voorbijgegaan worden.

6. Vgl. ook mijn artikel in *NJB* 1980, p. 668 v.; *Dial. R. en R.*, *Ib*, p. 54, en Deel 1, Hfdst.1, § 1, nr. 4.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

aanwezig is.⁷ Slechts op één terrein, de aansprakelijkheid van zeer jonge kinderen en zwakzinnigen, zag men het vereiste soms als hulpmiddel gebruikt om een makro-juridisch probleem - dat behalve sociale ook verzekeringstechnische aspecten heeft - tot een in het gegeven geval billijke oplossing te brengen.⁸

Wat de theoretische kant hiervan betreft, zal daarbij verwezen worden naar de beschouwingen van o.a. J.C. van Oven, Van Nispen tot Sevenaer en Wolfsbergen, die tot dusverre geen bestrijding van betekenis ten deel vielen. Naar mijn mening werd de visie van deze schrijvers, waarin 'schuld' gelijk staat met 'onbetamelijkheid' in de jurisprudentie aanvaard. Het schuldvereiste is daarmee overbodig geworden. De onbekendheid van deze rechtsontwikkeling valt mijns inziens mede toe te schrijven aan de omstandigheid, dat de genoemde arresten door voorstanders van de handhaving van het schuldvereiste geannoteerd of besproken werden. Een uitzondering vormt echter Scholtens noot uit 1939.

De ontwikkeling die zich in ons recht ten aanzien van de onrechtmatige daad voltrok, liep synchroon met die ten aanzien van de rechtshandeling. Was het bij de laatste figuur het *wils*vereiste waarmee de rechter niet bleek te kunnen werken, hier zien wij bij het pendant daarvan, het *schuld*vereiste, hetzelfde gebeuren. Verbazing hoeft dit niet te wekken, beide begrippen stammen uit een op het individualisme gebaseerde rechtsfilosofie (de *wils*leer), die in de rechtsontwikkeling van deze eeuw in steeds sterkere mate uit de rechtspraktijk geweerd werd.⁹ In het moderne recht, zoals in de rechtspraak ontwikkeld, kan men zonder het 'te willen' een rechtshandeling verrichten, en zonder 'schuld' een onrechtmatige daad plegen, en wel omdat men op grond van in casu geldende, op maatschappelijke behoeften gebaseerde rechtsnormen een rechtshandeling c.q. onrechtmatige daad *toegerekend* krijgt.¹⁰ Deze tendens in de rechtsvinding vormt zoals betoogd de grondslag van de hier ontwikkelde toerekeningsleer. Indien men aan de *wils*dogmatiek blijft hangen, sluit men mijns inziens zijn ogen voor de rechtswerkelijkheid.

Eén van de belangrijkste oorzaken dat het schuldvereiste ondanks de ontwikkeling in de jurisprudentie en de literatuur zo'n taai leven leidde onder het oude recht, ligt naar mijn indruk vooral hierin, dat het woord 'schuld' in art.

7. Vgl. de hieronder in nr. 4 genoemde rechtspraak.

8. In het *Jaguar*-arrest, HR 9 dec. 1960, *NJ* 1963-1, nt DJV, kwam de HR (met o.a. Houwing en De Jong in de kamer) tot een handhaving van het schuldvereiste met behulp van een deels *grammatikale* interpretatie van art. 1401 *oud* (het woord 'schuld') deels *historische* interpretatie, gericht op de 'bedoeling van den wetgever'. Vgl. resp. de 1e en 2e, en daarnaast de 3e e.v. Ov. De laatste interpretatiewijze wordt gekritiseerd in Veegens' noot. Zie voor die problematiek nog onder, no. 5.

9. Vgl. voor een beschrijving van het klassieke schuldbegrip in de *wils*leer G.H.A. Schut, *Schuld en risico*, *WPNR* 5045 (1969). Voor de literatuur op dit terrein verwijs ik naar dat artikel. Het standpunt van H.J. Hommes, waarbij een schuldprincipe en een risikoprincipe los van elkaar gedacht worden, als twee fundamentele, onderling onherleidbare principes, berust op die klassieke visie. Vgl. diens opmerking - m.b.t. het eerste principe -: 'Zonder subjectief-juridische toerekening van de rechtsgevolgen tot *des daders vrije, verantwoordelijke rechtswil* geen onrechtmatige daad', *WPNR* 4973, p. 498 v. (vgl. ook reeds Schut, t.a.p., nt 10).

10. Vgl. in dit verband ook de causaliteitsleer van *toerekening naar redelijkheid*, onder, Hfdst. 11, § 2, nr 2.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

1401 *genoemd* werd, hetgeen gezien de datum van ontstaan van dat artikel, en de toen gangbare rechtsvisie, begrijpelijk is. Indien men bij de interpretatie van dat artikel de *grammatikale* uitlegmethode volgt, gecombineerd met de aprioristische visie dat de wilsleer (A.D. 1838) de heersende leer is, is de aanvaarding van een subjektief schuldbegrip onvermijdelijk.¹¹ Ook hier biedt weer een objectivering van dat begrip de mogelijkheid om de doktrine niet al te zeer van de rechtspraktijk te laten vervreemden. Het valt echter niet in te zien waarom, indien op andere, even cruciale plaatsen in de wet een wetsterm als 'het groote blancowoord' opgevat kan worden - aldus Meijers ten aanzien van de term 'toestemming' in art. 1356¹² - dit hier niet zou kunnen. Ziet men het 'door wiens schuld' van art. 1401 als een 'blanco' term, - even neutraal als de uitdrukking 'door wiens toedoen' - dan valt het accent in art. 1401 waar het - blijkens de vaste jurisprudentie - hoort: op het in de aanhef gestelde 'Elke *onrechtmatige daad*', etc.¹³

3. *Vervolg. Het schuldbegrip in art.162 BW. Toerekening volgens verkeersopvatting (lid 3)*

Indien men nagaat wat in het huidige BW, art. 6:162, met het schuldvereiste is gedaan, wordt men met een halfslachtige regeling geconfronteerd. Enerzijds opteert men voor de toerekeningsbenadering van het rechtersrecht, anderzijds kan men geen afstand doen van de zo vertrouwde schuldaansprakelijkheid. Art. 6:162, lid 3, stelt zoals wij zagen: 'Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt'. Uit de *Toelichting* van 1961 blijkt dat hierbij aan schuld in de zin van *verwijtbaarheid* gedacht wordt, vgl. pp. 640, 649. Hierop vormt de 'aansprakelijkheid buiten schuld' in het stelsel van het nieuwe wetboek slechts een aanvulling. Hoezeer men van de wilsleer geen afstand heeft kunnen doen, blijkt ook uit het feit dat, wanneer in deze titel van risico-aansprakelijkheid sprake is, men deze met behulp van de *fictie-techniek* construeert als een *quasi-onrechtmatige daad*. Het gaat erom, zoals de ontwerpers stellen, 'of door deze laatste (de aansprakelijk gestelde persoon, v.D.) een onrechtmatige daad zou zijn gepleegd als een zeker feit bestond (quasi onrechtmatige daad)'.¹⁴ Hiermee volgde het Driemanschap in 1961 de visie van Meijers.¹⁵

11. In deze zin bijv. Asser-Rutten III (1983), p. 85. Vgl. ook boven, nr.2.

12. Vgl. bijv. ook hoe de HR de term 'zelfstandigheid der zaak' in het dwalingsartikel art. 1358 oud-BW hanteert. Een begrip dat in de moderne jurisprudentie geen enkele functie meer heeft. Vgl. mijn beschouwingen in *WPNR* 4978 v. (1968), en ook onder 2, § 5, nr 5 v.

13. Vgl. in dit verband R.L. Drilmsma, over het *handelingskarakter* van het woord, diss. p. 127 v.

14. p. 640. Een noot verwijst daarbij naar de 'als ware... aan zijn fout te wijten'-constructie in de artt. 12 en 16, en soortgelijke constructies bij de artt. 11, 13 en 15. Het gebruik van de fictie-techniek in het ontwerp vindt bestrijding bij H.J. Hommes, *WPNR* 4973 (1967), p. 497 v., en eerder in *RmTh* 1965, p. 226, waar men ook Schut bestreden vindt, die het ontwerp volgt. Vgl. voor een kritiek op het gebruik van de fictie in de rechtsmethodiek zoals gehanteerd door Meijers, vgl. *N.U.*, diss. p. 332 (*Dial. R. en R. Ib*, p. 12 v.).

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

Het behoeft geen betoog dat in de toerekeningsleer de figuur van risico-aansprakelijkheid, zoals deze ook al onder het oude recht aanvaard werd, dan wel met behulp van dogmatische rookgordijnen - zoals de 'feitelijk vermoeden van schuld'-constructie bij aansprakelijkheid voor zaken¹⁶ - door de rechter gerealiseerd werd, een voorbeeld bij uitstek is van een normatieve *toerekening* van een 'onrechtmatige daad' aan een persoon (bijv. de eigenaar van een gevaarlijke zaak). Aan ficties in de trant dat het gebrek aan een 'fout' van die persoon te wijten valt, dan wel hem bekend was, bestaat hier geen behoefte. Dit is slechts anders indien men - zoals de ontwerpers - elke gebondenheid van een persoon in rechte wil herleiden tot een *daadwerkelijk handelen* van die persoon, desnoods in schijn, en daarnaast tot een tekortschieten van die persoon (schuldig zijn), wederom desnoods *gefingeerd*.¹⁷ Het is een krampachtige, gedateerde visie op de plaats van het rechtssubject in de rechtsgemeenschap. Nog steeds vormt in deze visie de individuele persoon het middelpunt in het recht, en niet de rechtsorde, waarvan de persoon deel uitmaakt. Slechts met behulp van ficties weet men in deze individualistische rechtsvisie van het ontwerp aan de behoeften van het rechtsleven tegemoet te komen. Dat op deze wijze de problemen waarvoor de moderne maatschappij het recht stelt, zoals de produkten-aansprakelijkheid, de aansprakelijkheid voor zaken, en dergelijke, zich op een bevredigende wijze laten oplossen, valt ten eerste te betwijfelen. Doch het moet hier bij deze kanttekeningen blijven; een uitvoeriger bespreking van deze materie volgt nog.

Dan nu de tweede, mogelijke tegenwerping tegen de hier verdedigde ondogmatische visie op de onrechtmatige daad, de bijzondere bewijslastverdeling. Hiertegen valt aan te voeren, dat naar huidig recht de bewijslastverdeling niet meer het statische beeld biedt van de 'wie stelt moet bewijzen'-doktrine. De opkomst van de 'billijkheidsleer', die vaste voet in de rechtspraak kreeg - zij het vaak via de constructie van het 'feitelijk vermoeden van schuld' - heeft inmiddels in de wetgeving zijn beslag gekregen, art. 177 (150 nw) Rv.¹⁸

Ik meen dus staande te kunnen houden, dat geen zwaarwichtige gronden aan te voeren zijn tegen de voorstelling dat de 'onrechtmatige daad' een *rechtshandeling* is. Wat wint men nu hiermee? Dient de term onrechtmatige daad voortaan taboe te zijn? Dat laatste sta ik zeker niet voor. Het gaat mij er slechts om, om aan te tonen, dat een strenge scheiding tussen het traditionele terrein van de onrechtmatige daad en dat van de rechtshandelingen, in strijd met de rechtswerkelijkheid is, zoals die in de rechtsvinding tot uitdrukking komt. Met het op een dogmatisch a priori berustende onderscheid dat het recht opgedrongen wordt, bewijst men het rechtsleven geen dienst. Alle tijd besteed bijvoorbeeld om het onderscheid tussen een aktie uit onrechtmatige daad, en die uit contract aan te geven (in abstracto dan wel in concreto) - een probleem overigens dat vooral de verzekeringswereld bezighoudt - kan beter aan andere

15. *Alg. Begrippen*, p. 305, waarover nog onder, Hfdst. 2, p. 260 v. Hommes meent echter, dat Meijers' opvatting en die van het ontwerp hierin verschillen, dat in de eerste geen fictie gehanteerd wordt, *WPNR* p. 498.

16. Vgl. Hofmann-Drion-Wiersma, p. 244. Vgl. ook Veegens-Wiersma I, p. 97 v., inzake *res ipsa loquitur*.

17. Schuld wordt daarbij opgevat in de zin van een 'moreel rechtsverwijt', aldus bijv. Hommes, vgl. Schut, t.a.p., nt 11. Zie voor dit onderwerp, onder, Hfdst. 12, § 2, nr 5.

18. Vgl. hieromtrent onder Hfdst. 12, § 1, nr 6.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

zaken besteed worden.¹⁹ Hier doet de door Von Jhering al bepleite wet der spaarzaamheid zich gelden; men dient het rechtsgebeuren met zo weinig mogelijk begrippen te verklaren.²⁰

Het openbreken van het rechtssysteem, ten koste van vertrouwde dogmatische begrippen en onderscheidingen, zoals hierboven bepleit, werd reeds eerder in de literatuur voorgestaan. Een eeuw geleden al verdedigde S. Schlossmann in zijn vermaard geworden werk, *Der Vertrag*, een slechten van de wallen tussen overeenkomst en onrechtmatige daad.²¹ Te onzent kreeg hij bijval van de utrechtse hoogleraar Naber²², doch zowel hier als elders kreeg deze revolutionaire visie geen voet aan de dogmatische grond. De coupe tegen de gevestigde orde lijkt nu vergeten en vergeven. Met het verdwijnen van Begriffsjurisprudenz en rechtspositivisme - een ontwikkeling die evenwel nog steeds geen einde vond - maakt een soortgelijke rechtsopvatting in onze tijd naar ik hoop een betere kans.

Toerekening volgens art. 162 lid 3, naar verkeersopvatting. De doorbraak van de risikoleer

De introductie van de toerekening van onrechtmatig handelen op grond van 'de in het verkeer geldende opvattingen' van het derde lid van art. 162, al in het ontwerp van 1961, doet de vraag rijzen hoe die bepaling kan bestaan naast het klassieke schuldvereiste, dat door de wetgever in hetzelfde lid gehandhaafd werd. Daarover bestaat, bijna een decennium na invoering van het artikel, nog steeds vrij grote onduidelijkheid in de doktrine.

Nog steeds is voor veel juristen kenmerkend voor het beeld en de 'structuur' van art. 162 dat daarbij uitgegaan wordt van 'schuld' als subjektieve schuld, het verwijtbaar handelen van de dader, waarvoor hij 'moreel en psychisch verantwoordelijk gesteld wordt'. Daarbij wordt meestal verwezen naar het handboek Asser-Hartkamp, een passage die overigens nog steeds van de hand van een eerdere bewerker, Rutten, uit de jaren '60 is, in navolging van Meijers.²³ Tegenwoordig wordt meestal dan toegevoegd dat wanneer de verwijtbaarheid ontbreekt, door de rechter toegerekend kan worden op grond van de verkeersopvattingen (lid 3). De constatering dat objectivering van het schuldbegrip, in de zin dat men abstraheert van omstandigheden die de persoon betreffen en nagaat wat men mag verwachten van iemand die in gelijke omstandigheden verkeert, dan niet meer nodig is, is echter onjuist, zoals nog aangetoond zal worden. Het lijkt een ondergeschikt punt, maar het heeft verstrekkende consequenties voor de visie op het karakter van risico-aansprakelijkheid. Vaak kiest men namelijk voor de hegemonie van de

19. Ook valt te denken aan de strijdvraag of een volmachtgever behalve door rechtshandelingen, ook door onrechtmatige daden van de gevolmachtigde gebonden wordt, waarover A. van Oven, *RmTh* 1955, p. 416 v.

20. Waarover Scholten, *Alg. Deel*, 1974, p. 50 v.

21. Vgl. daaromtrent *N.U.*, diss. p. 393 v. Ook Ph. Lotmar verdedigde kort tevoren eenzelfde standpunt. Zie ook Deel 1, p. 23 v.

22. *Begrip of Etiket*, *RM* 1889. In deze zin, naar mij later bleek, ook H.J. Hamaker in de vorige eeuw.

23. Deel III, (1998) nr 71. Even klassiek is *Onrechtmatige daad* (C.H.M. Jansen), waar schuld scherp van onrechtmatigheid onderscheiden en van de risikoleer nog niet vernomen werd.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

gedragsnorm bij onrechtmatige daad ex art. 162 (die verwijtbaar geschonden wordt), en niet voor de *risikonorm* die op de risico-aansprakelijkheid van toepassing is (of de *garantienorm* zoals bij causaliteitsaansprakelijkheid gedaan wordt). Bij milieuschade, met name de toepassing van de artikelen 6:175 e.v. BW, inzake gevaarlijke stoffen, is een kernvraag of die regeling nog wel tot het onrechtmatige daadsrecht behoort, een vraag die algemeen bevestigend beantwoord wordt.²⁴ Het belang van de vraagstelling is overigens dat de keus van invloed kan zijn op de strengheid van het aansprakelijkheidsregime die men bereid is te aanvaarden, vandaar dat deze kwestie veel pennen losgemaakt heeft. Het wekt geen verbazing dat in kringen van het bedrijfsleven de roep op schuldaansprakelijkheid luid gehoord werd, en risico-aansprakelijkheid als vreemd fenomeen gezien werd, dat om restriktieve toepassing vroeg. De ontwikkeling van *vergelding* (gebaseerd op schuld) naar *toerekening* (gebaseerd op risico) is niet door iedereen op de voet gevolgd, lijkt het. Of is ook hier weer de wens vader van de gedachte?

De wetgever maakte intussen geen scherpe tegenstelling tussen de algemene aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (eerste afdeling) en de bijzondere aansprakelijkheden, zoals die voor zaken, gebouwen, en de milieu-aansprakelijkheid, die bij de gevallen van risico-aansprakelijkheden geregeld zijn (tweede afdeling). De reden daarvoor is dat bij kwalitatieve aansprakelijkheid van de laatste afdeling er hetzij een andere persoon is die onrechtmatig gehandeld heeft, hetzij zich een bepaald feit voorgedaan heeft, de ‘quasi-onrechtmatige daad’, die met de ‘tenzij’-formule aan de algemene onrechtmatige daad verbonden is, het aansprakelijk zijn ‘als ware het gebrek hem bekend’, e.d. Bovendien zijn er in de eerste afdeling risico-elementen te onderscheiden die een rol spelen, zoals het slot van art. 162 lid 3, de verkeersopvatting als grondslag voor aansprakelijkheid. De wetgever ziet niettemin de aansprakelijkheden van de tweede afdeling, zoals art. 175 e.v., als zelfstandige aansprakelijkheidsgronden; een sprekend citaat uit de parlementaire geschiedenis geeft de controverse goed weer: het gaat in die tweede afdeling om ‘een aantal uiteenlopende gevaarssituaties, waarvan de precieze beschrijving vaak elementen van een onrechtmatige daad of een onrechtmatige toestand omvat, zonder dat verband wordt gelegd *met gedragingen* van degene op wie aansprakelijkheid in het betreffende artikel gelegd wordt’.²⁵ Een aantal auteurs volgt overigens de benadering waarbij uitgegaan wordt van de beschrijving van *een toestand* waarin een zaak of stof verkeert als onrechtmatig, indien niet voldaan wordt rechtmatig, indien niet voldaan wordt aan de daaraan gestelde normen (aldus Klaassen in haar dissertatie van 1991); dit is de in het franse recht gevolgde weg, die tot grote ontwikkeling gebracht is, de *fait d'une chose*.²⁶

24. Aldus o.m.: Nieuwenhuis, Braams, Klaassen en Hulst; in tegengestelde zin: Spier, Sterk en Messer, zie hiervoor de laatste auteur, E.A. Messer, *Risico-aansprakelijkheid voor milieu-verontreiniging in het BW*, diss. Utrecht 1994, p. 69. Vgl. ook mijn recensie van dit werk, waaraan passages van de hier volgende tekst ontleend zijn: *RmThemis* 2001, p.147.

25. Waarover Messer, t.a.p., p.73, mijn curs.

26. Zie daarvoor: E.H. Hulst, *Grondslagen van milieu-aansprakelijkheid*, diss. Rotterdam 1993, p.359 v.; vgl. ook nog onder, H 12, § 2, nrs 6, 8, aansprakelijkheid voor zaken.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

Terug naar de opzet van art. 162, met het curieuze lid 3. Geruime tijd voor de invoering van het nieuwe wetboek is er in de literatuur bezwaar gemaakt tegen de opzet en formulering van art. 162, waardoor het bij invoering al verouderd zou zijn. Behalve Knottenbelt in zijn proefschrift noem ik vooral Van Dam, in zijn utrechtse dissertatie uit 1989.²⁷ De laatste schrijver stelt ten aanzien van het opnemen van het schuldvereiste: 'niet gehinderd door rechtsvergelijkend materiaal wil de wetgever vasthouden aan een beginsel dat in het buitenland reeds lange tijd is verlaten'. Zoals wij hieronder nog zullen zien, hoeft men daarvoor niet eens bij buitenlands recht te rade te gaan. Van Dam sprak in 1989 de verwachting uit dat 'valt te vrezen dat de verwarring die reeds door het tweede lid van het artikel wordt opgeroepen door het derde lid niet wordt goedge maakt maar veeleer tot grotere onduidelijkheid aanleiding zal geven'.²⁸ Dat was een voorspellende blik; niettemin meende Van Dam dat met een ruime toepassing van aansprakelijkheid volgens verkeersopvattingen alles nog wel in goede banen zou komen. Dat was, zoals ik al eerder opgemerkt heb, een hele geruststelling; daarbij kan de rechter echter de *Toelichting* beter ongelezen laten, aangezien het voorstellingsvermogen van de ontwerpers (anno 1961) op dit punt zeer beperkt is.²⁹ De veel aangehaalde voorbeelden die gegeven worden, zijn die van de onervaren arts die fouten maakt, en de automobilist die pas één dag zijn rijbewijs heeft en schade veroorzaakt.³⁰

Hoe is dit alles zo gekomen, zoveel onduidelijkheid over het belangrijkste artikel van Boek 6, waar bibliotheken over volgeschreven zijn, in ons land en elders? De discussie over 'schuld of risico' werd vanaf eind jaren '60 sterk gekleurd door Schut, die in 1969 sprak van het dooreenlopen van schuld en risico 'als twee kleuren waterverf', waarmee het begrip 'risico' slechts een negatieve betekenis van 'geen schuld' zou hebben. Zijn conclusie was dat 'het geen enkele zin heeft, theoretisch noch praktisch, om die begrippen van elkaar te isoleren. De duidelijkheid die daardoor zou worden bevorderd bestaat slechts in schijn'.³¹ Schut had in zover gelijk dat, zoals hieronder nog aangetoond zal worden, het onderscheid geen belemmering geweest is in de rechtspraak om op basis van schuldaansprakelijkheid een regime van risico-aansprakelijkheid te vestigen,

27. J. Knottenbelt, *Produktaansprakelijkheid*, diss. Rotterdam 1990, p. 8; *Hoofdstukken produktaansprakelijkheid*, Studiepockets privaatrecht, Nr 46, 1991, p. 8; C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsverplichtingen en aansprakelijkheid*, diss. Utrecht 1989, p. 191. Ook G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad*, diss. Gron. 1986, p. 225 v. heeft kritiek op het wettelijk systeem (onder verwijzing naar Zonderland, *WPNR* 5122/23 (1971); hij bepleit zelfs schrapping van lid 3 van art. 162. Zie ook reeds: Schoordijk, *Alg. Gedeelte verbintenissenrecht NBW*, 1979, p. 361 v., met een beroep op Langemeijer, en diens opvatting over 'schuld' als 'het risico van onze algemeen menselijke feilbaarheid' in: *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, 6e dr., 1994, p. 37 v.

28. P. 192, vgl. ook pp. 183, 86 v.

29. Vgl. in die zin ook Spier, *Schoordijk-Bundel*, 1991, p. 267; anders: Bauw, *Stein-Bundel*, 1992, p. 51.

30. Zie met betrekking tot het vraagstuk schuld of risico?, en gevaarstelling, ook: Hfdst. 12, § 1, nr 2; en voor de slachtofferbescherming: dit Hoofdstuk, § 6, nr 5.

31. In diens bekende *WPNR*-artikel uit 1969, dat hieronder nog ter sprake komt, nr 5. Vgl. ook Van Dam, diss. p.193 v., met verwijzing naar overeenkomstige opvattingen van duitse auteurs als Kötz en Stoll.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

ook op het gebied van milieuschade. Daar staat tegenover dat het niet doordenken van dit onderscheid, de theoretische merites ervan, grote consequenties gehad heeft voor de theorievorming op dit terrein en een sta-in-de-weg geweest is voor een constructieve ontwikkeling van de doktrine van dit rechtsgebied. Het heeft ook de aansluiting met andere wetenschapsgebieden belemmerd.

Met de zienswijze van het één pot nat zijn van schuld en risico werden dogmatici jarenlang op het verkeerde been gezet. Nieuwenhuis heeft hiertegen terecht de volgende kritiek naar voren gebracht: zowel schuld- als risico-aansprakelijkheid 'is gebaseerd op een tekortkoming die een de gedaagde kan worden toegerekend, en in geen van beide gevallen is hiervoor vereist dat gedaagde hiervan een verwijt valt te maken'.³² Het niet goed uiteen houden van schuld en risico speelt ook vele milieurechtelijke auteurs parten, zelfs wanneer men de risico-aansprakelijkheid op dat gebied met overtuiging toegedaan is. Zo geeft een aantal schrijvers toch weer aan de 'zorgvuldigheid' een belangrijke plaats bij art. 175 e.v., het 'op zorgvuldige wijze omgaan' met gevaarlijke stoffen. Dit is het geval in de dissertaties over dat onderwerp van Braams en Messer (resp. p.452 en p.66). Ook Hulst blijft in zijn dissertatie, alle gerichtheid op verzwaarde aansprakelijkheid ten spijt, een plaats zien voor onzorgvuldig gedrag bij risico-aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen, zowel wat het wetssysteem als de jurisprudentie betreft.³³ Vandaar zijn behoefte om andere wegen in te slaan, met behulp van een verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor milieuschade. Bij Kottenhagen-Edzes vindt men eveneens de zienswijze dat ook bij hantering van de gevaarzettingsleer uiteindelijk een zorgvuldigheidsverplichting geschonden moet zijn, wil aansprakelijkheid aangenomen kunnen worden, zoals het nemen van maatregelen om het gevaar tegen te gaan.³⁴ De gedachte daarbij is dat ook bij hantering van de gevaarzettingsleer uiteindelijk een zorgvuldigheidsverplichting geschonden moet zijn, wil aansprakelijkheid aangenomen kunnen worden, zoals het nemen van maatregelen om het gevaar tegen te gaan. Dit is echter een *petitio principii*; Van Dam heeft er terecht op gewezen dat het niet van belang achten van de kosten, tijd en moeite van het nemen van voorzorgsmaatregelen 'een ontwikkeling ingezet heeft waarin het al dan niet nemen van voorzorgsmaatregelen er in feite niet meer toe doet' (diss.1989, p.190). Het is

32. *Rm Themis* 1989, p.194; vgl. ook Braams, diss. 1989, p.453, die dit op minder begrijpelijke wijze uitlegt. Ook Van Dam loopt in de waterverf-kuil van Schut, vgl. diss. 1989, p.193; hij komt echter, als fervent aanhanger van een geobjektiveerd schuldbegrip, tot de pragmatische conclusie dat de tweedeling tussen schuld- en risico-aansprakelijkheid 'in feite achterhaald is'.

Nieuwenhuis heeft overigens aan de dogmatische verwarring bijgedragen door in een eerder *Themis*-artikel (1988, p.2) een 'heldere afbakening' van de begrippen onrechtmatigheid en schuld te bepleiten, het 'netjes met twee woorden spreken'. Aldus ook Brunner, noot *NJ* 1982, 614.

33. Diss., pp.145; 229; 268. Helaas gaat Braams in zijn recensie van de dissertatie van Hulst, in *RmThemis* 2000, p.397, niet op die materie in, een gemiste kans om duidelijkheid te scheppen. Braams brengt zelf schuld bij de onrechtmatigheid (onzorgvuldigheid) onder, diss. p.355.

34. P.A. Kottenhagen-Edzes, *Onrechtmatige daad en milieu*, diss. Rotterdam 1992, p.182; zie voor een andere visie op de gevaarzettingsleer de voorgaande bladzijden.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

zelfs nog sterker: dat punt hebben wij al geruime tijd geleden gepasseerd, zoals ik hieronder nog zal aantonen.

In de discussie van de jaren '80 en '90 speelde een inmiddels klassiek geworden voorbeeld van het vliegtuig dat op een olietank neerstort – waarvan er bij Rotterdam zoveel staan - met als gevolg dat de eigenaar van de olietank aansprakelijk is de gevolgen van de ramp die dan ontstaat. Er zijn schrijvers die als grondslag van risico-aansprakelijkheid van een exploitant zien dat '*het schadeveroorzakende feit* als ontoelaatbaar ervaren wordt' (aldus Klaassen); anderen, zoals Messer, achten het een probleem dat hier niet van het 'tekortschieten' van een stof gesproken kan worden en dat de schade met de hoogste zorgvuldigheid niet voorkomen had kunnen worden. Zij zoeken de oplossing in de *schadewekkende gebeurtenissen* als grond voor de bijzondere aansprakelijkheid die hier aan de orde is.³⁵ Mijns inziens schiet men dan langs de kern van de zaak heen: de gebeurtenis waar het bij de vliegtuig-stort-op-olietank-casus om gaat is niet zozeer het neerstortende vliegtuig, maar de omstandigheid dat de olietank een constructie heeft die niet bestand is tegen neerstortende vliegtuigen. Technisch is vrijwel alles mogelijk, mits men maar bereid is te betalen. Denk aan de bunkers voor duikboten in noord-duitse havens in WO II, die tegen bommen bestand waren; een ander voorbeeld, militaire vliegtuigen zijn zoals bekend veel sterker geconstrueerd dan burgerluchtvaart-toestellen, en zijn daardoor beter bestand tegen extreme omstandigheden, en dus veiliger (tegen zeer hoge kosten). Overigens heeft Braams in zijn proefschrift van 1989 in de discussie over deze casus al naar voren gebracht dat de eigenaar van een raffinaderij zijn tanks 'foolproof' kan maken, en dus ook vlieg-ramp-bestendig. Dit argument werd door anderen verworpen met de redenering dat 'het treffen van dergelijke veiligheidsmaatregelen voor zelden voorkomende gevallen niet van de olieraffinaderij verwacht hoeven te worden. Deze is in feite aansprakelijk zonder dat acht geslagen wordt op onzorgvuldig handelen (of nalaten)' (aldus bijv. Messer, t.a.p.).

Op die wijze mist men echter de essentie van risico-aansprakelijkheid, die in de proefschriften van Braams, Hulst en anderen, in de afgelopen jaren breed aan de orde gesteld is (evenals in de polemiek die ik in 1990 met Vranken hierover in het *WPNR* gevoerd heb). Aldus blijft men in de schaduw van de schuldgedachte opereren, die men maar niet kan loslaten, terwijl al ruim een eeuw geleden een alternatief daarvoor geboden is met de risico-gedachte. De kern daarvan is enerzijds het scheppen van een *verhoogde kans* op schade, hetgeen niet het gevolg van een handeling hoeft te zijn maar ook betrekking kan hebben op een toestand, soms in combinatie met een nalaten (daarop hamert Braams, evenals eerder Van Schellen), en anderzijds het gegeven dat een gevaar dat zich verwezenlijkt heeft in de risikosfeer van een bepaalde persoon gelegen is, die er commercieel voordeel bij heeft (waarop Hulst het accent legt, evenals tevoren Paul Scholten en anderen). De tweede naam voor de risikoleer is immers de *gevaarzettingsleer*, een term die in 1913 in roulatie gebracht werd door een preadviseur NJV, als vertaling van de veel oudere figuur van *Gefährdungshaftung* uit het Duitse recht, die nog springlevend is. 'Erhöhte

35. Aldus Messer in het voetspoor van Hoekema, waarin hij blijkens een verwijzing door Loth beïnvloed lijkt te zijn, t.a.p., p.74.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

Gefahr, ist erhöhte Haftung’, sprak Unger al in 1891. Tegenwoordig omschrijft Kötz die leer in zijn handboek op een wijze die verdacht veel op de regeling van de artt. 175 e.v. (evenals 173 e.v.) lijkt, als een aansprakelijkheid die ontstaat wanneer een bijzonder gevaar zich verwezenlijkt heeft.³⁶ Wij zullen hieronder zien dat de hoge raad de laatste jaren deze zienswijze overgenomen heeft (nr 10).

De conclusie moet zijn dat de wetgever terecht een onderscheid aangenomen heeft tussen de algemene aansprakelijkheid uit de eerste en de bijzondere aansprakelijkheid uit de tweede afdeling (ook al blijft alles binnen de figuur van onrechtmatige daad). Men heeft alleen geen consequenties daaruit getrokken, het onderscheid niet doordacht, door de misconstruktie van de tenzij-indien-regel op de risico-aansprakelijkheid aan te brengen – door alle schrijvers indertijd bestreden, minus Hartkamp - in plaats van gewoon een overmachtsgrond op te nemen, zoals in het franse en duitse recht het geval is. Hieronder wordt nog op die kwestie ingegaan, bij de bijzondere aansprakelijkheden (zaken, dieren, etc., Hfdst. 12, § 2, nr 5).

Het thema ‘schuld of risico?’ komt in een dozijn proefschriften van het laatste decennium voor, waarbij doorgaans van een aanvechtbare weergave van geldend recht en doktrine sprake is. Ook de nieuwe bepaling van lid 3 van art. 162, met de zinsnede: ‘een oorzaak die krachtens de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn (daders) rekening komt’, heeft niet de aandacht gekregen die zij verdient. In wezen gold dit ook onder het oude recht al, door middel van objectivering van het schuldbegrip. Door te abstraheren van de omstandigheden die de persoon van de dader betreffen zijn allerlei risico-elementen binnen het begrip gebracht waardoor van het oude (als subjektieve verwijtbaarheid opgevatte) schuldvereiste nog maar weinig overblijft. Ook wanneer men stelt dat door deze aanvulling van de term ‘schuld’ in het nieuwe recht weer de oude betekenis van ‘verwijtbaarheid’ gekregen heeft, kan indien schuld ontbreekt toch aansprakelijkheid aangenomen worden op grond van een nader omschreven risikofactor die aan de dader kan worden toegerekend, aldus Schut. Hij verwijst hierbij naar een eerdere passage, waar hij schreef dat civielrechtelijke schuld ‘dikwijls nog slechts in naam verwantschap vertoont met de klassieke schuld in de zin van subjektieve verwijtbaarheid’; ‘het gevolg is weer dat in werkelijkheid een aansprakelijkheid buiten schuld (in enge zin) gevestigd wordt’ (onder verwijzing naar zijn bekende artikel uit *WPNR* 1969).³⁷ Van Dam spreekt zich in zijn dissertatie in dezelfde zin als Schut uit (p.192, vgl. ook p.84 v.); hij ziet lid 3 niet alleen als grondslag voor ‘een objectieve toetsing’, maar ook voor het

36. Hulst, p.145; Kötz, *Deliktsrecht*, 8e dr. 1998, nr 7. De laatste auteur is uitvoerig besproken door Braams, *Buitencontractuele aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen*, diss. Utrecht 1989, p.141 v. Zie voor gevaarzettingsleer of risikoleer onder, Hfdst. 12, § 1, nr 5.

37. *Onrechtmatige daad*, 4e dr., 1990, p.102 (en 28); 5e dr., 1997, p.94 v. (p.102 vorige druk herschreven, met dezelfde strekking). Zie ook zijn bijdrage aan *Onrechtmatige daad. BW-Krant Jaarboek 1996*, p.147, ‘Terugtrek van het schuldvereiste’. Schut herleest Wolfsbergen en stelt vast dat deze zijn tijd ver vooruit was: ‘veel van wat toen als onverdedigbare nieuwlichterij zal zijn beschouwd, is nu – 50 jaar later – een alom aanvaarde gedachte geworden’, p.149.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

opleggen van ‘garantieplichten’ (een term die overigens door H. Drion in roulatie is gebracht, in een rede uit 1958).

Er zijn echter ook auteurs die in lid 3 van art. 162 een vorm van aansprakelijkheid zien die nog (vrijwel) geen inhoud gekregen heeft, en die vooral niet als een vorm van risico-aansprakelijkheid gezien mag worden. Dat laatste is onder meer door Braams betoogd, die indertijd de Rb. Den Haag kapittelde voor het vonnis in de *Haagse Gasfabriek-zaak* (van 1984), waarin anticiperend lid 3 gehanteerd werd om de verwijtbaarheid van onrechtmatig handelen buiten spel te zetten. Men zou aldus het begrip ‘toerekening’ niet naar waarde weten te schatten, door het een heel beperkte betekenis toe te kennen; voor Braams was dit de reden om bij art.175 e.v. het (‘verwarrende’) begrip toerekening buiten de deur te houden en ‘causaliteitsaansprakelijkheid’ te aanvaarden als grondslag voor die regeling (t.a.p. 1989, pp.359 v., 452 v.).³⁸

Van een beperkte visie op lid 3 van art. 162 is ook sprake bij Asser-Hartkamp: die bepaling is hoogstens toekomstmuziek, leest men daar; het uitgangspunt van de onrechtmatige daad is immers *schuldaansprakelijkheid*, er is slechts sprake van een ‘beperkte uitbreiding’ daarvan (gezien de Toelichting met zijn twee marginale voorbeelden), die ‘slechts schijnbaar een verruiming kan bieden’ vergeleken met het oude recht. Anderzijds ‘kan niet worden ontkend dat de bepaling een *mogelijkheid* biedt de grenzen van aansprakelijkheid wijder uit te zetten’, merkt Hartkamp op. De voorbeelden uit de rechtspraak die daarbij gegeven worden liggen voornamelijk in de sfeer van letsel bij gevaarlijke sporten.³⁹ Bij schrijvers als Schut en Van Dam klonk echter een heel ander geluid.

Aan het slot van zijn artikel uit 1996 maakt Schut een opmerking die hier het vermelden waard is. Na Nieuwenhuis aangehaald te hebben met zijn uitspraak dat ‘de coördinaten schuld en risico voor het moderne aansprakelijkheidsrecht hun zin verloren hebben’, concludeert hij dat ‘het begrip onrechtmatigheid de schuldgedachte voor een zeer groot deel heeft geannexeerd en daarmee geabsorbeerd: het federatief verband tussen beide denkbeelden wordt steeds meer opgelost in de eenheidsstaat van de toerekening’ (p.162). Die eenheid wordt door de term ‘fout’ uitgedrukt, in de zin van ‘toerekenbare onrechtmatige daad’. Dan vervolgt Schut:

‘Het begrip schuld is daarmee althans op deze plaats uitgerangeerd. Maar daartoe blijft de uitschakeling niet beperkt, zoals het hiervoor geschrevene leert. In wezen is de foutgedachte op vrijwel alle gebieden van het aansprakelijkheidsrecht de determinerende faktor geworden.

38. T.a.p. 1989, pp.359 v., 452 v. Overigens verkeerde de haagse rechtbank met haar visie op art. 162 lid 3 in het goede gezelschap van o.m. J.H. Beekhuis, die daarin een verschuiving van schuld- naar risico-aansprakelijkheid zag, vgl. *WPNR* 4791 (1963), p.515. Deze opvatting werd indertijd bestreden door R. Herrmann, in zijn artikel met de veelbetekenende titel: *De (beperkte) betekenis van de toerekening op grond van de verkeersopvattingen in art. 6 :162 lid 3 NBW*, in: *Liber Amicorum NBW*, De Die-bundel, 1991, p.93. Herrmann is thans raadsheer in de HR.

39. Deel III (1998), nrs 91, 92. Hartkamp noemt overigens niet de bekende toepassing die Roelvink aan art. 162 lid 3 gegeven heeft bij de noodlottige samenloop van omstandigheden of toeval (speelse duw en omgestoten wijnglazen, en zo), *Brunner-bundel*, 1994, p.325. In de praktijk weigeren assuradeuren hierbij uit te keren aangezien hier niet van *schuld* sprake is. Zie onder, nr 11.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

Maar hiervoor geldt dat het tijd kost om aan deze gedachte te wennen en haar in de handboeken een passende plaats te geven’.

En dat, terwijl de gevaarzettings- of risikoleer aan het begin van de vorige eeuw door veel nederlandse schrijvers, niet de minste, aanvaard was.

De benadering van de daarnet genoemde schrijvers is inmiddels door de hoge raad gevolgd, met het arrest *B. - Staat*, uit 1998, waarin de verkeersopvatting van lid 3 als grondslag voor toerekening van risico’s bij onrechtmatige daad aanvaard werd.⁴⁰ In een vaste rechtspraak had de hoogste rechter het standpunt ingenomen dat een besluit van een overheidsorgaan onrechtmatig kan zijn, en daarmee een verplichting tot schadevergoeding doet ontstaan, ook indien het overheidsorgaan geen enkel verwijt gemaakt kan worden. Een stereotype geval was het arrest *Gem. Blaricum – Roozen c.s. (NJ 1988, 89)*, één uit een reeks inzake overheidsaansprakelijkheid.

Een gemeente weigert een bouwvergunning af te geven, daarbij ten aanzien van de uitleg van een bestemmingsplan afgaande op de vaste rechtspraak van de afdeling rechtspraak raad van state terzake. Deze gaat echter naderhand om op dat punt, en de teleurgestelde vergunningvrager spreekt de gemeente aan uit onrechtmatige daad, met succes, aangezien de hoge raad vaststelt dat hier ‘schuld in beginsel vaststaat’. Van een verwijt aan de overheid is hier geen sprake, evenmin van nalatigheid bij vooronderzoek, pure toerekening van risico dus. Een fenomeen waarmee Spier indertijd grote moeite had (zie onder, nr 9).

In een arrest van 1993 had de hoge raad, deze lijn doortrekkend, geoordeeld dat wanneer een overheidslichaam een beschikking neemt en handhaaft die naderhand door de rechter vernietigd wordt wegens strijd met de wet of enige andere in art. 8 lid 1 Arob vermelde grond, jegens de geleederde een onrechtmatige daad gepleegd wordt die het overheidslichaam toegerekend wordt, ook wanneer dit geen enkel verwijt gemaakt kan worden. Slechts onder bijzondere omstandigheden zijn er uitzonderingen op deze regel.⁴¹ In 1998 doet zich weer een dergelijk geval voor, waarbij het gaat om onjuiste wetsuitleg door de overheid. De hoge raad grijpt die gelegenheid aan om deze risico-aansprakelijkheid voor de overheid een wettelijke basis te geven, en wel: lid 3 van art. 162, de verkeersopvatting. Daarmee is deze bepaling definitief uit de legislatieve coulissen gehaald en voor het voetlicht gezet; het verbaast niet dat Roelvink de kamer van de hoge raad in dit arrest voorziet, in de zaak *B - Staat*.

De belastinginspekteur had twee beschikkingen herroepen waarin een verzoek tot vernietiging van voorlopige aanslagen over 1982/1983 afgewezen was en had die aanslagen daarbij tot nihil verminderd. De primaire besluiten waren gebaseerd op een onjuiste uitleg van de wet, dat wil zeggen, de hoge raad had in een vergelijkbare zaak in 1991 anders beslist. De belastingplichtige vordert daarop schadevergoeding uit onrechtmatige daad (kosten van

40. HR 20 febr. 1998, *NJ 526*, nt ARB. Herhaald in: HR 17 dec. 1999, *NJ 2000*, 88, nt ARB, *Gem. Castricum – Fatels*.

41. HR 1 juli 1993, *NJ 1995*, 150, nt CJHB, *Staat – NCB*. In deze zin reeds: HR 31 mei 1991, *NJ 1993*, 112, nt CJHB, *Van Gog – Nederweert*, met de ‘terminologie van art. 162’ dat de onrechtmatige daad ‘voor rekening van het overheidslichaam komt’. Deze regel werd ook toegepast op beschikkingen van een bedrijfsvereniging: HR 12 juni 1992, *NJ 1993*, 113, nt CJHB, *Bedrijfsvereniging – Boulogne*.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

rechtsbijstand en renteverlies, in 1983 had hij circa een ton betaald). Het hof had aangenomen dat met de onrechtmatigheid van het handelen van de inspecteur diens schuld nog niet vaststond; de bezwaarschriftfase is immers bedoeld voor een heroverweging. De hoge raad casseert, met de volgende, voor overheidsaansprakelijkheid verstrekende overweging:

‘Wanneer een besluit van een bestuursorgaan (het primaire besluit) op grond van een daartegen gemaakt bezwaar door dat bestuursorgaan wordt herroepen en, voor zover nodig, wordt vervangen door een nieuw besluit, zal het van de redenen die daartoe hebben geleid, en de omstandigheden waaronder het primaire besluit tot stand is gekomen, afhangen of het nemen van het primaire besluit onrechtmatig moet worden geacht in de zin van art. 6:162 BW en, zo ja, of deze daad aan het betrokken overheidslichaam kan worden toegerekend. Indien, zoals in het onderhavige geval, het primaire besluit berust op een onjuiste uitleg van de wet en derhalve onrechtmatig is, moet dit onrechtmatig handelen in ieder geval aan het betrokken overheidslichaam worden toegerekend. In dat geval is immers sprake van een oorzaak welke - in de bewoordingen van art. 6:162 lid 3 BW - naar de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van dat lichaam komt. Laatstbedoelde opvattingen verzetten zich ertegen dat de overheid zich tegenover een burger met vrucht zou kunnen beroepen op dwaling dan wel onzekerheid omtrent de juiste uitleg van de wet; hierbij speelt niet alleen een rol dat de wettelijke regelingen niet van de burger afkomstig zijn, maar ook dat het redelijker is de schade die voor een individuele burger voortvloeit uit een besluit waarvan naderhand komt vast te staan dat het op een onjuiste wetsuitleg berust, voor rekening te brengen van de collectiviteit, dan om die schade voor rekening te laten van de burger jegens wie dat rechtens onjuiste besluit werd genomen’ (ov. 5.2).

Het is opvallend dat de raad hier naar de *verkeersopvatting* grijpt: a-g Spier had die suggestie niet gedaan in zijn conclusie (waarin de ‘schuldtoetsing’ zwaar neergezet wordt naast de onrechtmatigheidsvraag), en in zijn noot heeft Bloembergen er ook weinig mee op: het ‘spreekt niet erg aan’. Hij had dat begrip liever niet in lid 3 opgenomen gezien, maar de term toerekening ‘krachtens ongeschreven recht’. Nu dat niet gebeurd is, volgt de annotator, ‘kan de rechter lippendienst bewijzen aan de term verkeersopvattingen, maar overigens doen alsof het om de ontwikkeling van ongeschreven recht gaat’.⁴² Het alternatief dat Bloembergen geeft munt echter uit in vaagheid en heeft een hoog open-deurkarakter: ‘ongeschreven recht’ is nu niet het meest sterke kenmerk van toerekening op grond van gevaarstelling, of het dragen (scheppen) van risico’s, de aansprakelijkheidsregel waarover wij het hier hebben, die zich al meer dan een eeuw ontwikkeld heeft, en eindelijk wel eens in wetgeving neergelegd mocht worden. Maar onze wetgever kon dat kennelijk niet rijmen met het klassieke schuldvereiste, dat hij wilde handhaven. Intussen is Bloembergen het eens met het standpunt van de hoge raad, ook in andere gevallen dan onjuiste wetsuitleg, zoals schending van algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Hierover wordt ook anders gedacht, met name door bestuursrechtjuristen; zo is Scheltema van mening dat slechts bij meer dan ‘gewone’ verwijtbaarheid plaats is voor aansprakelijkheid van de overheid.⁴³

42. Noot, sub 4; Bloembergen verwijst daarbij naar B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen*, *Mon. NBW*, A 20, nr 18, die stelt dat hier niet de woordelijke betekenis van de term aan de orde is, meer een ‘starting point’, ‘een aanknopingspunt voor autonome rechtsvinding’. Deze conclusie is juist, maar geldt m.i. voor alle wettelijke termen, althans bij niet-positivistische rechtsvinding. Zie ook nog mijn opmerking aan het slot van dit onderdeel, over rechtsvinding.

43. Zie de noot van Bloembergen. Het verschil benadering tussen bestuursrechter en civiele rechter op het punt van kostenvergoeding (voor rechtsbijstand) bij bezwaarschriftprocedures heeft de roep op ingrijpen van de wetgever opgeleverd (Ten Berge, *NJ* 1997, 201), die gehoor

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

Aldus heeft de hoogste rechter op uitgesproken wijze inhoud gegeven aan de verkeersopvatting als toerekeningsgrond ex art. 162 lid 3: de risikoleer vond hier huisvesting, voor zover het overheidsaansprakelijkheid betrof. Ik noemde dat opvallend, maar bij nader inzien is dat betrekkelijk. In de Toelichting van 1961 wordt namelijk expliciet dit voorbeeld gegeven van toepassing van lid 3, zoals ik bij herlezing ontdekte. Met een verwijzing naar de auteurs Scholten, Wolfsbergen en Meijers (een *A-team*, dus) wordt het volgende betoogd: 'Voorts wordt ook vaak gesteld dat hij die dwaalt omtrent de rechtmatigheid van zijn gedraging, omdat hij zich vergist in het objektieve recht of in zijn bevoegdheid tot handelen, steeds aansprakelijk is, ook al kon en mocht hij redelijkerwijs menen dat zijn gedraging niet onrechtmatig was, dus ook als hem ten deze generlei verwijt treft'.⁴⁴ De ontwerpers sluiten zich bij deze opvatting aan en geven nog het voorbeeld van iemand die op deskundig advies afgaat of op vroegere jurisprudentie van de hoge raad.

Met deze doorbraak in de toepassing van lid 3 staat niets in de weg aan de inpassing van de risikoleer (of: gevaarzettingsleer) in het wettelijke systeem, in het algemene onrechtmatige daadsartikel 162, waar het ook thuishoort. Een poging daartoe werd in de literatuur nog niet of nauwelijks ondernomen. Het proefschrift van Sieburgh van 2000 vormt geen substantiële bijdrage daartoe; het benadrukt van de rol van het schuldbegrip, nog wel subjectief opgevat, naast dat van onrechtmatigheid, maakt deze auteur geen aantrekkelijke gids op dit gebied.⁴⁵ Het boek getuigt niet van veel kennis van de risikoleer, zoals deze in de afgelopen eeuw ontwikkeld werd. Haar inventarisatie van mogelijke vormen van toerekening op grond van de verkeersopvatting is dan ook beperkt van opzet, en daardoor weinig overtuigend.

Sieburgh ziet toerekening volgens verkeersopvatting als een 'tussenpositie', tussen aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad gebaseerd op schuld (verwijtbaarheid) en de kwalitatieve (risiko-)aansprakelijkheden die in de wet volgen (p.210 v.). Zij spreekt daarbij niet van een 'open norm', maar van een 'vage norm', hetgeen zij – naar zij zelf zegt - niet negatief bedoeld heeft, maar wel een licht freudiaanse aansluiting is op schrijvers die niet

gekregen heeft: wetsvoorstel *TK* 1999-00, 27 024. Daarin wordt de lijn van Scheltema (en andere bestuursrechtjuristen) gevolgd: slechts schadevergoeding bij in *ernstige mate onzorgvuldig* handelen. Zie hierover, in kritische zin: Hartlief en Tjittes, *NJB* 2000, p.1526; Hartlief, *NTBR* 2001, p.25; Wiggers-Rust, idem, p.17.

Het renteverlies is wel wettelijk geregeld, maar is sinds 1992 niet langer de wettelijke rente, maar het veel lagere promessediskonto, zodat het loont om uit onrechtmatige daad te ageren.

44. Toelichting 1961, p.649; Parl. Gesch. Bk 6, p.618 v.

45. C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, diss. Gron. 2000. Vgl. ook Wat beweegt de buitencontractuele aansprakelijkheid omstreeks 2000?, *WPNR* 6450 (2001), p.580. I. Giesen, diss. Tilburg 2001, gaat net als Sieburgh van een klassiek schuldvereiste uit, op p.115.

Van Dam geeft merkwaardigerwijze in zijn boek *Aansprakelijkheidsrecht*, 2000, nr 917 v., weinig aandacht aan de verkeersopvatting van art. 162, lid 3; als toepassingsterreinen noemt hij slechts de onrechtmatige overheidsbeschikking en de 'perfekte automobilist', een oude liefde van de auteur. Schut maakt in zijn artikel uit 1996 een inventarisatie van mogelijke toepassingen; deze zijn, indien door hem aanvaard, al door de wetgever in een artikel neergelegd is, en waar dat niet zo is, voor hem een brug te ver, zoals in het geval van Schoordijks verplichting uit altruïsme, het hulp verlenen aan iemand in nood.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

zoveel op hadden met dergelijke normen. Binnen dat kader moet de hantering van de 'verkeersopvatting' zich afspelen, dat geeft dus beperkingen.

Sieburghs zoektocht naar aanknopingspunten om dat vage begrip in te vullen brengt haar tot de aanvaarding van een tweetal: de *hoedanigheid* van de dader, opgevat als zijn maatschappelijke positie (overheid, bedrijf, etc.), en de *aard van de gedraging* (risikoscheppend karakter, wijze van handelen, e.d.; p.220 v.). Deze beperking levert nog verdere beperkingen op in de uitwerking; zo is de hoedanigheid van het slachtoffer niet van belang (*sic!*), dus bijvoorbeeld ook niet de vraag of deze verzekerd is (*bis!*). Hier lijkt veel rechtsontwikkeling, inclusief de visie van de hoge raad sinds de jaren '60, aan de auteur voorbijgegaan te zijn (ook in het contractenrecht, zie elders in dit werk), hetgeen niet verbaast wanneer men ziet dat zij voornamelijk bij het meer conservatieve deel der vaderlandse aansprakelijkheidsauteurs te rade gaat, die nu eenmaal weinig van *assurance oblige* moeten hebben (zoals haar promotor Brunner, die door schr. geciteerd wordt: zijn bijdrage debat NJV 1996, bestrijding visie van preadviseurs Spier en Bolt). Het gaf al te denken dat Sieburgh voorlichting over de gevaarzettings- of risikoleer steevast zoekt bij tegenstanders ervan in de recente literatuur (zoals op p.183). Zij brengt een aantal gevallen van toerekening volgens verkeersopvatting onder bij haar duale indeling, zoals overheidsaansprakelijkheid ten gevolge van rechtsdwaling (*B. – Staat*, e.d., p.230 v.) als geval van 'hoedanigheid van de dader', en enkele gevallen van risico-verhoging komen onder de 'aard van de gedraging' (p.240 v.). Tot die laatste rekt schr. gevallen als de afgewaaide surfplank en het bij paarden neergooien van taxusstruik; het is verheugend dat zij daarbij afstand neemt van de ongelukkige arresten van de hoge raad terzake (wat taxus betreft, overigens in het spoor van Brunner).

Nu het ijs gebroken is rond de inbedding van de risikoleer in de verkeersopvatting van lid 3, kan men, meestal *in hindsight*, vaststellen dat veel vaste jurisprudentie van de hoge raad op die grondslag is gebaseerd was. Zo vindt men al genoemd in de literatuur de aansprakelijkheid bij beslaglegging en executie van niet onherroepelijke uitspraken, onder huidig recht: het arrest *Ontvanger – Bos* van 1995, onder het oude recht: *Snel – Tersteeye* (1965), en wat daarop gevolgd is.⁴⁶ Daar zou het wat mij betreft niet bij behoeven te blijven, maar de ruimte (en tijd) ontbreekt om dit thema hier uit te werken; het moet bij enkele algemene beschouwingen blijven.

Een aardige exercitie zou zijn om de vormen van risico-aansprakelijkheid die de NJV in 1913 in haar jaarvergadering aanvaardde onder de aegis van 'gevaarzetting' als nieuwe rechtsfiguur na te lopen (zie Hfdst. 12, § 1, nr 5). De onderwerpen die niet reeds door de wetgever opgenomen zijn, zouden goed bij art. 162 lid 3 ondergebracht kunnen worden. Te denken valt bijvoorbeeld aan aansprakelijkheid van de overheid voor schade als gevolg van voorlopige hechtenis die geen grond bleek te hebben, waaraan toegevoegd kan worden aansprakelijkheid van de overheid jegens een verdachte wanneer het OM een strafrechtelijke procedure verliest. Bij dat laatste voert de hoge raad de laatste jaren een genuanceerd beleid, terecht, waarbij niet zonder meer van risico-aansprakelijkheid van de staat uitgegaan wordt (denk aan de crimineel die vrijuit gaat wegens vormfouten van het OM, hetgeen in sommige gevallen zelfs afgesproken werk is, naar later blijkt).⁴⁷

46. Zie *T & C BW*, p.1862, waar *Ontvanger – Bos* genoemd wordt (*NJ* 1997, 366), zie daarvoor onder, Hfdst. 12, § 1, nr 6, in fine; *Snel – Tersteeye*, *NJ* 1965, 331, vgl. ook *Ciba Geigy*, *NJ* 1985, 547, zie Hfdst. 12 § 1, nr 6.

47. Zie HR 29 april 1994, *NJ* 1995, 727, nt CJHB en EAA; AA 1994, p.675, nt Damen, S. - *Staat*. Vgl. ook, voor schade toegebracht door gebruik van een strafrechtelijk middel als

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

In dit verband zou ik erop willen wijzen dat de hoge raad ook in het contractenrecht de verkeersopvatting gebruikt als norm om de risikoleer onder te brengen: zie het arrest *Oerlemans Agro - Driessen*, inzake contractuele produktenaansprakelijkheid op grond van art. 6:75 (en art. 7:24), een produkt moet voldoen aan de verwachtingen die de koper redelijkerwijs daaromtrent heeft. Indien de gebreken de producent/leverancier onbekend waren, wordt de kennis daarvan hem toegerekend, op grond van de verkeersopvatting.⁴⁸

Wat nieuwe toepassingsgebieden van de verkeersopvatting van art. 162, lid 3 betreft zou ik willen wijzen op: aansprakelijkheid voor schade als gevolg van een ongelukkige samenloop van omstandigheden, noodlottig toeval (speelse duw, omgevallen wijnglas, zwiepende tak, vallende kast, e.d.); voor schade opgelopen bij sport en spel, als deelnemer of toeschouwer; voor schade als gevolg van handelingen uit altruïsme (vriendendienst; naastenliefde), en tenslotte aansprakelijkheid uit solidariteit met het slachtoffer. Een korte toelichting mag hier volstaan; ik wil scriptieschrijvers en promovendi niet al te veel het gras voor de voeten wegmaaien.

De figuur van ongelukkige samenloop van omstandigheden behoeft weinig toelichting, niet alleen omdat Roelvink daarvoor al de aandacht gevraagd heeft, het onderwerp komt ook hieronder nog uitvoerig ter sprake, in nr 11; dat laatste is ook het geval bij schade uit sport en spel (idem). Het altruïsme ligt wat verder weg, het wordt in dit werk in Deel 3 behandeld, bij de verbintenissen uit de wet. De casus van de mensenredder die zijn Burberry regenjas, zijn Hugo Boss pak en Church brogues geriskeerd heeft bij het reddingswerk, waarna zijn kleding als gevolg daarvan verder niet toonbaar is (om van lichamelijk letsel dat hij opgelopen kan hebben maar te zwijgen). Wij nemen aan dat het slachtoffer het gevaar niet opgezocht heeft, en door het noodlot in *dire straits* gekomen is; hij heeft er dus niet om gevraagd, dat maakt recht-toe-recht-aan toerekenen van aansprakelijkheid voor schade van hulp biedende derden ietwat problematisch, tenzij men bereid zou zijn, om algemene levensrisiko's gewoon toe te rekenen (wat op andere gebieden wel gangbaar is, zoals een zwakke gezondheid of een lichamelijke of geestelijke afwijking). Er zijn best andere juridische constructies denkbaar (zie ook nog Hfdst. 13 over de zaakwaarneming; de rechtmatige daad, als rechtshandeling), maar dat het slachtoffer in nood de schade van de hulpverlener moet vergoeden (ook wanneer de reddingspoging geen succes gehad heeft), met andere woorden, hem toegerekend kan worden, ligt in de rede.

huiszoeking: HR 13 nov. 1998, *NJ* 1999, 100, *Granaria Beheer - Staat*. Het ontbreken van redelijk vermoeden van schuld ex art. 27 lid 15 v. leidt niet tot de slotsom dat daarmee de onschuld van Granaria en daarmee het ongefundeerd zijn van de verdenking is gebleken; niet wordt aanvaard de aansprakelijkheid van de staat tenzij deze bewijst dat van onschuld van Granaria niet is gebleken. Vgl. ook HR 30 mrt 2001, *NJ* 2003, 615, *Staat - Lavrijsen*: onevenredig toegebrachte schade kan een rechtmatige overheidsdaad onrechtmatig doen zijn.

48. HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 213, *Oerlemans Agro - Driessen*, inzake mestof Biofer dat een schadelijke herbicide bleek te bevatten waardoor gekweekte rozen naar de knoppen gingen. Het ging om een gebrek van het produkt dat geheel buiten toedoen van Oerlemans als leverancier ontstaan was en 'dat zij kende noch behoorde te kennen, zodat de tekortkoming niet aan haar schuld is te wijten, terwijl de tekortkoming evenmin krachtens de wet of een rechtshandeling voor haar rekening komt'. De toerekeningsvraag moet aan de hand van de in het verkeer geldende opvattingen gebeuren, vervolgt de HR; aansprakelijkheid blijft slechts uit in geval van bijzondere omstandigheden, hetgeen 'niet snel zal mogen worden aangenomen'.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

Anderzijds zijn er situaties denkbaar dat er een verplichting bestaat naar verkeersopvatting, om hulp te bieden, ook wanneer dat niet door het strafrecht geboden wordt (echt mensen in nood, art. 450 Sr). Dat kan ook uit een nalaten bestaan: bij een etentje ophouden met schenken, ook al wil men de gulle gastheer zijn, of tenminste vervoer regelen wanneer men ziet dat het uit de hand gelopen is met een ‘beschonken’ gast (ook wanneer dit niet professioneel gebeurt, in de huiselijke kring). Voor meer voorbeelden verwijs ik naar de publikaties van Schoordijk, met veel rechtsvergelijkend materiaal; in sommige landen (V.S.) zijn dergelijke morele verplichtingen als rechtsplichten aanvaard.⁴⁹

Het woord ‘moreel’ viel, het had ook ‘ethiek’ kunnen zijn, en dat brengt een grensgebied in zicht: de *natuurlijke verbintenis*, de dringende verplichting van moraal en fatsoen, zoals dat op zijn zondags heet (resp. vrijdags), evenals in het algemeen de bronnen van verbintenissen. Ik verwijs daarvoor naar de bespreking ervan, in Hoofdstuk 8.⁵⁰ Daar vindt men ook een vergelijkbare rechtsfiguur besproken, de *gentlemen’s agreement*, die ook solliciteert naar een plaats bij de verkeersopvatting van art. 162 lid 3. Dat geldt met name voor de diverse verplichtingen die daarbij kunnen ontstaan, zoals die van moederbedrijven die ‘letters of comfort’ voor dochters afgeven, of bij ‘through-put agreements’ in de roterdamsche haven, e.d. Ik verwijs voor die materie naar § 4 van dat Hoofdstuk.

Tenslotte verbintenissen voortvloeiend uit de *solidariteitsgedachte*, een onderwerp dat elders in dit boek terugkomt, Hfdst. 12, § 1, nr 8. Het klassieke voorbeeld is afkomstig van de franse jurist en aansprakelijkheidspecialist Tunc: de aansprakelijkheid van de automobilist voor de plotseling opdoemende en niet te vermijden voetganger, *archetype*: de hoffelijke man die even van het smalle (Parijse) trottoir stapt om een tegenligger (dame) voorbij te laten gaan, en niet uitkijkt - of gewoon in gedachten is, of in een druk gesprek verwickeld, en opzij stapt (zie onder, Hfdst. 12, § 1, nr 8; aldus ook al Fruin bij ons aan het begin van de vorige eeuw). In het verkeersrecht heeft onze hoge raad deze zienswijze in wezen overgenomen in de jaren ‘90 met de 50%-regel van IZA – Vrerink (1992) die op de billijkheid gebaseerd is, met betrekking tot de oudere of zeer jonge onoplettende voetganger die voor plots een auto stapt (Hfdst. 12, § 5, nr 7; slachtofferbescherming, en wel in geval het slachtoffer geen toereikende verzekeringsdekking heeft). Hier is de ‘verkeersopvatting’ letterlijk te nemen, de heer in het verkeer, *noblesse oblige* (met excuses aan de dames in het verkeer, maar die rijden toch al beter dan de heren, meestal), ook al baseert de hoogste rechter deze verdeelsleutel van de schade op de *billijkheid*. Er zijn echter ook nog andere zwakke groepen in de maatschappij die om solidariteit vragen dan in het verkeer de oudjes en de kleintjes, als voetgangers (mensen-niet-in-blik) of de fietsers (mensen-op-blik), die ineens met auto’s (mensen-in-blik) geconfronteerd

49. Zie reeds: *De verbintenis uit de wet en de plicht tot altruïsme*, Meded. KNAW, deel 50, nr 8, 1987; zie ook onder, Hfdst. 13, §1, nr 2, en nog Hfdst. 12, § 5, nr 5. Ik ben het dus niet eens met Schut, die de tijd nog niet rijp vindt voor een dergelijke verplichting: voor aanvaarding van een zodanige algemene rechtsplicht bestaat onvoldoende grond, ‘daarvoor is de huidige maatschappij te individualistisch ingesteld’, *Onrechtmatige daad*, BW-Krant Jaarboek 1996, p.153.

50. Zie §§ 2 en 3. In dit kader komt Schoordijks pleidooi indertijd voor een verbintenis die uit de billijkheid voortvloeit ook weer in beeld, vgl. zijn surinaamse rede van 1968, *De verbintenis uit de wet*, een visie die nooit erg serieus genomen is; zie Hfdst. 8, § 2, nr 1.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

worden, hetgeen zo hard kan aankomen. Ik verwijs daarvoor naar mijn eerder aangehaalde beschouwingen, met verdere literatuur.⁵¹

Sprekend over de billijkheid, die meestal op de proppen komt wanneer de rechter leuke dingen voor de mensen wil doen, wanneer hij, zoals in de laatste jaren gebeurt, de verjaringstermijn niet serieus kan nemen en aansprakelijkheid aanvaardt na 30 jaar (absolute termijn), respectievelijk 5 jaar (relatieve termijn), hebben wij het in wezen over toerekening op grond van de verkeersopvatting (in geval van asbestziekten, schade door incest, e.d.; zie onder, Hfdst. 12, § 7, nr 9). Het is toch maatschappelijk volstrekt ongepast wanneer bijvoorbeeld een ministerie van Defensie, als werkgever van een marinewerf waar werknemers asbestziekten opgelopen hebben in het verre verleden, het bestaat om zich op de verjaringstermijn te beroepen, die aanvankelijk nog door hem op 20 jaar gesteld werd, in strijd met een redelijke uitleg van art. 3:310? Wanneer een krantenlezer iets een *gotspe* vindt (kwaliteitskrant, dat wel), komen wij in de sfeer van de verkeersopvatting. Het is 'immoreel', de kwalificatie die Tunc indertijd aan zijn casus van de Parijse voetganger gaf, die naar geldend recht zonder schadevergoeding zou blijven.

Het gaat hier steeds om situaties waarbij de grens met normen van maatschappelijke zorgvuldigheid in zicht is, maar men nog niet zo ver is om die grens te overschrijden en onrechtmatig handelen aan te nemen, dat aan een persoon toegerekend kan worden. Het zal duidelijk zijn dat hier nog een terrein braak ligt, dat vraagt om een frisse kijk op het onrechtmatige daadsrecht, en de bereidheid om Wolfsbergen en de andere baanbrekende schrijvers van vroegere generaties te lezen (huidige mag ook) en daaruit lering te trekken.

Nog enkele opmerkingen ter afsluiting van dit algemene onderwerp, schuld en risico. Ook al wordt door sommige schrijvers nog steeds de lof van het schuldbegrip als verwijtbaarheid bezongen als grondslag van de onrechtmatige daad, die confessie boet echter aan waarde in wanneer men ziet dat in één adem volgt dat schuld steevast voorondersteld wordt, tot op tegenbewijs.⁵² Ook Schut wijst op de omkering van de bewijslast ten aanzien van het bestaan van schuld, en noemt een arrest uit 1984 inzake schending van veiligheidsvoorschriften door een directeur van een complex van ondernemingen met 1200 werknemers, en is het met de observatie van Wachter eens dat hier van een *probatio diabolica* sprake is, die 'in wezen tot risico-aansprakelijkheid leidt' (t.a.p. 1997: 22 v.). Ik

51. Nieuwenhuis geeft aandacht aan de billijkheid als bron van aansprakelijkheid in zijn bijdrage aan de bundel *Honderd jaar billijkheid. Schadevergoeding bij rechtmatige daad*, N.F. van Manen en R.H. Stutterheim, Red. AA Libri, Nijmegen 1999, p.101. 'Twee typen van billijkheid en drie bronnen van gevaar'. Hij onderscheidt 'billijkheid van *regels*' en 'billijkheid van *beslissingen*'. Gevallen die door mij onder solidariteit gebracht worden ziet Nieuwenhuis als regel-billijkheid; daarmee wordt zijns inziens 'in wezen het terrein van het aansprakelijkheidsrecht verlaten' en treedt de dader als verzekeraar van het slachtoffer op (p.105). In mijn opvatting zou het een verarming van het aansprakelijkheidsrecht zijn wanneer dat het geval was.

52. Zie bijv. Asser-Hartkamp III (1998), nrs 70-77; aldus reeds: Asser-Rutten II (1968), p.436 v. Momenteel lijkt hetzelfde te gebeuren met het CSQN-vereiste bij causaal verband, veelal bij dezelfde auteurs, zoals hier: Hartkamp. Zie daarvoor onder, Hfdst. 11, § 3.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

heb die ontwikkeling zelf ooit eens als ‘pseudo-risico-aansprakelijkheid’ omschreven.

Het is opvallend dat in een handboek als de bewerking van de Asser-serie door Hartkamp de dogmatiek is blijven staan op 1968 (eigenlijk: jaren ‘50) en nooit nader doordacht is. Niet alleen Schut wordt verkeerd weergegeven; daarnaast wordt men voor andere, meer moderne zienswijzen verwezen naar losbladige bundels (die daar vaak niet aangetroffen worden). Het is aldus meer ideologie dan wetenschap die bedreven wordt, het is spijtig om te constateren. Aangezien in de doktrine veel (jongere) auteurs zich in de schaduw van het Asser-deel opstellen, wordt daarop nader ingegaan.

Het past in dit beeld wanneer men bij Asser-Hartkamp (nr 192a) leest dat de spraakmakende discussie tussen Vranken en mij (in *WPNR* 1990, die hieronder nog besproken wordt, in nr 7) over de grondslag van de milieu-aansprakelijkheid door de hoge raad ‘ondubbelzinnig’ beslist is in de door Vranken (en Hartkamp) voorgestane zin, namelijk in de arresten *taxusstruik* (*NJ* 1994, 624) en *Shell* (*NJ* 1996, 198). In deze polemiek stelde Vranken dat *kenbaarheid* (bekendheid met het gevaar bij gevaarzetting) een vereiste is voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Beide arresten zijn echter zeer omstrede; zie voor het *taxus*-arrest Brunner in zijn *NJ*-noot, en voor het *Shell*-arrest de zware kritiek van uiteenlopende schrijvers als Spier, H.J. Snijders en schrijver dezes (deze arresten komen hieronder nog uitvoerig ter sprake: § 4, nr 6; § 7, nr 7). Van meer gewicht is nog dat het *Shell*-arrest over het relativiteitsvereiste gaat, een niet uit te leggen toepassing daarvan door de hoge raad, om evident politieke redenen. Het is een door de landsadvokaat ongelukkig opgezette procedure (alles op één kaart gezet, die geen troef bleek te zijn, en nog slecht onderbouwd ook); naar geldend recht zou de uitspraak overigens in strijd met art. 6:163 zijn (geen voorzienbaarheid van schade vereist). Ook Brunner merkt op dat bij een andere opzet van de verhaalsvorderingen de beslissing mogelijk anders zou zijn uitgevallen, en haalt daarbij Spier in die zin aan. Dit onderwerp komt hieronder nog uitvoeriger ter sprake, bij de bespreking van risico’s van bodemverontreiniging en de juridische behandeling daarvan (Hfdst.12, § 7, nr 7).

Voor een goed begrip van deze controverse is het van belang om al op deze plaats kennis te nemen van de vaste jurisprudentie op dit gebied, die elders nog aan de orde zal komen, bij verschillende onderwerpen. De rechtspraak is al jaar en dag in die zin gevestigd dat wanneer risico-aansprakelijkheid in het kader van gevaarzetting aangenomen wordt, dit op grond van onrechtmatige daad gebeurt. In het arrest inzake de defekte *acetyleen-cylinder* (*NJ* 1933, 881) ging het om voorwerpen die ‘naar van algemene bekendheid is, groot gevaar opleveren voor hem die zich daarvan bedient’; schuld wordt aangenomen, ‘bestaande in de aflevering van de cylinder zonder zich te vergewissen dat de cylinder van een behoorlijke vulmassa was voorzien’. De kneep zit hem hierin dat controle niet mogelijk was zonder de cylinder onbruikbaar te maken. Het gaat hier derhalve om toerekening in het besef dat het nemen van voorzorgsmaatregelen redelijkerwijze niet mogelijk was (zie onder, Hfdst. 12, § 2, nr 2).

Een tweede, nog ouder voorbeeld is het arrest *kasteel Strythagen*, *NJ* 1921, 230, inzake bodemdaling door mijnbouw. Het hof had vastgesteld dat een ‘ervaringsregel’ leert dat iedere bodemverzakking te wijten is aan nalatigheid van een mijnexploitant die ter plaatse actief is, en had een vermoeden van schuld aangenomen en de mijnexploitant met het bewijs belast dat de verzakking niet aan hem te wijten was. De hoge raad onderschrijft dat oordeel, en doet er een schep bovenop met de overweging: dat ook al zou de mijnexploitant erin slagen te bewijzen dat hij de gangbare voorzorgsmaatregelen getroffen had en verdere maatregelen

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

vanwege de kosten niet uitvoerbaar waren, dit feiten zijn die ‘het geleverde bewijs niet zouden vermogen te ontzenuwen’. Meijers heeft deze jurisprudentie, die tot 1881 teruggaat, als volgt samengevat: ‘de ondernemer moest dan maar òf het werk nalaten òf de nodige voorzorgmaatregelen, hoe kostbaar ook, ter voorkoming van de schade treffen’ (Meijers, *Verz. Werk III*, 1955, p.244). Met andere woorden, formeel wordt het nemen van voorzorgmaatregelen geëist, maar is in wezen een verkapte risico-aansprakelijkheid, zoals ook Meijers en Scholten geconstateerd hebben (zie onder, Hfdst. 12, § 8, nr 2).

De wijze waarop de hierboven kritisch besproken schrijvers met wettelijke begrippen als ‘schuld’ en ‘toerekening’ omgaan, hetgeen grote consequenties heeft voor hun standpuntbepaling, vraagt nog om een rechtstheoretische kanttekening. Hier wreekt zich namelijk een opvatting, in de jaren ‘70 zo treffend door Friedrich Müller, daarin gevolgd door Josef Esser, verwoord is: het euvel dat vele juristen *norm* met *normtekst* vereenzelvigen. Dat blijkt ook hier weer levensgevaarlijk: iedere tekst vraagt allereerst om uitleg, waarbij de letterlijke, grammaticale betekenis het kan afleggen tegen de betekenis die er redelijkerwijze aan gegeven moet worden (de ‘redelijke wetsuitleg’ die de hoge raad in vele standaardarresten van de laatste decennia hanteerde).

Een nog belangrijker inzicht voor de rechtsvinding valt aan Arthur Kaufmann te ontlenuen; uitgaande van de trits: *beginsel – rechtsregel – beslissing*, stelt hij dat men nooit (ongestraft) een beslissing mag nemen die enkel uit de regel voortvloeit, zónder het overkoepelende beginsel geraadpleegd te hebben, terwijl men anderzijds nooit een beslissing direct uit een beginsel mag laten volgen, zonder de regel geconsulteerd te hebben. De straf hiervoor is een legistische vorm van rechtsvinding, in de beste traditie van het positivisme, waarvoor gewaarschuwd werd, vóór de hercodificatie. Zie over dit onderwerp mijn *Dialektiek van rechtsvinding en rechtsvorming, Deel 1c*, 1988, p.79.

B. HET SCHULDVEREISTE NADER BESCHOUWD. SCHULD EN BOETE? VAN VERGELDINGSMODEL NAAR TOEDELINGSMODEL

4. *Een oude vraag: de schuldvraag*

Op deze plaats wordt een nadere uitwerking gegeven aan hetgeen hierboven in algemene zin over het schuldvereiste opgemerkt werd, dat in zo’n merkwaardige symbiose met het vereiste van onrechtmatigheid van de handeling leeft.⁵³ De discussie over het schuldbegrip, gecombineerd met de vraag: ‘schuld of risico?’, is al zo’n halve eeuw oud. Het kan geen kwaad om bij die problematiek wat langer stil te staan, vooral ook omdat de handboeken op deze strijdvraag een zeer eenzijdig licht werpen. De strijdvraag schuldaansprakelijkheid of risico-aansprakelijkheid lijkt steeds meer in het voordeel van de laatste beslecht te worden. Ook op het terrein van wetgeving: zochten vroegere generaties het in een vermoeden van schuld of een omkering van de bewijslast, in onze tijd ‘is de risico-aansprakelijkheid in volle opmars’, zoals Cleton het eens noemde. Hebben wij dan alleen nog met achterhoedegevechten te doen? Dat staat nog te bezien.

53. Deze beschouwingen verschenen eerder als onderdeel van mijn AA-noot onder het *Ebele Dilemma*-arrest, AA 1976, p. 207 v., en werden hier wat uitgewerkt.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

Het gaat hier om een grondslagenstrijd, die juist daarom zo'n taai karakter heeft, omdat dogmatische, emotionele en maatschappelijke opvattingen door elkaar heenspielen. Daarbij valt op dat in het ene (schuld-)kamp de eerste twee factoren de boventoon voeren, in het andere (risiko-)kamp naast de tweede vooral de derde faktor. Men redeneert, kort gezegd, veelal op verschillende golflengten. Opvallend is, dat beide stromingen terug te voeren zijn tot twee leidse hoogleraren die, bevriend als zij waren, in vele opzichten elkaars tegen-gestelde waren: Meijers en J.C. van Oven. Beiden niet alleen rechtshistorici, maar ook civilisten van grote naam, doch de eerste veel meer de dogmaticus, de strakke systeembouwer, de tweede een veel kreatievere, soepele denker en meer open naar maatschappelijke ontwikkelingen. Van Oven was eerder journalist geweest, hetgeen de leesbaarheid van zijn geschriften zeer ten goede is gekomen, doch niet overtuigend werkte op degenen die als kenmerk van rechtstheoretische geschriften droogheid en ontoegankelijkheid aannemen. Maar goed, terug naar deze leidse controverse, die door volgelingen tot in deze tijd voortgezet wordt. Meijers vond aanhangers in met name H. Drion en Rutten; Van Oven in Wolfsbergen (in de oorlog omgekomen) en Van Nispen tot Sevenaer.⁵⁴ Uiteraard doe ik maar een greep uit de vele namen. Voor de duidelijkheid: deze schrijver heeft zich al eerder bij de laatste stroming aangesloten.

Wat stellen nu de aanhangers van de schuldleer? Zij stellen dat met de vaststelling van de onrechtmatigheid van de daad de aansprakelijkheid van de dader nog niet gegeven is, want met 'onrechtmatig' wordt de *daad* gekwalificeerd en met 'schuld' de *dader*.⁵⁵ Het gaat hier om het 'innerlijk bestanddeel' van de daad, in de woorden van Meijers: er moet sprake zijn van 'een zekere geestesgesteldheid van de dader, waardoor de handeling onder de gegeven omstandigheden in verband met het abstracte verbod of gebod laakbaar wordt'.⁵⁶ Rutten spreekt van iemand de daad toerekenen, omdat hij daarvoor 'moreel en psychisch verantwoordelijk wordt gesteld' (p. 82). Deze invulling van het begrip 'toerekening' (vgl. ook de term 'toerekeningsvatbaar') acht hij 'taalkundig, logisch en historisch verantwoord'. Ook acht hij doorslaggevend dat 'art. 1401 *oud*, het kern-artikel, onmiskenbaar het schuldvereiste stelt' (p. 52).

Van Oven heeft in een klassiek geworden artikel uit 1932 een heel ander geluid laten horen.⁵⁷ Taalkundige en historische argumenten - zo die ooit de doorslag mogen geven - leiden bij hem tot een heel andere uitkomst. Hij toont aan dat in het Romeinse recht het schuldvereiste niet naast het

54. Vgl. J.C. van Oven, *Onrechtmatigheid en schuld*, WPNR 3278 (1932); C.M.O. van Nispen tot Sevenaer, WPNR 3358 v. (1934); A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, pp. 11 v., 132 v. Hoezeer schuldbegrip slechts in de wilsleer past, blijkt uit Meijers' opvatting, waarin schuld gezien wordt als 'innerlijk bestanddeel' van de daad, WPNR 3443 (1935), p. 569. Meijers' bestrijding van Van Oven vindt men weerlegd door Wolfsbergen. Vgl. voor deze stroming ook nog: Asser-Rutten III, 1990, nr 74.

55. Aldus, in navolging van Meijers: Asser-Rutten III, nr 75, een tekst die grotendeels in stand gebleven is bij Asser-Hartkamp III, nr 75 (1994, alsook: 1998).

56. Algemene Begrippen van het burgerlijk recht, 1948, p. 300.

57. *Onrechtmatigheid en schuld*, WPNR 3278-80 (1932). Paul Scholten had in zijn diss. *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad*, Amsterdam 1899, de schuld teruggebracht tot één der gronden voor aansprakelijkheid ex art. 1401, pp. 6, 82 v., 151 v.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

onrechtmatigheidsvereiste gesteld werd: het ging slechts om 1e. schade, 2e. veroorzaakt door, 3e. onrecht; *damnum iniuria* (of wel: *culpa*) *datum*.

Het legisme van het begin van de 19de eeuw, zo stelt Van Oven, is de oorzaak van de toevoeging van een 4de element: schuld, verkregen door splitsing van het 3de element in onrechtmatigheid en schuld. Het eerste werd daarbij als het objektieve, het tweede als het psychologische of subjektieve element opgevat. Houdt men dit in gedachten, dan is het in het geheel niet doorslaggevend dat in art. 1401 beide elementen genoemd staan. Immers, men kan dit aldus parafraseren: 'wie door schuld schade veroorzaakt, moet deze vergoeden'. De wetstekst: 'door wiens schuld die schade veroorzaakt is', blijkt dus goed gekozen te zijn en daarmee is schuld het synoniem van onrechtmatig. Als afzonderlijk vereiste heeft het geen bestaansrecht, zo concludeert Van Oven. Daarmee gaf hij steun aan de risikoleer.

In de vorige eeuw heeft overigens Diephuis een standpunt verdedigd dat lijkt op dat van Van Oven: onder 'schuld' dient men 'gedraging, toedoen' te verstaan. Zijn tegenhanger, ook op dit punt, was Opzoomer. Deze schrijver was, evenals Meijers in deze eeuw, een fervent aanhanger van de wilsleer.

Dit betoog van Van Oven, dat nimmer deugdelijk weerlegd werd, toont aan dat taalkundige en historische argumentatie (de logische laat ik maar terzijde) zeker niet de doorslag voor de schuldleer geven, en eerder de tegenstanders steun bieden.

Aldus de soep zoals zij opgediend werd, maar ook hier zijn de eetgewoonten belangrijk. Een praktijk-jurist houdt niet zo van dogmatisch stelling nemen, maar probeert oude begrippen op een nieuwe wijze toe te passen, en daardoor geleidelijk van een nieuwe inhoud te voorzien. Dat leidde tot de objectivering van het schuldbegrip, waarbij uitgegaan werd van de normale redelijk handelende persoon. Een objectivering die geen goed vindt in de ogen van Meijers en zijn leerlingen, waaronder ook Rutten.⁵⁸ Soms zijn de aangelegde maatstaven zo streng, dat de risico-aansprakelijkheid benaderd wordt. Dit leidt dan tot protesten van de zijde van aanhangers van de schuldleer, dat hier van een 'vermomde' of 'verkapte' risico-aansprakelijkheid sprake is (Slagter, Hommes). Ook vond men in het bewijsrechtelijke middel van het 'vermoeden van schuld' een mogelijkheid om de bewijslast, en daarmee het bewijsrisiko, om te keren ('een goed onderhouden hijskraan valt niet om'). Of men nam de verplichting aan om mede te werken aan de bewijsvoering van de tegenpartij. En zo kun je een heel eind komen.

Een veel belangrijkere ontwikkeling was deze, dat het schuldvereiste in de rechtspraak *niet* meer gesteld wordt, of als *synoniem* van onbetamelijkheid gezien wordt, geheel in de lijn van Van Oven. Voor dat laatste is illustratief de overweging uit het *balkonleuning*-arrest van 1955, 'dat het niet nakomen van deze plicht schuld oplevert', of die uit het *Moffenkit*-arrest van 1966: 'dat het hof terecht met het feit dat het geleverde ondeugdelijk was ook de schuld van HIM aan dat feit heeft aangenomen'.⁵⁹ Soms ziet men een lagere rechter zijn met risi-

58. Asser-Rutten, t.a.p., nr 76.

59. Vgl. o.a. als arresten waar het schuldvereiste *niet* wordt gesteld: HR 20 dec. 1940, *NJ* 1941-363, nt EMM, *Bosgoed-Staat*; 28 nov. 1941, *NJ* 1942-190, *Pesie's Bad*; 28 juni 1957, *NJ* 514, *Erba*-arrest; 15 april 1965, *NJ* 331, nt DJV, *Snel - Terstege* (anders a-g Mevr. Minkenhof, en de lagere jurisprudentie, bijv. hof 's-Gravenhage 20 febr. 1959, *NJ* 1960-351,

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

ko-inkt geschreven overweging appel-proof maken met de formulering, dat 'aldus aan het vereiste van schuld in de zin van art. 1401 voldaan is'. Waarvan akte, denkt men dan maar.

In de rechtspraak lopen schuld en onzorgvuldigheid in elkaar over. Veegens sprak eens van 'communicerende vaten'.⁶⁰ De enige gevallen waarin ter discussie gesteld wordt of beide begrippen náást elkaar gehanteerd moeten worden zijn die van de aansprakelijkheid van zeer jonge kinderen en geestelijk gestoorden, waarover dadelijk meer. Bij deze tour d'horizon zou ik ook even het wettelijk stelsel van de artt. 1403 e.v. oud BW willen betrekken. Over de risico-grondslag van aansprakelijkheid uit de artt. 1403 lid 3 (werkgevers), 1405 (eigenaren gebouwen), 31 WVV (automobilisten) bestond consensus. Voor ouders ging de wet van het wettelijk vermoeden van schuld uit, terwijl de hoge raad in de jaren veertig de artt. 1403 lid 1 (zaken) en 1404 (dieren) conform art. 1401, in de sleutel van schuldaansprakelijkheid plaatste. Veel schrijvers en de lagere jurisprudentie namen echter een tegengesteld standpunt in ten aanzien van de laatste twee onderwerpen. In het huidige BW vindt die zienswijze een bevestiging, vgl. art. 6:169 e.v. De hoge raad ging wat dieren betreft in 1980 om, zie nog onder, Hfdst. 12, p. 433 v.

5. *De grondslag van aansprakelijkheid nader bezien. Vergeldings- contra toedelingsmodel. Schuld en aansprakelijkheid van jonge kinderen*

Dan nu terug naar de aanhangers van de risico-grondslag. Wat hen bewoog was niet zozeer de verwijtbaarheid in moreel opzicht van de dader, maar de maatschappelijke gevolgen van de daad; in de eerste plaats tegenover het slachtoffer, maar daarboven tegenover potentieel andere slachtoffers. Zij dachten veel meer in termen van maatschappelijke ordening, het afbakenen van aansprakelijkheden, het ontwerpen van 'regels van maatschappelijk evenwicht'.⁶¹ Of, zoals Veegens het in zijn magistrale noot onder het *Jaguar I*-arrest (NJ 1963,1) noemde: het gaat hier om de 'verevenende' en niet om de 'vergeldende' functie. Vast staat dat er schade is, de vraag is niet alleen wiens 'schuld' dat is, namelijk wie dat door onzorgvuldig handelen veroorzaakt heeft, maar vooral ook het risico van het ontstaan van schade veroorzaakt en genomen

Smits - Heyman). Als arresten waarbij schuld als *synoniem* van betamelijkheid wordt gehanteerd, vallen te noemen o.a.: HR 27 jan. 1939, NJ 1345, nt PS, *Rotterdam-Mij. tot Exploitatie van Staatsspoorwegen*; 22 mei 1953, NJ 647, nt PhANH, *De Ned. Lloyd Ongevallen - West-Ind. Bananen Import Cie.*, 11 febr. 1955, NJ 218, nt LEHR, *balkonleuning*-arrest. Vgl. in dat laatste arrest de overweging: '... dat op Van Baggum onder de gegeven omstandigheden de plicht rustte om Van der Dussen voor het gevaar te waarschuwen en *dat het niet nakomen van deze plicht oplevert...*'; 25 mrt. 1966, NJ 279, nt GJS, *moffenkit*-arrest. Hier overweegt de HR: 'dat Hof terecht... met het feit dat het geleverde ondeugdelijk was ook de schuld van HIM aan dat feit heeft aangenomen'. Men zie voor de uitleg hiervan ook de voorafgaande overweging. Vgl. voor het dooreenlopen van onrechtmatigheid en schuld ook nog: Hofmann-Drion-Wiersma, p. 101; Köster, AA 1969, p. 41 v.

60. Vgl. hiervoor ook nog Köster, AA 1969, p. 41 v.; H. Drion in Hofmann-Drion-Wiersma, p. 101; en voor het verkeersrecht, *Onrechtm. daad V* (Bouman), nr 7.

61. Ontleend aan R.J. Polak, WPNR 4667 v. (1961).

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

heeft, en tenslotte ook: wie de breedste schouders heeft om dit type schade te dragen.⁶²

Men denkt derhalve normatief, maar niet alleen naar het individu (dader) toe - in welke zin Meijers het woord uitsluitend gebruikt, t.a.p. p. 300 - maar juist ook gericht op groepen individuen (automobilisten, voetgangers, consumenten) of op gevaarsituaties (verkeer, gevaarlijke apparaten/stoffen). Een typologisering die dus ook in de breedte plaatsvindt in het kader van het sociaal-ekonomisch verkeer. Een zoeken naar 'evenwicht', waarbij steevast het middel van de verzekering te baat genomen wordt, dat als instrument bij de risico-spreiding onmisbaar is. Gevoelig als men is voor de 'risk spreading capacity' van een persoonsgroep, leidt dit tot een beleidsmatige, rechtspolitieke aanpak, met een rechtssociologische inslag. Ik ben het derhalve volstrekt oneens met Schut, die stelt dat risico slechts een *negatief* begrip is, namelijk niet-schuldig zijn (*WPNR* 5045).⁶³ Er is meer over te zeggen dan dat deze twee begrippen 'als twee kleuren waterverf in elkaar overlopen'. Zijn stelling dat het geen zin heeft, theoretisch noch praktisch, om die begrippen van elkaar te onderscheiden, ontlokt bij mij het woord van de orgeldraaier Willem Parel uit de jaren vijftig: 'Waterverf!'⁶⁴

Aldus een globale weergave van de twee stromingen, die ik zou willen omschrijven als het *vergeldingsmodel* contra het *toedelingsmodel*, waarbij resp. de sanktie op een verwijtbare gedraging, of het toedelen van een risico centraal staat. Doorgaans gaat men in beide stromingen ervan uit dat in beginsel 'the loss lies where it falls' (waar het valt, daar ligt het'), en dat men slechts op bepaalde gronden deze schade op de toebrenger daarvan kan afwentelen. Maar dan scheiden de wegen, die zoals gebruikelijk zal zijn, beide in de praktijk niet al te rechtlijnig zijn.

Zoals steeds, dient men een dergelijke scheiding der geesten in het achterhoofd te houden, als men van juridisch proza kennis neemt. Juristen

62. Vgl. de daarbij in ontwikkeling verkerende beginselen als de 'afwentelingsgedachte' (Schut) en de 'risk-spreading capacity' in het moderne Amerikaanse recht. Dat laatste beginsel zou ik willen omschrijven als: 'wie de breedste schouders heeft, moet de schade dragen'. Vgl. bijv. *Goldberg v. Kollsman Instrument Corp.*, 12 NY 2d 432, 191 (1963). Ondanks dat een vliegtuigramp aan een falende hoogtemeter te wijten is, krijgt niet de kleine fabrikant daarvan, maar de gigant, de fabrikant van het vliegtuig (Lockheed) de schade te dragen. Zie ook onder, Hfdst. 12, § 6.

63. Schut, p. 271 v., ziet in navolging van Houwing risico als een *negatief* begrip: 'slechts een *niet schuldig zijn* wordt er door uitgedrukt' (mijn curs.). Schut heeft dan ook, anders dan Hommes, geen behoefte om de begrippen schuld en risico scherp te scheiden (p. 273). Een onderscheid *kan* zelfs niet worden gemaakt: '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. De duidelijkheid die daardoor zou worden bevorderd, bestaat slechts in schijn'. Duidelijkheid komt er pas, zo zou ik Schut willen repliceren, indien men het schuldbegrip *schrapt*. Voor een inzicht in de praktische voordelen van deze ingreep, hoeft men slechts de verzekeringsliteratuur te raadplegen. Vgl. bijv. H.A. Bongers, in zijn inleiding voor de Verzekeringsstudiedagen, mei 1968, afgedrukt in *De Beursbengel*. Bongers vraagt zich af 'of niet de gehele tweedeling schuld- tegenover risico-aansprakelijkheid aan een algehele revisie toe is' (overdruk, p. 2).

64. In zijn Groningse oratie heeft Nieuwenhuis het begrip 'risiko' weer ter discussie gesteld, overigens zonder op de hier aangesneden discussie in te gaan, vgl. *De ramp op het Pikmeer*, oratie Groningen 1997. Zie ook nog onder, Hfdst. 12, § 7, nr 2.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

plegen namelijk een zeer overtrokken en naïef idee te hebben van de functie van de taal als communicatiemiddel. Immers, niet alleen termen als ‘door wiens schuld veroorzaakt’ blijken zeer dubbelzinnig te zijn (in het franse recht wordt ‘faute’ bijv. à la Van Oven gelezen en hetzelfde geldt voor ‘fault’ in het engelse recht). Ook termen als ‘toerekenen aan’ en ‘te wijten aan’ zijn polyinterpretabel: het hangt er maar van af of men op de vergeldingstoer of op de toedelingstoer zit. Hieronder zullen wij nog voorbeelden hiervan tegenkomen.

Concluderend kunnen wij stellen, dat onder het oude recht de aansprakelijkheid van geestelijk gestoorden en jonge kinderen het laatste bolwerk was van de aanhangers van de schuldeleer en het vergeldingsmodel. De hoge raad koos hun zijde in respectievelijk het *Jaguar 1*-arrest, *NJ* 1963,1 en het *Joke Stapper*-arrest, *NJ* 1967, 69. De historische argumenten die hoge raad voor zijn interpretatie van ‘schuld’ in art. 1401 gebruikt in het eerste arrest, vindt men in Veegens’ noot bestreden.

De ontwerpers van het nieuwe BW ging ten aanzien van de algemene aansprakelijkheid voor twee ankers liggen en stellen naast het schuldelement de ‘oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen’ voor rekening van de dader komt, art. 6:162 BW.

Wat de net genoemde categorieën betreft werd in het nieuwe recht gekozen voor een vrij gecompliceerde vorm van aansprakelijkheid. De ontstaansgeschiedenis van de wettelijke regeling is illustratief voor de stormachtige ontwikkelingen op dit terrein, die overigens nog geen rustpunt gevonden hebben. Het ontwerp van 1961 van Meijers, uitgewerkt door het ‘Driemanschap’, J. Drion, De Grooth en De Jong, introduceert een aansprakelijkheid van jonge kinderen en geestelijk gestoorden, zij het via een omweg (art. 6.3.6, ontleend aan het Duitse § 829 BGB): als de gedraging niet als onrechtmatige daad aan de dader kan worden toegerekend wegens jeugdige leeftijd of geestelijk tekortkoming, kan hij niettemin tot schadevergoeding gehouden zijn voorzover de billijkheid dat meebrengt. De (onrechtmatige) daad kan hem niet worden ‘toegerekend’, maar wordt hem wel ‘toegerekend’. Ik gebruik deze woordspeling onder verwijzing naar het boven besprokene. De ontwerpers en de meeste commentatoren hadden deze dubbele boekhouding niet door (een uitzondering is Van der Grinten, *preadv.* Thijmgenootschap 1968, p. 16). Ook ten aanzien van de aansprakelijkheid van ouders blijft men de schuldgedachte trouw in het ontwerp: men handhaaft de geldende jurisprudentie waarbij de ouders een ruime disculpatiemogelijkheid hebben (art. 6.3.7, *Zoontje van Zweden-arrest*, *NJ* 1949, 149).

De ontworpen regeling werd zeer kritisch ontvangen. Waarschijnlijk onder invloed daarvan, zag het Gewijzigd Ontwerp van 1976, waarin W. Snijders - thans raadsheer - de hand heeft gehad, er geheel anders uit. Dit ontwerp (Boek 6, naast de Boeken 3 en 5) werd zoals bekend voorjaar 1977 in een vloek en een zucht door de Tweede Kamer geloodst. Het nieuwe stelsel is in de periode van de verdere parlementaire behandeling en de Invoeringswet, ook al aan veel kritiek onderworpen geweest.

De ontwerpers waren, vergeleken met 1961, op allerlei punten omgegaan. Ouders dragen voor kinderen tot 14 jaar een risico-aansprakelijkheid, voor kinderen van 14-16 jaar een schuldaansprakelijkheid met disculpatiemogelijkheid, en daarna tot het 21ste jaar een gewone aansprakelijkheid.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

Kinderen dragen tot hun 12de jaar géén aansprakelijkheid, van 12-14 jaar schuldaansprakelijkheid met disculpatiemogelijkheid, en daarna gewone aansprakelijkheid. Het *Zoontje van Zweden*-criterium werd daarmee teruggedrongen tot de groep ouders van kinderen van 14-16 jaar, het *Joke Stapper*-criterium tot de groep kinderen van 12-14 jaar.

Ook op dit stelsel van het G.O. kwam veel kritiek, ik verwijs naar onder meer Leyten.⁶⁵ De kritiek op dit ontwerp werd ten dele ter harte genomen. In het zogenaamde 2de G.O. dat bij de Tweede Kamer ingediend en vervolgens aanvaard werd, is een wijziging aangebracht. De 12-jaar grens voor de aansprakelijkheid van kinderen werd verlengd tot 14 jaar. Vergelijk thans de artt. 6:164 en 6:169 BW.

De ontwerpers zijn steeds ten dele van het *vergeldingsmodel* uitgegaan (schuld = verwijtbaarheid). Het wekt dan ook geen verbazing dat men indertijd ter verdediging van de 12-jaar grens in de MvA, naar het strafrecht verwees. (Een grens die al in art. 3020 van het Ontwerp van 1820 voorkomt.) Met die grens week men af van de toen geldende jurisprudentie die ‘heel regelmatig’ (aldus Leyten) kinderen beneden de 12 jaar aansprakelijk stelt. Opvallend is ook dat de ontwerpers nog steeds niet aan een wettelijke verzekeringsplicht willen, aangezien de schade door kinderen veroorzaakt ‘vooralnog niet een zodanig algemeen en ernstig risico is, dat daarvoor een zo zware maatregel op haar plaats zou zijn’ (MvA, p. 165). Ik deel Leytens kritiek hierop, maar laat dit thema nog even rusten.

De geestelijk gestoorden werden overigens in het laatste ontwerp in staat geacht een handeling als onrechtmatige daad ‘toegerekend’ te krijgen, art. 6.3.1.2b (art. 6:165 BW). In de rechtspraak wierp het ontwerp zijn schaduw vooruit, vergelijk Hof Amsterdam VR 1977, 76, nt Brunner (*Jantje Sietzema*). In het licht van de rechtsontwikkeling, aldus het hof, moet naar huidige rechtsopvatting het woord ‘schuld’ in het nog geldende art. 1401 niet geacht worden meer te eisen dan ‘het min of meer bewuste toedoen van de dader’; geestelijk gestoordheid staat derhalve niet aan aansprakelijkheid in de weg, ook al mist de dader ieder inzicht in het ongeoorloofde van zijn handeling.

6. *Terzijde: het schuldcomplex*

Wij hebben gezien dat bij de totstandkoming van het nieuwe BW een opmars plaatsvond in de richting van de risico-aansprakelijkheid. Een opmars die schoorvoetend verliep, en gezien de wat Leyten ‘schemerleeftijden’ noemde (van 12-14 en 14-16 jaar) een hink-stap-sprong karakter had waarin het hinken op twee gedachten, de stap terug en de sprong voorwaarts elkaar afwisselen. Het was geruime tijd daarbij de vraag welke onderdelen de Invoeringswet zouden halen, gezien de al geuite en nog te verwachten kritiek.⁶⁶

Alvorens verder te gaan, wil ik nog een beschouwende opmerking maken over de strijd over het schuld-begrip. Naar mijn gevoel is die zo hardnekkig

65. WPNR 5365 (1976).

66. Vgl. ook nog W. Hammerstein-Schoonderwoerd, *Jeugd en ouderlijk gezag, Serie Priv. r. Begrippen nr 5*, 1979, p. 30 v. Voor een bespreking van het huidige recht, art. 6:169 BW, zie onder, Hfdst. 12, § 8.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

vanwege emotionele aspecten. Dat betreft niet alleen een gevoelsmatige voorkeur voor een ethische, op het individu gerichte benadering boven een maatschappijgerichte 'social control'-benadering; of voor een vast willen houden aan dogma's boven een vrijere vorm van rechtsvinding. Daarnaast gelden m.i. nog andere, psychologische factoren. Schuld is een zeer beladen begrip; 'schuld en boete' is de context waarin de niet-jurist aan schuld denkt. Het schuldbegrip is in ons allen als kind zo ingehamerd, dat wij bewust of onbewust dat thema centraal hebben staan in onze relaties met anderen. 'Schuldcomplex' is een zware term, maar in een of andere vorm lijden wij, althans in de Westerse cultuur, er vrijwel allemaal aan. Een nieuwe situatie herleiden wij vaak vanzelf tot een schuldvraag, soms bij de meest onnozele zaken. Het woord 'sorry' voldoet daarbij aan een grote behoefte. Ons hele onderwijssysteem is er op gebaseerd, in het verlengde trouwens van de ouderlijke opvoeding, om aan te geven wat *fout* is. Daar leer je immers van? En als iets goed is, kan het altijd nog wel beter, waarbij de 10 voor de juffrouw blijft.

Een bedenkelijke keerzijde van dit schuld-denken is de afweerreactie die er automatisch mee gepaard gaat. Of zoals ik ergens las: de eigen veiligheid vormt evenals de nationale veiligheid de grootste post op de begroting.

Omdat je, ook als jurist, je hele persoonlijkheid inbrengt bij het juridisch denken en handelen, is het m.i. onvermijdelijk dat deze psychologische factor een rol speelt. In het geval van aansprakelijkheid van een kind van 4 jaar leidt dat - bij mij, en naar ik aanneem bij de meesten van ons - tot de gevoelsmatige reactie dat je dat 'niet kunt maken'. Waarom niet? Niet op rationele gronden naar het mij voorkomt. Misschien omdat we het zelf als heel erg kwetsend ervaren, ergens de schuld van te krijgen, zonder er schuldig aan te zijn? Iets dat je als kind in een volwassenenwereld om de haverklap overkomen is? Voel je je overigens daarom misschien tot de juristerij aangetrokken, omdat het verdedigen een tweede natuur is? Ik stel het thema hier slechts terloops aan de orde. Als ik bij mijzelf naga - meer pretendeer ik hier niet - komt dit op mij nogal overtuigend over. Degeen die zich voor deze kant van het menselijk functioneren interesseert, verwijs ik naar de humanistische psychologie (o.m. de werken van Fritz Perls en vooral Maslow, waarvan ik de betekenis voor het recht in mijn oratie aan de orde stelde).⁶⁷ Ook in de literatuur komen wij het thema tegen van de verhouding die de volwassene heeft met zijn eigen kind-zijn, als voorwaarde voor het kunnen hebben van een relatie, met jezelf en met anderen. Zie bijvoorbeeld Anton Koolhaas: *Vanwege een tere huid*, en *Het kind in de toren*.

Ter afronding van de behandeling van dit zo door dogma's belaste onderwerp van de onrechtmatige daad, zou ik de slotzinnen van het proefschrift van Paul Scholten willen citeren, die in 1899 geschreven, haast profetische kracht hadden, indien men de ontwikkeling in de eeuw die volgde in ogenschouw neemt. Men ziet hier verwoord, zowel de vlucht die de onrechtmatige daad na 1919 nam, alsook de vernieuwing in onze tijd, met het toerekenen naar redelijkheid. Een

67. *Riskante rechtsvinding*, 1974, opgenomen in: *Dialektiek R. en R., 1a*, p. 31 v. In die bundel zijn ook enkele andere opstellen over rechtspsychologie van mijn hand opgenomen, vgl. V, p. 165 v.; hierin wordt met name de relatie behandeld tussen het rechterlijk oordeel en de persoon van de rechter.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

vorm van toerekening, - een woord dat Scholten overigens bij de vertegenwoordiging introduceerde - die niet alleen de omvang van de toegebrachte schade betreft, maar ook, naar mijn overtuiging, de vaststelling van de aansprakelijkheid zelve.

‘Het zal dan de taak zijn van het recht, niet om bij elke ramp, die intreedt, alle schade die iemand lijdt, na te gaan of die misschien aan een onrechtmatig of onvoorzichtig gedrag is te wijten, maar voortdurend te zoeken, wie naar billijkheid met haar moet worden belast, welke regels vastgesteld kunnen worden tot aanwijzing van hem als drager, die ethische overtuigingen en sociaal-ekonomische verhoudingen daartoe aanwijzen.

Enge dogma's, voor een vroegere maatschappij vastgesteld, zullen daarbij niet kunnen helpen' (p. 153).

C. DE STRIJDVRAAG: SCHULD OF RISIKO? DE GEVAARZETTINGSLEER

7. *De receptie van de gevaarzettingsleer in de doktrine van de 20e eeuw*

De voorstanders van de risico-gedachte bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zijn doorgaans te plaatsen bij een stroming in de doktrine die een lans gebroken heeft voor de zogenaamde ‘gevaarzettingsleer’. Deze leer, onder meer aangehangen door Pitlo in zijn handboek, wordt door hem aldus omschreven: ‘ook hij die een geoorloofd risico genomen heeft is aansprakelijk voor de gevolgen daarvan, indien de kwade kans zich buiten zijn schuld om realiseert’.⁶⁸

Nu is het probleem dat deze gevaarzettings- of risikoleer, die al ruim een eeuw oud is, en in ons land na de eeuwwisseling van de Duitse doktrine overgenomen werd en grote aanhang kreeg, in onze tijd onder het stof geraakt is. Die onbekendheid van de leer is vooral ook te wijten aan de twee andere handboeken Verbintenissenrecht uit deze tijd, in de Asser- en de Hofmann-serie, waarvan de bewerkers van de schuldleer uitgaan. Bij Hofmann-Drion-Wiersma vindt men de schuldleer in klassieke vorm beleden, bij Asser-Rutten (later: -Hartkamp), wordt zij meer geobjektiveerd, en soms door een wettelijk vermoeden van schuld vervangen, zoals bij de aansprakelijkheid voor zaken het geval is (het slagveld van de strijd om deze leer). Daarbij worden de gevaarzettingsleer en haar aanhang niet eens genoemd; bij Pitlo vindt men slechts een enkele verwijzing naar medestanders. In recente artikelen en proefschriften is het niet anders.

Het is daarom nuttig een onderzoek in te stellen naar status van de gevaarzettingsleer, haar ontstaan en voortbestaan in rechtspraak en literatuur. De presentatie van de uitkomsten van dat onderzoek kan echter aanzienlijk bekort worden, aangezien deze al in een publikatie verwerkt zijn. In 1990 heeft namelijk Vranken (KU Brabant) een felle aanval gepleegd op mijn visie op de grondslag van de milieu-aansprakelijkheid (gebaseerd op ‘pseudo-risico-aansprakelijkheid’) en in mijn weerwoord heb ik een overzicht gegeven van de gevaarzettingsleer in jurisprudentie en doktrine van deze eeuw.⁶⁹

68. Pitlo-Bolweg, pp. 327 v., 344 v.; vgl. ook al in deze zin 7e dr., 1974, en 6e dr., 1964. Zie voor dit onderwerp ook onder: Hfdst. 12, § 5 v.

69. Vgl. resp. J.B.M. Vranken, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging uit het verleden*, *WPNR* 5953-55 (1990); J.M. van Dunné, *Een kamikaze-aktie op de*

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

De stelling van Vranken, berustend op een terugkeer naar het schuldbegrip, was dat slechts de *bekendheid met het gevaar* een handelende persoon of rechtspersoon aansprakelijk maakt voor de schade die hij veroorzaakt. Het gaat, ook bij milieuvervuiling, die de inzet van dit debat was, om *weten of behoren te weten* welk gevaar teweeg gebracht wordt, en hierbij geldt geen onderzoeksplicht voor de handelende persoon. Dat geldt niet alleen voor het recht van de jaren zestig, dat momenteel in talloze bodemprocedures in het geding is, maar ook voor het geldende recht en zelfs voor het recht van de toekomst. Dat is niet mis, indien Vranken gelijk zou hebben. Maar dat is niet het geval, zoals ik in het genoemde artikel heb trachten aan te tonen. Zowel in de literatuur van deze eeuw, als in de jurisprudentie, is de gevaarzettingsgedachte niet meer weg te denken; deze is juist niet op *bekendheid met het gevaar* gebaseerd, maar op het *verhogen van het gevaar* door een handeling waarvoor men het risico draagt, zonder dat er van schuld, een verwijtbaar handelen, sprake hoeft te zijn. Vandaar de term 'gevaarzetting', die in 1913 in een preadvies van de Nederlandse Juristenvereniging in omloop gebracht werd, en een vertaling is van 'Gefährdungshaftung', een begrip dat in Duitsland sinds 1879 in opmars was.

Kennisname van de oudere literatuur is uiterst boeiend: men ziet allerlei nieuwlichterijen uit onze tijd al met verve verdedigd, in het laatste kwart van de vorige eeuw in Duitsland, en vervolgens in de eerste decennia van deze eeuw in ons land. Met het ach en wee-geroep tegen risico-aansprakelijkheid van het bedrijfsleven in onze tijd loopt men ongeveer een eeuw achter op de rechtsontwikkeling. Hier volgt een heel kort overzicht, onder verwijzing naar de latere bespreking van dit onderwerp.

In de Duitse literatuur spreekt Loening in 1879 al van een op een gevaarlijke onderneming rustende garantieverplichting om schade te vergoeden; Steinbach (1888) baseert de aansprakelijkheid van de ondernemer op de voordelen die hij met zijn handelen behaald heeft, terwijl Mataja de risico's op economische basis wil verdelen. A. en R. Merkel (1885, resp. 1895) gaan van de gedachte uit dat ieder de kosten moet dragen die het nastreven van zijn belangen teweeg brengt, en Unger geeft met een beroemd boek, 'Handeln auf eigene Gefahr' (1891) de stoot tot het begrip 'Gefährdungshaftung': het vergroten van het gevaar en daarmee de schadekans, doet aansprakelijkheid ontstaan. Deze benadering van de aansprakelijkheid wordt in ons land al vrij snel overgenomen, door Paul Scholten (1899), Bruins (1906), Ribbius (1906), Van Leeuwen en Hijmans (1913).

Om het beeld vollediger te maken, de gevaarzettingsleer van genoemde schrijvers heeft in latere jaren de steun gekregen van onder meer Kranenburg, Wertheim, Cavadino, J.H. Beekhuis, Marx, Van Brakel, Van der Ven, Suijling, Wolfsbergen, R.J. Polak en Schut. Pitlo, en zijn handboek, werden al eerder genoemd. Aanhangers van de schuldleer, zoals Rutten en H. Drion (de bewerkers van de twee overige handboeken op dit terrein), zijn op dit punt voorstander van omkering van de bewijslast, gebaseerd op een (wettelijk) vermoeden van schuld.

Rotte. De visie van Vranken op de aansprakelijkheid uit art. 1401 BW, in het bijzonder bij bodemvervuiling uit het verleden, *WPNR* 5976 (1990), met naschrift Vranken en reactie van A.G. Castermans. Voor een samenvatting van deze materie zie men ook nog onder, bij de bespreking van bijzondere aansprakelijkheden, Hfdst. 12.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

Hetgeen, zoals bekend, in de praktijk doorgaans tot hetzelfde resultaat voert als de risico-aansprakelijkheid, gezien de zware bewijslast.⁷⁰

Terug naar de tilburgse tegenstroming. Vranken had zich ook op de jurisprudentie beroepen, voor zijn standpunt dat men slechts aansprakelijk is voor schade veroorzaakt door een gevaar dat men kende of behoorde te kennen, derhalve op grond van verwijtbaar handelen. Voor een weerlegging verwijs ik naar mijn *WPNR*-artikel waar een reeks arresten besproken wordt. Ik noem hier enkele arresten die later nog uitvoerig besproken zullen worden, die kenmerkend zijn voor de jurisprudentie op dit punt.

Het beginpunt van een lijn in de rechtspraak die tot in onze tijd doorloopt, is het *Acetyleen-cylinder*-arrest (*NJ* 1933, 881). Die lijn is in onze tijd te herkennen in het arrest *Dorpshuis Kamerik* (*NJ* 1982, 614), dat overigens in veel milieuzaken model heeft gestaan. Een arrest dat Vranken onder tafel laat vallen, met behulp van een uiterst beperkte uitleg ervan. In dat arrest zien wij zowel een onderzoeksplicht als een waarschuwingsplicht door de hoge raad aanvaard. In een recentere, en grotere milieuzak komen wij die onderzoeksplicht weer tegen; *Benckiser* (*NJ* 1990, 712).

Een terrein waar de risico-gedachte goed gedijdt heeft in de rechtspraak van de hoge raad, is de situatie waarbij sprake is van het teweegbrengen van gevaar. Daarover handelt het volgende onderdeel.

8. *De rechtspraak van de hoge raad inzake het scheppen van gevaarssituaties*

Dan nu een korte uitwerking van de ontwikkeling in de jurisprudentie waarbij de onrechtmatigheid in een toerekeningssleutel geplaatst wordt. In de literatuur heeft dit fenomeen nog betrekkelijk weinig aandacht gekregen. Er zijn in de jurisprudentie van de laatste decennia regels te vinden, die betrekking hebben op de onrechtmatige handeling die bestaat in het scheppen van een gevaarssituatie. Vijf arresten zijn daarbij als 'leading cases' aan te merken. Het centrale thema is steeds, de vraag of degenen die de gevaarssituatie schept, *maatregelen moet treffen* teneinde het intreden van gevaar te voorkomen. Aldus wordt de onzorgvuldigheid van de handeling in relatie gedacht tot het causaal verband tussen handeling en schade.

In het *kelderluik*-arrest, HR 5 nov. 1965, *NJ* 1966,136, nt GJS, laat Sjouwerman, een employé van Coca Cola die in een Amsterdams café met de bevoorrading bezig is, tijdens de werkzaamheden een kelderluik openstaan dat zich in de doorgang naar het toilet bevindt. Een cafébezoeker uit de provincie, Duchateau, begeeft zich 'naar achteren', kijkt niet goed uit en valt in het keldergat dat zich vlak voor de wc bevindt, en belandt vervolgens voor geruime tijd in het ziekenhuis. De hoge raad stelt in dit arrest een aantal criteria op voor de beoordeling of het treffen van veiligheidsmaatregelen in casu vereist was. Het verweer was namelijk dat Duchateau zijn val aan eigen onoplettendheid te wijten had. De raad overweegt:

70. Zie nog uitvoerig over dit onderwerp onder, Hfdst. 12, § 1, nr 5.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

‘dat alleen in het licht van de omstandigheden van het gegeven geval kan worden beoordeeld of en in hoever aan iemand die een situatie in het leven roept welke voor anderen bij niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk is, de eis kan worden gesteld, dat hij rekening houdt met de mogelijkheid dat die oplettendheid en voorzichtigheid niet zullen worden betracht en met het oog daarop bepaalde veiligheidsmaatregelen neemt;

dat daarbij dient te worden gelet niet alleen op de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, maar ook op de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, op de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben, en op de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen;

dat in de hier gegeven situatie, waarin Sjouwerman, door in de doorgang naar het toilet een kelderluik te openen, voor bezoekers die aan hun omgeving niet hun volledige aandacht zouden besteden, een ernstig gevaar had geschapen, hetwelk hij, naar het hof overwoog, met eenvoudige middelen had kunnen voorkomen, het hof door Sjouwerman te verwijten dat hij met de mogelijkheid van zodanige onoplettendheid geen rekening heeft gehouden en heeft nagelaten met het oog daarop maatregelen, als door het hof aangegeven, te treffen, de maatstaven die voor de beoordeling van de schuld van Sjouwerman aan het Duchateau overkomen ongeval moeten worden aangelegd, niet heeft miskend’ (mijn curs.).

Er stonden wel enkele kistjes in de nabijheid van het kelderluik, maar het gat was niet met stoelen of kistjes afgeschermd.⁷¹

In het *Jumbo-arrest*, HR 2 febr. 1973, NJ 315, nt HB, heeft een lekkende warmwaterkruik letsel veroorzaakt bij een pasgeboren baby, doordat de dop de kruik onvoldoende afsloot. Het verweer van de fabrikant, dat hij mocht verwachten dat de gebruiker voldoende voorzorgsmaatregelen zou treffen alvorens de kruik neer te leggen, verwerpt de hoge raad met het argument dat de fabrikant moet letten op het gehele publiek, waarvan een gedeelte het nemen van voorzorgsmaatregelen zal nalaten. Dit komt neer op een *waarschuwingsplicht* tegenover de gebruikers met betrekking tot het gebruik van de kruik. Er zat geen gebruiksaanwijzing bij de kruik. Verder houdt de raad de fabrikant voor, dat hij maatregelen had moeten treffen om te voorkomen dat een kruik met een concreet gebrek als de onderhavige kruik in het verkeer gebracht kan worden (het hof had het standpunt ingenomen dat de fabrikant geen schuld had, aangezien afdoende controle op lekvrijheid van de kruiken niet te verwezenlijken was, zoals ook uit een TNO-rapport gebleken was). De bewijslast wordt door de hoge raad omgekeerd: de fabrikant dient aannemelijk te maken dat hij geen schuld heeft aan het produceren en in het verkeer brengen van deze gebrekkige kruik. Voor het hof Amsterdam, na verwijzing, slaagt de fabrikant daar niet in. Het hof volgt de even doeltreffende als simpele redenering, dat uit het feit dat controle plaatsgevonden heeft, en het feit dat desondanks de onderhavige kruik in het verkeer gebracht was, volgt dat de

71. De regel dat men rekening moet houden met de mogelijkheid dat *anderen* fouten maken, vindt men in het verkeersrecht uitgewerkt in de rechtspraak. Vgl. bijv. het *Jan de Waardarrest*, waar dit in de uitleg van het overmachtsbegrip in de zin van art. 31 WVV aan de orde komt, HR 26 mrt. 1971 VR 1971, p. 266, nt H.; NJ 1971, 262 nt GJS, waarover nog uitvoerig onder, p. 529 v. Zie voor de rechtstheoretische achtergronden van deze materie mijn opstel in de *Grotius-bundel, To beast of not to beast, that is the question*, 1984, p. 9 (ook in *Dialektiek van R. en R. 1a*, p. 151, i.h.b. p. 158 v.; vgl. ook nog p. 136 v. voor de opvatting van Telders en Eggen in deze).

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

controle ondeugdelijk geweest was. Aan bewijsvoering heeft het hof derhalve geen behoefte (*Jumbo II*, Hof Amsterdam, 1 maart 1974, *NJ* 486).⁷²

In het derde te bespreken arrest wordt het treffen van maatregelen toegespitst op het instellen van voorafgaand onderzoek en het plegen van overleg met degenen die schade toegebracht kan worden, derhalve een *onderzoeksplicht*. In *Boerenleenbank - Van de Reek*, HR 9 maart 1973, *NJ* 464, nt PZ, worden heilwerkzaamheden verricht bij de bouw van een bank die schade toebrengen aan een belendend pand van een drogist, Van de Reek.

Over de aansprakelijkheid van de bank voor de schade van de drogist overweegt de hoge raad:

‘dat het hof buiten beschouwing kon laten dat de schade niet opzettelijk is toegebracht en *ook de mate van voorzienbaarheid van de schade niet nader behoefde te onderzoeken*, nu de Boerenleenbank zich er, naar het hof aannam, van bewust moet zijn geweest dat het heien de schade kon teweegbrengen; dat in laatstbedoeld oordeel besloten ligt dat het hof heeft aangenomen dat de Boerenleenbank er zonder nader onderzoek niet op mocht vertrouwen dat de fundering van het pand van Van de Reek tegen het heien van de onderhavige damwand bestand was;

dat het hof eveneens terecht buiten beschouwing heeft gelaten dat Van de Reek, wetende dat de Boerenleenbank weldra zou gaan bouwen, zijn eigen pand heeft verbouwd;

dat toch, ook al zou door die verbouwing de fundering van het pand van Van de Reek ondeugdelijk zijn geworden - en daargelaten of dit een reden te meer was om het pand te ontzien, gelijk het hof heeft aangenomen zulks niet wegnam dat de Boerenleenbank, *door zonder voorafgaand overleg of onderzoek tot het doen heien van de damwand over te gaan, zich tegenover Van de Reek onzorgvuldig heeft gedragen*’ (mijn curs.).⁷³

Overigens had de bank tevoren overleg gepleegd met Van de Reek en hem daarbij het voorstel gedaan om voor gezamenlijke rekening een gemeenschappelijke bouwmuur op te trekken. Toen Van de Reek weigerde om hieraan mee te betalen, ging de bank over tot een ander bouwplan, waarbij een damwand geslagen moest worden, met alle gevolgen van dien.

Het vierde arrest: *dorpshuis Kamerik*, alias *natronloog-arrest*, HR 8 jan. 1982, *NJ* 614, nt CJHB. Een schoonmaakster, werkzaam in het dorpshuis te Kamerik, treft in een berghok een emmertje met onbekende vloeistof aan, dat zij, in overleg met de (nieuwe) beheerder in een kartonnen doos met daar omheen een

72. Vgl. in dit verband ook het nog steeds belangrijke *Ford-arrest*, Hof Amsterdam, 27 juni 1957, *NJ* 1958, 104. Ford Nederland had geen hercontrole uitgevoerd op onderdelen die geleverd waren door Ford Amerika, die zelf al voor controle gezorgd had. Hierover oordeelt het hof: ‘het is begrijpelijk dat gedaagde terwille van een economische bedrijfsvoering geen (intensieve) hercontrole uitoefent op de haar toegeleverde onderdelen; dit geschiedt dan echter voor *risiko* van gedaagde als autofabrikant’. Massafabrikage, vervolgt het hof, ontslaat gedaagde niet van de verplichting ervoor te waken dat geen automobielen haar bedrijf verlaten waaraan fabrikagefouten kleven van dusdanige aard dat daardoor de veiligheid van het verkeer in ernstige mate in gevaar wordt gebracht. Het ging hierbij niet om een nog onvolkomen techniek, maar om een kunstfout; het hof acht het ongeluk ‘objektief voorzienbaar’. Zie voor dit onderwerp nog uitvoerig, p. 539 v.

73. In deze zin al HR 2 mei 1930, *NJ* 1930, 929, nt P.S. *Heimans & Zn. - Wallich & Matthes*. Vgl. ook Asser-Scholten, *Zakenrecht*, 1945, p. 121; Langemeijer, *WPNR* 3707 (1941), p. 11. Zie ook Asser-Beekhuis-Mijnssen I, nr 56; Asser-Hartkamp III, nr 51d. Zie ook nog onder, Hfdst. 11, § 2, nr 3.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

vuilniszak, gereed zet voor de vuilnisdienst. In de vuilnisauto geworpen, wordt door het kraakmechanisme de emmer platgedrukt en een straal vloeistof spuit in het gezicht van een vuilnisophaler. In de handdoek waarmee hij zijn gezicht afveegt, vallen meteen gaten, de bijtende vloeistof blijkt namelijk natronloog te zijn, achtergelaten bij voorgaande werkzaamheden in het dorps huis. De man raakt ernstig gewond en moet een oog missen. De hoge raad acht het onrechtmatig, want in strijd met de zorgvuldigheid, om een emmertje met onbekende vloeistof op de beschreven wijze voor afvoering door de vuilnisophaaldienst klaar 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 wil aanpakken *waarschuwt voor de aanwezigheid* daarin van een emmertje met *een mogelijk gevaarlijke vloeistof*’ (ov. 4; mijn curs.).

In het tweede alternatief gaat het weer om het treffen van maatregelen, gecombineerd met een waarschuwingsplicht.

De samenhang met de causaliteit wordt ook in dit arrest op pregnante wijze tot uitdrukking gebracht:

‘(5.) De in de voorgaande overweging weergegeven norm voor de in gevallen als deze in acht te nemen zorgvuldigheid brengt naar haar aard mee, dat het er, voor aansprakelijkheid jegens degenen die door het in aanraking komen met de gevaarlijke vloeistof of letsel oploopt, *in beginsel niet toe doet, of de wijze waarop het letsel door aanraking met de stof in het gegeven geval precies is veroorzaakt, voorzienbaar was voor de partij die de betreffende zorgvuldigheidsnorm niet in acht heeft genomen*’ (mijn curs.).

Het vijfde, en laatste arrest op dit gebied, is het *laadschop*-arrest, HR 22 sept. 1981, NJ 1982, 254, nt CJHB, een geval van, letterlijk, een ‘unforseeable plaintiff’. Martin Smit, 3 jaar oud, speelt op en bij een zandhoop naast de openbare weg. Op 10 m afstand staat een mobiele laadschop, bestuurd door Kiewiet, in gebruik bij bestratingswerkzaamheden. Als de laadschop achteruit rijdt, wordt Martin geraakt en daardoor verwond. Nu kon Kiewiet vanuit het voertuig niet waarnemen of zich iemand achter het voertuig bevond. Het terrein was vrij toegankelijk. De hoge raad overweegt, langs het inmiddels bekende stramien:

‘In deze omstandigheden brengt de zorgvuldigheid die men van een bestuurder van een laadschop als de onderhavige, met onvoldoende waarnemingsmogelijkheden, mag eisen, mee dat deze niet achteruit mag rijden *zonder maatregelen te nemen* - bijvoorbeeld het te hulp roepen van een collega - *om te voorkomen dat zich een ongeval als het onderhavige voordoet*. Deze bestuurder dient immers *rekening te houden met factoren als de onberekenbaarheid van jonge kinderen en de attractie die een voertuig als het onderhavige voor een kind kan hebben*, al welke factoren mede tot het oordeel voeren dat een gang van zaken als zich hier heeft voorgedaan, niet ligt buiten de kring van gebeurtenissen waarop de bestuurder van een laadschop als de onderhavige *bedacht hoort te zijn*. Door dit te miskennen is het hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. De omstandigheid dat Kiewiet, naar uit ‘s hofs arrest volgt, heeft nagelaten maatregelen als voren bedoeld te nemen, brengt mee dat hij in beginsel schuld heeft aan het ongeval’ (mijn curs.).

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

De conclusie die men uit deze vijf standaardarresten kan trekken, betreft zowel de aangelegde criteria voor onrechtmatigheid als voor causaal verband. Het zijn overigens uitspraken die een breed terrein bestrijken: verkeerssituaties, en het in het verkeer brengen van produkten en gevaarlijke zaken. Deze jurisprudentie leert, dat bij het in het leven roepen van een gevaarssituatie het in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid is om na te laten maatregelen te treffen om schade aan anderen te voorkomen. De maatregelen bestaan in een onderzoeksplicht, eventueel resulterend in een waarschuwingsplicht, met name indien geen zekerheid bestaat over de aard van de stoffen die men in het verkeer brengt, de juiste toepassing daarvan, of in geval van een verkeersdeelnemer: er de kans bestaat dat hij minder oplettend is of zich van geen gevaar bewust is. Soms vloeit hier een verplichting uit voort om met de potentieel gelederde in overleg te treden over de te nemen maatregelen. Zoals men ziet, bestaat er een opvallende gelijkenis met de verplichtingen die in de precontractuele relatie gelden volgens de jurisprudentie (zie Deel 1, Hfdst. 3, §1, nr 3).

9. *Jurisprudentie inzake gevaarstelling in de jaren 1987-1994. Een dip in de ontwikkeling: taxusstruik-arrest (1994)*

In de rechtspraak van de hoge raad van de laatste decennia vindt men op vele terreinen die gevaarzettingsgedachte terug, ook bijvoorbeeld bij de aansprakelijkheid van de overheid voor haar handelen. Een sprekend arrest, het begin van een reeks, is *Hoffmann - La Roche (NJ 1987, 253)*. Hier betrof het door enkele bewindslieden genomen beschikkingen ex art. 24 Wet economische mededinging die naderhand door het College van Beroep voor het Bedrijfsleven vernietigd waren wegens strijd met de wet. Dat gebeurde tegen verwachting in, op niet gangbare gronden. Was de overheid aansprakelijk voor de schade die haar beschikkingen bij bedrijven teweeggebracht had? De hoge raad overweegt als volgt:

‘In geval een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een beschikking te nemen en te handhaven die naderhand door de rechter wordt vernietigd wegens strijd met de wet, is daarmee de schuld van het overheidslichaam in beginsel gegeven. Het betoog dat hier een uitzondering op haar plaats is op grond dat de rechter is uitgegaan van een rechtsopvatting die ten tijde van de beschikking voor het overheidslichaam onvoorzienbaar was en waarmee dit lichaam geen rekening behoefde te houden, faalt. Deze enkele omstandigheid staat er immers niet aan in de weg dat de gevolgen van een zodanige uitspraak voor rekening van het overheidslichaam komt, en doet derhalve niet af aan de in beginsel gegeven schuld van dit lichaam’.

Men ziet dat de hoge raad het begrip ‘schuld’ nog wel met de mond belijdt, maar volkomen uitgehold heeft: ‘de schuld staat in beginsel vast’. De overheid dient de gevolgen van haar handelen ‘voor haar rekening te nemen’, een gevleugelde uitdrukking die ook al gebruikt werd in het arrest *Voorste Stroom VI, HR 19 mrt. 1943, NJ 1943, 312 (Gem. Tilburg - Haas c.s.)*. Het nietig zijn van de beschikkingen valt met andere woorden in de risikosfeer van de overheid. Vrijwel identieke uitspraken volgden ten aanzien van aansprakelijkheid van de overheid voor het weigeren van bouwvergunningen. Hierbij ging het om

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

onzekerheid die samenhang met de kentering ter zake van de uitleg van een wettelijk voorschrift op het terrein van het bestemmingsplan.⁷⁴

Dan volgen hier nog enkele arresten van de hoge raad uit de laatste decennia, waarin het element van gevaarstelling, leidend tot risico-aansprakelijkheid een grote rol speelt. Het zijn zaken die qua feitelijke toedracht sterk verschillen.

In het arrest *Schols - Heijnen* (1988) ging het om een burenkwestie.⁷⁵ Een curieus geval van grensoverschrijdende vervuiling die de hoge raad tot een principiele uitspraak brengt. De casus wordt verder duidelijk uit de aangehaalde overwegingen.

‘Het onderdeel van het middel faalt.

Terecht, immers in overeenstemming met HR 7 mei 1982, *NJ* 1983, 478, is het hof ervan uitgegaan dat de in het maatschappelijk verkeer jegens eens anders goederen in acht te nemen zorgvuldigheid meebrengt dat degene wiens zaak op eens anders perceel terecht komt (hetgeen inbreuk maakt op diens eigendom), ook al valt hem daarvan op zichzelf geen verwijt te maken, terstond nadat hij van de situatie op de hoogte is gekomen jegens die ander gehouden is die zaak van dat perceel te verwijderen en door dat na te laten onrechtmatig jegens die ander handelt.

Het onderdeel strekt ten betoge dat degene op wie deze plicht rust, niet gehouden kan zijn ook andere, niet aan hem toebehorende zaken te verwijderen.

Dit betoog kan in zijn algemeenheid niet als juist worden aanvaard. In het bijzonder is denkbaar dat bij het terecht komen van de desbetreffende zaak op het perceel van die ander ook andere zaken op zodanige wijze op dat perceel zijn terecht gekomen dat de daardoor ontstane situatie inbreuk op diens eigendomsrecht insluit, immer afbreuk doet aan diens hem als eigenaar van het perceel toekomende genotsrechten. Voormelde zorgvuldigheid kan dan meebrengen dat degene wiens zaak tot deze - verdere - inbreuk heeft geleid, óók is gehouden tot verwijdering van die andere zaken, onverschillig aan wie deze toebehoren. Of voor degene wiens zaak op eens anders perceel in voege als voormeld is terecht gekomen, dientengevolge mede een dergelijke verwijderingsplicht ontstaat, hangt af van de bijzonderheden van het gegeven geval.

Hier gaat het, naar het hof - in cassatie onbestreden - heeft vastgesteld, om uit de hoger gelegen tuin van Schols c.s. afkomstig en derhalve aan hen in eigendom toebehorend ‘materiaal’ dat bij de litigieuze verzakkingen in het talud tussen hun tuin en die van Heijnen in deze laatste tuin terecht was gekomen en daarbij ander ‘materiaal had meegesleept’ dat daardoor eveneens in de tuin van Heijnen terecht was gekomen, waarbij ‘niet kan worden aangewezen in hoeverre het in de tuin van Heijnen terechtgekome van het ene of het andere perceel afkomstig is geweest.’

Uit het hiervoor overwogene volgt dat, anders dan het onderdeel betoogt het hof niet van een onjuiste rechtsofvatting heeft blijk gegeven door te oordelen dat onder deze omstandigheden voor Schols c.s. - van wie in cassatie mag worden aangenomen dat zij van de situatie op de hoogte waren - mede ten aanzien van het niet van hun tuin afkomstig ‘materiaal’ een verwijderingsplicht was ontstaan. Daarbij mocht het hof mede gewicht hechten aan ‘de onmogelijkheid het in de tuin van Heijnen neergekomen materiaal te identificeren’ (zoals het onderdeel het formuleert). Anders dan het slot van het onderdeel suggereert, behoefde het hof zich in dit verband over de vraag of onder deze omstandigheden verwijdering op gemene kosten niet meer voor de hand zou liggen, niet uit te laten nu uit de gedingstukken niet blijkt

74. Vgl. HR 30 jan. 1987, *NJ* 1988, 89, nt MS, *Gem. Blaricum - Roozen c.s.*; HR 30 jan. 1987, *NJ* 1988, 90, nt MS, *Nibourg - Gem. Zuidwolde*. Zie voor de overheidsaansprakelijkheid nog onder, § 5, nr 2 v.

75. HR 4 nov. 1988, *NJ* 1989, 854, nt CJHB.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

dat het debat van partijen daarvoor aanknopingspunten bood. In cassatie kan dit punt dat mede een afweging van feitelijke aard vergt, niet voor het eerst aan de orde worden gesteld’.

Het door de hoge raad aangehaalde arrest uit 1982 had betrekking op een boom die uit de tuin van Trechsel bij een storm in de tuin en op het dak van buurman Laméris gevallen was. Niet van belang werd geacht dat de aanwezigheid van de boom in de tuin van de laatste niet aan een gedraging van Trechsel kon worden toegeschreven. Deze jurisprudentie is van groot belang voor schade die ‘buiten schuld’ veroorzaakt is, bijvoorbeeld bij milieuschade toegebracht door de eigenaar van grond aan een aangrenzend perceel.⁷⁶

In het *Franzetti*-arrest (1988) ging het om een gevaarssituatie die door de Suikerunie en de NS veroorzaakt was, waardoor een spoorwegongeval gebeurde waarbij de vrachtauto-kombinatie van Franzetti betrokken was.⁷⁷ Het betrof een niet beveiligde spoorwegovergang bij een fabrieksterrein waar Franzetti een lading moest afleveren; de chauffeur kon de weg niet vinden en zette zijn wagen neer op de spoorweg, die op hem de indruk maakte een lokale fabriekslijn te zijn. Een passerende sneltrein boorde zich in de vrachtauto. Nu waren er spoorbomen, die echter wegens het plaatselijke bouwverkeer bestemd voor de fabriek van de Suikerunie, open stonden. Er zijn twee procedures gevoerd, waarvan die tegen de NS het interessantste is. Het gaat namelijk om een verkeerssituatie die aanvankelijk geen gevaar opleverde, doch dit door gewijzigde omstandigheden wel deed. Hoever gaat de verplichting van degenen die met het toezicht over de gevaarlijke lokatie belast is, komt ook een wijziging in de omstandigheden ter plekke, en fouten die door anderen (de Suikerunie, die voor het gemak de bomen openliet voor het bouwverkeer, en trouwens ook Franzetti die het spoor bijster was en zijn truck op de overgang tot stilstand had gebracht) gemaakt zijn in dat verband voor zijn rekening? Men zie de volgende overwegingen van de hoge raad.

‘In r.o. 6 gaat het hof ervan uit dat, ook al was in 1955 krachtens ministerieel besluit ontheffing verleend van de op grond van art. 33 Spoorwegwet bestaande verplichting tot afsluiting van de niet-openbare overweg omdat de veiligheid een afsluiting toen vorderde, NS verplicht was ‘geregeld te controleren of het aldus toegelaten ontbreken van een afsluiting op de overweg nog steeds op zijn plaats is’. Dat oordeel wordt in cassatie niet bestreden. Het hof is vervolgens - en daarover klaagt onderdeel 1 - op grond van een aantal in r.o. 6 vermelde omstandigheden tot de conclusie gekomen, dat ‘deze factoren (...) voor NS aanleiding (hadden) behoren te zijn de situatie opnieuw in ogeschouw te nemen’. De klacht in subonderdeel 1a dat het hof niet tot die slotsom had mogen komen dan nadat zou zijn vastgesteld of gebleken dat NS met die factoren bekend was of had kunnen zijn, ziet eraan voorbij dat in ‘s hofs vorenweergegeven niet bestreden oordeel besloten ligt dat NS bij juiste nakoming van haar plicht tot regelmatige controle van die omstandigheden op de hoogte zou (moeten) zijn geweest. Het hof is klaarblijkelijk de opvatting toegedaan dat deze omstandigheden reële aanwijzingen opleveren voor de conclusie dat aan de veiligheidssituatie ter plaatse iets wezenlijks is veranderd. Voor zover subonderdeel b niet reeds faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag kan het niet tot cassatie leiden, omdat ‘s hofs op dit complex van omstandigheden gebaseerde oordeel niet blijkt geeft

76. Op deze problematiek wordt nog teruggekomen, zie Hfdst. 12, § 7, nr 3.

77. HR 8 april 1988, NJ 659, NS - *Franzetti*; het tweede arrest is HR 18 dec. 1987, NJ 1988, 350, *Franzetti c.s.* - *Suikerunie*. Zie ook: HR 29 dec. 1995, NJ 1996, 332, *Franzetti c.s.* - *Suikerunie* (vervolg).

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

van een onjuiste rechtsopvatting en voor het overige, gebaseerd als het is op 's hofs waardering van de feiten, in cassatie niet op zijn juistheid kan worden getoetst; het is evenmin onvoldoende gemotiveerd' (ov. 4.1.2).

Een uitzonderlijk geval van letsel als gevolg van een gevaarssituatie is aan de orde in het arrest *Staat - Daalder*, inzake veenbroei.⁷⁸ De casus wordt duidelijk uit de volgende overwegingen van de hoge raad.

'Het gaat in deze zaak om de door het hof bevestigend beantwoorde vraag of de Staat door niet te waarschuwen voor het gevaar dat aan het betreden van het buitendijkse gebied (schor) gelegen tussen de dijk ten Noorden van Den Oever en de Noorderhavendam is verbonden door het optreden van veenbroei en door evenmin de toegang tot de schor te verbieden, onrechtmatig heeft gehandeld jegens het vijfjarig zoontje van Daalder, dat op 15 juni 1980 bij het - tezamen met zijn vader - betreden van de schor met zijn rechterbeen in de bodem wegzakte en een tweedegraads verbranding aan dat been heeft opgelopen ten gevolge van veenbroei.

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan:

De betreffende schor, die uitloopt in het waddengebied, is een ongecultiveerd stuk grond dat bij normale waterstanden droog staat.

De plaats van het ongeval kon slechts bereikt worden door via de dijk de Noorderhavendam te betreden en vervolgens het talud van de dam af te dalen.

De schor was niet bestemd tot recreatiegebied en de Staat, die eigenaar en beheerder van de schor was, heeft dan ook niets ondernomen, anders dan hiervoor is weergegeven, teneinde de schor voor het publiek toegankelijk te maken.

De Staat heeft met betrekking tot de schor geen bijzondere uit de wet voortvloeiende zorgplicht.

Veenbroei in schorren is een voor het publiek onbekend verschijnsel dat zich sinds jaar en dag op onregelmatige tijden voordoet; op de dag van het ongeval was het gevaar van veenbroei niet - zoals doorgaans, maar niet altijd, het geval is - tengevolge van rookpluimen kenbaar.

De Staat was zich van de veenbroei ter plaatse bewust en was ermede bekend dat veenbroei zich niet steeds zichtbaar manifesteert.

In de schor en het aansluitende Waddengebied komen verschillende andere gevaarlijke natuurverschijnselen voor, die wel aan het publiek bekend zijn.

De Staat kon verwachten dat het publiek ondanks deze laatste gevaren de schor zou betreden.

De Staat kon voorts verwachten dat zich een ongeval als het onderhavige zou kunnen voordoen, ook bij personen die de schor zouden betreden met het bewustzijn van de gevaren' (ov.3.1).

Hierop volgt de veroordeling van de staat tot schadevergoeding.

Ten slotte het geval van een notaris die even niet oplette, en niet nieuwsgierig genoeg was. Had hij een onderzoeksplicht, ten aanzien van de, dit keer financiële, risico's die een cliënt droeg bij de voorliggende transactie?⁷⁹

'De onderdelen 1-4 betreffen het oordeel van het hof dat de schade die in deze zaak aan de orde is, redelijkerwijs niet aan H. kan worden toegerekend.

Deze onderdelen treffen doel, in het bijzonder voor zover zij berusten op de gedachte dat de door het hof tot uitgangspunt genomen verplichting van een notaris in een situatie als waarin H. verkeerde, om naar het prijsverschil te informeren en te wijzen op het risico van een vordering op een schuldenaar als Dicky Trading, er nu juist toe strekte een comparant als

78. HR 27 mei 1988, NJ 1989, 29, nt G.

79. HR 18 dec. 1992, NJ 1994, 91, nt EAAL, *Franken - Pieter H.*, alias: *Dicky Trading I*. Vgl. ook K.F.M. Berger, *WPNR* 6241 (1996), p. 759, en voor belgisch recht op dit punt B. van Opstal, *WPNR* 6242 (1996), p. 769.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

Franken te beschermen tegen risico's als zich in dit geval hebben verzezenlijkt. Indien het hof heeft gemeend deze gedachte ter zijde te mogen laten, heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Wanneer hetgeen zich hier heeft verzezenlijkt - te weten dat het aan Dicky Trading overgemaakte bedrag niet aan Franken is doorbetaald en ook niet door deze kan worden verhaald - behoort tot de risico's met het oog waarop H. zijn voormelde verplichting als notaris had moeten nakomen, zal de daaruit voortvloeiende schade in beginsel aan hem als gevolg van de niet-nakoming van die verplichting kunnen worden toegerekend. Indien het hof de voormelde gedachte niet ter zijde heeft gelaten, maar heeft gemeend dat wat zich hier heeft voorgedaan, in de gegeven omstandigheden buiten de lijn van de risico's lag met het oog waarop op een notaris een verplichting als hier bedoeld rust, is dit oordeel zonder nadere redengeving niet begrijpelijk, nu het door het hof tot uitgangspunt is genomen "risiko, verbonden aan een vordering op Dicky Trading" moeilijk in iets anders kan bestaan dan in het risico dat die vordering niet door Dicky Trading zal worden voldaan en ook niet op Dicky Trading zal kunnen worden verhaald' (ov. 3.4).

In de laatste jaren is de reeks uitspraken over gevaarstelling aanzienlijk uitgebreid, waarbij de lijn die uitgezet werd, gehandhaafd bleef. Dat wil niet zeggen dat het om een consistente, gesloten reeks gaat; er zijn in de jurisprudentie uitzonderingen op de regel te vinden, die soms sterk in het oog springen, zo sterk dat zij voor velen het zicht op de hoofdregel ontnemen. Die uitzonderingen betreffen aansprakelijkheid voor giftige planten in de tuin (*taxusstruik*-arrest, 1994) en aansprakelijkheid voor grootschalige bodemvervuiling in het verre verleden (*Shell*-arrest, etc., 1994). Het lijkt slechts een *dip* geweest te zijn: na 1994 werd de gevaarstellingsleer in overweldigende mate toegepast door de hoge raad (zie onder). Een apart terrein is dat van in de sfeer van sport en spel, wandelen, stoeien en dollen, waarbij de hoge raad toevallige veroorzaking van letsel (nog steeds) buiten de toerekening van aansprakelijkheid houdt, tot verwondering van velen (ook verzekeraars). Die laatste categorie vindt hieronder nog een afzonderlijke bespreking (zie nr 11).

De zaak van de *taxusstruik*, die giftig bleek te zijn, met de dood van de paarden van de burens tot gevolg, is een mini-milieu-zaak die enigszins doet denken aan het eerder besproken *Dorpshuis Kamerik* (1982), het emmertje natronloog dat op de stoep gezet werd.⁸⁰ De uitkomst is echter diametraal anders, en vraagt alleen daarom ruime aandacht; het arrest werd kritisch ontvangen in de literatuur, te beginnen met de annotatoren (Brunner, Van Dam en schrijver dezes). In de procedure was Bloembergen als waarnemend a-g opgetreden en gaf daarbij eens te meer blijk van een beperkte visie op aansprakelijkheid en gevaarstelling. In diezelfde lijn: Asser-Hartkamp III, nr 192a (zie nog onder).

De zaak die de hoge raad voorgelegd kreeg speelt in het Limburgse, in een landelijke omgeving. Broen en zijn vrouw wonen in Linne, Gemeente Maasbracht, en hun tuin grenst aan het land van Hulsbosch, die daar paarden houdt. Buurman Hulsbosch heeft zijn land afgezet met een twee meter hoog hek met fijnmazig gaas, voorzien van schrikdraad. Achter in de tuin van Broen bevindt zich een afvalhoop, niet ver van het hek van Hulsbosch' terrein. Op een kwade dag, 6 mei 1989, gooit mev. Broen (in de procedure Verkoulen genoemd) op de afvalhoop een *taxusstruik*, die zij enkele dagen eerder gevonden had. Nu is *taxus* giftig voor

80. HR 22 april 1994, NJ 1994, 624, nt CJHB, *Hulsbosch - Broen c.s.*; AA 1994, p. 833, nt Van Dunné; NTBR 1994, p. 255, nt Van Dam. De hier volgende passage is ontleend aan mijn AA-noot.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

paarden, dodelijk zelfs; wat gebeurt: de paarden *Calypso* en *Sanadag* van Hulsbosch eten van de taxuswijgjes en overleven dat niet. Schade: f 40.000,-. Men zal zich afvragen hoe de paarden bij de taxusstruik konden; er zijn twee lezingen: zij hebben zich over het hek gebogen en van de afvalhoop gegeten, of de taxus stak door het gaas van het hek heen, hetgeen tot eten uitnodigde. Het merkwaardige is, dat wij niet weten wat precies gebeurd is, aangezien de feitelijke rechters, Rb. Roermond en Hof Den Bosch, dit in het midden lieten omdat dit niet van belang geacht werd voor de aansprakelijkheidsvraag, en de hoge raad laat het vervolgens ook in het midden. Wij zullen dadelijk zien waarom dit zo gebeurt, maar de verwondering die hierover al direct ontstaat, is terecht.

Hulsbosch spreekt Broen en Verkoulen aan tot schadevergoeding voor de Rb. Roermond, en stelt dat het in strijd met de in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid was om een taxusstruik op zo'n wijze op een afvalhoop te deponeren dat deze door het gaas van de afrastering stak, zodat zijn paarden ervan konden eten. De Broens verweren zich dat zij niet wisten dat taxus giftig voor paarden was. De Rb. wijst de vordering van Hulsbosch af, en laat daarbij in het midden of de taxus door het gaas stak, dan wel op veilige afstand neergelegd was; ook al zou dat eerste het geval zijn, dan nog acht de Rb. mevr. Broen niet aansprakelijk, omdat zij niet onzorgvuldig gehandeld heeft. Zij had namelijk niet hoeven weten dat taxus, als natuurlijk produkt, giftig is voor dieren als paarden. Zij hoefde evenmin Hulsbosch te waarschuwen bij het weggooien van de taxus, of deze onder controle te houden, of maatregelen te nemen om te voorkomen dat de paarden bij de taxus konden komen. Het had trouwens in het algemeen meer op de weg van Hulsbosch gelegen om te voorkomen dat zijn paarden van het tuinafval konden eten, stelt de Rb. ten overvloede.

Hulsbosch gaat in appel bij het hof Den Bosch, en bestrijdt het standpunt van de Rb. dat in het midden kon blijven of de taxus op veilige afstand gedeponerd was, aangezien Verkoulen niet wist dat taxus dodelijk voor paarden kon zijn; verder vecht hij aan, voor het geval art. 6:173 NBW niet van toepassing verklaard zou worden door het hof, dat Broen en Verkoulen niet hoefden te weten dat taxus giftig is voor paarden, aangezien dit van algemene bekendheid is.

Het hof stelt zich achter de Rb. op en verwerpt het hoger beroep. Allereerst wordt art. 6:173 BW niet van toepassing verklaard op grond van het overgangsrecht (het artikel heeft geen terugwerkende kracht). Daarmee dient de zaak beoordeeld te worden in het kader van de gewone onrechtmatige daad, art. 1401 oud BW (thans art. 6:162 BW). De grieven van Hulsbosch vallen niet in goede aarde. Het argument dat de giftigheid van taxus voor paarden van algemene bekendheid is wordt door het hof verworpen; Hulsbosch had geen bewijsaanbod gedaan, maar zich beroepen op het feit dat taxus ook als 'venijnboom' bekendstaat, hetgeen de eigenaar al te denken zou moeten geven, en op informatie verkregen van een regionaal gezondheidscentrum voor dieren, dat dit soort vergiftigingsgevallen, niet frequent, maar toch vaker voorkomt. Het hof leidt hieruit echter niet af dat de giftigheid van taxus voor paarden 'van algemene bekendheid' is, en wijst daarbij ook op een uitspraak van de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf, door de Broens overgelegd, waarin aangenomen wordt dat verzekerde niet hoefde te weten dat zijn taxushaag giftig was.

Hulsbosch had ook aangevoerd dat het voor de aansprakelijkheid van Broen en zijn vrouw niet van belang was of zij hadden kunnen weten of taxus giftig was, met een beroep op het *Dorpshuis Kamerik*-arrest, *NJ* 1982, 614 (ook wel *natronloog-* of *vuilnisman*-arrest genoemd, in sommige steden). Het hof wijst dit kortweg van de hand: nu vaststaat dat Broens en zijn vrouw niet wisten of hadden behoren te weten van de giftigheid van taxus voor paarden, en dat laatste geen feit van algemene bekendheid is, 'was het voor hen niet voorzienbaar dat appelland schade zou lijden, zodat zij niet in strijd met de jegens Hulsbosch betamende zorgvuldigheid gehandeld hebben' (het hof schrijft hier 'lijden' met een korte ei, een troost voor studenten). Evenals de Rb. geeft het hof nog als overweging ten overvloede, dat het op de weg van Hulsbosch gelegen zou hebben om zijn burens op het gevaar van de aanwezige taxus voor zijn paarden te wijzen, om zo het risico voor zijn paarden te beperken.

Hulsbosch zoekt het weer hogerop, en komt bij de hoge raad. In zijn cassatiemiddelen klaagt hij erover dat ook het hof in het midden gelaten had te oordelen over de vraag waar de

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

taxus gedeponereerd was, op veilige afstand of niet. Die vraag had, ook los van de aansprakelijkheidsvraag (risiko-aansprakelijkheid ex art. 6:173 BW) beantwoord moeten worden. Voor de laatste kwestie acht Hulsbosch van essentieel belang of de struik door het gaas stak of niet. In dat eerste geval zou mevr. Broen inbreuk gemaakt hebben op het eigendomsrecht van Hulsbosch en derhalve onrechtmatig jegens hem gehandeld hebben. Het hebben van zo'n hoge afrastering was een signaal voor burens dat contact tussen de paarden en de buitenwereld niet op prijs werd gesteld, hetgeen tot zwaardere eisen van in acht te nemen zorgvuldigheid leidt. In de overige middelen klaagt Hulsbosch over het tekortschieten ten aanzien van de motiveringsplicht van het hof bij het verwerpen van zijn beroep op *Dorpshuis Kamerik*, en licht hij dat nader toe.

De waarnemend a-g, Bloembergen, gaat in een uitvoerige conclusie in op de aansprakelijkheid voor zaken die hier aan de orde is, en komt tot verwerping van het beroep. De advocaat van Broen c.s. heeft een schriftelijke toelichting overlegd; dat is niet het geval met de advocaat van Hulsbosch, zodat zijn standpunt onderbelicht gebleven is, want de a-g was een andere zienswijze toegedaan.

De hoge raad overweegt als volgt:

'3.2. Onderdeel A van middel 1 klaagt dat het hof de tweede appelgrief van Hulsbosch ten dele onbesproken heeft gelaten door deze te verwerpen op grond dat art. 6:173 BW in de onderhavige zaak niet van toepassing is: deze grief keerde zich tegen de overweging van de rechtbank dat in het midden kan blijven of de taxusstruik op een veilige afstand van de afrastering was gedeponereerd.

De klacht faalt. Nu het hof - evenals de rechtbank - tot het oordeel is gekomen dat inwendig gebruik van taxus voor paarden fataal kan zijn, welk oordeel in cassatie door Hulsbosch niet is bestreden, kon bij de beantwoording van de vraag of Verkoulen onrechtmatig heeft gehandeld - wat ook zij van de grond waarop het hof de tweede appelgrief van Hulsbosch heeft verworpen - in het midden blijven, op welke afstand van de afrastering Verkoulen de taxusstruik had gedeponereerd.

3.3. Onderdeel B van middel 1 betoogt dat het voor de vaststelling van onrechtmatig handelen van Verkoulen van essentieel belang is, op welke afstand van de afrastering de taxusstruik was gedeponereerd, omdat, indien hij bijvoorbeeld door de afrastering heenstak en zich ten dele boven het aan Hulsbosch toebehorende perceel bevond, Verkoulen aldus inbreuk zou hebben gemaakt op het eigendomsrecht van Hulsbosch en jegens deze aansprakelijk zou zijn voor de schadelijke gevolgen van dit onrechtmatige handelen.

Daargelaten of Hulsbosch dit een en ander in de feitelijke instanties aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd, vestigt een inbreuk op het eigendomsrecht van Hulsbosch, die uitsluitend bestaat in het boven diens grond hebben van een gedeelte van een losliggende struik, nog niet een aansprakelijkheid voor een vergiftiging als hier heeft plaatsgevonden, in het bijzonder niet indien degenen die de struik aldus heeft neergelegd, niet wist of behoefde te weten dat die struik vergiftig was. Het onderdeel faalt derhalve.

3.4.1. Middel II keert zich tegen 's hofs oordeel dat Broen c.s. niet in strijd met de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid hebben gehandeld en dat het beroep van Hulsbosch op het arrest HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 614, hem niet kan baten, aangezien het voor Broen c.s. nu zij niet wisten of behoefden te weten dat inwendig gebruik van taxus voor paarden fataal kan zijn, en dit geen feit van algemene bekendheid is, niet voorzienbaar was dat Hulsbosch schade zou lijden.

3.4.2. Onderdeel 1.1 van middel II klaagt dat het hof bij dit oordeel is voorbijgegaan aan de stelling van Hulsbosch dat niet van belang is of Verkoulen al dan niet op de hoogte was van de giftigheid van taxus. Deze klacht mist feitelijke grondslag, aangezien in het bestreden arrest besloten ligt dat het hof deze stelling heeft verworpen.

3.4.3. De onderdelen 2.1 en 2.2 lenen zich voor een gezamenlijke behandeling. Onderdeel 2.1 betoogt met een beroep op het hiervoor vermelde arrest van 8 januari 1982 dat het onzorgvuldig is om derden bloot te stellen aan het risico dat stoffen of zaken die men in zijn bezit heeft en waarvan men de schadelijke eigenschappen niet kent, schade veroorzaken.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

Onderdeel 2.2 voegt daaraan toe dat er geen aanleiding bestaat om anders te oordelen, indien de zaak, zoals in het onderhavige geval, een struik is.

De onderdelen falen. Een aansprakelijkheidsregel als daarin verdedigd kan in ieder geval niet worden aanvaard, indien het gaat om planten of struiken, waarvan de giftigheid niet van algemene bekendheid is. De in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid reikt niet zo ver dat degeen die een plant of struik waarvan hij de giftigheid niet kent of hoeft te kennen onder zich heeft, verplicht zou zijn om deze plant of struik op zodanige wijze onder zijn controle te houden dat zij geen gevaar kan opleveren, tenzij hem na onderzoek is gebleken dat de plant of struik ongevaarlijk is.

3.4.4. Onderdeel 2.3 van middel II strekt ten betoge dat in het onderhavige geval op Broen c.s. 'een extra zorgplicht' rustte, omdat zij uit de omstandigheid dat Hulsbosch zijn weiland op deugdelijke wijze had afgerasterd, hadden moeten afleiden dat contact tussen de paarden en de buitenwereld diende te worden voorkomen. Hulsbosch heeft dit een en ander in de feitelijke instanties echter niet aan zijn vordering ten grondslag gelegd, zodat dit onderdeel reeds daarom niet tot cassatie kan leiden.

3.4.5. Onderdeel 2.4 van middel II betoogt dat bij de beoordeling van de gedragingen van Verkoulen mede in aanmerking moet worden genomen of voor haar het treffen van veiligheidsmaatregelen al dan niet bezwaarlijk was. Naar het onderdeel stelt, kon het voor Verkoulen geen enkel bezwaar opleveren om de afvalhoop op een grotere afstand van de afrastering aan te leggen of de taxustruik op groter afstand daarvan te deponeren. Het onderdeel faalt echter, nu de vraag of het treffen van veiligheidsmaatregelen al dan niet bezwaarlijk was, slechts van belang kan zijn, indien Broen c.s. wisten of hadden behoren te weten dat inwendig gebruik van taxus voor paarden fataal kan zijn: het hof heeft echter, in cassatie onbestreden, vastgesteld dat zulks niet het geval was.

3.4.6. Anders dan onderdeel 2.5. van middel II stelt, heeft het hof bij de beantwoording van de vraag of Broen c.s. onrechtmatig hebben gehandeld, terecht mede de voorzienbaarheid van de schade in aanmerking genomen. Ook dit onderdeel faalt derhalve'.

Volgt: verwerping van het beroep met veroordeling van Hulsbosch in de kosten van het geding.

In deze procedure werd eiser Hulsbosch in alle drie instanties in het ongelijk gesteld en werd zijn vordering tot schadevergoeding afgewezen, conform de conclusie van wvd a-g Bloembergen, geen onbekende in het Jeruzalem van de onrechtmatige daad. Een terechte beslissing dus, en einde oefening? Niets is minder waar, althans voor deze auteur. Het doet mij deugd dat ook Brunner in zijn *NJ*-noot het arrest bestrijdt, en wel omdat de eisen van maatschappelijke zorgvuldigheid door de hoge raad 'te laag gesteld zijn'. Brunners kritiek luidt dat het recht zou moeten bewerkstelligen dat 'objektief gevaarlijk gedrag wordt tegengegaan'; hij bepleit voor eigenaren van tuinen een onderzoeksplicht ten aanzien van bomen en struiken op hun giftigheid, en als zij dat zijn, dient een eigenaar zich ervan te vergewissen dat ze geen gevaar opleveren voor kinderen en dieren. De hoge raad 'heeft een premie gesteld op het wijd verbreide misverstand dat wat groen is ongevaarlijk is voor vee en dat dieren wel niet zullen eten wat voor hen gevaarlijk is.'

Deze conclusie neem ik graag over, en ik zal toelichten waarop Brunner zijn standpunt baseert. Ik zou zelf willen ingaan op de vraag hoe het komt dat de drie instanties en de a-g tot hun oordeel gekomen zijn, dat toch met het gezonde verstand van een *NJ*-lezer (denk ik maar) op eenvoudige manier aan te vechten is? De oorzaak is te vinden in de figuur van *gevaarstelling*, of het scheppen van een gevaarssituatie, en de aansprakelijkheid die daaruit kan ontstaan, een problematiek die ten dele in het (moeilijk hanteerbare) art. 6:173 BW geregeld

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

is, maar dat was zoals wij zagen hier niet van toepassing (a-g Bloembergen acht overigens het artikel, indien wel toepasselijk, ook geen steun bieden voor Hulsbosch' standpunt). Ik zal mij dus op die figuur concentreren, maar eerst nog even het relaas van Brunner, dat ik met instemming aanhaal.

Brunner heeft in zijn noot weinig goede woorden voor het standpunt van de hoge raad en lagere rechters dat de giftigheid van taxus voor paarden niet van algemene bekendheid is; die informatie is op het platteland wijd verbreid, is in ieder boek over bomen en struiken te vinden en zelfs in het woordenboek, zoals de a-g in zijn conclusie vermeldt (Van Dale, onder 'taxus'). 'Nu lijkt stadse onwetendheid ook voor het platteland als maatstaf voor onzorgvuldigheid te zijn aanvaard'. Je vraagt je inderdaad af wat men nog meer zou moeten doen om algemene bekendheid aan te tonen; je moet dat natuurlijk niet aan stadsmensen, in hun flat 10-hoog, vragen maar nagaan wat bekend was of behoorde te zijn in de kring van personen waartoe Broen c.s. behoorden. Dat zijn tuineigenaren op het platteland, waar nu eenmaal vaak paarden gehouden worden. A-g Bloembergen acht ook die kring van personen van belang, maar een mini-enquête in zijn omgeving leerde hem dat veel mensen dit niet weten. Werken rechters nooit in de tuin?

Wij stuiten hier op de vraag, wat eigenlijk het 'van algemene bekendheid' zijn inhoudt? Als een gedaagde niet met een dergelijk feit bekend was, is daarmee dan weerlegd dat dit feit van algemene bekendheid was? Daar gaat het in deze procedure op lijken, en dat kan toch niet de bedoeling zijn. Zou het niet voldoende zijn, nog afgezien van de grote bekendheid die de giftigheid van een specifieke plant geniet, zoals taxus, dat voldoende is het besef dat er sommige planten zijn die giftig zijn? Brunner noemt als voor dieren giftige planten herfststijloos (voor koeien), rododendron (schapen), hetgeen mij als stadse tuinier niet bekend was, en verder de vruchten van de gouden regen. Dat laatste is van algemene bekendheid (althans mij bekend), waaraan nog toe te voegen zijn, uit eigen wetenschap: nachtschade, salomonszegel en vingerhoedskruid. De laatste plant is een populaire verschijning in tuinen, en aantrekkelijk voor kinderen om mee te spelen. Verder zijn, als sprake is van een groentetuintje, groene (onrijpe) tomaten giftig (familie van de nachtschade). Dit is zeker geen uitputtende lijst, maar het geeft te denken dat hier planten en bomen genoemd worden die de meeste tuineigenaren wel iets zullen zeggen. Maar stel dat zij echt geen gulden roede van vingerhoedskruid kunnen onderscheiden? Dan weet je het toch niet? Dan kan wel zijn, maar dan komt het behoren te weten in beeld; het hebben van een tuin schept verplichtingen, bijvoorbeeld ten aanzien van kinderen die met de planten in aanraking kunnen komen, of dieren. Men moet wel bereid zijn om een schepje risico-denken in de thee te doen, en niet in een 19e eeuwse schuldbegrip gevangen zitten, het subjectief verwijtbaar handelen van de persoon in kwestie. Waarom zou een tuineigenaar niet moeten instaan voor de ongevaarlijkheid van de in zijn tuin staande planten, struiken en bomen ten opzichte van passanten, of dit nu mensen of dieren zijn? Aangezien bekend is dat sommig flora giftig is, zou men kunnen stellen dat de eigenaar het risico daaromtrent draagt.⁸¹

81. Van Dam wijst er in zijn noot op dat in Engeland het gevaar van taxus algemeen bekend is, gezien de volksnaam: *Horsedeed*. In 1878 kende men soortgelijk arrest als het onderhavige, waarbij de regel van risico-aansprakelijkheid voor milieuschade gehanteerd werd, uit: *Rylands*

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

Eiser Hulsbosch had dit thema niet uitgewerkt, maar zich voornamelijk gebaseerd op analogische toepassing van het *Dorpshuis Kamerik*-arrest van 1982. Brunner onderschrijft dat beroep in zijn noot, hetgeen begrijpelijk is gezien zijn noot indertijd onder dat arrest, waarin hij een algemene regel à la Kamerik bepleit. Een standpunt dat tegenwoordig vrijwel algemeen aanvaard is.⁸² A-g Bloembergen verwerpt dat beroep op het arrest van 1982 echter, evenals zoals wij zagen hof en hoge raad. De analogie lijkt voor de hand te liggen: in de Kamerikse zaak ging het om een emmertje onbekende vloeistof die de werkster van het dorpshuis gewoon bij het vuil gezet had, terwijl het achteraf natronloog bleek te bevatten. De hoge raad overwoog toen, kort samengevat, dat men niet zonder nader onderzoek te plegen of een waarschuwing te doen uitgaan stoffen waarvan men de mogelijke gevaarlijkheid niet kent, bij het vuil mag zetten. Met Brunner kan men verbaasd zijn dat die analogie volgens de hoge raad niet opgaat; de raad beroept zich op de omstandigheid dat de schade van Hulsbosch voor Broen c.s niet voorzienbaar was, aangezien de giftigheid niet van algemene bekendheid was. Men is niet aansprakelijk, zo kan men de uitspraak van de hoge raad parafraseren, voor gevaarlijke eigenschappen van een zaak die men niet kent, noch behoort te kennen. De vereisten in *Dorpshuis Kamerik* gesteld (onder controle houden, en andere maatregelen) gaan dus niet op. Dit doet denken aan het standpunt dat Vranken in 1990 innam in een debat dat ik met hem in het *WPNR* gevoerd heb; a-g Bloembergen koos in zijn conclusie in wezen de zijde van Vranken.

Al met al redenen om eens nader naar het arrest te kijken; daarbij zal ik eerst ingaan op het betoog van Bloembergen dat er geen grond is voor de analogische toepassing van *Dorpshuis Kamerik*.

Het hof had overigens geen motivering gegeven voor zijn afwijzende standpunt; het is opmerkelijk dat dit de zegen van de a-g heeft, met het argument - ook door Broen c.s. in cassatie naar voren gebracht - dat 'een rechtsoordeel niet met vrucht met een motiveringsklacht kan worden bestreden'. Dat lijkt mij sterk: hoeft een rechtsoordeel niet meer gemotiveerd te worden en daardoor begrijpelijk te zijn? Wij hebben toch geen kadi-rechtspraak in Nederland? De hoge raad zelf verwerpt zoals wij zagen eveneens de stelling van Hulsbosch (ov. 3.4.3), maar komt qua motivering niet verder dan dat het is zoals het is: 'de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid reikt niet zò ver dat', etc., indien het gaat om een plant waarvan men de giftigheid niet kent of hoeft te kennen. Wij waren nu net zo benieuwd waaróm dat niet zo zou zijn, en in het cassatiemiddel was vrij uitvoerig aangegeven waarom die analogie wel zou opgaan (II, ad 2). Ook op de overige onderdelen van het middel wordt niet ingegaan, omdat resp. het een novum in cassatie betrof, de kennis omtrent giftigheid bij Broen ontbrak, of omdat het hof 'terecht' een ander standpunt innam (ov. 3.4.4-6). Men kan niet zeggen dat de hoge raad aldus de lagere rechter het goede voorbeeld qua motivering van uitspraken geeft. De jurisprudentielezer moet zijn heil bij de conclusie van het OM zoeken, en raden of de hoge raad er ook zo over denkt. Ik zal mede daarom vrij veel aandacht aan de

v. *Fletcher* (1868), vgl. Braams, diss. Utrecht 1989, p. 176. Overigens wordt het taxusgif tegenwoordig op grote schaal toegepast om kanker te bestrijden.

82. Zie Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, preadv. NJV 1996, p. 253; 261. Spier deelt het standpunt van Brunner en moemt als medestanders: Braams, Hulst en schrijver dezes. Spier stelt met nadruk dat de *Kamerik*-regel van toepassing is op milieu-aansprakelijkheid, hetgeen door mij al geruime tijd betoogd werd (p. 261).

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

conclusie van Bloembergen geven, in zijn rol van waarnemend-raadsheer. Vergeleken met hoogste rechters in omliggende landen is dit intussen een wat armzalige vertoning.

Alvorens de analogische toepassing van *Dorpshuis Kamerik* aan te orde te stellen, gaat Bloembergen eerst in op een arrest dat in beschouwingen over de invulling van de zorgvuldigheidsnorm voor gevaarsituaties centraal staat: het *Kelderluik*-arrest (*NJ* 1966, 136). De bekende criteria zijn: het relevant zijn van de aard en omvang van de schade, de waarschijnlijkheid van de schade, de aard van de gedraging en de bezwaarlijkheid van te nemen voorzorgsmaatregelen. Ik wijs erop, dat hier de voorzienbaarheid in de vorm van 'waarschijnlijkheid van de schade' een rol speelt, hetgeen de hoge raad in de *taxus*-zaak ook nog eens benadrukte, in navolging van het hof (ov. 3.4.6). Het arrest is echter van vòòr 1970, *waterwingebied*-arrest, waarin op het gebied van de causaliteit de voorzienbaarheid vervangen werd door toerekening naar redelijkheid. Voorzienbaarheid speelt nog wel een rol bij causaliteit, maar een ondergeschikte; anders gezegd, indien schade voorzienbaar is, hoeft men niet de toerekening naar redelijkheid uit de kast te halen om causaal verband aan te nemen. Wij weten sinds geruime tijd dat het niet alleen om de 'omvangsfase', maar ook om de 'vestigingsfase' van de schade gaat bij TNR (Bloembergen dacht daar aanvankelijk anders over, evenals Van Schellen, maar beide auteurs zijn later daarop teruggekomen). Ik sta hierbij stil, omdat het doordenken wat de toerekeningsgedachte voor het vestigen van aansprakelijkheid betekent, voor de onrechtmatigheid, bij veel auteurs kennelijk nog geen voltooid proces is.

Terug naar *Kelderluik*, het beginpunt van recente jurisprudentie over gevaarstelling. Bloembergen wijst erop dat er naast de vier genoemde criteria, nog een 'persoonlijk element' is, onder verwijzing naar de dissertatie van Van Dam uit 1989, die zijns inziens terecht stelt dat het recht slechts zorgvuldig gedrag ten aanzien van anderen kan eisen 'wanneer dat gevaar menselijkerwijs bekend is; op onbekend gevaar kan niemand zijn gedrag afstemmen'. Dat is volgens Bloembergen de kern waar het in de *taxus*-zaak om draait, die ook bij de *Kamerikse* zaak centraal stond. Hij geeft dan de kernoverweging van de laatste zaak weer, die ik voor de goede orde hier laat volgen:

'Het is in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer wordt vereist met het oog op de veiligheid van al degenen die tussen het moment van het buiten klaarzetten van vuilniszakken en dat van het afvoeren ervan door de vuilnisophaaldienst met de inhoud van de zakken in aanraking zouden kunnen komen, om 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 òfwel weet of gegronde redenen heeft om aan te nemen dat het om een vloeistof gaat die bij aanraking met de mens geen gevaar oplevert, òfwel 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' (ov. 4).

Bloembergen concludeert hieruit dat, ook al is de vloeistof niet bekend, de dader niet vrijuitgaat; men moet juist bij zo'n emmertje erop verdacht zijn dat er wel eens een minder onschuldige stof inzit, hetgeen leidt tot de door de hoge raad genoemde verplichtingen, tot onderzoek of onder controle houden. Men mag echter niet, wat Brunner in zijn noot onder het arrest doet, vervolgt de a-g, uit het arrest een algemene regel afleiden, in de trant dat het onzorgvuldig is om derden bloot te stellen aan het risico dat stoffen of goederen (zaken?) die men in zijn bezit heeft en waarvan men de gevaarlijke eigenschappen niet kent, schade veroorzaken. Als deze algemene regel zou gelden, zou de *taxus*-zaak daaronder vallen, stelt Bloembergen, maar volgens hem geldt zo'n algemene regel niet, terwijl hij ook betwist dat deze voor planten en struiken zou gelden. Wat dat eerste betreft, de hoge raad heeft 'niet een algemene, maar een sterk op het geval toegespitste regel' gegeven. Reeds daarom zou 'voorzichtigheid geboden lijken met het veralgemenen van de regel'. Het argument van Bloembergen komt op mij niet overtuigend over; zeker, de geciteerde overweging is inderdaad geformuleerd op een op de casus toegesneden wijze, maar in de overweging die volgt, die door

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

hem niet geciteerd werd, en die voor voorzienbaarheid en causaal verband van het allergrootste belang is, vindt men wel een algemene formule:

‘(5.) De in de voorgaande overweging weergegeven norm *voor de in gevallen als deze in acht te nemen zorgvuldigheid* brengt naar haar aard mee, dat het er, voor aansprakelijkheid jegens degeen die door het in aanraking komen met de gevaarlijke vloeistof letsel oploopt, *in beginsel niet toe doet*, of *de wijze waarop het letsel door aanraking met de stof in het gegeven geval precies is veroorzaakt, voorzienbaar was voor de partij die de betreffende zorgvuldigheidsnorm niet in acht heeft genomen*’ (mijn curs.).

Duidelijk toch? En waarom zou de taxus-casus niet onder ‘gevallen als deze’ vallen, met als gevolg dat voorzienbaarheid van de schade ‘er in beginsel niet toe doet’?

Daarmee komen wij op het tweede punt van Bloembergen: planten en struiken zijn niet met een emmertje onbekende vloeistof gelijk te stellen. De reden is deze, dat mensen erop bedacht moeten zijn dat in de natuur giftige stoffen voorkomen. De ervaring leert ook dat dieren immuun zijn voor giftige stoffen in de vrije natuur. De eigenaar van een dier dat niet goed op zichzelf past, moet maar ervoor zorgen dat dat dier niet in aanraking komt met voor hem giftige planten en struiken. Ook dit betoog kan mij niet echt overtuigen; er zou wat voor te zeggen zijn indien de hoge raad in de Kamerikse zaak gezegd zou hebben dat een vuilnisman nu eenmaal weet dat mensen de gekste en gevaarlijkste dingen bij het vuil zetten, en dat hij, als hij niet in aanraking met gevaarlijke stoffen wil komen, dan maar moet zorgen dat dit niet gebeurt, door het vuilnis te onderzoeken voordat hij het meeneemt. Maar dat is nu eenmaal niet het geval, de hoge raad heeft een strenge norm gelegd, niet op het slachtoffer, maar op degeen die een gevaarlijke zaak in het verkeer brengt of de gelegenheid schept dat anderen daarmee in aanraking kunnen komen, waarbij de wijze waarop dat gebeurt niet van belang is voor de aansprakelijkheidsvraag. Hoe komt het toch dat Bloembergen en al die rechters in deze procedure zo’n moeite met die regel hebben? Wat heeft men toch tegen de gevaarzettingsgedachte? De weerstand daartegen, zo kan men concluderen, is de kern van de zaak. Elders wordt door mij uitvoeriger op die materie ingegaan, waarbij ook bestreden wordt dat in de jurisprudentie het vereiste gesteld wordt dat de schade *in concreto* voorzienbaar geweest moet zijn voor degeen die een gevaarlijke situatie teweegbracht, zoals nog altijd aangenomen wordt door veel schrijvers.⁸³

Tenslotte verwondert de jurisprudentielezer zich erover dat de verzekeringsvraag in de taxus-zaak geen rol gespeeld heeft. Wij mogen toch wel aannemen dat Broen WA-verzekerd is? Bloembergen wijst ook op de gebruikelijkheid van die verzekering, en vermeldt nog dat veeverzekeringen vaak schade door vergiftigingen dekken.

De lijn in de jurisprudentie van de hoge raad inzake gevaarzetting ontbrak eveneens op pijnlijke wijze in de beruchte/befaamde arresten van 30 september 1994, inzake *Shell, Duphar* en *Fasson*, waarbij de belastingbetaler in totaal ongeveer f 400 miljoen armer werd, in eerste instantie dan (in de krant stond dat de winst van Shell Nederland over 1994 f 1,5 miljard bedroeg; niet relevant, maar toch leuk om te weten).⁸⁴ A-g Koopmans had in zijn mooie conclusie waarin hij tot aansprakelijkheid van de grootschalige milieu-vervuilers kwam, een belangrijke plaats ingeruimd voor de gevaarzetting als grondslag voor aansprakelijkheid (sub nrs 9 v., 13 v.). De hoge raad was daaraan voorbij gegaan - de landsadvocaat had daarover trouwens niets gesteld - en dat is in het licht van

83. Zie Hfdst. 12, § 1, nr 6 (grondslagen o.d.).

84. Zie voor deze arresten onder, § 4, nr 6; Hfdst. 12, § 7, nr 7.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

de hierboven besproken jurisprudentie een niet begrijpelijke afwijking daarvan. Zie de kern van het betoog van Koopmans:

‘De zorgvuldigheidsnorm kan daarom als volgt worden geformuleerd. Het is onrechtmatig voor een onderneming in de chemische industrie om giftig of brandbaar afval waarvan het gevaarlijk karakter aan de ondernemingsleiding bekend kan zijn, buiten het eigen directe toezicht te brengen zonder de vereiste maatregelen te nemen om de potentiële gevaren tot een minimum te beperken. In geval van zulk onrechtmatig handelen of nalaten is de exploitant van de onderneming aansprakelijk voor de schade die ontstaat wanneer potentieel gevaar zich verwezenlijkt, ongeacht of het type schade dat intreedt door hem kon worden voorzien’.⁸⁵

Voor het formuleren van een zorgvuldigheidsnorm voor het omgaan met schadelijk chemisch afval door producenten had de hoge raad ook gebruik kunnen maken van *wettelijke normen* ten aanzien van het zich ontdoen van resten bestrijdingsmiddelen, nadrukkelijk met het oog op milieu en volksgezondheid opgesteld, zoals de Bestrijdingsmiddelenwet 1962 (met Besluit 1964), die voorlopers had in 1935, 1947, 1948 en 1950, waarover het college evenals de a-g in alle talen zwijgt.⁸⁶ Volgens de vaste rechtspraak inzake gevaarzetting zou schending van een dergelijke geschreven veiligheidsnorm tot het aannemen van het vermoeden van causaliteit leiden; indien slechts een ongeschreven norm geformuleerd zou kunnen worden, zou volgens de hieronder besproken jurisprudentie uit 1995 eveneens tot die gevolgtrekking gekomen kunnen worden. Dit stijft mij in mijn conclusie in het *NJB* van 1994 dat de hoge raad hier een politieke uitspraak gedaan heeft, die haaks op vaste rechtspraak en doktrine staat. Dat heeft ook te maken met het thema: relativiteit en onrechtmatigheid, dat hieronder nog ter sprake komt (§ 4).

10. Bevestiging van de gevaarzettingsleer in de jurisprudentie na 1994. Een nieuw thema: schending van veiligheidsnormen

De gevaarzettingsleer had in 1994 een gevoelige tik gekregen met het *taxusstruik*-arrest en het *Shell*-arrest. Voor een auteur als Hartkamp, in zijn Asser-bewerking, was het daarmee einde oefening, wat mijn pleidooi voor die leer betrof; dat vond overigens zijn oorsprong in het debat dat ik met Vranken had, in de procedure tegen Shell (en Duphar, e.a.), waarin wij de respectieve partijen adviseerden, in tegengestelde zin.⁸⁷ In de jurisprudentie na 1994 bleek de hoge raad de gevaarzettingsfiguur echter met hernieuwd enthousiasme als uitgangspunt te nemen, in een steeds omvangrijker deel van het aansprakelijkheidsrecht, in een toenemend tempo. Een spectaculaire stap was de

85. Sub. nr 14. Hierop volgt de overweging dat deze zorgvuldigheid vereist is jegens ieder die nadeel lijdt doordat het gevaar zich realiseert, dus ook de staat. De omstandigheid dat de schade uit saneringskosten bestaat, maakt hier geen verschil. In plaats van het ‘weggooien van vaten in een zandafgraving of in een als vuilstort gebezigde polder’ acht de a-g het treffen van bijzondere voorzieningen als permanente oplossing voor het gevaarlijke afval geboden, zoals de zoutkoepels bij kernafval. Zie ook mijn noot in *TMA* 1994, p. 168 v., voor een bespreking van de conclusie van de a-g, en onder, Hfdst. 12, § 7, nr 7.

86. Zie mijn artikel in *NJB* 1994, p. 1329, op p. 1334.

87. Zie boven, bij de bespreking van het *taxusstruik*-arrest.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

kombinatie die gemaakt werd met schending van veiligheidsnormen, een constructie die sinds medio jaren '90 een grote vlucht genomen heeft. Daarmee lijkt de gevaarzettingsleer, na een moeizame aanloop die bijna een eeuw geduurd heeft, een vaste plaats gekregen te hebben in het aansprakelijkheidsrecht. Zoals ik al eens eerder betoogd heb, hebben wij hier te maken met een lelijk eindje dat intussen zwaan geworden is.⁸⁸ Het was wel tegen de stroom van de schuldleer opzweemen. In ieder geval blijkt hieruit dat deze materie controversieel is, maar dat is altijd een teken dat het een belangrijke kwestie is, en dat grote financiële belangen ermee gemoeid zijn waardoor de nachtrust van verzekeraars in gevaar komt.

Er zijn nog steeds schrijvers die niet van hun verbazing bekomen zijn en laten merken vrijwel niets van de herkomst van deze rechtsfiguur af te weten. Maar enkel het resultaat telt, het is minder van belang hoe dat er gekomen is. In 1996 adviseerde Spier - geen aanhanger van moderne stromingen in het aansprakelijkheidsrecht - de NJV nog om de gevaarzettingsleer die door mij voorgestaan werd (bijvoorbeeld bij milieu-aansprakelijkheid, *Shell* en zo) 'goedgevoel naar de rechtshistorie te verbannen', als een aftandse theorie in deze moderne tijden. Daarbij wordt trouwens de gevaarzettingsleer stereotyp verkeerd weergegeven, als zou het specifieke gevaar bij de handelende persoon bekend geweest moeten zijn, in plaats van het algemene gevaar.⁸⁹ Tegenwoordig is 'gevaarzetting' een onderwerp dat in behoudende studieboeken zijn plaats gevonden heeft.⁹⁰ In deze sub-paragraaf wordt de ontwikkeling in de jurisprudentie van de afgelopen jaren in vogelvlucht behandeld; in hoofdstukken die volgen wordt uitvoeriger ingegaan op de belangrijkste arresten, bij de bespreking van causaliteit (Hfdst. 11) of de bijzondere aansprakelijkheden (Hfdst. 12).

Sinds het arrest *Versluis* uit 1979 was de stand van zaken in de jurisprudentie dat bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen een ruime toerekening van schade plaatsvindt in die zin, dat ook schade die buiten de normale lijn der verwachtingen ligt, aan de dader wordt toegerekend.⁹¹ Een aspect als de voorzienbaarheid van deze schade als gevolg van deze handeling speelt dan een

88. Zie *WPNR* 6271 (1997), 'Privaatrecht aktueel', naar aanleiding van HR 6 sept. 1996, *NJ* 1998, 415, nt CJHB, *Annema – Staat*, inzake aansprakelijkheid van wegbeheerder. Zo lelijk was die eend trouwens niet: de gevaarzettingsleer werd aanvaard door grote civilisten als Suijling, Paul Scholten, Pitlo, en Veegens (door Spier 'stokoude schrijvers' genoemd, 'die het moeten afleggen tegen de latere rechtsontwikkeling') en veel auteurs van een volgende generatie.

89. J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Preadvies NJV 1996 (met A.T. Bolt), p.259 (vgl. ook Bolt, p.164 v.), naar aanleiding van het *Shell*-arrest van 1994. In de verkeerde weergave van de gevaarzettingsleer bevinden de preadviseurs zich in het gezelschap van Bloembergen, Van Dam, Vranken en Bauw, door hen aangehaald. Zie ook mijn bijdrage aan het debat hierover, en de reactie van Spier: *Hand. NJV 1996 II*, p.37 v.; 60 v.

90. Zie bijv. Van Maanen in: *Verbindenissen uit de wet en Schadevergoeding*, J. Spier, c.s., 1997, nr 47 v.; 2^e dr., 2000, ongewijzigd; idem, 3^e dr., 2003.

91. HR 2 nov. 1979, *NJ* 1980, nt GJS. In dit arrest werd overwogen dat bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen 'rekening gehouden moet worden met de mogelijkheid van ernstige gevolgen, hoe deze zich ook in het concrete geval voordoen'.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

ondergeschikte rol: de dader krijgt deze gevolgen toegerekend. Algemeen werd aangenomen dat de hoge raad hierbij het oog had op *geschreven* (wettelijke) normen; in later jaren is de hoogste rechter tot een uitbreiding van die gedachte gekomen in enkele opzienbarende arresten, *Jumbo III* (1993) en *ziekenhuis De Heel* (1995), gevallen in de sfeer van medische aansprakelijkheid.⁹² In het eerste geval ging het om onzorgvuldig handelen van een kraamverzorgster die interne instructies van de kraamzorgvereniging geschonden had voor het gebruik van kruiken. Het betrof de uitdrukkelijke en destijds gebruikelijke instructie om uitsluitend de eigen zogenaamde ‘Jordense veiligheidskruiken’ te gebruiken (geheel afgesloten, met olie gevuld en ‘au bain Marie’ op te warmen). Het waren normen met een hoog obscuriteitsgehalte; Brunner sprak er in zijn noot zijn verbazing over uit.⁹³

Nu waren dit interne veiligheidsnormen, het zou een kleine, en logische volgende stap om algemene zorgvuldigheidsnormen met betrekking tot de veiligheid van een patiënt als grondslag te aanvaarden voor een zeer vergaand regime van causaal verband en aansprakelijkheid. In de tweede zaak deed de raad inderdaad die volgende stap: verpleegkundigen (waarvoor het ziekenhuis aansprakelijkheid droeg) hadden algemene, *ongeschreven regels* met betrekking tot de veiligheid van patienten geschonden (ter voorkoming dat zij uit bed konden vallen bij ontwaken uit narcose). In beide gevallen werd causaal verband op eenvoudige wijze aangenomen.

Het arrest *ziekenhuis De Heel* uit 1995 ging over de volgende casus.

Korver ondergaat in 1978 een operatie aan zijn kaak die onder algehele narcose plaatsvindt. Na de operatie wordt hij naar een zogenaamde ‘uitslaapkamer’ gebracht, waar hij op een bed gelegd wordt om weer bij kennis te komen. Dat gebeurt in zijn geval echter op de vloer: bij het ontwaken heeft hij onwillekeurige bewegingen gemaakt waardoor hij uit bed gevallen is. Het bed had geen ‘onrusthekken’ of ‘onrustbanden’ om uit bed vallen te voorkomen en er was op dat moment geen verpleegkundige aanwezig om dat te beletten. Als gevolg van zijn val loopt hij een verwonding aan zijn oog op, die leidt tot blindheid aan dat oog. Hij eist schadevergoeding van het ziekenhuis, met de intrigerende naam ‘De Heel’.

De causaliteitsvraag staat hierbij centraal: het is natuurlijk vrij onwaarschijnlijk dat iemand bij een val uit een bed het zicht aan een oog verliest. Het hof had causaal verband aangenomen, met de overweging dat de schade niet zo uitzonderlijk van aard is dat deze in het onderhavige geval, waarin De Heel het niet treffen van voldoende veiligheidsmaatregelen kan worden verweten, in redelijkheid niet aan De Heel kan worden toegerekend. In cassatie wordt dit door

92. Resp. HR 1 oktober 1993, *NJ* 1995, nt CJHB; HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175, nt CJHB. Zie voor de casus uitvoerig onder, Hfdst. 12, § 11, nr 1, medische aansprakelijkheid; vgl. ook mijn artikelen in *AA* 1995, p.672; *NJB* 1995, p.1137 v.; *TMA* 1999, p.153 v., waarin het belang van deze rechtspraak voor de bewijslastverdeling in het algemeen naar voren gebracht werd.

93. Het arrest is het vervolg, na 24 jaar, op het voorval dat aanleiding gaf tot de eerdere *Jumbo*-arresten, dit keer een vordering ingesteld door Tamara Uitert zelf, die als baby de verwondingen opgelopen had. De HR acht de kraamzuster aansprakelijk, tenzij deze bij gemotiveerde betwisting bewijst dat er klemmende redenen bestonden voor het niet in achtnemen van de instructies en dat daarbij alle voorzorgsmaatregelen genomen zijn die naar toenmalig inzicht vereist waren om te voorkomen dat het gevaar verbonden aan het gebruik van warmwaterkruiken zich zou verwezenlijken.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

het ziekenhuis bestreden met het betoog dat een ruime toerekening hier niet op haar plaats is, aangezien het hier niet gaat om schending van een verkeers- of veiligheidsnorm, waarbij zij zich door het *Versluis*-arrest heeft laten leiden. De hoge raad stelt dat dit uitgangspunt onjuist is:

‘De Heel is tekortgeschoten in het nemen van maatregelen in het belang van de veiligheid van Korver, en zij heeft derhalve een veiligheidsnorm geschonden, hetgeen meebrengt dat ook letsel dat buiten de normale lijn der verwachtingen ligt, aan de overtreder wordt toegerekend. Aan een en ander doet niet af dat de aan De Heel verweten overtreding van de veiligheidsnorm in het kader van een medische behandeling plaatsvond’ (ov. 2.4.1).

In dezelfde geest is het arrest *‘t Ruige Veld - Univé Schade*.⁹⁴ In het kinder- en jeugdpsychiatrisch ziekenhuis ‘t Ruige Veld verbleef in 1988 Wendelien G. die toen 13 jaar oud was. Het is een open inrichting waarin zij sinds korte tijd opgenomen was wegens depressiviteit en voor haar ouders niet beheersbaar chaotisch gedrag; in een gesloten inrichting was geen plaats voor haar. Wendelien was al enkele keren weggelopen en had daarbij een keer gevaar voor schade veroorzaakt (hek van een manege open laten staan). In de nacht van 22 februari 1988 weet zij wederom ongemerkt de inrichting te verlaten en steekt een huis in brand dat bij Univé verzekerd was. De verzekeraar zoekt verhaal van de schade en spreekt ‘t Ruige Veld daartoe aan, wegens het tekortschieten in de jegens derden betamende zorg om te voorkomen dat Wendelien hun schade zou toebrengen.

De inrichting stelt dat zij geen rekening hoefde te houden met de mogelijkheid dat Wendelien brand zou stichten, hetgeen voor haar niet voorzienbaar was. Zij krijgt steun van de rechtbank, die Univé opdraagt te bewijzen dat de inrichting de brandstichting had behoren te voorzien of daarmee ernstig rekening had moeten houden. Het Hof Leeuwarden stelt zich echter op een ander standpunt, dat vervolgens door de hoge raad onderschreven wordt: ‘Het hof heeft terecht geoordeeld dat reeds het feit dat aan weglopen van Wendelien verhoogd gevaar voor enigerlei schade aan derden was verbonden, de Stichting aanleiding had moeten geven om nadere maatregelen ter voorkoming van weglopen te treffen die verder gingen dan het gebruikelijke toezicht, onverschillig of al dan niet viel te verwachten tot welke soort schade wederom weglopen van Wendelien zou leiden’ (ov. 3.7). In de laatste frase herkent men de *Dorps-huis Kamerik*-benadering: dat het er ‘in beginsel niet toe doet of de wijze waarop het letsel door aanraking met de stof in het gegeven geval is veroorzaakt, voorzienbaar was voor de partij die de betreffende zorgvuldigheidsnorm niet in acht heeft genomen’.

Ook in de zaak van Wendelien is geen sprake van geschreven veiligheidsnormen die geschonden zijn; in het kader van de onrechtmatigheidsvraag wordt de mate van vereiste zorgvuldigheid door de hoge raad omschreven, namelijk het ‘zoveel als redelijkerwijs mogelijk is erop toezien dat zij (psychisch gestoorde minderjarigen, v.D.) derden (of zichzelf) geen schade toebrengen’ (ov. 3.6.2). Dit wordt uitgewerkt met verwijzing naar de bijzondere omstandigheden van het geval, waarbij van belang zijn, enerzijds de grondrechten van het kind en

94. HR 12 mei 1995, *NJ* 1996, 118, nt JDB. Deze passage verscheen eerder als onderdeel van mijn *Kroniek Vermogensrecht* in *NJB* 1995, p. 1138.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

medische eisen, en anderzijds de grootte van de kans dat derden (of zichzelf) schade toegebracht wordt. Kortom: hier zijn vrij algemene normen van maatschappelijke zorgvuldigheid in het geding, zoveel mogelijk toegesneden op de concrete situatie, de verzorging van geestelijk gestoorde minderjarigen en de veiligheid van eigendom van derden. Het accent op de bijzondere regels met betrekking tot veiligheid die geschonden zijn ter rechtvaardiging van een verzwaaard causaliteitsregime, is in wezen vervangen door de algemene gevaarzettingsgedachte: wie door zijn handelen gevaar voor schade in enigerlei vorm schept, is ook aansprakelijk voor schade die op een uitzonderlijke wijze veroorzaakt is.

Bij de medische aansprakelijkheid valt weer een uitspraak te melden waarin de toerekening en causaliteit-nieuwe stijl speelde, het arrest van 16 juni 2000, *Sint Willibrord Psychiatrisch Centrum*.⁹⁵ Door zowel a-g Hartkamp als annotator Brunner wordt het arrest in de context van het algemene aansprakelijkheidsrecht geplaatst; dat zal ook hieronder nog gebeuren bij de behandeling van de causaliteit, in Hoofdstuk 11.

Het betrof een geval van brandstichting door een man onder psychiatrische behandeling die met verlof van een psychiatrische inrichting was, met toestemming van het dienstdoend verplegend personeel; de omstandigheden waaronder dit gebeurde hingen van toevalligheden aan elkaar, niettemin wordt causaal verband aangenomen en wordt het psychiatrisch centrum aansprakelijk gesteld voor de schade die toegebracht werd. Zie voor de casus uitvoerig onder, bij de medische aansprakelijkheid: Hfdst.12, § 11, nr 3.

De hoge raad komt tot de volgende uitspraak:

‘Onderdeel A 2. bestrijdt ‘s Hofs oordeel in rov. 4.5 van zijn eindarrest. Het onderdeel strekt ten betoge dat in een geval als het onderhavige, waarin één of meer verplegers van een psychiatrische inrichting een fout op verpleegkundig vlak maken, terwijl niet is uitgesloten dat ook zonder deze fout de later ingetreden schade zou zijn veroorzaakt, rechtens pas tot aansprakelijkheid voor de schade kan worden geconcludeerd, wanneer is aangetoond en vastgesteld dat de schade als gevolg van de fout is ingetreden, althans dat er sprake is van een aanmerkelijke of gerede kans dat de schade als gevolg van de fout is ingetreden. Het onderdeel faalt omdat het miskent dat, zoals de Hoge Raad heeft geoordeeld in zijn arrest van 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607, indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.

De beide subonderdelen van onderdeel B - zijn gericht tegen ‘s Hofs oordeel in zijn rov. 4.6 van zijn eind-arrest dat de door Sint Willibrord als ‘hoogst uitzonderlijke en ongewone samenloop van toevalligheden’ gekwalificeerde gang van zaken niet zodanig onwaarschijnlijk is dat de schade in redelijkheid niet meer aan Sint Willibrord kan worden toegerekend. Het Hof heeft kennelijk aangenomen dat de verpleegkundigen in dienst van Sint Willibrord, door

95. *NJ* 2000, 584, nt CJHB. Het arrest is zeer kritisch besproken door Giesen en Drion, vgl. nog onder, Hfdst. 11, § 2, nr 4, causaliteit. In een later arrest, van 27 okt. 2000, wordt *Sint Willibrord* door de HR aangehaald als exponent van de nieuwe leer, terwijl ook genoemd wordt: HR 30 okt. 1953, *NJ* 1954, 261, *Staat – Schoenmakers* (inzake in woonhuis opgeslagen munitie die ontploft was), vgl. Hfdst. 11, § 2, nr 3.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

L. te laten gaan, een verhoogd gevaar voor enigerlei schade aan derden in het leven hebben geroepen. Door, daarvan uitgaande, te oordelen als hiervoor is weergegeven, heeft het Hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. 's Hofs oordeel is ook niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering. Daarop stuiten de klachten van onderdeel B - alle af' (ov. 3.5, 3.6).

Het aangehaalde arrest is *Dicky Trading II*.

Enkele jaren eerder had de hoge raad in een geval van aansprakelijkheid van een behandelend arts dezelfde lijn gevolgd, in een arrest van 1997, *Wrongful birth*.⁹⁶ Een behandelend arts had een kunstfout gemaakt, hij had niet opnieuw een spiraaltje geplaatst met als gevolg dat de nietsvermoedende vrouw zwanger geworden was. De schadevordering, en daarmee de causaliteitsvraag, had betrekking op de kosten van verzorging en opvoeding van het niet gewenste kind. De hoge raad wijst de vordering toe met de overweging dat wanneer sprake is van wanprestatie door een arts die een medische fout maakt deze aansprakelijk is 'voor alle vermogensschade die in zodanig verband met die fout staat dat zij hem naar de maatstaf van art. 6:98 als een gevolg van die fout kan worden toegerekend'. En dan komt het:

'Voor een dergelijke toerekening is in beginsel voldoende dat door de desbetreffende fout een risico is geschapen dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt. Dat geval heeft zich hier onmiskenbaar voorgedaan, nu de door de arts niet medegedeelde afwezigheid van het spiraaltje heeft geleid tot een doorkruising van de gezinsplanning die met het aanbrengen van een spiraaltje werd beoogd' (ov. 3.7).⁹⁷

In een arrest van 2001 wordt de hoge raad voorgelegd hoe ver men mag gaan bij het aanvaarden van 'veiligheidsnormen' in de medische sfeer. Valt een *intern protocol* daar ook onder, en moet daarover consensus bestaan in de beroepsgroep? Zoals men ziet wordt de uitkomst van *Jumbo III* (1993) ter diskussie gesteld. In het *trombose*-arrest ging het om een patient (H.) die na een meniscus-operatie aan een knie trombose in dat been en ruim een jaar later ook in het andere been gekregen had; het stond vast dat hij geen anti-stollingsmiddel gekregen had ('vergeten'), dat volgens het protocol voorgeschreven was.⁹⁸ De rechtbank stelt vast dat het verband tussen de ingreep (meniscus) en de trombose 'voldoende aannemelijk' is, en laat de patient toe te bewijzen dat er 'een redelijke mate van zekerheid' is dat de trombose voorkomen had kunnen worden door het anti-stollingstherapie conform het protocol toe te passen. Het hof vernietigt dit vonnis en keert de bewijslast om: het ziekenhuis moet bewijzen (met 'toereikende mate van zekerheid') dat H. ook trombose gekregen zou hebben indien de protocolaire anti-stollingstherapie toegepast zou zijn.

96. HR 21 febr. 1997, *NJ* 1999, 145, nt CJHB, zie uitvoerig over dit arrest onder, Hfdst. 12, § 11, nr 3.

97. Het duitse bundesgerichtshof heeft in 1991 een soortgelijke benadering gevolgd in een geval van HIV-besmetting na bloedtransfusie waarbij het ziekenhuis een veiligheidsverplichting, als 'Verkehrspflicht', tegenover patienten geschonden had, vgl. BGH 30 april 1991, *NJW* 1948. Ook in het franse recht kent men een vergelijkbare risico-aansprakelijkheid met omkering van bewijslast wegens gevaarlijke activiteiten bij aidsgevallen, met name voor bloedtransfusiecentra en (staats-) ziekenhuizen, vgl. conseil d'état 26 mei 1995, in de zaken *Nguyen, Jouan en Pavan*, *JCP* 1995.II.22468, nt J. Moreau.

98. HR 2 mrt 2001, *NJ* 649, *Stichting M. – H.*

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

De hoge raad overweegt dat, aangezien de in het protocol voorgeschreven anti-stollingstherapie een ‘standaardtherapie’ is voor elke patient, ‘dit voorschrift het karakter van een veiligheidsnorm heeft’. Daarop volgt de weergave van de onderhand bekende regel inzake schending van veiligheidsnormen (ov. 3.4.1). Ten aanzien van de poging van het ziekenhuis om het karakter van ‘veiligheidsnorm’ van het protocol te ontzenuwen, overweegt de raad:

3.4.2. De onderdelen 2.1 en 2.2 komen op tegen het oordeel van het Hof dat het onderhavige voorschrift uit het protocol als een ‘veiligheidsnorm’ heeft te gelden. Onderdeel 2.1 betoogt dat ‘echte’ veiligheidsnormen ertoe strekken ongelukken te voorkomen, en dat een zo ruim begrip veiligheidsnorm als het Hof hanteert tot het onaanvaardbare gevolg leidt dat alle normen in de gezondheidszorg, voorzover zij de invulling van de professionele standaard betreffen, veiligheidsnormen worden. Onderdeel 2.2 betoogt dat een regel als de onderhavige slechts een veiligheidsnorm kan zijn als binnen de gehele beroepsgroep een bepaalde mate van consensus bestaat over de effectiviteit van de therapie.

De onderdelen falen. Door de Rechtbank was al vastgesteld dat het verband tussen de ingreep en de daarna opgetreden trombose voldoende aannemelijk was. Dit uitgangspunt is in de procedure niet meer bestreden. Nu het overtreden voorschrift diende om het risico op het post-operatief optreden van trombose tegen te gaan (althans te verkleinen), en, zoals volgt uit hetgeen hiervoor in 3.3.2 is overwogen, H. aanspraak op naleving van het protocolvoorschrift mocht maken, geeft het oordeel van het Hof, erop neerkomende dat - nu het risico van het ontstaan van de schade in het leven is geroepen door het niet toepassen van het voorschrift standaard anti-stollingsmiddelen toe te dienen en nu dit risico (het optreden van trombose) zich heeft verwezenlijkt - het causaal verband tussen de verweten gedraging en de opgelopen schade in beginsel is gegeven, niet blijkt van een onjuiste rechtsopvatting. In het midden kan daarbij blijven of in het onderhavige geval sprake is geweest van een ‘echte’ veiligheidsnorm zoals door het middel bedoeld, terwijl evenmin nog van belang is of binnen de gehele beroepsgroep consensus bestond over de effectiviteit van de anti-stollingsbehandeling.

Daarmee heeft de cassatierechter de lijn sinds *Jumbo III* vast gehouden, en gekozen voor een ruime opvatting van veiligheidsnormen. Die jurisprudentie is ongetwijfeld ook van belang voor andere onderdelen van het aansprakelijkheidsrecht. In de bouwwereld gelden bijvoorbeeld op veel terreinen veiligheidsnormen, zoals ten aanzien van infrastrukturele werken (viadukten, tunnels, e.d.) die door de overheid gehanteerd worden, en soms ook door de architect, constructeur of aannemer; deze normen gaan veelal aanzienlijk verder dan hetgeen daadwerkelijk in de praktijk vereist is en toegepast wordt bij de aanleg van die werken. Indien er een ongeluk zou gebeuren als gevolg van de constructie van een werk, kunnen dergelijke interne normen een belangrijke rol gaan spelen bij de aansprakelijkheidsvraag. Dat zal zeker het geval zijn indien vanwege de kostenfactor of om praktische redenen (zoals tijdsbesparing, inpassing in de omgeving, esthetiek) bij de uitvoering van het werk voor een lagere norm gekozen is, door opdrachtgever of aannemer/uitvoerder.

Een arrest uit 1995, inzake verkeersaansprakelijkheid, is voor ons onderwerp eveneens van belang. Hier is de geschonden norm de algemene zorgvuldigheidsnorm, art. 1401 BW (thans art. 6:162 BW), toegepast op een verkeerssituatie, *Regionaal Ziekenfonds Groningen - Koetje*.⁹⁹

99. HR 23 juni 1995, *NJ* 1995, 730.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

De vraag was in het geding of het arrest van 1990 inzake ‘vermoeden van causaliteit’ bij gevaarscheppend verkeersgedrag ook van toepassing is wanneer minder duidelijk is hoe gevaarlijk dat verkeersgedrag was, omdat daarover weinig is komen vast te staan. In 1990 had de hoge raad overwogen: ‘Indien een gedraging, zoals hier het te harde rijden, onrechtmatig is omdat daardoor het gevaar voor verkeersongevallen in het algemeen wordt vergroot en dit gevaar zich in de vorm van een ongeval verwezenlijkt, is daarmee het causaal verband tussen de gedraging en het ongeval in beginsel gegeven’.¹⁰⁰ In deze zaak stond vast dat een zorgvuldigheidsnorm geschonden was: het rijden met een snelheid die gelet op de plaatselijke verkeerssituatie te hoog is; in het geval van Koetje was de onrechtmatigheid van zijn verkeersgedrag niet komen vast te staan. Hij reed met een tractor met aanhangwagen van 2,25 - 2,51 m op een weg van 4 m breed, met normale verlichting in het donker met dichte mist; van tegengestelde richting rijdt Schuur op een bromfiets, en komt in botsing met de tractor en moet dat met de dood bekopen.

Het hof vond het verkeersgedrag van Koetje ‘in zijn algemeenheid in beginsel gevaarzettend’, maar ten opzichte van de bromfietsbestuurder ‘niet in zodanige mate gevaarzettend dat dit gedrag, zonder bijkomende gedragingen, onrechtmatig jegens die bestuurder was’. Het ziekenfonds mag bewijzen dat Koetjes gedrag onrechtmatig was; indien dat komt vast te staan, vervolgt het hof, is met toepassing van het *Engelen*-arrest van 1990 het causaal verband in beginsel gegeven, en mag Koetje het tegenbewijs van dit ‘vermoeden van causaliteit’ geven.

In cassatie tracht het ziekenfonds de hoge raad te bewegen de regel een tandje verder te zetten: het verkeersgedrag zou reeds onrechtmatig zijn indien door die gedraging het gevaar voor verkeersongevallen in het algemeen wordt vergroot en dit gevaar zich in de vorm van een ongeval verwezenlijkt. De cassatierechter wil echter niet aan een zo vergaande regel, en preciseert de regel uit 1990. Het uitgangspunt kan in zijn algemeenheid niet worden aanvaard: ‘of het in het leven roepen van een gevaarlijke situatie onrechtmatig jegens een andere weggebruiker is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Denkbaar is dat een gedraging van een verkeersdeelnemer in de gegeven omstandigheden een dermate gevaarlijke situatie in het leven roept dat die gedraging jegens andere weggebruikers zonder meer onrechtmatig is’ (ov. 3.3). Het hof had nu eenmaal vastgesteld dat in casu het gedrag van Koetje niet dermate gevaarzettend was dat dit zonder bijkomende gedragingen onrechtmatig was tegenover de bromfietser (waarop een weergave van de feitelijke situatie volgt, o.m. voldoende ruimte om te passeren, voldoende zichtbare verlichting, etc.). Het hof heeft de regel uit 1990 inzake het vermoeden van causaal verband juist toegepast, concludeert de hoge raad.

Men kan hieruit afleiden dat in de visie van de hoge raad bij gevaarzetting met betrekking tot het handelen een bepaalde mate van gevaarverhoging in het geding moet zijn, afhankelijk van de omstandigheden, en dat een vergroting van het gevaar in het algemeen, onvoldoende is. Deze benadering is niet onbegrijpelijk: het is duidelijk dat een grens gesteld moet worden, anders zou door het simpele deelnemen aan het verkeer, waardoor per definitie het gevaar vergroot wordt voor anderen, al van gevaarzetting sprake zijn, en dat kan de bedoeling niet zijn. Of dat in casu het geval was, is in hoge mate een feitelijke

100. HR 16 november 1990, *NJ* 1991, 55, *Visser - Engelen*; het is aan de wederpartij om te bewijzen dat het ongeval ook plaatsgevonden zou hebben bij niet-onrechtmatig handelen, vervolgt de HR. In casu was een plotseling overstekend meisje van 3 jaar door een te hard rijdende automobilist aangerezen, met invaliditeit als gevolg.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

kwestie, ter beoordeling van het hof.¹⁰¹ Men dient echter wel in het oog te houden dat de hoge raad regelmatig genoeg neemt met het doen ontstaan van gevaar in het algemeen, zoals het kans geven aan joyriders wanneer men een sleuteltje in het contact laat zitten, schade aan de bodem toebrengen indien men olie laat uitstromen, geen trapleuning in een fabriekshal hebben, schade door heiwerk toebrengen, etc.¹⁰² Zo kan men zich voorstellen dat het rijden in het donker, in dichte mist met een combinatie die over de weghelft komt zonder het treffen van bijzondere maatregelen (extra verlichting, e.d.) vragen om ongelukken is, althans het vermoeden wettigt dat er aan de zijde van de bestuurder iets fout gegaan is, met omkering van de bewijslast als gevolg.

Wat daarvan zij, belangrijk is hier de uitspraak van de hoge raad dat het in het leven roepen van een zeer gevaarlijke situatie op zich onrechtmatig tegenover derden kan zijn, met als gevolg het vermoeden van causaal verband. Ook in dit geval gaat het om schending van ongeschreven verkeers- en veiligheidsnormen.

Deze jurisprudentie heeft een vervolg gekregen in een arrest van eind 1999, *tegendraadse fietser*.¹⁰³ De casus speelde zich af op het Stationsplein te Leiden, en handelt over een thema dat studenten zal aanspreken (die zo vaak in hun auto fietsers moeten ontwijken):

Hemelaar rijdt op 22 juli 1991 op het fietspad van de rotonde van het Stationsplein te Leiden (van Morssingel richting Stationsweg) wanneer uit tegenovergestelde richting vier fietsers aankomen, waaronder mevrouw Lutz. Behalve dat dit viertal in een voor hen verboden richting rijdt, houden zij niet goed rechts en reageren niet adequaat op de tegemoetkomende Hemelaar. Deze raakt de fiets van Lutz, komt ten val en loopt een ernstige kaakfractuur op. Verzekeraar Gouda keert de schade van ongeveer f 7.000 uit en zoekt vervolgens verhaal op Lutz, die stelt dat zij het ongeluk niet veroorzaakt heeft en slechts getuige daarvan was; het proces-verbaal van de politie was onjuist aangezien men haar Duits verkeerd begrepen had (zij is van duitse nationaliteit). Bovendien reed Hemelaar op een racefiets en veel te hard, en had hij, de verkeerssituatie kennende, erop verdacht moeten zijn dat er daar 'altijd' tegen het verkeer ingereken wordt. In casu was hij gaan slingeren toen hij, uit een flauwe bocht komend, het viertal plotseling gewaar werd en schrok.

De rechtbank komt op grond van het proces-verbaal tot het vermoeden dat het ongeval door Lutz veroorzaakt is, en draagt Lutz op te bewijzen dat het ongeval door eigen toedoen van Hemelaar veroorzaakt is, dan wel door een of meer andere tegendraadse fietsers. Naar het oordeel van de rechtbank slaagt zij daar niet in. In appel komt het Hof Den Haag echter tot het oordeel dat Lutz met de bewijslevering voldoende aangetoond heeft dat het ongeluk te wijten is aan het verkeersgedrag van Hemelaar; volgens het hof 'doet het feit dat Lutz in de voor haar verboden rijrichting reed, hieraan niet af'. De vordering van Gouda wordt afgewezen.

De hoge raad casseert echter, in afwijking van de conclusie van a-g Bakels, met de volgende overweging:

101. De tractorbestuurder had verklaard dat hij goed rechts gehouden had en zelfs met zijn wielen in de berm reed, hetgeen daarmee feitelijk vaststond. Indien men echter aannemelijk zou kunnen maken dat hij 0,5 m uit de kant gereden had, zou men al kunnen stellen dat de bromfietser vermoedelijk te weinig ruimte geboden werd om te passeren (een auto zou trouwens helemaal niet kunnen passeren). De feitelijke toedracht stond niet geheel vast.

102. Zie voor een overzicht onder, Hfdst. 12, § 1, nr 6; § 7, nr 5.

103. HR 24 dec. 1999, NJ 2000, 428, nt HJS, *Lutz – Zorgverzekering Gouda*; zie onder, Hfdst. 12, § 5, nr 3, verkeersaansprakelijkheid.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

‘Het onderdeel is gegrond. Het op een fietspad rijden in de verboden rijrichting is een onrechtmatige gedraging die in het algemeen het gevaar voor verkeersongevallen vergroot. Indien dit gevaar zich in de vorm van een ongeval verwezenlijkt, is daarmee het causaal verband tussen de gedraging en het ongeval in beginsel gegeven; het is dan aan de overtreder om te stellen en te bewijzen dat het ongeval ook zonder dat verkeersgedrag zou zijn voorgevallen (vgl. HR 16 november 1990, *NJ* 1991, 55). Dit heeft het hof klaarblijkelijk miskend, zoals in het bijzonder blijkt uit zijn overweging dat het feit dat Lutz in de voor haar verboden rijrichting reed, niet eraan afdoet dat het ontstaan van het ongeval te wijten is aan het verkeersgedrag van Hemelaar’ (ov. 3.4.2).

Voor velen was dit een opmerkelijke uitspraak, maar de verwijzing van de cassatierechter naar het arrest van 1990, *Visser – Engelen*, geeft al aan dat dit geen novum is maar vaste jurisprudentie (in het cassatiemiddel was behalve dat arrest een soortgelijke uitspraak uit 1994 aangehaald, *IZA – Waarborgfonds*, *NJ* 1995, 95, inzake rijden onder invloed). Bij verkeersrechtjuristen staat dit bekend als het ‘vermoeden van causaal verband’, een fenomeen dat bij juristen van belendende rechtspercelen lange tijd nauwelijks of niet bekend was.

In een arrest van juni 2001 vindt men een toepassing van de hier besproken regel waarbij het specifiek gaat om het probleem dat de letselschade moeilijk vast te stellen is. Spreekwoordelijk is hier de fenomeen van *whiplash*, een nachtmerrie voor verzekeraars: simulatie is uiterst moeilijk te weerleggen. In het arrest *Zwolsche Algemeene Schadeverzekering – De Greef* was het slachtoffer, in zijn auto voor een stoplicht wachtend, van achteren hard aangereeden, en als gevolg gedeeltelijk arbeidsongeschikt geraakt, volgens zijn stelling door *whiplash*.¹⁰⁴ Het hof neemt een standpunt in dat door de hoge raad overgenomen wordt:

‘Ofschoon iemand die stelt schade te lijden in het algemeen dit aannemelijk dient te maken, brengt de omstandigheid dat het hier gaat om een syndroom (- post whiplash -) waarvan algemeen bekend is dat dit moeilijk of slechts in beperkte mate tot concreet waarneembare medische stoornissen valt te herleiden, met zich mede dat de eisen die aan het bewijs kunnen worden gesteld niet al te hoog dienen te zijn. Het komt dan – tot op zekere hoogte – voor risico van de veroorzaker van het ongeval dat het oorzakelijk verband tussen ongeval en klachten zich niet rechtstreeks laat aantonen en dat de klachten evenmin te herleiden zijn tot medisch vaststelbare afwijkingen’ (ov. 3.3 HR).

De hoge raad is van oordeel dat het hof, met deze in cassatie niet bestreden overweging, tot uitdrukking gebracht heeft dat ‘het ontbreken van een specifieke, medisch aantoonbare verklaring voor de klachten in die zin voor risico van de veroorzaker van het ongeval komt, dat dit niet in de weg staat aan het oordeel dat het bewijs van het oorzakelijk verband geleverd is’ (ov. 3.5 1, in fine).

Vervolg recente rechtspraak inzake gevaarstelling; de ‘omkeringsregel’

Een rechtsgebied dat de laatste jaren de aandacht vraagt bij dit onderwerp is het *arbeidsrecht*, met name de werkgevers aansprakelijkheid. Een recent arrest dat naadloos in de eerder beschreven ontwikkeling past is het arrest *Fortes – Smits*

104. HR 8 juni 2001, *NJ* 433.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

uit 1996.¹⁰⁵ De gecompliceerde casus komt hierop neer dat de matroos Fortes op het verkeerde moment (plotseling opkomende windhoos met windkracht 12) op de verkeerde plaats stond (ponton die ingelegd werd) en bij een val in een ruim ernstig letsel oploopt (dwarslesie). Hij kon niet weg om voor het noodweer te vluchten, aangezien – zoals hij stelt – een ladder ontbrak waardoor hij van het ponton naar het dek had kunnen klimmen. Dat was in strijd met de veiligheidsvoorschriften, evenals de omstandigheid dat hij op het ponton stond ten tijde van het ongeval (en niet op het dek). De toedracht van het ongeval was onduidelijk, en daardoor ook of de aanwezigheid van de ladder enig verschil uitgemaakt zou hebben op de noodlottige afloop. Het hof belast Fortes met het bewijs van het causaal verband, hetgeen door de hoge raad gecorrigeerd wordt, met de overweging:

‘De veiligheidsvoorschriften waarop Fortes zich aldus heeft beroepen (waarvan in cassatie veronderstellenderwijs moet worden aangenomen dat zij te dezen hadden moeten zijn gevolgd) strekken naar hun aard ertoe de bij het leggen van pontons betrokkenen te beschermen tegen het gevaar dat daarbij ongelukken gebeuren. Dat brengt – voor zover thans van belang – mee dat, nu het gevaar waartegen deze voorschriften Fortes beoogden te beschermen zich heeft verwezenlijkt, het aan Smits was om te stellen en zo nodig te bewijzen dat inachtneming van deze veiligheidsvoorschriften het ongeval waarschijnlijk niet had kunnen voorkomen’ (ov. 5.4).

Net als in het verkeersrecht het geval bleek bij de *tegendraadse fietser*, was dit echter geen novum in de rechtspraak. In het *Windmill-arrest* van 1974 was in wezen dezelfde regel aanvaard.¹⁰⁶ Nu betrof het hier, evenals in de *Fortes-zaak*, schending van geschreven zorgvuldigheidsnormen, in de traditie van het *Versluis-arrest*; het gaat echter soms ook om ongeschreven veiligheidsnormen. Een voorbeeld daarvan is het arrest *Cijsouw – De Schelde* uit 1993, waarin een werkgever aansprakelijk gehouden wordt voor een hem onbekend gevaar (de asbestziekte mesothelioom) wanneer hij de (ongeschreven) veiligheidsvoorschriften ten aanzien van een ander, bekend gevaar (de asbestziekte asbestose, of asbestlong) niet inachtgenomen heeft. Indien niet duidelijk is in welke periode de werknemer de fatale ziekte opgelopen heeft, mag het risico van de vaststelling daarvan niet ten laste van de werknemer gebracht worden, oordeelde de raad: ‘De Schelde kan zich er niet beroepen dat Cijsouw, die gedurende de gehele duur van zijn dienstverband is blootgesteld aan asbeststof, het fatale asbestkristal mogelijk heeft binnengekregen in een eerdere periode van zijn dienstverband, toen haar van het ontbreken van dergelijke maatregelen geen verwijt viel te maken’ (ov. 3.10).¹⁰⁷ Een ander voorbeeld van toepassing van de gevaarsregel in geval van schending van

105. HR 6 dec. 1996, *NJ* 1997, 398. Zie uitvoerig onder, Hfdst. 12, § 10, nr 2.

106. HR 21 juni 1974, *NJ* 453, nt GJS; zie onder, Hfdst. 11, § 2, nr 3, causaliteit.

107. HR 25 juni 1993, *NJ* 686, nt PAS; *TMA* 1994, p.93, nt Van Dunné. Dat het hier om ongeschreven veiligheidsnormen gaat blijkt uit het arrest *Janssen – Nefabas*, *NJ* 1990, 573, dat door de HR aangehaald wordt. Zie voor een recente toepassing van deze regel: HR 17 nov. 2000, *NJ* 2001, 596, *Unilever – Dikmans*: bij nalaten van het treffen van veiligheidsmaatregelen in geval van blootstelling aan gevaarlijke stoffen wordt causaal verband aangenomen, zonder dat de werknemer voldaan hoeft te hebben aan stelplicht of bewijslast dat de aandoeningen het gevolg zijn van werkomstandigheden. Zie voor dit arrest onder, Hfdst. 12, § 10, nr 3, werkgeversaansprakelijkheid.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

ongeschreven veiligheidsnormen is te vinden in het arrest *Haaglanden-Nuts – Hofman*, HR 1 juli 1993, *NJ* 667, nt PAS, waarbij de werkgever nalatig bleef om de werknemer te informeren over een beweerd disfunctioneren, waardoor diens labiele psychische gesteldheid verergerde en tenslotte overging in arbeidsongeschiktheid.

Nog enkele rechtsgebieden vragen onze aandacht op het gebied van gevaarzetting, in staccato. De *aansprakelijkheid van de wegbeheerder* was aan de orde in het arrest *Annema – Staat* van 1996; daarbij ging het om de vraag of voor de wegbeheerder geacht wordt voldoende voor slipgevaar gewaarschuwd te hebben door (via een bord) voor opspattende stenen te waarschuwen.¹⁰⁸ Is die combinatie van gevaren van algemene bekendheid? Het hof meende van wel, de hoge raad casseert, waaruit blijkt dat ten aanzien van voorzienbaarheid een streng regime heerst met betrekking tot het rekening houden met de onvoorzichtigheid of onoplettendheid van verkeersdeelnemers, hetgeen leidt tot een versterkte waarschuwingsplicht.

Deze causaliteitsregel heeft de hoge raad in een arrest uit 1992 toegepast op *zaaksschade*, de uitspraak inzake de *Diemense bussluis*.¹⁰⁹ Dit aspect van dat arrest heeft nog weinig aandacht getrokken in de literatuur. De cassatierechter had eerst overwogen dat wanneer een gemeente de veiligheid van de weg als gevolg van aanleg van een bussluis (een gat in de weg waar alleen bussen kunnen passeren en personenauto's in het gat terecht komen) niet kan waarborgen, zij van een zodanige inrichting van de weg dient af te zien. Het scheppen van een gevaarlijke situatie was niet gerechtvaardigd door het verkeersbelang, en derhalve onrechtmatig. Maar dan slaat de *Versluis*-regel toe, in het nadeel van de eigenaar van de auto: de verkeersovertreding van de bestuurder, het negeren van het verkeersbord, brengt met zich dat de schadelijke gevolgen daarvan de overtreder toegerekend worden, ook wanneer deze in het concrete geval buiten de lijn der normale verwachting liggen.

Een uiterst onbevredigend en inconsistent arrest: ook de gemeente had immers een veiligheidsnorm overschreden als wegbeheerder, welke norm toch wel aanzienlijk zwaarder geacht kan worden dan het schenden van een verkeersnorm door een verkeersdeelnemer (over het hoofd zien van een verkeersbord). Waar het mij hier om gaat is dat onze gevaarsregel wederom toegepast wordt, zij het op minder gelukkige wijze. Het gevaarskarakter van schending van de eerstgenoemde norm blijkt reeds hieruit dat er al 40 ongelukken met een bussluis geweest waren met total loss van de auto en veelal verwonding van inzittenden tot gevolg (zoals in casu). Geen echt begrijpelijke jurisprudentie, wat mij betreft.

Op het gebied van aansprakelijkheid voor *letselschade bij sport en spel* valt te wijzen op het vrij recente arrest van de *gedisloqueerde turnster*.¹¹⁰ Een meisje van 14 komt bij een oefening in de ringen ('disloque') ongelukkig ten val

108. HR 6 sept. 1996, *NJ* 1998, 415, nt CJHB; zie onder, Hfdst. 12, § 4, nr 4. Bij wegwerkzaamheden komt een automobilist in de schemer in een laag grind langs in de berm, raakt van de weg, en komt tegen een boom tot stilstand, met letsel tot gevolg.

109. HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547, nt CJHB, *Gemeente Diemen - Rep-Tax*, m.b.t medeschuld taxi-chauffeur; zie onder, Hfdst. 12, § 4, nr 4.

110. HR 6 okt. 1995, *NJ* 1998, 190, nt CJHB, *Hilbrands en Chr. Gymnastiekver. Oranje-Nassau – Veenhoven*; zie onder, nr 11.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

(dwarslesie); de trainer had geen ervaring op dat onderdeel, hetgeen de turnvereniging bekend was. Onduidelijk was de toedracht van het ongeval en het aandeel van de trainer daarin; de crux is weer de vraag of er causaal verband bestaat tussen het niet treffen van vereiste voorzorgmaatregelen door de vereniging en het letsel van het turnstertje. De hoge raad oordeelt dat het hof terecht in zijn beoordeling uitgegaan is van de regel 'dat het niet naleven van een veiligheidsnorm meebrengt dat ook letsel dat buiten de normale lijn der verwachting ligt, aan de overtreder van die norm moet worden toegerekend'.

Tenslotte geef ik nog enkele voorbeelden van toepassing van de gevaarsregel op andere rechtsgebieden. Bij *produktenaansprakelijkheid* is een stereotyp probleem de vaststelling of het gebrek reeds aanwezig was bij het in het verkeer brengen van het produkt, of dat er sprake was van een verkeerde behandeling ervan door de gebruiker. In het *Pepsi-Cola*-arrest van 1993, oordeelde de hoge raad dat de vraag naar het in het verkeer brengen van een gebrekkig produkt en of het gevaar niet eerder had kunnen worden ontdekt, niet aan de orde was aangezien de producent die de bewijslast daartoe droeg geen feiten daaromtrent gesteld had.¹¹¹ Ook in het arrest *Hoge Drukketel II* werd op grond van een vermoeden de bewijslast ten aanzien van de gebrekkigheid van het produkt omgekeerd en op de fabrikant gelegd, vgl. HR 15 mrt 1996, VR 221.

De aansprakelijkheid voor *gebouwen* vormt heel recent een nieuw toepassingsgebied voor de gevaarzettingsregel, zie: HR 20 oktober 2000, NJ 700, *afgebrande loods*, schending van ongeschreven veiligheidseisen met betrekking tot brandveiligheid (gebruik van onbrandbaar isolatiemateriaal), alsook een arrest van dezelfde datum, 20 oktober 2000, inzake *damdoorbraak* (uit enkele feit van de doorbraak kan afgeleid worden dat de schade veroorzaakt werd door ondeugdelijkheid van de dam).¹¹²

Op het gebied van *opdracht, dienstverlening*, valt te noemen het geval van de notaris die laakbaar handelde doordat hij een client niet gewezen had op financiële risico's bij een voorliggende transactie, ten aanzien waarvan hij een onderzoekplicht had.¹¹³ Interessant is een toepassing van de gevaarzettingsregel op een terrein dat dicht tegen de dienstverlening aanligt, de aansprakelijkheid van *bestuurders van rechtspersonen*.¹¹⁴ In een arrest van 1996, *Bodam Jachtservice* was de inzet van een geding of een commissaris zijn toezichthoudende taak onbehoorlijk vervuld had, zoals door de curator gesteld was. De laatste is met het bewijs daarvan belast, maar dat ligt anders wanneer zoals in casu het bestuur niet voldaan heeft aan zijn wettelijke verplichtingen tot boekhouden en openbaar maken van de jaarrekening. In dat geval, zo overweegt de hoge raad, mag van de commissaris verwacht worden dat hij 'voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de curator, teneinde deze aanknopingspunten voor *eventuele* bewijslevering te verschaffen'. Het door mij geursiveerde 'eventuele' is hier van grote betekenis, zoals zal blijken. Wat is namelijk het geval?

111. HR 24 dec. 1993, NJ 1994, 214; zie onder, Hfdst. 12, § 6, nr 6.

112. NJ 2001, 118, nt ARB. Zie uitvoerig onder, Hfdst. 12, § 4, nr 3.

113. HR 18 dec. 1992, NJ 1994, 91, nt EAAL, *Franken – Pieter H. (Dicky Trading I)*, zie boven, nr 9. Het vervolg is: HR 26 jan. 1996, NJ 607, nt WMK, *Dicky Trading II*.

114. HR 28 juni 1996, NJ 1997, 58, nt Ma. De hier volgdende passage verscheen eerder als onderdeel van mijn eerder genoemde artikel in de Grotius-bundel, *Aansprakelijkheid: gronden en grenzen*, 2001, p.63.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

Op het eerste gezicht lijkt hier niet meer aan de hand te zijn, hoe belangwekkend ook, dan een ‘verzwaarde stelplicht’ bij de wederpartij van de partij die met bewijs belast is, zoals ook annotator Maeijer opmerkt.¹¹⁵ Bij nader inzien is die schijn bedrieglijk; de raad vervolgt namelijk door te overwegen dat commissaris Br., die met het toezicht op de financiële administratie was belast en die signalen ontvangen had dat bestuurder D. tekortschoot in de nakoming van zijn verplichtingen, ‘dan ook had dienen aan te geven welke initiatieven hij heeft ontwikkeld om aan zijn toezichthoudende taak als commissaris inhoud te geven’. Het bijeenroepen van een algemene vergadering en het daar uiten van zorgen over de financiële en administratieve situatie acht de cassatierechter daarbij onvoldoende (indien het hof zich daarop gebaseerd zou hebben).

Naar mijn mening is hier de ‘verzwaarde stelplicht’ van gedaagde geruisloos overgegaan in een bewijslast; immers, indien de commissaris aan de aldus geformuleerde stelplicht voldoet, valt er voor eiser niets meer te doen. Met name indien de commissaris geen andere concrete handelingen als toezichthouder kan aannemelijk maken, is eiser in zijn bewijs geslaagd, preciezer gezegd, daar komen wij niet aan toe, hij kon met het voldoen aan zijn stelplicht volstaan (zie boven, het *De Heel*-arrest). Vandaar dan ook dat de hoge raad sprak van de ‘eventuele’ bewijslevering van eiser. Ik weet het, de overweging is verpakt in het wollige ‘verschaffen van aanknopingspunten’, maar de boodschap is luid en duidelijk. Indien men echter, met a-g Asser, daarin bijgevallen door Van Schilfgaarde, de verzwaarde stelplicht ziet als ‘het gevaar van het langzaam afdrijven in de richting van een bewijsomkering’ (*sic!*), zal men wellicht op een nog duidelijker uitspraak van de cassatierechter willen wachten. Dat is vermoedelijk een kwestie van tijd, gezien de beschreven rechtsontwikkeling op belendende percelen.

Het lijkt mij daarbij geen soulaas te bieden om zich te verschuilen achter de ‘bijzondere omstandigheden’ die nodig zijn om een verschuiving van de bewijslast te rechtvaardigen (alsdus Van Schilfgaarde onder *Møkster Shipping*).¹¹⁶ Dat lijkt een open deur, althans een criterium met gering onderscheidend vermogen. Het bijzondere van bijzondere omstandigheden is immers dat deze vaak tevoren al vast liggen in de aard van de rechtsverhouding(en) van partijen, de handelwijze van partijen (genomen

115. Aldus ook Van Schilfgaarde in zijn noot onder het *Møkster Shipping*-arrest, *NJ* 1999, 684. Zie voor de figuur van de ‘verzwaarde stelplicht’ onder, Hfdst. 12, § 1, nr 7, bewijs en aansprakelijkheid.

116. Het gaat hier om de ontwikkelingen na het arrest *Romme – Bakker*, *NJ* 1994, 766, waar de HR de mogelijkheid van omkering van de bewijslast geopend heeft wanneer ‘het zozeer voor de hand ligt dat degeen die volledige zeggenschap had over de vennootschap belast wordt met het bewijs’ dat hij wist noch behoorde te weten dat de vennootschap niet of niet binnen redelijke termijn aan een verplichting zou kunnen voldoen en ook geen verhaal zou bieden.

Langemeijer noemt slechts Wertheim met zijn ‘aktiviteitstheorie’: het met risico belasten van personen die in verhouding staan tot de bewerkte of oorzaak van de schade zal het algemeen belang ten goede komen, omdat het hen ‘zal prikkelen tot een activiteit die althans kans heeft het risico te beperken’, door het treffen van voorzorgsmaatregelen. Zie: *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht, Studiepockets privaatrecht* nr 14, 6e dr. 1994 (Schrage), p.74 v. Dit staat haaks op wat veel rechtsekonomen tegenwoordig voorstaan (Faure c.s.), die dit effect van het *schuldbeginsel* verwachten, zo ook Van den Bergh. Zie ook onder, nr 12.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

risiko's) en de daarbij geldende zorgvuldigheidsnormen, uiteraard in de context van de casus, de feitelijke toedracht. Het kan aldus van de concernverhoudingen of de positie van een quasi-bestuurder afhangen of de regel van 'zozeer voor de hand ligt', etc., toepassing kan vinden.

Daarmee heeft de gevaarzettingsleer ook in vennootschapsland haar intrede gedaan; dat zal even wennen zijn.

Het is natuurlijk niet zo dat de gevaarzettingsleer altijd opgaat, dat blijft sterk gebonden aan de omstandigheden van het geval, de verhouding van partijen, en dergelijke. In cassatie is de hoge raad op zijn beurt sterk gebonden, niet alleen aan de genoemde factoren, maar vooral aan de wijze waarop deze door de feitenrechter vastgesteld zijn, waarbij ook waarderingsfactoren meespelen, op intuïtieve gronden. Getuigen spreken niet slechts op papier, hun betrouwbaarheid berust vaak ook op de werkelijke presentatie ter zitting, die de rechter laat meewegen, maar waarbij de *NJ*-lezer met gissingen achterblijft. Ook kan meespelen dat niet alle feiten op behoorlijke wijze vastgesteld zijn, en bepaalde stukken die wèl in het dossier voorkomen, een grote rol gaan spelen. In enkele arresten waarin de cassatierechter niet tot toepassing van de risikoleer kwam, zijn deze elementen aanwezig. Ik volsta hier met een korte bespreking van die arresten.

In het *roldeur*-arrest, HR 28 jan. 2000, *NJ* 2001, 142, *Hallers – Rolflex Oost-Nederland*, had directeur Hallers de zware 'overheaddeur' van een bedrijfshal die vastzat en maar niet gerepareerd werd door Rolflex, in arren moede met een vorkheftruck opengemaakt – hij had de ruimte dringend nodig, Rolflex, die dat wist, was op die bewuste dag niet komen opdagen voor de reparatie. Bij het sluiten gaat het fout: de deur valt naar beneden en verbrijzelt zijn voet. Rolflex zegt dat zijn monteur tevoren gewaarschuwd had dat de beveiliging niet funktioneerde, hetgeen echter niet is komen vast te staan. Het hof, daarbij terugkomend op een eerder oordeel in andere zin, overweegt dat 'achteraf gebleken is' dat 'kennelijk' een waarschuwing Hallers niet ervan weerhouden zou hebben om de deur op deze riskante wijze te openen. Een waarschuwing die volgens het hof 'besloten lag' in de waarschuwing dat de deur niet gebruikt mocht worden en de uitleg wat de reparatie inhield. De raad laat deze beoordeling van het hof in stand.

In het arrest *Ter Hofte – Oude Monnik Motors (lekkende oliekoeler)* was een motorrijder in 1993 ten val gekomen, die aanvoert dat dit veroorzaakt werd doordat een oliekoeler, die enkele weken tevoren was gerepareerd door Oude Monnik, lekte waardoor oliedruppels op het profiel van de achterband terecht gekomen waren, hetgeen tot gevolg had dat hij geslipt was in een flauwe bocht.¹¹⁷ Ter Hofte stelt het garagebedrijf voor zijn schade aansprakelijk uit wanprestatie. Het ongeluk gebeurde in Duitsland, en een zwak punt in het verhaal van Ter Hofte was dat hij tegen de duitse wegenpolitie direct na het ongeluk verklaard had dat hij een rijfout gemaakt had (hij was in een flauwe bocht van de weg geraakt), en dat het procesverbaal niet repte van oliesporen op de weg; bovendien stond niet vast hoeveel olie precies, en op welke wijze, gelekt was, en welk effect dat kon hebben op het rijgedrag. Bij zoveel onzekerheid

117. HR 19 jan. 2001, *NJ* 524; AA 2001, p. 452, nt Hartlief. Zie ook, kritisch, L.H.J. Mölenberg, *NTBR* 2001, p. 248.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

volgt de hoge raad het hof in zijn beoordeling en stelt daarbij vast dat hier geen aanleiding is om de ‘omkeringsregel’ bij gevaarzetting toe te passen, omdat het gevaar in kwestie, namelijk het slipgevaar alsook het slippen, niet was komen vast te staan. Daarmee was aan de formule van ‘het in leven roepen van gevaar, dat zich vervolgens verwezenlijkt heeft’, niet voldaan en kon toepassing daarvan niet plaatsvinden. Ter Hofte bleef dus met de bewijslast opgezadeld, die onoverkomenlijk gebleken was, hij vloog dus weer uit de bocht.

Conclusies. Scheppen van risico's als toerekeningsfaktor: een historische cirkel
Ik kom tot een afronding van dit onderwerp. Wij zagen dat de gevaarzettingsleer op talloze rechtsgebieden voorkomt en daar aan de betreffende specialisten bekend is, maar bij veel juristen nog geen algemene bekendheid geniet. Ik noem slechts: verkeersrecht, medische aansprakelijkheid, arbeidsrecht, milieu-aansprakelijkheid, aansprakelijkheid van de wegbeheerder, opdracht (dienstverlening), sport en spel; bij de produktenaansprakelijkheid geldt een vergelijkbare regel, evenals bij aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen. Het is onderhand een algemene regel geworden, een uitzondering die langzamerhand de status van regel gekregen heeft, overal waar sprake is van het scheppen van risico's, van gevaarssituaties. ‘Een geschapen risico, dat zich vervolgens verwezenlijkt heeft’, heet het doorgaans in de jurisprudentie, een terminologie die ook voorkomt in de nieuwe artikelen voor kwalitatieve aansprakelijkheid die in 1992 ingevoerd werden, art. 6: 173 v. (zaken, gebouwen, dieren, e.d.).

De kernvraag was of er normen bestaan die bij schending een onrechtmatige daad opleveren die, aangezien het om schending van een verkeers- of veiligheidsnorm gaat, tot een vereenvoudigde vorm van toerekening kunnen leiden, met name van het causaal verband. Bij het bespreken van de recente, vaak spectaculaire rechtspraak op dit gebied merkte ik al enkele malen op dat er niet van een novum in de jurisprudentie op dat specifieke terrein sprake was; vaak was al jaren, soms decennia tevoren een soortgelijke uitspraak door de hoogste rechter gedaan, die meestal onder het stof geraakt was, ook in studeerkamers. Met de nieuwigheid van deze tendens in de rechtspraak is het echter nog ernstiger gesteld: de geschetste nieuwe leer van de hoge raad doet sterk denken aan hetgeen in de doktrine rond de vorige eeuwwisseling speelde. Allereerst op het gebied van oorzakelijk verband, de causaliteitsleer van Paul Scholten, Ribbius, Bruins, e.a., waarbij de ‘verhoogde kans’ het centrale element was.¹¹⁸ Ook hier blijkt weer: *Alles ist schon dagewesen*. Terugblikkend is het opmerkelijk hoe weinig de hedendaagse doktrine oog gehad heeft voor deze ontwikkeling, althans indien men de recente beschouwingen van bewerkers van Asser-serie, studieboeken en compendia-achtige werken beziet. Ook is opvallend hoe vaak de hoge raad corrigerend moet optreden in de beschreven

118. Van Schellen flirtte er wat mee, maar koos in zijn proefschrift uit 1972 tenslotte voor zekerheid (daartoe door zijn promotor G.J. Scholten aangespoord); in zijn boek *Toerekening naar redelijkheid* van 1985 heeft hij er al weer meer oog voor, maar slaat dan door met de TNR, als ‘afrekening naar volledigheid’, zoals destijds het commentaar van de haagse balie luidde.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

rechtspraak ten aanzien van lager rechters die de jurisprudentie niet in de vingers blijken te hebben.

Daarmee is in het aansprakelijkheidsrecht in ruime zin qua toerekening de cirkel rond, niet alleen historisch, maar vooral inhoudelijk. Niet uit te sluiten valt dat sommigen hier van de quadratuur van de cirkel zullen spreken. Dat zal zeker het geval zijn wanneer men openlijk verkondigt dat de gevaarzettingsleer rechtsgeschiedenis geworden is, of wanneer men nog steeds de toerekening naar redelijkheid niet voor vol aanziet.

Voor de recente ontwikkelingen in de rechtspraak op dit gebied wordt verwezen naar de bespreking van causaliteit, waar de toepassing van de ‘omkeringsregel’ de laatste jaren een grote vlucht genomen heeft, Hoofdstuk 11, nr 6 v. Daar vindt men ook het *legionella*-arrest van 29 november 2002 besproken, waarin de hoge raad een veel strengere maatstaf aanlegt ten aanzien van aansprakelijkheid voor onbekende gevaren dan wij hierboven tegenkwamen, bijvoorbeeld in het *taxus*-arrest en het *Shell*-arrest.

11. Aansprakelijkheid bij sport en spel, vriendendiensten, sociaal verkeer. Stoeien en dollen; ongelukkige samenloop van omstandigheden en toeval

Er kan van gevaarzetting sprake zijn in een situatie die men zelf gezocht heeft; te denken valt aan het deelnemen aan een sport, zeker als deze als ‘gevaarlijk’ bekend staat - wanneer ‘voetbal oorlog is’, weet men wat er te wachten staat, maar ook onschuldige sporten als tennis hebben de *NJ* gehaald - en meedoen aan een spelletje dat uit de hand loopt en in ieder geval ongelukkig afloopt. En dan zijn er de ongelukjes die in zich het sociale verkeer afspelen: dat kan variëren van iemand omverlopen of ten val brengen op de stoep, tot het omge-stoten wijnglas op een feestje waardoor het vloerkleed geruïneerd wordt, of het op de bril van de gast-vrouw gaan zitten die op een stoel lag. Er kan een vriendendienst verricht zijn waarbij de goede bedoelingen overheersten maar niet door vakmanschap ondersteund werden: op de vlissing stapt de amateur-klusjesman door het plafond (met schade aan een beeld van saksisch porselein dat eronder stond); een vakantie-oppas geeft de planten zo ruim water dat het parket krom trekt, of de huisvriend helpt bij het ophangen van de kerstversiering en raakt met de elleboog de bril van een kennis. Deze gevallen halen de juridische pers, en soms zelfs de rechter, omdat doorgaans de onhandige, ongelukkige of door pech achtervolgde persoon tevergeefs bij zijn verzekeraar aangeklopt heeft; deze weigert op grond van de WA-verzekering de schade te vergoeden aangezien niet onrechtmatig gehandeld zou zijn wegens gebrek aan schuld of onrechtmatigheid.¹¹⁹

Vaak is er, los van een bepaald risico dat gelopen wordt en dat verwaarloosbaar of aanzienlijk kan zijn, sprake van een stom toeval, een samenloop van omstandigheden die de hoge raad eens typeerde als ‘een ongelukkige samenloop

119. Meestal wordt de AVP-verzekeraar door de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf in het gelijk gesteld. Zie voor deze materie: H.L.J. Roelvink, *Omgestoten wijnglazen en andere ongelukjes*, in: *CJHB*, Brunner-bundel, 1994, p. 325, waaraan de meeste voorbeelden ontleend zijn.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

van omstandigheden'. Dat kan op het sportveld het geval zijn wanneer een sliding iets te fors uitvalt, op kantoor of op de werkvloer waar wat gestoeid of gedold wordt met elkaar en men ongelukkig terecht komt, tijdens een feestje of een gezamenlijke wandeling waarbij men in een scherf trapt, op een opzweepende tak stapt, of gewoon na een duwtje struikelt en verkeerd terecht komt. Wat dit type gevallen met elkaar verbindt, is dat de rechter of verzekeraar het standpunt inneemt dat geen sprake is van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Of er een interne consistentie in deze groep van gevallen is waar te nemen, valt nog te bezien, en staat niet op voorhand vast. Bij de beoordeling van dergelijke gevallen wordt een aantal vragen opgeworpen:

- zijn er (spel)regels die van invloed zijn op de vaststelling van onrechtmatigheid van de handeling?
- moet betekenis toegekend worden aan het aspect van *risiko-aanvaarding* door de gelederde?
- welke betekenis heeft het vriendendienstkarakter van de handeling voor de aansprakelijkheid?
- welke betekenis heeft de vriendschapsband of het sociale contact voor de aansprakelijkheid?
- is er een grens aan te geven waarbij wèl van aansprakelijkheid sprake zou zijn?
- waar ligt de grens van wat als spel opgevat kan worden, en van deelname eraan?
- welke invloed heeft de verzekering op aansprakelijkheid?

Bij de behandeling van dit onderwerp wordt allereerst ingegaan op de situatie van *sport en spel*.¹²⁰ In twee arresten uit 1990 en 1991 heeft de hoge raad het uitgangspunt voor aansprakelijkheid voor bij beoefening van sport toegebracht letsel neergelegd. Daarbij ging het om een rustige (amateur-)sport: tennis, en een wat ruwere: voetbal. In het eerste arrest wordt bepaald dat er in een sportsituatie zwaardere eisen gesteld moeten worden voor het aannemen van onrechtmatigheid van de schade toebrengende handeling dan daarbuiten het geval is. Een opmerkelijk detail was dat de fatale bal geslagen werd toen het spel stillag, tussen twee games, waaruit de gelederde de hoop geput had dat het spellement niet zou overheersen bij het vaststellen van onrechtmatigheid van de handeling. In het tweede arrest wordt ingegaan op de betekenis van het overtreden van spelregels voor de onrechtmatigheid van de gedraging (in casu: natrappen) en doet de hoogste rechter een veel aangehaalde uitspraak over de rol van de figuur van risikoaanvaarding. Als 'afzonderlijke rechtsfiguur' wordt risikoaanvaarding afgewezen; dat wil echter niet zeggen dat die figuur verder zonder betekenis zou zijn. Allereerst volgen hier beide uitspraken; daarna wordt nog ingegaan op de strekking ervan.

120. Zie voor dit onderwerp ook C. Boon, *De verhouding tussen sportregel en spelregel*, AA 1996, p. 23, met verdere lit.; A.T. Bolt, preadv. NJV 1996, p. 186; N.K. van Mullem, *Risico's en aansprakelijkheid*, Serie Sport en recht, Kluwer, Deventer, 1995. En verder: *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162 lid 2, aant. 212.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

In de zaak van de ongelukkig geslagen *tennisbal* komt de casus naar voren in de overwegingen van de hoge raad¹²¹:

‘3.1. (...) Op 12 febr. 1985 speelden Nijgh en Heeck met twee anderen een herendubbelpartij tennis op een binnenbaan van het tennispark Overhout te Haarlem. Na afloop van een game heeft Nijgh een aantal ballen naar de andere helft van de baan geslagen, waarbij Heeck, die zich toen op die andere helft bevond, door een bal aan het rechteroog is getroffen.

Heeck heeft hierdoor het gezichtsvermogen van dit oog verloren. Hij heeft in dit geding een bedrag gevorderd van f 40 094 ter zake van materiele en immateriele schade, waartoe hij heeft gesteld dat Nijgh de bedoelde bal - terwijl het spel dood was - zo krachtig en onoplettend heeft geslagen, nl. door niet op te letten, waar de bal terecht zou komen, dat hij op die grond onrechtmatig jegens Heeck heeft gehandeld.

3.2. De rechtbank heeft deze vordering afgewezen op de gronden, kort samengevat, dat Heeck door deel te nemen aan een partij tennis zich heeft blootgesteld aan het risico dat hij door een tennisbal zou worden getroffen, ook bij het overbrengen van de ballen tussen twee games en dat, daarvan uitgaande, niet gebleken is van een onrechtmatige gedraging van Nijgh.

Het hof heeft de daartegen gerichte grieven verworpen.

3.3. Het middel aanvaardt de juistheid van het uitgangspunt van rechtbank en hof dat bij het oordeel of een deelnemer aan een partij tennis onrechtmatig heeft gehandeld door een gedraging waardoor aan een andere deelnemer letsel is toegebracht, voor het aannemen van onrechtmatigheid zwaardere eisen moeten worden gesteld dan wanneer die gedraging niet in het kader van de voormelde spelsituatie zou hebben plaatsgevonden.

Het middel voert daartegenover in hoofdzaak aan dat een spelsituatie waarvoor dit uitgangspunt geldt, zich ten tijde van het onderhavige ongeval niet voordeed, omdat dit ongeval is geschied op een tijdstip dat niet meer werd gespeeld, maar slechts tussen twee games de (voor het spel benodigde) ballen van de ene naar de andere speelhelft werden overgebracht. De hierop gerichte klachten falen. Het hof heeft niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat Nijgh en Heeck zich ook bij het overbrengen van de ballen tussen twee games in een situatie bevonden waarin bij de beoordeling van de eventuele onrechtmatigheid van de gedragingen van Nijgh het voormelde uitgangspunt had te gelden. Dit sterk met de feiten verweven oordeel behoefde ook geen nadere motivering. Voor zover het middel het hof verwijt te hebben aangenomen dat ‘de sfeer van het spel ook gedurende de meer bedoelde wisselperiode voor wat betreft het risico om door een bal te worden getroffen dezelfde is als tijdens het spelen van de games’, mist het feitelijke grondslag, nu het hof dat ervan is uitgegaan dat het ongeval tijdens de wisselperiode heeft plaatsgevonden, kennelijk uitsluitend deze periode in zijn oordeel heeft betrokken.

Voor zover het middel voorts - in het bijzonder in onderdeel 3 - een afzonderlijke klacht bedoelt te richten tegen het gedeelte van ‘s hofs r.o. 4.2, waarin het hof in verband met de hier voor onrechtmatigheid te stellen eisen spreekt van ‘handelen met, in de sfeer van het spel, grove onvoorzichtigheid’, faalt het eveneens. Het hof heeft met deze wending tot uitdrukking gebracht dat gedragingen in het kader van het tennis spel, die buiten de spelsituatie onvoorzichtig en daarom onrechtmatig zouden zijn geweest, binnen de spelsituatie dit karakter niet behoeven te hebben, omdat de deelnemers aan het spel gedragingen waartoe het spel uitlokt, waaronder onvermijdelijk van tijd tot tijd ook misslagen, over en weer van elkaar hebben te verwachten, terwijl een dergelijke gedraging niet onzorgvuldig wordt op de enkele grond dat zij door een ongelukkige samenloop van omstandigheden tot gevolg heeft dat een

121. HR 19 okt. 1990, *NJ* 1992, 621, *Heeck - Nijgh*, nt CJHB, onder nr 622. Zie ook Hartlief en Tjittes, Het spel en de knikers, *VR* 1992, p. 57; Schoordijk, *WPNR* 6022/23 (1991); Van Dam, *NTBR* 1992, p. 110.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

der deelnemers ernstig letsel oploopt. Aldus opgevat geeft 's hofs voormelde overweging geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.'¹²²

In het *natrap*-arrest ging het om een incident waarbij tijdens een voetbalwedstrijd in 1984 tussen Achilles 94 en Drachten 2 de speler Van der Heide aan zijn knie gewond geraakt was ('loshangende flarden en losse kraakbeenstukken') door een schop van zijn tegenstander Dekker toen hij niet meer in het bezit van de bal was (natrappen dus).¹²³ De hoge raad overweegt als volgt:

'3.3. Uitgangspunt bij de behandeling van onderdeel 2b moet zijn dat de vraag of een deelnemer aan een sport als voetballen onrechtmatig heeft gehandeld door een gedraging waardoor aan een andere deelnemer letsel is toegebracht, minder spoedig bevestigend moet worden beantwoord dan wanneer die gedraging niet in het kader van de sportbeoefening zou hebben plaatsgevonden. De deelnemers aan een sport als voetballen hebben immers tot op zekere hoogte gevaarlijke gedragingen waartoe het spel uitlokt over en weer van elkaar te verwachten, terwijl gedragingen die een overeenkomstig gevaar in het leven roepen, buiten het kader van de sport door de deelnemers aan het maatschappelijk verkeer als regel niet van elkaar behoeven te worden verwacht en mede daarom veelal niet aanvaardbaar zijn. Kennelijk is ook het hof van deze maatstaf uitgegaan. Voor zover het onderdeel van een andere maatstaf uitgaat, faalt het.

Bij het vorenstaande verdient opmerking dat niet reeds het enkele overtreden van de spelregels, waaronder regels ter bescherming van de veiligheid van de spelers, onrechtmatig is. Wel is de overtreding van een spelregel een factor die meeweegt bij de beoordeling van de onrechtmatigheid. Het hof heeft zulks evenwel niet miskend. Het acht immers niet alleen mede relevant dat sprake is van een abnormaal gevaarlijke gedraging, maar spreekt ook van een gedraging 'buiten de regels van het spel'. Daarmede brengt het, mede gelet op de referentie aan het rapport van de scheidsrechter, tot uitdrukking dat er geen sprake meer was van een situatie waarin de beide betrokken spelers de bal aan het spelen waren en waarin juist het spel soms een ingrijpen van een speler kan eisen, waarbij de kans op letsel niet uitgesloten kan worden. Voor zover het onderdeel ervan uitgaat dat het hof heeft aangenomen dat reeds het enkele overtreden van de spelregels tot onrechtmatigheid leidt, mist het derhalve feitelijke grondslag.

Ook overigens faalt het onderdeel. Het hof heeft, ervan uitgaande dat het schoppen door Dekker van Van der Heide buiten de regels van het spel en abnormaal gevaarlijk was - verstaan als hiervoor weergegeven - met juistheid geoordeeld dat deze gedraging van Dekker een onrechtmatige daad jegens Van der Heide oplevert, die aan Dekker moet worden toegerekend. 's hofs oordelen zijn voldoende gemotiveerd.

3.4. Onderdeel 3 betoogt dat naar geldend recht 'aan 'risiko-aanvaarding' een eigen plaats met eigen rechtsgevolgen toe(-komt), nl. als zijnde een omstandigheid, die de onrechtmatigheid van een gedraging opheft en algeheel verval van aansprakelijkheid meebrengt". Dit betoog faalt. Noch in het huidige recht, noch in het NBW is er behoefte aan een afzonderlijke rechtsfiguur 'risiko-aanvaarding' in de zin van een rechtvaardigingsgrond van eigen aard die de onrechtmatigheid van een gedraging en daarmee ook de aansprakelijkheid opheft. Hetgeen men daarmee beoogt te bereiken gaat immers, naar gelang van de aard van het geval, volledig op in enerzijds de vraag of de gedraging in de gegeven omstandigheden jegens de benadeelde als onrechtmatig kan worden aangemerkt en anderzijds

122. Zie over de vraag of in een pauze van het spel, of direkt na afloop, het bijzondere aansprakelijkheidsregime nog moet gelden, recent: HR 28 mrt 2003, *NJ* 718, *Hettinga – De Vries* (letsel na wedstrijdspel 'Witmarsumer Merke'); HR 28 mrt 2003, *NJ* 719, *Broere – Kegel* (letsel bij uitrijden, c.q. sprints van schaatsers bij training). HR oordeelde dat sport- en spelsituatie gehandhaafd bleef.

123. HR 28 juni 1991, *NJ* 1992, 622, nt CJHB, *Dekker - Van der Heide (natrappen)*.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

die of aan de benadeelde omstandigheden kunnen worden toegerekend die aanleiding kunnen zijn (niet alleen tot een vermindering maar ook) tot een vervallen van de vergoedingsplicht naar de maatstaf van art. 6:101 NBW, zoals deze ook naar huidig recht toegepast pleegt te worden. Klaarblijkelijk is ook het hof hiervan uitgegaan, wanneer het in r.o. 4.2 overweegt: 'Risiko-aanvaarding in de zin van aansprakelijkheid voor de in beginsel aansprakelijke partij is moeilijk als een aparte rechtsfiguur in het rechtssysteem in te passen'.

3.5. Het hof heeft dan ook, na te hebben geoordeeld dat sprake was van een onrechtmatige daad, in zijn r.o. 4.2 en 4.3 terecht tot uitgangspunt genomen dat daarna nog diende te worden onderzocht of het letsel mede een gevolg was van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, hetgeen tot een vermindering of een geheel vervallen van de vergoedingsplicht kan leiden (art. 6:101 NBW). Dit uitgangspunt wordt door onderdeel 4 niet bestreden, evenmin trouwens als 's hofs, eveneens juiste, oordeel dat 'het enkele feit dat Van der Heide deelnam aan een voetbalwedstrijd, terwijl het (hem) bekend was dat er spelers zijn die dergelijke schoppen uitdelen, (...) nog niet tot de conclusie (leidt) dat Dekker niet of slechts ten dele jegens Van der Heide aansprakelijk is', bij welk oordeel het hof in aanmerking neemt (r.o. 4.4) dat 'een voetballer (...) van de andere spelers op het veld (mag) verwachten dat zij geen onnodig gevaar voor blessures veroorzaken'.

Onderdeel 4 betoogt slechts dat de r.o. 4.3 en 4.4 van het hof innerlijk tegenstrijdig zijn. Dit betoog faalt. Bekendheid met het feit dat er spelers zijn die 'dergelijke schoppen' - schoppen als die van Dekker - uitdelen en daarmee onnodig blessures veroorzaken, sluit immers niet uit dat een voetballer ervan mag blijven uitgaan dat de andere spelers op het veld zich behoorlijk zullen gedragen en niet onnodig blessures zullen veroorzaken.'

Allereerst enkele kanttekeningen bij de verwerping van de figuur van risico-aansprakelijkheid door de hoge raad, hetgeen in navolging van Asser-Hartkamp I, nr 454 v. gedaan lijkt te zijn. Kort na het arrest verscheen, ging van veel auteurs het parool uit dat onder het nieuwe BW de risico-aanvaarding taboe was. Dat is gelukkig weer bijgetrokken: als *zelfstandige* rechtsfiguur heeft zij afgedaan, maar de feitelijke risico-aanvaarding is volgens veel auteurs nog steeds een faktor van gewicht bij de vaststelling van aansprakelijkheid.¹²⁴ Nu werd het beeld wel erg zwart-wit getekend: alsof bij risico-aanvaarding de aansprakelijkheid steeds volledig opgeheven zou zijn, anders dan bij medeschuld het geval is.¹²⁵ Het is echter meer een kwestie van *mede-risico*, zoals ik eens betoogd heb, vergelijkbaar met medeschuld.

De invloed van spelregels kwam ook aan de orde in een geval van een ongelukkige worp bij een judoles, met whiplash-letsel tot gevolg; dit gebeurde nadat de instrukteur een stopcommando gegeven had. Het hof had daaraan groot gewicht toegekend en een onrechtmatige daad aangenomen, hetgeen de instemming van de hoge raad had.¹²⁶

124. Vgl. Brunner in zijn noot, en o.m. Van Maanen, *RmTh* 1992, p. 188; *NTBR* 1992, p. 107 (met Römer en Van Dam). De rechtspraak heeft vervolg gevonden in HR 24 jan. 1992, 302, *Kortekaas - Bethlehem*, en HR 11 dec. 1993, *NJ* 1993, 175, *Winterthur - Ziekenfonds*.

125. Aldus C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad 1*, art. 162 lid 2, aant. 206 (1997). Storend is ook dat volgens deze auteur, omdat hier sprake is van een rechtshandeling, de *wil* van de handelende doorslaggevend zou zijn; idem bij het begrip 'toestemming'. Is iedereen wel klaar voor de volgende eeuw?

126. HR 11 nov. 1994, *NJ* 1996, 376, nt CJHB, *De Wijs - Bergmans*; *NTBR* 1996, p. 61, nt Hartlief.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

De conclusie is dus dat men bij het sporten tegen een stootje moet kunnen: een blauwe plek, schram of schaafwond zijn ‘all in the game’, maar dat wil niet zeggen dat je alles hoeft te accepteren, zoals moedwillig letsel toebrengen, hetgeen bij natrappen het geval is. Dan hebben wij het gewoon over een onrechtmatige daad die op het sportveld gepleegd is. Denk aan het geval van de keeper van een zuid-amerikaanse club die erop betrapt werd dat bij het uitlopen een revolver uit de achterzak van zijn broekje gevallen was. Een beetje extreem misschien, maar ook in het gewone trap- en kopstootwerk waren zuid-amerikaanse clubs (Estudiantes!) in de jaren ‘60 en ‘70 de schrik van Europa in Wereld Cup-duels. In mijn jeugd was er een voetbalclub ‘EBOH’, die bekend stond als ‘Elf Boeren Op Hol’. Trouwens, ook bij het hockeyen herinner ik mij clubs die om hun ruwe spel bekend stonden.

Dat brengt ons op de vraag of ook een actie tot schadevergoeding tegen *de club* openstaat indien het sportevenement uit de hand gelopen is. Die vraag is bevestigend beantwoord door de president Rechtbank Amsterdam in het geval dat een voetbalvereniging een wegens ruw spelgedrag geschorste speler had opgesteld, die vervolgens een speler van de tegenpartij een drievoudige beenbreuk toebrengt.¹²⁷ In het arrest van de *gedisloqueerde turnster* (1995) heeft de hoge raad de club-aansprakelijkheid eveneens aanvaard.¹²⁸

In dit arrest is sprake van een ernstig ongeluk bij het turnen waarbij sprake was van een tekortschietende begeleiding van de jonge turnster Astrid Veenhoven (14) tijdens een riskante oefening in de ringen (‘disloque’), terwijl de trainer bovendien geen ervaring op dit onderdeel had, hetgeen de vereniging bekend was. De toedracht en de vragen die zich hier voordoen komen naar voren in de hier volgende overwegingen van de hoge raad:

‘3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Astrid Veenhoven, de op 1 december 1970 geboren dochter van Veenhoven, was in 1985 lid van de vereniging. Tijdens een turntraining op 28 januari 1985, die onder leiding stond van Hilbrands, is Astrid bij het onderdeel ‘disloque’ uit de ringen gevallen en ernstig gewond geraakt.

(ii) Hilbrands was in april 1984 als opvolgster van H.H. Janssen als turnleidster bij de vereniging gekomen. In een bestuursvergadering van de vereniging heeft zij toen tegen het bestuur gezegd ‘dat zij van het onderdeel ringen niet veel afwist’, waarop de reactie van het bestuur slechts was ‘dat ringen erbij hoorden’ en ‘dat het een onderdeel van het wedstrijdprogramma was’.

(iii) Tijdens de training op 28 januari 1985 werd de disloque in drie groepen geoefend. Tijdens deze oefening trad Ruud Willems op als helper/vanger bij het groepje waartoe Astrid behoorde. Hilbrands hield toezicht bij een eigen groepje.

(iv) Willems was een geoefende turner die tot de herselectie behoorde, maar hij had de disloque nimmer zelf uitgevoerd. Hij had wel voordien, en ook al geruime tijd onder leiding van voornoemde trainer Janssen, veelvuldig als helper/vanger bij de diverse turnonderdelen, waaronder de disloque, geassisteerd.

127. Pres. Rb. Amsterdam 9 juli 1992, *KG* 356; bevestigd door Hof Amsterdam 8 april 1993, *VR* 1994, 114. De president ging uit van art. 6:166, groepsaansprakelijkheid; het hof liet dat in het midden.

128. HR 6 okt. 1995, *NJ* 1998, 190, nt CJHB, *Hilbrands en Chr. Gymn. ver. Oranje-Nassau - Veenhoven*. Ik hoorde eens van een sportieve student dat een ‘disloque’ gewoon een ‘vogelnestje maken’ is.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

(v) Astrid was ten tijde van het ongeval een ervaren turnster die de disloque goed beheerste. De val als zodanig had niet voorkomen kunnen worden.

(vi) Niemand heeft de val van Astrid en het terechtkomen op de grond gezien of kan zich dat exact herinneren. Wel hebben de aanwezigen gezien dat Astrid na haar val met haar hoofd op de vloer, juist buiten de matten, lag. Er lagen onder de ringen, zoals te doen gebruikelijk, drie korte matten van elk 1,50 meter lang en 1 meter breed. De matten waren met klitteband aan elkaar vastgemaakt. De ringen hingen bij het uitvoeren van de oefening op reikhoogte.

(...)

3.2. In het onderhavige geding heeft Veenhoven gevorderd Hilbrands en de vereniging te veroordelen tot schadevergoeding aan welke vordering hij ten grondslag heeft gelegd dat het ongeluk te wijten is aan de onrechtmatige daad en de schuld van Hilbrands en de vereniging, en dat de vereniging tevens als werkgeefster van Hilbrands aansprakelijk is.

Het hof heeft de vordering toegewezen. Het heeft van beslissend belang geoordeeld of voldoende voorzorgsmaatregelen - waaraan naar 's hofs oordeel zeer strenge eisen moeten worden gesteld - waren getroffen om de gevolgen van de val te voorkomen, althans aanzienlijk te beperken. Op grond van de in rov. 3.4.1 - 3.4.5 van zijn arrest vermelde omstandigheden heeft het hof vervolgens geoordeeld dat Hilbrands onvoldoende zorgvuldig is geweest en dat dit haar is toe te rekenen. Hetzelfde verwijt treft, aldus het hof, ook de vereniging, die tevens als werkgeefster van Hilbrands aansprakelijk is op grond van art. 1403 lid 3 (oud) BW. Het heeft ten slotte geoordeeld dat het zeer ernstige letsel het gevolg is van het niet treffen van de vereiste voorzorgsmaatregelen.

3.3. Middel I verwijt het hof te hebben miskend dat voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van Hilbrands en de vereniging van belang is dat het in casu gaat om een aan een lid van de vereniging tijdens een training in verenigingsverband overkomen ongeval (onderdeel A), alsmede dat het hier gaat om sportletsel (onderdeel B).

Onderdeel A faalt. De in het onderdeel bedoelde, op de verhouding tussen een vereniging en haar leden toepasselijke regels van verenigingsrecht, waarvan de inhoud wordt bepaald door de wet, in het bijzonder Boek 2 BW, de statuten van de vereniging en de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW), brengen niet mee dat de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de vereniging en haar werkneemster jegens de deelnemers aan de training die lid van de vereniging zijn, naar andere maatstaven moet worden beoordeeld dan wanneer het zou gaan om de aansprakelijkheid jegens een niet-lid van de vereniging.

Ook de omstandigheid dat het gaat om wat het middel aanduidt als sportletsel, leidt niet tot toepassing van een andere maatstaf. Het gaat hier niet om de situatie waarin een deelnemer aan sport of spel letsel oploopt als gevolg van een gedraging van een andere deelnemer (vgl. HR 19 oktober 1990, *NJ* 1992, 621), maar om een geval van letsel dat is ontstaan bij een oefening onder leiding van een door de vereniging aangestelde trainer, waarbij de te beantwoorden vraag is of de trainer bij het leiding geven en de vereniging bij de aanstelling, gelet op alle omstandigheden van het geval, zijn tekortgeschoten in de zorg die van hen jegens de deelnemers aan de training kan worden gevergd. Onderdeel B is mitsdien eveneens tevergeefs voorgesteld.

3.4. Middel II bestrijdt 's hofs oordeel dat op grond van het kennelijke verband tussen de aard van de val en de zeer ernstige gevolgen - waarbij het hof kennelijk doelt op de grote snelheid waarmee een turner die bij een disloque ten val komt, met kwetsbare delen zoals hoofd, nek en rug tegen de grond kan komen (rov. 3.2) - aan de te nemen voorzorgsmaatregelen zeer strenge eisen dienen te worden gesteld.

De klacht dat het hof aldus een te strenge maatstaf aanlegt, is tevergeefs voorgesteld. Klaarblijkelijk en met juistheid is het hof ervan uitgegaan dat, nu bij de activiteiten waarvan hier sprake is, een val met het risico van zeer ernstig letsel op zichzelf niet altijd is te vermijden, het treffen van bijzondere maatregelen ter voorkoming of beperking van de gevolgen geboden is. Dat die maatregelen wellicht niet in alle gevallen voldoende zijn om de gevolgen te voorkomen of aanzienlijk te beperken doet hieraan niet af.

De klacht dat het hof bij het formuleren van de maatstaf de aard van de activiteiten buiten beschouwing heeft gelaten, mist blijkens het vorenoverwogene feitelijke grondslag. Anders

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

dan het middel aanvoert, behoefde het hof de kostenfactor niet in zijn beoordeling te betrekken, nu deze in feitelijke aanleg geen onderwerp van debat is geweest.

Opgevat als voormeld is 's hofs oordeel niet innerlijk tegenstrijdig.

(...)

3.6. Het hof heeft bij zijn oordeel dat de vereniging op grond van art. 1401 (oud) aansprakelijk is, klaarblijkelijk causaal verband tussen het aanstellen van Hilbrands als trainster en het door Astrid opgelopen letsel aanwezig geacht. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan voor het overige, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet op zijn juistheid worden onderzocht. In aanmerking genomen dat het bestuur van de vereniging Hilbrands, die van het onderdeel ringen weinig afwist, heeft aangesteld zonder haar op te dragen dit tekort op korte termijn op te heffen, is dit oordeel ook niet onbegrijpelijk. Onderdeel VIA is derhalve tevergeefs voorgesteld.

(...)

3.7. Middel VII verwijt het hof een onjuiste maatstaf te hebben gehanteerd bij zijn oordeel dat causaal verband bestaat tussen het niet treffen van de vereiste voorzorgsmaatregelen en het letsel van Astrid. Klaarblijkelijk heeft het hof niet beslissend geacht of voldoende waarschijnlijk is dat het treffen van veiligheidsmaatregelen de gevolgen van de val had kunnen voorkomen, en geoordeeld dat het niet naleven van een veiligheidsnorm meebrengt dat ook letsel dat buiten de normale lijn van de verwachtingen ligt, aan de overtreder van die norm moet worden toegerekend. Deze oordelen zijn juist, zodat het middel faalt.

3.8. Het hof heeft de stelling dat de letselschade ook zou zijn opgetreden als de vereiste voorzorgsmaatregelen wèl waren getroffen, onvoldoende toegelicht geacht. Deze aan het hof voorbehouden uitleg van de stukken van het geding is niet onbegrijpelijk. De in middel VIII vervatte klacht dat het hof ten onrechte niet op deze stelling is ingegaan, is derhalve vruchteloos voorgesteld.

Deze stelling kan derhalve niet tot grondslag dienen voor het beroep op eigen schuld van Astrid resp. omstandigheden die voor haar rekening komen. Hetzelfde geldt voor de stelling dat aan de onderhavige tak van sport grote risico's verbonden zijn, nu het oordeel van het hof kort gezegd hierop berust dat de voorzorgsmaatregelen die juist met het oog op die grote risico's hadden moeten zijn getroffen, achterwege zijn gebleven.

Een turnoefening met tragische afloop: Astrid Veenhoven heeft een dwarslesie opgelopen met totale invaliditeit tot gevolg.

Men ziet dat de hoge raad geen apart regime van onrechtmatigheid binnen de sportvereniging hanteert, aangezien het niet om sportletsel gaat dat door een andere deelnemer veroorzaakt werd (de casus van het *natrap*-arrest). De aansprakelijkheid van de vereniging en het door haar aangestelde personeel wordt dus naar gewone regels van onrechtmatige daad beoordeeld. Niet zo gewoon, want men ziet de *Ziekenhuis De Heel*-regel uit hetzelfde jaar toegepast worden: bij overtreden van een ongeschreven veiligheidsnorm geldt de ruime causaliteitsregel: ook gevolgen buiten het normale verwachtingspatroon worden degenen die de norm schendt toegerekend.

Er is vrij veel rechtspraak over letsel bij sport en spel; de vragen die zich daarbij voordoen betreffen vaak het vaststellen wie er bij de sportactiviteiten betrokken waren (niet degenen die uit een bus stapt en door een hardloper bij een prestatie-loop omvergelopen wordt), en of er wel van een spel sprake was (ontgroeningsritueel in diensttijd is geen spel), met in dat geval weer de vraag of degenen die erbij stond wel aan dat spel deelnam (niet de jongen die naar een vriendje dat in de boom klimt staat te kijken, en een terugzwiepende tak in zijn oog krijgt wanneer de klimmer eruit valt). Behoort de handeling wel tot het spel? (niet: het met de voet schieten van de bal tijdens handbaltraining). Moet de

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

toeschouwer van een motorwedstrijd gelijkgesteld worden aan een deelnemer van die wedstrijd, wat het aanvaarden van risico's betreft? (ja).

Aldus een greep uit de (lagere) rechtspraak, zonder verder commentaar (dat er ruimschoots zou zijn); zie verder het rechtspraakoverzicht in *Onrechtmatige daad 1*, t.a.p., en het boek van Van Mullem dat eerder aangehaald werd. De scriptie-onderwerpen liggen hier voor het oprapen. Op de verzekeringsvraag en de grens met sociale evenementen wordt hieronder nog ingegaan, bij dat laatste onderwerp.

Ongelukkige samenloop van omstandigheden en ongelukjes in het sociale verkeer

In de jaren '80 had de hoge raad al in enkele arresten het standpunt ingenomen dat toevallige veroorzaking van schade in de sociale omgang niet tot aansprakelijkheid hoeft te leiden. In het *bushalte*-arrest deed iemand die op de bus stond te wachten zonder om te kijken een stap achteruit waardoor een achter haar staande bejaarde dame ten val kwam en haar heup brak.¹²⁹ In het arrest *speelse duw* werd gestoeid tijdens het werk, waarbij iemand na een duw van de ander ongelukkig met zijn knie tegen een bureau viel en letsel opliep.¹³⁰

Degeen die de ongelukkige stap deed was mevr. Bey, die afscheid stond te nemen van haar dochter die in Katwijk op de bus stapte, en daarbij de toegang tot de bus versperde. De heer Guyt, vergezeld door zijn zuster, mevr. Guyt (73) zegt: 'wij zouden ook graag instappen', waarop mevr. Bey, 'Oh pardon' zegt, een stap achteruit doet en daarbij mevr. Guyt ten val brengt, die zij niet vlak achter zich had zien staan. De ziekenhuiskosten bedragen ruim f 43.000,-; de WA-verzekeraar van Bey is bereid de helft daarvan te betalen, en het ziekenfonds dat met de andere helft van de kosten dreigt te blijven zitten, zoekt verhaal op Bey.

Het hof wijst de vordering af met het argument dat Bey slechts aansprakelijk uit onrechtmatige daad is wanneer zij door zonder eerst om te kijken een stap achteruit te doen 'meer risico nam dan redelijkerwijze verantwoord was'. Dit heeft de instemming van de cassatierechter, die spreekt van een 'ongelukkige samenloop van omstandigheden'.

In de zaak van de speelse duw uit 1986 ging het om werknemers in het magazijn van Avery die in een joviale sfeer gewend waren met elkaar te 'dollen', dat wil zeggen elkaar een 'schouderklop, duwtje of iets dergelijks' te geven. De Jager, die bij een nauwe doorgang wil passeren, geeft Van de Baan, die over het bureau van De Jager geleund staat te praten met de magazijn-meester, een speels duwtje met zijn schouder. Van de Baan staat op het verkeerde been, komt ten val en raakt met zijn knie de punt van het bureau zo ongelukkig dat hij daaraan letsel overhoudt (meniscus-operatie). Ook hier had het hof, met goedkeuring van de hoge raad, aangenomen dat sprake was van een ongelukkige samenloop van omstandigheden, aangezien De Jager niet behoefde te begrijpen dat Van de Baan op het verkeerde been stond en door een speelse duw zijn evenwicht zou verliezen.

In dezelfde categorie ligt het arrest inzake *opwaaiende surfplank*, HR 23 juni 1989, VR 1991, p. 317, nt HAB, *Ohra - Peters*. Twee families waren gaan watersporten bij Kerkdriel en na afloop legt Peters samen met Van der Werf de surfplank van Peters los op de imperiaal op het dak van Peters' auto. De families zitten bij de auto, wanneer plotseling een windvlaag de surfplank van het autodak werpt; Hiltje van der Werf (5) wordt aan haar hoofd getroffen en zal daardoor levenslang invalide blijven. Er stond vrij krachtige tot krachtige wind. De Ziektenkostenverzekeraar van Hiltje zoekt verhaal op Peters (die eveneens verzekerd is). Het hof had aangenomen dat Peters, als leek op meteorologisch gebied, niet bewust had hoeven zijn

129. HR 11 dec. 1987, NJ 1988, 393, nt G, *Centraal Ziekenfonds Haarlemmermeer - Bey*.

130. HR 20 juni 1986, NJ 780, *Van de Baan - De Jager*.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

van enig dreigend gevaar dat de los liggende surfplank van het dak van zijn auto zou kunnen waaien. De hoge raad onderschrijft dat oordeel, waarin besloten ligt dat dat 'Peters zich noch op grond van de kenmerken van de surfplank, noch op grond van de weersomstandigheden, noch anderszins ervan bewust hoefde te zijn dat het los op het dak van zijn auto leggen van die surfplank gevaar kon opleveren'. Zie ook de kritische noot van Bouman, die erop wijst dat het niet toerekenen van 'risiko's van alledag' (aldus de Rb.) bij dergelijke gevallen van ongelukkige samenloop van omstandigheden bij echte 'verkeers'-ongevallen en vergelijkbare rechtsgebieden (beroepsaansprakelijkheid) volgens vaste jurisprudentie weinig gangbaar is. Een ongeluk is immers bijna altijd een 'ongelukkige samenloop van omstandigheden'. Bouman is weinig overtuigd door de benadering van de hoge raad en acht het moeilijk om grenzen te trekken met gewone 'verkeers'-zaken (in ruime zin). Hij wijst er ook op dat hier de WAM- en de AVP-verzekeraars van Peters gestreden hebben op de vraag wie dit risico diende te dekken, hetgeen in het nadeel van de WAM-verzekeraar beslecht was; deze heeft in deze procedure de ziektekostenverzekeraar dus van zich af weten te houden.

In zijn bespreking van vergelijkbare gevallen uit het circuit van vriendendiensten die slecht aflopen en sociale contacten die uit de hand lopen wijst Roelvink erop dat verzekeraars het standpunt innemen dat aansprakelijkheid ontbreekt omdat geen sprake is van een aan *schuld* te wijten onrechtmatige daad; er is slechts sprake van een ongelukkige samenloop van omstandigheden of een moment van onbedachtzaamheid. Dat lijkt een zeer gedateerde benadering: indien men zoekt naar onbehoorlijk, maatschappelijk onzorgvuldig handelen in klassieke zin, dat dus verwijtbaar is, is het erg gezocht om de pechvogel of stoethaspel een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad aan te rekenen. Aldus zeer uitgesproken Van der Grinten in zijn noot onder de *bushalte*-zaak, die 'echt' onrechtmatig handelen eist en risico-aansprakelijkheid in het voetgangersverkeer verwerpt; de slachtofferbescherming moet niet teveel 'opgerekt worden'.¹³¹ Roelvink doet enkele klassieke havens aan, maar wijst uiteindelijk op de verkeersopvatting van art. 162 lid 3 BW, hetgeen in het licht van de maatschappelijke ontwikkelingen het binnenhalen van risico-aansprakelijkheid betekent. Ook de omstandigheid dat een aansprakelijkheidsverzekering voor partikulieren (AVP) zeer gebruikelijk is, draagt daartoe bij; de Ombudsman Schadeverzekering heeft zich ook al in die richting uitgesproken.¹³²

Het standpunt van Roelvink verdient bijval; in een tijd van onrechtmatigheid als toerekening, en causaal verband als toerekening naar redelijkheid, is het toch niet teveel gevraagd om degenen die per ongeluk (letterlijk) een ander schade toebrengt voor die handeling aansprakelijk te houden, die zich voor een dergelijke aansprakelijkheid dient te verzekeren. Het gaat niet aan dat de verzekeraar daar onderuit probeert te komen door op de niet-verwijtbaarheid van de handeling te wijzen. Dit standpunt, dat naar mijn mening ook onder het oude

131. Vgl. ook Van Dam, diss. 1989, p. 113, die de 'aard van de activiteit' van belang vindt: letsel in het voetgangersverkeer moet niet te snel tot aansprakelijkheid leiden. Spier denkt dat de hoge raad *partikulieren* wil beschermen tegen aansprakelijkheid, zie preadv. NJV 1996, p. 323.

132. T.a.p., p. 330; een onderzoek heeft uitgewezen dat in 1985 85% van de partikuliere huishoudens in ons land een AVP-verzekering had. Een minder gelukkige uitspraak van Roelvink is dat het 'in het schuldbegrip introduceren van een zorgvuldigheidsnorm' niet de bedoeling van art. 162 lijkt te zijn. Schr. kiest wel voor de leer-Smits inzake inbreuk op een subjektief recht, zij het in beperkte vorm (in navolging van Hijma en Bloembergen). Roelvink was overigens tot 2001 raadsheer in de hoge raad.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

recht al ingenomen kon worden, en al jaar en dag aan de gevaar-zettingsleer ten grondslag ligt, is in overeenstemming met het rechtsgevoel. Het instrument van 'eigen schuld' (art. 101 BW) - hetgeen in dit verband beter *eigen risico* genoemd zou kunnen worden - kan, zoals de hoge raad ook zelf aangegeven heeft, gehanteerd worden om geen alles-of-niets resultaat te bereiken. Verder kan gedacht worden aan de matigingsbevoegdheid van de rechter (art. 109 BW), bijvoorbeeld wanneer van een vriendendienst door een oprechte amateur sprake is, en aan de toerekening naar redelijkheid bij de vaststelling van het causale verband.¹³³

Uit de rechtspraak die hieronder volgt, blijkt echter dat de hoge raad nog steeds niet op de lijn van gevaarzetting zit op het terrein van 'ongelukjes' in de sociale sfeer. Het lijkt mij een kwestie van tijd tot dit hoofdstuk gesloten kan worden. Hier volgt nog een kritische bespreking van enkele spraakmakende arresten van de hoogste rechter op dit gebied, *zwiepende tak* (1994) en *Taams - Boudeling* (1995).

De zaak van de *zwiepende tak* had betrekking op een gezamenlijke boswandeling die slecht afliep. De casus wordt duidelijk uit de hier volgende overwegingen van de hoge raad (het is opvallend hoe weinig over de feitelijke toedracht van het ongeluk is komen vast te staan):

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

Op 4 september 1989 hebben Werink, die toen zeventien jaar oud was, Hudepohl en nog twee jongens te omstreeks 20.00 uur een boswandeling gemaakt. Tijdens deze wandeling gaf Werink een schop tegen een tak, die als gevolg daarvan is teruggezwiept en Hudepohl in het rechteroog heeft geraakt. Het daardoor veroorzaakte letsel heeft tot verlies van het oog geleid.

3.2 Zich op het standpunt stellende dat deze gedraging van Werink een onrechtmatige daad jegens Hudepohl oplevert, vordert laatstgenoemde in dit geding vergoeding van de deswege door hem geleden schade, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

3.3 Anders dan de rechtbank, wijst het hof de vordering toe, waartoe het oordeelt (rov. 3) dat de rechtbank een onjuiste maatstaf heeft aangelegd door ervan uit te gaan dat 'in een geval als het onderhavige, waarin een aantal vrienden tezamen een boswandeling maakt, elk der deelnemers aan die wandeling bedacht moet zijn op gedragingen van de anderen, die - zij het onbedoeld - een gevaar kunnen opleveren, zoals het (doen) wegzwiepen van takken".

Het hof neemt tot uitgangspunt dat Werink zonder noodzaak een schop tegen een tak heeft gegeven en zodoende Hudepohl letsel heeft toegebracht. Dat de opzet van Werink niet gericht was op het toebrengen van dat letsel, doet er, aldus het hof, niet aan af dat hij zich jegens Hudepohl niet voldoende voorzichtig heeft gedragen en daarmee onzorgvuldig en dus onrechtmatig heeft gehandeld. Mede in aanmerking genomen zijn leeftijd van toen zeventien jaar, zo overweegt het hof verder, had Werink zich immers moeten realiseren dat een tak waartegen wordt getrapt, kan terugzwiepen en een ander kan verwonden. Werink had volgens het hof rekening moeten houden met de mogelijkheid dat Hudepohl zich in zijn onmiddellijke nabijheid bevond; dat hij daarop niet heeft gelet, komt voor zijn rekening (rov. 3).

Aan het voorgaande voegt het hof nog toe dat het schoppen tegen een tak tijdens een boswandeling, ook al zou dat een niet ongebruikelijk verschijnsel zijn, slechts aanvaardbaar is voor zover daardoor geen gevaar voor verwonding van mede-wandelaars ontstaat; Hudepohl

133. Een zeer kritisch standpunt ten aanzien van deze jurisprudentie wordt ingenomen door Spier, preadv. NJV 1996, p. 324; de hoge raad is bereid 'de dogmatiek op te offeren op het altaar van de ... daderbescherming! Zelfs dan wanneer de dader zich heeft verzekerd'. Schr. verwerpt dat op grond van de billijkheid. E.H. Hulst is even kritisch gestemd, zie zijn bijdrage aan de Van Dunné-Bundel (1997), *Behoeft letselschade een aparte regeling in de wet?*, p. 179. Een vraag die schr. bevestigend beantwoordt, in geval van *ernstig* letsel.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

behoefde op een dergelijk gevaar niet verdacht te zijn. Werink had zich ervan moeten vergewissen, aldus het hof, dat hij zonder gevaar voor Hudepohl tegen een tak kon schoppen (rov. 5-I).

3.4 Onderdeel I van het middel, dat dit oordeel bestrijdt, gaat terecht ervan uit dat niet reeds de enkele mogelijkheid van een ongeval, als verwezenlijking van aan een bepaald gedrag inherent gevaar, dat gedrag onrechtmatig doet zijn, maar dat zodanig gevaarscheppend gedrag slechts onrechtmatig is indien de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval (het oplopen van letsel door een ander) als gevolg van dat gedrag zo groot is, dat de dader zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden.

Het onderdeel verwijt het hof zulks bij het geven van zijn hiervoor weergegeven oordeel te hebben miskend.

3.5 Onderdeel II klaagt over ontoereikende motivering van 's hofs oordeel, nu omtrent de toedracht van het ongeval onvoldoende is komen vast te staan. Met name, aldus het onderdeel, is in het duister gebleven hoe het schoppen tegen een tak een reëel en voorzienbaar gevaar voor (oog-)letsel kan scheppen bij iemand die achter de dader loopt, hetgeen temeer klemmt nu het hof niet preciseert op welke wijze Werink tegen de tak heeft geschopt, en zich niet uitlaat over Werinks stelling dat het om een laaghangende tak ging, die bovendien is afgebroken.

3.6 Naar onderdeel I met juistheid betoogt, heeft het hof, door te oordelen gelijk het heeft gedaan, de hiervoor onder 3.4 omschreven maatstaf miskend.

Weliswaar heeft het hof overwogen dat (Werink zich had moeten realiseren dat) een tak waartegen wordt getrapt, kan terugzwiepen en een ander kan verwonden, alsmede dat Werink rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat Hudepohl zich in zijn onmiddellijke nabijheid bevond. Maar het hof heeft niet onderzocht of de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval als het onderhavige doordat de tak als gevolg van de door Werink daartegen gegeven schop ernstig letsel aan de achter hem lopende Hudepohl zou kunnen toebrengen, zo groot was dat Werink zich, naar de eisen van de hem jegens Hudepohl betamende zorgvuldigheid, van het geven van die schop had behoren te onthouden.

Voor een oordeel te dier zake is in dit geding trouwens geen toereikende feitelijke grondslag beschikbaar, aangezien omtrent de toedracht van het ongeval - in het bijzonder voor wat betreft de positie, soort en afmetingen van de tak, alsmede de wijze waarop Werink tegen de tak had geschopt, in verband met de plaats waar Hudepohl zich toen ten opzichte van Werink bevond - blijkens de stukken van het geding niet meer feiten en omstandigheden zijn gesteld, noch ook ten processe zijn komen vast te staan, dan hiervoor weergegeven. De vordering van Hudepohl is dus niet voor toewijzing vatbaar.¹³⁴

Een onbevredigend arrest, in vele opzichten. Het helpt ons allereerst weinig verder bij de behandeling en afbakening van dit type aansprakelijkheid in de sociale sfeer ('samen op pad', 'pech onderweg'); dat geldt ook voor de conclusie van a-g De Vries Lentsch-Kostense (die de opvatting van Roelvink onjuist weergeeft, en niet ingaat op de kritiek van H.A. Bouman). Wat vooral parten speelt, ook Brunner wijst daarop in zijn noot, is dat de feitelijke toedracht niet vaststaat. Dit in combinatie met een merkwaardig accent dat de hoge raad legt

134. HR 9 december 1994, *NJ* 1996, 403, nt CJHB, *Werink - Hudepohl*, (*zwiepende tak*); voor verdere rechtspraak, zie: losbl. Bundel *Onrechtmatige daad*, (Jansen), art. 6:162 lid 2 BW, nr 212; art. 166, nr 10.

Zie ook het geval van HR 25 nov. 1977, *NJ* 1978, 331, *takkenspel*; jongens spelen een soort scherm spelletje met takken waarbij een tak een jongen ongelukkig in het oog treft dat hij zal moeten missen. Hof en HR oordeelden dat het enkele feit dat een spel gevaarlijk genoemd kan worden nog niet met zich brengt dat deelname aan zo'n spel op zich reeds onrechtmatig handelen jegens medespelers oplevert.

Vgl. ook Asser-Hartkamp III, nr 45, Hartkamp is het met deze jurisprudentie eens, zie nr 41a. In andere zin zijn conclusie als a.g. voor het *dwarze kast*-arrest, *NJ* 2001, 300 (zie onder).

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

op 'de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval als het onderhavige', dat een vereiste zou zijn om 'gevaarscheppend gedrag' onrechtmatig te doen zijn, namelijk indien die 'zo groot is dat de dader zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden'. Dat is in ieder geval niet de maatstaf die in 'normale' gevallen van verkeersaansprakelijkheid (in ruime zin) aangenomen wordt, zoals Bouman ook al betoogd heeft. Al zit een ongeluk in nog zo'n klein hoekje, en is het dus vrijwel onvoorzienbaar, toch wordt de dader steevast onrechtmatig handelen verweten en de schade toegerekend; dat is de grondslag van de letselschade jurisprudentie, al jaar en dag, zoals Spier ook stelde in reactie op de verwarrende arresten van 30 sept. 1994, *Shell, etc.*¹³⁵ Het paard wordt achter de wagen gespannen wanneer men de vaststelling van het causaal verband wel volgens toerekening naar redelijkheid doet, maar tegelijkertijd een echte, klassieke *voorzienbaarheid* van de schade zou eisen, in de vorm van een 'hoge mate van waarschijnlijkheid van het ongeval'. Dat is toch echt een gepasseerd station.

De conclusie kan niet anders zijn dat wij, ook bij dit arrest, met de klemmende vraag blijven zitten waarom in geval van het sociale verkeer de onrechtmatigheid van een handeling op andere wijze vastgesteld zou moeten worden dan in het overige aansprakelijkheidsrecht geldend recht is. Indien het slachtoffer een onbekende is die toevallig passeert of zich in de buurt bevindt wanneer de noodlottige tak (of plank) toeslaat dient hij zonder meer schadeloos gesteld te worden door degenen die het ongeluk veroorzaakt heeft. Waarom is dat in de vriendenfeer anders? Die argumenten zijn nog steeds niet gegeven. Is dat de gedachte van: 'samen uit, samen thuis'? Maar brengt diezelfde gedachte niet met zich dat een metgezel op de tocht goed verzorgd achtergelaten moet worden bij een ongeluk, zeker wanneer het de dader niet aan middelen daartoe ontbreekt (daarvoor verzekerd is)?

Bij sport- en spelactiviteiten is de ratio voor een verminderd aansprakelijkheidsregime, zoals wij zagen, dat het slachtoffer zich in een situatie begeeft waar hij nu eenmaal enige kans op (lichte) schade kan verwachten, ook als men zich aan de spelregels houdt. Hij is een *gevangengemeenschap* binnen getreden, en dat gebeurt 'for better and worse'. In de surfplank-casus betrof het overigens een situatie na afloop van het sporten; de rechter had het sport-aspect uitdrukkelijk buiten de beoordeling gehouden. Ook bij het sporten geldt echter dat een goede verzekering voor deelnemers mogelijk is; riskante sporten moeten apart opgegeven worden (bergklimmen, zo herinner ik mij) of zijn na verloop van tijd bij de dekking inbegrepen (roeien, bijvoorbeeld). De lijn van de jurisprudentie op dat terrein begint dan minder helder te worden: zou het niet *fair play* zijn om een neergelegde tegenspeler goed verzorgd achter te laten, ook financieel? Stof ter overdenking, aan de kantlijn.

Tenslotte vermeld ik nog een uitspraak waarbij het weliswaar om een sport ging, de hengelsport, maar het een individuele sport betreft; de meeste ongelukken gebeuren in teamsporten, waar van lijfelijk contact sprake is. Ik

135. Spier, *WPNR* 6168/69 (1995); indien men het arrest van de HR, relativiteit nieuwe stijl, zo zou uitleggen dat vereist is dat de dader de schade moet hebben kunnen voorzien, wordt 'de bijl gezet aan een rechtsontwikkeling waarin met name slachtoffers met letselschade vergaand worden beschermd'. Een lezing die vervolgens verworpen wordt. In dezelfde zin Hulst, t.a.p. (1997). Zie ook nog onder: § 4, nr 6; Hfdst. 12, § 7, nr 5.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

neem het arrest toch hier op, bij de sociale contacten, omdat de rechter aansluiting bij die situatie gezocht heeft.

In het arrest van het Hof Den Bosch 30 mei 1994, *NJ* 1995, 103, *Verwey - Van Dal* (ook *zwiepende hengel* te noemen) was de casus deze. Op een zomeravond is Van Dal op karpers aan het vissen met een werphengel. Om half een 's nachts heeft hij beet; Verwey, klaar met vissen, staat een paar meter achter met vissersbelangstelling te kijken hoe Van Dal in de weer is met 'drillen' (waarbij het snoer na gevierd te zijn weer ingehaald wordt en de hengel sterk gebogen is). Plotseling schiet het snoer los en zwiept enkele meters landinwaarts, waar Verwey staat; hij krijgt het visloodje in een oog, dat hij als gevolg zal moeten missen. Deskundigen (hoofdredacteuren van het sportvissersblad *Beet*, nederlandse en vlaamse versies) verklaren ten processe dat een dergelijk voorval uiterst zelden voorkomt en 'puur toeval' is; de visser heeft in elk geval 'geen fout gemaakt'. Dat is ook de insteek van Rb. en hof: er is geen fout gemaakt door Van Dal, het sportvissen op karpers werd op normale wijze beoefend en het is 'een ongelukkige samenloop van omstandigheden' geweest dat het vissnoer is losgeschoten, naar achteren gezwiept en dat het loodje Verwey, 'die aldaar ook had gevestigd' in het oog getroffen heeft. Het handelen van Van Dal wordt derhalve niet onrechtmatig geacht. Enerzijds wordt dus een *gevaar-gemeenschap* vastgesteld van gezamenlijke sporters, anderzijds wordt het criterium van de *sociale groep* gehanteerd.

Ook in het volgende arrest lijkt de hoge raad niet van gevaar-zetting te willen weten. In *Taams - Boudeling (Interscaldes)*¹³⁶ is een uiterst vermakelijke (althans voor de lezer) casus in het geding van een restauranthouder die een irritante bezoeker van zijn etablissement een klap geeft die ongelukkige gevolgen heeft. Bij een kleinschalig handgemeen in de huis- tuin- en (*Michelin*-)keukensfeer voelt de hoogste rechter, zo blijkt hieruit, nog steeds weinig voor de gevaar-zettingsgedachte. Ten onrechte.

De casus is deze. Taams gaat op 31 oktober 1984 met De Brey lunchen in het twee sterren-restaurant van Boudeling in Kruiningen. Zoïets heet een noenmaal, zo lezen wij, en de rekening bedraagt f 721,25, dus het was stevig tafelen. Taams en De Brey (artsen) gedragen zich als zeer kritische, moeilijk tevreden te stellen gasten; zij sturen twee flessen wijn en een oester terug. Als de rekening komt, ontstaat er een woordenwisseling tussen de gasten en Boudeling - die eerst boos de tuin ingelopen was en erbij geroepen wordt - want de afgekeurde flessen wijn waren voor f 157,- op de rekening opgenomen. Uit hetgeen gezegd wordt maken Boudeling en zijn sommelier op dat hun gasten van plan waren om zonder betaling te vertrekken. De politie wordt gebeld en wanneer Boudeling bemerkt dat zijn gasten aanstalten maken om zijn restaurant te verlaten pakt hij Taams die al bij de deur van de eetzaal gekomen was, op weg naar de vestibule, van achteren in de kraag van zijn jasje beet om hem tegen te houden, waarop deze, zich omdraaiend met zijn arm in de richting van Boudeling zwaait en hem daardoor in het gezicht krabt. Daarop gaf Boudeling hem een klap, waardoor hij tegen de deur viel.

Over deze gang van zaken zijn partijen het eens, maar de verdere lezingen van de gebeurtenis verschillen aanzienlijk. Taams heeft twee verwondingen opgelopen door, naar hij stelt, meer dan één klap: een paarse zwelling onder het linker oog en een grote zwelling rondom het linker oor en wang; als gevolg daarvan zijn bloedingen onder zijn schedel opgetreden die operatief verwijderd moesten worden (met een ziekenhuisopname van twee weken) en is hij aan dat oor geheel doof geworden. Boudeling stelt dat hij slechts één klap gegeven heeft, aangezien hij zich door de armbeweging van Taams bedreigd voelde, en dat deze door een ongelukkige val tegen de deur het letsel aan zijn oor opgelopen heeft, waarvoor

136. HR 31 maart 1995, *NJ* 1997, 592. Deze passage verscheen eerder als onderdeel van de *Kroniek Vermogensrecht* in het *NJB* 1995, p. 1139.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

hij geen aansprakelijkheid draagt. Het hof Den Bosch aanvaardt de voorstelling van zaken van Boudeling als de juiste, na ambtshalve de verklaring Taams als partij-getuige terzijde gesteld te hebben, aangezien deze teveel afweek van de (telefonische) verklaring van De Brey aan de politie om als aanvullende verklaring te kunnen dienen (ex art. 213 lid 1 Rv). In dit verband werden ook de foto van de twee verwondingen en de verklaring van de behandelende arts door het hof te licht bevonden, terwijl ook het aanbod van getuigenbewijs op dat punt als te ongespecificeerd gepasseerd werd.

Gaan hierbij de wenkbrauwen al ietwat omhoog, het wordt nog opmerkelijker als men leest dat niet precies vastgesteld is wat de gasten gezegd hebben waarop Boudeling zijn indruk baseerde dat zij zonder betalen wilden vertrekken, terwijl de restauranthouder evenmin gecontroleerd had of zij wel betaald hadden, want, dramatisch genoeg: het geld lag op het schoteltje op tafel, de woede van Boudeling was dus sine causa. De hoge raad deelt de visie van het hof dat de veronderstelling van Boudeling over het zonder betaling opstappen van zijn gasten door hun gedrag gerechtvaardigd werd, dat het hem niet euvel te duiden was dat hij trachtte dit te verhinderen door Taams van achteren in de kraag te vatten, de armzwaai van hem als een bedreiging mocht opvatten en dat de als reactie daarop gegeven klap niet buiten proportie was. Ook de conclusies die het hof hieruit trekt worden door de hoge raad onderschreven: ook al is het geven van een klap in beginsel onrechtmatig, het gedrag van Boudeling was zozeer uitgelokt door dat van Taams dat het gedrag van Boudeling tegenover Taams niet onrechtmatig was. Ook al zou dat niet zo zijn, in elk geval is de plicht tot schadevergoeding van Boudeling geheel vervallen, omdat 'de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fout eist' (ov. 3.2). De cassatierechter baseert zijn instemming met de visie van het hof op de overweging dat deze sterk verweven is met feitelijke waardering die in cassatie niet getoetst kan worden, terwijl van voldoende motivering en begrijpelijkheid sprake is.

In 'my humble submission' is dit een weinig begrijpelijke en niet gemotiveerde beslissing van de hoge raad. Zoals in het cassatiemiddel naar mijn mening terecht gesteld wordt, is volstrekt onduidelijk waarop de vaststelling van het hof berust dat de verdedigende armzwaai van iemand die van achteren krachtig in zijn nekvel gegrepen wordt 'bedreigend' is voor de gérant, waarom het geven van een harde klap (blauw oog, omvallen tegen deur) de geëigende reactie is in geval van mogelijke wanbetaling, nog wel in een twee sterren-omgeving, en hoe de indruk gerechtvaardigd kan zijn dat iemand niet betaald heeft indien men niet eens gecontroleerd heeft of het geld op tafel neergelegd is. Het wordt nog merkwaardiger wanneer men het afwijzen van het bewijsaanbod van Taams erbij betreft: dat lijkt zonneklaar onvoldoende gemotiveerd, aangezien in cassatie gesteld is dat de verwonding aan het linker oor plaatsvond terwijl de deur zich *rechts* van Taams bevond bij zijn val. Het is dat Taams al ruim 10 jaar procederen achter zich heeft, anders zou Breninkmeijer gevolgd kunnen worden, met diens suggestie om bij schending van de motiveringsplicht van de (cassatie)rechter bij het europese hof in beroep te gaan en toetsing op grond van art. 6 EVRM te vragen (vgl. *NJB* 1995, p. 520). Dat de hoge raad wel degelijk een arrest van een hof op motiveringsgebreken kan toetsen, feitelijke aard of niet, en dat gemotiveerd doet, bewijst bijvoorbeeld het arrest *Kakkenberg - Kakkenberg*¹³⁷ (passeren bewijsaanbod bij opzegging).

Dat is echter niet de enige zwakke stee van het arrest: ook al zou de verwonding aan het oor door de ongelukkige val tegen de deur veroorzaakt zijn, dan nog is het zeer aanvechtbaar dat dit niet voor rekening van Boudeling dient te komen, gesteld dat het in beginsel onrechtmatig is om iemand een klap te geven, zeker zo'n harde klap dat hij omvalt, vooral als men weet dat de ander stevig gedronken heeft (na de afgekeurde - en gedeeltelijk gedronken! - fles Meursault werd o.m. een fles champagne gedronken). De hoge raad komt hier aan de gevaarzettingsgedachte niet toe, doordat het de visie van het hof met huid en haar overneemt, namelijk dat sprake is van een bedreiging van Boudeling door Taams. Bovendien stelt het college lakoniek, was het in de lezing van het hof zo dat het niet Boudeling was die met het

137. HR 21 april 1995, *NJ* 1995, 437, *Kakkenberg - Kakkenberg*; AA 1997, p. 513, nt Van Dunné; vgl. Deel 1, Hfdst. 7, § 2, nr 11 (p. 672).

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

slaan begon, maar veeleer Taams die met een armbeweging het gezicht van Boudeling raakte en daarover krabde. Dit is vreemd: je wordt met fysiek geweld van achteren vastgehouden (volgens sommige verklaringen zelfs naar achteren getrokken), toch wel onverwacht in een nette tent, en een weinig gecoördineerde armbeweging wordt dan opgevat als het nemen van een initiatief met slaan.

Het is al met al een hoogst ongelukkige uitspraak van de hoge raad, deze klap die de gevaarzettingsleer toegebracht wordt. Hier lijkt echter meer aan de hand dan een uiterst aanvechtbare controle van de cassatierechter op een zuidelijk hof, aangezien de cassatierechter zoals wij zagen ook eerder bij het ongelukkig aflopen van stoeipartijen, e.d. niet aan gevaarzetting toegekomen is. Dat lijkt mij in het licht van de hierboven besproken jurisprudentie niet goed verklaarbaar, tenzij sprake is van een soort risico-aanvaarding bij het slachtoffer bij het dollen met elkaar; dat lijkt mij echter eerder aanleiding geven tot matiging van de schadevergoedingsplicht dan tot algehele opheffing daarvan. In ieder geval was in het geval van Taams weinig aanleiding om van risico-aanvaarding uit te gaan, terwijl evenmin sprake was van een vriendschappelijke relatie of een gezamenlijk met elkaar op stap gaan. In tegendeel.¹³⁸

Een ongelukkige samenloop van omstandigheden, de hoge raad houdt namelijk vol: dwarse kast-arrest (2000)

Ondanks alle kritiek die van vele zijden geuit is op de visie van de hoge raad op de figuur van de ongelukkige samenloop van omstandigheden, en voorstellen voor een gezonde basis voor een tegengestelde oplossing, zoals toerekening volgens de verkeersopvatting van art. 162 lid 3, laat de hoogste rechter zich niet afleiden en blijft stug de in de jaren '80 ingezette koers volhouden, alsof de juridische wereld er intussen niet wat anders uitziet.¹³⁹ Dat gebeurde met veel aplomb in het arrest uit 2000, de verhuizing van een *dwarse kast* door de zusters Jansen.¹⁴⁰ Het is jammer dat de hoge raad niet de gewoonte heeft om in discussie te gaan met het wetenschappelijk forum, anders dan de duitse en engelse hoogste rechters, en zelfs niet het OM van repliek dient, als de raad van de conclusie afwijkt. In deze zaak kwam a-g Hartkamp tot een conclusie die niet gevolgd werd door de cassatierechter, en dat nog wel nu Hartkamp in zijn Asserbewerking die opvatting van de hoge raad op dit punt deelt (nr 41a). Het contrair gaan van de raad ten opzichte van het OM was overigens eerder het geval bij het *zweepende tak*-arrest (a-g De Vries Lentsch). Ik geef hier casus en beslissing van de hoge raad weer, waarna ik enkele kanttekeningen zal maken.

Op 10 mei 1994 heeft Wendy haar zuster Monique op haar verzoek geholpen met haar verhuizing naar een flat. Onder in het flatgebouw is een berging die uitkomt op een gang die leidt naar een korte trap. Bovenaan de trap is een deur met een dranger die uitkomt op het trapportaal met de lift. Monique heeft twee standaard linnenkasten van ongeveer 60 cm breed en 180 cm hoog, die in de berging stonden en naar haar flat gesjouwd moesten worden -

138. Vgl. ook zeer kritisch over het arrest: Van Maanen, *NTBR* 1996, p. 64; Spier, preadv. *NJV* 1996, p. 322, die ook op het kritische commentaar van a-g Koopmans op het hof wijst.

139. Zie behalve de beschouwingen eerder in deze sub-paragraaf over de vondst van Roelvink, e.d., ook de behandeling van art. 162 lid 3 boven, in nr 3.

140. HR 12 mei 2000, *NJ* 2001, 300, nt JH, *Jansen – Jansen*; AA okt. 2001, nt Van Dunné.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

kennelijk geen man in de buurt denkt de (manlijke) *NJ*-lezer. Met de eerste kast gaat alles goed, maar bij de tweede kast gebeurt een ongeluk waardoor Wendy ernstig gewond zal raken. In het arrest wordt de feitelijke toedracht als volgt weergegeven.

Nadat Wendy en Monique met de tweede kast vanuit de berging via de gang naar de trap en de deur met de dranger waren gegaan, waarbij Wendy vooropging, zijn zij vervolgens op de trap (nagenoeg) stil komen te staan. Daarbij hield Wendy, bovenaan de trap staande, met haar rechterhand de deur open en hield zij tegelijkertijd met haar linkerhand de kast vast, terwijl Monique op een traprede stond en de kast met twee handen vast had. Vanuit deze positie heeft Monique de kast, teneinde hem door de deur te kunnen krijgen, horizontaal gedraaid. Hierbij verloor zij echter haar evenwicht en glipte de kast (voor beide partijen) onverwacht uit haar handen. In een wanhopige reactie heeft Monique de kast vervolgens een duw naar boven gegeven. Door deze duw kwam de kast in aanraking met Wendy's rechterarm waardoor Wendy's met haar rechterpols tussen de deur met de dranger en die kast bekneld is geraakt. Zij heeft daardoor letsel opgelopen dat heeft geresulteerd in een post-traumatische spierdystrofie, die uiteindelijk ertoe heeft geleid dat op 30 januari 1995 haar rechteronderarm tot ongeveer 7 cm onder het ellebooggewricht moest worden geamputeerd.

Wendy acht Monique wegens onrechtmatige daad aansprakelijk en heeft op grond daarvan vorderingen tot schadevergoeding tegen haar ingesteld.

Het verdere verloop van de procedure blijkt uit de hier volgende overwegingen van de hoge raad:

'3.3 Nadat de Rechtbank deze vorderingen had toegewezen, heeft het Hof de aldus door de Rechtbank uitgesproken veroordeling teruggebracht tot een veroordeling, gebaseerd op slechts 50% aansprakelijkheid. Daartoe heeft het Hof, voor zover thans nog van belang, allereerst overwogen dat Monique, door een kast als de onderhavige op de hiervoor in 3.1 onder (v) omschreven wijze horizontaal te draaien, het reële gevaar in het leven had geroepen dat (één van beide) partijen de controle over de kast zou(den) verliezen en dat Wendy als gevolg daarvan letsel zou oplopen, en dat voorts aan Monique kan worden verweten dat zij, door Wendy aan dat gevaar bloot te stellen, zich onvoldoende zorgvuldig en daarmee onrechtmatig jegens haar had gedragen, en dat tenslotte Monique hiervoor aansprakelijk is omdat dit gevaar zich had verwezenlijkt en bij Wendy tot schade had geleid. Daaraan heeft het Hof vervolgens nog toegevoegd dat deze schade op grond van art. 6:102 BW - waarmee kennelijk werd bedoeld: art. 6:101 BW - voor de helft door Wendy zelf moest worden gedragen.

3.4 Het principale beroep richt zich tegen deze toevoeging met betrekking tot het zelf dragen door Wendy van de helft van haar schade. Het incidentele beroep richt zich tegen de daaraan voorafgaande overwegingen met betrekking tot de aansprakelijkheid van Monique.

4. Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

4.1 Het middel gaat onder 1.1 terecht ervan uit dat niet reeds de enkele mogelijkheid van een ongeval, als verwezenlijking van een gevaar dat aan een bepaald gedrag inherent is, dat gedrag onrechtmatig doet zijn, maar dat zodanig gevaarscheppend gedrag slechts onrechtmatig is indien de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval (het oplopen van letsel door een ander) als gevolg van dat gedrag zo groot is, dat de dader zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden (HR 9 december 1994, *NJ* 1996, 403).

4.2 Het Hof heeft, door in dit verband te overwegen zoals hiervoor in 3.3 met betrekking tot de aansprakelijkheid van Monique werd vermeld, deze maatstaf miskend.

4.3 De feitelijke toedracht van het ongeval, zoals zij hiervoor in 3.1 onder (v) werd vermeld en in cassatie niet werd bestreden, laat geen andere gevolgtrekking toe dan dat hier sprake is geweest van een ongelukkige samenloop van omstandigheden (vgl. HR 11 december 1987, *NJ* 1988, 393). De door het Hof aan Monique verweten gedraging - namelijk de horizontale draaimanoeuvre waardoor reëel gevaar ontstond en waardoor het letsel van Wendy uiteindelijk is veroorzaakt - maakte een ongeval als het onderhavige niet onder alle omstandigheden zodanig waarschijnlijk, dat Monique zich naar de eisen van de haar jegens Wendy betamende zorgvuldigheid daarvan had behoren te onthouden. Voorts blijkt uit de stukken van het geding niet dat Wendy zich heeft beroepen op omstandigheden die tot een andere conclusie leiden.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

Hieraan kan niet afdoen dat het ongeval bij Wendy tot ernstig letsel heeft geleid. Dat letsel is blijkens hetgeen hiervóór werd overwogen geheel toe te schrijven aan de ongelukkige gang van zaken bij een verhuizing waarbij Monique en Wendy een kast moesten verplaatsen en deze kast, nadat zij even daarvoor een andere - soortgelijke - kast zonder ongelukken hadden verplaatst, onverwacht uit de handen van Monique is geglipt.

4.4 De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen. Uit het voren-overwogene volgt dat de door Monique tegen het vonnis in eerste aanleg opgeworpen grieven III en IV, waarbij onder meer wordt geklaagd over het oordeel van de Rechtbank dat in de gegeven omstandigheden Monique meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was en dat Monique derhalve jegens Wendy een haar toerekenbare onrechtmatige daad heeft gepleegd, slagen en dat op grond daarvan de vorderingen van Wendy alsnog moeten worden afgewezen.'

Wat hiervan te denken? Allereerst geef ik de arresten die aangehaald worden door de raad: dat zijn het bekende *bushalte*-arrest (1987) en het arrest *zwiepende tak* (1994); dat laatste arrest vindt men genoemd in Asser-Hartkamp III (nr 45), in een rijtje arresten van dezelfde strekking (als die van het onderhavige arrest), het enkele feit dat een gedraging een gevaar voor anderen in het leven roept en dit gevaar zich in de vorm van een ongeval verwezenlijkt, is niet voldoende om een onrechtmatig daad aan te nemen, leest men daar. Ook worden nog aangehaald door Hartkamp: *takkenspel* (1977, zie boven), *bloedprik* (1981) en *Koetje* (1995), beide elders in dit boek behandeld, en twee onbekende arresten uit 1940 en 1962. Nu is het non-descripte van deze stroming in de jurisprudentie, het open deur karakter, dat er niemand is die zal beweren dat *het enkele feit* van gevaarscheppend gedrag als onrechtmatig gekwalificeerd moet worden. Het zijn juist de omstandigheden waaronder dat gebeurt en de aard van de verhouding tussen betrokken partijen – die al snel een rechtsverhouding kan zijn – en dergelijke meer, die maatgevend zijn.

In zijn vrij korte conclusie heeft Hartkamp geen moeite om zich te distantiëren van die jurisprudentie: hij geeft onverkort steun aan het arrest van het hof. Daarbij wijst hij erop dat het arrest a quo in overeenstemming is met het *bushalte*-arrest (1987), aangezien Monique hier 'meer risico genomen heeft dan redelijkerwijze verantwoord was', terwijl ook het *ziekenhuis De Heel*-arrest (1995) hier van toepassing is: schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Het leek zo klaar als een klontje, maar dan heeft men buiten de waard gerekend, de hoge raad. Wat waren nu die omstandigheden, de 'feitelijke toedracht', die volgens de raad geen andere gevolgtrekking, dan een ongelukkige samenloop van omstandigheden toelaat?

Het ging in dit geval van de kast die dwars lag (om met het vaars te spreken, dat niet wilde) allereerst om een vriendendienst, hulpbetoon van het slachtoffer, Wendy (Monique spaart aldus een verhuizer uit die geld kost, of een sterke man die weer iets aardigs van haar verwacht, of zo). Daar is literatuur en rechtspraak over, die komt in het arrest niet voor. Dan is er een risico dat op Monique rust, allereerst als eigenaar van de noodlottige kast, verder als initiatiefneemster om riskante verhuistoeren te ondernemen op trappen en langs deuren met drangers die open gehouden moeten worden (waarom geen stoel ertussen gezet of de dranger afgezet?; dat is vragen om moeilijkheden, toch?) in haar woning, een flatgebouw. Verder heeft Monique de noodlottige draai aan de kast gegeven, waardoor zij haar evenwicht verloor, zij de kast een fikse duw (ik schreef haast: zwiep) gaf waardoor de kast Wendy getroffen heeft, met het noodlottige gevolg. Er is geen aanleiding om aan Wendy's zijde risico-aanvaarding bij deze verhuis-

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

akt aan te nemen, hetgeen anders zou kunnen zijn wanneer zij het gevaar opgezocht zou hebben, met kans op letsel (wilde sporten en spelen). Tenslotte blijkt uit het cassatie-middel dat Monique een verzekering heeft tegen wettelijke aansprakelijkheid, terwijl dit een soort schade is die bij Wendy ongedekt zal blijven.

Op al deze punten bestaat een vloed van literatuur en rechtspraak, ten dele ook in de conclusie OM aangesneden: die komt in het arrest niet voor. Wat wel? De *voorzienbaarheid van schade*: de gedraging van Monique, de draai die zij aan de kast gaf (omschreven als ‘de horizontale draaimanoeuvre waardoor reëel gevaar ontstond’) ‘maakte een ongeval als het onderhavige niet onder alle omstandigheden zodanig waarschijnlijk’ dat zij dat naar eisen van zorgvuldigheid niet had mogen doen. Daarmee wordt de voorzienbaarheid, die in het juridieke wassen beelden-museum stond te verstoffen, na invoering van AQT in 1928 en TNR in 1970 op het gebied van causaliteit, weer in het helle daglicht gezet. In 1928 heette het nog ‘redelijke waarschijnlijkheid’ of ‘naar ervaringsregels te verwachten’, zelfs dat ontbreekt in de opvatting van de hoge raad. ‘Monique kon het niet helpen’, had de raad beter kunnen zeggen, want ze wist niet dat ze door de kast te draaien uiteindelijk haar zus tussen kast en deur zou laten komen, met letsel tot gevolg. En haar evenwicht verliezen op de trap, met een omvangrijke kast in haar handen, zij stond onder, speelt dat hier geen rol? Stel dat Monique niet stevig ter been was, een overgewicht had, een borrel op had, verkeerde schoenen aanhad, etc., is dat allemaal niet van gewicht, bij de vraag of dit ongeluk voor haar rekening dient te komen? Ongeluk of toeval komt nooit alleen; het kan ook concentratiezwakte geweest zijn, even het hoofd er niet bij, of gewoon vermoeidheid. Daar komt bij, ook al had Monique geen ‘schuld’ in klassieke betekenis van verwijtbaarheid, de verkeersopvatting zal toch zijn dat zij die noodlottige bewegingen gemaakt heeft (eerst kast horizontaal draaien, evenwicht verliezen en vervolgens een duw omhoog geven), en dan ook de gevolgen voor haar rekening dient te nemen.

Het valt op dat de raad zich beperkt tot het horizontaal draaien van de kast door Monique, om hem door de deur te krijgen, nog wel toen Wendy de kast maar met één hand vasthad (met de andere hield zij de deur open). Het college rept niet van haar ongelukkige reactie op het verliezen van het evenwicht en de macht over de kast dat daarop volgde: de plotselinge opwaartse duw die zij aan de kast gaf bij haar val, die de beknelling van Wendy’s arm tussen kast en deur veroorzaakt heeft. De hoge raad spreekt van een ‘wanhopige reactie’: is dat geen reactie *in extremis*?, zoals in het geval van de overstekende ree aangenomen werd, het in paniek verkeerd uitwijken, een (fatale) reactie die hoe begrijpelijk en menselijk niet verwijtbaar ook, toch de automobilist toegerekend wordt (*NJ* 1984, 331). Toerekening van aansprakelijkheid bij verkeerd reageren in een panieksituatie, is een figuur die in alle boeken over onrechtmatige daad een prominente plaats inneemt: niets over gehoord van de hoge raad in het *kast*-arrest.

Onze conclusie moet zijn, dat een hoogste rechter die aldus zijn beslissing inkleedt, zonder met de wetenschap in discussie te gaan, zonder zich door motivering te verantwoorden in het licht van de eigen jurisprudentie (de

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

marginale wijze waarop dit gedaan werd, telt niet), niet verdient om serieus besproken te worden. Er rest slechts om over te gaan tot de orde van de dag.¹⁴¹

Die orde is, nu wij het toch over ongelukken bij dienstverlening ('vriendendiensten') hebben, dat het aardig is om wat rechtspraak op dat gebied te noemen, waarbij de losbladige Bundel *Onrechtmatige daad* ons behulpzaam kan zijn (ik heb dus niet echt gezocht).¹⁴² Ik verwijs in dit verband ook naar de bespreking van de *verkeersopvatting* als toerekeningsgrond voor dit type gevallen, boven, nr 3.

In een arrest van Hof Arnhem van 1986 werd risico-aanvaarding afgewezen in het geval dat een automobilist te hulp schoot om een in brand geraakte traktor te blussen, en daarbij zelf gewond raakte. Het hof oordeelde dat geen rechtsregel meebrengt dat iemand die zich buiten enige contractuele relatie vrijwillig aan een gevaar blootstelt, daarvan het risico aanvaardt in die zin dat degenen die voor dat gevaar aansprakelijk is, daardoor ontheven wordt van iedere plicht tot schadevergoeding jegens de betrokkene.

Een voorbeeld van hulp bieden bij werkzaamheden in het huis van de ander, in casu het leggen van plavuizen, als vriendendienst waarbij de vriend verwond raakt, is het arrest van het Hof Amsterdam uit 1993. Hier had Van der Hoeven aan Buschman een tamelijk zware plavuis met een scherpe rand van bovenaf aangereikt die uit zijn hand geglipt was omdat hij hem onvoldoende stevig vastgehouden had, waardoor Buschman verwond geraakt is. Het hof acht hier sprake van een onrechtmatige daad, waaraan niet afdoet de omstandigheid dat het leggen van plavuizen buiten een dienstverhouding en zonder betaling verricht is, en haalt de rechtbank aan: wat ervan zij of bij het verrichten van vriendendiensten in bepaalde gevallen moet worden aangenomen dat het risico voor geringe fouten is aanvaard, in dit geval is daarvan geen sprake, reeds omdat de onzorgvuldigheid van Van der Hoeven hiervoor te ernstig is.¹⁴³

Indien men een analogie zoekt bij rechtspraak over *laden en lossen*, waarbij iets fout gegaan is, is een arrest van de hoge raad uit 1984 instructief. Zwart staat op een smalle 'vislosp plank' in de haven van IJmuiden een takel te repareren wanneer hij als gevolg van een aanvaring zijn evenwicht verliest. Het is gebruik in die haven dat de schepen gemeerd liggen aan één tros, niet langs, maar schuin op de loskade. Door de stoot van een ander schip dat aanlegt, de KW 180, verliest Zwart zijn evenwicht. De vraag is of hier van risico-aanvaarding door Zwart sprake is; dat argument wordt door hof en hoge raad verworpen, waarbij de raad de overweging van het hof als volgt samenvat: .. 'het enkele feit dat

141. Hier kan ook anders over gedacht worden: zo is Hijma het in zijn noot eens met de visie van de HR. Dat was eerder het geval bij Brunner, in noot onder *zwiepende tak*, maar in dat geval bleef onduidelijk wat nu eigenlijk, en waardoor, zwiepte. Dat maakt een *escape* van een 'ongelukje' gemakkelijker.

142. Zie Art. 162 lid 2, aant. 212 en 212.2 (Jansen); resp.: Hof Arnhem 9 dec. 1986, *NJ* 1988, 710; Hof Amsterdam 21 okt. 1993, *NJ* 1994, 727; *VR* 1995, 124; HR 30 nov. 1984, *S & S* 1985, 50.

143. Voor het spiegelbeeld hiervan, de vriendendienst waarbij grote schade door de vriend veroorzaakt wordt (boerderij brandt af door toedoen van klussende bevriende timmerman), zie Hof Den Haag 21 okt. 1987, *NJ* 1988, 522; *S & S* 1988, 132. Risico-aanvaarding van degene die vriendendienst ontvangt omvat geen grove fouten of opzettelijk toegebrachte schade, maar daarvan was niet gebleken.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

Zwart op de hoogte was van de gevaren die uit hoofde van de gesteldheid van de vislosp plank aan zijn werkzaamheden op die plank waren verbonden, niet de slotsom wettigt dat hij Van de Plas als reder van de KW 180 niet aansprakelijk zou kunnen houden voor de wijze waarop die gevaren niet slechts aanzienlijk werden vergroot, maar zich ook met voor hem schadelijke gevolgen hebben verwezenlijkt'. Zie ook de conclusie van a-g Franx, die betoogt dat in de visie van het hof Zwart wel enig risico aanvaard heeft, maar niet het risico van een schok als de onderhavige, teweeggebracht door de wijze van varen van de KW 180.

Men kan niet anders dan vaststellen dat het hof in de *dwarse kast*-zaak in de aldus beschreven traditie van gevaarzetting en risico-aanvaarding, in de context van een vriendendienst, beslist heeft, en dat het OM dat kort en krachtig steunde. Het arrest a quo had derhalve een beter lot verdiend in cassatie. Overigens had Monique zich verzet tegen aansprakelijkheid terwijl zij een WA-verzekering had, aangezien de verzekeraar (RVS) dekking geweigerd had; zij voerde de *facto* de procedure voor Monique. Zie verder mijn AA-noot.¹⁴⁴

12. *Rechtseconomische aspecten van de gevaarzettingsleer (risikoleer). Of: het tekort van de hedendaagse rechtseconomie*

In deze sub-paragraaf was de kernvraag of er normen bestaan die bij schending een onrechtmatige daad opleveren die, aangezien het om schending van een verkeers- of veiligheidsnorm gaat, tot een vereenvoudigde vorm van toerekening kunnen leiden, met inbegrip van het causaal verband. Daarbij keren wij terug naar de stroming in het recht van rond de vorige eeuwwisseling, de causaliteitsleer van Paul Scholten, Ribbius, Bruins, e.a., waarbij de 'verhoogde kans' het centrale element was.

Paul Scholten c.s. waren geïnspireerd door de Oostenrijkse School van rechtseconomen van rond 1880 (Loening, Steinbach, Mataja, beide Merckels), die ook de fundamentele geleverd hebben voor de Duitse gevaarzettingsleer ('Gefährdungshaftung', zoals eerder besproken, in ons land in 1913 (NJV) overgenomen met het begrip 'gevaarzetting'). Ungers spraakmakende boek indertijd, *Handeln auf eigene Gefahr* (1891) is weer hoogst actueel: 'Erhöhte Gefahr' betekent 'erhöhte Haftung'. Men vindt hier ook de 'Enterprise liability' uit het hedendaagse Amerikaanse recht, avant la lettre, een figuur die door Paul Scholten aanvaard werd in zijn proefschrift van 1899, dat onlangs een herdruk kreeg.¹⁴⁵ Het volgende citaat uit dat werk is nog springlevend, en zou in de moderne jurist moeten aanspreken, dacht ik:

144. Zie over het onderwerp in de recente literatuur: E.J. Dommering, Een ongelukkige samenloop van omstandigheden, in: *De vader van de gedachte*, Feestbundel 'Door tijd en vlijt', Wolf Legal Publishers, 2003, p.29; ook verschenen in *NTBR* 2004, p.72. Dommering onderschrijft mijn opvatting dat de casus met gewone onrechtmatige daadskategorieën opgelost had kunnen worden, en dat de beslissing van de HR het rechtsgevoel niet bevredigd. Vgl. ook nog A.J. Verhey, *AV & S* 2003, p.187, die merkwaardigerwijs in het geheel niet op deze discussie ingaat.

145. Ik verwijs voor deze materie, met verdere bronvermelding, naar Hfdst. 12, § 1, nr 5. Het is weinig bekend dat de gevaarzettingsleer in ons land al lang geleden aanvaard werd, behalve

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

‘Voor een goede ontwikkeling zou erkenning van het begrip *onderneming* nodig zijn. Hierin ligt dan tevens de aanvulling van art. 1403 lid 3. Niet toch de zaken, die gebruikt worden of de personen die werkzaam zijn in de onderneming veroorzaken op zichzelf het gevaar, maar het complex van beide, de onderneming brengt dit teweeg. En van de gehele werking door die personen en zaken heeft de ondernemer het voordeel, hij personifieert alle belangen, die zich doen gelden. Alle schade die ontstaat door zaak of persoon is gevolg van de onderneming, zij is het noodzakelijk passief van de winst die deze als zodanig behaalt (ondernemerswinst). Zij verenigt in zich de elementen, die hier de aansprakelijkheid doen ontstaan – *belang en gevaar* – op haar dus moet deze rusten. Dit is de enige rationele oplossing’ (p.145 v.).

Het is interessant om na te gaan wat rechtsekonomen daarover te berde te brengen hebben, vanuit de huidige rechtseconomische school. Ik ga daarvoor te rade bij de bijdrage van R.J. van den Bergh aan de meergenoemde *Grotius-bundel* van 2001.¹⁴⁶ Op deze plaats maak ik slechts enkele kritische notities, die overigens ook gelding hebben ten aanzien van beschouwingen van andere rechtsekonomen, waarop hier niet ingegaan kan worden.¹⁴⁷

In zijn artikel wijst Van den Bergh terecht op ‘het cruciale belang van het causaliteitsvereiste voor een efficiënt aansprakelijkheidsrecht’ (par. 2.2.1 in fine), maar aanvaardt vervolgens een levensgroot *petitio principii*, namelijk dat ‘slechts wanneer het gedrag van de dader de noodzakelijke oorzaak van de schade is, aansprakelijkheid prikkels kan geven om de primaire kosten van ongevallen te reduceren’. De reikwijdte van de aansprakelijkheid moet met behulp van het causaliteitsvereiste worden beperkt, in aansluiting op het bepalen van de mate van zorg, vervolgt hij. Met als conclusie: ‘slechts als het handelen of nalaten aan de verhoging van het ongevalrisiko heeft bijgedragen (noodzakelijke oorzaak van de schade is), is aansprakelijkstelling economisch zinvol’. Iets verder zegt Van den Bergh: ‘Aansprakelijkheid moet worden beperkt tot ongevallen die zich niet zouden hebben voorgedaan als de schadeveroorzaker efficiënte zorg had genomen’, en ‘een gedraging is slechts onrechtmatig als de kosten van additionele zorg lager zijn dan de baten voortvloeiend uit de reductie in schade’ (2.2.3).

Ik geloof er helemaal niets van; bovendien hebben de de ‘Tachtigers’, de eerste rechtsekonomen uit de 19e eeuw en hun talrijke volgelingen, al een heel ander geluid laten horen. De gehele toerekeningsgedachte, gekoppeld aan het belang dat de handelende (rechts)persoon heeft bij haar activiteiten, die zo mooi spreekt uit het citaat van Scholten uit 1899, is zoek in Van den Berghs rechtseconomie (zoals gezegd, staat hij hierin niet alleen). Het gaat immers niet alleen om de preventie-gedachte, nog wel heel feitelijk opgevat, maar vooral om de ‘costs of doing business’ die toegerekend worden aan een onderneming, naar het befaamde woord van Justice Traynor uit de jaren ‘40. Of zoals het in de Oostenrijkse School gezegd werd: ‘Jeder soll die Kosten der Geltendmachung

door de genoemde Scholten, Ribbius en Bruins, door schrijvers als: Hijmans, Kranenburg, Wertheim, Cavadino, J.H. Beekhuis, Marx, Van Brakel, Van der Ven, Suijling en Wolfsbergen; kort na de oorlog kwamen Veegens, R.J. Polak, Schut en Pitlo er nog bij.

146. Rechtseconomische kanttekeningen, in: Aansprakelijkheid: Gronden en grenzen, 2001, p. 111.

147. Voor de kritiek van John Fleming op de ‘Chicago School’ van Posner c.s., die door mij onderschreven wordt, zie onder, Hfdst. 11, § 2, nr 3, in fine; Hfdst. 12, §1, nr 8, in fine.

§2. GRONDSLAGEN ONRECHTMATIGE DAAD

seiner Interessen tragen'. De mogelijkheid om schadebeperkende maatregelen te nemen speelde daarbij een rol, maar daarbij gaat het slechts om maatregelen die *in abstracto* mogelijk zijn.¹⁴⁸ In zijn NJV-advies van 1913 trekt Hijmans hieruit de consequentie dat met de aansprakelijkheid uit gevaarzetting de causaliteit gegeven is, adequate veroorzaking opgevat als 'objektieve mogelijkheid van nadeel' (de *Kausalhaftung* uit de tegenwoordige duitse wetgeving). Hij haalt daarbij Von Kries, grondlegger van de adequatietheorie in 1888, met instemming aan: 'hoe groter de te vrezen schade is, des te geringer mogelijkheid van schade zal in aanmerking komen en als gevaar gezien worden'.¹⁴⁹

Men kan het ook zo zien: een ondernemer (of ondernemend individu) neemt risico's, neemt kansen, die zich tegen onschuldige derden kunnen keren, met schade als gevolg. Op dat risico-gedrag wordt een ondernemer afgerekend, op zijn commerciële kansberekening als kosten – baten-calculatie in soms meest cynische vorm: 'zal ik mijn auto's met een gebrek terughalen en herstellen ad US \$ 11 per stuk, of loop ik liever het risico van schadeclaims, ook als dit mogelijk gewonden en zelfs doden betreft?' In de beruchte *Ford Pinto*-zaak (1981) koos de producent voor het eerste, maar het ging dan ook om 12,5 miljoen auto's die verkocht waren. Bij de Dalkon-schildjes ging het om een ingreep die US \$ 0,50 per stuk (10% verkoopprijs) zou kosten en achterwege gelaten werd (zie onder, Hfdst. 12, § 6, nr 3).

Dit zijn gevallen aan de extreme zijde van de schaal, maar waar het mij om gaat is dat ze niet alleen illustratief zijn voor de noodzaak van het nemen van voorzorgsmaatregelen om schade te voorkomen ('efficiënte zorg'), maar evenzeer voor het risico-gedrag van ondernemers. Het gaat mijns inziens niet aan om, wanneer de toedracht van een ongeval als gevolg van activiteiten van een ondernemer niet vastgesteld kan worden, de schade voor rekening van het slachtoffer te laten, omdat niet is komen vast te staan of preventie enige zin gehad zou hebben, in de vorm van concrete voorzorgsmaatregelen die mogelijk zouden zijn. In die benadering denkt men nog steeds in de sfeer van zuivere schuldaansprakelijkheid, en wordt miskend dat met de aanvaarding van de risico-aansprakelijkheid een principieel andere weg ingeslagen werd, meer dan een eeuw geleden, gebaseerd op toerekening van gevolgen aan handelingen en niet op vaststelling van verwijtbaar gedrag.

Ook de beschouwingen over hoofdelijke aansprakelijkheid en proportionele aansprakelijkheid van Van den Bergh kunnen niet overtuigen (2.2.2, in fine). Ik mis daar het element van de wetenschap die de individuele dader heeft ten aanzien van het handelen van andere daders, althans behoort te hebben (de netwerken zijn doorgaans goed ontwikkeld, ook op dit gebied), bijvoorbeeld bij

148. Eind 19e eeuw, begin 20e eeuw, deed onze hoge raad niet anders bij de aansprakelijkheid voor onroerend goed en mijnschade, met als kulminatie het arrest *Kasteel Strythagen* van 1920.

149. In onze tijd zocht Braams, die in zijn dissertatie (1989) 'causaliteitsaansprakelijkheid' verdedigde, steun bij Deutsch (zoals ook de Belgisch auteur Cornelis deed), met zijn uitspraak: 'Gefahr ist erwartete Kausalität wie umgekehrt Kausalität verwirklichte Gefahr darstellt'. Duitsland is ook het land van de 'objektiv-nachträgliche Prognose' (al van Rümelin, 1900); het is derhalve onjuist wanneer Van den Bergh, op gezag van een Duits rechtseconomisch handboek, stelt dat naar Duits recht 'volledig bewijs van de causaliteit vereist is' (noot 41).

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

het zich ontdoen van schadelijke stoffen.¹⁵⁰ Het hoofdelijk aansprakelijk stellen van iedere dader als schakel in het geheel kan een prikkel zijn om problemen op een bepaald terrein gezamenlijk aan te pakken en vervolgens op te lossen. Dat lijkt mij heel efficiënt, vooral ook in economisch opzicht. Het werkt trouwens ook preventief, wat het nemen van schadebeperkende maatregelen betreft, en het effect is veel sterker wanneer de sanctie aansprakelijkheid voor de gehele schade betreft, en geen proportioneel deel. Ook hier zou het averechts werken wanneer onzekerheid over het aandeel in de gehele schade (portie en proportie) in het voordeel zou zijn van de gedeeltelijke veroorzaker van schade. Averechts wat het grote geheel betreft, de schade die de gemeenschap toegebracht wordt (milieuschade is weer een goed voorbeeld); voor de individuele mededader die de dans zou ontspringen ligt dat natuurlijk anders, hij kan ongestoord schadelijk handelend optreden, aangezien de civiele ‘pakkans’ zeer gering is. Hij gaat gewoon schuil in de groep.

150. Wanneer het netwerk leert dat de concurrentie er ook ‘een potje van maakt’, is dat wel ‘state of the industry’, maar het levert nog geen (bevrijdende) ‘state of the art’ op voor de calculerende ondernemer.

§ 3. Aspecten van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: belangenafweging. Inbreuk op subjektieve rechten.

A. BELANGENAFWEGING ALS KENMERK VAN AANSPRAKELIJKHEID UIT ONRECHTMATIGE DAAD

1. *De belangenafweging in de rechtspraak: het voorbeeld van hinder en milieu-aansprakelijkheid. De franse Kalimijnen-zaak*

In de rechtspraak inzake *hinder*, dat wil zeggen zaaksbeschadiging of vermindering van het genot van een zaak als gevolg van het handelen van derden (meestal omwonenden), kent men al van het begin van deze eeuw de norm van de *belangenafweging*: de belangen van de eigenaar van de zaak die pretendeert hinder te ondervinden van derden, tegenover de belangen van die derden, waardoor zij bij hun gedrag geleid werden. Zoals zo vaak, moet men hier appels met peren vergelijken, en wat nog moeilijker is: afwegen. Het belang van de nachtrust van de één, tegenover het belang van het produceren van bonbons of het exploiteren van een studentensociëteit van de ander. In het milieurecht betreft het de afweging van de belangen van het milieubeheer (veiligheid, volksgezondheid) tegenover die van de industrie (produceren met lage kosten van afvalverwerking). Gaat het hierbij om de makro-sfeer, in de mikro-sfeer betreft het doorgaans de schade van de één bij het gebruikmaken van zijn zaak of een openbaar domein, tegenover de te maken kosten van de ander om die schade te voorkomen. *Ultimum remedium* bij dat laatste is het staken van de handelingen die de milieuschade veroorzaken, hetgeen soms met bedrijfssluiting gelijk kan staan.

De jurisprudentie van de hoge raad met betrekking tot hinder, in het bijzonder als gevolg van de exploitatie van vuilstortplaatsen, leert dat voor de vaststelling van onrechtmatige hinder (art. 1401 oud BW is ook hier van toepassing) het aankomt op de *ernst* van de ondervonden schade en de *aard en plaats* van de hinder toebrengende handelingen.¹ Voor ons onderwerp is nog van belang dat in de eerstgenoemde zaak de exploitant van de vuilstort - die kraaien en roeken aantrok die zich na het nuttigen van huisvuil vervolgens tegoed deden aan het fruit van de boomgaard van de buurman - zich beriep op de onvermijdelijkheid van de aanwezigheid van vogels in grote getalen. De hoge raad ziet daarin geen verweer, doch baseert in tegendeel daarop het verwijt dat de exploitant zich niet om die reden van zijn vuilstortactiviteiten had *onthouden*.

Intussen heeft de belangenafweging al zijn intrede in procedures over milieu-aansprakelijkheid gedaan. In een watervervuilingszaak in het noorden des lands ziet men andermaal een voorbeeld van belangenafweging, dit keer materiële belangen tegenover meer ideële. Een hengelsportvereniging vordert de stopzetting van vervuiling van viswater door een ijsfabriek in kort geding. De president Rechtbank Groningen vindt dat hier de 'materiële belangen' van gedaagde, met name ook van haar werknemers, zwaarder wegen dan die van eiseres; deze 'zal haar materiële schade vergoed kunnen krijgen en heeft dus alleen de verstoring van de vrijetijdsbesteding en gederfd en te derven visgenot

1. Vgl. *Lekkerkerker - Vermeulen*, NJ 1972, 278, en *Stikke - Trui*, NJ 1975, 74; in het eerste geval ging het om zaaksschade, in het tweede om derving van woongenot.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

van haar leden in de weegschaal te leggen, welke zij bovendien nog als ideële schade zal kunnen terugvorderen'. Indien gedaagde echter niet uiterst diligent zal zijn, vervolgt de president, om alles in het werk te stellen om de vervuiling zo afdoende mogelijk tegen te gaan, zal hij niet schromen om bij een hernieuwde vordering tot de gevraagde voorzieningen over te gaan (Rb. Groningen 30 sept. 1970, *NJ* 1971, 403, *Hengelsportver. 'De Delle' - Lich-IJs NV*).

In de *Kalimijnen*-zaak hadden eisers geen stopzetting gevorderd, maar slechts schadevergoeding. Het hof benadrukt dat gegeven bij het weerleggen van de bezwaren van de *Kalimijnen*. In dat verband wordt door het hof een verstrekkende opmerking gemaakt:

'Indien het evenwel zo zou zijn - hetgeen niet vaststaat - dat MDPA (de *kalimijnen*, v.D.) door het betalen van schadevergoeding gedwongen zou zijn de exploitatie van de mijnen te staken, zou dit impliceren dat de mijnen slechts exploitabel zijn ten laste van degenen die daardoor schade lijden, hetgeen als zijnde een onaanvaardbare consequentie, bij een belang-enafweging niet ten voordele van MDPA kan strekken' (ov. 6.5; Hof Den Haag 10 sept. 1986 *TMA* 1987, 15, nt Van der Meer)'.²

Op dit punt loopt het hof in de pas met de besproken jurisprudentie. Toch is het laatste woord over de invloed van sociaal-ekonomische factoren op aansprakelijkstelling bij lange na nog niet gezegd. Op belendende percelen zwalkt de rechtspraak nog wat heen en weer. Bij kabelschade overwoog de hoge raad in 1977 dat de mogelijkheid van 'uit maatschappelijk oogpunt verstrekkende gevolgen die aansprakelijkheid met zich brengt' niet van belang is, terwijl in 1981 anders geoordeeld wordt bij aansprakelijkheid van een ziekenhuis: het nemen van maatregelen om patiënten tegen een geringe kans op schade te beschermen kan niet geëist worden 'ongeacht de kosten of andere bezwaren verbonden aan zulke maatregelen'. Op het gebied van de geluidshinder heeft de cassatierechter overwogen dat bij het opleggen van geluidwerende maatregelen de bedrijfsekonomische aspecten in de beoordeling betrokken moeten worden.²

Ten aanzien van het opleggen van een verbod van hinder-toebrengende handelingen heeft de hoge raad enige tijd geleden een belangrijk arrest gewezen, dat ook voor de milieu-aansprakelijkheid van betekenis is. Een bouwbedrijf had een schutting om een bouwplaats aangebracht waardoor een winkel aan het oog onttrokken werd, minder klanten trok, met omzetschade als gevolg. Het bouwbedrijf betoogde dat de schutting noodzakelijk was voor de beveiliging van voorbijgangers; het Hof Den Bosch achtte die handeling derhalve rechtmatig, doch meende dat het onrechtmatige van de daad gelegen was in de weigering om de omzetschade te vergoeden. Insiders zullen hierin de thematiek van *Voorste Stroom VII*, en de bekende scholenstrijd tussen Bregstein en J. Drion en hun geestverwanten herkennen.³

2. Zie resp. HR 1 juli 1977, *NJ* 1978, 84, nt GJS, *Van Hees - Esbeek*; HR 6 nov. 1981, *NJ* 1982, 567, nt CJHB, *bloedprik*, HR 9 jan. 1981, *NJ* 1981, 227, nt CJHB, *Houthandel Van Dam - Beukeboom c.s.* Vgl. voor dit onderwerp onder, Hfdst. 11, § 3; Hfdst. 12, § 7, nr 1 (hinder).

3. HR 3 april 1987, *NJ* 1987, 703, nt G, *Van Gestel - Van den Heuvel*. Men zie voor de dogmatische aspecten de noot van Van der Grinten, die ook de verhouding tot art. 6:168 BW bespreekt, en verder ook de conclusie van de a-g. Zie ook: HR 26 jan. 1990, *NJ* 1990, 15, nt CJHB.

§3. BELANGENAFWEGING

De hoge raad verwerpt de visie van het hof, met de volgende overweging:

‘Weliswaar kan het zich voordoen dat partikuliere bouwactiviteiten enerzijds plaatsvinden op zodanige wijze of leiden tot een zodanige omzetschade voor naburige winkelbedrijven dat zij een onrechtmatige daad opleveren die tot vergoeding van die schade verplicht, terwijl zij anderzijds wegens het zwaarwegende maatschappelijke belang dat normale bouwactiviteiten niet onnodig worden belemmerd, *niet door de rechter kunnen worden verboden, zolang degene voor wiens rekening die activiteiten worden ondernomen, die schade voor zijn rekening neemt*. Doch ‘s hofs voormelde oordeel is niet op feiten van deze aard gegrond’ (mijn curs.).

Men ziet allereerst dat de hinder-veroorzakende activiteiten een onrechtmatige daad kunnen vormen door de wijze waarop dit gebeurt of door de omvang van de schade die veroorzaakt wordt, de bekende directe vorm van aansprakelijkheid toerekenen. Dan volgt de regel dat het ‘zwaarwegende maatschappelijke belang’ van ‘normale’ activiteiten een verbod daarvan in de weg staat, mits degenen die de schade veroorzaakt deze voor zijn rekening neemt. Broodvaart heeft voorrang, maar betaald moet er worden. Zie thans art. 6:168 BW.

In wezen ligt de problematiek van de vergunning als dekmantel voor hinder veroorzakend handelen vlak tegen die van het handelen in het algemeen belang aan. Een overheidsinstantie heeft tevoren de handeling met behulp van een belangenafweging getoetst en toestemming daartoe verleend, doch de vraag is of daarmee immuniteit tegen een vordering uit onrechtmatige daad, schadevergoeding of verbod, verkregen is. De vergunning als vrijbrief voor onrechtmatig handelen. In de heersende leer wordt de vraag ontkennend beantwoord, onder meer in *Lekkerkerker - Vermeulen*. Wel werd in dat arrest gesteld dat dit van de aard van de vergunning afhankelijk was; een Hinderwetvergunning gaf naar het oordeel van de hoge raad in ieder geval geen vrijbrief. De raad stelde dat de invloed van een vergunning op de onrechtmatigheid van een in dat kader verrichte handeling ‘afhangt van de aard van de vergunning en het belang dat wordt nagestreefd met de regeling waarop de vergunning berust, zulks in verband met de omstandigheden van het geval’. Vervolgens wordt dit toegespitst op de Hinderwet, met het bekende resultaat.

Het is zonder meer een politieke uitspraak van de hoge raad, in verschillende opzichten. Het is van algemene bekendheid, dat het stelsel van de Hinderwet geen garanties biedt dat het onrechtmatig toebrengen van schade aan derden voorkomen kan worden. Zeker aan het begin van de jaren zeventig ontbrak er veel aan het vaststellen van de vergunningsvoorwaarden, terwijl het toezicht op naleving nog gebrekkiger was dan tegenwoordig het geval is. Hetzelfde geldt voor vergunningen met betrekking tot het lozen van schadelijke stoffen, bijvoorbeeld in het water. Het is een politieke keus om de burgers de bescherming die een civiele actie kan bieden niet te onthouden. Daarnaast is het ook een kwestie van rechtspolitiek of het burgerlijk recht zich afzijdig dient te houden van kwesties die ook een bestuursrechtelijke achtergrond hebben, met een eigen rechtsgang.

Staat - B (vgl. ook conc. a-g Bloembergen); HR 15 febr. 1991, *NJ* 1992, 639, *aalscholvers* (zie ook concl. a-g Mok). Zie verder nog onder, Hfdst. 12, § 7, nr 3.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

Het is hier niet de plaats om op deze problematiek in te gaan. Er zijn enkele schrijvers die het standpunt van de hoge raad niet onderschrijven, zoals Groen, Van der Grinten en Koeman. Ik verwijs voor een bestrijding van die visie kortheidshalve naar het opstel van S.C.J.J. Kortmann in de Van der Grinten-bundel, bij welk betoog ik mij aansluit.⁴ In de *Kalimijnen*-zaak volgde het Haagse hof overigens de heersende leer, zij het dat een echte keus niet aan de orde was doordat de Franse vergunning uitdrukkelijk een voorbehoud maakte met betrekking tot de rechten van derden, met name gebruikers van het water die door de zoutlozingen schade ondervonden. Dat, zoals het hof opmerkt, de vergunning derhalve niet de strekking heeft de in aanmerking komende belangen zodanig af te wegen dat de vergunninghouder bij het naleven van de vergunning van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zal zijn gevrijwaard, lijkt een understatement in het licht van de administratieve rechtspraak die in Frankrijk op dit punt uitgelokt is.⁵

Naar Frans recht biedt de vergunning geen vrijwaring voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, evenals naar Duits recht het geval is, ten minste indien sprake is van een 'Erlaubnis'. In geval van een 'Bewilligung' ligt dit anders, doch die wordt sinds 1976 niet meer verleend.⁶

Met betrekking tot de Franse vergunning die de *Kalimijnen* verleend was, onderschreef de hoge raad het oordeel van het Hof Den Haag.⁷ Het college is van mening dat 's hofs oordeel dat de Franse lozingsvergunning niet de strekking heeft de in aanmerking komende belangen zodanig af te wegen dat de vergunninghouder zou zijn gevrijwaard van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, 'klaarblijkelijk berust op de uitleg van de vergunning en het daarin met betrekking tot de rechten van derden - met name de gebruikers van het water die door de zoutlozingen schade ondervinden - gemaakte voorbehoud, zulks tegen de achtergrond van *aard en strekking van de desbetreffende Franse wetgeving*' (mijn curs.). Dat oordeel acht de raad naar behoren gemotiveerd en kan in cassatie niet op zijn juistheid getoetst worden (ov. 3.4). Dat laatste houdt verband met de omstandigheid dat schending van vreemd recht naar Nederlands recht niet in cassatie getoetst kan worden; dit vormde voor de *Kalimijnen* indertijd een reden om bij de 'rechtskeuze achteraf' voor de toepasselijkheid van

4. Voor Koeman zie men diens oratie, *Aansprakelijkheden in het milieurecht*, inaug. rede Amsterdam 1986, p. 26. Zie verder S.C.J.J. Kortmann, *Vergunning voor onrechtmatig handelen?* in: *Goed en trouw*, Van der Grinten-bundel, 1984, p. 461.

5. Trib. Admin. Strasbourg 27 juli 1983, *M en R* 1983, nr. 73, nt d'O; zie ook d'Oliveira, *AA* 1984, p. 162 (en Rb. Rotterdam (1983) ov. 8.7). In 1986 heeft het Conseil d'Etat het hoger beroep verworpen, zie E.H. Hulst, *TMA* 1987, p. 92 nt 1.

6. Zie Gieseke-Wiedemann-Czychowski, *Wasserhaushaltsgesetz*, 1985, p. 217; Jürgen Salzwedel, *Der Einfluss der Genehmigungen auf die Haftung von Einleitern gefährlicher Stoffe nach deutschem, französischem und schweizerischem Recht*, in: *Transboundary Pollution and Liability: the Case of the River Rhine*, J.M. van Dunné, Ed., 1991, p. 37. Overigens zijn bij de Rijn-vervuiling de Duitse vergunningen van ondergeschikt belang, aangezien dit hoofdzakelijk 'Erlaubnisse' zijn, die geen vrijwaring voor aansprakelijkheid geven. Dit is in het Duitse bedrijfsleven niet algemeen bekend, naar mijn indruk, evenals dat in Nederland ten aanzien van ons recht het geval is.

7. HR 23 sept. 1988 *NJ* 1989, 743, nt JHN/JCS; *TMA* 1989, p. 12, nt Van Dunné; *AA* 1990, p. 874, nt Kortmann; *Kwart.Ber.NBW*, 1989, nt Kuiper/Van Maanen.

§3. BELANGENAFWEGING

nederlands recht te kiezen, en niet frans recht (dat bovendien minder gunstig voor de positie van lozers leek).

Voordat wij de *Kalimijnen*-zaak nader aan de orde stellen op het punt van de belangenafweging, eerst nog een voorbeeld uit de lagere rechtspraak. De Rechtbank Roermond, 3 april 1986, *TMA* 1987, p. 29, *Huyveneers - Waterschap Zuiveringschap Limburg*, oordeelde in een geval van schade wegens stankoverlast, dat ook al had gedaagde ‘al het mogelijke’ gedaan om de overlast te voorkomen, en al handelde zij in het krachtens de wet opgelegd publiek belang, zij zich niettemin de belangen van eiseres behoort aan te trekken, door de reële schade te vergoeden. Het nalaten hiervan levert een onrechtmatige daad jegens eisers op.

2. *De franse Kalimijnen-zaak (1988) - Belangenafweging bij grensoverschrijdende milieuverontreiniging*

Spreekt uit het zojuist genoemd limburgse vonnis een belangenafweging die de schuldvraag verdrongen heeft, dit is nog sterker het geval in het arrest van het haagse hof inzake de franse Kalimijnen, waarop nu ingegaan zal worden. ‘Ter beantwoording van de vraag of MDPA (de Kalimijnen, v. D.) in strijd met die zorgvuldigheid handelt, dienen haar belangen te worden afgewogen tegen die van de kwekers’, stelt het hof onomwonden, zoals trouwens eerder ook al de rechtbank Rotterdam deed (Rb. Rotterdam, 16 dec. 1983, *NJ* 1984, 341, ov. 8.5 en 8.10). Het begrip schuld of verwijtbaarheid komt niet eens ter sprake. Wel wordt aan de maatschappelijke zorgvuldigheid op de volgende wijze inhoud gegeven: beide partijen zijn bevoegd om voor hun commerciële belangen van de Rijn, resp. het Rijnwater gebruik te maken, maar ‘MDPA moet als bovenstrooms gelegen gebruiker daarbij rekening houden met de belangen van benedenstrooms gelegen gebruikers zoals de kwekers. Indien zij dit in onvoldoende mate doet, handelt zij in strijd met de haar betamende zorgvuldigheid’ (ov. 6.2); met de toevoeging: ‘in ieder geval zolang zij niet voor de kwekers hieruit voortvloeiende schade voor haar rekening neemt’ (t.a.p., ov. 6.10; mijn curs.).

Met het benadrukken van de belangenafweging als criterium voor onrechtmatig handelen sluit het hof overigens aan bij een gangbare opvatting in rechtspraak en doktrine. Bij Asser-Rutten vindt men de belangenafweging als algemene rubriek van de onrechtmatige daadsrechtspraak aangegeven, naast die van het scheppen van gevaar. Dit in navolging van J.J.M. van der Ven, *De zorgvuldigheidsnorm krachtens art. 1401 BW toegepast door den Hoogen Raad*, diss. Nijmegen 1941. De laatste tijd wordt door de HR de ‘belangenafweging’ als toets voor onrechtmatigheid met zoveel woorden genoemd, vgl. bijv. HR 27 juni 1986 *NJ* 1987, 726, *tolkentarieven*, besproken door Koeman, t.a.p., p. 39 (vgl. ook nog onder, Hfdst. 10, § 5, nr 2).

In cassatie hadden de Kalimijnen (MDPA) onder meer tegen dit onderdeel van het arrest van het hof een klacht geformuleerd; daarbij is met name de door het hof gehanteerde belangenafweging in het geding. Hier volgen de overwegingen die de hoge raad aan dat onderdeel van het cassatiemiddel wijdt:

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

(3.3.1) ‘Onderdeel 1 richt zich in een zevental subonderdelen tegen ‘s hofs oordeel dat MDPA door de zoutlozingen in strijd handelt met de haar jegens de kwekers betamende zorgvuldigheid. Het hof komt tot deze slotsom in rechtsoverweging 6.10 op grond van hetgeen het in de voorafgaande rechtsoverwegingen 6.2 - 6.9 overweegt. De gedachtengang van het hof komt neer op het volgende (waarbij thans de rechtsoverwegingen 6.7 - 6.9, die betrekking hebben op de betekenis van het Bonner Zoutverdrag, respectievelijk de Franse lozingsvergunning, die hierna in 3.4 aan de orde komt, buiten beschouwing kunnen blijven).

Na vooropgesteld te hebben dat de belangen van beide partijen een ‘financieel-ekonomisch karakter’ hebben oordeelt het hof in het vervolg van rechtsoverweging 6.2 dat MDPA, hoewel in beginsel evenals de kwekers gerechtigd gebruik te maken van het Rijnwater, rekening moet houden met de belangen van benedenstroomse gebruikers als de kwekers en dat zij handelt in strijd met de haar jegens de kwekers betamende zorgvuldigheid als zij dit in onvoldoende mate doet. Bij de beantwoording van de vraag of zulks het geval is, kent het hof klaarblijkelijk grote betekenis toe aan de ernst van de door de lozingen aan de kwekers toegebrachte schade: het hof overweegt immers dat sprake is van onzorgvuldigheid ‘indien MDPA door bij voortduring grote hoeveelheden zout in de Rijn te lozen aan de kwekers voorzienbare, voortdurende en van betekenis zijnde schade toebrengt’. Uit het vervolg van rechtsoverweging 6 blijkt evenwel dat zulks voor het hof niet uitsluitend maatgevend is: in de rechtsoverwegingen 6.3 - 6.6 onderzoekt het hof niet alleen of hier kan worden gesproken van een voortdurende, voorzienbare en van betekenis zijnde schade aan de kant van de kwekers - hetgeen volgens het hof inderdaad het geval is -, maar besteedt het ook aandacht aan de belangen van de betrokkenen: in rechtsoverweging 6.5, die hierna in 3.3.5 nog aan de orde komt, aan het belang van MDPA bij voortzetting van de exploitatie van de mijnen en in rechtsoverweging 6.6 aan de positie van de kwekers, waarbij het hof vaststelt dat het bij hen niet om zo uitzonderlijke cultures gaat, dat daarmee bij de afweging van de belangen van partijen niet of niet ten volle rekening behoort te worden gehouden. Eerst in rechtsoverweging 6.10 komt het hof tot de slotsom dat MDPA in strijd met de haar jegens de kwekers betamende zorgvuldigheid heeft gehandeld.

(3.3.2) Bij de beoordeling van onderdeel 1 dient uitgangspunt te zijn dat het antwoord op de vraag of degene die stoffen loost in een rivier in strijd handelt met de zorgvuldigheid die hem betaamt jegens degenen die benedenstrooms van het rivierwater gebruik maken afhangt van de aard, de ernst en de duur van de aan deze laatsten toegebrachte schade en de verdere omstandigheden van het geval; waarbij onder meer moet rekening worden gehouden enerzijds met de aard en het gewicht van de door de lozingen gediende belangen en anderzijds met de door het benedenstroomse gebruik gediende belangen, alsmede met de mate waarin het gebruik benedenstrooms gevoelig is voor de geloosde stoffen. Bedacht dient hierbij te worden dat bij de weging van deze wederzijdse belangen aan de belangen van de benedenstroomse gebruiker in zoverre een bijzonder gewicht toekomt dat deze in beginsel mag verwachten dat de rivier niet door omvangrijke lozingen bovenmatig wordt vervuild’ (mijn cursief).

De visie van de hoge raad op de aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door het lozen van schadelijke stoffen in een rivier wordt in de laatste overweging neergelegd. Opvallend is allereerst hoezeer de door de cassatierechter ontwikkelde regel aansluit bij de jurisprudentie inzake hinder, die zoëven besproken werd: ook hier gaat het om de *aard* en de *ernst* van de toegebrachte schade en om de *verdere omstandigheden van het geval*, terwijl toegevoegd wordt als typisch element van de onderhavige schade, de *duur* van de schade. De belangenafweging, in casu tussen de belangen van de lozer tegenover die van de gebruiker van het rivierwater, wordt door de hoge raad nader ingevuld, althans er worden enkele criteria aangereikt. Men ziet tegenover elkaar geplaatst, respectievelijk: a) de *aard* en het *gewicht* van de door de lozingen gediende belangen, en b) de *door benedenstrooms gebruik gediende belangen*, alsook de

§3. BELANGENAFWEGING

mate waarin dat laatste gebruik gevoelig is voor de geloosde stoffen. Deze belangen wegen niet gelijk op, in de visie van de raad: een ‘bijzonder gewicht’ wordt toegekend aan de belangen van de benedenstroomse gebruiker, in die zin dat deze ‘in beginsel mag verwachten dat de rivier niet door omvangrijke lozingen bovenmatig wordt vervuild’.

Op deze laatste zinsnede komt het hier aan; dat er belangen van partijen tegen elkaar afgewogen moeten worden is niet zo opzienbarend, ook indien men geen kennis zou hebben van de jurisprudentie op dit gebied en verwante gebieden. Doorslaggevend is in de opvatting van de hoogste rechter echter, dat de benedenstroomse gebruiker geen vrede hoeft te hebben met een vervuilde rivier. Met welke vervuiling eigenlijk? De hoge raad spreekt van ‘bovenmatige’ vervuiling, als gevolg van ‘omvangrijke lozingen’. Maar wat is ‘bovenmatig’, en wat ‘omvangrijk’? Het hof had volgens de raad gesproken van ‘van betekenis zijnde schade’, dat helpt ons niet veel verder; dit deed het hof overigens in navolging van de Rechtbank Rotterdam, die ook sprak van een ‘beduidende omvang’ van de schade als gevolg van lozing (ov. 8.6 eindvonnis). Als wij naar de feiten van het geval kijken, dan gaat het om een aandeel van de Kalimijnen in de verzilting van het boezemwater waaruit de kwekers hun water voor besproeiing onttrekken, van 14,5-17% voor het Westland en 8,8% voor Schieland. De rest van de verzilting wordt door overige lozers veroorzaakt (de Kalimijnen zijn echter goed voor ong. 40% van de zoutlozingen), maar voor het leeuwedeel door het oprukkende zeewater, de zgn. ‘zoute tong en -kwel’. De rechtbank sprak van een ‘relatief gering aandeel’ van de Kalimijnen in de totale zoutbelasting van het boezemwater. Op het eerste gezicht moet men derhalve de omschrijving die de hoge raad hieraan geeft, als een ‘omvangrijke lozing’ die een ‘bovenmatige vervuiling’ veroorzaakt met een korrel zout nemen, zeezout wel te verstaan. In ieder geval valt hieruit af te leiden dat de hoogste rechter al vrij snel tot genoemde kwalificaties overgaat.

Indien wij deze uitspraak vergelijken met die uit 1915, *Voorste Stroom I*, dan valt op dat in dat arrest de hoge raad ervan uitging dat de benedenstroomse gebruiker ‘enige vervuiling als gevolg van normaal gebruik’ door de bovenstroomse oevereigenaar heeft te dulden, doch niet zodanig gebruik dat een vervuiling ten gevolge heeft die het water voor gebruik benedenstrooms ‘geheel onbruikbaar’ maakt. In 1988 wordt de benedenstroomse gebruiker al veel eerder tegemoet gekomen in zijn probleem met watervervuiling.

Ook al heeft de hoge raad zich in de *Kalimijnen*-uitspraak tot grote lijnen beperkt en daardoor veel open gelaten, het zal duidelijk zijn dat dit arrest voor de positie van de geledeerde bij vervuiling van internationale rivieren van groot belang is. Uit het arrest blijkt dat een relatief geringe bijdrage aan watervervuiling door lozing door een benedenstroomse ‘gebruiker’ van dat water als onrechtmatig beschouwd kan worden, waardoor een recht op schadevergoeding voor hem ontstaat jegens de betrokken lozer. Het gehanteerde criterium van ‘aard en gewicht van de lozing’ legt daarbij veel gewicht in de schaal, indien het hier om schadelijke stoffen gaat (zware metalen, zoals cadmium), en niet om een op zich betrekkelijk onschuldige stof als zout.

Met betrekking tot de schadegevoeligheid van de benedenstroomse gebruiker van rivierwater, waarvan lozers zouden kunnen zeggen dat dit in ieder geval een faktor is die buiten hun invloedssfeer gelegen is, kan gewezen worden op de analoge situatie in de zaak van de *kraaien en roeken*, die boven aan de orde

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

kwam. Wij zagen dat het argument van gedaagde dat de aanwezigheid van vogels in grote getalen onvermijdelijk was, en daarmee de door die vogels toegebrachte schade, door de hoge raad terzijde geschoven werd met het argument dat die omstandigheden voor gedaagde met zich brachten dat hij zich van vuilstortingen had dienen te *onthouden*. Hetgeen men de normatieve kracht van de schade zou kunnen noemen.

In dit verband is ook nog van belang het argument dat lozers van schadelijke stoffen plegen te hanteren, namelijk dat de vervuiling die voorwerp van geschil is tot de normale gang van zaken gedurende een lange tijdsperiode behoort, hetgeen de eiser dient te accepteren, met name omdat hij deze situatie al zo aantrof voor hij een aanvang maakte met het uitoefenen van zijn eigendomsrecht, c.q. het verrichten van activiteiten waarbij hij door de lozingen geschaad wordt. Op het terrein van de hinder staat dit bekend als de *préoccupati-on*, het voorrecht van de eerste bewoner van een gebied.⁸ Ook de Kalimijnen hanteerden dit argument; zij stelden dat de eisers hun bedrijven vóór 1933, het jaar waarin de zoutlozingen begonnen, nog niet uitoefenden, en derhalve de bestaande toevoeging van chloriden aan het Rijnwater dienden te aanvaarden. Het Hof Den Haag veegt dit argument kortweg van tafel (ov. 4.3).

B. INBREUK OP EEN SUBJEKTIEF RECHT. DE LEER VAN SMITS

3. *De leer van Smits in de jurisprudentie: Pesie's bad (1941) en Gem. Breda - Nijs (1981)*

Hierboven kwamen wij al verschillende keren de onrechtmatigheidskategorie 'inbreuk op eens anders recht' tegen, die nog nadere beschouwing verdient. Het is naast het handelen in strijd met de wetsplicht de oudste vorm van onrechtmatigheid in de jurisprudentie van de hoge raad, die tot 1919 de dienst uitmaakte. Het is hier echter de vraag of ouderdom respect afdwingt. Algemeen wordt aangenomen dat met deze term een *subjektief recht* bedoeld wordt, waarvan Rutten opmerkt dat dit een van die begrippen is 'die ontglippen aan een nauwkeurige definitie'.⁹ 'Het zoveelste', zal de oplettende lezer denken; toch is dit nog een vriendelijke beschrijving van Rutten, ik zou de stelling willen verdedigen dat niemand precies weet wat een subjektief recht is, ondanks enkele dissertaties over het onderwerp (al weer wat stoffig, trouwens).¹⁰ Wat daarvan zij, het subjektief recht wordt onderverdeeld in *persoonlijkheidsrechten* (recht op lichamelijke integriteit, op vrijheid, op eer en goede naam) en de *vermogensrechten*, waarbij het met name gaat om de zakelijke en andere absolute rechten, aangezien de inbreuk op persoonlijke vermogensrechten (zoals vorderingsrechten en relatieve rechten) meestal door middel van de aktie uit wanprestatie beschermd kunnen worden. Voor de historische wederwaardigheden van het leerstuk van inbreuk op subjektieve rechten - het onderscheid

8. Zie onder, Hfdst. 12, § 7, nr 3 (hinder).

9. Asser-Rutten II, 1967, p. 421; vgl. voor dit onderwerp ook Asser-Hartkamp III, nr 35 v.

10. Vgl. voor dat onderwerp het vorige hoofdstuk, bij de bespreking van de verbintenis, Hfdst. 9, § 2, nr 1, en Hfdst. 8, § 1, nr 2. Ook daar wordt traditioneel een plaats ingeruimd voor een subjektief recht van de schuldeiser van de verbintenis, hetgeen ook tot zwarigheden leidt, althans in de ogen van sommige auteurs, zoals de onderhavige.

§3. BELANGENAFWEGING

tussen ‘culpose en opzettelijke inbreuk, en dergelijke - verwijs ik naar de genoemde literatuur.

Waar ik wel bij zou willen stilstaan is de vraag die lang geleden door enkele schrijvers opgeworpen is, met Smits aan het hoofd - dezelfde auteur die wij bij de natuurlijke verbintenis tegenkwamen, de latere president van de hoge raad - of niet met de revolutie van 1919 deze categorie van onrechtmatig handelen afgedankt kan worden. En wel omdat zij geen onderscheidend vermogen meer heeft, aangezien met het stellen van het vereiste van maatschappelijke zorgvuldigheid door de hoge raad in 1919, ook aan dit vereiste voldaan moet zijn bij een inbreuk op een recht van een ander. In de jaren veertig bepleit door Smits en zijn medestanders, zou men verwachten dat deze visie in de tegenwoordige doktrine een welwillend oor gekregen heeft. Wat de genoemde handboeken betreft, is daarvan slechts weinig te merken: men doet hoogstens wat water in de wijn, maar blijft toch bij de huiswijn.

In de rechtspraak is daarentegen al verschillende keren tot aansprakelijkheid gekomen, op een wijze die slechts in overeenstemming is met de visie van Smits c.s. De kern des poedels zit namelijk hierin, dat in de klassieke opvatting die men in de handboeken vindt, de inbreuk op eens anders recht *eo ipso* onrechtmatig is, en derhalve een verplichting tot schadevergoeding doet ontstaan. In de andere stroming moet steeds ook nog aangetoond worden dat de handeling in kwestie in strijd was met de normen van maatschappelijke zorgvuldigheid. Uit de reeks uitspraken à la Smits - die voor het merendeel door de aangehaalde auteurs vermeld worden - haal ik twee zaken aan, een oud arrest uit de oorlogsjaren, *Pesie's bad* (1941, overigens niet genoemd) en een vrij recent arrest, waarin de leer van Smits eveneens door de hoge raad aanvaard werd, *Gem. Breda - Nijs* (1981).¹¹ Dit heeft overigens auteurs als Rutten en Hartkamp niet over de streep kunnen trekken, en ook de ontwerpers van het nieuwe wetboek leken deze jurisprudentie niet te kennen, althans niet serieus te nemen.

De zaak van Pesie's Bad is het verhaal van twee broers die op de Veluwe ieder een zwembad exploiteerden; de ene broer, Jan Pesie, was ‘fout’ (N.S.B.’er), de andere, Lucas, niet. Het zwemmend publiek begon er lucht van te krijgen dat Jan Pesie fout was, informeerde daarnaar bij diens broer Lucas, die dat beaamde, en ging er vervolgens toe over het zwembad van Jan Pesie te mijden, waardoor Jan schade opliep. Een variant op het verbod van gemengd zwemmen op de Veluwe. De hoge raad overwoog als volgt:

‘dat het hof feitelijk heeft vastgesteld, dat de stellingen van Jan Pesie, voorzoover in hooger beroep volgehouden, enkel inhouden, dat Lucas zich uitliet, dat hij niet meer met Jan Pesie wenschte samen te werken, omdat zijn broer te veel sympathiseerde met de N.S.B., en dat Lucas daarbij wist, dat een groot deel van het publiek weinig of geen zaken wenscht te doen met mensen, die met de N.S.B. sympathiseeren;

dat het hof, daarbij vaststellende, dat noch de onwaarheid der mededeeling, noch de toeleg om te benadeelen, deel van den gestelden grondslag der vordering uitmaken en dat ook verder omtrent de omstandigheden, waaronder de uitlating zou hebben plaats gehad door Jan Pesie niets nader is gesteld, terecht heeft geoordeeld, dat de aan de vordering gegeven feitelijken grondslag onvoldoende is om het beroep op onrechtmatige daad te rechtvaardigen;

11. Resp. HR 28 nov. 1941 *NJ* 1942, 190; HR 25 sept. 1981 *NJ* 1982, 315, nt CJHB.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

dat toch hij, die zonder toeleeg om te benadeelen een ware mededeeling doet, wetende, dat deze geschikt is om een ander nadeel te berokkenen, alleen dan onrechtmatig handelt, indien uit de verdere omstandigheden van het geval volgt, dat deze wetenschap hem, bij inachtneming eener betamelijke zorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer tegenover den ander, had behooren te weerhouden van het doen dezer mededeeling

dat hetgeen betaamt in het bijzonder ook daarvan zal afhangen of in een gegeven geval de mededeeling geschiedde al dan niet in het openbaar en of zij geschiedde ongevraagd dan wel op een verzoek om inlichtingen of naar aanleiding van een vraag omtrent de waarheid van een bepaald feit;

dat dus niet juist is de stelling aan het middel ten grondslag gelegd, dat de gestelde uitlating in verband met de wetenschap der benadeeling zonder meer reeds strijdig zou zijn met de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer aan Lucas tegenover Jan betaamde, noch de stelling, subsidiair in het middel vervat, dat zulks zou gelden tenzij uit de omstandigheden van het geval mocht volgen, dat de uitlating in verband met een afweging der betrokken belangen niet tegen de betamelijke zorgvuldigheid zou indruischen;

dat mitsdien het middel is ongegrond'.

De crux is hier, dat de eenvoudige inbreuk op het subjektieve recht (van goede naam) van broer Jan, die schade veroorzaakt had, door de hoge raad een onvoldoende grondslag werd gevonden om tot een aansprakelijkstelling over te gaan. Er moest *ook nog* sprake zijn van het schenden van een norm van maatschappelijke zorgvuldigheid, hetgeen niet vastgesteld werd. Intussen kan men, achteraf bezien, zich afvragen wat in deze context onder een goede naam verstaan moest worden. Het is duidelijk dat deze kwestie in oorlogstijd geen eenvoudige vraag was.

De tweede uitspraak betreft een krakerszaak. Hier dacht de advocaat van de huiseigenaar wiens pand (dat om spekulatieve redenen lang had leeggestaan) door woningzoekenden gekraakt was, een vondst gedaan te hebben door te stellen dat het gebruik van de leidingen voor water, gas en elektriciteit in het huis (tot het aansluitingspunt onder de openbare weg) door de gemeente een schending was van het eigendomsrecht van de huiseigenaar, zodat zonder de lastige onrechtmatigheidsvraag naar ongeschreven recht te hoeven stellen, direkt sprake zou zijn van een onrechtmatige daad. Het Hof Den Bosch ging mee in die redenering, uitgaande van een klassieke visie op de eigendom als een volkomen recht waarop nu eenmaal geen inbreuk geduld hoefde te worden. De hoge raad overweegt daaromtrent:

'Onderdeel I betreft de eerste grondslag. Het stelt onder b en c onder meer de vraag aan de orde of het hof terecht heeft aangenomen dat het enkele bovenomschreven gebruik dat de gemeente bij de voortzetting van de levering van energie aan Van Rosmalen tegen de haar kenbaar gemaakte wil van Nijs heeft gemaakt van de aan Nijs toebehorende leidingen, reeds een onrechtmatige daad van de gemeente jegens Nijs opleverde. Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. Niet elk gebruik - in de ruime zin waarin het hof die term bezigt - dat een ander tegen de wil van de eigenaar van diens zaak maakt, kan als een inbreuk op diens eigendomsrecht worden beschouwd. Of het onderhavige gebruik van de voormelde leidingen door de gemeente een zodanige inbreuk opleverde, kan niet worden beoordeeld los van de vraag of de gemeente door de voortzetting van de voormelde levering jegens Nijs onzorgvuldig handelde. 's Hof's arrest impliceert immers dat het belang waarin Nijs volgens zijn stellingen door de gedragingen van de gemeente is getroffen, uitsluitend is gelegen in het feit dat de levering van energie aan Van Rosmalen 'essentieel' was voor de voortzetting van de bewoning van het ten processe bedoelde pand door de krakers. De opvatting van het hof,

§3. BELANGENAFWEGING

waarbij de onrechtmatigheid van de levering van energie wordt gezocht in het gebruik dat de leverancier daarbij tegen de wil van de eigenaar zou maken van de leidingen in diens pand, is ook daarom onaanvaardbaar omdat bij die opvatting de mogelijkheid om bewoners tot ontruiming te bewegen in beginsel open zou staan in alle gevallen waarin de eigenaar van een huis dit ontruimd wil krijgen' (ov. 2).

Wat de onzorgvuldigheidsvraag betreft, was de raad verder van oordeel dat de gemeente door energie te leveren aan de krakers gebruik had gemaakt van een beleidsvrijheid die haar toekam in verband met de zorg voor de veiligheid van het pand en omliggende panden. De gemeente was namelijk bevreesd dat bij afsluiting van de voorzieningen (hetgeen aanvankelijk gedaan was) de krakers zelf voor aansluiting zouden zorgen, wellicht op verdienstelijke wijze, maar toch niet naar professionele maatstaven, met kans op ongelukken.¹²

Hartkamp is van mening dat de leer van Smits ook voor het huidige recht verworpen moet worden, met als argumenten dat dit uit de parlementaire geschiedenis blijkt, maar ook uit de wet zelf: anders zouden de rechtvaardigingsgronden van art. 162 lid 2, slot, en de relativiteitsleer van art. 163 overbodig zijn. Het is maar wat je jammer vindt. Voor dat laatste verwijst ik naar § 4, waar men het standpunt verdedigd vindt dat de relativiteitsleer in ons onrechtmatige daadsrecht geen functie heeft. Ook op dat terrein heeft Smits, al in de jaren dertig, een hoofdrol gespeeld.¹³

12. Aan door Rutten en Hartkamp genoemde rechtspraak in de zin van de leer van Smits ontbreekt het *Voorste Stroom VII* arrest uit 1953.

13. De leer-Smits krijgt de laatste jaren steeds meer steun, o.m. van Roelvink, in: *CJHB*, Brunner-Bundel, 1994, p. 331, die wijst op Hijma en Bloembergen als medestanders. Ook Van Maanen onderschrijft de leer-Smits, zie zijn bijdrage Van Dunné-Bundel, 1997, p. 263 v.

§ 4. De (akademische) vereisten van het onrechtmatigheidsbelang ('1401-belang') en het relativiteitsvereiste

1. Inleiding

De laatste jaren is er een hernieuwde belangstelling gekomen voor twee dogmatische vereisten die door sommige schrijvers aan aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad gesteld werden, en die wat onder het stof geraakt waren (soms ook bij de wetgever). Dat gebeurde doorgaans in procedures die betrekking hadden op milieu-aansprakelijkheid, waarbij grote belangen op het spel stonden. Om deze op zich vrij theoretische materie - die aan Kamerleden ook nauwelijks uit te leggen valt - wat aansprekender te maken, wil ik dat doen aan de hand van een bekend arrest op dat gebied uit 1989, *Benckiser*. Ik maak daarbij gebruik van mijn noot die eerder in *Ars Aequi* verscheen, en enkele latere publikaties.¹

De casus van *Benckiser* is als volgt. Het Duitse bedrijf Benckiser maakt citroenzuur voor de levensmiddelenindustrie; bij de productie komt jaarlijks 60.000 tot 80.000 ton gips vrij dat onder meer cyanide bevat, een giftige stof die voorkomt op de lijst van chemische afvalstoffen van het uitvoeringsbesluit van de Wet Chemische Afvalstoffen (1976), bij een concentratie hoger dan 50 mg/kg. Het cyanidegehalte in het afvalgips bedroeg de laatste jaren 300 tot 1200 mg/kg. Benckiser had dus een probleem, want de Duitse milieuwetgeving is niet veel milder dan de Nederlandse.

Benckiser komt met dat Nederlandse recht in aanraking doordat hij Bos en zijn Bos Bouwstoffen BV bereid vindt het gipsafval af te nemen; het zou opgewerkt worden voor de cementindustrie in een fabriek in Deventer. De kosten zijn laag - inclusief transport f 53,- per ton, terwijl storting in de DDR exclusief transport 100 à 150 DM gekost zou hebben. Dat kwam Benckiser goed uit, want zij zocht alternatieven voor de storting in Duitsland, en een poging om het gips door opwerking geschikt te maken voor de cementfabrikage was mislukt. Men zocht een oplossing voor 91.000 ton verontreinigd gips, waar jaarlijks 20.000 ton zou bijkomen. Bos kwam dus als geroepen. Hij gaat aan de slag, en stort onder andere in Moerdijk en Werkendam 64.000 ton cyanidehoudend gips, zonder voorzieningen te treffen. Valse analyserapporten geven aan dat het onschuldig gips betreft. Bos strijkt aldus ongeveer vijf miljoen DM op, die hij via een opgerichte Duitse vennootschap incasseert.

Al na de proefzending, die in Druten gestort was, rook een plaatselijke ambtenaar onraad (het was blauwig van kleur). Benckiser wordt aangezegd verzending te staken; zij legt dat naast zich neer en verscheept ruim 60.000 ton naar Bos. Een tweede telex, dit keer uit Den Haag, wordt door Benckiser naar Bos doorverwezen, zij waste haar handen in onschuld. Intussen worden in Moerdijk metingen gedaan: de bodemverontreiniging had een diepte van 25 cm bereikt, in een concentratie van 1300 mg/kg. Bos wordt door het Hof Leeuwarden tot straffen veroordeeld. In de onderhavige procedure is het echter de staat die tegen Benckiser ageert ex 1401 BW en verwijdering van het gips van acht lokaties in Nederland vordert, en het treffen van maatregelen om (verdere) aantasting van het milieu te voorkomen. Derhalve een gebods- of bevelaktie uit onrechtmatige daad, in kort geding, met bepaling van een dwangsom.

De president Rb. Dordrecht had de vordering afgewezen, aangezien de Staat niet-ontvankelijk zou zijn vanwege het ontbreken van een door 1401 beschermd belang (vgl. *Limmen - Houtkoop*). Het Hof Den Haag wijst de vordering toe. Over de onrechtmatigheid van het handelen van Benckiser overweegt het hof (ov. 16 v.):

1. AA 1990, p. 35; TMA 1990, p. 114, noot onder *Staat - Van Amersfoort*; TMA 1992, p. 209 (thema-nr over *Akzo Resins*, 1992). Het *Benckiser*-arrest is HR 14 april 1989, NJ 1990, 712, nt CJHB/JCS; TMA, p. 90, nt Braams/Addink.

§4. ONRECHTMATIGHEIDSBELANG EN RELATIVITEIT

‘16. Hiervan uitgaande, is het hof van oordeel dat, gezien de in punt 14 vermelde feiten en omstandigheden, voor Benckiser als deelnemer aan die onrechtmatige daad hetzelfde geldt. Vooropgesteld dat haar afvalgips in ernstige mate vervuild was en dat zijzelf daarmee geen raad wist, had immers Benckiser dat gips niet aan Bos mogen slijten zonder eerst naar diens betrouwbaarheid een grondig onderzoek te hebben gedaan, hetgeen nog temeer klemt nu er zelfs positief aanwijzingen waren dat Bos er alleen maar op uit was om ten koste van het milieu zichzelf te verrijken. Bij dit laatste moet onder meer worden gedacht aan de relatief lage prijs waarvoor Bos bereid was het karwei te klaren, aan het feit dat Bos de normen op dit gebied nauwelijks kende en aan de wens van Bos om de betalingen via een speciaal daartoe opgerichte vennootschap te laten lopen, althans niet rechtstreeks aan Bos Bouwstoffen te laten doen. Het verweer van Benckiser dat zij, wat de betrouwbaarheid van Bos betreft, op haar relaties was afgegaan, getuigt dan ook niet van verantwoordelijkheidsgevoel. Zeker na de telex van 14 januari 1986, waarbij Benckiser uitdrukkelijk voor een verdere invoer van haar gips werd gewaarschuwd had Benckiser zelf moeten nagaan of de afwikkeling van de overeenkomst met Bos, waarvan op dat moment alleen de proefzending was verstuurd, nog wel verantwoord moest worden geacht. Het ziet er naar uit dat Benckiser haar ogen daarvoor heeft gesloten en bewust het risico heeft genomen dat achteraf de zaak zou blijken niet zuiver te zijn. Het storten van het afvalgips op de hierboven bedoelde acht lokaties is als gevolg daarvan voorzienbaar geweest en derhalve aan Benckiser toe te rekenen.

17. Al met al heeft Benckiser de milieubelangen van de staat op ontoelaatbare wijze aan haar eigen belangen opgeofferd.

Zij heeft jegens de staat in hoge mate onzorgvuldig gehandeld en aldus een onrechtmatige daad gepleegd.’

De hoge raad bevestigt het arrest van het hof. De belangrijkste overwegingen zijn:

‘4.3 De middelen I en II stellen de vraag aan de orde of de belangen waarvoor de staat in het onderhavige kort geding opkomt mede in het licht van de publiekrechtelijke wegen die voor de staat ter behartiging van deze belangen openstaan, meebrengen dat de staat in kort geding, een voorziening als hier gevraagd kan vorderen, te weten verwijdering van de hiervoor bedoelde hoeveelheden gips uit Nederland.

Voorop moet worden gesteld dat het hof blijkens zijn rechtsoverwegingen 8 en 9 ervan is uitgegaan dat de staat zich te dezer zake niet slechts heeft beroepen op het algemeen belang, betrokken bij de naleving van de milieuwetgeving op zichzelf, doch ook op de concrete omstandigheden dat in dit geval op acht verschillende plaatsen in Nederland de bodem ernstig werd vervuild doordat een hoeveelheid cyanide-houdend afvalgips, afkomstig van Benckiser, door Bos en Bos Bouwstoffen werd gestort. Dit uitgangspunt heeft het hof kennelijk mede hierop gegrond dat de staat in hoger beroep - in de bewoordingen van de pleitnota van mr. Hoogvliet - aan zijn vordering onder meer ten grondslag heeft gelegd ‘het gevaar voor schade aan het milieu en de volksgezondheid’ en ‘de noodzaak om de door de storting op diverse plaatsen in Nederland ontstane situatie van bedreiging met vervuiling van bodem en grondwater zo spoedig mogelijk te beëindigen en mogelijk omvangrijke kosten voor de staat te voorkomen.’ Voor wat betreft de taak die in een dergelijk geval op de staat rust, en de bevoegdheid van de staat om zich in een zodanig geval op grond van art. 1401 BW tot de burgerlijke rechter te wenden, heeft het hof voorts verband gelegd zowel met het bepaalde in art. 21 Grondwet als met art. 21 Interimwet Bodemsanering en de parlementaire geschiedenis van dit artikel. Aldus opgevat is ‘s hofs oordeel dat de staat te dezer zake in beginsel op grond van art. 1401 BW jegens Benckiser een voorziening als hier gevorderd kan vragen, juist. Bij de stand van de wetgeving ten tijde van ‘s hofs arrest kan voorts niet worden gezegd dat voor de staat publiekrechtelijke wegen openstonden, waarmee de staat in dit geval een met de gevorderde voorziening vergelijkbaar resultaat had kunnen bereiken. In het bijzonder met het in dit geding ingeroepen art. 49 van de Wet Chemische Afvalstoffen kon immers een zodanig resultaat niet worden verkregen, ook niet - zoals in de feitelijke instanties is aangevoerd - ‘in

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

kombinatie met' de artt. 28 en 29 Wet Economische Delicten. Evenmin kan worden gezegd dat de publiekrechtelijke regeling, die in deze drie bepalingen aan de orde is, door de toewijzing van een vordering als hiervoor weergegeven, op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist. In het midden kan blijven of een en ander ook geldt na invoering bij de wet van 7 juli 1988, *Stb.* 331, in de Wet Chemische Afvalstoffen van het nieuwe art. 49a.

Alle in de middelen I en II vervatte klachten stuiten op het voorgaande af.

4.5 De middelen IV, V en VI richten zich met een samenstel van rechts- en motiveringsklachten tegen hetgeen het hof in zijn rechtsoverwegingen 16 en 17 uit het daaraan voorafgaande omtrent het onrechtmatig handelen van Benckiser heeft afgeleid. De gevolgtrekkingen van het hof dat Benckiser onrechtmatig heeft gehandeld als deelnemer aan de door het hof weergegeven onrechtmatige daad van Bos en Bos Bouwstoffen, dat het storten van het afvalgips op de door het hof bedoelde acht lokaties voor Benckiser voorzienbaar is geweest en derhalve aan deze is toe te rekenen, dat Benckiser de door het hof bedoelde milieubelangen van de staat op ontoelaatbare wijze aan de hare heeft opgeofferd, en dat Benckiser jegens de staat in hoge mate onzorgvuldig heeft gehandeld en aldus jegens de staat een onrechtmatige daad heeft gepleegd, geven evenwel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Die gevolgtrekkingen, die in belangrijke mate berusten op waarderingen van feitelijke aard, zijn voorts niet onbegrijpelijk en behoeft in het licht van de gedingstukken geen nadere motivering. Op dit een en ander stuiten alle in deze middelen vervatte klachten af.'

Over de *Benckiser*-zaak is al heel veel geschreven, in alle stadia van de procedure, en vanuit verscheidene gezichtspunten: bestuursrechtelijk, privaatrechtelijk, milieurechtelijk, en vaak een combinatie daarvan.² Daarbij zijn hele en halve polemieken te signaleren, teweeggebracht door de rechtspolitieke aspecten van de problematiek, nauw verbonden met de politieke vraag: wie moet er voor de milieuvervuiling opdraaien, het bedrijfsleven of de overheid?³ De rekening die betaald moet worden is behalve politiek ook economisch van aard, het gaat immers om geld, en wel een hele hoop geld. Doch als de rekening gepresenteerd wordt, figuurlijk, maar de laatste tijd steeds meer ook letterlijk in de vorm van (verhaals)akties van de staat, is het kwaad al geschied. De laatste jaren komen dergelijke zaken ook voor de burgerlijke rechter, en daarmee worden, zoals uit de onderhavige procedure blijkt, nieuwe vragen opgeworpen. In dit arrest heeft de hoge raad enkele vragen tot een oplossing gebracht, andere voor zich uit geschoven. Veel is daarbij nog onduidelijk en voor verschil van mening vatbaar.

2. *Het '1401-belang': een vereiste zonder belang*

Een rechtgeaarde gedaagde, althans diens advocaat, probeert zijn eiser zoveel mogelijk dogmatische obstakels voor de voeten te werpen. Tot die academische

2. Het arrest van het hof Den Haag werd gepubliceerd in *Milieu en Recht* (M en R) 1988, p. 31, nt Gerritzen-Rode; *Tijdschrift voor Milieu Aansprakelijkheid (TMA)* 1988, p. 53, nt Kottenhagen-Edzes; het arrest van de HR verscheen in *M en R* 1989, p. 43, nt Gerritzen-Rode; *TMA* 1989, p. 90, nt Addink en Braams. Van de literatuur noem ik: P.J.J. van Buuren en F.C.M.A. Michiels, *NJB* 1989, p. 734; P.C. Gilhuis, *M en R* 1989, p. 193; R. van Acht en E. Bauw, *Bouwrecht* 1989, p. 747. D.A. Lubach, *NTB* 1989, p. 331.

3. Zie met name B.D. Wubs, *Het civiele recht: wapen van de overheid bij de bescherming van het milieu*, *TMA* 1988, p. 93 (reactie op P.W.A. Gerritzen-Rode, *NTB* 1988, p. 45 v.), met naschrift Gerritzen-Rode, *TMA* 1988, p. 97. Vgl. ook B.J.M. Veldhoven, *NJB* 1989, p. 1214, waarover P.A. Kottenhagen-Edzes, idem p. 1517.

§4. ONRECHTMATIGHEIDSBELANG EN RELATIVITEIT

voetzoekers behoren het '1401-belang' en de 'relativiteit' of 'Schutznorm'. Hoe gecompliceerder de leer waarop men zich beroept, hoe mooier het natuurlijk is. Milieuzaken zijn geen uitzonderingen op dit gebruik in de balie. Eigenlijk zou elke juridische bibliotheek een gesloten afdeling moeten hebben, een kluis, niet toegankelijk voor praktijkjuristen, waarin 'onvruchtbare gedachten' en 'onzalige constructies' bewaard worden. Slechts toegankelijk voor promovendi, wier proefschriften later aan het bestand toegevoegd worden. Het '1401-belang' zou in die sector ondergebracht moeten worden, evenals het relativiteitsvereiste. Dit vereist, naar ik vrees, enige toelichting.

Allereerst het '1401-belang'. Het begon allemaal met een gedachte van H. Drion in de Van Opstall-bundel uit 1970, die naar algemeen wordt aangenomen, model heeft gestaan voor het veel besproken, ik zou haast zeggen, beruchte arrest *Limmen - Houtkoop* (NJ 1974, 91). De kernoverweging van de hoge raad in dat arrest is letterlijk overgenomen door Pres. Rb. Dordrecht in de Benckiser-zaak, en tenslotte wederom aan de hoge raad voorgelegd. Waar ging het nu eigenlijk om? Drion bespreekt de mogelijkheid voor de overheid om gebruik te maken van een bevels- of verbodsaktie ex 1401 *oud* - een figuur die in de praktijk steeds meer ingang vond - en oriënteert zich daarbij op het arrest *Bedrijfschap - Klomp* (NJ 1970, 327), de meest recente uitspraak in de lange reeks relativiteitsarresten van dat moment; wij zullen straks zien dat de HR in *Benckiser* weer terugkeert naar het *Klomp*-arrest, waardoor de cirkel weer gesloten lijkt. De crux is gelegen in deze uitspraak van Drion:

'Waar geen enkel privaatrechtelijk relevant belang voor de gemeente bij naleving door Den Ouden van het desbetreffende gemeentevorschrift was gesteld, lijkt het moeilijk vol te houden dat de voortzetting van het cash-and-carrybedrijf in de loods een onrechtmatige daad jegens de gemeente opleverde, zomin als de uitoefening van de detailhandel in aardappelen door Klomp onrechtmatig was jegens het bedrijfsschap' (mijn cursivering, p. 65).

Dit heeft de hoge raad geïnspireerd tot de bekende overweging in *Limmen - Houtkoop*:

'Dat 's hofs overweging dat de stelling van de gemeente 'dat Houtkoop door zich in strijd met genoemde voorschriften te gedragen jegens haar, gemeente, onrechtmatig handelt' 'geheel in het vage gebleven', aldus moet worden verstaan dat de gemeente niet heeft gesteld dat voor haar enig ander belang dreigt te worden geschonden dan het algemeen belang dat bedoelde voorschriften worden nageleefd;

dat echter het algemeen belang dat voor elk overheidslichaam is betrokken bij de naleving van de door dat lichaam uitgevaardigde wettelijke voorschriften op zichzelf niet behoort tot de belangen welke art. 1401 BW beoogt te beschermen,

dat het hof derhalve terecht heeft geoordeeld dat de onderhavige vordering niet voor toewijzing vatbaar is, zodat dit onderdeel vergeefs is voorgesteld.'

Daarmee kwam het '1401-belang' in roulatie; stromen drukinkt begonnen te vloeien, ook in de jurisprudentie, want de hoge raad werd verschillende keren geroepen de nieuwe leer toe te passen. Blikvangers zijn hier *Rijksweg 12* (NJ 1976, 280), trouwens een milieuzak, en *Zuidpool* (NJ 1978, 615, inzake het ruimen van een scheepswrak door de staat), terwijl in *De Nieuwe Meer* (NJ 1987, 743) een nieuwe dimensie werd toegevoegd, de kollektieve aktie in het algemeen belang, eveneens het milieu betreffend. Voor de oppervlakkige

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

toeschouwer gaat het hier om een bloeiend leerstuk. Leuk, een nieuwe rubriek in handboeken, praktijkgidsen en losbladige bundels: fijn, weer een onderscheiding, scholastisch en toch leerzaam. Om mogelijke euforie over deze rechtsfiguur te temperen, zou ik erop willen wijzen dat de hoge raad sinds *Limmen - Houtkoop* in geen enkel arrest heeft uitgesproken dat een bepaald belang *niet door art. 1401 beschermd zou zijn*.⁴ Dat geeft op zich al te denken over het onderscheidend vermogen van deze onderscheiding, een in de scholastiek overigens geen gangbare benadering. Rutten heeft de leer van het 1401-belang omarmd in zijn Asser-bewerking, daarin gevolgd door Hartkamp; pas na kritiek van Nieuwenhuis en Bloembergen in 1987 ging Hartkamp niet om, maar deed een stapje terug.⁵ De leer 'vervult een bescheiden doch nuttige functie'. Het voorstel van Verburgh in zijn oratie uit 1975 om de leer te doen opgaan in het relativiteitsvereiste werd door beide Asser-bewerkingen verworpen. Overigens had Verburgh ook een uitweg gezocht - eveneens verworpen door beide auteurs - voor de vraag welk belang door art. 1401 beschermd wordt, namelijk de *concreetheid* van het belang.

Als men alle geleerde betogen leest waarbij deze leer 'aangekleed' wordt, krijgt men de neiging om, net als het jongetje in het sprookje van 'De kleren van de keizer', te roepen dat die leer naakt is; hij heeft niets om het lijf. Wat is namelijk het geval? Wij hebben het over een privaatrechtelijke aktie uit onrechtmatige daad, waarvoor vereist is: een daad die *onrechtmatig* (onzorgvuldig) is, *schade*, en een *causaal verband* tussen daad en schade. Mijn stelling is, dat wanneer men deze drie vereisten serieus neemt, dat wil zeggen, toepast conform de normen die in rechtspraak en doktrine gangbaar zijn, er geen enkele behoefte bestaat aan een leerstuk als het 1401-belang, en evenmin aan een relativiteitsvereiste, maar daarover dadelijk meer (sub 5). En als terzijde: men kan hieraan nog het processuele vereiste toevoegen van 'point d'interêt', 'point d'action' - geen belang, geen aktie.

Natuurlijk is hier de complicatie, dat wij het over de overheid hebben die van een 1401-aktie gebruik maakt, en daarmee komt het algemeen belang in beeld. Maar sinds de overheid, te beginnen met de 'November-revolutie' van 1924 (*Ostermann I*), van haar voetstuk gestoten is en in toenemende mate op gelijke voet met de burgers gezet is, is hier niet zoiets uitzonderlijks aan de hand dat wij er dogmatisch nerveus van hoeven worden, of naar verlengstukken van bestaande leerstukken moeten omzien. De overheid heeft immers geen been om op te staan als zij niet, net als iedere burger, voldoet aan de drie vereisten van 1401. Deze vereisten kunnen op zich en in combinatie hier de was doen.

Daarmee kom ik op een tweede complicatie: het gaat niet alleen om de overheid op de civiele toer, het gaat ook om de vraag of de overheid zich niet bij haar leest moet houden, en zich bij haar ageren, hoe lovenswaardig ook uit oogpunt van nastreven van het algemeen belang - daar is de overheid tenslotte

4. Hierop is door verschillende schrijvers gewezen, zie de rechtspraak vermeld in *Onrechtmatige Daad I-D* (Van Maanen), nr. 128a.

5. Vgl. Asser-Rutter III, *Verbintenissenrecht*, 5e dr. (1979), p. 129 v.; Asser-Rutten-Hartkamp III, 7e dr. (1986), nr 109 v.; Asser-Hartkamp III, 8e dr. (1990), nr 109 v.; idem 9e dr. (1994); J.H. Nieuwenhuis, *Welke belangen worden beschermd door art. 1401 BW?* WPNR 5821 (1987), p. 145; A.R. Bloembergen, recensie A-R-H III, *NJB* 1987, p. 631, op p. 632 v. Zie ook N. Frenk, *NTBR* 1996, p. 131.

§4. ONRECHTMATIGHEIDSBELANG EN RELATIVITEIT

voor - moet beperken tot de publiekrechtelijke middelen die haar ten dienste staan. De 'twee wegen-leer', hoor ik roepen. Inderdaad, dat is de vraag die onder de vorige verscholen ligt, met voor gedaagde het aantrekkelijke effect dat indien de overheid van de burgerlijke rechter nul op rekest krijgt, die aanval voorlopig weer is afgeweerd. Niet ten onrechte sprak Drion al van 'een wapen' voor de overheid, en in milieuzaken is het gedaagden erom te doen de overheid dat wapen uit handen te slaan. Vandaar ook het oplopen van de emoties bij de polemieken op dit terrein.

In deze context zijn er twee uitersten, waartussen het optreden van de overheid te plaatsen is: aan de ene zijde de Limmen-casus, de overheid die puur nakoming van voorschriften verlangt, zonder dat enige schade bij niet-nakoming in het geding is; te anderer zijde de extreme situatie dat de overheid als eigenares optreedt en inbreuk op de eigendom wil bestrijden (waar Drion al aan dacht). Het aardige van het hanteren van deze schaal is, dat de antwoorden op de vraag naar een mogelijk gebruik van 1401 door de overheid evident zullen zijn: in het eerste geval natuurlijk *geen* actie, in het tweede geval natuurlijk *wel*. Waarom is dit zo 'natuurlijk'? Naar mijn mening omdat de civilist bij 1401 direkt aan *schade* denkt. Op het eerste gezicht is alleen in het tweede geval sprake van schade. Op het tweede gezicht, of liever: second thought, ligt dat anders, althans genuanceerder. Indien men namelijk niet alleen aan fysieke schade, maar ook aan immateriële schade denkt, is het minder vanzelfsprekend dat de overheid geen schade, en daarmee geen actie zou hebben. Verschillende schrijvers hebben al het standpunt ingenomen dat als privaatrechtelijke organisaties op grond van *De Nieuwe Meer* schending van immateriële (milieu-)belangen met een actie uit 1401 kunnen weren, niet valt in te zien waarom dit voor de overheid niet evenzeer zou gelden.⁶ De overheid die, zie ook de verwijzing in dit arrest naar art. 21 Interimwet Bodemsanering (IBS) en art. 21 Gw ('bescherming en verbetering van het leefmilieu'), de zorg voor het milieu toch ook hoog in het vaandel voert.

Hoe hier uit te komen? Dient de overheid in het eerste geval toch ook een 1401-actie te hebben? *Limmen - Houtkoop* overruled? Alvorens bij deze vraag stil te staan, wijs ik erop dat het de hoge raad in *Benckiser* niet zo moeilijk gemaakt was, zie overweging 4.3. Het college stelt immers 'voorop' dat de staat zich 'niet slechts heeft beroepen op het algemeen belang, betrokken bij de naleving van milieuwetgeving op zichzelf, doch ook op de concrete omstandigheden dat in dit geval op acht verschillende plaatsen in Nederland de bodem ernstig werd vervuild', etcetera. Een echo van Verburghs 'concreetheid'? Even verder werkt de hoge raad dit uit met de 'kennelijk'-constructie: het hof zou, gezien de pleitnota van de staat, uitgegaan zijn van niet alleen 'het gevaar voor schade aan het milieu en de volksgezondheid', maar ook van 'de noodzaak om ... omvangrijke kosten voor de staat te voorkomen'. Gelukkig, er is sprake van materiële, op geld waardeerbare, schade. Einde oefening. *Limmen - Houtkoop* blijft in de lucht. De hoge raad vervolgt dan - 'voorts kan niet worden gezegd ...' - met het aansnijden van de twee wegenproblematiek: de vraag of 'voor de staat publiekrechtelijke wegen openstonden, waarmee de staat in dit geval een met de gevorderde voorziening vergelijkbaar resultaat had kunnen bereiken'. Daarover

6. Aldus o.m. Addink en Braams. *t.a.p.*, p. 95; in dezelfde zin trouwens Hof Den Haag in de *Benckiser*-zaak, ov. 8.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

dadelijk meer (sub 4). Indien er dus sprake is van *schade* die men via 1401 tracht te verhalen op de dader, zo kan men concluderen, is in de visie van de hoge raad per definitie voldaan aan het vereiste van het 1401-belang. Enige tijd geleden heeft het college dat nog stelliger gezegd, in *Staat - Van Amersfoort*, een belangrijke uitspraak over de betekenis van art. 21 IBS.⁷ De hoge raad overweegt dat voor twijfel 'omtrent de aanwezigheid van een door art. 1401 beschermd belang geen plaats is ... Immers, het afzonderlijk - naast het vereiste dat *jegens* de overheid onrechtmatig is gehandeld - eisen van een door art. 1401 beschermd belang is niet op zijn plaats wanneer de overheid *schadevergoeding* vordert op grond van een tegenover haar gepleegde onrechtmatige daad.' Men ziet hier overigens de opvatting van Verburgh aanvaard, zij het dat in het midden gelaten wordt of dit ook geldt voor een bevel- of verbodsaktie ex 1401, het onderwerp dat ons thans bezig houdt. Men mag ervan uitgaan dat de cassatierechter die vraag in *Benckiser* in dezelfde zin beslist heeft.

3. *Is schade vereist voor een bevels- of verbodsaktie? Het begrip schade*

Nu is niet het enige probleem dat nog rest de vraag wat wij onder 'schade' moeten verstaan. Ik nam als vanzelfsprekend aan dat voor een 1401-aktie tot schadevergoeding of verbod, een vereiste van het bestaan van schade aan eisers zijde gesteld moet worden. Geleden schade of in de toekomst te lijden schade. Wie schetst mijn verbazing toen ik dit nog even nakeek in de Asser-druk van 1990, en bemerkte dat Hartkamp door toevoeging van enkele woorden afwijkt van de vorige druk, en nu stelt dat bij verbod *niet* vereist is dat de eiser door de dreigende onrechtmatige daad schade zal lijden,⁸ (nieuw is overigens ook de opmerkelijke toevoeging dat schuld evenmin vereist is). Argumentatie ontbreekt; ik vermoed dat de inspiratie gezocht moet worden bij Nieuwenhuis, die dit standpunt, met argumenten, inneemt; in dezelfde zin, de bundel *Onrechtmatige daad*, waarbij de auteur zich weer op een ander arrest beroept dan Nieuwenhuis aanvoert. Het is dus zaak bij dit punt stil te staan, en voor weerwerk te zorgen.

Nieuwenhuis beroept zich ten principale op een arrest uit 1944, *Gem. Alkmaar - Noord-Holland* (NJ 1944/45, 598), dat bekend is vanwege de standaard dat ook indien een onrechtmatige daad nog niet verricht is maar dreigt te gebeuren, een aktie uit 1401 *oud* open staat. Nieuwenhuis leest het arrest, dat wil zeggen één overweging daaruit, op een heel bijzondere, letterlijke manier. Die overweging, die men ook bij Asser-Hartkamp terloops weergegeven vindt, luidt:

'...de bescherming die dit artikel (1401) geeft, is niet uitgeput met de daarin met zoveel woorden gegeven aanspraak op schadevergoeding na begaan onrecht, doch strekt zich ook uit tot maatregelen van preventie voor het geval ernstig dreigt, dat onrecht staat te geschieden.'

7. HR 9 febr. 1990, NJ 1991, 462, nt CJHB; *M en R* p. 170; nt Gerritzen-Rode: *TMA* 1990, p. 107, nt Van Dunné.

8. Asser-Hartkamp III, nr 118; evenals in de vorige druk wordt naar enkele uitspraken van de HR verwezen, met als meest recente arrest NJ 1974, 344, nt WFP/GJS, *Zaandammerpolder*, vgl. nog onder.

§4. ONRECHTMATIGHEIDSBELANG EN RELATIVITEIT

Nieuwenhuis leidt hieruit af dat in de laatstgenoemde situatie van ‘dreigend onrecht’ geen dreiging van schade vereist is. Een wonderlijke interpretatie, die alleen opgaat indien men in de geciteerde overweging de woorden ‘schadevergoeding’ beklemtoont; indien men daarentegen, hetgeen veel meer voor de hand ligt, de woorden ‘na begaan onrecht’ benadrukt, verdwijnt de grond voor Nieuwenhuis’ uitleg. Het nieuwe van de casus en daarmee het arrest zit hem immers in de dreiging van een onrechtmatige daad en het preventieve karakter van de ingestelde actie. De doorslag geeft de voorgaande overweging van de hoge raad, de provincie wilde de levering van elektriciteit stopzetten, hetgeen de Gemeente Alkmaar wilde voorkomen. De hoge raad overweegt over de stopzetting: ‘waaruit voor de Gemeente en haar inwoners onherstelbaar groot ongemak en schade zou ontstaan’ (mijn cursivering). Kortom, de dreiging van schade was een gegeven, en net nog, in de voorafgaande zin, door de raad vermeld. Impliciet aan dreiging van onrecht is hier derhalve de dreiging van schade. Q.E.D.

Nieuwenhuis beroept zich ook nog op een recenter arrest, *Van Verseveld - Bruine de Bruin* uit de twee wegensfeer.⁹ Het betreft de positie van een belanghebbende na schorsing van een overheidsbesluit door de voorz. afd. rechtspraak RvS. Dit arrest is a-typisch en feitelijk gekleurd (‘de schade als door het hof bedoeld’) en dus geen sterk precedent. Het valt buiten het bestek om dit uit te werken.¹⁰ Dat geldt ook voor het arrest waarop de auteur van Onrechtmatige daad zich beroept, *Rockwool Lapinus - Poly Roermond*.¹¹ Die uitspraak wordt vertekend door de samenloop van akties uit 1407 (letselschade) en 1401, het bestaan van schade was hier buiten kijf, en juist de inzet van de procedure.

Als wij op onze schreden terugkeren, komen wij weer bij het punt waar alles om draait: *schade*. Een begrip waar men in de doktrine meestal in een boogje omheen loopt. Sommige auteurs, zoals G.J. Scholten, zien het voordeel in

9. HR 26 sept. 1980, *NJ* 1981, 90, nt MS, Nieuwenhuis, t.a.p., p. 148.

10. Van Verseveld heeft een tuindersbedrijf, waarnaast De Bruin een constructiebedrijf gaat bouwen, i.s.m. het bestemmingsplan. De vrijstelling is geschorst. De Pres. Rb. acht de schade van V. voldoende aannemelijk gemaakt a.h.v. zijn bezwaarschrift en schorsingsverzoek. Voor het hof gaat V. niet meer op het aantonen van schade in, aangezien dit na de schorsing door Vz. Afd. rechtspraak ‘niet meer ter zake’ zou zijn. Doordat N. zijn schade aldus niet aannemelijk maakt, komt het hof tot afwijzing. De HR corrigeert dat weer door te stellen dat ‘schade als door het hof bedoeld aan oplegging van een verbod ter zake van overtreding van deze wettelijke voorschriften niet in de weg staat’. Zie ook Scheltema in zijn noot. sub 6, die zich afvraagt waar dat heen moet als men bij collectieve akties een verbod kan vragen, zonder schade te hebben. *De Nieuwe Meer* was nog niet geweest. Vlg. nog onder.

11. HR 12 december 1986 *NJ* 1987, 958. *Onrechtmatige daad II-B* (Van Nispen), nr 210. Het hof had schade van Poly vastgesteld, nl. veroorzaakt door ziekteverzuim van zijn werknemers als gevolg van luchtverontreiniging afkomstig van haar buurman, Rockwool (i.s.m. Hinderwetvergunning). Het hof had de vordering tot schadevergoeding toegewezen, de HR casseert omdat het hof art. 1407 miskend zou hebben, op grond waarvan enkel de ‘gewonde’ recht op schadevergoeding bij letsel heeft. Art. 1407 staat echter niet het mede gevorderd verbod ex 1401 in de weg, aldus de HR.

In het door Asser-Hartkamp aangehaalde *Zaandammer-polder*-arrest (*NJ* 1974, 344) is evenmin steun voor de hier bestreden visie te vinden; zoals Scholten in zijn noot opmerkt, heeft de HR ‘geen woord aan schade verspild’. De rest is speculatie.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

hantering van het '1401-belang' dat men niet hoeft over te gaan tot 'het creëren van schadebegrippen die overbodig zijn *en geen eigen inhoud hebben*'.¹² Op beide punten ben ik het van harte met Scholten oneens. Toegegeven, ideële of immateriële schade is geen eenvoudig onderwerp, maar dat geldt dubbel en dwars voor de remplaçant.

De kern van het probleem rond het begrip schade is de keuze die men moet maken voor het karakter van het juridische schadebegrip: *feitelijk of normatief*. Dat veroorzaakt meteen al een scheiding der geesten: Rutten, en in diens spoor, Hartkamp, staan een feitelijk schadebegrip voor, met een beroep op het woordenboek; in de heersende leer, met Bloembergen en de hoge raad in de gelede- ren, heeft men een normatief schadebegrip aanvaard. In de handboeken is weinig over deze kwestie te vinden, ik verwijs hiervoor naar een ander gedeelte van dit boek; het zal niet verrassen dat ik mij daarin *voor normatieve* schade uitsprak.¹³ In die visie is schade niet hetzelfde als wat men volksmond daaronder verstaat, het is een functioneel begrip, zoals de Duitsers dat noemen, populair gezegd: 'we spreken in het recht met elkaar af wat we schade noemen'. Of, zoals Bloembergen het zei: men moet rekening houden met de 'doeleinden (strekking) van het schadevergoedingsrecht, zodat bij het inkleuren van het begrip schade waardeoordelen mede een rol spelen'. Het gaat om een beleid dat gevoerd wordt in rechte, een *policy*, waarbij niet alleen de rechter maar ook partijen (en hun verzekeraar) betrokken zijn. Die beleidsaspecten springen direkt in het oog bij de spraakmakende onderdelen van het schadevergoedingsrecht: smartegeld, economische (bedrijfs-) schade, abstracte schadeberekening, voordeelstoe- rekening, en dergelijke. In het buitenland is dit scala nog groter: 'punitive damages'/'peine privée', 'perte d'une chance', en dergelijke. In deze context is het dus niet zo uitzonderlijk indien men tot een regel zou komen wat onder schade voor de overheid verstaan moet worden bij onrechtmatig handelen van private personen. Daarbij kan men de specifieke positie van de overheid (hoog of laag) tot zijn recht laten komen, evenals de alternatieven die zij heeft om gemaakte kosten te verhalen of door te berekenen. Aldus zou men het probleem kunnen benaderen dat naar aanleiding van *Rijksweg 12* (1975) opgeworpen werd: waarom wèl verhaal voor overheidskosten inzake wegbeheer (en waterbe- heer) en niet voor politiediensten?

Intussen kan men zo'n vraag ook oplossen via de causaliteitsvraag: is er wel *causaal band* tussen de daad en de schade in kwestie (bijvoorbeeld bij kosten van politie of brandweer)? Vaak is dat de geëigende weg, bijvoorbeeld bij bedrijfsschade, in geval van stukgetrokken kabels en leidingen. Schoolvoor- beeld: *Van Hees - Esbeek* (NJ 1978, 84). Nu op dit stuk de toerekening naar redelijkheid de dienst uitmaakt - ondanks oppositie van (Asser-) Rutten enige tijd - is hierbij alle ruimte om beleidsaspecten een plaats te geven. Dat is niet anders indien het schade van de overheid zou betreffen: is het bij deze vorm van onrechtmatig handelen redelijk om de schade die de overheid in casu lijdt aan de dader toe te rekenen?

Zoals men ziet is de doelstelling van het leerstuk van het 1401-belang, 'de betugeling van de expansiedrift van de vordering uit onrechtmatige daad om

12. Zie zijn noot onder het laatstgenoemde arrest.

13. Zie boven, p. 44 v. Een van de eerste voorstanders van een normatief schadebegrip is R.J. Polak, *diss.* 1949.

§4. ONRECHTMATIGHEIDSBELANG EN RELATIVITEIT

onrecht te keren' (in de woorden van Nieuwenhuis) even goed te realiseren met behulp van de begrippen 'schade' en 'causaliteit'. Voor het leerstuk van het 1401-belang is er geen bestaansrecht. Opmerkelijk is dat Nieuwenhuis bijna tot hetzelfde oordeel komt, ware het niet dat er toch een onverwacht nuttige functie voor het leerstuk te vinden is: de kollektieve aktie uit algemeen belang, *De Nieuwe Meer*. Het is, zoals Nieuwenhuis zegt: 'Indië zoeken en Amerika vinden'. Het is wel een land van ongekende mogelijkheden dat hij gevonden heeft, maar ook hier zou ik het beroep van burgers op het algemeen belang willen kanaliseren via de begrippen schade en causaliteit, in het licht van beleidsbeslissingen. De 'belangen'-diskussie maakt ons op zich niets wijzer, maar dit thema kan hier niet uitgewerkt worden.¹⁴ Vermeldenswaard is nog dat Bloembergen zich tegen het 1401-belang uitgesproken heeft, met welke formule de hoge raad in *Limmen - Houkooop* 'geen gelukkige greep gedaan heeft'. Hij ziet het leerstuk als 'een machtswoord dat makkelijk de vragen waar het werkelijk om gaat, kan versluieren'. Vandaar dat Hartkamp in zijn 8e druk een stapje terug gedaan heeft; hij heeft echter het leerstuk niet naar zolder gebracht.¹⁵ Ten onrechte, naar ik heb trachten aan te tonen.

In 1994 heeft de hoge raad het leerstuk van het onrechtmatigheidsbelang de nekslag toegebracht. Alleen de bevels- of verbodsaktie was nog overgebleven als een mogelijk toepassingsgebied. In het *Kabayel*-arrest wordt ook die mogelijkheid verworpen, en daarmee kan men zeggen dat een einde is gekomen aan een minder gelukkige episode uit het verbintenissenrecht.¹⁶ Intussen is nog steeds leerzaam hoe sommige schrijvers het leerstuk in de lucht hebben trachten te houden, zoals Hartkamp in zijn Asser-bewerking (waar dit arrest nog niet verwerkt is in de druk van 1994, en alles bij het oude gebleven is). Het leerstuk is nauw verbonden met het relativiteitsvereiste, waar de hoge raad (met wederom Asser-Hartkamp in zijn kielzog) nog niet omgegaan is; deze ontwikkeling geeft dus hoop voor de gang van zaken op het belendende perceel (zie onder, nr 5 v.).

De casus van *Kabayel* wordt duidelijk uit de hier volgende overwegingen van de hoge raad, die verder voor zich spreken.

'3.1. In cassatie moet van het volgende worden uitgegaan.

Kabayel c.s. bezitten de Turkse nationaliteit en behoren tot de groep van de Armeense christenen. Op 8 juni 1991 zijn zij Nederland binnengekomen. Op 12 juni 1991 hebben zij

14. Nieuwenhuis, p. 149, zet de milieu-akties naast de kruisrakettenaktie, en zoekt naar normen waarom de bij de laatste aktie geen door 1401 beschermd belang in het geding is. Terecht zegt hij dat het 'recht om te overleven' bij uitstek een door 1401 beschermd belang is. Schrijver vindt tenslotte een norm in 'het op onaanvaardbare wijze doorkruisen van de publieke besluitvorming'. Mij is niet geheel duidelijk waarom dit bij milieu-akties niet evenzeer zou spelen, nog afgezien van de merites van deze norm. Van belang is nog Nieuwenhuis' conclusie dat hij niet rouwig zal zijn indien het 1401-belang uit het discours verdwijnt, 'gezien de verwarring die zij heeft gesticht'.

15. In de 9e dr. (1994) bleef de tekst ongewijzigd.

16. HR 18 febr. 1994, *NJ* 1995, 718, nt MS; *AB* 1994, 415; *NTBR* 1996, p.57, nt Grosheide, *Staat - Kabayel*. Zie voor dit arrest ook Bierbooms, *Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid*, in: *Milieu en aansprakelijkheid*, Serie Aansprakelijkheidsrecht, nr 2, Arnhem 1994, p.10 v.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

toelating als vluchteling dan wel een verblijfsvergunning wegens klemmende redenen van humanitaire aard verzocht.

Op 22 okt. 1991 is aan hen een zodanige verblijfsvergunning uitgereikt voor de tijd van één jaar, met terugwerkende kracht tot 12 juni 1991. Nadat zij eerst in een ander asielzoekerscentrum hadden verbleven, verblijven zij sinds 6 jan. 1992 in het asielzoekerscentrum 'Moorheide' te Schinnen. Ingevolge art. 6 lid 2 sub b van de te dezen toepasselijke Regeling Opvang Asielzoekers (ROA) eindigt de (aanspraak op) opvang drie maanden na de datum van een uitreiking als voormeld, derhalve in het geval van Kabayel c.s. op 22 jan. 1992. De Staat bleef evenwel ook na die datum hun opvang in voormeld centrum tijdelijk toestaan.

De gemeente Sittard heeft aan Kabayel c.s. op 25 maart 1992 een woning aangeboden. Na bezichtiging hebben Kabayel c.s. 24 april 1992 geweigerd deze woning te aanvaarden. Als reden hiervoor voerden zij aan dat de woning was gelegen in een buurt waar veel leegstand was en veel discriminatie plaatsvond.

De Staat heeft vervolgens bij brief van 14 mei 1992 Kabayel c.s. gesommeerd het asielzoekerscentrum 'Moorheide' te verlaten, waaraan Kabayel c.s. geen gevolg hebben gegeven. Zij hebben tegen de beschikking, volgens hen vervat in de brief van 14 mei 1992, beroep ingesteld bij de Afdeling rechtspraak.

De Staat heeft in de zaak waarop het onderhavige cassatieberoep betrekking heeft, in kort geding gevorderd, kort samengevat, dat Kabayel c.s. tot ontruiming van het asielzoekerscentrum 'Moorheide' worden veroordeeld.

De president heeft de Staat niet-ontvankelijk verklaard in deze vordering, ervan uitgaande dat de sommatie bij de brief van 14 mei 1992 moet worden aangemerkt als een beschikking in de zin van art. 2 van de Wet Arob. Het hof heeft dit vonnis bekrachtigd. Daartegen richt het middel een aantal klachten.

3.2. Het eerste onderdeel van het middel is gericht tegen 's hofs r.o. 4.6. Daarin heeft het hof, kort samengevat, het volgende overwogen. Weliswaar kan de Staat in het onderhavige geval de ontruiming niet bewerken door middel van het uitoefenen van bestuursdwang, maar dat is onvoldoende om de bevoegdheid van de burgerlijke rechter op grond van art. 2 Wet RO aan te nemen. De Staat heeft als belang voor zijn vordering aangevoerd dat uitgegaan moet worden van de regelmatigheid en rechtmatigheid van de beschikking, vervat in de brief van 14 mei 1992, dat Kabayel zich daaraan moet houden en dat de Staat ter uitvoering van die beschikking een executoriale titel nodig heeft. Aldus heeft de Staat niet enig civielrechtelijk belang ingeroepen, waarin de Staat bescherming beoogt te verkrijgen. Als voorbeelden voor een dergelijk belang heeft het hof daarbij verwezen naar het 'eigendom en/of huur/verhuurverhouding met betrekking tot het onroerend goed, waarin het Centrum is gevestigd'. Een en ander heeft het hof tot de slotsom gebracht dat de Staat door de president terecht niet ontvankelijk is verklaard.

Het onderdeel klaagt erover dat het hof aldus van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan. De klacht treft doel. De Staat heeft aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat Kabayel c.s. jegens hem onrechtmatig handelen doordat zij zonder recht of titel verblijven in de bij hen in gebruik zijnde (woon-)ruimten van het asielzoekerscentrum 'Moorheide'. Daarmee was de bevoegdheid van de burgerlijke rechter gegeven, nu het hier om een 'schuldvordering' in de zin van art. 112 Gr.w gaat. Noch voor deze bevoegdheid, noch voor de ontvankelijkheid van de op art. 6:162 BW gegronde vordering, strekkende tot het verkrijgen van een bevel, is vereist dat de Staat aan die vordering een 'civielrechtelijke belang' ten grondslag legt. Nodig is slechts dat voldaan is aan de eis van een voldoende belang, zoals deze eis tot uiting is gebracht in art. 3:303 BW. Een voldoende belang is gegeven met het in de onderhavige vordering naar zijn aard besloten liggende belang van de Staat bij het wederom ter beschikking komen van de door Kabayel c.s. in het asielzoekerscentrum gebruikte ruimten, waarop zij naar de stellingen van de Staat geen aanspraak op grond van de ROA meer hebben en die anders niet ter beschikking zouden kunnen worden gesteld van andere asielzoekers, die aan de ROA jegens de Staat wèl een aanspraak op opvang kunnen ontlenen.

(...)

§4. ONRECHTMATIGHEIDSBELANG EN RELATIVITEIT

3.6. Onderdeel 3 sub b van het middel stelt tenslotte de vraag aan de orde of - zoals het hof in zijn rechtsoverweging 5 heeft geoordeeld - een kort geding tot ontruiming een onaanvaardbare doorkruising zou opleveren van de administratiefrechtelijke rechtsgang, wanneer wordt uitgegaan van de veronderstelling dat de brief van 14 mei 1992 een beschikking in de zin van art. 2 Wet Arob inhoudt.

De vraag moet ontkennend worden beantwoord. Zoals het hof terecht heeft overwogen, kon de Staat de door hem verlangde ontruiming niet langs bestuursrechtelijke weg afdwingen. Weliswaar zouden Kabayel c.s. na een ontruimingsvonnis in de hiervoor bedoelde veronderstelling op grondslag van Wet RvS een schorsing van de beschikking of andere voorlopige voorziening kunnen vragen en daarmee wellicht de basis aan het ontruimingsvonnis kunnen ontnemen, doch hieruit volgt niet dat het in kort geding vorderen van ontruiming de administratiefrechtelijke rechtsgang zou doorkruisen. Veeleer is sprake van een gerechtvaardigde beperking van het gebruik dat de Staat kan maken van het kort geding als privaatrechtelijk instrument in een geval dat een bestuursrechtelijk instrument ontbreekt.

3.7. Het voorgaande brengt mee dat 's hofs arrest niet in stand kan blijven en dat de vordering van de Staat na verwijzing alsnog zal moeten worden onderzocht. De Hoge Raad vindt in het karakter van de zaak aanleiding de kosten te compenseren.'

4. *De twee wegenleer; het 'doorkruisen' van een publiekrechtelijke regeling*

Wij zagen dat de hoge raad in het *Benckiser*-arrest in de overweging gewijd aan het 1401-belang ten slotte ingaat op het 'twee wegen'-aspect. Het college overweegt: 'Bij de stand van de wetgeving ten tijde van 's hofs arrest kan voorts niet worden gezegd dat voor de staat publiekrechtelijke wegen openstonden, waarmee de staat in dit geval een met de gevorderde voorziening vergelijkbaar resultaat had kunnen bereiken'. Dit is met name niet het geval bij toepassing van art. 49 Wet Chemische Afvalstoffen (bestuursdwang), en de artt. 28 en 29 Wet Economische Delicten, vervolgt de raad. Dan volgt een zinsnede die aan het *Klomp*-arrest doet denken: 'Evenmin kan worden gezegd dat de publiekrechtelijke regeling die in deze drie bepalingen aan de orde is, door de toewijzing van een vordering als hiervoor weergegeven, *op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist*' (mijn cursivering). De hoge raad laat ten slotte in het midden of deze redenering ook opgaat voor het ontworpen art. 49a WCA.

In de literatuur is veel te doen geweest over deze overweging van de hoge raad, zowel wat het algemene aspect betreft: mag de overheid zich bedienen van privaatrechtelijke middelen?, als wat de concrete eventuele 'doorkruising' betreft. Het eerste punt kan hier niet in den brede aan de orde komen; ik verwijs daarvoor naar de administratiefrechtelijke (hand-)boeken.¹⁷ Deze kwestie wordt doorgaans in een adem besproken met de vraag naar de wijze van toepassing van algemene beginselen van behoorlijk bestuur door de burgerlijke rechter; sinds *Amsterdam- Ikon* (NJ 1987, 727) weten wij dat er direkt getoetst wordt.

Bij het bewandelen van de privaatrechtelijke weg door de overheid is niet alleen de aktie uit onrechtmatige daad in het geding, maar ook het hanteren van de privaatrechtelijke overeenkomst voor beleidsdoeleinden; zo kunnen heffingen worden opgelegd bij wege van 'privaatrechtelijke vergunning'. In het arrest *Staat - Windmill*, ook een milieuzak (lozing van cadmium-houdend gips in de

17. Zoals: Van Wijk/Konijnenbelt, *Hoofdstukken van administratief recht*, 6e dr., 1988, p. 308 v.; 10e dr., 1997, p. 446 v.; J.C.E. Ackermans-Wijn, *Contracten met de overheid*, diss. Nijmegen 1989, p. 65 v.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

Nieuwe Waterweg) heeft de hoge raad een principiële beslissing gegeven, waarin wij eveneens het ‘doorkruising’-beginsel tegenkomen, als tegenwicht tegen het toelaten van de privaatrechtelijke weg.¹⁸ Daarbij wordt overwogen dat het bestaan van een publiekrechtelijke weg met vergelijkbaar resultaat ‘een belangrijke aanwijzing is dat geen plaats is voor de privaatrechtelijke weg’ (ov. 3.2). Behalve de abbb acht de hoge raad de rechtsbescherming van burgers zoals voorzien in de publiekrechtelijke regeling hier van belang.

Wat de eventuele ‘doorkruising’ in de Benckiser-casus betreft, wat moeten wij ons daarbij in het kader van de WCA voorstellen? De discussie is losgebrand of het nieuwe artikel 49a WCA een actie uit 1401 (thans: 162) door de overheid in de weg staat (dit artikel betreft de import en export van gevaarlijke afvalstoffen). Zie bijvoorbeeld Gerritzen-Rode (ja) en Van Acht en Bauw (neen).¹⁹ Ik zou mij bij de laatste schrijvers willen aansluiten: de rechtspositie van betrokkene is in een kort geding-procedure niet zwakker dan in een Arob-procedure. De verschillen tussen beide wegen voor de overheid worden kleiner met het invoeren van de dwangsom bij de bestuurlijke handhaving op milieugebied, vergelijk wetsontwerp 21 088 Dwangsom Wabm, TK 1988-1989, dat geleid heeft tot art. 18.9 Wmb (zie ook art. 5:32 Awb). Het is niet aannemelijk dat de weegschaal ook dan in het nadeel van de overheid doorslaat wat de keuze van het privaatrechtelijke rechtsmiddel betreft. Naar mijn mening is deze discussie over de doorkruising veel pregnanter op het gebied van het gebruik van de overeenkomst door de overheid, zowel wat de strekking van de publiekrechtelijke regeling, de toepassing van de abbb, als de bestaande waarborgen van het administratief recht betreft. Bij deze opmerking moet ik het hier laten; hieronder wordt uitvoeriger op deze materie ingegaan (§ 5, nr 3).

5. *Relativiteit van de handeling. Eveneens een vereiste zonder bestaansrecht*

In de tweede, hierboven afgedrukte overweging van de hoge raad in het *Benckiser*-arrest (ov. 4.5), wordt ingegaan op de onrechtmatigheid van het handelen van Benckiser. De vaststelling van het hof dat het handelen van Benckiser als deelnemer aan de onrechtmatige daad van Bos c.s. onrechtmatig is, berust op drie gronden, die door de hoogste rechter overgenomen worden. Het storten van het afvalgips op acht lokaties is voor Benckiser ‘voorzienbaar geweest en derhalve aan deze toe te rekenen’; zij heeft de ‘milieubelangen van de staat op ontoelaatbare wijze aan de hare opgeofferd’, en ten slotte, zij heeft ‘*jegens de Staat* in hoge mate onzorgvuldig gehandeld en aldus *jegens de Staat* een onrechtmatige daad gepleegd’ (mijn cursivering; vgl. ook hof, ov. 16, 17).

In de door mij gecursiveerde woorden ziet men een verwijzing naar het relativiteitsvereiste: de geschonden norm was gericht op bescherming van de geledeerde, hier de staat. Het is slechts een zwakke afspiegeling van dat leerstuk, als gevolg van de omstandigheid dat dit punt door partijen niet ‘uitgeprocedeerd’ was. Men had zich geconcentreerd op de kwestie van het 1401-belang, en

18. HR 26 jan. 1990 NJ nr. 36; TMA 1990, p. 132, nt Drupsteen. Zie uitvoeriger onder, § 5, nr 3.

19. Gerritzen-Rode, t.a.p. (nt 63): Van Acht en Bauw, *Milieuprivaatrecht*, 2e dr., 1996, p. 108 v.

§4. ONRECHTMATIGHEIDSBELANG EN RELATIVITEIT

vrijwel geen woorden vuil gemaakt aan het verwante thema van de relativiteit van de handeling. Dat kan ook anders: in de procedure *Staat - Van Amersfoort* (1990) was ook dit leerstuk inzet van de rechtsstrijd, naast zoals wij al zagen dat van het 1401-belang. De hoge raad werkt het relativiteitsvereiste uit in de vorm van de vaststelling van het feit of de overheid zich ten tijde van de milieuverontreiniging 'de zorg voor het milieu ook op dit punt (namelijk bodemverontreiniging, v.D.) is gaan aantrekken' (ov. 3.2 en 4.2). Conform de eerdere rechtspraak van de hoge raad is hierbij geen *wettelijke* verplichting vereist, waarop die zorg van de overheid gebaseerd zou zijn; het gaat om een ongeschreven regel van maatschappelijke zorgvuldigheid, waarop ook de 'maatschappelijke opvattingen omtrent de ernst van bodemverontreiniging' van invloed zijn. Ik vermeld deze latere uitspraak, omdat de kiem daarvan te vinden is in het Benckiser arrest, in de zinsnede 'jegens de overheid' (die trouwens letterlijk in het zojuist genoemde recente arrest terugkeert).

Daarmee komen wij op het leerstuk van de relativiteit. Hierboven wees ik erop dat Verburgh het leerstuk van het 1401-belang wilde laten opgaan in dat van de relativiteit. Beide leerstukken vertonen inderdaad veel overeenkomst. Wat mij betreft ligt die overeenkomst vooral hierin, dat ze beide overbodig zijn, en meer verwarring gezaaid hebben in de juridische gelederen, dan helderheid gebracht hebben. Vermoedelijk zal deze uitspraak als nog schokkender overkomen dan die eerder ten aanzien van het 1401-belang door mij gedaan werd. Het relativiteitsvereiste lijkt al jaar en dag tot de boedel van de onrechtmatige daad te behoren, door de handboeken, de Asser-serie voorop, met gloed verdedigd.²⁰ Toch verkeer ik met deze uitspraak in het goede gezelschap van grote juristen, die al voor de oorlog dit standpunt innamen. Tot de tegenstanders van het relativiteitsvereiste behoren schrijvers als Meijers, Scholten, Wertheim, Van Nispen tot Sevenaer en vooral Smits en Wolfsbergen. De ontwerpers van het nieuwe BW hebben het vereiste in de wet opgenomen, art. 6:163 BW. De vraag is gerechtvaardigd, welke betekenis wij aan de bepaling moeten geven.

Mijn stelling zou zijn, dat in het huidige onrechtmatige daadsrecht en in de tegenwoordig alom gehanteerde methode van rechtsvinding geen plaats is voor het gebruik van 'relativiteit' of 'Schutznorm' ter vaststelling van aansprakelijkheid. Dit was voor de oorlog al het geval, doch in het recht van onze tijd eens te meer. De meeste tegenstanders wijzen erop dat naast het vereiste causale verband, er geen behoefte is om een Schutznorm vast te stellen. Dat geldt tegenwoordig nog sterker, nu de toerekening naar redelijkheid in de heersende leer de grondslag van de causaliteit is, sinds 1970. Bij rechtsinbreuk is geen behoefte aan relativiteit van de daad, aangezien die inbreuk op zich niet voldoende is voor onrechtmatigheid van de daad: er moet ook een onzorgvuldigheidsnorm geschonden zijn. Deze leer van Smits van voor de oorlog is tegenwoordig door de hoge raad aanvaard (*Gem. Breda - Nijs*, NJ 1982, 315, zie boven, § 3, nr 3). De pogingen van Rutten, en in zijn voetspoor Hartkamp, om deze argumenten te weerleggen, kunnen niet overtuigen.²¹

20. Vgl. *Asser-Rutten III* (1979), p. 120 v.; *Asser-Hartkamp III*, nr 95 v. Voor de vindplaatsen van de hierna te noemen lit. wordt daarnaar verwezen.

21. T.a.p.; zie reeds *Asser-Rutten*, 3e dr. (1968), p. 480 v. In de laatstgenoemde druk stelt Rutten dat de leer van Smits 'zeer dicht bij die van de hoge raad staat', een zinnetje dat in

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

De geboortefout van de leer, geïntroduceerd in 1919 door Van Geleïn Vitringa als ‘Schutznormtheorie’, is dat zij een verkeerd toegepaste duitse theorie is. Zij is namelijk afkomstig van § 823 lid 2 BGB, waar die theorie zin heeft, omdat het inbreuk op een subjectief recht betreft. Als het gaat om schending van ongeschreven regels (normen van maatschappelijke zorgvuldigheid, de ‘Verkehrspflicht’, en de normen van goede zeden, § 826 BGB), is die leer naar Duits recht *niet van toepassing*.²² Dat laatste vormt nu de hoofdmoot van ons onrechtmatige daadsrecht, terwijl zoals gezegd, ook bij inbreuk op een subjectief recht schending van een zorgvuldigheidsnorm wordt geëist. Het is al met al een theorie ‘zonder oorzaak’; bovendien is zij op een merkwaardige wijze in roulatie gebracht: de importeur, Van Geleïn Vitringa, heeft haar zelf als raadsheer in de hoge raad in een arrest van 1928 ingevoerd.

De conclusies van Wolfsbergen, die zich in 1946 (postuum) bij Smits en anderen aansloot, dat de leer ‘overbodig en onbruikbaar is’ zijn meer dan ooit *to the point*.²³ Naar zijn mening is de leer ‘in haar werking identiek met hetgeen ook zonder haar zou gelden, doch, op grond van licht mogelijke verkeerde toepassing levert zij gevaar op voor onjuiste beslissingen’. En, mag ik toevoegen, gevaar voor onnodige procedures. De leer is ‘overbodig en onbruikbaar’, concludeert Wolfsbergen even verder; Smits’ betoog noemt hij de ‘theoretische genadeslag’. In deze tijd leest men dat met gemengde gevoelens; het veelkoppig monster van de relativiteit (‘Schutznorm’ is uit de mode, klinkt zo Duits) kan men nog steeds in rechtspraak en literatuur waarnemen. Er zijn wel koppen afgehouden, maar een drakendoder heeft zich nog niet gemeld. De hoge raad gaf wederom niet thuis, en van de Asser-serie kan men zoiets per definitie niet verwachten. Zie thans Asser-Hartkamp III, nr 108: men zou de *wettelijke formulering* van de relativiteitsleer wel kunnen missen, naast het causaliteitsartikel, maar dat zou de *overzichtelijkheid (!)* niet ten goede komen. Het is dus ‘noodzakelijk deze leer te handhaven’ (nog in de woorden van Rutten).

latere drukken verwijderd is, maar nu weer toegevoegd zou moeten worden (nr 106). Merkwaardig is dat Rutten bij rechtsinbreuk geen behoefte aan de relativiteitsleer heeft, terwijl in Duitsland, vanwaar die leer geïmporteerd is, zij slechts op dat terrein geldt. Verder dateert Ruttens bestrijding, van vóór de toerekening naar redelijkheid in de causaliteit. In dezelfde zin - nog steeds - Asser-Hartkamp III, 1994, nr 100.

22. Wat is namelijk het geval? Het Duitse onrechtmatige daadsrecht wijkt aanzienlijk af van het onze, aangezien in het Duitse recht de *inbreuk op een subjectief recht* het uitgangspunt is van alle aansprakelijkheid, § 823 BGB. Daarnaast is in de rechtspraak de figuur van de ‘Verkehrssicherungspflicht’ ontwikkeld, de aansprakelijkheid van eigenaren van wegen, gebouwen en inrichtingen voor de veiligheid van verkeersdeelnemers; hier geldt het gevaarzettingsbeginsel. Hieruit is de ontwikkeling van ‘Verkehrspflicht’ gekomen, die een meer algemene aansprakelijkheid ter voorkoming van gevaren betreft. Doch het blijft een zijlijn van de normale deliktuele aansprakelijkheid. In zo’n stelsel is het begrijpelijk dat men een ‘Schutznorm’ opstelt: iedereen kan wel roepen dat hij één of ander subjectief recht heeft dat bescherming verdient door middel van het onrechtmatige daadsrecht. Maar men heeft in het Duitse recht dit vereiste niet nodig bij de schending van normen van maatschappelijke zorgvuldigheid. De relativiteitsleer werd ook verworpen door Meijers, noten *NJ* 1930, 299 (*Vonk-arrest*), *NJ* 1937, 899 (*Van der Werff - Ned. Beleggingstrust*), en door Paul Scholten, *RM* 1931, p. 399; *Verz. Geschr. IV* (1954), p. 214; kritisch ook Langemeijer, *NJB* 1934, p. 617 v.

23. A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, 1946, p. 93 v. Schrijver signaleert ‘heel wat betreurenswaardige uitspraken’.

§4. ONRECHTMATIGHEIDSBELANG EN RELATIVITEIT

De discussie over het relativiteitsvereiste is de laatste jaren in rechtspraak en doktrine opnieuw opgelaaid, naar aanleiding van de vele procedures over milieu-aansprakelijkheid bij bodemvervuiling in het verleden. De staat die saneringskosten wil verhalen op het bedrijfsleven (in de orde van grootte van € 450 miljoen, wat de lopende procedures betreft), heeft na de voor hem minder gunstige uitspraak in *Staat - Van Amersfoort* (1990) een reparatiewet ingediend om bij deze verhaalsvorderingen het relativiteitsvereiste te 'schrappen'. Men kan zich het misbaar in kringen van het bedrijfsleven (en hun advocaten) voorstellen, de tijdschriften stonden er bol van. In het advies op het wetsontwerp 21 556 heeft de raad van state een opmerkelijke uitspraak gedaan over de betekenis van het relativiteitsvereiste op dit gebied, en bij onrechtmatige daad in het algemeen. Het is een belangrijk betoog, en men mocht willen dat de wetgever dit gelezen had alvorens art. 6:163 in de wet te plaatsen, dat gedoemd is een slapend bestaan te leiden, naast de overige vereisten voor onrechtmatige daad (tot een ondernemende advocaat het weer eens in de lucht brengt, als rookgordijn).

De raad van state brengt in zijn advies eerst een onderscheid bij de toepassing van het vereiste aan, dat ook door enkele auteurs bepleit is, namelijk dat het slechts werking heeft bij de schending van een *wettelijke norm*.²⁴ Ik laat dat betoog hier volgen:

‘Artikel 6:163 geeft weer hetgeen in rechtspraak en literatuur algemeen wordt aanvaard: dat een enkele auteur het relativiteitsbeginsel elders in het onrechtmatigheidsrecht onderbrengt maakt dit niet wezenlijk anders. De achtergrond van het relativiteitsbeginsel is dat het burgerlijk recht, anders dan het strafrecht en anders dan ook het bestuursrecht, geen instrument biedt om onrechtmatig gedrag in abstracto tegen te gaan. Het gaat slechts om vergoeding van door onrechtmatig gedrag geleden nadeel. Doch dan ligt het voor de hand dat die vergoeding niet toekomt aan iemand die schade leed enkel door de overtreding van de norm die niet in het leven geroepen werd om zijn belang te beschermen. Echter is niet zelden naast een wettelijke norm ook overtreden een algemene norm van zorgvuldigheid die de benadeelde wel bescherming biedt (HR 17 jan. 1958, *NJ* 1961, 568 en HR 14 mrt. 1958, *NJ* 1961, 570).

Steeds dient voor ogen te worden gehouden dat het relativiteitsbeginsel van groot belang is wanneer het gaat om overtreding van een wettelijk voorschrift, doch van veel minder belang wanneer het gaat om schending van een zorgvuldigheidsnorm die meebracht dat men een bepaald gedrag achterwege liet juist met het oog op het daarvan te verwachten nadeel voor anderen. Is zulk een zorgvuldigheidsnorm geschonden, dan is daarmee in de regel ook vastgesteld dat zij diende om het geschonden belang te beschermen’ (sub 3).

Degeen die enigszins thuis is in de dogmatiek van het onrechtmatige daadsrecht, zal constateren dat de raad in de eerste alinea van dit citaat de zgn. ‘correctie van Langemeijer’ aanvaardt. De verwijzing naar de rechtspraak van de hoge raad betreft de arresten *tandarts* en *straaljager*, uit 1958, waarin de cassatierechter zijn procureur-generaal Langemeijer volgt en diens leer overneemt.²⁵ Deze

24. In deze zin ook Drupsteen, *NJB* 1992, p. 786 v., die nog naar Wiggers-Rust verwijst.

25. In zijn conclusie voor het *tandarts*-arrest betoogt Langemeijer dat hij ervan uitgaat dat de hoge raad de grondgedachte van de relativiteit zal willen handhaven, maar dat het ‘omstreden is of de relativeitsleer de gelukkigste uitdrukking is van deze grondgedachte en of haar consequenties volkomen aan die gedachte beantwoorden’. Hij verwijst wat de tegenstanders van de leer betreft naar de zittende raadsheer Smits en naar Wolfsbergen. Bij het *straaljager*-arrest merkt Langemeijer op dat de zwakheid van de relativiteitsleer is, dat ‘haar

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

‘correctie’ was nodig, omdat de hoge raad in 1937 zo onverstandig was geweest de relativiteitsleer ook op normen van ongeschreven recht toepasselijk te verklaren, aldus een zeer kritische Meijer in zijn noot (*NJ* 1937, 899). Wat daarvan zij, de essentie is deze dat dankzij de bijdrage van Langemeijer het relativiteitsvereiste weinig kwaad meer kan zodra normen van maatschappelijke zorgvuldigheid in het spel zijn. Aldus ook de commentaren van de meeste auteurs, waarop de raad van state eigenlijk aanhaakt.²⁶ Voor het overige zal men, indien men de moderne causaliteitsleer aanvaardt - toerekening naar redelijkheid, anno 1970 - moeten inzien dat ook om die reden aan het relativiteitsvereiste geen behoefte meer is; onder de adequatieleer zou men daarover nog anders kunnen denken. Het betoog van Rutten (gehandhaafd bij Hartkamp) kan niet overtuigen.²⁷ De opstelling van Rutten op dit punt is niet toevallig, aangezien hij een tegenstander van de leer van toerekening naar redelijkheid is; hij volgde na 1975 (*Rijksweg 12*) met tegenzin de jurisprudentie van de hoge raad, maar heeft deze nog niet in de dogmatiek verwerkt.²⁸

In de tweede alinea van het citaat uit het advies van de raad van state dat ik zoëven gaf, klinkt een Scholteniaans/Wolfsbergense gedachtengang door; het is dan ook begrijpelijk dat het college moeite heeft met de term ‘ecartering van het relativiteitsvereiste’ die de minister uit de pen heeft laten vloeien, en die zoveel commotie veroorzaakt heeft, opgeklopt of niet. De raad zegt daarover:

‘Het relativiteitsbeginsel als zodanig kan moeilijk worden geëcarteerd, omdat het civiele onrechtmatigheidsrecht nu eenmaal geen abstract onrechtmatigheidsbegrip kent, doch het onrechtmatigheidsbegrip aanstonds verbindt met de eis dat onrechtmatig werd gehandeld tegenover iemand’ (sub 4).

Dat laatste brengt ons op het rechtsvindingsaspect. In de Scholteniaanse traditie, waarvan zo weinig terug te vinden is in Asser-Verbintenissenrecht, is het standpunt van Wolfsbergen (c.s.) voor de hand liggend. Bij hem betekent de

formulering, die m.i. in beginsel niet onjuist is, zeer licht onjuiste suggesties kan teweegbrengen’. Beide conclusies zijn nog steeds zeer lezenswaardig.

26. In het *Compendium van het Nederlands vermogensrecht* van H. Drion (bewerkt door Hijma en Olthof) lezen wij: ‘Mede door deze ‘correctie van Langemeijer’ leidt het relativiteitsbeginsel in de praktijk betrekkelijk zelden tot afwijzing van een vordering’, 8e dr., 1991, nr 436. Vgl. ook Asser-Hartkamp III, nr 108, in fine: ‘Men, bedenke hierbij echter dat, al moet (theoretisch) elke op grond van onrechtmatige daad ingestelde vordering aan de relativiteitsleer worden getoetst, haar corrigerende werking slechts in betrekkelijk weinig gevallen nodig blijkt te zijn’. Vlg. nog Pitlo - Bolweg, *Verbintenissenrecht*, 8e dr., 1979, p. 315 v.: ‘relativering van de relativiteitsleer’.

27. Asser-Hartkamp III (1994), nr 108. De opvatting dat de relativiteitsleer naast causaliteit als TNR overbodig is werd in de meer recente literatuur aangehangen door Köster en Schoordijk, dit standpunt werd ook door veel oudere auteurs ingenomen.

28. De introductie van de relativiteitsleer door Rutten/Hartkamp spreekt hierbij boekdelen. In nr. 95, in fine, leest men: ‘Het doel van de leer is hierin gelegen dat men zonder deze correctie (nl. slechts schadevergoedingsplicht indien de overtreden norm de strekking heeft de benadeelde in het geschonden belang te beschermen, v.D.) een te uitgebreide aansprakelijkheid vreest voor aan derden toegebrachte schade. Met name geldt dit voor die gevallen, waarin weliswaar een causaal verband aanwezig is tussen de daad en de schade, maar slechts een toevallig samentreffen bestaat tussen de onrechtmatigheid en de schade’. Dit is niet eens de adequatieleer, maar de conditio sine qua non-leer die hier gehanteerd wordt.

§4. ONRECHTMATIGHEIDSBELANG EN RELATIVITEIT

norm van onrechtmatigheid opsporen niet anders dan beslissen of ‘de eiser *in concreto* recht heeft op schadevergoeding, of niet’ (mijn cursivering, p. 106). En dan volgt de prachtige uitspraak: ‘er is niet aansprakelijkheid, omdat een Schutznorm is geschonden, maar er blijkt een Schutznorm op te stellen, omdat aansprakelijkheid wordt aangenomen’.

Een zorgvuldigheidsverplichting is per definitie op een ander *gericht*, dat wil zeggen bestaat pas in geconcretiseerde vorm, als afgeleide van de algemene, open norm, die sinds de dagen van Kain en Abel luidt: ‘ik ben mijn broeders hoeder’. Dan moet je wel even om je heen kijken wie op dat moment je broeder is. In het engelse recht komt dat mooi tot uitdrukking doordat men spreekt van een *duty of care*, die gericht moet zijn op een bepaalde persoon. In de engelse tegenhanger van *Lindenbaum - Cohen* werd dit expliciet gebaseerd op het beginsel van naastenliefde, het ‘good neighbour’-beginsel (in de befaamde uitspraak van Lord Atkin in *Donoghue v. Stevenson*, 1932). Daarmee zijn wij van het Oude Testament in het Nieuwe terecht gekomen; neutraler gezegd, men ziet hier hoe recht en ethiek met elkaar samenhangen. Hetgeen Paul Scholten en zijn leerlingen telkens beklemtonen.

Ten slotte is er in de *Benckiser*-zaak nog de vraag of er in dit concrete geval sprake is van onrechtmatigheid. Hierbij zal blijken dat deze laatste beschouwing geen afdwaling van het onderwerp is. Ik verwijs daarvoor echter naar het hoofdstuk over *Bijzondere aansprakelijkheden*, waar de milieu-aansprakelijkheid behandeld wordt (Hfdst. 12, § 7, nr 1).

6. *Ontwikkelingen op het terrein van het relativiteitsvereiste; het Shell-arrest (1994) en art. 6:163 BW*

Zoals al opgemerkt werd is de discussie over de werking van het relativiteitsvereiste bij onrechtmatige daad de laatste jaren toegespitst op de toepassing ervan bij het kostenverhaal van de overheid bij milieuschade; dat is ook in de afgelopen jaren op dramatische wijze het geval geweest, met name bij bodemvervuiling in het verre verleden (‘oud zeer’). Met de arresten van 30 september 1994 inzake, *Shell*, *Duphar* en *Fasson* heeft de hoogste rechter nieuw licht op de relativiteit laten schijnen, hetgeen alom tot verwonderde reacties geleid heeft, en in vele gevallen tot (sterk) afkeurende reacties.²⁹ Het onderwerp is er daarmee niet eenvoudiger op geworden. Ik heb mij in verscheidene publikaties zeer kritisch over deze ingreep van de hoge raad uitgelaten, die in strijd met de wet is (art. 163) en door politieke motieven gevoed lijkt te zijn. Hetgeen hier volgt is aan die artikelen ontleend. Mijn kritiek werd tot dusver niet weerlegd; tegenstanders liepen er met een boog omheen, zoals wij zullen zien. De kritiek op de 30 september 1994-arresten uit andere kring, op andere gronden, is overigens op zich al verstrekkend, en staat nog steeds overeind. Gezien de emotionele, politieke en financiële kanten van dit vraagstuk - wij praten over belangen van honderden miljoenen euro’s - is waakzaamheid geboden bij het kennismaken van de diverse standpunten (ook van dat van deze

29. HR 30 sept. 1994, *NJ* 1996, 198, nt CJHB; *TMA* 1994, p. 166, nt Van Dunné; *AA* 1995, p. 273, nt Hijma, *Staat - Shell*. De verdere lit. komt hieronder nog aan de orde.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

auteur, uiteraard). De arresten komen uitvoeriger aan de orde bij de behandeling van milieu-aansprakelijkheid (Hfdst. 12, § 7, nr 7), waar op de inhoudelijke kanten ingegaan zal worden.

In de arresten van 30 september 1994 heeft de hoge raad op opzienbarende wijze het relativiteitsvereiste bij de onrechtmatigheid van de handeling ondergebracht, waardoor beide criteria één geheel zijn gaan vormen; dit gebeurt in overweging 3.8.4. Alvorens dat te doen stelt de raad dat men niet uit het oog moet verliezen dat in deze arresten (evenals in 1992 het geval was bij *Akzo Resins* en *Van Wijngaarden*) door het hof de onrechtmatigheid vòdrondersteld was, en dat thans enkel de vraag naar de relativiteit van de handeling in het geding is. De landsadvokaat wordt op dat punt gekapitteld en zijn op het arrest *De Schelde* gebaseerde argument dat in ov. 3.8.2 weergegeven is, is dan ook volgens de cassatierechter onzuiver.³⁰ Ik heb er elders al op gewezen dat wanneer men de draad van het betoog van de raad goed volgt, men zal zien dat hier een merkwaardige wissel plaatsvindt: de onrechtmatigheid van de handeling komt als *Deus ex machina* enkele overwegingen verder weer aan de orde, en het oordeel daarover is zelfs beslissend voor de afloop van de zaak (hier is sprake van ‘op deugdelijke wijze begraven’: dus geen onrechtmatigheid). Hieronder wordt nog op die kwestie teruggekomen, waarop ook H.J. Sniijders zware kritiek heeft uitgesproken.³¹

In de visie van de hoge raad, een novum in cassatie dat eerder door mij gekritiseerd werd en door Spier een ‘nieuwe leer’ genoemd wordt, gaat het bij onrechtmatigheid wegens handelen in strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen om het volgende:

‘Of van zodanig handelen sprake is, hangt - in abstracto - daarvan af of de dader anders heeft gehandeld dan hij had moeten doen teneinde geen schade toe te brengen aan een bepaald belang van een ander dat hij had behoren te ontzien, waartoe hij dat belang kende of had behoren te kennen. Dergelijke normen strekken aldus uitsluitend ter bescherming van belangen van anderen waarop de dader bedacht moest zijn. Schendt hij een belang van een ander waarop hij niet bedacht behoeft te zijn, dan is derhalve niet voldaan aan het relativiteitsvereiste, zodat het mogelijk is te zeggen dat de dader niet onrechtmatig heeft gehandeld *jegens die ander*; men kan dan evenwel even goed, zo niet beter zeggen dat de dader in zoverre niet *onrechtmatig* heeft gehandeld (vgl. HR 27 januari 1984, *NJ* 536). In dit opzicht bestaat een nauwe samenhang tussen onrechtmatigheid en relativiteitsvereiste. In het licht van deze samenhang komt voormelde rechtspraak (de arresten van 1990 en 1992, v.D.) in resultaat erop neer dat wie vòdr 1 januari 1975 een naar huidige maatstaven ernstige bodemvervuiling heeft veroorzaakt, in zoverre niet onrechtmatig heeft gehandeld, een en ander behoudens de in die rechtspraak vermelde uitzondering dat de vereiste duidelijkheid voor ondernemers reeds eerder bestond’ (ov. 3.8.4; het aangehaalde arrest is het *verstekeling*-arrest).

De frase ‘jegens een ander’ onrechtmatig handelen is de laatste jaren in de jurisprudentie codetaal voor het relativiteitsvereiste, zie het eerder besproken *Benckiser*-arrest (1990). Indien men niet aan dat vereiste voldaan heeft, aldus de hoge raad hier, staat dat gelijk met niet *onrechtmatig* handelen, vanwege de

30. Voor een bespreking van de overwegingen van de HR op dit punt zie men ook mijn noot in *TMA* 1994, p. 166 v., op p. 168, en mijn bespreking in *NJB* 1994, p. 1329 v., op p. 1335 v.

31. H.J. Sniijders, *Aansprakelijkheid na Gouderak en Spier*, *WPNR* 6180/81 (1995), p. 303 v. Zie Hfdst. 12, § 7, nr 7 (milieu-aansprakelijkheid).

§4. ONRECHTMATIGHEIDSBELANG EN RELATIVITEIT

nauwe samenhang die er bestaat. Wat verstaat de raad nu onder het relativiteitsvereiste? Degeen die volstaat met de zojuist geciteerde overweging te lezen, zoals het geval is bij Spier, zal stellen dat dit inhoudt het kenbare belang van een derde dat geschaad is en dat hij had behoren te ontzien, waarbij zoals vrijwel steeds in het recht, kennen gelijk gesteld wordt met behoren te kennen.³² Met betrekking tot de interpretatie dat de hoge raad in zijn nieuwe leer het vereiste stelt dat de dader de schade moet hebben kunnen voorzien - waarmee 'de bijl gezet wordt aan een rechtsontwikkeling waarin met name slachtoffers met letselschade verregaand worden beschermd' - stelt Spier: 'Zorgvuldige lezing van het arrest maakt deze interpretatie - los van het feit dat deze niet kan zijn bedoeld - ook niet nodig. Gerept wordt immers van 'bepaalde belangen' en niet van 'bepaalde schade'. Om te blijven bij letselschade: het 'belang' van de benadeelde brengt mee dat men rekening moet houden met het onwaarschijnlijke'. In een noot wordt naar Lankhorsts dissertatie verwezen, waarin het onderhavige verschil gemaakt wordt: 'belang hoort tot de relativiteit en voorzienbaarheid tot de causaliteit'. Lankhorst stelt niet het vereiste dat de schade door de dader voorzien moet zijn. Overigens deelt Spier het uitgangspunt van Lankhorst dat het onderscheid tussen relativiteit en onrechtmatigheid nut heeft, een opvatting die, zoals wij boven zagen, door een groot aantal schrijvers van voor en na de oorlog niet gedeeld wordt.³³

De conclusie van Spier dat volgens de hoge raad bij het vereiste van relativiteit geen voorzienbaarheid van de schade geëist wordt komt mij onjuist voor, indien men het arrest als geheel beschouwd, en met name ov. 3.8.5 in samenhang met de voorgaande overweging leest die zoëven aan de orde kwam.

De staat had een cassatiemiddel gebaseerd op het *De Schelde*-arrest van 1993: 'de voorzienbaarheid van een bepaalde schadesoort is, wanneer een gedraging achterwege behoort te blijven op grond van voorzienbaarheid van een andere - met die gedraging samenhangende - schadesoort, een onjuist causaliteits- of aansprakelijkheids criterium'. Hierbij wordt aangehaakt bij het *De Schelde*-arrest, waarin de raad overweegt ten aanzien van de verplichting van de werkgever om maatregelen te nemen om te voorkomen dat een werknemer blootgesteld wordt aan het ontstaan van een letale ziekte (mesothelioom) dat het gaat om de kennis die in de medische wetenschap destijds beschikbaar was; de omstandigheden die hierbij van belang zijn betreffen onder meer de mate van

32. Spier, t.a.p. , p. 110. Spier houdt wel een slag om de arm met de opmerking dat de HR 'het de lezer niet gemakkelijk maakt om precies te bevroeden wat hem thans voor ogen staat'. Vgl. wat dat betreft ook Hijma, die in zijn noot opmerkt dat de arresten 'niet eenvoudig leesbaar zijn en soms wat aprioristisch aandoen', en 'niet als 'mooie' arresten te boek zullen komen te staan', AA 1995, p. 280.

33. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad*, diss. Leiden 1992, neemt in zijn grote enthousiasme voor het relativiteitsvereiste het standpunt in dat de toerekeningsleer bij de vaststelling van het causale verband gemist kan worden naast de relativiteitsleer. Dat wordt terecht verworpen door Hartkamp, zie Asser-Hartkamp III, nr 108 (in een stukje dat van de overige tekst, nog van Rutten, afwijkt), met verwijzing naar Bloembergen en Schut. Lankhorsts opvatting is het spiegelbeeld van dat van Köster, Schoordijk (en oudere schrijvers) waarin naast de causaliteitsleer van toerekening naar redelijkheid geen behoefte bestaat aan een relativiteitsleer, zoals wij zagen.

Vgl. ook nog de recensie van Lankhorsts diss. door Grosheide, TMA 1994, p. 150.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

zekerheid van die kennis, de ernst van het gevaar en: 'of het gaat om een stof waarvan al andere schadelijke werkingen bekend zijn'. Indien dat laatste het geval is - zoals in casu - is de werkgever ook aansprakelijk voor schade die uit haar nalatigheid bij het nemen van maatregelen voortvloeit die de 'verwezenlijking is van een haar toen niet bekend gevaar (mesothelioom)' (vgl. ov. 3.6 en 3.8.4).

De staat had zijn stelling aldus uitgewerkt, dat het ook in het verleden al onzorgvuldig was om zich van afval als het onderhavige te ontdoen door het te storten of daartoe af te geven, en benadrukte daarbij dat degeen die zich van de afvalstoffen onttreed 'bekend moet zijn geweest dat het telkens ging om giftige afvalstoffen die naar hun aard gevaar voor de volksgezondheid opleveren' (ov. 3.8.5, 1e al.). In de lijn van *De Schelde*, zou indien deze stelling juist was in deze redenering ook aansprakelijkheid moeten bestaan voor de niet voorzienbare gevolgen van de giftige stoffen in het milieu (de bodem), nu het achterwege laten van maatregelen die vereist waren met het oog op de bekende gevaren van de stoffen voor de volksgezondheid als onzorgvuldig aangemerkt dienen te worden.

De hoge raad verwerpt deze stelling, en ziet zich daarbij genoodzaakt, zo kan men vaststellen, om op de onrechtmatigheidsvraag in te gaan (ov. 3.8.5). Hieronder wordt nog op deze wijze van toetsen van de cassatierechter teruggekomen, hier is slechts van belang dat het college geen onrechtmatigheid (onzorgvuldigheid) van de gedaagde bedrijven aanneemt. In een inleidende beschouwing stelt de raad dat men niet *in algemene zin* kan stellen dat bepaalde stoffen giftig zijn, dit hangt af van dosering, aard van gevolgen, etc. Het is de vraag wat wij met deze algemene opmerking aan moeten, in de drie casus die hoogst giftige stoffen voor elke vorm van leven betreffen, in hoeveelheden die het voorstellingsvermogen te boven gaan (resp. 15.000 kg drins; 10.000 en 7.000 vaten).

In het vervolg van de overweging is de kern van het betoog dat het aannemen van kennis *in het algemeen* ten aanzien van het ernstige gevaar voor de volksgezondheid van giftige stoffen naar hun aard nog niet de conclusie wettigt dat het destijds ook al onzorgvuldig was om zulke afvalstoffen te (doen) storten of mee te geven. Dit omdat gevaar voor de volksgezondheid niet gelijkgesteld mag worden met gevaar voor het milieu (de lezer van de IBS, Interimwet bodembescherming, kijkt hiervan toch wel op) en vanwege de destijds bestaande opvattingen, waaruit afgeleid kon worden dat het verantwoord was om zich van die stoffen te ontdoen door deze 'op deugdelijke wijze te begraven'. Bij de beoordeling van de onrechtmatigheidsvraag is mede van belang of er destijds alternatieven voor het storten op de bodem bestonden (zie nader ov. 3.8.5 van het arrest). Aldus komt de raad tot verwerping van het standpunt van de staat en daarmee van de toepassing van de *De Schelde*-lijn.

Het geheel overziend kan men de weergegeven overweging toch niet anders duiden dan één doorlopend betoog van de hoogste rechter dat de schadelijke gevolgen van de afvalstoffen in de bodem en de bemoeienis daarmee van de staat in de zin van het doen van bodemsaneringen met de daaraan verbonden kosten voor de bedrijven *niet voorzienbaar* waren? Dat de staat (of een lagere overheid) de algemene zorg voor de kwaliteit van de bodem draagt met het oog op volksgezondheid en milieu is moeilijk te bestrijden en door de staat in het verleden aangetoond; het omstreden punt was niet zozeer dat de staat een

§4. ONRECHTMATIGHEIDSBELANG EN RELATIVITEIT

voorzienbaar belang had bij de zorg voor het milieu en de volksgezondheid maar dat daarmee nog niet voorzienbaar was dat de staat met het oog daarop kosten zou maken als gevolg van bodemsanering.

Los hiervan staat dat de door de hoge raad aangelegde onrechtmatigheids-toets weinig overtuigend is, alleen al vanwege destijds bestaande wetgeving waarbij strenge voorzorgsmaatregelen voorgeschreven werden voor het zich ontdoen en opslaan van resten van bestrijdingsmiddelen, waarvan men de bekendheid bij producenten van die middelen mag eisen. Bovendien had de feitelijke rechter, Hof Amsterdam en Hof Den Haag, zich op het punt van onrechtmatigheid reeds uitgesproken, waarbij de bekendheid met de gevaren en de enorme hoeveelheid gestorte stoffen een groot gewicht in de schaal gelegd hadden (vgl. nog onder).

Mijns inziens verliest Spier uit het oog dat de hoge raad bij relativiteit uitgaat van *voorzienbare* schade; daarmee komt zijn betoog, ook op dit punt, in de lucht te hangen.³⁴ Het is wel terecht dat Spier het zich niet kan voorstellen dat de hoge raad het vereiste van voorzienbaarheid van schade zou stellen in het kader van relativiteit gekoppeld aan onrechtmatigheid.³⁵ Toch zie ik niet in hoe hij om de zojuist besproken ov. 3.8.5 heen kan. Hij heeft dat probleem weggeïnterpreteerd, met behulp van ‘zorgvuldige lezing’ van het arrest, wellicht omdat hij het met de uitkomst van het arrest: milieuschade uit het verleden ten laste van de belastingbetaler en niet voor het bedrijfsleven (de vervuiler), uiteindelijk eens is?

De toepassing van art. 163 door de hoge raad: in strijd met de wet

Ook H.J. Snijders gaat niet in op de wijze waarop de hoge raad in ov. 3.8.5 in wezen van voorzienbaarheid van schade uitgaat, naast het voorzienbare belang dat geschonden is: hij onderschrijft de stelling van Spier dat van onrechtmatig handelen sprake kan zijn zonder dat de dader de schade die uiteindelijk geleden wordt steeds heeft kunnen voorzien. ‘Niet de uiteindelijk geleden schade behoeft ten tijde van de daad voorzien te zijn, maar alleen het geleederde belang’, stelt hij met (in navolging van de hoge raad) een beroep op het *De Schelde*-arrest.³⁶ Indien Snijders meent wat hij zegt, en dat mogen wij toch wel aannemen, kost het moeite om te volgen hoe hij de gedachtengang van de hoge raad ten aanzien van relativiteit en onrechtmatigheid kan onderschrijven, en daarmee de uitkomst van het arrest op dit punt. Zoals wij zagen had de staat immers de stelling geponeerd dat het telkens ging om giftige afvalstoffen die *naar hun aard* ernstig

34. Hij noemt het terugkomen van de HR op relativiteit, na eerst dat te hebben laten samensmelten met onrechtmatigheid ‘een vergissing’ van het college, een uitlegtechniek die hij wel vaker hanteert, vgl. zijn exegese van het *De Schelde*-arrest (een arrest waarmee hij overigens grote moeite heeft), *A & V* 1994, p. 27. Vgl. ook de kritiek van Snijders, t.a.p.

35. Spier acht het ‘uiterst onaannemelijk’ dat de HR met de rechtsontwikkeling ten aanzien van de bescherming van slachtoffers van letselschade en kabelschades e.d. wil breken, t.a.p., p.110, hetgeen een ‘wezenlijke verandering in het aansprakelijkheidsregime’ zou teweegbrengen.

36. T.a.p. Dat arrest wordt door hem overigens ruim geïnterpreteerd: het kenbare belang is hier ‘het belang van werknemers om verschoond te blijven van gezondheidsschade *van welke aard dan ook* door inademing van asbest. Kenbaar was namelijk al ten tijde van de daad dat inademing van asbest de gezondheid kon schaden’, etc. (mijn curs.).

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

gevaar voor de volksgezondheid opleveren, hetgeen de bedrijven bekend was, en dan doet het ontstaan van specifieke gevaar (nl. in de bodem) met de daaraan verbonden kosten niet ter zake.

Een ander punt is dat de visie van de cassatierechter (en impliciet die van Spier en Snijders) niet te rijmen valt met het relativiteitsvereiste zoals dat onder het oude recht door toonaangevende schrijvers van voor en na de oorlog opgevat werd en naar huidig recht in art. 6:163 BW neergelegd werd. *Voorzienbaarheid van de schade*, dat wil zeggen de specifieke schade zoals die geleden werd, is geen onderdeel van het relativiteitsvereiste. Ik heb de parlementaire geschiedenis van art. 163 op dit punt eerder uit de doeken gedaan, het is opmerkelijk dat dit in de discussie over het onderwerp sinds medio jaren tachtig nog niet naar voren gebracht is.³⁷ Kort gezegd komt dit hierop neer.

In het oorspronkelijke Ontwerp van Boek 6 uit 1961 komt het vereiste van voorzienbaarheid bij de voorganger van art. 163 nog voor; het vereiste werd in 1976 bij Gewijzigd Ontwerp geschrapt vanwege de invoering van toerekening naar redelijkheid in het huidige art. 98, waarnaar uitdrukkelijk verwezen wordt. Hierbij wordt ook verwezen naar de toelichting op het ontwerp uit 1961 (MvA, p. 158). Indien men dat eens natrekt, staat een verrassing te wachten. Bij de bespreking van de relatie tot het causaal verband wordt opgemerkt:

‘Evenmin is ... noodzakelijk dat komt vast te staan dat aan gedaagde ‘schuld ten aanzien van de schade’ zou zijn te wijten, in die zin dat van een schadepost alleen vergoeding kan worden gevorderd als vaststaat dat de gedaagde ook met het oog op die schade anders had behoren te handelen dan hij heeft gedaan’ (Toel. Bk 6, p. 655). Het stellen van dat vereiste zou ‘tot een te ver gaande beperking van aansprakelijkheid leiden’, leest men even verder. ‘Het is zeer wel denkbaar dat degene die inbreuk op een recht maakt of in strijd met zijn wettelijke plicht handelt, tot vergoeding van bepaalde schade gehouden is omdat deze schade met voldoende graad van waarschijnlijkheid als gevolg te voorzien was, ook al zou de kans op de bedoelde schade te klein zijn om te kunnen stellen dat de gedraging reeds met het oog op deze mogelijkheid van schade achterwege had behoren te blijven’ (p. 656; vervolgens wordt de correctie van Langemeijer besproken).

Een pikant punt is ook dat bij art.6:163 BW ervan uitgegaan wordt dat op de *gedaagde* de bewijslast rust om aan te tonen dat niet voldaan is aan het relativiteitsvereiste.³⁸ In het verleden werd steevast de verhaalzoekende staat belast met het bewijs dat aan het relativiteitsvereiste voldaan was, ook nadat de grensmaat bij 1 januari 1975 geplaatst was; dit bleek in de praktijk een groot

37. *Toelichting* Boek 6, p. 655. Zie mijn *Naschrift* op mijn artikel over de arresten van 30 sept. 1994 in *NJB* 1994, p. 1538. Deze parlementaire geschiedenis is niet direkt uit de ‘Blauwe Engel’ van Nieuwenhuis c.s., *NBW. Tekst & Commentaar*, op te maken, en vraagt om enig speurwerk, waar ik in het verleden tevergeefs student-assistenten op gezet had. Ik heb het toen zelf maar eens gedaan, ten langen leste, en viel van de ene verbazing in de andere.

Het is opmerkelijk dat Spier, die mij in het verleden het bestaan van art. 163 tegenwierp bij mijn bestrijding van de toepassing van het relativiteitsvereiste (in aansluiting op de leer van Smits, Wolfsbergen en anderen) thans daarover in alle talen zwijgt (zie o.m. zijn preadvies NJV 1996; vgl. mijn bijdrage aan het debat, *Hand. NJV 1996 II*, p. 40). Ook Van Maanen, een andere tegenstander op dit gebied, gaat in 1997 niet op deze materie in, vgl. nog onder. Idem: Lankhorst, *Gedisserteerd*, *NTBR*, 1995, p. 105 v. *Remarkable*.

38. Vgl. *NBW. Tekst en Commentaar*, J.H. Nieuwenhuis c.s., p. 590. In deze zin ook Lankhorst, diss. p. 148; Asser-Hartkamp III, nr 108.

§4. ONRECHTMATIGHEIDSBELANG EN RELATIVITEIT

struikelblok bij verhaalsakties inzake bodemverontreiniging te zijn. Ook op dit punt is de jurisprudentie van de hoge raad derhalve in strijd met de wet.

De conclusie kan niet anders zijn, dat de uitspraak van de hoge raad in strijd is met art. 6:163 BW: volgens dat artikel wordt nu juist *geen voorzienbaarheid van de schade van geledeerde vereist*, bovendien rust de bewijslast ten aanzien van het niet voldaan zijn aan het relativiteitsvereiste op de gedaagde partij, die de milieuvervuiling indertijd veroorzaakt heeft. Wat naar huidig recht geldt, gold ook onder het oude recht. De rechtszekerheid is inderdaad in gevaar, maar eerst met de arresten van 30 september 1994.

De relatie tot het causale verband

Tenslotte is ook volstrekt onduidelijk hoe de hoge raad in zijn visie op ‘relatieve onrechtmatigheid’ (zoals Snijders het noemt) de relatie tot het causaliteitsbegrip ziet. Daar is zoals bekend de voorzienbaarheid naar de coulissen verbannen ten faveure van de toerekening naar redelijkheid, terwijl wij hier bij de relativiteit opeens weer met de voorzienbaarheid in meest klassieke vorm geconfronteerd worden: echt moeten hebben kunnen voorzien, geen toerekening in normatieve trant. Dat is toch niet uit te leggen? In ieder geval was dat de aanleiding voor de wetgever om het roer om te gooien, met art. 163 (de doktrine ging voor). De hoogste rechter moet wel heel goede argumenten hebben om dat spoor niet te volgen.

Het gaat hier om de relatie onzorgvuldigheid - relativiteit; de hoge raad wil niet weten van een onjuist causaliteits- of aansprakelijkheids criterium dat volgens de staat in de eerdere jurisprudentie van de raad gehanteerd was (waarbij de staat a-g Koopmans aan zijn zijde vond), en geeft zijn visie op het onderwerp in de eerder aangehaalde ov. 3.8.4. In verschillende opzichten is dit een hoogst interessante overweging; aan het slot wordt de cirkel tussen onrechtmatigheid en relativiteit gesloten, zoals eerder door a-g Strikwerda, a-g Koopmans en uiteenlopende auteurs als Vranken en schrijver dezes bepleit was, maar dat levert geen heroriëntatie op in de zin die genoemde schrijvers en in casu de staat voorstonden.³⁹ De raad geeft met geen woord aan hoe het causaliteitsvereiste in dit geheel past, en daar gaat het nu juist om: juist omdat onrechtmatigheid gebaseerd is op oorzakelijk verband tussen handeling en schade, is er in de visie van genoemde auteurs (waaraan voor de oorlog de namen van Wolfsbergen en Smits verbonden zijn) geen behoefte aan het relativiteitsvereiste, in ieder geval wanneer sprake is van ongeschreven rechtsnormen. Zoals wij zagen staat dat laatste sinds 1958 bekend als ‘de correctie van Langemeijer’, wiens conclusie als p-g door de hoge raad overgenomen is in de *straaljager-* en *tandarts-* arresten, en heeft alle handboeken gehaald. Ook de raad van state wees daarop in zijn (eerste) advies inzake de Inbouwwet bodembescherming en kwam tot de conclusie dat het relativiteitsvereiste niet te ‘ecarteren’ valt, aangezien dit onverbrekkelijk samenhangt met het vereiste van maatschappelijke onzorgvuldigheid, dat als abstrakt vereiste nu eenmaal bij de

39. Men zie de literatuur genoemd door Bierbooms en Braams, *NJB* 1994, p. 1339 v.; zie boven, nr 5.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

toepassing geconcretiseerd moet worden. Men moet zijn broeders hoeder zijn, maar er moet wel iemand zijn om te hoeden.

De hoge raad ontloopt dit probleem op een wijze die nogal in het oog springt. Nog opmerkelijker is het eerste gedeelte van de aangehaalde overweging, die uiterst aanvechtbaar is, in het licht van de vaste jurisprudentie van de raad. De dader zou bekend moeten zijn met de gelederde en diens belang dat geschaad werd. Allereerst kennen wij in ons recht, evenals in de omringende rechtsstelsels, de figuur die naar engels recht de *unforeseeable plaintiff* heet: indien men door zijn handelen een gevaarssituatie en dus een risico geschapen heeft, mag het slachtoffer zich achteraf melden, en als hij een wat merkwaardig gestel heeft dat tot exceptionele schade leidt, 'must the tortfeasor take the victim as he finds him'.⁴⁰ Wat daarvan zij, er zijn legio gevallen waaraan gedemonstreerd kan worden dat de vlieger van de cassatierechter niet opgaat. Twee voorbeelden: het *Zuidpoolarrest* uit 1978 en het *waterwingebied*-arrest uit 1970, beide ettelijke keren door de staat aangehaald in de genoemde IBS-procedures.⁴¹ In de eerste zaak ging het om een wrak, buiten de territoriale wateren, dat door de staat gelicht werd met het oog op de veiligheid van het scheepvaartverkeer, waarbij de kosten verhaald werden op de eigenaar. Deze verweerde zich met het argument dat de staat door geen enkele wettelijke verplichting gedwongen was het wrak te lichten, kortom de dader geconfronteerd met een onbekende gelederde, met een hem onbekend belang. De hoge raad verwerpt dit argument en acht de scheepseigenaar aansprakelijk voor de kosten; de staat mocht zich bij zijn handelen laten leiden door ongeschreven veiligheidsnormen en aldus kosten maken die verhaald konden worden (een redenering die de cassatierechter in *Staat - Van Amersfoort* wederom volgt). In het bekende geval van het waterwingebied dat door olielozing als gevolg van een auto-ongeluk vervuild werd - waarmee de hoge raad in 1970 de 'toerekening naar redelijkheid' als nieuwe causaliteitsleer aanvaardde - is het springende punt dat de dader (eigenaar van de tankauto) geen weet had van het bestaan van een waterwingebied naast de weg, met gevolg dat de uitzonderlijke kosten om dat gebied van vervuiling te behoeden voor hem onvoorzienbaar waren. Dit vormde voor de raad geen reden om de schade redelijkerwijs aan de dader toe te rekenen, en niet langer voorzienbaarheid als grondslag voor causaal verband te nemen. Dat was trouwens ook het geval in *Rijksweg 12* (NJ 1976, 280), toen het in een soortgelijk geval ging om de kosten om milieuvervuiling te beperken, en in het geval van de stukgetrokken gasleiding, *Van Hees - Esbeek* (NJ 1978, 84). Het onbekend zijn van het slachtoffer op het moment van de onzorgvuldige handeling en diens excessieve schade is in de vaste rechtspraak dus geen probleem om tot aansprakelijkstelling te komen. Waarom dan hier wel, als het bedrijfsleven om de rekening voor vervuiling gevraagd wordt, vraagt men zich af.

De conclusie is onontkoombaar dat het standpunt van de hoge raad in de 30 september-arresten in strijd met de wet is. Zij is trouwens ook niet te rijmen met de eerder besproken correctie van Langemeijer, door de hoogste rechter in 1958 aanvaard en vermeld in alle handboeken: de gedachte dat het relativiteitsvereiste,

40. Zie onder, Hfdst. 11, § 2, nr 3 (causaliteit; letselschade).

41. Resp. HR 26 mei 1978, NJ 1978, 615, nt GJS; HR 20 mrt 1970, NJ 1970, 251, nt GJS.

§4. ONRECHTMATIGHEIDSBELANG EN RELATIVITEIT

wat er zij van strijd met een rechtsplicht en inbreuk op een subjectief recht, in ieder geval (vrijwel) geen rol speelt bij het schenden van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen.⁴² Het is opvallend dat ook dit punt pas vrij laat in de discussie over relativiteit en bodemsanering gebracht is, namelijk door de raad van state in zijn advies uit 1991 inzake de Inbouwwet dat al eerder aan de orde kwam⁴³, en dat de staat met dat argument eerder niets gedaan had.

Gesteld dat de hoge raad terugkeert op zijn schreden en het voorzienbaarheidsvereiste bij relativiteit van onrechtmatig handelen laat vallen - al of niet met een beroep op zorgvuldige lezing van de arresten à la Spier - dan nog snijdt het overblijvende vereiste van het kenbare belang in casu geen hout. Zeker in combinatie met het door de hoge raad zelf aangehaalde *De Schelde*-arrest: het voor een producent van bestrijdingsmiddelen kenbare belang van de overheid met betrekking tot de omgang met (resten van) bestrijdingsmiddelen is gelegen in de wetgeving op dit terrein. Deze begint al met de Warenwet 1935 en Algemeen Besluit inzake resten van bestrijdingsmiddelen (voor de oorlog kwamen al met insecticiden spelende kinderen om het leven), de Wet Bestrijdingsmiddelen 1947, Landbouwveiligheidsbesluit 1950 (opslag van giftige stoffen), Bestrijdingsmiddelenwet 1962, Bestrijdingsmiddelen-besluit 1964. De wetgeving uit de jaren zestig spreekt van gevaar voor mens, plant en dier en *voor grond of water*; resten van bestrijdingsmiddelen moeten uitsluitend in een voor dit doel gebezigde bewaarplaats bewaard worden welke aan bepaalde vereisten voldoet; zij mogen niet in het *oppervlaktewater* geraken of in de *bodem van een waterwingebied* geraken.⁴⁴ Wat zou men in hemelsnaam meer nodig hebben om het kenbare belang van de staat aan te tonen? Dat het regeringsoptreden dient om schade aan volksgezondheid en milieu te voorkomen blijkt eveneens zonneklaar uit de parlementaire stukken. Wat vinden Spier en Snijders hier eigenlijk van? Zij zwijgen hierover in alle talen (eind goed, al goed?). Overigens heeft de staat deze kwestie niet naar voren gebracht, om mij onduidelijke redenen. Ook indien men de regel van 1 januari 1975 volgt zoals eerder door de cassatierechter neergelegd, moet toch wel aan te tonen zijn dat producenten van bestrijdingsmiddelen, die geacht worden de wet te kennen, van het overheidsbeleid ten aanzien van bestrijdingsmiddelen en gevaarlijke stoffen in het algemeen in bodem en water op de hoogte zijn?

Het opmerkelijke is hier allereerst dat algemeen aanvaard was dat schending van vergunningsvoorwaarden gelijkgesteld kan worden met schending van een wettelijke norm. Vandaar dat Rechtbank en Hof Amsterdam geen moeite hadden om de handelwijze van Duphar onrechtmatig te achten, aangezien de gemeentelijke vergunningsvoorwaarden een verbod op het storten van chemicaliën

42. Voor een beschrijving van die leer, zie boven, nr 5 (en mijn *NJB Naschrift*, p. 1538, evenals mijn beschouwingen in *TMA* 1992, p. 213).

43. Zie boven, nr 5. In het tweede advies van de RvSt leek men deze benadering vergeten te zijn; in de tussenliggende tijd waren enkele havikken tot de raad toegetreden.

44. Zie uitvoeriger mijn artikel over deze materie, *NJB* 1994, p. 1334, en ook onder, Hfdst. 12, § 7, nr 7. Wat gevaarlijke stoffen in het algemeen betreft: het wetsontwerp Wet gevaarlijke stoffen stamt uit 1961 (het buitenland lag jaren op ons voor), het ontwerp-WVO is uit 1964 (in 1897 begonnen).

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

inhielden; dit had de instemming van Spier.⁴⁵ Is dit al merkwaardig, het is nog sterker dat vanzelfsprekend gevonden wordt dat bij schending van een wettelijke norm (die mede beoogde het milieubelang te beschermen) niet afzonderlijk vastgesteld hoeft te worden dat de dader bedacht was of behoorde te zijn op de belangen van benadeelde die de geschonden norm beoogde te beschermen. Aldus Van Maanen, nota bene met een beroep op een arrest van de hoge raad: het 30 sept. 1994-arrest nr 4, inzake *Staat - Van den Brink*.⁴⁶ In dat arrest werd echter bepaald dat de Ontgrondingenwet geen saneringsbelang van de staat in een geval van bodemvervuiling (afgraving die als stortplaats gebruikt werd) beoogde te beschermen. Dat standpunt kan echter moeilijk ingenomen worden ten aanzien van de eerder aangehaalde milieuwetgeving inzake bestrijdingsmiddelen.⁴⁷

In zijn bijdrage aan de mij aangeboden jubileum-bundel heeft Van Maanen een nadere toelichting op zijn standpunt inzake het relativiteitsvereiste gegeven.⁴⁸ Dat is in zoverre verhelderend (en verheugend), dat hij zich uitspreekt voor de leer-Smits met betrekking tot de inbreuk op een subjektief recht, op welk terrein de relativiteitsleer geen functie heeft. Dat geldt ook, in navolging van Smits, voor de schending van ongeschreven normen; dan blijft alleen de schending van wettelijke normen over, als werkterrein voor het relativiteitsvereiste. Van Maanen komt dan tot een wat halfhartige veroordeling van de 30 sept. 1994-arresten, met de uitspraak 'dat wij een aparte toetsing aan het relativiteitsvereiste kunnen ontberen, mits we de vraag naar de zorgvuldigheid maar voldoende toespitsen op het concrete geval' (p.271). Daarnaast erkent hij in een noot het politieke karakter van de genoemde arresten.⁴⁹ Wat ik mis in zijn betoog is een standpunt over de relatie relativiteit - causaliteit (TNR), de parlementaire geschiedenis van art. 163 op dat punt (geen voorzienbaarheid van het geschade belang vereist) en de concrete schending van wettelijke normen inzake bestrijdingsmiddelen door Shell en Duphar.

Van Maanen verweet mij in het *NJB* van 1995 dat mijn beroep op een toenemend aantal schrijvers dat de relativiteitsleer wil afschaffen 'gewoon onzin' is.⁵⁰ In reactie daarop zou ik, behalve de reeks 'gouwe ouwen' van voor de oorlog, aangevuld met Köster, Schoordijk, Drupsteen e.a. (zoals Bierbooms en Taams, Van) uit deze tijd nog Vranken willen noemen die zich, een keer niet als a-g, in duidelijke bewoordingen tegen het relativiteitsvereiste, met name

45. Zie t.a.p.; in zijn preadvies NJV 1996 liet Spier weinig van zijn kritiek op de arresten van 30 sept. 1994 doorklinken, vgl. p. 258 v. Daartoe door mij uitgedaagd tijdens het debat, handhaafde hij zijn oorspronkelijke kritiek, met name op dit punt, vgl. *Hand. NJV II*, p. 62.

46. *NJ* 1996, 199, nt CJHB; *TMA* 1995, p. 31, nt Bierbooms. Zie Van Maanens *Kroniek van het vermogensrecht*, *NJB* 1995, p. 341.

47. Verder kan er op gewezen worden dat naar duits recht, het land van herkomst van de relativiteitsleer, die leer niet alleen geen toepassing heeft bij schending van ongeschreven rechtsnormen, maar evenmin bij opzettelijk toebrengen van schade, par. 826 BGB (vgl. Lankhorst, diss. p. 28; zo reeds Meijers, nt *NJ* 1930, p. 306). Het ter stort geven van chemisch afval (in 10.000, deels open vaten) kan toch wel als met opzet handelen beschouwd worden.

48. G.E. van Maanen, De relativiteit als onlosmakelijk bestanddeel van de onrechtmatigheidsvraag, in: Van Dunné-Bundel, 1997, p. 255.

49. Zie over dat laatste aspect uitvoerig P.F.A. Bierbooms, *Hoe politiek is de bodemsaneringsjurisprudentie van de Hoge Raad?*, in: ...*maar dit geheel terzijde*, Van Dunné-Bundel II, Lelystad, 1997, p. 15.

50 Curieus is, dat Van Maanen in zijn proefschrift de schrapping van art. 163 bepleit heeft, zie diss. 1986, p. 230.

§4. ONRECHTMATIGHEIDSBELANG EN RELATIVITEIT

bij bodemvervuiling, heeft uitgesproken.⁵¹ Zijn opvatting vind ik vrijwel nooit aangehaald in de literatuur. Ik geef zijn betoog hier weer, *bien étonné de se trouver ensemble*.

Na de benadering van de HR verworpen te hebben waarbij de maatschappelijke opvatting ontleend wordt aan parlementaire stukken, en betreurd te hebben dat de cassatierechter zich 'in een positie heeft laten dringen' dat een tijdstip gekozen moest worden, in plaats van zich op onrechtmatigheid en causaliteit te concentreren (aldus ook a-g Koopmans), vervolgt Vranken:

'Mijn grootste bezwaar tegen de uitspraak van de hoge raad is dat zich het geval kan voordoen dat iemand die vòòr 1 januari 1975, gemeten aan de toen bestaande zorgvuldigheidsnormen, onrechtmatig heeft gehandeld, toch niet tot kostenverhaal kan worden aangesproken, omdat hij, behoudens bijzondere omstandigheden, niet *jegens de staat* onrechtmatig heeft gehandeld. Op dat punt haak ik af.

Ik verdedig dat in gevallen van historische bodemverontreiniging het relativiteitsvereiste geen functie heeft, althans dat men er geen dogmatische kwestie van moet maken, maar moet doorstoten naar datgene waar het werkelijk om gaat: de afweging van belangen tussen enerzijds de verontreiniger die in het verleden onrechtmatig heeft gehandeld en anderzijds de staat die de ten laste van de gemeenschap komende saneringskosten op deze verontreiniger wil verhalen. Daarbij moet betekenis toekomen

- a. aan het feit dat het in dit soort gevallen om een bijzonder soort schade gaat, aan te duiden met de trefwoorden langzaam inwerkend, elkaar soms versterkend en pas na lange tijd zichtbaar, alsmede
- b. aan de schaalvergroting die hier aan de orde is. De schade is vaak niet concreet tegen iets of iemand gericht. Meestal ontbraken en ontbreken direct belanghebbenden die iets (hadden) kunnen ondernemen en, zo al, zeker niet (hadden) kunnen bewerkstelligen dat het terrein zou moeten worden gesaneerd. De maatregelen die nodig zijn, zijn ingrijpend en van een aard die individueel belanghebbenden nooit en te nimmer zouden (hebben) kunnen afdwingen. Ligt het dan niet in de rede - en is dit eigenlijk ook niet verplicht - dat de staat zich de behartiging van dat algemene belang aantrekt en dan ook verhaal mag zoeken op degenen die naar de normen ten tijde van de verontreiniging, onrechtmatig hebben gehandeld?

Ik heb hiermee geen enkele moeite. Ik beschouw het niet als een aantasting van de rechtszekerheid of als een bodemloze aansprakelijkheid, zoals sommigen betogen. Wel neem ik hierbij in aanmerking dat het naar alle waarschijnlijkheid niet redelijk is de betrokkenen voor de gehele schade aansprakelijk te stellen. Immers in de jaren zestig, begin jaren zeventig zal in het algemeen niet voorzienbaar zijn geweest dat de gevolgen van de bodemverontreiniging dermate ernstige en omvangrijke vormen zouden aannemen als thans blijkt. met dat gegeven kan rekening worden gehouden bij de *causaliteit*, terwijl voorts ook de houding van de overheid zelf via het leerstuk van eigen schuld kan worden verdisconteerd.

Op deze manier is volgens mij een evenwichtige verdeling mogelijk van de last uit het verleden tengevolge van bodemverontreinigingen. Ik meen dat dat ook de rechtspolitieke opdracht is van het leerstuk van de relativiteit. Het gaat er om de kring van personen jegens wie men aansprakelijk is binnen redelijke perken te houden, niet om evidente aansprakelijkheden te ontgaan. Het bepalen van de kring van personen vergt van de rechter telkenmale opnieuw een keuze, rekening houdend met de bijzonderheden van het geval. Wat is er onredelijk of ondraaglijk aan dat de staat als de behartiger van een belang dat door zijn aard, ernst en omvang is uitgegroeid van een in wezen particulier belang tot een algemeen belang,

51. J.B.M. Vranken, Rechterlijke rechtsvinding in Van Wijngaarden/Staat, preadv. Ver.v. Milieurecht 1992, in: *Inbouw hoofdstuk bodemsanering in de Wet bodembescherming*, Publ. Ver.v.Milieurecht 1992-4, Zwolle 1993, p. 2, op p. 5 v.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

degene die hiervoor verantwoordelijk is tot de grens van zijn verantwoordelijkheden kan aanspreken?’

Het wordt zaak om af te ronden. Ik doe dat met enkele citaten, van de oude generatie, die het jonge volk wellicht tot nadenken kan stemmen.

Scholten merkte in 1931 al op dat de relativiteitsleer ‘geen verbetering’ vormt: ‘de helderheid heeft zij zeker niet bevorderd’.⁵² Meijers meende, in zijn zeer kritische noten, met betrekking tot het duitse wetsartikel over relativiteit dat het ‘zeer de vraag is of in deze bepaling een vooruitgang der wetenschap is te zien’. Hij stelt, met vooruitziende blik: ‘Dit wordt een bron voor tal van processen, terwijl de nadelen, die men van de andere opvatting vreest, waarlijk wel op eenvoudiger wijze in overeenstemming met de wet te ondervangen zijn’. In aansluiting op Scholten acht Meijers relativiteit een ‘niet zeer helder begrip’; ‘en de resultaten tot heden met dit begrip verkregen, zijn geenszins overtuigend, dat men daarmede het best de billijkheid dient’ (*NJ* 1930, p.305). In 1937 sluit Meijers zijn noot af met de opmerking: ‘Een beperking der aansprakelijkheid door na te gaan wier belangen de norm beoogt te beschermen, past alleen bij sommige, publiekrechtelijke wettelijke voorschriften’ (*NJ* 1937, 899).⁵³

Van Maanen lijkt intussen op datzelfde punt aangekomen te zijn, in 1997. Nu de hoge raad nog.

52. Verz. Geschr. IV, p. 214.

53. De remedie die Meijers ziet om beperking in aansprakelijkheid aan te brengen is het vereiste van schuld aan de schade; dat was ook het uitgangspunt van de eerdere versie van art. 163, voor deze zijn huidige vorm kreeg in 1976, een aanpassing die nodig geoordeeld werd doordat TNR aanvaard was bij causaliteit, en in art. 98 neergelegd, zie boven.

§ 5. Enkele bijzondere aansprakelijkheidsvormen: belediging, aansprakelijkheid van de overheid (twee wegen-leer, beheersdaden). Schending van het algemeen belang

1. Inleiding jurisprudentie-overzicht. Belediging: De Gelderlander (1983)

De in deze paragraaf opgenomen jurisprudentie is een greep uit een onafzienbaar terrein, waar vele vormen van aansprakelijkheid voorkomen, bloeien en weer afsterven, en soms winterhard zijn. Ik laat met betrekking tot de figuur van belediging de overwegingen van de hoge raad hier volgen, met weinig commentaar.

De rechtspraak inzake *belediging* heeft onder het oude recht de weg van art. 1409 BW verlaten vanwege het strenge vereiste dat de opzet tot belediging aangetoond moest worden. Met het soepele instrument van art. 1401 *oud* werd getracht de schade te verhalen die op deze wijze veroorzaakt was. Een bijzondere categorie is de belediging in de media, waarbij behalve het recht van vrijheid van meningsuiting ook dat van vrije nieuwsgaring aan de orde is. De hoge raad kwam in het arrest *De Gelderlander* tot een principiële uitspraak op dit gebied.¹

‘Bij de hier aan de orde zijnde vraag staan in beginsel twee, ieder voor zich hoogwaardige, maatschappelijke belangen tegenover elkaar: aan de ene kant het belang dat individuele burgers niet door publikaties in de pers worden blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen; aan de andere kant het belang dat niet, door gebrek aan bekendheid bij het grote publiek, misstanden die de samenleving raken kunnen blijven voortbestaan dankzij het onvermogen van de verantwoordelijke overheidsorganen om in een gecompliceerde maatschappij als die waarin wij leven gelijkelijk aandacht te geven aan alle zaken die die aandacht verdienen, nog daargelaten de mogelijkheid van andere factoren die belemmerend kunnen werken op het doen beëindigen van een bepaalde misstand.

Welk van deze belangen in een gegeven geval de doorslag behoort te geven, hangt af van de in onderling verband te beschouwen omstandigheden, en wel - in een situatie als de onderhavige - in het bijzonder van de volgende:

de aard van de gepubliceerde verdenkingen en de ernst van de te verwachten gevolgen voor degene op wie die verdenkingen betrekking hebben;

de ernst - bezien vanuit het algemeen belang - van de misstand welke de publikatie aan de kaak beoogt te stellen;

de mate waarin ten tijde van de publikatie de verdenkingen steun vonden in het toen beschikbare feitenmateriaal;

de inkleding van de verdenkingen, gezien de verhouding tot de onder *a. t/m c.* bedoelde factoren.

de mate van waarschijnlijkheid dat ook zonder de verweten publikatie via de pers, in het algemeen belang het nagestreefde doel langs andere, voor de wederpartij minder schadelijke wegen met een redelijke kans op spoedig succes bereikt had kunnen worden;

een mogelijke beperking van het door de perspublikatie te veroorzaken nadeel voor degene die erdoor wordt getroffen, in verband met de kans dat het betreffende stuk, ook zonder de verweten terbeschikkingstelling aan de pers, in de publiciteit zou zijn gekomen.

Door in de vierde r.o. ad *b.* van zijn eindarrest de onrechtmatigheid van het ter hand stellen aan de pers van het betreffende stuk te motiveren als onder 3.2 aangegeven, geeft het hof blijk te zijn uitgegaan van een onjuist, immers te strak onrechtmatigheidskriterium, dat

1. HR 14 jan. 1983, *NJ* 1984, 801, nt MS.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

voor een afweging als hiervoor bedoeld onvoldoende ruimte laat. Zulks brengt mee dat middel II in zover terecht is voorgesteld' (ov. 3.4).²

2. *Aansprakelijkheid van de overheid voor specifieke overheidstaken: onrechtmatige rechtspraak en wetgeving bijvoorbeeld. Pocketboek-arrest (1969)*

De aansprakelijkheid van de overheid uit onrechtmatige daad is in de loop van de eeuw uitgegroeid tot een omvangrijk leerstuk: de onrechtmatige overheidsdaad. Hierboven kwamen wij enkele onderdelen daarvan tegen, de wijze waarop de hoge raad met het *Ostermann*-arrest uit 1924, en hetgeen daarop gevolgd is, de overheid geleidelijk aan van haar voetstuk gehaald heeft en op eenzelfde niveau geplaatst heeft als een private partij in het aansprakelijkheidsrecht.³ Die ontwikkeling is nog niet voltooid; in het contractenrecht is de positie van de overheid eveneens van zijn hoogheid ontdaan, zij het dat die ontwikkeling eerst in de laatste decennia echt ter hand genomen werd door de hoogste rechter: de *Landsmeer*-doktrine uit de jaren '60 werd pas in 1989 bijgesteld met het arrest *Gasbedrijf Centraal Nederland - Gem. Nieuwegein*.⁴

Nu betrof dat meestal situaties waarin de overheid zich in het burgerlijk recht begeven had en eigenlijk als private partij opereerde, met een algemeen belangpet op. De bestuurder als koopman (meestal: projektontwikkelaar), dus. Het is natuurlijk veel spannender wanneer wij het hebben over de overheid die als typische overheid funktioneert, en handelingen verricht die niet voor burgers weggelegd zijn. Is ook dan sprake van gelijkstelling met de gewone justitiabelen? Denk bijvoorbeeld aan taken als: rechtspraak en wetgeving. Leveren fouten die daarbij gemaakt worden jegens derden een mogelijkheid op om de overheid aansprakelijk te houden uit onrechtmatige daad voor schade die toegebracht werd? Op sommige terreinen heeft de burgerlijke rechter die vraag positief beantwoord, soms zelfs al geruime tijd geleden.

Op de aansprakelijkheid van de overheid vanwege *onrechtmatige rechtspraak*, een onderwerp dat de laatste tijd ook internationaal sterk in de belangstelling staat, kan hier niet uitvoerig ingegaan worden. Zij is in beginsel aanvaard door de hoge raad in 1971 (*NJ* 1972, 137) maar wordt slechts bij uitzondering daadwerkelijk aanvaard in civiele zaken. Meestal betreft het dan misslagen die organisatie of uitvoeringshandelingen betreffen (rechter-commissaris in faillissement die fouten bij de financiële afwikkeling maakt, bijv.). In het strafrecht

2. Zie wat de verdere jurisprudentie betreft, *Bundel Onrechtmatige daad IX* (Michiels van Kessenich - Hoogendam), nrs 1 - 11. Uit de recente jurisprudentie nog enkele sprekende gevallen: EHRM 27 mrt 1996, *NJ* 577, *Goodwin - U.K.*; het recht van vrije nieuwsgaring houdt in dat de journalist niet verplicht is om zijn bron prijs te geven. HR 13 juni 1997, *NJ* 1998, 361, *Patriottisch Democratisch Appel - Grubben*, over het preciaire onderwerp racisme. Zie ook: EHRM 11 jan. 2000, *NJ* 2001, 74, nt EJD, *News Verlags - Oostenrijk*; EHRM EG 29 febr. 2000, *NJ* 2001, 73, nt EJD, *Fuentes Bobo - Spanje*; een TV-regisseur werd ontslagen wegens belediging van bestuurders van de spaanse televisie TVE, schending van art. 10 EVRM aangenomen: geen proportionaliteit tussen sanktie en beschermde doel van dat artikel.

3. Zie boven, § 1, nr 2.

4. Zie Deel 1, Hfdst. 6, § 4, nr 3; p. 610 v.

§5. AANSPRAKELIJKHEIDSVORMEN

is de aansprakelijkheid voor ten onrechte opgelegde voorlopige hechtenis vanouds bekend, in de NJV-vergadering van 1913 werd die figuur al behandeld (risiko-aansprakelijkheid werd door de preadviseurs bepleit) en zij stond in 1996 weer op de agenda van NJV-preadviseur Spier (ook hier heeft de hoge raad in een recent arrest in beginsel aansprakelijkheid aangenomen).

Veel moeilijker is de vraag te beantwoorden of de staat aansprakelijk is bij een misslag van de rechter die het oordeel zelf betreft, met name de gronden waarop een uitspraak gebaseerd werd, die in hoger beroep of in cassatie ondeugdelijk bevonden zijn, als volkomen in strijd met het recht. De rechter heeft een nieuwe wet of een bepaald artikel over het hoofd gezien, c.q. heeft een kennelijke leesfout gemaakt; men kan ook aan schrijffouten of rekenfouten denken. In die laatste situatie, vergissen is menselijk, bestaat de mogelijkheid van processueel herstel van kennelijke rechterlijke fouten.⁵ Moet de partij die heeft moeten doorprocederen om een rechterlijke fout vastgesteld te krijgen niet schadeloos gesteld worden wegens rechterlijke dwaling? Langemeijer heeft dat in de jaren '70 bepleit, maar kreeg daarvoor geen handen op elkaar. In het buitenland zijn er voorbeelden van een dergelijk benadering; in België heeft bijvoorbeeld het hof van cassatie dat onlangs aangenomen.⁶ Ik verwijs verder voor dit onderwerp naar de in omvang toenemende literatuur.⁷

Een ander sprekend voorbeeld van deze categorie is het handelen van de overheid *als wetgever*; wanneer het wetgeving in materiële zin betreft is al in 1969 door de hoge raad beslist dat het handelen van de overheid - een ministeriële beschikking, of een andere algemeen bindende regeling (amvb, gemeentelijke verordening) - een onrechtmatige daad jegens derden kan opleveren, in het *Pocketboek*-arrest (1969), vgl. onder. In het *Landbouwvliegers*-arrest (1986) werd met betrekking tot een algemeen verbindend voorschrift dat door een bestuursorgaan is uitgevaardigd, bepaald dat dit vatbaar is voor toetsing aan de abbb (in casu: willekeur) en dat van een onrechtmatige daad sprake kan zijn.⁸

Geldt dit voor daden van materiële wetgeving, is de overheid wanneer zij wetgeving in formele zin pleegt, geheel buiten schot? Die stap is niet gemaakt, en lijkt op het eerste gezicht juridische ruimtevaart. Met het *Francovich*-arrest van het Europese hof van 1991, is die stap in wezen gezet voor het geval een nationale overheid nalatig blijft met het invoeren van Europese wetgeving; vervolgens werd het niet vervangen van met EG-recht strijdige en door het hof

5. Zie voor dat laatste: A.I.M. van Mierlo, *Foutje, bedankt!*, in: Van Dunné-Bundel, 1997, p. 273, die aandacht vraagt voor de processuele aspecten van rechterlijke fouten. Net als in arbitrage het geval is, kunnen kennelijke misslagen in een vonnis naderhand hersteld worden op verzoek van de belanghebbende partij.

Een voorbeeld van een kennelijke fout is de *Cockerill*-zaak, waar de Pres.Rb. Maastricht een telfout heeft gemaakt bij de vaststelling van de lozingen van het gedaagde bedrijf. Zie Hfdst. 12, § 7, nr 6.

6. Vgl. Storme, *NJB* 1993, p. 917.

7. Zie Asser-Hartkamp III, nr 290j; Spier, preadv. NJV 1996, p. 288 v. (strafvorderlijk optreden), met verdere verwijzingen. Zie ook: H.J. Snijders, *Independence and responsibility of judges and lawyers*, in: *Role and organisation of judges in contemporary society*, Snijders and Ynzonides, ed.'s, Deventer/Boston 1992. Vgl. ook Snijders' noot in *NJ* 1993, 558.

8. Zie Van Wijk/Konijnenbelt, 1997, 14.26 v.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

afgekeurde nationale wetbepalingen aangepakt.⁹ De rechtspraak van het hof op dit gebied is sinds 1991 aanzienlijk gegroeid, de ontwikkeling is nog lang niet ten einde.

Het Hof van Justitie EG heeft in 2002 een belangrijk vervolg gegeven op zijn *Francovich*- en *Brasserie*-rechtspraak met het *Köbler*-arrest, van 30 sept. 2002. Hierbij werd staatsaansprakelijkheid aangenomen voor onrechtmatige hoogste rechtspraak van een lidstaat, waarbij door de hoogste nationale rechter als gevolg van 'kennelijke schendingen' van gemeenschapsrecht aan burgers of bedrijven schade toegebracht wordt. Het EG-recht gaat steeds belangrijker worden op de civiele werkvloer, indien men zich realiseert hoe vaak onze hoge raad achter blijft met het in acht nemen van Europese Richtlijnen (vaak in het gezelschap van de wetgever, vgl. de Richtlijn oneerlijke bedingen, EG 93/13, bijvoorbeeld, die in Deel 1 aan de orde kwam). Ik verwijs voor deze materie naar de beschouwingen van Wattel.¹⁰

Een tussenfiguur, de wetgever die nalatig geweest is om voor een adequate wettelijke regeling op een bepaald gebied te zorgen, is het thema van het *kortverbanders*-arrest van 1989¹¹; gerechtvaardigde, gewekte verwachtingen van burgers werden door de hoge raad gehonoreerd (vertrouwensbeginsel), bij gebreke van een wettelijke regeling van pensioenaanspraken. Een interessante vraag doet zich voor wanneer de wetgever nalatig is om internationale verdragsverplichtingen inzake het treffen van een wettelijke regeling na te komen of decennia achter ligt op andere westerse landen om tot wetgeving over te gaan, of dit opgevat kan worden als onrechtmatig nalaten, indien sprake is schade die als gevolg daarvan door burgers geleden werd. Op het gebied van asbest-wetgeving, ter bescherming van werknemers in de asbest-industrie, zijn er gronden om tot een positieve beantwoording van die vraag te komen.¹²

Hier zal niet verder op deze problematiek, althans in deze druk, ingegaan worden.¹³ Hieronder volgt het instructieve geval van het *Pocketboek*-arrest uit

9. HvJEG 19 nov. 1991, C-6/90; dit gebeurde op grond van art. 5 EG-Verdrag. Zie voor die problematiek de preadviezen van Van Male en Van Oeffelen voor de Ver. vergelijkende studie recht België en Nederland, Zwolle 1995. Zie verder, ook voor de meer recente rechtspraak, zoals *Brasserie du Pêcheur* en *Dillenkofer* (1996): Betlem en Klinge-Van Rooij, *Overheidsaansprakelijkheid wegens schending EG-recht*, TMA 1996, p. 92; 1997, p. 32. Zie ook Betlem in *Regelmaat* 1996, p. 128. Deze jurisprudentie heeft een vervolg gekregen, waarbij behalve de lidstaat ook een publiekrechtelijk lichaam aansprakelijk gehouden kan worden voor schade van particulieren door maatregelen genomen in strijd met het gemeenschapsrecht. Zie HvJEG 4 juli 2000, NJ 732, *Haim – Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*, inzake vrije vestiging tandarts.

10. P.J. Wattel, *WPNR* 6553 (2003), p.840; het EG-arrest is zaak C-224/01. Vgl. in dit verband ook nog HR 21 mrt 2003, NJ 691, *Nitraatrichtlijn*: een gerecht is niet bevoegd om een rechterlijk bevel aan de staat te geven om formele wetgeving tot stand te brengen, ter invoering van EG-recht (de EG-Commissie is dat immers ook niet).

11. HR 9 juni 1989, AB 412, nt FHvDB; vgl. Van Wijk/Konijnenbelt, 14.26, in fine.

12. Asbestose werd in ons land in 1949 als beroepsziekte erkend (Engeland: 1931), het eerste Asbestbesluit is van 1977, het algehele asbestverbod van 1993.

13. Vgl. voor dit onderwerp, behalve Van Wijk/Konijnenbelt, t.a.p., ook Asser-Hartkamp III, nr 290g.

§5. AANSPRAKELIJKHEIDSVORMEN

1969, waar het is ons land allemaal mee begonnen is.¹⁴ Enkele andere uitspraken, zoals *Hoffmann - La Roche* (1987), kwamen elders al ter sprake.¹⁵ De casus van de Pocketboek-affaire wordt duidelijk uit de overwegingen van de hoge raad:

‘dat eiseressen, welker geplaatst kapitaal destijds nagenoeg geheel in handen was van haar toenmalige directeur J. van Tuyl, in 1958 het plan hebben opgevat tot het uitgeven van pocketboeken in grote oplagen, welke in opdracht en voor rekening van Van Tuyl zouden worden vervaardigd en door De Bron zouden worden verkocht en geleverd aan winkelbedrijven in Nederland, niet behorende tot de georganiseerde boekhandel, in het bijzonder aan kruideniersbedrijven;

dat zij dit plan zorgvuldig hebben voorbereid door zich te verzekeren van de medewerking van Nederlandse kruideniersorganisaties en een aantal grootwinkelbedrijven in Nederland, en voorts door opbouw van een verkooporganisatie en het aanwerven van in Nederland gevestigde winkeliers, die bereid waren met De Bron overeenkomsten aan te gaan tot regelmatige afname van pocketboeken ten verkoop aan het publiek;

dat deze voorbereidingen in nov. 1958 zo ver gevorderd waren, dat met de uitvoering van het plan een aanvang kon worden gemaakt door uitgave van een serie pocketboeken onder het merk ‘Bel-pockets’, welke in opdracht en voor rekening van Van Tuyl waren vervaardigd en door De Bron in Nederland in de handel werden gebracht, waarbij werd gebruik gemaakt van boekenmolens, welke door De Bron aan de afnemers-winkeliers werden verkocht; dat evenwel twee Nederlandse organisaties van boekhandelaren tegen de door Van Tuyl en De Bron opgezette verkoopactie, zodra deze een begin van uitvoering had gekregen, in het geweer zijn gekomen en zich hebben gewend tot de staatssecretaris van Economische Zaken met het verzoek de totstandkoming van een vestigingsbesluit en, in afwachting hiervan, van een vestigingsbeschikking voor het boekverkopersbedrijf te bevorderen, in dier voege dat verkoop van boeken aan het publiek voortaan niet meer zonder vestigingsvergunning zou kunnen geschieden;

dat genoemde staatssecretaris naar aanleiding van dit verzoek met grote spoed op 28 nov. 1958 de Vestigingsbeschikking boekverkopersbedrijf 1958 heeft vastgesteld, welke door afkondiging in de Nederlandse Staatscourant no. 232 die zelfde datum in werking trad;

dat bij art. 2 van deze Vestigingsbeschikking werd verboden het boekverkopersbedrijf uit te oefenen zonder vergunning van de Sociaal Economische Raad; dat dit verbod - overeenkomstig de bedoeling van de boekverkopersorganisaties, die voormelde vestigingsbeschikking hebben uitgelokt, en ook van de staatssecretaris van Economische Zaken, die deze heeft vastgesteld en uitgevaardigd - ertoe strekte de uitvoering van het door Van Tuyl en De Bron opgezette plan tot verkoop van pocketboeken door levensmiddelen- en andere winkelbedrijven te verhinderen;

dat politieorganen van de staat ter uitvoering van de vestigingsbeschikking een groot aantal processen-verbaal hebben opgemaakt tegen winkeliers, die van Van Tuyl en De Bron afkomstige pocketboeken in voorraad hadden en deze in strijd met voormeld verbod verkochten of hadden verkocht;

dat daardoor, naar gelang de vestigingsbeschikking en de ter uitvoering daarvan genomen politie maatregelen bekendheid verkregen, de reeds aangeworven winkeliers huiverig werden verdere medewerking aan de door Van Tuyl en De Bron opgezette verkoopactie te verlenen en Van Tuyl en De Bron ook werden verhinderd nieuwe verkooppunten voor afzet van de

14. HR 24 jan. 1969, *NJ* 316; *ARB*, p. 194, nt Stellinga. Eigenlijk is dit het tweede arrest inzake Pocketboek; het eerste is: HR 22 mrt 1960, *NJ* 274, nt Prins, waarin geoordeeld werd dat de vestigingsbeschikking in strijd met de vrijheid van drukpers was.

15. Zie boven, § 2, nr 9. Zie in de zelfde zin met betrekking tot belastingwetgeving: HR 9 mei 1986, *NJ* 1987, 252, nt MS, *Staat - Grosheide q.q.*, waarover Lohman, *Regelmaat* 1988, p. 2.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

pocketboeken aan te werven; dat een en ander ten gevolge heeft gehad, dat de opgezette verkoopactie geleidelijk is lamgelegd en ten slotte volledig moest worden stop gezet;

dat daardoor de uitgave van nieuwe titels in de serie pocketboeken, waarvoor reeds aanzienlijke kosten waren gemaakt, moest worden gestaakt en voorts grote voorraden pocketboeken en boekenmolens, welke voor levering aan winkeliers reeds waren vervaardigd en aangeschaft, onverkoopbaar werden of niet dan met aanzienlijke verliezen moesten worden verkocht, terwijl ook grote partijen reeds verkochte pocketboeken (grotendeels in beschadigde staat) moesten worden teruggenomen en talrijke vorderingen op winkeliers wegens reeds verkochte boeken en boekenmolens oninbaar zijn gebleken;

dat Van Tuyl en De Bron mitsdien tengevolge van het uitvaardigen van voormelde vestigingsbeschikking en de ter uitvoering daarvan door organen van de staat genomen maatregelen ernstige schaden en verliezen hebben geleden, van een zodanige omvang dat zij genoodzaakt zijn geweest tot stopzetting en liquidatie van haar bedrijven;

dat de staat gehouden is tot vergoeding van de aldus door Van Tuyl en De Bron geleden schaden; dat immers de vestigingsbeschikking boekverkopersbedrijf 1958 in strijd was en is met het in art. 7 der Grondwet gewaarborgde recht van drukpersvrijheid, hetwelk mede de vrijheid tot verspreiding van voortbrengselen van de drukpers omvat, en eveneens in strijd met art. 10 van het ook hier te lande van kracht zijnde Verdrag van Rome tot bescherming van de mens en van de fundamentele vrijheden (Tractatenblad 1951 no. 154):

dat de staat derhalve door het vaststellen en afkondigen van voormelde vestigingsbeschikking en de ter uitvoering daarvan genomen politiematregelen het bij Grondwet en Verdrag gewaarborgde recht op vrije verspreiding van boeken heeft geschonden en daarmee op onrechtmatige wijze heeft verhinderd, dat Van Tuyl en De Bron haar bedrijf onbelemmerd konden uitoefenen;

dat de daardoor aan Van Tuyl en De Bron berokkende schade aan schuld van de staat is te wijten, aangezien diens organen hebben voorzien, althans hebben kunnen en moeten voorzien, dat die schade van hun handelwijze het gevolg zou zijn, hetgeen nog temeer klemt nu de staatssecretaris van Economische Zaken zowel voor als na de afkondiging der vestigingsbeschikking uitdrukkelijk is geweest op de catastrofale gevolgen, welke die vestigingsbeschikking en de ter uitvoering daarvan genomen maatregelen voor Van Tuyl en De Bron medebrachten;

dat de door Van Tuyl en De Bron geleden en nog te lijden schade voor zover deze thans is vast te stellen, voor Van Tuyl beloopt een miljoen vierhonderd zevenenzeventig duizend negenhonderd veertien Belgische francs (Bfrs. 1.477.914) en voor De Bron eenhonderd veertienduizend driehonderd vijf gulden en vijffennegentig cent (f 114.305,95);

dat de staat in hoger beroep als eerste grief tegen het vonnis van de Rb. heeft aangevoerd dat daden van wetgeving: nimmer onrechtmatige daden in de zin van art. 1401 B.W. kunnen zijn en dat de uitvaardiging van de Vestigingsbeschikking boekverkopersbedrijf 1958 dan ook geen onrechtmatige daad kan zijn;

dat het hof deze grief heeft verworpen en evenzeer afwijzend heeft geoordeeld over de beide andere grieven, welke betrekking hadden op de schuld van de staat en op de vraag of de uitvaardiging van de beschikking wel tegenover Van Tuyl en De Bron onrechtmatig was;

dat het cassatiemiddel, dat alleen tegen de verwerping van de eerste grief is gericht, met nadere uitwerking van de in die grief verdedigde stelling opwerpt, dat een daad van materiële wetgeving, als hoedanig de beschikking is te beschouwen, nimmer kan zijn een onrechtmatige daad in de zin van art. 1401 BW, ook al is zij onverbindend wegens strijd met de Grondwet, althans niet wanneer zij is verricht door een staatssecretaris die daartoe in beginsel bevoegd is krachtens een wet; dat het middel daaraan subsidiair de stelling verbindt, dat een daad van materiële wetgeving in ieder geval niet een onrechtmatige daad in de zin van art. 1401 is, wanneer de uitvaardigende ambtsdrager in redelijkheid kan menen dat de beschikking niet in strijd is met de Grondwet en dat haar uitvaardiging wordt gevergd door de belangen waarvan de behartiging hem door de wet is opgedragen;

dat de stelling van het middel noch in haar primaire, noch in haar subsidiaire vorm kan worden aanvaard;

§5. AANSPRAKELIJKHEIDSVORMEN

dat de staat onrechtmatig handelt indien een staatssecretaris, orgaan van de staat, door een beschikking als de onderhavige een verbod stelt op en daardoor sancties bedreigt tegen een handeling die ingevolge een bepaling van de Grondwet niet mag worden verboden;

dat geen rechtsregel de toepasselijkheid van art. 1401 BW op de uitvaardiging van een dergelijke beschikking uitsluit, beperkt of aan nadere vereisten onderwerpt, en ook de aard van de wetgevende functie van de overheid niet meebrengt dat art. 1401 bij onrechtmatig gebruik daarvan niet of slechts beperkt van toepassing zou kunnen zijn⁷.

3. *De twee wegenleer en het Windmill-arrest (1990). Antiekstudio (1991) en Brandweer Vlissingen (1992)*

Allereerst wordt de ontstaansgeschiedenis van de zogenaamde twee wegenleer aan de orde gesteld, de keuzevrijheid die de overheid heeft tussen het volgen van de publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke weg bij haar handelen (zie boven, § 4, nr 4). In de praktijk betreft dit voornamelijk de ‘beleidsovereenkomst’; de laatste jaren waren ook handhaving en kostenverhaal (onrechtmatige daad, zaakwaarneming) aan de orde. De achtergrond van dit leerstuk is steeds geweest de mogelijkheid dat de overheid misbruik van haar machtspositie maakt bij het volgen van de privaatrechtelijke weg, althans dat de rechtsbescherming van de private wederpartij te wensen over laat. Aldus al Huart met zijn klassieke opstel uit 1927: *Misbruik van burgerlijk recht door de administratie*¹⁶; ook G.J. Wiarda heeft in zijn bekende artikel uit 1970 veel aandacht voor dat aspect.¹⁷ De hoge raad heeft in het verleden steeds een ruim standpunt ingenomen wat het gebruik van privaatrechtelijke middelen door de overheid betreft; de beperkingen die opgelegd worden, ingevolge het *Kruseman*-arrest uit 1962, betreffen het bestaan van een wettelijk beletsel, en het misbruik maken van bevoegdheden of van feitelijke machtspositie.¹⁸

In deze zaak had een gemeente aan het verlenen van toestemming voor het onttrekken van woonruimte aan haar toestemming als voorwaarde de betaling van een geldsom gesteld. In casu werd door de hoge raad geen onverschuldigde betaling aanwezig geacht. Ook *Gem. Eindhoven - Staals* uit 1968, waar de gemeente in ruil voor een vergunning een huurovereenkomst bedong met als huursom 1,4% van de omzet van een benzinstation, kreeg dit de goedkeuring van de cassatierechter.¹⁹ Hij baseerde zich daarbij op de (huidige) artt. 277 en 279 Gemeentewet, die heffing bij wege van belasting voorschreven; voor ons onderwerp is van belang dat de raad daarbij uitging van de *strekking* van de wet. In een uitspraak van de belastingkamer van de hoge raad leidt de uitleg van art.

16. F.J.A. Huart, *Verspreide Geschr.*, 1949, p. 13 (oorspr.: Krabbe-bundel, 1927). Voor een overzicht van de ontwikkeling in de literatuur, zie o.m. D.A. Lubach, *Beleidsovereenkomsten*, diss. Gron. 1982, p. 135 v.

17. G.J. Wiarda, *De overheid als contractante*, WPNR 5067 (1970), *Verspreide Geschr.*, 1986, p. 137, op p. 145 v.

18. HR 13 april 1962, *NJ* 1964, 366, nt HB. Het betrof hier onttrekking van woonruimte aan haar bestemming; voor verkrijging van een verklaring ex art. 1 lid 6 Woonruimtetwet 1947 (zgn. bedrijfsruimte-verklaring) was gunstig advies nodig van B en W. Deze stelden hun medewerking afhankelijk van betaling van ruim f 17.000,- aan het Fonds voor woningonttrekking, gericht op het creëren van vervangende woonruimte. Men zie voor deze problematiek o.m. J.C.E. Akkermans-Wijn, *Contracten met de overheid*, diss. Nijmegen, 1989, p. 65 v.

19. HR 19 jan. 1968, *NJ* 1968, nt GJS.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

277 Gemeentewet (in de versie van 1970) aan de hand van de wetsgeschiedenis tot een soortgelijke uitkomst, *Lelystad*-arrest.²⁰ De gemeente had hier langs privaatrechtelijke weg de lesgelden van de muziekschool op basis van inkomen vastgesteld.

Er was enige discussie ontstaan in de literatuur of de hoge raad met het arrest *Gem. Heesch - Van den Akker* de twee wegenleer verlaten had.²¹ In dat arrest werd ten aanzien van de uitwegvergunningenproblematiek afstand genomen van het arrest *Hoogeloon* uit 1966, waarbij de hoge raad het vragen van een bijdrage voor verlening van de vergunning toestond. De afdeling rechtspraak van de raad van state en de kroon hadden in een constante rechtspraak het opleggen van zo'n privaatrechtelijke verplichting afgekeurd, als strijdig met art. 14 Wegenwet.²² Het 'omgaan' van de hoge raad op dit punt in 1986 is niet alleen van belang voor de twee wegenproblematiek, maar ook voor de vraag naar de verhouding tussen de burgerlijke en de administratieve rechtspraak. De hoge raad overwoog:

'De vraag ... komt erop neer of met betrekking tot door de overheid ontwikkelde uitwegvergunningstelsels moet worden vastgehouden aan 'Hoogeloon', dan wel de met 'Maastricht I' ingezette, vaste jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak van de raad van state moeten worden gevolgd. Daarbij moet voorop worden gesteld dat het oordeel over de vraag of dergelijke uitwegvergunningstelsels rechtens aanvaardbaar zijn, typisch behoort tot die vragen tot het beantwoorden waarvan de afdeling rechtspraak RvS ... is geroepen. Dat reeds pleit ervoor de vaste jurisprudentie van de afdeling te volgen. Daar komt bij de ... de vraag of dergelijke uitwegvergunningstelsels rechtens aanvaardbaar zijn, al vòòr 'Hoogeloon' omstreden was en dat dit arrest over het algemeen is afgekeurd, terwijl ook de Kroon enige uitspraken gedaan heeft waaruit kan worden afgeleid dat zij dergelijke stelsels afkeurt.'

Daarom, zo meende de hoge raad, had het hof terecht het heesche uitwegvergunningstelsel in strijd met art. 14 Wegenwet geoordeeld: *exit* uitwegvergunningstelsel.

Wat de twee wegenleer betreft, de meeste schrijvers waren van mening dat de hoge raad in dit arrest die leer niet verlaten had.²³ Aangezien dit ook uit het *Windmill*-arrest blijkt (vgl. onder), is dit een academische vraag geworden. Van belang is intussen welke lijn de afdeling rechtspraak verder gevolgd is, aangezien de hoge raad zich uitgesproken heeft om daarbij aansluiting te zoeken. In de zaak *De Pluimpot*, die betrekking had op het verhalen van exploitatiekosten van een bestemmingsplan, besliste de afdeling rechtspraak dat privaatrechtelijk kostenverhaal niet toegestaan is en uitsluitend de weg van

20. HR 15 juli 1987 *Gst* 6854 nr 4 (1988), comm. H.C.W.M. Moesker, *De HR en de twee wegen-leer*, p. 176.

21. HR 16 mei 1986, *NJ* 723, nt MS; AA, p. 642, nt Hennekes; *Gst* 6842, nt Konijnenbelt; *BR* 1986, 755, nt Koeman; *AB* 1986, 573, nt vdB. Zie voor een overzicht van de twee wegenleer i.h.a. en de reacties in de literatuur op dit arrest: De Haan-Drupsteen-Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtstaat*, 1986, p. 49 v.; Jitske de Jong, *Gemeentelijke gronduitgifte*, diss. Utrecht 1984, p. 43 v.; Ackermans-Wijn, t.a.p., p. 68 v.; Van Wijk/Konijnenbelt, *Hoofdstukken van administratief recht*, 9e dr., 8.11; 10e dr. (1997), 9.9 v. (lit.: 9.24).

22. Zie Van Wijk/Konijnenbelt, 6e dr., pp. 224; 331 v. Het arrest *Gem. Hoogeloon* is HR 2 febr. 1966, *NJ* 415, nt Polak.

23. Zie o.m. Ackermans-Wijn, p. 68 v.

§5. AANSPRAKELIJKHEIDSVORMEN

belastingheffing open stond.²⁴ Hetzelfde geldt voor kostenverhaal via de bouwverordening, de 'bouwweg'-problematiek, artt. 37 lid 1 jo. 290 Modelbouwverordening (MBV). De hoge raad had op dit punt anders geoordeeld, in *Ameland - De Boer*, uit 1981, mits de bijdrage niet hoger was dan voor de aanleg van de weg benodigd was.²⁵ Korte tijd later heeft de hoge raad zich neergelegd bij de rechtspraak van de afdeling rechtspraak, in *Weerselo - Hannink*.²⁶ Door de afdeling worden strenge eisen gesteld aan het hanteren van het privaatrechtelijk kostenverhaal, in de zaak *Zoeterwoude*, uit 1985, inzake vrijstelling ex art. 258 MBV (parkeervoorzieningen).²⁷ Aan het stellen van financiële voorwaarden worden de volgende eisen gesteld:

door voldoening aan de voorwaarden wordt een rechtstreekse bijdrage geleverd aan de doelstelling van de wettelijke bepaling waarop de vergunning of vrijstelling rust; de verlening van de vergunning of vrijstelling noopt in het algemeen belang tot het heffen van een geldbedrag;

afgewogen moet worden of niet bestaande wettelijke voorzieningen de overheid ten dienste staan die voor de betrokkenen meer waarborgen bieden of die anderszins gunstiger zijn dan de onderhavige financiële voorwaarde.

De afdeling verwijst, wat dat laatste betreft, onder meer naar de mogelijkheid van belastingheffing ex art. 273a Gemeentewet (baat- of bouwgrondbelasting). Het benadrukken van de waarborgen en andere voordelen van de administratiefrechtelijke weg voor de burger als wegingsfactor wordt in 1980 naar voren gebracht door De Planque in navolging van Van Wijk/Konijnenbelt, waarbij gesproken wordt van het vermijden van *détournement de procédure*.²⁸

Tevoren was dit echter al door Bloembergen betoogd, in zijn invloedrijke artikel in de Van Opstall-bundel (1972).²⁹ Hij bepleit daarin de toepassing van algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij het verrichten van de privaatrechtelijke handeling 'toestemming' door de overheid, waardoor deze

24. AR 4 okt. 1985, AB 1986, 242, nt Lubach; het betrof hier de samenhang tussen art. 422 WRO en art. 274 Gemeentewet. Wel bleef de mogelijkheid voor gemeenten open om de privaatrechtelijke weg van gronduitgifte te volgen om kosten te verhalen. Vgl. Ackermans-Wijn, p. 70 v.

25. HR 11 dec. 1981, NJ 1983, nt JAB; AB 1982, 111, nt Crince Le Roy. De HR sprak over een bijdrage 'waardoor de totstandkoming van de desbetreffende weg voldoende is verzekerd', een uitspraak die lijkt op het *Kruseman*-arrest van 1962.

26. HR 8 dec. 1983, BR, p. 150. Het betreft hier de rechtspraak van de afdeling rechtspraak inzake art. 2 lid 2 Woningwet, waardoor kostenverhaal via het bouwwegvereiste vrijwel onmogelijk geworden is. Het artikel bepaalt dat voorschriften van de bouwverordening die niet overeenstemmen met voorschriften van het bestemmingsplan buiten toepassing blijven, bijv. indien er volgens het bestemmingsplan bouwmogelijkheden bestaan. De HR volgde in *Weerslo - Hannink* de redenering dat kopers van de grond bij de aankoop ervan mochten uitgaan dat de vaste rechtspraak van de te dezer zake bevoegde administratieve rechter door de gemeenten gevolgd zou worden. Zie Ackermans-Wijn, p. 155.

27. AR 30 augustus 1985 AB 1986, 243, nt Lubach; BR 1985, 911; vgl. Van Wijk/Konijnenbelt, 8e dr., p. 310 v.; Ackermans-Wijn, p. 158. Het betrof hier parkeervoorzieningen.

28. J.H.W. de Planque, *Privaatrechtelijke overheidstoestemming als bestuursinstrument*, BR 1980, p. 73, op p. 81; Van Wijk/Konijnenbelt, 6e dr., p. 311.

29. A.R. Bloembergen, *Privaatrechtelijke overheidstoestemming en publiekrechtelijke vergunning*, in: Van Opstall-bundel, 1972, p. 25, op p. 28.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

zoveel mogelijk aan een soortgelijke controle onderworpen wordt als de publiekrechtelijke vergunning. Het eerste argument daarvoor is volgens Bloembergen dat de burger bij de privaatrechtelijke toestemming evenveel behoefte aan rechtsbescherming heeft als bij administratiefrechtelijke beslissingen. In 1976 werkt hij dit uit, en stelt daarbij dat ‘doorkruising van het publiekrecht’ voorkomen moet worden: gebruikmaking van het instrument van de overeenkomst door de overheid mag niet tot gevolg hebben dat ‘publiekrechtelijke bevoegdheidsverdelingen, waarborgen en procedures doorkruist worden.’³⁰ Deze ‘doorkruisingsproblematiek’ is uitgewerkt door Lubach in zijn proefschrift uit 1982.³¹

In het *Windmill*-arrest van 1990 heeft de hoge raad aansluiting gezocht bij deze ontwikkeling in de administratieve rechtspraak en doktrine, waarbij zelfs de terminologie overgenomen werd.³² En daarmee komen wij op dat standaardarrest.

In de *Windmill*-zaak was de vraag in het geding of de staat naast het verlenen van een WVO-vergunning een heffing aan de vergunninghouder kan opleggen in de vorm van een ‘privaatrechtelijke vergunning’, uit hoofde van de eigendom van de rivierbodem. Het betrof een jaarlijkse vergoeding van f 1,25 per kubieke meter gipsslurry. De hoge raad begint met een algemene overweging:

‘3.2. In rechtsoverweging 11 heeft het hof geoordeeld dat de publiekrechtelijke regeling van de WVO ‘een privaatrechtelijke benadering zoals door de staat verlangd’ uitsluit. De onderdelen 3 en 4 komen hier tegen op. Bij de beoordeling hiervan moet het volgende worden vooropgesteld.

Het gaat hier om de vraag of de overheid, ingeval haar bij een publiekrechtelijke regeling ter behartiging van zekere belangen bepaalde bevoegdheden zijn toegekend, die belangen ook mag behartigen door gebruik te maken van haar in beginsel krachtens het privaatrecht toekomende bevoegdheden, zoals aan het eigendomsrecht ontleende bevoegdheden, de bevoegdheid overeenkomsten naar burgerlijk recht te sluiten of de bevoegdheid een vordering op grond van een jegens haar gepleegde onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter in te stellen. Wanneer de betrokken publiekrechtelijke regeling daarin niet voorziet, is voor de beantwoording van deze vraag beslissend of gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheden die regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist. Daarbij moet onder meer worden gelet op inhoud en strekking van de regeling (die mede kan blijken uit haar geschiedenis) en op de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van de burgers zijn beschermd, een en ander tegen de achtergrond van de overige geschreven en ongeschreven regels van publiek recht. Van belang is voorts of de overheid door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid, omdat, zo zulks het geval is, dit een belangrijke aanwijzing is dat geen plaats is voor de privaatrechtelijke weg.’

30. Idem, *Contracten met de overheid, in het bijzonder in de bouw. Projectontwikkelingscontracten* (samen met W.J. Slagter), *Bouwrecht Monografieën*, 1976, p. 35. De term ‘doorkruisen’ komt overigens al voor in het arrest *Bedrijfschap - Klomp*, HR 15 mei 1970, NJ 327, waar het gaat om het handelen van de overheid met gebruikmaking van een aktie uit art. 1401 BW, onrechtmatige daad (in het kader van naleving van de Vestigingswet bedrijven 1954), het spiegelbeeld van het handelen van de overheid door middel van overeenkomsten.

31. T.a.p., p. 142 v. Vgl. ook Tjittes, diss. 1994, p. 34 v.

32. HR 26 jan. 1990, NJ 1991, 393, nt WMK; TMA 1990, p. 132, nt Drupsteen.

§5. AANSPRAKELIJKHEIDSVORMEN

Hieruit komen naar voren, als belangrijke elementen bij de afweging van keuzen tussen twee ‘wegen’:

- inhoud en strekking van de regeling in kwestie (incl.wetsgeschiedenis);
- de mate van rechtsbescherming van burgers zoals voorzien in de regeling;
- de algemene beginselen van behoorlijk bestuur;
- de vraag of een vergelijkbaar resultaat via de publiekrechtelijke weg bereikt kan worden; zo ja, dan is dat een ‘belangrijke’ aanwijzing dat die weg door de overheid gevolgd dient te worden.

Vervolgens gaat de hoge raad in op het voorliggende geval, te weten de WVO-problematiek. Ik laat de betreffende overwegingen hier volgen.

‘3.3. Tegen deze achtergrond kan over de Wet verontreiniging oppervlaktewateren dit worden gezegd.

Uitgangspunt van de wet (art. 1) is dat het zonder vergunning van het bevoegde gezag - ten aanzien van oppervlaktewateren onder beheer van het rijk de minister van Verkeer en Waterstaat - verboden is langs kunstmatige weg hinderlijke en schadelijke stoffen in oppervlaktewateren te brengen. In art. 1 in verbinding met hoofdstuk IV ligt besloten dat aan de vergunning niet als voorschrift betaling van een vergoeding kan worden verbonden. Wat betreft de rechtsbescherming is hier de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne van toepassing.

Nu het, zoals hiervoor in 3.1 is overwogen, de staat erom gaat door middel van de ‘privaatrechtelijke vergunning’ aan Windmill een heffing op te leggen, is in het bijzonder van belang hetgeen in hoofdstuk IV omtrent heffingen en bijdragen is bepaald. In art. 17 wordt o.m. aan de staat (het rijk) de bevoegdheid gegeven ter bestrijding van de kosten van maatregelen tot het tegengaan en het voorkomen van verontreiniging van oppervlaktewateren heffingen in te stellen ten laste van - kort gezegd - degenen die afvalstoffen, verontreinigende of schadelijke stoffen lozen in oppervlaktewateren. De art. 18 en 19 bevatten een regeling omtrent de grondslag en maatstaf van deze heffingen, welke regelingen wat betreft oppervlaktewateren onder beheer van het rijk zijn uitgewerkt in het Uitvoeringsbesluit verontreiniging rijkswateren. Art. 19 lid 7 bepaalt dat jaarlijks voor andere dan zuurstofbindende stoffen het per gewichtseenheid verschuldigde bedrag voor elke soort van deze stoffen bij AMvB wordt vastgesteld; de voordracht voor deze AMvB wordt ingevolge art. 19 lid 9 in verbinding met art. 1 lid 6 gedaan door de minister van Verkeer en Waterstaat in overeenstemming met de minister van Volksgezondheid en Milieuhygiëne, de Raad van de Waterstaat gehoord. Ingevolge art. 20 lid 2 zijn op de heffing en invordering ten behoeve van het rijk in beginsel o.m. de Algemene wet inzake rijksbelastingen en de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken van overeenkomstige toepassing. En tenslotte heeft, zoals het hof in r.o. 10 uiteenzet, de wetgever ook ten aanzien van de heffingen en bijdragen een coördinerend beleid voor ogen gestaan.

3.4. Een en ander noopt tot de slotsom dat de regeling van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist wanneer de staat, die als beheerder van een oppervlaktewater als de Nieuwe Waterweg aan de Wet verontreiniging oppervlaktewateren de bevoegdheid ontleent tot het verlenen van vergunning voor en het instellen van een heffing terzake van lozing in dat water van in die wet bedoelde stoffen, op grond van zijn eigendom van dat water bevoegd zou zijn om die lozing afhankelijk te stellen van zijn al dan niet, of eventueel slechts tegen betaling te verlenen toestemming. In het bijzonder is onaanvaardbaar dat de staat op deze wijze de regeling omtrent de grondslag, de maatstaf en het bedrag van de heffing zou kunnen ontgaan en dat het krachtens de Wet verontreiniging oppervlaktewateren bij vergunningverlening en heffing voorziene stelsel van rechtsbescherming - dat de burger meer waarborgen biedt dan het privaatrecht - buiten toepassing zou moeten blijven. Voorts zou afbreuk worden gedaan aan de door de Wet

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

verontreiniging oppervlaktewateren voorziene bevoegdheidsverdeling binnen de overheid, terwijl, zoals het hof heeft uiteengezet, de coördinatie van beleid in het gedrang zou kunnen komen.

In het midden kan hierbij blijven of al het vorenstaande ook zou gelden als de lozing tot extra-baggerkosten voor de staat zou leiden. Vaststaat immers dat dit geval zich niet voordoet.

Op het vorenstaande stuit onderdeel 3 af.

3.5. Aan de slotsom dat de Wet verontreiniging oppervlaktewateren op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist door gebruikmaking van het eigendomsrecht doet niet af dat de op grond van art. 17 lid 7 vast te stelling heffingsvoorschriften, wat de niet-zuurstofbindende stoffen betreft, nimmer zijn uitgevaardigd, zodat de onderhavige lozingen, die betrekking hebben op zulke niet-zuurstofbindende stoffen, voorshands niet door heffingen worden getroffen. Weliswaar brengt dit mede dat de staat vooralsnog niet op grond van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als hij op grond van zijn eigendomsrecht zou kunnen bereiken, maar dit doet hier niet terzake. Dit is immers uitsluitend het gevolg van de omstandigheid dat deze heffingsvoorschriften nog steeds niet door de staat tot stand zijn gebracht, een omstandigheid die aan de staat is toe te rekenen en die niet strookt met de Wet verontreiniging oppervlaktewateren, die klaarblijkelijk ervan uitgaat dat deze heffingsvoorschriften binnen betrekkelijk korte tijd na de inwerkingtreding van de wet tot stand zouden worden gebracht.

Onderdeel 4 faalt derhalve eveneens.

3.6. De onderdelen 1 en 2 richten zich tegen r.o. 7, waarin het hof - kort samengevat - oordeelt dat op de Nieuwe Waterweg een publieke last rust op grond waarvan de eigenaar moet dulden dat afvalstoffen van organische aard en chemische afvalstoffen worden geloosd. Deze onderdelen behoeven geen behandeling, wat er ook zij van 's hofs oordeel. In hetgeen hiervoor is overwogen ligt immers besloten dat de staat, wanneer hij, zoals hier aan Windmill, op grond van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren een vergunning tot lozing van bepaalde stoffen in de Nieuwe Waterweg heeft verleend, ook in zijn hoedanigheid van eigenaar van de Nieuwe Waterweg heeft te dulden dat die stoffen door de vergunninghouder worden geloosd'.

Deze problematiek kreeg een vervolg in een arrest van 2000, inzake een botsing tussen de staat en dit keer een plaatselijke overheid, de Gemeente Den Haag.³³ Hier ging het om een vergunning voor de lozing van baggerspecie, niet op grond van de WVO zoals in *Windmill*, maar op grond van de WVZ, Wet verontreiniging Zeewater, waarmee volgens de hoge raad een verandering is aangebracht in het regime van vergunningverlening. Op grond van de WVZ oordeelt de raad vergunningverlening niet in strijd met de publieke bestemming van de Noordzee ('niet, in ieder geval niet zonder meer', luidt het orakel); er is geen sprake van 'bijzonder gebruik' van de Noordzee als stortplaats. De staat moet lozing van bagger derhalve gedogen. Het hof was van oordeel dat met het vragen van een vergoeding voor de storting van baggerspecie de publiekrechtelijke regeling van de WVZ niet op onaanvaardbare doorkruist werd, aangezien de WVZ geen regeling daaromtrent inhoudt. De raad vindt dat niet overtuigend en verwijt het hof een motiveringsgebrek, immers, al ontbreekt een regeling terzake in de WVZ, de staat kan aan een ontheffing voorschriften verbinden, 'waaronder het betalen van een vergoeding die gebonden is aan het doel van het ontheffingsvereiste'. Volgt verwijzing om dit na te gaan.

In een kritische noot kan Bloembergen deze uitspraak niet geheel volgen ('het arrest roept meer vragen op dan het beantwoordt'), maar hij houdt zijn kruit droog tot de verschijning van het arrest na verwijzing.

33. HR 19 mei 2000, NJ 639, nt ARB, *Gem. Den Haag – Staat*.

§5. AANSPRAKELIJKHEIDSVORMEN

Een jaar na het *Windmill*-arrest van 1990 heeft de hoge raad zijn standpunt bevestigd in *Antiekstudio - Gem. Lelystad*, waarbij de vrijheid van de overheid bij het inhoud geven aan beleidsvereenkomsten met betrekking tot verkoop van onroerend goed in het geding was.³⁴ De doorkruisingsregel wordt geconfronteerd met bestaand gebruik op dit gebied - het opnemen van beleidsvoorwaarden in de koopovereenkomst - en de eisen van rechtzekerheid; in een interessant *obiter dictum* gaat de raad in op de mogelijkheden die het burgerlijk recht biedt om tot rechtsbescherming van de private partij te komen en op de doorwerking van de abbb in dat verband. De casus wordt duidelijk uit de hier volgende overwegingen van de hoge raad:

‘In dit geding vordert de gemeente van Kunst- en Antiekstudio nakoming van één van de voorwaarden waaronder zij eind 1980 een gedeelte van het ‘bedrijventerrein’ ‘Tjalk’ te Lelystad aan Kunst- en Antiekstudio heeft verkocht teneinde daarop een bedrijven- en handelscentrum te stichten. Deze voorwaarden dienen ‘het gemeentelijk beleid t.a.v. de detailhandel’ dat is gericht ‘op de bevordering van een evenwichtige verdeling van de winkelfuncties over en binnen de diverse centra’ (citaat uit de door de gemeente aan Kunst- en Antiekstudio verstrekte toelichting: zie ‘s hofs r.o. 10). De voorwaarde waarom het hier gaat, houdt in dat Kunst- en Antiekstudio voor verhuur van ruimten in dit centrum goedkeuring van de gemeente behoeft.

Kunst- en Antiekstudio heeft zodanige ruimte verhuurd aan een Leenbakker-winkel (volgens een overgelegd uittreksel uit het Handelsregister: een ‘detailhandel in meubelen, tapijten, campingartikelen, woningtextielgoederen en partijgoederen’), hoewel de gemeente had geweigerd haar daartoe toestemming te verlenen. De vordering van de gemeente strekt ertoe dat Kunst- en Antiekstudio zal worden gelast aan de vestiging van de Leenbakker-winkel in haar bedrijven- en handelscentrum een einde te maken.

Ten verweer heeft Kunst- en Antiekstudio primair aangevoerd dat de gemeente zich jegens haar niet op bedoelde voorwaarden vermag te beroepen. Deze voorwaarden, aldus kort gezegd het verweer, hebben immers de strekking het gebruik van de grond te regelen. Nu de gemeente krachtens art. 10 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening de bevoegdheid heeft dit gebruik door middel van de daar bedoelde voorschriften in het kader van een bestemmingsplan te regelen, staat het haar niet vrij daartoe strekkende voorwaarden in het privaatrechtelijke overeenkomst als de onderhavige op te nemen. Subsidiair heeft Kunst- en Antiekstudio aangevoerd dat de gemeente, nu deze wél toestemming heeft verleend tot de vestiging in het centrum van twee andere winkels, haar toestemming aan verhuur aan de Leenbakker-winkel niet had mogen onthouden.

(3.2.) De onderdelen 1 en 2, die tezamen kunnen worden besproken, klagen erover dat het hof heeft miskend dat het een gemeente niet vrijstaat in een overeenkomst tot gronduitgifte voorwaarden op te nemen die ertoe strekken het gebruik van de uitgegeven grond te regelen, in elk geval niet wanneer die voorwaarden in bepaalde gevallen gebruik van de grond beperken of zelfs verbieden dat volgens het vigerende bestemmingsplan in het algemeen geoorloofd is.

(3.3.) Ter beoordeling van deze klacht moet - ingevolge HR 26 jan. 1990, *AB* 1990, 408, *NJ* 1991, 393 - in de eerste plaats worden onderzocht of de Wet op de Ruimtelijke Ordening voorziet in de vraag in hoeverre het gemeenten vrijstaat om de belangen ter behartiging waarvan haar de in art. 10 Wet op de Ruimtelijke Ordening genoemde bevoegdheden zijn toegekend, te dienen door in overeenkomsten omtrent gronduitgifte voorwaarden omtrent grondgebruik op te nemen.

Noch de Wet op de Ruimtelijke Ordening zoals die oorspronkelijke luidde noch de Wet op de Ruimtelijke Ordening zoals die thans na vele, soms ingrijpende herzieningen luidt, behelst een uitdrukkelijke beantwoording van deze vraag. Evenwel was onder vigeur van de Woningwet, die voor de totstandkoming van de Wet op de Ruimtelijke Ordening de bestemming en het gebruik van gronden regelde, het opnemen van zulke voorwaarden algemeen gebruikelijk. Die praktijk is bestendig, ook nadat zij bij de minister van Binnenlandse Zaken

34. HR 8 juli 1991, *NJ* 691, nt MS.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

en de Kroon op bedenkingen was gestuit (zie het schrijven van de minister van Binnenlandse Zaken van 26 jan. 1932, nog te vinden in Woningwet 1901, editie *S & J*, zesde druk 1957, p. 362 en KB 7 juli 1932, *AB* 1932, p. 855). Bij de totstandkoming van de Wet op de Ruimtelijke Ordening en de wetten tot wijziging daarvan heeft de wetgever zich niet uitgelaten over de toelaatbaarheid van de bestaande praktijk, die evenwel ook onder vigeur van de Wet op de Ruimtelijke Ordening is voortgezet. Zelfs is bij de Wet van 13 dec. 1989, Stb. 566, het preventief toezicht op gemeentelijke onroerend goed-transacties afgeschaft, zulks met de opmerking dat gemeenten 'daardoor een meer daadkrachtig en slagvaardig beleid kunnen voeren' (MvT, *Bijl. Hand. II* 1987-1988, 20582, nr. 3, p. 3).

Bij deze stand van zaken moet worden aanvaard dat de Wet op de Ruimtelijke Ordening niet in de weg staat aan het opnemen van voorwaarden omtrent grondgebruik in overeenkomsten, ook niet als door of krachtens de voorwaarden in bepaalde gevallen gebruik van de grond wordt beperkt of verboden, resp. kan worden beperkt of verboden dat volgens het vigerende bestemmingsplan in het algemeen geoorloofd is. Een andere opvatting zou bovendien tot het resultaat leiden dat een algemeen gebruikelijke, reeds tientallen jaren bestaande gemeentelijke praktijk opeens door de rechter als ontoelaatbaar zou worden bestempeld, hetgeen met het oog op de zekerheid omtrent de rechtstoestand van onroerend goed uitermate bezwaarlijk zou zijn. Het ligt dan ook veel meer voor de hand dat de wetgever deze materie regelt, waarbij hij ook aandacht kan besteden aan reeds bestaande voorwaarden.

(3.4.) De hoge raad acht het wenselijk, nu hier een grondgebruiker als Kunst- en Antiekstudio een beroep doet op de ongeldigheid van een voorwaarde betreffende grondgebruik, omtrent de positie van een grondgebruiker ten opzicht van zulk een voorwaarde het volgende op te merken.

Onder omstandigheden zal de grondgebruiker met succes kunnen aanvoeren dat het beroep van de gemeente op de voorwaarde in strijd is met de redelijkheid en billijkheid (vgl. HR 25 april 1986, *NJ* 1986, 714). Maakt het beding omtrent grondgebruik deel uit van algemene voorwaarden, hetgeen veelal het geval zal zijn, dan is ook de regeling van afdeling 6.5.3 NBW daarop van toepassing.

Daarnaast kan worden gewezen op de op dit soort bedingen als regel toepasselijke regeling van de art. 6:259 en 260 NBW, die kort gezegd voorziet in de mogelijkheid van wijziging of ontbinding van de overeenkomst. Daarnaast staat nog de regeling omtrent onvoorziene omstandigheden (art. 6:258), waarop in het kader van art. 1374 BW reeds is geanticipeerd (HR 27 april 1984, *NJ* 1984, 679).

En tenslotte is van belang dat een gemeente bij hantering van de voorwaarde - en dus ook bij haar beslissing omtrent de goedkeuring van verhuur in een geval als het onderhavige - is gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (HR 27 maart 1987, *NJ* 1987, 727), zoals dat ook het geval is bij het verlenen van vrijstellingen in het kader van publiekrechtelijke regelingen.

In het licht van een en ander kan worden gezegd dat ook in het kader van het burgerlijk recht de gerechtvaardigde belangen van grondgebruikers voldoende worden beschermd.³⁵

Overheid en gebruik van privaatrechtelijke middelen: handhaving en kostenverhaal. Brandweer Vlissingen (1992)

De overheid heeft niet alleen de beleidsovereenkomst ter beschikking om haar beleid te realiseren; zij kan daarnaast optreden tegen overtreding van publiekrechtelijke normen met behulp van een onrechtmatige daadsactie, bijvoorbeeld in kort geding, en een partij met behulp van een dwangsom een bevel opleggen (bijvoorbeeld om milieuvuiling ongedaan te maken). Ook kan de overheid verhaal zoeken voor gemaakte kosten bij opruimingswerkzaamheden, e.d., langs de privaatrechtelijke weg. In dergelijke gevallen

35. HR 8 juli 1991, *NJ* 691, nt MS, *Antiekstudio - Gem. Lelystad*.

§5. AANSPRAKELIJKHEIDSVORMEN

zou de overheid ook bestuursdwang ter beschikking staan, maar die figuur kent beperkingen in de uitvoeringsmogelijkheden (wanneer een buitenlandse partij in het geding is) en wat de sancties betreft. Tot voorkort was het bijvoorbeeld niet mogelijk om een dwangsom op te leggen in milieuzaken, en bood de onrechtmatige daadsactie een aantrekkelijk alternatief (zie thans echter: art. 18.9 Wet milieubeheer en art. 5:32 Awb). De hoge raad heeft in de afgelopen jaren de overheid die tweede weg toegestaan, met toepassing van de *Windmill*-criteria, in de arresten *Benckiser* (1989) en *Staat - Magnus* (1993); in dat laatste arrest werd erop gewezen dat die weg niet meer zou openstaan indien een dwangsom naar publiekrecht tot de mogelijkheden behoort, hetgeen dus nu het geval is.³⁶ Het gebruikmaken van de privaatrechtelijke weg werd de overheid verder nog toegestaan in gevallen van ontruiming van een asielzoekerscentrum en van een zomerhuisje.³⁷

Voor de vraag of kostenverhaal langs civiele weg mogelijk is voor de overheid is het arrest *Brandweer Vlissingen* toonzettend.³⁸ De Gemeente Vlissingen had brand aan boord van een schip moeten blussen en daarbij kosten gemaakt; nu was het verschil met de *Windmill*-situatie dat de Brandweerwet geen regeling kent voor verhaal van bluskosten. De hoge raad kwam tot de volgende toepassing van de *Windmill*-criteria:

‘(3.5.) De onderdelen 2c, 3, 4 en 5a stellen de vraag aan de orde of een overheidslichaam dat bij de uitoefening van een hem bij een publiekrechtelijke regeling opgedragen publieke taak kosten heeft gemaakt, deze kosten langs privaatrechtelijke weg kan verhalen. In deze zaak zijn, zoals uit het hiervoor overwogene blijkt, de volgende vier grondslagen aan de orde: overeenkomst (in het bijzonder een overeenkomst als bedoeld in de zevende titel van het Tweede Boek van het Wetboek van Koophandel), art. 552 (oud) K., zaakwaarneming en onrechtmatige daad.

Deze vraag moet worden beantwoord aan de hand van soortgelijke maatstaven als die welke zijn aanvaard in HR 26 jan. 1990, *NJ* 1991, 393 (*Windmill*). Wanneer de publiekrechtelijke regeling niet in beantwoording van de vraag voorziet, is beslissend of kostenverhaal via het privaatrecht die regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist. Daarbij moet onder meer worden gelet op de inhoud en strekking van de regeling (die ook kan blijken uit haar geschiedenis), zulks mede in verband met de aard van de taak en de aard van de kosten. Van belang hierbij is dat, wanneer verhaal van kosten langs publiekrechtelijke weg is uitgesloten, zulks een belangrijke aanwijzing is dat verhaal van kosten langs privaatrechtelijke weg ook is uitgesloten.

(3.6.) Tegen deze achtergrond kan over verhaal van kosten als de onderhavige dit worden gezegd.

De Brandweerwet 1985 bevat op het onderhavige punt geen regeling. Uit de in de conclusie OM, noot 26, vermelde passages uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever van oordeel was dat het niet aangaat kosten van de hier aan de orde zijnde publieke taakuitoefening

36. HR 14 april 1989, *NJ* 1990, 712, nt CJHB/JCS, *Benckiser*; zie boven, § 4, nr 1; HR 22 okt. 1992, *NJ* 1995, 717, nt MS, *Staat - Magnus*; *TMA* 1994, p. 77, nt Bierbooms.

37. HR 18 febr. 1994, *NJ* 1995, 718, nt MS, *Staat - Kabayel*; *NTBR* 1996, p. 57, nt Grosheide (zie boven, § 4, nr 3 in fine); HR 7 okt. 1994, *NJ* 1995, 719, nt MS, *Van Schaik - Nieuwveen*; *NTBR* 1996, p. 131, nt Frenk.

38. HR 11 dec. 1992, *NJ* 1994, 639, nt MS; vgl. Bierbooms, *WPNR* 6162 (1994), p. 885; Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid. Enige leerstukken ter begrenzing van het civiele aansprakelijkheidsrecht in samenhang met de aansprakelijkheid jegens de overheid, in: *Milieu en aansprakelijkheid*, Serie Aansprakelijkheidsrecht, Deel 2, Red. J.M. van Dunné, Arnhem 1994, p. 3, op p. 15 v.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

langs een publiekrechtelijke weg aan burgers in rekening te brengen. Zulks vindt bevestiging in de conclusie OM, nr. 2.35, geciteerde circulaire van 19 aug. 1985 van de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken. Voorts is nog van belang, dat - zoals in deze circulaire wordt aangestipt - verhaal van kosten ertoe zou kunnen leiden dat bij de burger een drempel zou kunnen ontstaan om tot alarmering over te gaan, hetgeen uit een oogpunt van openbaar belang onwenselijk is. Tenslotte valt erop te wijzen dat het hier gaat om een kerntaak van de overheid, welke van oudsher door haar is uitgeoefend zonder dat kosten in rekening werden gebracht.

Uit een en ander volgt dat verhaal langs publiekrechtelijke weg van kosten als de onderhavige is uitgesloten.

(3.7.) Nu verhaal langs publiekrechtelijke weg is uitgesloten op voormelde aan het openbaar belang ontleende gronden, zou kostenverhaal langs privaatrechtelijke weg neer komen op een onaanvaardbare doorkruising van deze publiekrechtelijke regeling. Tegen deze achtergrond is er ook geen reden hierbij een uitzondering te maken voor gevallen waarin de brand te wijten is aan opzet of grove schuld.³⁹

Dezelfde problematiek deed zich voor in een geval waar de staat opruimingskosten had gemaakt bij de verwijdering van een oud wrak in een waterweg, dat een kraan bleek te zijn die ruim 20 jaar tevoren van een gesleepte ponton gevallen was; de betrokken partij, August de Meijer, wordt opgespoord en haar worden door de staat de opruimingskosten in rekening gebracht.⁴⁰ Ik verwijs naar elders voor een bespreking van dat arrest, waarbij een vorm van pseudo-risico-aansprakelijkheid gehanteerd is door de hoge raad, in dit geval van inbreuk op het subjectieve recht van de staat als eigenaar van de waterweg als publiek domein.

Het laatste woord over de twee wegenleer is nog lang niet gezegd; wanneer men de ontwikkeling over de laatste decennia overziet valt op hoezeer de afstemming tussen administratieve rechter en burgerlijke rechter op dit gebied verbeterd is. Opvallend is ook hoe inhoudelijke argumenten de formele argumenten zijn gaan overheersen, een verheugende ontwikkeling. Intussen wordt er vanuit de verschillende bloedgroepen (bestuursrechtjuristen en civilisten) op eigen wijze naar dit onderwerp gekeken, evenals met de hieronder te bespreken figuur van (on)rechtmatige overheidsdaad het geval is (zie nr 5). Enkele auteurs, door Konijnenbelt aangeduid als 'de Maastrichtse School', zijn nog steeds mordicus tegenstander van de twee wegenleer, en hebben daarvan in dikke boeken en proefschriften getuigenis afgelegd: Tak, Simon en Teunissen.⁴¹ Een soort 'sovereiniteit in eigen kring' *après la lettre*, in de zin van: 'Publiekrecht boppe'. Daarmee wordt de klok teruggezet, die door Wiarda en Van der Hoeven (van huis uit civilisten) zo aardig op gang gezet was, en soms zelfs vooruit gezet.⁴² De magische lijn is al lang geleden overschreden, en daarmee het *point of no-return*.

39. HR 11 dec. 1992, NJ 1994, 639, nt MS, *Brandweer Vlissingen*.

40. HR 14 okt. 1994, NJ 1995, 720, nt MS, *Staat - De Meijer*. Zie onder: Hfdst. 12, § 7, nr 2, in fine.

41. Waarover in kritische zin Van Wijk/Konijnenbelt, 9.11 (vgl. ook 9.7).

42. Zie voor de bijdragen van G.J. Wiarda en J. van der Hoeven aan de ontwikkeling van het bestuursrecht de interviews in mijn boek *Ex tunc, ex nunc. Twee generaties aan het woord over de ontwikkeling van het recht*, Zwolle 1990, pp. 71 v.; 261 v., met verdere lit. op pp.342 v.; 359 v.

§5. AANSPRAKELIJKHEIDSVORMEN

4. *De toepassing van algemene beginselen van behoorlijk bestuur op privaatrechtelijk handelen van de overheid door de burgerlijke rechter. 'Publiek domein'*

Hierboven kwam al ter sprake dat aan het begin van de jaren zeventig verschillende schrijvers, zoals Bloembergen, de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abb) op privaatrechtelijk handelen van de overheid bepleit hebben, wanneer de burgerlijke rechter tot oordelen geroepen is. Bij stukjes en beetjes heeft de hoge raad die gedachte overgenomen in het erop volgende decennium, waarbij de abb aanvankelijk nog naast het beginsel van de redelijkheid en billijkheid geplaatst werden.⁴³ Het ging hierbij om de volgende uiteenlopende vormen van overheidshandelen:

- het beëindigen van een in het verre verleden overeengekomen bijdrage van een waterschap aan onderhoud van een kerkgebouw en salaris van de predikant (*Waterschap De Zijpe en Hazepolder*, 1979);
- het uitzetten van een vreemdeling (*Sögiit*, 1981);
- het handelen als erfpachter (*Ockenburg*, 1981); *Strauss - Amsterdam*, 1981; *Zuiderbad*, 1985;
- doorzetten van executoriale verkoop (*ontvangersarrest*, 1984).

Bestond er derhalve aan het begin van de jaren tachtig consensus over de toepassing van de abb door de burgerlijke rechter in doktrine en rechtspraak, onduidelijk was nog steeds op welke wijze dat diende te gebeuren. In de genoemde arresten had de hoge raad de toetsing aan de hand van de abb geplaatst in de sleutel van de *willekeur*-toetsing, dat wil zeggen, de vraag of de overheid 'in redelijkheid had kunnen handelen als zij deed', hetgeen ook wel bekend staat als *marginale toetsing*. Het verschil met de hantering van abb door de administratieve rechter is dat deze van *direkte toetsing* gebruik maakt. Het gevolg van deze terughoudende opstelling van de burgerlijke rechter is, dat de overheid bij marginale toetsing eerder vrijuit gaat dan bij directe toetsing het geval zou zijn geweest, door de administratieve rechter. Deze ongelijkheid tussen beide rechtsgangen, die geen dogmatische rechtvaardiging heeft, was vele schrijvers (zoals Scheltema) al geruime tijd een doorn in het oog. Het is bovendien vaak van toevallige omstandigheden afhankelijk of de administratieve dan wel de burgerlijke rechter bevoegd is om overheidsoptreden te beoordelen. Men kon daarbij aan 'forum shopping' doen door het sluiten van een overeenkomst door de overheid te kwalificeren als de weigering om een beschikking te geven, waardoor de handeling Arobabel geworden was, en de administratieve rechter bevoegd geworden is.

Aan deze situatie is een eind gekomen doordat de hoge raad in 1986 en 1987 tot directe toetsing aan de hand van de abb is overgegaan, in *tolkentarieven* (1986) en *gemeente Amsterdam - Ikon* (1987). Beide uitspraken zijn voor ons onderwerp van belang.

43. Over dit onderwerp is zeer veel geschreven; te wijzen valt op o.m. Van Wijk/Konijnenbelt, 14.14; Ackermans-Wijn, p. 95 v.; de dissertaties van Spier en Lubach; G.H.L. Weesing, *Handhaving van bestuursrecht met privaatrechtelijke middelen*, in: *Recht op scherp*, Duk-bundel, 1984, p. 317. Zie verder ook: *Bundel Contractenrecht VIII* (Spier), nr 3.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

In *tolkentarieven*, HR 27 juni 1986, NJ 1987, 726, nt MS (*Gst* 6840, comm. De Moor-van Vught en Kobussen) was het *zorgvuldigheidsbeginsel* in het geding. De Gemeente Den Haag had de tolken die optreden bij het verhoren van vreemdelingen zonder vooraankondiging en zonder overleg met hen of hun organisatie laten weten dat op een termijn van 1 maand de tarieven ongeveer gehalveerd zouden worden. Het Genootschap van Vertalers eist in kort geding ongedaanmaking van de maatregel. De HR overweegt onder meer:

‘...op zichzelf is juist...dat de overheid - hier de gemeente - bij een wijziging van de tarieven die zij hanteert in haar overeenkomsten met burgers, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht heeft te nemen en dat, zo zij dat niet doet, sprake kan zijn van onrechtmatig handelen in de zin van artikel 1401 BW. Maar - tenzij uit de wet wel het tegendeel voortvloeit - het staat de overheid vrij haar beleid in dier voege te wijzigen dat zij voor in de toekomst te sluiten overeenkomsten hogere of lagere tarieven vaststelt, mits - zoals hierna ... nog aan de orde komt - de wijziging van de tarieven niet op onbehoorlijke wijze tot stand komt.

Een en ander wettigt de gevolgtrekking dat de gemeente aldus onrechtmatig heeft gehandeld. De gemeente heeft immers een vergaande verlaging van een tenminste enige jaren geldend tarief voor de door haar met de tolken te sluiten overeenkomsten plotseling op korte termijn ingevoerd zonder zich op enigerlei wijze de belangen van de betrokken tolken aan te trekken...’

‘Dat de gemeente van het bestaan van het Genootschap niets afwist doet hieraan niet af, aangezien de gemeente - nog daargelaten dat zij zich ervan op de hoogte had kunnen stellen of er een organisatie van tolken bestond - in ieder geval overleg had kunnen plegen met de tolken zelf.

Ook wordt het gedrag van de gemeente niet gerechtvaardigd doordat zij ‘zelf in een dwangpositie (was) gemanoeuvreerd’ (hof, r.o. 10), waarmee het hof bedoelt dat de Rijksoverheid per het einde van 1983 tamelijk abrupt een eind heeft gemaakt aan de situatie waarin de gemeente haar politiekosten, voor zover het bedoelde tarieven betrof, bij het Rijk kon declareren en de gemeente plotseling werd genoodzaakt op dit punt aanzienlijk te bezuinigen. Niet valt immers in te zien waarom een en ander de gemeente zou verhinderen overleg met de tolken te plegen’ (ov. 3.5).⁴⁴

In het arrest *Gemeente Amsterdam - Ikon*, HR 27 maart 1987, NJ 727, nt MS; AB 273, nt vdB (*Gst*. 6840), werd het handelen van de Gemeente Amsterdam als eigenaar en erfverpachter aan de burgerlijke rechter ter beoordeling voorgelegd. Ikon had als erfpachter de bestemming van zijn perceel aan de Apollolaan veranderd, van woning tot kantoor; ingevolge de erfpachtsvoorwaarden moest zij daarvoor een vergunning van de gemeente krijgen. De gemeente weigerde die te verlenen; Ikon had via een beroep op GS ex art. 56 Woningwet toestemming gekregen tot onttrekking van dat perceel aan de bestemming. Ikon doet een beroep op het *gelijkheidsbeginsel*, en voert daartoe aan dat de gemeente tot dusver (1975) geen bezwaren tegen bestemmingswijziging placht te maken en dat de gemeente na 1975 herhaaldelijk toestemming heeft gegeven voor onttrekking aan de woonbestemming van in dezelfde buurt gelegen panden. De hoge raad overweegt daaromtrent:

‘Een overheidslichaam behoort bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden uit een erfpachtverhouding de algemene beginselen van behoorlijk bestuur - en derhalve ook het gelijkheidsbeginsel als een van die beginselen - in acht te nemen. Voor zover het (cassatiemiddel) ... betoogt dat het gelijkheidsbeginsel hier slechts aan de orde zou kunnen komen in het kader van de toepassing van een aan de overheid meer ruimte latende redelijkheidsmaatsaf en daarom hier

44. HR 27 juni 1986, NJ 1987, 726, nt MS, *Tolkentarieven*.

§5. AANSPRAKELIJKHEIDSVORMEN

een zwakkere werking dan in het bestuursrecht zou hebben, gaat het uit van een onjuiste rechtsopvatting’.

Met deze arresten is de directe toetsing aan de hand van de abbb door de burgerlijke rechter een feit. Er is thans weinig grond meer voor de gedachte dat de burgerlijke rechter een grotere afstand in acht neemt tot overheidsop treden dan zijn administratieve broeder, ‘goevernementeler’ optreedt.⁴⁵ Ook uit andere civiele rechtspraak, zoals *Hoffmann - La Roche* e.v. blijkt een strenge aanpak van de overheid.⁴⁶ Konijnenbelt wijst er overigens op, dat lagere rechters al geruime tijd minder terughoudend dan de hoge raad waren; met name in kort geding-procedures toetsten rechtbankpresidenten al direkt aan de abbb.⁴⁷

De consequentie van dit alles is, dat indien men voor de burgerlijke rechter een beroep doet op één van de abbb, bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel, de burgerlijke rechter niet langer zal volstaan met een marginale, ‘willekeur’-toetsing, zoals nog in *Ockenburg* (1981) gebeurde, maar direkt zal toetsen.

De geschetste ontwikkeling in de rechtspraak van de hoge raad is door de wetgever ondersteund, in de vorm van art. 3:14 BW, dat luidt:

‘Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht’.⁴⁸

Men zie voor deze ontwikkeling, behalve de al genoemde auteurs, ook uitvoerig a-g Franx in zijn conclusie voor *Gemeente Amsterdam - Ikon*, en de noot van Scheltema onder dat arrest.⁴⁹

Daarmee is de *Landsmeer*-doktrine, waarbij zo nadrukkelijk de toepassing van abbb aan marginale toetsing gekoppeld werd, verlaten. Opmerkelijk is, dat ook naar de inhoud de *Landsmeer*-doktrine door de hoge raad terzijde gesteld is, namelijk de leer dat de overheid, wanneer zij het algemeen belang dient, zich op veranderde omstandigheden mag beroepen en niet langer aan contractuele verplichtingen gehouden is. Dit gebeurde in het arrest *Gasbedrijf Centraal Nederland - Gem. Nieuwegein*: ook hier werd marginale toetsing uitdrukkelijk van de hand gewezen door de cassatierechter.⁵⁰

De wending die de rechtsontwikkeling genomen heeft, die in de rechtspraak van de hoge raad zijn beslag gekregen heeft, heeft tot gevolg dat de

45. Aldus H.J. Simon, De directe toetsing getoetst, over politieke normen in het privaatrecht, BR 1988, p. 2. Zie Van Wijk/Konijnenbelt, 14.1.

46. HR 26 sept. 1986, NJ 1987, 253, nt MS, *Hoffman-La Roche - Staat*: AA 1987, p. 164, nt v.Sch.; HR 30 jan. 1987 NJ 1988, 90, *Nibourg - Gem. Zuidwolde*.

47. Van Wijk/Konijnenbelt, 6e dr., p. 417; 10e dr., 14.14.

48. Vgl. over de problematiek van art. 3:14 BW: W.A.M. van Schendel, *De Boeken 3 en 5 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek en het bestuursrecht*, preadv. VAR; Geschr. VAR XCIV, 1986, p. 72 v.; H.J. Vetter, ‘Artikel 3.1.1.15 NBW: nieuws onder de zon?’, AA 1987; W. Snijders, ‘Artikel 3.1.1.15 Nieuw BW en de schakelbepalingen nader bezien’, in: *Bestuursrecht en Nieuw BW*, 1988, p. 99; D.A. Lubach, ‘Rechtsvorming ten aanzien van overeenkomsten in de Algemene Wet Bestuursrecht’, in: *Rechtsvorming in de sociale rechtsstaat*, De Haan-bundel, 1989, p. 37, op p. 43 v.

49. Overigens was op de vergadering van de NJV van 1980 een meerderheid voor de toepassing van de abbb op privaatrechtelijk handelen van de overheid, *Hand. NJV* 1980 II, p. 62.

50. HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673, nt MS. Zie Deel I, p. 610 v.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

privaatrechtelijke overeenkomsten van de overheid niet langer onder het *laissez faire*-gesternte van het *Kruseman*-arrest (1962) staan. In dat arrest was de hoge raad zeer liberaal wat de hoogte van de financiële tegenprestaties betreft die de overheid mocht bedingen voor het gebruikmaken van haar diensten of eigendom. De toetsing bestond toen uitsluitend hierin, of er tegen het in ontvangst nemen van de tegenprestatie geen wettelijk beletsel bestond, en of er geen sprake was van misbruik van bevoegdheden of machtspositie. Dat laatste is naar privaatrechtelijke maatstaven niet gemakkelijk aannemelijk te maken. Hierboven werd al gewezen op de strenge rechtspraak van de afdeling rechtspraak op dit punt, onder meer blijkend uit *Zoeterwoude* (1985). Ook meer recente administratieve rechtspraak is hier van belang, waarnaar ik kortheidshalve verwijs.⁵¹ Het is te verwachten dat de burgerlijke rechter, nu de hoge raad de bakens verzet heeft, zich naar deze administratieve rechtspraak zal richten.

Het is in dit verband opmerkelijk dat in 1982 auteurs als Lubach en Spier zich in deze richting duidelijk uitgesproken hebben. Lubach stelt als regel ten aanzien van overeenkomsten van de overheid die voor de private wederpartij verplichtingen tot stand brengen die verder gaan dan bij beschikking mogelijk is, dat de bedongen tegenprestaties verband dienen te houden met de corresponderende beschikking. Enige 'extra ruimte' acht hij hierbij aanvaardbaar, mits er een zeker evenwicht bestaat tussen de prestaties over en weer en de tegenprestatie in casu het meest geschikt moet worden geacht om het gewenste doel te bereiken, met het minste nadeel voor de private partij. De effectuering van deze regel acht Lubach mogelijk door de toetsing aan het beginsel van *détournement de pouvoir*, hetzij het motiveringsbeginsel, of eventueel misbruik van omstandigheden. Spier stelt het in zijn proefschrift zo: 'een privaatrechtelijke overeenkomst waarbij de overheid voordelen bedingt die zij in het publiekrecht niet zou hebben mogen bedingen, is nietig. Van nietigheid is eveneens sprake ingeval het sluiten van een privaatrechtelijke overeenkomst voor de wederpartij ongunstiger is dan het volgen van de publieke weg geweest zou zijn'.⁵²

Overige aspecten: zaken met een openbare bestemming. Misbruik van bevoegdheid

Tot dusver werd gesproken over de positie van de overheid in haar positie van eigenaar; nog onbelicht bleef een aspect dat voor de onderhavige kwestie van belang is, namelijk dat de eigendom een zaak met een openbare bestemming betreft, een 'publiek domein', zoals de bodem van waterwegen en van de Noordzee. Aangezien het hier een monopoliepositie van de overheid betreft, is de grens met het leerstuk van misbruik van bevoegdheid een vloeiende. Slechts enkele korte beschouwingen hierover.

Het samengaan van beide aspecten komt al naar voren in het bekende arrest *Staat - Huizen* (1962), zoals ook Wiarda in zijn klassieke opstel uit 1970

51. Zie o.a. Vz AR 10 jan. 1986, *Gst* 6827 (1987), p. 51, *Gennep*, nt Teunissen; AR 11 dec. 1986, *Gst* 6851 (1988), p. 116, nt Teunissen, *Waalre*; KB 11 aug. 1986, *AB* 1987, 458 nt JHvdV, *Leersum*.

52. Vgl. Lubach, diss. p. 156 v.; Spier, diss. p. 132; waarover Ackermans-Wijn, p. 79 v.

§5. AANSPRAKELIJKHEIDSVORMEN

benadrukt.⁵³ De hoge raad overweegt in dat arrest (inzake de lozing van rioolwater in het IJsselmeer) dat de overheid zich bij het beschikken over haar voor de openbare dienst bestemde of anderszins te algemene nutte strekkende eigendom schuldig kan maken aan machtsmisbruik door te dien aanzien beslissingen te nemen waartoe zij bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet had kunnen komen (marginale toetsing, derhalve). Langemeijer stelt in zijn conclusie als p-g de norm dat de staat daarbij zo moet handelen als voortvloeit uit de overweging dat de eigendom van zaken waarom het in casu ging, hem enkel ter wille van dat publieke belang is toegekend. Kortom, een *belangenafweging* is geboden, waarbij het *publieke karakter* van de eigendom in kwestie van gewicht is.

Bij deze belangenafweging is een relevante vraag of hier van zogenaamd ‘normaal gebruik’ van de zaak met openbare bestemming sprake is: zo ja, dan is de overheid niet bevoegd om als eigenaar een vergoeding voor dat gebruik te vragen, *Parlevinker-arrest* (1941).⁵⁴

Ook de administratieve rechter is van oordeel dat bij normaal gebruik van een zaak met openbare bestemming geen plaats is voor een privaatrechtelijke toestemming. Aldus bijv. Vz afdeling rechtspraak inzake *broodverkoper Emmen*.⁵⁵ B en W hadden een standplaatsvergunning (APV) verleend aan iemand die op een openbaar parkeerterrein brood wilde verkopen; aan het parkeren waren geen beperkingen gesteld. Vervolgens weigerden B en W namens de gemeente als eigenaar van het betreffende terrein privaatrechtelijke toestemming tot het daadwerkelijk innemen van die standplaats.

In de *Windmill*-zaak heeft het Hof Den Haag aangenomen, evenals de Rechtbank Rotterdam, dat op de eigendom van een openbaar vaarwater een ‘publieke last’ rust om de afvoer van geloosde stoffen te dulden. Het hof overwoog:

‘Openbare wateren worden immers vanouds mede voor de opvang en het transport van afvalstoffen gebruikt. Ten aanzien van bepaalde afvalstoffen, vooral van organische aard, is dit ook begrijpelijk, aangezien het zelfreinigend vermogen van water tot gevolg heeft dat deze stoffen weer (grotendeels) worden afgebroken. Ten aanzien van chemische afvalstoffen is dat minder begrijpelijk en zelfs bedenkelijk. Niettemin worden ook deze stoffen reeds vele jaren op grote schaal in openbare wateren geloosd, teneinde naar zee te worden getransporteerd, zodat ook in zoverre sprake is van een publieke last. Derhalve zal de staat in beginsel moeten dulden dat geïntimeerde haar afvalgips in de Nieuwe Waterweg loost’ (ov. 7).

De hoge raad laat dit oordeel van het hof in het midden (ov. 3.6); a-g Mok steunde het hof in zijn opvatting, en is van mening dat zij conform rechtspraak

53. Zie boven, nr 3.

54. HR 17 jan. 1941, *NJ* 644; het ‘parlevinken’ op het Merwedekanaal werd als ‘bijzonder gebruik’ van het openbaar vaarwater beschouwd. Domeinen mochten hier bij overeenkomst vergoedingen vragen voor het gebruik van het vaarwater voor *handel*, in haar kwaliteit van eigenaar.

Zie over het gebruik van zaken met openbare bestemming o.a. A.Q.C. Tak, *Overheidsbestuur en privaatrecht*, 1979, p. 257 v.; Weesing, t.a.p. (nt 23), p. 321 v.; F.H. van der Burg, nt *AB* 1987, 255, *Schipluiden*; Simon, nt *AB* 1987, 475, *Den Haag*. Simon verwijst naar de rechtspraak op grond waarvan geen entreeprijs voor wegen of waterwegen geheven mag worden. Aangansel *TK* 196/87, nr 671 en 905, de zaak *Aqua - Terra*.

55. Vz AR 3 nov. 1986, *AB* 1987, 400, nt Simon.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

en literatuur is. Ik verwijs verder naar zijn conclusie, sub 4.3; het betreft hier derhalve geldend recht.

De kern van het probleem is dat de overheid in een positie verkeert dat zij twee petten op heeft: als *overheidsinstantie* belast met het beheer en toezicht over de publieke domeinen, en als eigenaar (bijvoorbeeld binnenwateren - rivierbodem). De eerste kwaliteit brengt met zich dat zij naar publiekrecht vergunningen kan verlenen en eventueel heffingen opleggen; de tweede kwaliteit biedt de mogelijkheid om voor het gebruik van de rivierbodem naar privaatrecht een vergoeding te vragen, hetgeen bekend staat als een 'privaatrechtelijke vergunning'. Dat laatste gebeurt naar men algemeen aanneemt in de vorm van een overeenkomst, die echter eenzijdig opgelegd wordt, althans een adhesiecontract is. De laatste decennia heeft de overheid van hoog tot laag op talloze terreinen de tweede, privaatrechtelijke weg gevolgd. Voor de beoordeling of dat rechtmatig is, is van belang dat de rechter die tot een oordeel geroepen wordt, de *administratieve rechter* kan zijn indien de handeling als een beschikking gekwalificeerd wordt (of het weigeren van een beschikking, door nl. een overeenkomst te sluiten), doch ook de *burgerlijke rechter* indien sprake is van een rechtshandeling naar burgerlijk recht, hetgeen vrijwel steeds het geval is indien de overheid als eigenaar optreedt.

Zoals wij eerder zagen, is de crux deze, dat indien de publiekrechtelijke regeling niet voorziet in het uitoefenen van een privaatrechtelijke bevoegdheid (zoals die ontleend aan het eigendomsrecht), beslissend is of het gebruik daarvan die regeling niet 'op onaanvaardbare wijze *doorkruist*'. Daarbij moet onder meer gelet worden, zoals de hoge raad oordeelde in *Windmill*:

'... op inhoud en strekking van de regeling (die mede kan blijken uit haar geschiedenis) en op de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van de burgers zijn beschermd, een en ander tegen de achtergrond van de overige geschreven en omschreven regels van publiek recht. Van belang is voorts of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid, omdat, zo zulks het geval is, dit een belangrijke aanwijzing is dat geen plaats is voor de privaatrechtelijke weg'.

Onder 'ongeschreven regels van publiekrecht' dient men de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te verstaan.

Dat de abbb niet langer een 'achtergrond' zijn blijkt uit de eerder besproken arresten *tolkentarieven* (1986) en *Gem. Amsterdam - Ikon* (1987), waarbij de *direkte toepassing* van die beginselen door de hoge raad aanvaard is, met verlating van de marginale toetsing/toetsing volgens het willekeurcriterium die bekend staat als de *Landsmeer-doktrine* (1963). In dezelfde zin was het arrest *GCN - Gem. Nieuwegein* van 1989. Dit betekent dat de volgende beginselen door de burgerlijke rechter direct toegepast dienen te worden bij de toetsing van de privaatrechtelijke vergunning: *détournement de pouvoir*, *détournement de procédure*, verbod van willekeur, gelijkheidsbeginsel, evenredigheidsbeginsel en motiveringsbeginsel.

Kenmerkend voor de 'eerste', administratiefrechtelijke weg, zijn de waarborgen die voor de burgers aanwezig zijn qua procedure en gehanteerde maatstaven (zie de formulering van de hoge raad in *Windmill*: 'bescherming van de belangen van de burgers'). Indien het heffingen betreft is de positie van de

§5. AANSPRAKELIJKHEIDSVORMEN

burger administratiefrechtelijk veel sterker, gezien de bestaande waarborgen op dat punt. De hoogte van een vergoeding bij wege van privaatrechtelijke vergunning 'opgelegd' kan naar algemeen wordt aangenomen eenvoudiger en doeltreffender aangevochten worden voor de administratieve rechter, in vergelijking tot de burgerlijke rechter.

Men zie voor de figuur van het publieke domein, op het grensgebied van publiekrecht en privaatrecht, waarvoor Van Maanen de aandacht van civilisten gevraagd heeft in zijn oratie (Maastricht 1990) en in de Brunner-Bundel (1994), verder de bespreking bij Van Wijk/Konijnenbelt, met vermelding van rechtspraak en literatuur.⁵⁶

5. *Rechtmatige overheidsdaad en de verplichting tot schadevergoeding. De keus tussen bestuursrechter en burgerlijk rechter.*

De laatste decennia is een buitenwettelijke vorm van schadevergoeding in het bestuursrecht tot ontwikkeling gekomen in de rechtspraak van de kroon en vervolgens de afdeling rechtspraak van de raad van state, die bekend staat als bestuurscompensatie of nadeelcompensatie.⁵⁷ De afdeling rechtspraak RvSt achtte zich alleen bevoegd van een klacht inzake afwijzing van schadevergoeding door een bestuursorgaan kennis te nemen indien er sprake was van een beschikking op publiekrechtelijke grondslag (dus geen rechtshandeling naar burgerlijk recht), terwijl deze voor beroep vatbaar was. Men onderscheidt daarbij de onzuivere schadebeschikking - een beschikking gericht op een ander rechtsgevolg waarbij schadevergoeding een nevenaspect vormt - en de zuivere schadebeschikking, die gebaseerd is op een schadevergoedingsregeling die niet in een andere vorm van beroep voorziet. De laatste jaren zijn veel schaderegelingen van een publiekrechtelijke grondslag voorzien, bijvoorbeeld op het gebied van waterbeheer, waar waterschappen een bestuurscompensatieverordening vastgesteld hebben. In de terminologie van het onderscheid kan een peilbesluit van een waterschap als een onzuivere schadebeschikking aangemerkt worden, en een beschikking inzake schadevergoeding (ex art. 40 Wwh of het waterschapsreglement) als een zuivere schadebeschikking.

De hoge raad heeft zich op dit gebied niet onbetuigd gelaten; in aansluiting op de befaamde oude jurisprudentie die tot het debat Bregstein - J. Drion geleid heeft: *Jochems - Duinwaterleiding* (NJ 1944, 226) en *Voorste Stroom VII* (NJ 1953, 642), werd enkele jaren geleden de figuur van een rechtmatige daad met verplichting tot schadevergoeding weer toegepast, in *Leffers - Staat*.⁵⁸ Een

56. Zie 9.14; lit. vermeld in 9.24, van civiele en bestuursrechtelijke herkomst.

57. Voor een beschrijving van die ontwikkeling, zie o.m. W.J. Huijgen, *Aansprakelijkheid van de overheid*, diss. Leiden 1991, p. 40 v.; Van Wijk/Konijnenbelt (1997), 15.4 v.; Th.G. Drupsteen, in: *De schadevergoedingsplicht in de bestuurs- en waterstaatspraktijk, Vier inleidingen t.g.v. de 36e jaarvergadering Studiekring Waterstaatsrecht en Waterschapsbeheer*, Den Haag 1995, p. 13 v.

58. HR 18 jan. 1991 AB 241, nt FHvdB; AA 1991, p. 637, nt Van Buuren. Vgl. Van Wijk/Konijnenbelt, 7.50, 15.6, die als klassiek debat noemt: *Bregstein v. Van den Bergh*; Drupsteen, t.a.p., p. 13, en uitvoerig, in verband met de regeling van art. 6:168 BW; P.C.E. van Wijmen, '(6:168) x 3.2.3 = schadevergoeding voor rechtmatige overheidsdaad' in: *Onderne-*

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

regeling waarbij ter bestrijding van varkenspest zogenaamd swill-voeding verboden werd, leverde ten aanzien van een getroffen varkensmester een onrechtmatige daad op, aangezien geen financiële regeling getroffen werd om zijn schade aanvaardbaar te maken, terwijl het om een zeer beperkte groep ging die door de regeling getroffen werd.

Het betrof de volgende casus. In 1986 was de zeer besmettelijke Afrikaanse varkenspest in ons land geconstateerd; het virus, waartegen geen medicijn bestond, kon in zogenaamde 'swill' voorkomen: voedsel- en slachtafval, dat als varkensvoer diende. Om verspreiding te voorkomen vaardigt het ministerie van Landbouw en Visserij een verbod uit om varkens met swill te 'vervoederen'. Leffers heeft een swillbedrijf (hij is 'kliekmester') dat geheel op die voedermethode ingesteld was en zijn bedrijf dreigt ten onder te gaan als gevolg van de genomen maatregelen. De staat is slechts bereid om de kosten van een kookketel te vergoeden, maar niet zijn bedrijfsschade, die aanzienlijk is, want hij zal zijn bedrijf moeten sluiten.

De hoge raad acht het treffen van de maatregelen door de staat rechtmatig: de belangen die met de regeling gediend worden zijn buitengewoon zwaarwegend (ov. 3.6; hetgeen doet denken aan de formulering van art. 6:168 BW). Daarmee is echter niet gezegd dat de staat niet onrechtmatig gehandeld heeft, hetgeen Leffers aanspraak op schadevergoeding zou geven; dan volgt de kernoverweging die dit arrest tot een doorbraak maakt op het gebied van rechtmatige overheidsdaad:

'De voormelde Regeling strekt ertoe de belangen te beschermen van al diegenen die zich bezighouden met het fokken, verhandelen en exporteren van varkens, waarbij in het bijzonder het meesten soms bedrijfsmatig, soms niet bedrijfsmatig geschiedt. Juist door deze bescherming wordt evenwel, naar de staat niet heeft bestreden, een naar verhouding kleine groep van bedrijfsmatige varkensmesters die, anders dan het overgrote deel van hun concurrenten, hun bedrijf geheel hadden ingericht op vervoeding van swill en niet van de ene dag op de andere op een ander vervoedingstelsel hebben kunnen overschakelen zonder dat daardoor de winstgevendheid van hun bedrijf verloren zou gaan, in onevenredige mate in haar belangen getroffen, en wel in de onderhavige zaak naar de stellingen van Leffers in dier voege dat het bedrijf van Leffers is moeten worden geliquideerd met aanzienlijke vermogensschade. Niet kan worden gezegd dat dit een plotseling opgelegd, drastisch verbod als in de onderhavige Regeling vervat, behoort tot de normale bedrijfsrisiko's die voor rekening van de ondernemer behoren te blijven. Daarbij is mede van belang, dat, naar in cassatie vaststaat, Leffers de maatregelen die tevoren waren voorgeschreven om besmetting met ziekten te voorkomen stipt heeft nageleefd.

In deze omstandigheden moet worden geoordeeld dat de minister, zo de voormelde stellingen van Leffers juist zijn, inderdaad jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld door de voormelde Regeling uit te vaardigen en uit te voeren zonder dat hij daarbij tevens voor de hiervoor bedoelde varkensmesters die hun bedrijf, zoals Leffers, geheel op vervoeding van swill hadden ingericht, een regeling heeft getroffen die het hun financieel mogelijk maakte hun bedrijf aan te passen of, zo zulks onmogelijk zou blijken, hun te dier zake op andere wijze in hun economische belangen tegemoet kwam. De staat is gehouden de daardoor door Leffers geleden schade te vergoeden' (ov. 3.7).

De term 'rechtmatige daad' valt niet, maar in alle commentaren wordt erop gewezen dat die figuur hier in het geding is; Van der Burg wijst erop in zijn noot dat de hoge raad eigenlijk weer terug is bij het arrest *Jochems - Duinwaterleiding* (1944). De vergoedingsplicht van de staat wordt gebaseerd op

ming en Nieuw Burgerlijk Recht, Red. W.C.L. van der Grinten c.s., Zwolle 1991, p. 361. Zie ook Spier, preadv. NJV 1996, p. 296 v.

§5. AANSPRAKELIJKHEIDSVORMEN

het beginsel van de *égalité devant les charges publiques*, het is een schoolvoorbeeld daarvan.⁵⁹

Deze uitspraak vond een vervolg en bevestiging in het arrest van de hoge raad van 3 april 1998, *Meiland – Staat*.⁶⁰ Het ging wederom om een maatregel met betrekking tot swill-voeding; de gedupeerde varkensmester had echter ook inkomsten uit een andersoortig bedrijf, de inkomsten daaruit gaven volgens de staat compensatie voor de schade zodat hij niet in aanmerking kwam voor een schaderegeling (volgens de regeling moest hij tenminste 60% inkomen uit de varkensmesterij met swill-voeding hebben). De hoge raad oordeelde dat de vermogenspositie van de mester en zijn inkomsten uit andere hoofde buiten beschouwing gelaten behoorden te worden bij de vraag of het swill-verbod tot de normale bedrijfsrisiko's gerekend moest worden.

Beide arresten lijken mij ook van belang andere schadevormen; bij waterbeheer, bijvoorbeeld, hebben veelal slechts enkele ingelanden van een polder (op de laagst gelegen percelen in de polder!) wateroverlast, terwijl zij een gemengd bedrijf kunnen uitoefenen.⁶¹

In dit verband moet ook de rechtspraak van de hoge raad vermeld worden met betrekking tot vernietigde besluiten van lagere overheden, zoals gemeenten, waarbij een onrechtmatige daad aangenomen wordt en in wezen een stelsel van risico-aansprakelijkheid gehanteerd wordt: de schuld 'staat in beginsel vast', terwijl geen tegenbewijs geboden kan worden.⁶² Dat is ook het geval indien de gemeente bij het weigeren van een bouwvergunning zich op de vaste rechtspraak van de raad van state baseerde, die echter naderhand omgegaan was. Ook zo'n omstandigheid wordt voor rekening van de gemeente gebracht en zij dient de gedupeerde burger schadeloos te stellen.

Onlangs heeft de hoge raad deze vorm van risico-aansprakelijkheid onder het 3e lid van art. 6:162 BW gebracht: onrechtmatigheid gebaseerd op een oorzaak die naar in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de handelende persoon komt. Deze categorie van art. 162 was nog vrij leeg; de voorbeelden uit de *Toelichting*: arts zonder praktijkervaring, automobilist zonder rijervaring, werden enkele jaren geleden door Roelvink aangevuld met de ongelukkige samenloop van omstandigheden (het 'omgevallen wijnglas'). Het arrest waarin de cassatierechter een nieuwe rol voor lid 3 van art. 162 creëerde betrof een besluit van een overheidslichaam dat op onjuiste uitleg van de wet beruiste en daarom onrechtmatig was.⁶³ Hier was een inspecteur der directe belastingen

59. Spier, p. 297, meent dat hier het evenredigheidsbeginsel geschonden is, hetgeen onrechtmatigheid doet ontstaan. Dat lijkt mij onjuist, aangezien de doel-middelen-afweging niet in het geding was: de maatregel was noodzakelijk en juist, maar trof sommige justitiabellen bovenmatig hard, zodat compensatie op zijn plaats was. Het betreft hier dus gelijkheid voor de openbare lasten.

60. *NJ* 1998, 726, nt TK.

61. Hieronder komt nog een sprekend voorbeeld van dat eerste aan de orde, bij de behandeling van de aansprakelijkheid van de waterbeheerder, Hfdst. 12, § 4, nr 3.

62. Zie o.m. HR 30 jan. 1987 *AB* 1988, 42; *NJ* 1988, 89, *Gem. Blaricum - Roozen c.s.*; HR 30 jan. 1987 *AB* 1988, 43; *NJ* 1988, 90, *Nibourg - Gem. Zuidwolde*. Vgl. Drupsteen, t.a.p., p. 12; Spier, t.a.p., p. 282 v; zie onder Hfdst. 12, § 1, nr 6.

63. HR 20 febr. 1998, *NJ* 1998, 526, nt ARB, B. – *Staat*.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

teruggekomen op een eerder besluit, nadat de hoge raad een andere uitleg aan de wet gegeven had dan die waarop de inspekteur zich gebaseerd had.

Alvorens die weg nader te onderzoeken, dient stilgestaan te worden bij de vraag of een beroep op de burgerlijke rechter eigenlijk wel openstaat voor een schadelijgende partij, indien hem ook de mogelijkheid van beroep op de bestuursrechter ter beschikking staat. De laatste tijd is dit een vraag die tot veel discussie geleid heeft, en waarbij verschil van inzicht bestaat.⁶⁴ Bij deze discussie spelen de artt. 3:4 en 8:73 van de nieuwe Algemene wet bestuursrecht (Awb) een belangrijke rol. Het standpunt van de meerderheid van schrijvers, waaronder behalve Drupsteen ook de auctor intellectualis van de Awb, Scheltema, is dat er voor een vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen een beroep op de burgerlijke rechter openstaat, naast de administratiefrechtelijke rechtsgang, waarvan geen gebruik gemaakt hoeft te zijn. Een belangrijk argument is hier, dat indien de wetgever van een ander standpunt uitgegaan zou zijn, hij dit ondubbelzinnig in de Memorie van Toelichting op de Awb gezegd zou hebben, quod non (aldus met name Drupsteen en Scheltema). Tegen dit standpunt hebben Van Male en Ravels zich verzet, hetgeen mij niet heeft kunnen overtuigen.⁶⁵

Een krachtige steun voor de heersende opvatting wordt geboden door het arrest van de hoge raad van 1988, dat een waterschapsconflict betreft, *Waterschap Noord- en Zuid-Beveland - Lentink*⁶⁶. De casus is illustratief. Het betrof een zuiver schadebesluit van het waterschap, waartegen administratief beroep openstond. Lentink, wiens verzoek tot schadevergoeding als gevolg van een dijkverhoging door het waterschap afgewezen was, begint een civiele schadevergoedingsactie (Lentink is eigenaar van het restaurant 'De Schelde' in Colijnsplaat, en het zicht op de (Wester)Schelde was ontnomen door de dijkverhoging). Het verweer van het waterschap dat Lentink in zijn vordering voor de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk was, aangezien hij in beroep had kunnen komen bij GS van Zeeland, en vervolgens de kroon, werd door hof en hoge raad verworpen. Het hof vond de regeling van artt. 22-24 Waterstaatswet 1900 niet met voldoende waarborgen omkleed; verder was dit geen exclusieve rechtsgang, 'gegeven als zij is in het belang van toezicht van hogerhand' en omdat ze niet de 'pretentie' heeft de 'beoordeling van het geschil in enig opzicht aan de burgerlijke rechter te onttrekken'.

De hoge raad volgt de zienswijze van het hof:

64. Vgl. Drupsteen, t.a.p., p. 19. Men zie recentelijk ook de bijdragen van Van Male en Ravels in: *Voor risico van de overheid?*, Red. C.P.M. Cleiren c.s., SI-EUR reeks nr 13, 1996, Gouda Quint, pp. 43 v.; 61 v., waar verdere lit.

65. Vgl. behalve de al genoemde artikelen uit 1996, ook hun artikel in *Bouwrecht* 1993, p. 669, v., *Tot schade van allen. De onvolkomen schadevergoedingsregeling van de Awb*. Van Male heeft steun gekregen van Konijnenbelt in 1996, vgl. nog onder. De visie van Drupsteen en Scheltema wordt ook gevolgd door J.H.W. de Planque, J.E.M. Polak en M.R. Mok, zie *TREMA* 1994, p. 290 v. (verslag van symposium over dit onderwerp. In dezelfde zin: Rb Den Haag (admin. kamer) 90 sept. 1994, *JB* 1994, 276, nt BvM; *AB* 1995, 134, nt JHvdV; Rb Rotterdam (civ. kamer) 12 okt. 1995, *NJ* kort 1996, 18.

66. HR 16 dec. 1988, *AB* 1989, 137, nt Van der Burg (ook in *NJ* gepubl.).

§5. AANSPRAKELIJKHEIDSVORMEN

‘Aangenomen moet worden ‘dat het hier gaat om een besluit tot weigering van erkenning van een in beginsel ter beoordeling van de burgerlijke rechter staande vordering tot schadevergoeding in geld, waarbij - derhalve - slechts de belangen van het Waterschap en van Lentink zijn betrokken. Het is niet met een redelijke wetstoepassing verenigbaar dat Lentink op de enkele grond dat hij, na indiening van deze vordering bij het Waterschap, in de vorm van dit besluit ten antwoord kreeg, dat die vordering niet werd erkend, zich pas na de rechtsgang van art. 22-24 Waterstaatswet 1900 volledig te hebben gevolgd tot de burgerlijke rechter zou kunnen wenden. Dit geldt ook indien - zoals het hof veronderstellenderwijs heeft aangenomen en hier in het midden kan blijven - GS, onderscheidenlijk de kroon bevoegd waren om op zijn verzoek het voormelde besluit te vernietigen en alsnog te erkennen dat het Waterschap krachtens art. 1401 BW jegens Lentink aansprakelijk was, dan wel om hem bij vernietiging ter zake van de schade een vergoeding toe te kennen’.⁶⁷

Tot welke conclusies leidt het bovenstaande betoog? Men kan uit de stand van rechtspraak, wetgeving en doktrine opmaken dat in geval van schade die derden toegebracht wordt door het handelen van een lagere overheid waardoor schade aan de eigendom van derden toegebracht wordt, de geledeerde de keus heeft tussen de administratieve en de burgerlijke rechtsgang. Hij kan indien het overheidsorgaan een schaderegeling vastgesteld heeft, of er een wettelijke mogelijkheid van schadevergoeding bestaat, dat negeren en zich rechtstreeks tot de burgerlijke rechter wenden met een vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad. De mogelijkheden zijn dan voor degeen die schade wil verhalen aanzienlijk gunstiger: geen marginale toetsing, pseudo-risico-aansprakelijkheid, etc. (vgl. nog onder).

Door de uitspraak van de afdeling bestuursrechtspraak RvSt van 29 nov. 1996 inzake *Alpha Kledingreiniging - VROM*, werd een nieuw licht op dit onderwerp geworpen.⁶⁸ Deze uitspraak kan namelijk zeer verstrekkende gevolgen hebben voor de bevoegdheid van de burgerlijke rechter bij vorderingen tot schadevergoeding op grond van onrechtmatig handelen van de overheid, zoals ook annotator Van Buuren betoogt. Het is een uiterst complexe materie, waarbij nog veel vragen onbeantwoord zijn, en het met name nog onduidelijk is welk standpunt de hoge raad zal gaan innemen. Daardoor is ieder standpunt dat ingenomen wordt enigszins speculatief. Ik volsta hier met een korte bespreking.

De uitspraak van 29 november 1996 ligt overigens in het verlengde van die van de centrale raad van beroep van 28 juli 1994, *AB* 1995, 133, met noot van Van Male (*renteschade AOW-ster*); in deze uitspraak werd een zuiver schadebesluit appellabel geacht en overweegt de CRvB - in een overweging ten overvloede - dat een besluit van een bestuursorgaan uitgelokt kan worden door degeen die een negatieve beslissing gekregen heeft en alsnog schadevergoeding zoekt (in casu voor renteschade). Van Male ziet hierin een beperking van de rechtsmacht van de civiele rechter, hetgeen van verschillende zijden bestrijding

67. Van Male en Ravels voelen zich niet door dit arrest overtuigd, vgl. *BR* 1993, p. 674, met, op hun beurt, een weinig overtuigende argumentatie; zij vinden o.m. ‘redelijke wetstoepassing’ te vaag. Overigens heeft Lentink bij de vervolg-procedure na enkele jaren de strijd om schadevergoeding opgegeven.

68. Afd. bestuursrechtspraak RvSt 29 nov. 1996, *AB* 1997, 66, noot Van Buuren; *BR* 1997, p. 429, nt Van Ravels. Daarna is weer nieuwe rechtspraak verschenen, vgl. nog onder.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

en bijval ondervonden heeft.⁶⁹ Van Buuren trekt in zijn recente noot onder de uitspraak van de afdeling bestuursrechtspraak van 29 nov. 1996 de lijn die Van Male uitgezet heeft door, en zoekt daarvoor steun bij Konijnenbelt (vgl. nog onder).

De casus is als volgt. Een chemische wasserij had een verzoek gedaan tot ontheffing van enige voorschriften van het Besluit houdende regels voor chemische wasserijen, en bij afwijzing, tot toekenning van schadevergoeding. Dat verzoek was op beide punten afgewezen door VROM, evenals het bezwaarschrift terzake. Die betreffende voorschriften waren bij Besluit van 1 maart 1994 aangescherpt; dat Besluit, noch de Wmb of verwante wettelijke regelingen kenden een schadevergoedingsregeling.

De afdeling overweegt dat in een dergelijk geval van een verzoek om vergoeding van schade, 'gesteldelijk ten gevolge van een vermeend onrechtmatig besluit', een beslissing van het betrokken bestuursorgaan aangemerkt moet worden als een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb; het publiekrechtelijke rechtsgevolg van zo'n besluit vloeit voort uit het oordeel over de aanspraak op schadevergoeding die al of niet zou bestaan in verband met het bestuurshandelen, waarvan hier sprake is. De afwijzing van het verzoek door het bestuursorgaan is daarmee een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb; daartegen kan bij de rechtbank in beroep gegaan worden, met als gevolg dat de afdeling zich onbevoegd verklaart om van het beroep kennis te nemen.

Van Buuren leidt uit deze uitspraak van de afdeling af, dat er geen rol voor de burgerlijke rechter als schaderechter meer is weggelegd, 'in al die gevallen waarin een antwoord op een verzoek tot schadevergoeding een besluit oplevert'. Dan staat uitsluitend de bestuursrechtelijke rechtsweg open. Er moet wel steeds sprake zijn van een onrechtmatig *besluit*, dat schade teweeggebracht heeft, en niet enkel feitelijk handelen van een overheid dat onrechtmatig is (noot, sub 5). Het weigeren van schadevergoeding in die laatste categorie acht Van Buuren niet zo snel tot de bevoegdheid van de bestuursrechter te leiden; hij geeft het voorbeeld van een verkeersfout van een chauffeur van een dienstauto, in welk geval de civiele rechter zonder meer bevoegd is (noot, sub 3).

De discussie over deze materie vindt plaats tegen de achtergrond van de Awb, met name de invoering van art. 8:73 waarin voor het eerst de bestuursrechter de bevoegdheid gekregen heeft om schadevergoedingsvorderingen af te doen. De mogelijkheid om een civiele schadevergoedingsactie in gang te zetten wordt niet langer uitdrukkelijk genoemd.⁷⁰ Bij de totstandkoming van de wet is er door de minister herhaaldelijk op gewezen dat de nieuwe wet geen afbreuk wil doen aan het stelsel van een beoordeling van aanspraken op schadevergoeding door zowel de bestuursrechter

69. Zie de noot van Van Male en zijn artikel in de bundel *Voor risico van de overheid?*, 1996, p. 43 v.; bijval geeft W. Konijnenbelt, *De administratieve rechter als schadevergoedingsrechter*, preadv. Ver.v. burg.recht 1996, Lelystad, p. 16; als medestanders worden nog genoemd: Spreuwenberg, J.M. Polak, Van der Meulen. Van Male werd bestreden door Drupsteen, Mok/Tjittes en Scheltema, zie voor deze literatuur: Konijnenbelt, t.a.p., p. 17. Vgl. ook nog Van Ravels, *NTB* 1997, p. 44; Van Wijk/Konijnenbelt (1997), 13.76.

70. Onder de Awb blijft onveranderd dat de administratieve rechter schadekwesties kan doorschuiven naar de burgerlijke rechter; de achtergrond daarvan is dat niet alle bestuursrechters voldoende ervaring met schadeclaims hebben. Vgl. Konijnenbelt, t.a.p., p. 13, met de opmerking dat indien bestuursrechters na enige tijd ervaring opgedaan hebben, de weg naar de burgerlijke rechter 'in onbruik zou kunnen raken, eventueel uitdrukkelijk worden afgeschaft'.

§5. AANSPRAKELIJKHEIDSVORMEN

als de civiele rechter. Wel wordt aangegeven dat op de duur een samengaan voorzien wordt, waarbij de bestuursrechter, na ervaring opgedaan te hebben, de schadevergoeding zelf zou kunnen afwikkelen.⁷¹

Bij de uitleg die aan art. 8:73 Awb gegeven wordt komt dit aspect steeds terug, waarbij een wisselend beroep gedaan wordt op de parlementaire geschiedenis van de wet. Scheltema - als Regerings-commissaris 'nourri dans le sérail' - is heel uitgesproken in dit opzicht: *pro* een belangrijke rol voor de burgerlijke rechter. Konijnenbelt is *contra*, en hecht dan ook veel minder belang aan het doel van de wet; hij geeft een ruime uitleg aan art. 8:73 Awb op grond van een wenselijke rechtsontwikkeling, met een versterking van de rol van de bestuursrechter.⁷²

In dit verband is ook een andere kwestie van belang, het gewicht dat men toekent aan het vereiste dat de bestuursrechter zich slechts *op verzoek* van een belanghebbende over schadevergoeding kan uitspreken. Dit heeft tot gevolg, aldus met nadruk Scheltema en andere schrijvers, dat indien de belanghebbende dat verzoek achterwege laat, hij op die wijze zijn voorkeur voor de burgerlijke rechter kan uitspreken.⁷³ Dat laatste kan 'niet aan hem worden tegengeworpen: het is immers de opzet van de nieuwe regeling dat de belanghebbende kan kiezen tussen beide mogelijkheden', stelt Scheltema (t.a.p., p. 43). Daarmee is de weg naar de civiele rechter open om een vordering tot schadevergoeding in te stellen. Deze zienswijze wordt door Konijnenbelt, overigens zonder argumenten, verworpen.⁷⁴

Wat zijn de consequenties hiervan? Er zijn duidelijk verschillende stromingen die zich aftekenen, ook al zijn de stofwolken nog niet opgetrokken, zeker niet na de uitspraak van de afdeling bestuursrechtspraak van 29 nov. 1996. In een volgende uitspraak heeft de afdeling haar standpunt nader toegelicht, hetgeen voor Van Buuren aanleiding was om zijn standpunt af te zwakken, echter zonder op hoofdlijnen een krimp te geven.⁷⁵ Het betrof een schade van een landbouwer als gevolg van aanwijzing van grond als grondwaterbeschermingsgebied,

71. Tjittes, t.a.p., p. 93, citeert een kenmerkende uitspraak van de minister in de MvT: 'het is naar onze mening uit het oogpunt van efficiënte rechtsbedeling en rechtsbescherming aantrekkelijk, indien de burger in één en dezelfde procedure zijn schade vergoed kan krijgen. Het is anderzijds naar onze mening juist gelet op de bijzondere expertise die de burgerlijke rechter heeft op het terrein van het schadevergoedingsrecht niet wenselijk, de mogelijkheid van een schadevergoedingsactie bij de burgerlijke rechter thans uit te sluiten. Wij prefereren een geleidelijke ontwikkeling waarbij de administratieve rechter meer en meer zelf het schadevergoedingsaspect afdoet' (p. 474).

72. M. Scheltema, 'De rol van de burgerlijke rechter in bestuursgeschillen', in: *Bestuursprocesrecht*, Hfdst. A6, Deventer, losbl. (1994), p. 43. Vgl. ook zijn noot onder Rb. Gron. 14 april 1994, AB 1995, 131, *operatie-assistente*. Konijnenbelt geeft een samenvatting van de opvatting van Scheltema (en Drupsteen), gevolgd door zijn bestrijding, t.a.p., p. 17. v. Vgl. ook Van Wijk/Konijnenbelt, 13.76, in fine.

73. Scheltema, t.a.p., p. A6-43 v.; Tjittes, t.a.p., p. 94; Mok en Tjittes, *RmThemis* 1995, p. 383, op p. 396. Aldus ook MvT, PG Awb II, p. 474, aangehaald door B. van der Meulen, *JB* 1996, p. 340.

74. T.a.p., p. 14, nt 54.

75. Afd.bestuursrechtspraak RvSt 18 febr. 1997, AB 1997, 143, nt PvB, *Beurskens - Noord-Brabant*; *JB* 1997, 47, nt Simon; *BR* 1997, p. 432, nt Van Ravels; zie hierover Van Buuren, *NJB* 1997, p. 760 v.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

waarbij sprake was van een zelfstandig schadebesluit op buitenwettelijke grondslag. De afdeling bestuursrechtspraak merkte dat besluit aan als een besluit in de zin van art. 1:3 Awb, en geeft daarbij de volgende toelichting:

‘De bevoegdheid tot kennisneming van een besluit op een verzoek om vergoeding van schade, dat niet is gebaseerd op een specifiek wettelijke grondslag, dient, uit een oogpunt van overzichtelijke bevoegdheidsverdeling tussen de onderscheiden bij de beoordeling van schadeveroorzakende bestuursoptreden betrokken rechterlijke instanties, aan te sluiten bij de bevoegdheid kennis te nemen van het beweerdelijk schadeveroorzakend besluit zelve’.

Vrijwel gelijktijd deed de centrale raad van beroep een soortgelijke uitspraak in een geval van een afwijzing van een verzoek om een zuiver schadebesluit te nemen, terzake van schade toegebracht in het kader van de Beschikking Superheffing SLOM-deelnemers.⁷⁶ Het college was van oordeel dat een zelfstandig schadebesluit als het onderhavige tot zijn rechtsmacht behoort, aangezien ook het schadeveroorzakend besluit daartoe behoort.

Terug naar de controverse over de bevoegdheidsvraag. Indien men de zienswijze van Scheltema en enige schrijvers volgt, zou dit betekenen dat degenen die *geen beroep* instelt tegen een besluit van een lagere overheid (bij de Rb.) of tegen een besluit tot goedkeuring daarvan door GS (bij de RvSt), bij afwijzing van een verzoek tot schadevergoeding, zich tot de burgerlijke rechter kan wenden, die zijn vordering ontvankelijk zal verklaren.⁷⁷

Indien echter de bestuursrechter negatief beslist heeft op zijn verzoek tot schadevergoeding en de benadeelde zich vervolgens tot de burgerlijke rechter wendt, zal deze diens vordering niet-ontvankelijk verklaren; dit gebeurt in een vaste rechtspraak op grond van het connexiteitsbeginsel: de burgerlijke rechter volgt het oordeel van de bestuursrechter.

Een andere mogelijkheid is dat een belanghebbende zijn vordering niet op een naar zijn mening onrechtmatig besluit baseert, maar *het feitelijk handelen* van het bestuursorgaan aanvecht, vanwege de schade die dit hem berokkend heeft. Dat kan bestaan in het onvoldoende treffen van maatregelen om schade aan zijn eigendom te voorkomen, bij de tenuitvoerlegging van een besluit, hetgeen onrechtmatig kan zijn.⁷⁸

Men kan zich tenslotte afvragen welk standpunt de hoge raad zal gaan innemen, en in dit verband, welke betekenis het arrest *Waterschap Noord- en Zuid-Beveland - Lentink* van 1988 heeft in het licht van de jongste ontwikkelingen. Wat dat laatste betreft is van belang dat wij nu te maken hebben

76. CBB 19 febr. 1997, AB 1997, 144, nt JHvdV, *SLOM-schade*, eveneens besproken door Van Buuren, t.a.p.

77. De visie van Scheltema c.s. heeft recent steun gekregen van B.J. Schueler: noot *RAwb* 1997, 37, en zijn boek *Schadevergoeding onder de Algemene wet bestuursrecht*, Monografieën Awb, B-7, p. 25 v. (vgl. ook p. 9 v.). In kritische zin echter Van Ravels, *BR* 1997, p. 442.

78. Zie in dit verband ook Rapport Unie van Waterschappen 1985, p. 14, sub 4.2.1: ‘Van het Waterschap mag worden verwacht dat het in een behoorlijke procedure deze (betrokken) belangen zorgvuldig afweegt, en dat het nagaat op welke wijze mogelijke schade kan worden ondervangen. Hoewel nogal eens sprake is van tegenstrijdige belangen, blijkt het door het treffen van fysieke voorzieningen in de praktijk toch veelal mogelijk om met alle betrokken belangen rekening te houden’.

§5. AANSPRAKELIJKHEIDSVORMEN

met art. 40 Wwh, en niet meer met de procedure van art. 22 Waterstaatswet 1900 die qua rechtsbescherming kritisch beoordeeld werd door de hoge raad, en van een geheel ander niveau is dan de moderne wetgeving. Daar staat tegenover dat de hoge raad de rol van de burgerlijke rechter in schadezaken in dit arrest voorop stelt, ook indien de bestuursrechter bevoegd geweest was om een schadevergoeding toe te kennen, zoals in casu het geval was. Het kernpunt is hier de overweging van de raad dat de Waterstaatswet niet de 'pretentie' heeft 'de beoordeling van het geschil in enig opzicht aan de burgerlijke rechter te onttrekken'. Daarmee zijn wij terug bij de zoëven besproken kwestie, de bevoegdheidsafbakening tussen de administratieve en de civiele rechter, met behalve de Awb ook de Wwh (en Wsw) als inzet van de discussie. Een beleidsvraag, derhalve, met rechtspolitieke ondertonen.

Van grote invloed op de beantwoording van die vraag is overigens het oordeel dat men heeft over de kwaliteit die de bestuursrechter kan bieden bij het behandelen van het schadevergoedingsrecht, vergeleken met zijn civiele collega, en een oordeel over de snelheid waarmee de integratie van de bestuursrechtelijke en civiele sekties van rechtbanken zal plaatsvinden.⁷⁹ Naar mijn indruk zal kennisname van hetgeen thans in bestuursrechtelijke procedures gebeurt, de civilist sceptisch stemmen.

Zie in dit verband bijvoorbeeld RvSt 15 jan. 1997, *Waterschap De Brielse Dijkkring - GS van Zuid-Holland*, nrs. 903.92.0771 (inzake: *Dol*) en 0773 (inzake: *Looman*), beide niet gepubl. Deze uitspraken zijn illustratief voor de beperkte mogelijkheden die het bestuursrecht gedupeerde huiseigenaren biedt; deze hadden vergoeding van schade gevorderd die aan hun huizen veroorzaakt was door peilverlaging. Het afwijzende besluit van het waterschap werd door GS van Zuid-Holland vernietigd op grond van art. 22 Waterstaatswet 1990 (dat ingevolge overgangsrecht van toepassing was); het waterschap gaat daarvan in beroep bij de afdeling bestuursrechtspraak van de raad van state en wordt in beide zaken in het gelijk gesteld. De raad is van oordeel dat, indien de schade (in casu: scheurvorming) zich ook kan voordoen zonder de in het geding zijnde verlaging van het polderpeil en er directe veroorzaking niet vaststaat, de indiener van de vordering tot schadevergoeding 'in redelijke mate aannemelijk zal moeten maken dat dit causaal verband aanwezig is', en dat hij daarin niet geslaagd is.

Voor een civilist zijn dit geen sterke uitspraken van de bestuursrechter over de vaststelling van causaal verband en aansprakelijkheid, indien men rekening houdt met de eerder beschreven ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht in geval van meerdaderschap. De afdeling ziet in het mogelijke bestaan van nog andere oorzaken van de scheurvorming dan de effecten van polderpeilverlaging aanleiding om geheel van aansprakelijkheid af te zien. Dat is weinig aannemelijk: het waterschap is in ieder geval aansprakelijk voor haar aandeel in de schade, waarbij er goede gronden zijn om de bewijslast ten aanzien van andere oorzaken bij het waterschap te leggen; ook kan er grond zijn voor het aanvaarden van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de gehele schade (met mogelijkheid van regres op mede-veroorzakers), zoals wij in de vorige paragraaf zagen (de *Engelum*-zaak).

Daar komt nog iets bij wat het eigen gebrek van de beschadigde zaak, het woonhuis, betreft. Zoals elders besproken, is naar civiel aansprakelijkheidsrecht het niet zo dat bestaande gebreken in het gebouw dat beschadigd is, geheel voor rekening van de eigenaar dienen te komen in geval van het scheppen van een gevaarssituatie door derden (vgl. o.m. het arrest *Boerenleenbank - Van de Reek*, 1973). Ook daarmee werd geen rekening gehouden in de besluiten van het waterschap en de uitspraken van de raad van state.

79. Zie ook het al aangehaalde verslag in *TREMA* 1994, p. 290 v., dat niet echt hoopvol stemt.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

In een derde uitspraak, van 6 mei 1997, heeft de afdeling bestuursrechtspraak raad van state de gelegenheid aangegrepen om haar standpunten nader toe te lichten.⁸⁰ Met deze uitspraak wordt getracht op de vragen die de vorige twee uitspraken opgeroepen hebben een antwoord te geven, en het beleid van de afdeling bestuursrechtspraak te verduidelijken. Volgens de eerste commentaren, van Van Male in Van Wijk/Konijnenbelt en Van der Vlies in AA, is dat maar ten dele gelukt; het arrest werd door de landsadvokaat eens omschreven als: 'ramp, een absolute ramp!'. Allereerst wordt op een principiële wijze als grondslag voor de aansprakelijkheid van een bestuursorgaan voor een rechtmatige daad aangenomen het rechtsbeginsel van *égalité devant les charges publiques*; dat komt erop neer dat de lijn met het arrest van de hoge raad *Leffers - Staat* getrokken wordt, stel ik vast, nog wel in een overweging die sterke gelijkenis vertoont met die van de hoge raad. Het ontstaan van schadevergoedingsverplichtingen uit rechtsbeginselen is een novum in het bestuursrecht en wordt door Van der Vlies omschreven als het krijgen van 'een privaatrechtelijk karakter' van het bestuursrecht. Leuk voor civilisten om te volgen, de abbb hadden vaak al zulke privaatrechtelijke trekjes. Wat de 'scheiding der machten' tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter betreft, inzake schadevergoedingszaken, stelt de afdeling dat het in casu gaat om een besluit als bedoeld in art. 1:3 Awb en dat daartegen geen beroep bij de bestuursrechter openstaat. Van Vlodrop kan zich dus ingevolge art. 8:71 Awb tot de burgerlijke rechter wenden om schadevergoeding te vorderen. dat is de *bottom line*. Veel is nog onzeker en onduidelijk; in ieder geval is het recht op schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad erkend door de afdeling bestuursrechtspraak, waarbij het de vraag is of dit in de praktijk veel zal gaan opleveren. Men zie de beschouwingen van Van der Vlies en Van Male op dat punt.

Sinds de vorige druk, zijn er nieuwe ontwikkelingen geweest ten aanzien van de vraag of een beroep op de burgerlijke rechter openstaat voor een schadelijdende partij, indien hem ook de mogelijkheid van beroep op de bestuursrechter ter beschikking staat. Ik geef nog eens een samenvatting van de situaties die hier te onderscheiden zijn: er ligt geen besluit van het bestuursorgaan, er ligt een besluit maar de geleederde heeft geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om daarvan in beroep te gaan bij de bestuursrechter, en tenslotte het geval dat in beroep de bestuursrechter een voor die partij nadelige beslissing gegeven heeft (waarvan men weer in hoger beroep gegaan kan zijn).

Moet de burgerlijke rechter die partij in al deze gevallen niet-ontvankelijk verklaren, al of niet met een beroep op het leerstuk van de 'formele rechtskracht'? De laatste jaren heeft deze vraag tot de eerder weergegeven discussie geleid, waarbij groot verschil van inzicht bestond over de lijn die de afdeling bestuursrechtspraak van de raad van state de afgelopen jaren in een

80. RvSt 6 mei 1997, AB, nr 229, nt Van Buuren; AA 1997, p. 602, nt Van der Vlies, *VROM - Van Vlodrop Holding c.s.* Vgl. ook Van Wijk/Konijnenbelt, 13.76. De casus was deze, dat Van Vlodrop stelde schade geleden te hebben door de onverhoedse invoering van een beleidsregel van VROM, het Meerjarenplan Verwijdering Gevaarlijke Afvalstoffen (1993); doordat zij op het oude beleid was afgegaan waren investeringen gedoemd om vruchteloos te blijven. De minister nam het standpunt in dat hier van geen besluit in de zin van art. 1:3 Awb sprake was.

§5. AANSPRAKELIJKHEIDSVORMEN

reeks van uitspraken uitgezet had.⁸¹ Dat vroeg om een weerwoord van de civiele hoogste rechter, de hoge raad. Dit arrest, met spanning tegemoet gezien, is de uitspraak van 17 december 1999, *Gemeente Groningen – Raatgever*, het lang verbeide standaardarrest.⁸² Het arrest geeft slechts ondersteuning aan hetgeen door mij betoogd werd; het zal door sommige schrijvers met vreugde gelezen zijn, door anderen met afschuw. Tot die laatste groep behoren ongetwijfeld degenen die eerder mijn opvatting bestreden hebben – uit kringen van de waterschappen en het waterschapsrecht - en daarnaast veel beoefenaren van het bestuursrecht, naar mij ter ore gekomen is. Ik zal eerst nog een kanttekening maken bij de discussie in de doktrine van voor 17 dec. 1999, en dan een weergave geven van de overwegingen van de hoge raad in het arrest.

De wetgever heeft blijkens de parlementaire geschiedenis van de Awb oog gehad voor de kwaliteit van de burgerlijke rechter op het gebied van schadeverhaal, en de achterstand die de bestuursrechter op dat terrein nog heeft. Een sprekend citaat, ook aangehaald door de rechtbank in de zaak die geleid heeft tot het arrest van 17 december 1999 laat ik hier volgen:

‘Het schadevergoedingsrecht is in Nederland in het bijzonder ontwikkeld door de burgerlijke rechter. Het is naar onze mening uit het oogpunt van efficiënte rechtsbedeling en rechtsbescherming aantrekkelijk, indien de burger in een en dezelfde procedure zijn schade vergoed kan krijgen. Het is anderzijds naar onze mening juist gelet op de bijzondere expertise die

de burgerlijke rechter heeft op het terrein van het schadevergoedingsrecht niet wenselijk, de mogelijkheid van een schadevergoedingsactie bij de burgerlijke rechter thans uit te sluiten. Wij prefereren een geleidelijke ontwikkeling waarbij de administratieve rechter meer en meer zelf het schadevergoedingsrecht afdoet. De integratie van administratieve en civiele rechtspraak in eerste aanleg zal kunnen bijdragen aan deze ontwikkeling’.⁸³

Een complicerende factor is hierbij dat het niet eenvoudig is om het schadevergoedingsrecht op bestuursrechtelijk en op civielrechtelijk terrein met elkaar in overeenstemming te brengen. Tekenend is de observatie van Koopmans in zijn noot onder *Meiland – Staat* uit 1998, die opmerkt dat a-g Spier ‘zich manmoedig overgegeven had aan een worsteling met deze materie’ in zijn conclusie voor dit arrest, en constateert: ‘Het klassieke schadevergoedingsrecht helpt niet erg, en de nadeelcompensatie uit het bestuursrecht heeft geen voldoende criteria te bieden: voor zover er al maatstaven worden gebezigd, zijn deze te weinig scherp om in het civiele recht van veel nut te zijn’ (*NJ* 1998, 726, met verwijzing naar concl. 5.7.3). Daar kan de civilist het mee doen.

Maar wat zegt de hoge raad nu eigenlijk?

81. Zie voor de recentere literatuur de conclusie van a-g Mok in *NJ* 2000, 87, *Gem. Groningen - Raatgever*.

82. HR 17 dec. 1999, *NJ* 2000, 87.

83. Zie: Daalder, De Groot en Van Breugel, *Parl. Gesch. Awb, Tweede Tranche*, p. 474.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

De hoge raad legt zijn stem in het kapittel

Dan nu het standpunt dat de hoogste civiele rechter bij zijn arrest van 17 december 1999, *Gemeente Groningen – Raatgever*, ingenomen heeft.⁸⁴ Het college heeft de visie van Scheltema c.s. overgenomen, en ziet een belangrijke rol voor de burgerlijke rechter weggelegd bij het toewijzen van schadevergoeding op het terrein van het zuivere schadebesluit van een bestuurslichaam. Ik laat hier de kernoverwegingen van dit standaardarrest volgen:

‘3.5.2. Tegen de achtergrond van de door de bestuursrechters ontwikkelde rechtspraak inzake de bevoegdheid van de algemene dan wel bijzondere bestuursrechter om kennis te nemen van een beroep tegen een zuiver schadebesluit (zie onder meer AbRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229, CRvB 24 juli 1994, AB 1995, 40 en 133, CBB 19 februari 1997, AB 1997, 144, en CvBSf 23 mei 1996, JB 1996, 177) stelt het onderdeel aldus de vraag aan de orde of voormelde bevoegdheid meebrengt dat een burger die geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om bezwaar te maken tegen een voor bezwaar en beroep vatbaar zuiver schadebesluit waarbij is geweigerd vergoeding toe te kennen voor beweerdelijk door een onrechtmatig besluit veroorzaakte schade, door de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk dient te worden verklaard, indien hij diezelfde schadevergoeding vervolgens vordert in een civiele procedure.

3.5.3. Te dien aanzien geldt het volgende. Het bepaalde in art. 112 Gr.w brengt mee dat de burgerlijke rechter bevoegd is kennis te nemen van vorderingen waaraan de eiser, zoals ook in het onderhavige geval, ten grondslag heeft gelegd dat jegens hem een onrechtmatige daad is gepleegd. Uitgangspunt is evenwel dat ook in een zodanig geval de eiser door de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk dient te worden verklaard, wanneer, kort gezegd, de bestuursrechter voldoende rechtsbescherming biedt (HR 28 februari 1992, NJ 1992, 687). De taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter brengt tevens mee dat moet worden uitgegaan van de geldigheid van een besluit van een bestuursorgaan indien daartegen een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan en deze rechtsgang hetzij niet is gebruikt, hetzij niet tot vernietiging van het besluit heeft geleid (kort gezegd: het beginsel van de formele rechtskracht): zie onder meer HR 2 juni 1995, NJ 1997, 702.

(3.5.4). Er is evenwel goede grond om een uitzondering op het beginsel van formele rechtskracht te aanvaarden voor zuivere schadebesluiten als evenbedoeld. Indien de rechtbank het beroep tegen een besluit gegrond verklaart, kan zij, op verzoek van een partij, de door haar aangewezen rechtspersoon veroordelen tot vergoeding van de schade die deze partij lijdt, aldus art. 8:73 Awb. De regeling van art. 8:73 heeft niet ten doel een vordering tot schadevergoeding bij de burgerlijke rechter uit te sluiten. De niet-exclusiviteit van de regeling van art. 8:73 blijkt allereerst uit de inrichting van de regeling zelf. De rechter kan, blijkens de bewoordingen van lid 1, uitsluitend op verzoek van een partij de door haar aangewezen rechtspersoon veroordelen tot vergoeding van schade, die die partij lijdt. Daarin ligt besloten dat die partij ook een verzoek achterwege kan laten en de voorkeur kan geven aan een vordering bij de burgerlijke rechter. Bovendien is in art. 8:73 de mogelijkheid open gelaten dat de bestuursrechter tot de conclusie komt dat niet hij, maar de burgerlijke rechter beter over de vordering tot schadevergoeding kan oordelen: de bevoegdheid van de bestuursrechter te dezen is geformuleerd als een discretionaire bevoegdheid. Ook uit de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling blijkt ondubbelzinnig dat het niet wenselijk werd geacht de mogelijkheid

84. De casus had betrekking op een verzoek tot vergoeding van kosten van rechtbijstand van Raatgever die een bezwaarschrift (met succes) ingediend had tegen een (afwijzend) besluit van een overheidslichaam inzake bijzondere bijstand ingevolge de Algemene Bijstandswet voor behandel- en reiskosten die zij gemaakt had voor de behandeling van een ernstig gehandicapte zoon. Volgens administratiefrecht, de Awb, is proceskostenveroordeling slechts beperkt mogelijk, zodat verhaal langs civielrechtelijke weg, als vermogensschade, een aantrekkelijk alternatief vormde.

§5. AANSPRAKELIJKHEIDSVORMEN

van een schadevergoedingsvordering bij de burgerlijke rechter uit te sluiten en dat de voorkeur eraan werd gegeven de rechtsontwikkeling af te wachten (*Parl. Gesch. Awb*, Tweede Tranche, blz. 473-480).

Naast de niet als exclusief bedoelde regeling van art. 8:73, die voor een partij de mogelijkheid openlaat om zich ter zake van schadevergoeding tot de burgerlijke rechter te wenden, bestaat voor een belanghebbende de mogelijkheid ter zake van de door hem verlangde schadevergoeding een voor bezwaar en beroep vatbaar schadebesluit uit te lokken, indien aan de vereisten daarvoor is voldaan. Die mogelijkheid staat voor een belanghebbende ook open indien een verzoek tot vergoeding van schade op de voet van art. 8:73 niet (meer) mogelijk is omdat het verzoek niet tijdens de beroepsprocedure tegen het schadeveroorzakende besluit is gedaan. De rechtspraak van de bestuursrechtshoven heeft na inwerkingtreding van de Awb op 1 januari 1994 bewerkstelligd dat de reikwijdte van het voor bezwaar en beroep vatbare zuivere schadebesluit aanzienlijk is vergroot.

Zoals hiervóór is uiteengezet is het de bedoeling van de wetgever geweest, welke bedoeling in art. 8:73 tot uitdrukking is gebracht, om bij gegrondbevinding van het beroep aan een partij de keuze te laten in een bestuursrechtelijke procedure schadevergoeding te verzoeken dan wel zich te dier zake tot de burgerlijke rechter te wenden. Het zou niet met deze keuzevrijheid stroken om voor een partij die zich tot een bestuursorgaan heeft gewend teneinde schadevergoeding te verkrijgen en die in reactie op dat verzoek een voor bezwaar en beroep vatbaar zuiver schadebesluit heeft verkregen - welke mogelijkheid, zoals gezegd, na de inwerkingtreding van de Awb aanzienlijk is verruimd -, met een beroep op het beginsel van de formele rechtskracht de toegang tot de burgerlijke rechter te blokkeren. Er is geen grond om hierover anders te oordelen indien het verzoek door het bestuursorgaan terecht als een aanvraag aangemerkt is, nu hiervoor niet is vereist dat het verzoek berust op een welbewuste en uitdrukkelijke keuze voor de bestuursrechtelijke rechtsgang en voorts uit het hiervoor overwogene volgt dat de partij de keuze tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter niet reeds in dat stadium behoeft te maken. Zo de ontwikkeling van de rechtspraak op het stuk van het zuivere schadebesluit zou nopen tot aanpassing van de regeling inzake afbakening van de bevoegdheden van de bestuursrechter en de burgerlijke rechter, dan ligt daar niet een taak voor de rechter - een dergelijke aanpassing gaat immers zijn rechtsvormende taak te buiten - maar voor de wetgever.

3.5.5. Het in 3.5.4 overwogene leidt tot de slotsom dat een uitzondering op het beginsel van formele rechtskracht voor zuivere schadebesluiten als vorenbedoeld moet worden aanvaard in dier voege dat ook indien bij zulk een besluit afwijzend is beslist op een op onrechtmatig besluit gegrond verzoek tot schadevergoeding, de eiser niet op grond daarvan door de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in een op dezelfde grondslag ingestelde vordering tot vergoeding van schade. Heeft de bestuursrechter in eerste of enige instantie evenwel eenmaal het beroep tegen een schadebesluit als hier bedoeld ongegrond verklaard - tot welk geval de Hoge Raad zich thans beperkt -, dan zal de eiser door de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk verklaard dienen te worden in een vordering tot schadevergoeding die betrekking heeft op hetzelfde onrechtmatige besluit als waarop het zuivere schadebesluit betrekking had. Op deze wijze wordt een voor de praktijk eenvoudig te hanteren maatstaf geboden voor de afbakening van de bevoegdheid van de burgerlijke rechter en de bestuursrechter terzake die strookt met de taakverdeling tussen hen.⁷

Zoals men ziet heeft de hoogste civiele rechter op het beginsel van formele rechtskracht een uitzondering gemaakt, waarbij een einde gemaakt is aan de exclusiviteit van de bestuursrechtelijk weg om schadevergoeding te vorderen wegens een onrechtmatig zuiver schadebesluit. Dat geldt zowel voor het geval dat een geledeerde *niet* een verzoek tot schadevergoeding ingediend heeft bij de administratieve rechter, alsook wanneer hij terzake een *afwijzende uitspraak* van die rechter gekregen. Dit is slechts anders indien hij in beroep is gegaan tegen het *schadebesluit zelf* en nul op het rekest gekregen heeft van de bestuursrechter

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

in eerste of enige instantie, in dat geval zal hij door de civiele rechter niet-ontvankelijk verklaard worden.

Het arrest zal in kringen van bestuursrechtjuristen, met name beoefenaren van het waterschapsrecht, als een bom zijn ingeslagen.⁸⁵ Er zijn heel veel reacties op het arrest gevolgd; voor een overzicht van de literatuur verwijs ik naar beschouwingen van Wiggers-Rust en Hartlief in *NTBR*.⁸⁶ Konijnenbelt is niet ongelukkig met het arrest, aangezien een overgangperiode van een aantal jaren mogelijk gemaakt wordt, waarin keuzevrijheid bestaat voor de burger of hij de bestuursrechtelijke of de civielrechtelijke weg volgt. Intussen kan de bestuursrechter (daar ligt zijn hart) zich in het schadevergoedingsrecht bekwamen en hopelijk eens de exclusieve rechter worden, wanneer rechter of wetgever tenslotte die knoop zal doorhakken.⁸⁷ Pennarts spreekt van 'een derde weg' die met dit arrest geopend is, de weg naar de civiele rechter.⁸⁸

Intussen zijn de ontwikkelingen verder gegaan. De Commissie-Scheltema heeft over deze problematiek gerapporteerd en daarbij geadviseerd om de bestuursrechter een taak te laten behouden op het terrein van schadevergoeding, ten detrimente van de civiele rechter; de Tweede Kamer kon zich bij de beraadslagingen in 2000 daarin niet vinden, en het ziet ernaar uit dat de minister aan de wens van de Kamer gehoor zal geven, zodat de burgerlijke rechter in de lijn van de hoge raad in zijn arrest van december 1999 zijn specialisme ook op dit gebied kan uitoefenen.

In dat laatste arrest, *Groningen – Raatgever*, heeft de hoge raad aangegeven wanneer besluiten onaantastbaar zijn voor de burgerlijke rechter (ov. 3.5.3). In een uitspraak van 15 december 2000 heeft de afdeling rechtspraak een interessant standpunt ingenomen, waarbij een constructie gehanteerd werd van een fictieve weigering door een bestuursorgaan, vgl. *Slegers – Gem. Asten*, *JB* 2001, 26, nt GevM.

Ook dit arrest heeft de aandacht getrokken; varkenshouder Slegers had verzuimd bezwaar te maken tegen een besluit van de gemeente, maar daar stond tegenover dat het bevoegd gezag volgens art. 43 Wabm in de *Staatscourant* had moeten mededelen dat de aanvraag niet binnen de termijn afgerond had kunnen worden en had dat bovendien aan de aanvrager moeten berichten. Nu dat niet

85. Met deze uitspraak van de hoge raad is bijvoorbeeld het standpunt van Van Hall verworpen zoals nog in 1998 in *Bouwrecht* verdedigd, dat art. 40 Wwh een 'exclusieve weg' is die een beroep op de burgerlijke rechter tot toekenning van schadevergoeding in de weg zou staan, vgl. *BR* 1998, p.1000 v. Van Hall stelt dat wanneer men geen schadebesluit vraagt en naar de civiele rechter stapt, deze niet-ontvankelijkheid moet uitspreken; er zou geen vrije keuze zijn aangezien er 'altijd een fictief besluit is, waarop de bestuurlijke bezwaar- en beroepsprocedures van toepassing is. Schr. beroept zich ook op AbRvS 15 aug. 1996, *AB* 435, nt AvH, *Oort – Hoogheemraadschap Amstel en Vecht*, hetgeen ik niet kan volgen. Daarin wordt immers slechts bepaald dat men ook zonder in beroep te gaan tegen een besluit een beroep op de schadevergoedingsregeling van art. 40 Wwh kan doen.

86. F. Wiggers-Rust, *NTBR* 2001, p.17; Hartlief, idem, p.25.

87. Verwachting, *NTB* 2000, p.4.

88. H. Pennarts, *Rechtshulp* 2000, p.13. Op de materieelrechtelijke vraag die in het arrest speelde, is de wetgever ingesprongen, zie: *TK* 1999-2000, 27 024 nrs 1-3, Wijziging Algemene wet bestuursrecht m.b.t. kosten van bezwaar en administratief beroep (kosten bestuurlijke voorprocedures).

§5. AANSPRAKELIJKHEIDSVORMEN

gebeurd was, vond de hoge raad daarin een grond om een uitzondering te maken op de regel van formele rechtskracht van bestuursbesluiten. Ik verwijs voor deze materie verder naar de noot van G.E. van Maanen, die het gezond verstand van de hoge raad prijst, nu het belang van de burger ter harte genomen is, in een bestuurlijk zeer ondoorzichtige situatie.

Bij arrest van 25 oktober 2002 is de hoge raad weer op zijn schreden teruggekeerd, en is teruggekomen op zijn beslissing in *Slegers – Gem. Asten*.⁸⁹

Bij arrest van 6 december 2002 heeft de hoge raad zich andermaal uitgesproken over het beginsel van de formele rechtskracht.⁹⁰ Eiser, exploitant van een pannenkoekenhuis 'De Kabouter' die hinder van een verkeersbesluit ondervindt, had de administratieve rechtsgang niet gevolgd (hij stelt een vordering uit onrechtmatige daad in) en daardoor had het verkeersbesluit voor het hof formele rechtskracht gekregen. De cassatierechter is het daarmee eens, en schending van het égalité-beginsel doet daaraan niet af (als feitelijk oordeel, voorbehouden aan het hof).

6. Algemeen belang-akties in het privaatrecht

Hierboven kwam het aspect van het algemeen belang op verschillende plaatsen aan de orde, als bijverschijnsel, boventoon als het ware, van sommige civiele akties. Het wordt nu tijd om stil te staan bij de figuur van de aktie in het algemeen belang voor de burgerlijke rechter ingesteld, hetgeen doorgaans met de zgn. 'class actions' of kollektieve akties geassocieerd zal worden. De vraag doet zich echter ook voor wanneer het om een individuele private persoon gaat, een rechtspersoon met ideële motieven, of zelfs de overheid, die zich tot de rechter wendt om tegen het toebrengen van schade op te treden, en er nauwelijks of in het geheel niet van een bepaald eigen belang sprake is dat geschonden is. Bij gebreke aan een subjektief recht dat geschonden is, of een norm van maatschappelijke zorgvuldigheid die mede gericht is op bescherming van een belang van de eiser, kan er slechts sprake zijn van schending van het algemeen belang. De processuele regel: 'point d'interêt, point d'action' (geen belang, geen aktie) gooit hier roet in het eten.

Op dit terrein is de laatste jaren veel gebeurd. Hier volgt een kort overzicht daarvan, dat erop gericht is om aan te geven hoezeer in het privaatrecht van een ontwikkeling in de richting van het publiekrecht sprake is. Er zijn twee invalshoeken: de aanvaarding van algemeen belang-akties van private partijen door de hoge raad in 1988, in het *De Nieuwe Meer*-arrest enerzijds; de uitleg gegeven aan het zogenaamde '1401-belang' in een civiele verhaalsaktie van de staat, in het *Benckiser*-arrest van 1989, anderzijds. Dat laatste onderwerp kwam boven al ter sprake. Hier volgt een bespreking van de algemeen belang-akties.

In de *franse Kalimijnen*-zaak werd de stichting Reinwater door de Rechtbank Rotterdam nog niet ontvankelijk verklaard, aangezien zij geen concreet eigen

89. HR 25 okt. 2002, NJ 2003, 171, *Verhoeven – Lammers c.s. en Gem. Heeze-Leende*; TMA 2003, p.38.

90. HR 6 dec. 2002, NJ 2003, 616, *Hagenaars c.s. – Noord-Brabant (Pannekoekenhuis)*.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

belang had dat geschonden was door de zoutlozingen van de Kalimijnen en uitsluitend in het algemeen belang optrad. De overige eisers, westlandse tuinders, hebben toen de procedure voortgezet, hetgeen na veertien jaar procederen tot een voor hen gunstige uitspraak van de hoge raad geleid heeft.⁹¹ Een dergelijke gang van zaken was niet ongebruikelijk, en in de zaak van het natuurgebied De Nieuwe Meer (waar giftig slib gestort zou worden) had het hof de als eisers optredende milieu-organisaties niet ontvankelijk verklaard, wegens gebrek aan eigen belang bij de vordering.

De hoge raad casseerde in een principiële uitspraak; van belang werd geacht dat de belangen die bij een dergelijke vordering, gericht op een verbod tot verdere aantasting van het milieu, zich 'tot bundeling lenen', en dat bij gebreke van de mogelijkheid van een zodanige bundeling een 'efficiënte rechtsbescherming' tegen een dreigende aantasting van die belangen aanzienlijk bemoeilijkt zou worden. De belangen worden omschreven door de raad als belangen 'die in de regel grote groepen burgers te zamen raken, terwijl de gevolgen van een eventuele aantasting zich vaak moeilijk laten voorzien'.⁹² De cassatierechter heeft zich hierbij mede laten leiden door de administratiefrechtelijke positie van belangenorganisaties, die ingevolge de Wabm bevoegd zijn om beroep in te stellen tegen het verlenen van milieuvergunningen. Hier volgen de kernoverwegingen van de hoge raad:

'(3.2) Het middel treft doel. Uitgangspunt dient weliswaar te zijn dat de enkele doelomschrijving van een rechtspersoon deze nog niet bevoegd maakt om ter zake van aantasting van de belangen waarvan zij blijkens die omschrijving de behartiging op zich heeft genomen, bij de burgerlijke rechter een vordering in te stellen, maar uitzonderingen daarop zijn denkbaar. Een zodanige uitzondering doet zich hier voor.

In de eerste plaats lenen de belangen die bij een vordering als de onderhavige - in wezen strekkende tot het verkrijgen van een verbod tot verdere aantasting van het milieu - betrokken zijn zich tot een 'bundeling' als door het optreden in rechte van de milieuverenigingen is tot stand gebracht; bij gebreke van de mogelijkheid van een zodanige bundeling zou integendeel een efficiënte rechtsbescherming tegen een dreigende aantasting van deze belangen - die in de regel grote groepen burgers tezamen raken, terwijl de gevolgen van een eventuele aantasting ten aanzien van ieder van die burgers zich vaak moeilijk laten voorzien - niet onaanzienlijk kunnen worden bemoeilijkt.

Daarbij verdient nog de opmerking dat - anders dan het hof kennelijk heeft aangenomen - de hier gebundelde belangen behoren tot de soort die valt onder de bescherming die art. 1401 BW bedoelt te bieden; zulks geldt mede voor het in de onderhavige zaak meespelende belang om niet door zonder vergunning uitgevoerde gedragingen, als door de milieuverenigingen aan de gemeente verweten, de hieronder nog aan de orde komende mogelijkheid te verliezen om in een vergunningsprocedure krachtens de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne met gebruikmaking van de daarbij gegeven waarborgen tijdig voor de voormelde belangen op te komen.

91. HR 22 sept. 1988, 743, nt JHN/JCS; TMA 1989, p. 26, nt Van Dunné. Gezien het feit dat het belang van de tuinders dat geschonden was vrij gering was, lijkt het algemeen belang op de achtergrond een rol gespeeld te hebben in het oordeel van de HR. Dit arrest is al eerder besproken, zie Hfdst. 10, § 3, nr 2.

92. HR 27 juni 1986 NJ 1987, 743, nt WHH; AA 1986, p. 638, nt Nieuwenhuis, *De Nieuwe Meer*. Vgl. voor deze problematiek ook P.A.Kottenhagen-Edzes, *Onrechtmatige daad en milieu*, diss. Rotterdam 1992, Arnhem, p. 105 v. In zijn noot verdedigt Nieuwenhuis de mogelijkheid voor de individuele burger een algemeen belang-actie in te stellen, bijvoorbeeld tot milieubehoud, als *actio popularis*; vgl. ook WPNR 5821 (1987), p. 148.

§5. AANSPRAKELIJKHEIDSVORMEN

In de tweede plaats is van betekenis dat in de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne, die van toepassing is op vergunningen aan te vragen krachtens de Wet verontreiniging oppervlaktewateren, voor wat betreft de bevoegdheid tot bezwaar en beroep niet alleen is bepaald dat deze in beginsel toekomt aan 'een ieder' (zij het dat het beroep is beperkt tot degenen die reeds bezwaar hadden aangetekend of daartoe niet in staat waren), maar ook uitdrukkelijk is aangegeven (art. 79) dat 'ten aanzien van privaatrechtelijke organisaties de belangen met het oog waarop zij in het leven zijn geroepen, als hun belangen beschouwd' worden. Met deze - mede in het licht van de parlementaire geschiedenis van die wet voorbehoudloze - toelating van verenigingen als de onderhavige in de administratieve fase, waar het gaat om inspraak ter zake van de vergunning, is niet te verenigen dat niet door dezelfde verenigingen in kort geding zou kunnen worden opgekomen tegen gedragingen, waarvan zij menen dat deze ten onrechte zonder vergunning plaatsvinden en die in beginsel tot aantasting kunnen leiden van de belangen waarvoor de vereniging blijkens haar doelomschrijving opkomt. Dit brengt tevens mee dat het niet op zijn plaats zou zijn om in een geval als het onderhavige nadere eisen voor de ontvankelijkheid te stellen zoals bijv. ter zake van representativiteit of feitelijke werkzaamheden.⁹³

De wetgever liet dit niet op zich zitten, en in 1988 verscheen het voorontwerp Vorderingsrecht belangenorganisaties; er ontstond veel discussie over de beperkte strekking van dit wetsvoorstel, met name werd als gemis gevoeld dat geen schadevergoeding gevorderd kon worden, alleen een verbod van onrechtmatige handelingen. Het wetsontwerp Collectief aktierecht van 1992 (nr 22 486) dat in 1994 ingevoerd werd, voorzag in die lacune, zij het op beperkte wijze: slechts ten behoeve van de leden van de organisatie kan schadevergoeding geëist worden, art. 3:305a, lid 3 BW. De vraag of ook opgekomen kan worden voor schade die niet aan de leden toegebracht is, maar de gemeenschap als geheel treft en het algemeen belang dat in het geding is, werd derhalve open gelaten. Wel vond er een uitbreiding plaats ten aanzien van degenen die een dergelijk collectief aktierecht zouden kunnen uitoefenen: behalve verenigingen of stichtingen die blijkens de statuten gericht zijn op belangenbehartiging zijn ook publiekrechtelijke rechtspersonen toegelaten (bijvoorbeeld gemeenten). Aan de in te stellen vordering worden geen bijzondere eisen gesteld; de belangen die erbij betrokken zijn moeten zich wel voor bundeling lenen.⁹³

De discussie over de in het ontwerp open gelaten vraag ten aanzien van schade die niet aan bepaalde personen te relateren is - doorgaans schade aan de natuur of het milieu in het algemeen - kwam in een stroomversnelling met de *Borcea*-zaak.⁹⁴ De Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels heeft kosten gemaakt bij het redden van zeevogels na een kleine olieramp die voor de zeeuwse kust door het roemeense schip 'Borcea' veroorzaakt was (ruim f 250.000,-). De Rechtbank Rotterdam overwoog allereerst dat het behoud en de bescherming van zeevogels naar huidige maatschappij-opvattingen in ons land gezien wordt als een algemeen belang dat bescherming verdient. Aangezien de Vereniging zich al 90 jaar inzet voor dat doel, dient dat algemeen belang ook als

93. Zie voor dit onderwerp: N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht*, diss. Utrecht 1994. Op art. 3:305a BW (beperkte mogelijkheid tot schadevergoeding) is van verschillende zijden kritiek geuit. Zie o.m. P. Klik, *TMA* 1994, p. 34. Vgl. ook E.H.P. Brans, Van Dunné-Bundel 1997, p. 30 v.

94. Rb. Rotterdam 15 mrt 1991, *TMA* 1992, p. 27, nt Van Maanen. Vgl. ook Rb. Rotterdam 24 febr. 1995, *TMA* 1996, p. 6, nt Brans, *Borcea II* (staat tegen rederij Navrom).

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

een eigen belang van de eiseres opgevat te worden, oordeelde de rechtbank, daarmee niet alleen kool en geit, maar ook de zeevogels sparend. De gemaakte kosten konden derhalve van de Borcea gevorderd worden, indien zou komen vast te staan dat zij onrechtmatig gehandeld had. De wijze waarop dat laatste door de rechtbank uitgewerkt wordt, zal geen geschiedenis maken (de zaak is vervolgens geschikt), maar het belang van het vonnis zit hem in de bijdrage tot de discussie over het verhaal van schade die het algemeen milieubelang betreft. Het wetsontwerp Gevaarlijke stoffen van 1989, gewijd aan milieu-aansprakelijkheid voor lucht, water, en bodem - vgl. thans art. 6:175 v. BW -was onduidelijk op het punt of een dergelijke milieuschade verhaald zou kunnen worden. In een reactie op kritiek in de literatuur heeft de minister van Justitie erop gewezen dat kosten van herstel met betrekking tot milieuschade van het type dat in *Borcea* in het geding was, op grond van het wetsontwerp voor vergoeding in aanmerking zouden komen.⁹⁵ In die zin korte tijd later ook het *Kuunders*-arrest⁹⁶, waarin bepaald werd dat een ideeël belang, namelijk bescherming van de ecologische waarden van een natuurgebied, individuele belangen waren die in een groepsactie gebundeld kunnen worden. Een veel gestelde vraag is, wat te doen met milieuschade die onherstelbaar is, hetgeen zoals men weet bij ecologische schade het geval kan zijn. Ik laat die kwestie hier rusten, onder de aantekening dat hierbij de algemeen belangproblematiek op het scherp van de snede aan de orde is.

Een ander arrest op het gebied van belangenacties is *NVPI - Snelleman*⁹⁷, waarbij NVPI de belangen van uitvoerende kunstenaars behartigt die schade ondervinden van de 'witte' platen en cd's die gemaakt worden of uitgezonden worden (piraterij en bootlegging). Ik laat hier de overwegingen van de hoge raad volgen:

'Bij de beoordeling van deze klachten moet veronderstellenderwijs ervan worden uitgegaan dat NVPI te dezen optreedt terzake van de belangen waarvan zij blijkens haar in 4.1 sub (i) weergegeven doelomschrijving de behartiging op zich heeft genomen.

Het gaat daarbij indirect om de belangen van uitvoerende kunstenaars, maar direct en primair om de daarmee nauw verweven en in beginsel parallel lopende belangen van producenten van beeld- en geluidsdragers die van deze uitvoerende kunstenaars hetzij het recht hebben gekregen tot het maken van een opname van een bepaalde uitvoering, hetzij het exclusieve recht tot het maken van opnamen van al hun uitvoeringen, telkens verbonden met reproductie- en distributierechten met betrekking tot de beeld- en geluidsdragers waarop de betreffende uitvoering is vastgelegd, alsmede om de belangen van hen die aan deze producenten reproductie- en distributierechten met betrekking tot bedoelde beeld- en geluidsdragers ontlenen.

De belangen waarom het te dezen direct gaat, behoren tot de soort die valt onder de bescherming welke art. 1401 (oud) BW bedoelde en art. 6:162 BW bedoelt te beschermen: 'piraterij' en 'bootlegging' (zie 4.1 sub (ii)) zijn in beginsel onrechtmatig zowel tegenover vorenbedoelde producenten als tegenover degenen die aan deze producenten reproductie- en distributierechten als evenbedoeld ontlenen.

95. Wetsontwerp 21 202, Hand. Tweede Kamer 1990-1991, nr 6, p. 33; het werd in 1995 van kracht. Zie voor deze problematiek ook mijn *The use of the action in tort to defend the public interest under Dutch law*, in: *Geïntegreerde rechtswetenschap*, R. Foqué c.s. (red.), *SI-EUR Reeks*, Arnhem, 1994, p. 479.

96. HR 18 dec. 1992, *NJ* 1994, 139, nt MS/CJHB; *TMA* 1994, p. 131, nt Backes.

97. HR 2 april 1993, *NJ* 573, nt CJHB.

§5. AANSPRAKELIJKHEIDSVORMEN

Het betreft hier belangen welke door individuele rechtsvorderingen moeilijk afdoende kunnen worden beschermd tegen aantasting als die welke hier aan de orde is. De techniek vergemakkelijkt 'piraterij' en 'bootlegging' in die mate, en opsporing en vervolging vereist daarom een zodanig gespecialiseerde organisatie, dat efficiënt en effectief optreden daartegen evenzeer en om dezelfde redenen 'bundeling' vergt als zulks, naar reeds lang is aanvaard, het geval is op het naburige terrein van de handhaving van het auteursrecht (met name dat op muzikale werken). Hier doen zich derhalve bijzondere omstandigheden voor, die wettigen te aanvaarden dat NVPI de bevoegheid toekomt bij de burgerlijke rechter een vordering in te stellen terzake van aantasting van de belangen waarvan zij blijkens haar doelomschrijving de behartiging op zich heeft genomen'.

De op 1 juli 1993 in werking getreden Wet op de naburige rechten kent aan organisaties van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen of omroeporganisaties collectieve procesbevoegdheid toe, art. 18. Met de inwerkingtreding van art. 3:305a BW is deze bepaling, als overbodig, komen te vervallen.

Voor een overzicht wat art. 3:305a BW in de afgelopen tien jaar gebracht heeft aan mogelijkheden voor collectieve actie, toegespitst op milieuschade, verwijs ik naar de Thema-nummers van *TMA*, voorjaar 2004.⁹⁸ In februari 2004 is het wetsvoorstel 'Collectieve afwikkeling van massaschade' ingediend, waarbij een verbindendverklaring door de rechter ingesteld wordt van een schaderegeling die de instemming heeft van een aantal bij collectieve schade betrokken partijen. De aanleiding voor het wetsvoorstel was de problematiek van de DES-slachtoffers. De verbindendverklaring heeft geen gevolg wanneer een gerechtigde geen gebruik daarvan wil maken en dat binnen een door de rechter bepaalde termijn heeft aangegeven, de *opt-out* mogelijkheid. Dan staat de mogelijkheid open om zelf een schadevergoeding te vorderen. Het is de bedoeling dat de voorgestelde regeling opgenomen wordt in Boek 7, titel 15, vaststellingsovereenkomst, en Boek 3 Rv.⁹⁹

98. *TMA* 2004-3 en -4, Themanummer: Collectieve Actie I en II. Een overzicht geven E. Bauw, Collectieve actie, milieuschade en massaschade, p.123, en L.J. Smale, Milieubescherming door collectieve actie, p.129, met literatuurvermelding.

99. Hierbij gaat het om de volgende ontwerp-artikelen: artt. 7:907-910 BW en artt. 1013-1018 Rv. Verder wordt voorgesteld om aan art. 3:310 een 5^e lid toe te voegen. Het wetsvoorstel is: *TK* 2003/2004, 29 414, nrs 1-3; zie nader de artikelen van Bauw en Smale. De wetgever heeft geen aanleiding gezien om het verbod op schadevergoeding in geld op te heffen, hetgeen door Smale terecht betreurd wordt.

§ 6. Vormen van groepsaansprakelijkheid. Het DES-dochters-arrest (1992)

A. MEERDADERSCHAP EN MULTI-CAUSALITEIT

1. Inleiding

De laatste jaren is de ontwikkeling van de problematiek van meerdaderschap en multi-causaliteit in rechtspraak en doktrine verder gegaan, zij het dat die ontwikkeling nog steeds vrij pril is. Op sommige punten heeft de hoge raad inmiddels zijn standpunt bepaald; dat is met name het geval in het *DES-dochters-arrest* (1992, zie nog onder).

Een aktueel voorbeeld is het geval dat schade als gevolg van milieuvervuiling veroorzaakt wordt door verschillende bronnen. In de situatie waarbij verscheidene bedrijven op een rivier schadelijke stoffen lozen, en daardoor benedenstrooms een gebruiker van die rivier schade toebrengen, kan sprake zijn van ‘alternatieve causaliteit’ (afzonderlijk werkende oorzaken) of ‘cumulatieve causaliteit’ (samenlopende oorzaken); in het eerste geval kan de schade door iedere oorzaak op zich teweeggebracht zijn, maar is niet duidelijk welke gebeurtenis de schade-oorzaak was (de casus van de twee jagers die elk geschoten hebben). In het tweede geval vindt er cumulatie van schade-oorzaken plaats, die in tijd gescheiden kunnen zijn of tegelijkertijd optreden. Hier kan men weer onderscheiden in oorzaken die elk op zich de gehele schade veroorzaakt hebben, of elk een deel van de schade. Dit geldt voor beide categorieën cumulatieve causaliteit; in het geval van oorzaken die ieder de gehele schade teweegbrachten, gescheiden in de tijd, spreekt men van ‘dubbele causaliteit’ (de casus van A die een ruit inslaat die korte tijd later ook gesprongen zou zijn door de explosie die B veroorzaakt). De ook wel gebruikte benaming ‘hypothetische causaliteit’ geeft goed aan dat het tweede schadevooral (in chronologische volgorde) hypothetisch van aard is: er kan geen schade toegebracht worden, want de schade bestond reeds.

Men kan deze varianten op de causaliteit, samengebracht onder de benaming ‘multi-causaliteit’, beschouwen vanuit het oogpunt van de causaliteit, de veroorzaking van de schade, en wel door een aantal gebeurtenissen in een complexe situatie; men kan echter dezelfde problematiek benaderen vanuit het daderschap: er is steeds meer dan één dader bij betrokken, in een complexe situatie. Vandaar de term ‘meerdaderschap’. Het is maar hoe je het bekijkt. De kernvraag is steeds: is er, bij voldoende causaal verband, een dader voor de gehele schade aan te spreken?; met andere woorden, is er *hoofdelijke aansprakelijkheid* van de daders? Het zal duidelijk zijn dat dit van groot belang voor de eiser is die voor de taak staat zijn schade te verhalen, en de complexiteit van de gebeurtenissen liefst voor rekening laat van de daders, die nadat de schade door één van hen betaald is, onderling de schade moeten zien te verdelen via verhaalsakties.

Indien men de problematiek beschouwt vanuit het oogpunt van meerdaderschap zijn er als mogelijkheden het *mededaderschap* (iedere dader is voor een deel betrokken bij de handeling die de schade veroorzaakt heeft; dit kan in de tijd gescheiden zijn of niet), of de *groepshandeling*. Deze laatste figuur, die ook wel aangeduid wordt als ‘psychische causaliteit’, betreft het optreden van een groep personen waarbij schade veroorzaakt werd (de casus van baldadige

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

jongeren). Kenmerkend voor deze figuur is, dat er enige verbondenheid tussen de groepsleden bestaat, dat een groepslid de schadetoebrengende handeling verricht heeft, doch niet bekend is wie dat was. In die situatie is elk lid van de groep in beginsel aansprakelijk, ook indien vast zou staan dat de aangesproken persoon de handeling *niet* verricht heeft. In het wat macabere duitse adagium: 'mitgegangen, mitgehangen'. Bij beide vormen van meerdaderschap is steeds de inzet om tot een *hoofdelijke* aansprakelijkheid te komen van de individuele dader die men voor de schade aanspreekt, om dezelfde redenen die bij de multi-causaliteit van gelding zijn.¹

Dit als introductie bij hetgeen nu volgt met betrekking tot recente ontwikkelingen op dit gebied. Het gaat hier met name om de heikele vraag, of bij meerdaderschap de lozer van een relatief klein deel van de schadelijke stoffen voor de gehele schade (hoofdelijk) aansprakelijk gesteld kan worden. Deze vraag werd door De Planque in 1985 en 1987 ontkennend beantwoord; in de laatste jaren heeft hij medestanders voor deze opvatting gevonden.

Rechtsvergelijking

Het beeld dat de rechtsvergelijking oplevert, is dat men in een aantal west-europese landen de hoofdelijke aansprakelijkheid bij meerdaderschap aanvaard heeft, veelal ook in milieuzaken. In het duitse recht is hoofdelijke aansprakelijkheid neergelegd in § 22 Wasserhaushaltsgesetz (1957) op grond van risico-aansprakelijkheid; ingevolge lid 2 is dit ook het geval bij niet-gewilde, toevallige emissies. In de jurisprudentie heeft de duitse hoogste rechter, het Bundesgerichtshof in 1971 al hoofdelijke aansprakelijkheid aanvaard voor daders van kleine lozingen, die elk onvoldoende zijn om schade teweeg te brengen, maar wel in hun totaliteit schade toebrengen ('Summierung'). Dit was het *Hühnergülle*-arrest; water van een kweekvijver was vervuild door kippe-mest, varkensmest en ander vuil, afkomstig van 3 bedrijven. Verder kent men in het duitse recht bedoeld en onbedoeld meerdaderschap, resp. *Mittäterschaft* en *Nebentäterschaft*. In het eerste geval is 'bewust en gewild' samenwerken vereist, doch de rechter neemt genoegen met meedoen zonder dat men de schade daadwerkelijk gewild heeft. In het tweede geval geldt het vereiste dat de handeling van de mededader in beginsel onafhankelijk van de andere handelingen de schade moet hebben kunnen veroorzaken. Indien echter niet vast te stellen is of de handeling de gehele schade of slechts een gedeelte veroorzaakt zou kunnen hebben, is iedere dader voor het geheel aansprakelijk. Aldus *Steinbrüche*-arrest (1976), het geval van twee steengroeven die met explosies trillingen veroorzaakt hadden, en niet vaststond welke explosie de bewuste schade teweeg gebracht had, en evenmin of een combinatie van explosies de oorzaak was.²

1. Deze materie werd door mij uitvoerig, en rechtsvergelijkend behandeld in de Eindrapporten Projekt Onderzoek Rijn 1986 en 1988, resp. p. 40 v., 53 v. De rapporten zijn gepubliceerd door het Instituut voor Milieuschade, EUR.

2. Zie de bijdragen van G. Brüggemeier en J. Köndgen aan: *Transboundary Pollution and Liability: The Case of the River Rhine*, J.M. van Dunné, Ed., Lelystad, 1991, resp. pp. 88 v.; 102 v.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

In het franse recht wordt bij meerdaderschap doorgaans hoofdelijke aansprakelijkheid aangenomen. Dit werd bijvoorbeeld in 1984 door de Cour de Cassation aangenomen in het geval dat een beroep op overmacht een mededader mogelijk geheel of gedeeltelijk bescherming had kunnen bieden. Ten aanzien van meerdaderschap bij aansprakelijkheid voor zaken werd in de rechtspraak eveneens hoofdelijkheid aangenomen; hetzelfde geldt voor alternatieve aansprakelijkheid (twee jagers); voor jachtongevallen is overigens in 1966 een garantiefonds ingesteld.

Het zwitserse recht wordt bij watervervuiling ingevolge het Gewässerschutzgesetz, juncto het Obligationenrecht, bij meerdaderschap hoofdelijke aansprakelijkheid aangenomen. Daarvoor is vereist dat de daders 'schuldhaft zusammengewirkt' hebben. Evenals in het duitse recht wordt dit ruim geïnterpreteerd: overleg tussen de daders is niet noodzakelijk, wel dat zij kennis hadden of konden hebben van het schadelijk handelen van anderen en konden inzien dat het gezamenlijk handelen schade zou berokkenen. In de rechtspraak werd op creatieve wijze meerdaderschap aangenomen, zoals ten aanzien van commissarissen in een NV, een vechtpartij, gevaarlijk spelende jongens, schietpartij in restaurant, vechtpartij bij ijshockeywedstrijd. Hierbij werden niet alleen de bij het ongeval daadwerkelijk betrokken personen hoofdelijk aansprakelijk geacht, maar ook eigenaren van het gebouw of organisatoren.³

Gezien deze rechtsontwikkeling in naburige landen, valt moeilijk in te zien waarom naar nederlands recht niet soortgelijke oplossingen gevonden kunnen worden, leidend tot hoofdelijke aansprakelijkheid bij meerdaderschap. Daarvoor gaan wij over naar de volgende paragraaf.

2. *Recente ontwikkelingen op gebied van meerdaderschap en multi-causaliteit*

Met de uitvoering van het Wetsontwerp gevaarlijke stoffen van 1995 wordt hoofdelijke aansprakelijkheid aangenomen indien sprake is van meer dan één exploitant van een stortplaats of een boorgat (art. 6:182).⁴ Dit is overigens niet het geval bij exploitanten van gevaarlijke stoffen (wel de medebezitters daarvan, art. 6:180), en evenmin bij exploitanten van gebrekkige zaken, opstallen en dieren (wel weer medebezitters). Braams verwondert zich daar terecht over (diss. p. 446 v.). Het belangrijkste is echter dat de wetgever een stoot tot hoofdelijke aansprakelijkheid bij milieuschade gegeven heeft.

Indien wij de jurisprudentie van de afgelopen jaren bezien, is daar allereerst de figuur van alternatieve causaliteit die in de *DES*-zaak getest werd als grondslag voor produktenaansprakelijkheid (anti-miskraam medicijn DES, dat kanker-verwekkend zou zijn). Eind 1990 is het arrest van het Hof Amsterdam geweest, waarbij de vordering van de DES-dochters verworpen is.⁵ De hoge raad heeft op 9 okt. 1992 een arrest in andere zin gewezen, dat onder nog uitvoerig aan de orde komt.

3. Voor de bronnen van dit rechtsvergelijkend overzicht wordt verwezen naar de in de vorige noot genoemde rapporten.

4. Zie onder, Hfdst. 12, § 4, nr 4.

5. Hof Amsterdam 22 nov. 1990, *TMA* 1991, 36, nt Spier.

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

Er zijn in de doktrine aanhangers van een ruime, en van een beperkte uitleg van de alternatieve aansprakelijkheid van art. 6:99 BW; men zie het recente overzicht hiervan in de noot van Spier, die zelf weinig mogelijkheden voor een ruime uitleg à la Nieuwenhuis ziet. Spier is wel voorstander van een (primaire) marktaandeel-aansprakelijkheid, die echter in het arrest van het hof niet aan de orde was. Hij meent echter dat de invoering van die figuur meer op de weg van de wetgever dan van de rechter ligt. Overigens is Nieuwenhuis, gevolgd door Boonekamp in een recent proefschrift, voorstander van marktaandeel-aansprakelijkheid in beperkte vorm, namelijk in de regresfase. Hieronder komen wij nog op die figuur terug.⁶

De zogenaamde dubbele causaliteit was in het geding in het arrest *Kennis - Gem. Budel*, van 1989.⁷ De casus was deze. Kennis had, afgaande op toezeggingen van de wethouder van Budel, grond gekocht van Bossers. De gemeente komt haar toezeggingen niet na, en Kennis lijdt hierdoor schade, die hij via een onrechtmatige daadsaktye vergoed wil zien. De gemeente voert het verweer dat Kennis toch zijn plannen met de grond niet ten uitvoer had kunnen brengen, aangezien zijn hinderwetvergunning enkele jaren later door de Kroon vernietigd was, en hij zich op een ontbindende voorwaarde in het koopcontract met Bossers had kunnen beroepen. De hoge raad overweegt hieromtrent:

‘Indien de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld door de voormelde toezeggingen niet na te komen en Kennis als gevolg daarvan zijn bedrijf niet op de aangegeven plaats heeft kunnen vestigen en daardoor schade heeft geleden, wordt het oorzakelijk verband tussen dat onrechtmatige handelen en die schade niet doorbroken doordat zich naderhand feiten hebben voorgedaan die eveneens tot een zodanige schade zouden hebben geleid, indien de gemeente deze toezeggingen wel gestand zou hebben gedaan’.

In de visie van de hoge raad is dus de eerste schade-oorzaak bepalend voor de vaststelling van de aansprakelijkheid, conform de gangbare opvatting hierover. Korte tijd later wees de raad wederom een arrest over dubbele causaliteit, het betrof hier echter een duurverplichting, HR 2 febr. 1990, *NJ* 1991, 292, *Staat - Vermaat*. Van Ruyven was in 1976 bij een verkeersongeval arbeidsongeschikt geraakt door een onrechtmatige daad van Vermaat. De staat verhaalt de kosten van het invaliditeitspensioen op Vermaat; in 1983 had Van Ruyven echter een hartinfarct gekregen, en Vermaat voert nu het verweer dat het slachtoffer zonder het ongeval ook arbeidsongeschikt geworden zou zijn, en dat hij (Vermaat) niet aansprakelijk zou zijn voor kosten van invaliditeitspensioen na 1983. De hoge raad stelt hem in het gelijk: er is geen reden de inkomensschade vanaf het tijdstip dat de voor eigen risico komende arbeidsongeschiktheid zou zijn ingetreden, nog toe te rekenen aan degeen die voor het ongeval aansprakelijk is.

Men mag aannemen dat, om in het causaliteitsjargon te spreken, de aard van de gebeurtenissen en de aard van de schade bepalend zijn voor het hier door de hoge raad ingenomen standpunt, dat zoals wij zien afwijkt van dat in het vorige arrest. Het opmerkelijke is wel, dat in dat arrest Kennis bij de tweede

6. Zie resp. J. Spier, *TMA* 1991, p. 36 (vgl. ook *NTBR*. 1992, p. 193); R.J.B. Boonekamp, *Onrechtmatige daad in groepsverband volgens NBW*, diss. Leiden 1990, p. 197.

7. HR 23 juni 1989, *NJ* 1990, 441. In dezelfde zin: HR 7 dec. 2001, *NJ* 2002, 576, *Gem. Leeuwarden - Los*. Daarin wordt ook naar het hier volgende arrest verwezen, *Staat - Vermaat* (1990).

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

schadeoorzaak eveneens met een 'eigen risico' te maken had; in de andere procedure was namelijk beslist dat de vernietiging van de vergunning door de Kroon aan zijn eigen nalatigheid te wijten was. Als gevolg daarvan was hem een beroep op een ontbindende voorwaarde in het koopcontract ontzegd.

De problematiek van dubbele causaliteit is voor de praktijk onderwerp van minder gewicht dan die van de cumulatieve causaliteit in het algemeen, in samenhang met de figuur van meerdaderschap. Bij gelijktijdig werkende schade-oorzaken komt men overigens ook een verweer tegen dat lijkt op dat van de dubbele (niet-gelijktijdige) causaliteit: 'het kan wel zo zijn dat ik u schade toebreng, maar u hebt toch al schade door derden die het normale gebruik van uw eigendom belemmeren'. Dat dit een oud argument is, blijkt uit de *Voorste Stroom*-zaken: al in 1938 werd dat verweer door de rechter terzijde geschoven. In casu stelde de Gemeente Tilburg dat als zij de rivier niet zou vervuilen, deze toch door de lozingen van derden vervuild zou zijn (vgl. Hof Den Bosch 22 mrt. 1938, *NJ* 795).

Bij de meerdaderschap is de kwestie van de hoofdelijkheid een centrale vraag. In *Staat - Duphar* nam de amsterdamse rechtbank geen hoofdelijkheid aan; Duphar was slechts verplicht 'die kosten te vergoeden, die in rechtstreeks verband staan met de in haar opdracht naar de Volgermeerpolder vervoerde chemische (afval)stoffen'.⁸

Welk standpunt zou naar geldend recht, en zeker naar wordend recht, ingenomen kunnen worden over meerdaderschap en hoofdelijke aansprakelijkheid? Er bestaat consensus dat bij mededaderschap iedere pleger van een onrechtmatige daad die bijdroeg tot de schade hoofdelijk aansprakelijk is voor de gehele schade. De eiser mag kiezen wie hij aanspreekt, en zelfs de dader met de geringste bijdrage tot schade voor het geheel aansprakelijk stellen, bijvoorbeeld omdat deze goed verzekerd of goed bij kas is, *London & Lancashire* (1955).⁹ De ongelukkige aangesproken partij zoekt maar verhaal bij zijn mededaders, en draagt dus het risico van insolventie van één of meer van hen. Aldus uitdrukkelijk de hoge raad in het arrest van 1955, met het argument dat die situatie minder onbevredigend is dan wanneer dit risico bij de schadelijdende partij gelegd zou worden. Mag men nu stellen, zoals Van Wassenauer van Catwijk en in diens voetspoor Kottenhagen-Edzes doen, dat uit dat genoemde arrest ook volgt dat, indien de mededaders *onbekend* zijn, er geen hoofdelijke aansprakelijkheid van de bekende dader(s) is?¹⁰ Naar mijn mening ontbreekt voor die stelling steun in dat arrest, en biedt de uitspraak van de raad

8. Vgl. Rb. Amsterdam 31 mei 1989 *TMA* 1990, p. 59, nt Koeman. Overigens waren op dat moment de mededaders van Duphar nog niet bekend, zoals de rechtbank ook overweegt. Zie ook Hof Amsterdam 17 dec. 1992; vgl. *TMA* 1993, p. 107, nt Van Dunné. In cassatie werd Duphar in het geheel niet aansprakelijk bevonden door de HR, zie het *Duphar*-arrest, HR 30 sept. 1994, *NJ* 1996, 197, nt CJHB; zie onder Hfdst. 12, § 7, nr 7.

9. HR 4 nov. 1955, *NJ* 1956, 1, nt LEHR; vgl. ook HR 20 febr. 1981, *NJ* 418, *FRAM*. Het aandeel van de 2 daders was 80% en 20%. Vgl. ook: HR 24 dec. 1999, *NJ* 2000, 351, nt CJHB, *Nugteren - Meskes*, (*verzakking woning* Den Ijp), zie onder, nr 10.

10. A.J.J. van Wassenauer van Catwijk, *Polycausaliteit*, in: *Ter recognitie*, Streefkerk en Faber (red.), Hilversum, 1987, p. 417; P.A. Kottenhagen-Edzes, *Onrechtmatige daad en milieu*, diss. Rotterdam 1992, p. 234.

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

juist steun voor het tegengestelde standpunt¹¹. Uitgangspunt voor het college is immers de redelijkheid, het vinden van een bevredigende risikoverdeling; dan zou het in de rede liggen om bij onbekendheid van de andere (of een aantal andere) mededaders, het verhaalsrisiko eveneens bij de bekende mededader(s) te leggen. Als insolventie van zijn lotgenoten al voor zijn (hun) rekening komt, valt het 'op het kerkhof liggen' van de mededaders toch in dezelfde categorie? Juist ook vanuit het oogpunt van slachtofferbescherming, dat voor de hoge raad telt. In het *DES*-arrest stelt de raad zich ook op het standpunt dat de billijkheid de grondslag voor de regeling van alternatieve causaliteit is, het tegemoet komen aan de benarde positie van de benadeelde.

In het betoog van mevr. Kottenhagen is mij verder niet duidelijk hoe zij kan stellen dat uit het *Kalimijnen*-arrest zou volgen dat in die situatie geen sprake kan zijn van mededaderschap van de Kalimijnen. Dit leidt zij af uit de omstandigheid dat het hoge zoutgehalte van de Rijn niet alleen aan de Kalimijnen te wijten is, maar in hoge mate aan natuurlijke oorzaken. Dat laatste is zeker juist, het aandeel van de Kalimijnen in de industriële zoutlozingen in de Rijn bedroeg ongeveer 40%. Dat er mededaders zijn, wellicht voor het merendeel onbekend, staat daarmee wel vast. De Kalimijnen zouden aangesproken kunnen worden voor de totale schade toegebracht door de mededaders-industriële lozers, hoofdelijk dus. Dat men de natuurlijke dader, Moeder Noordzee, buiten schot moet laten is een natuurlijke zaak. Om een cijfervoorbeeld te geven: stel dat de verzilting door zoute tong en kwel goed was voor 55% van het zoutgehalte in het Rijn (boezem-)water, en dus 45% een industriële achtergrond had; stel dat het eigen aandeel van de Kalimijnen 17% bedroeg, dan zou zij hoofdelijk voor die 45% aangesproken kunnen worden, en verder verhaal moeten zoeken bij mededaders voor 28% (steeds uitgaand van een lineair verband tussen zoutgehalte en schade).

Aldus een verdedigbaar standpunt over een milieuschade als die van de *Kalimijnen*-zaak. In die procedure is dit niet naar voren gebracht; het is waarschijnlijk dat eisers hun hand niet wilden overspelen, zij hadden evenmin een lozingsverbod geëist. De procedure was al gecompliceerd genoeg.

Aangezien het hier ingenomen standpunt, evenals dat van de hoge raad in 1955, gebaseerd is op de redelijkheid en een bevredigende oplossing bij de verdeling van risico's, is het denkbaar dat in geval het aantal onbekende mededaders groot is, men de rechter bereid vindt om de opgelegde schadevergoeding (voor het geheel) te matigen. Een mogelijkheid die het oude recht al kende, voor degeen die dat recht kent, en die in het huidige BW met zoveel woorden opgenomen is, art. 6:109 BW. Men kan ook, als altijd, als men aan het toerekenen slaat, al of niet bij de vaststelling van het causaal verband, de redelijkheid laten meespreken. Het resultaat zal het zelfde zijn, het laten meewegen van de belangen van de aansprakelijke en schadeplichtige partij. Alleszins redelijk. De pleidooien in die richting die men de laatste tijd in de literatuur tegenkomt slaan echter meestal zo ver door naar de belangen van die laatste partij, dat de benadeelde het kind van de rekening wordt. Tot die categorie behoort naar mijn mening ook het arrest van het hof amsterdam inzake *DES* (vgl. onder). Dat kan toch ook weer niet de bedoeling zijn.

11. Aldus ook: A.J. Van, *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit*, diss. Rotterdam 1995, *Serie Aansprakelijkheidsrecht*, nr 3, Arnhem, 1995, pp. 64; 229.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

Daarmee komen wij op de andere vorm van meerdaderschap, de *groepshandeling*, met als variant de alternatieve causaliteit. Hier bestaat de onzekerheid er voor de schadelijgende partij in dat hij wel een groep potentiële daders kent, maar niet weet wie daaronder de werkelijke dader is. Een nog groter procesrisiko dan het vorige geval, waar hij de groep van mededaders kent, maar bij ieder met de pet langs zou moeten gaan om schadevergoeding te innen, na eerst vastgesteld te hebben hoe groot het aandeel van betrokkene in de schade is, gezien zijn handeling en bijdrage tot de schade. Indien in die situatie de hoge raad, evenals de hoogste rechters in omringende landen, bereid is de geledeerde te hulp te komen, zouden er goede argumenten moeten zijn om dat niet te doen in het geval dat thans aan de orde is, de groepsaansprakelijkheid. In het buitenland heeft men, de hoogste rechter voorop, die argumenten gevonden, zoals wij eerder zagen. Een groep is niet alleen een groep als er groep op staat. Het is natuurlijk een kwestie van interpretatie of liever, kwalificatie wat men onder een 'groep' verstaat.

In ons recht is nog maar nauwelijks daarover nagedacht. Sommige schrijvers willen terug naar het verleden, zoals Maeijer, die het romeinsrechtelijke *in turba* als kenmerk preferereert: de in gedrang, gewoel en wanorde van een groep mensen gepleegde onrechtmatige daad. De ontwerpers van het Nieuw BW dachten in het verlengde hiervan slechts aan schade bij demonstraties, baldadige kinderen, en dergelijke, art. 6:166. Ook was de casus uit de jurisprudentie bekend van de tegelijkertijd schietende jagers of gelegenheidsschutters, dat werd ook keurig gecodificeerd: art. 6:99. Maar wij zijn nu enkele decennia verder, en komen met die maatschappelijk marginale casusposities niet veel verder. Vandaar de vraag of de betreffende artikelen van het BW ruim uitgelegd mogen worden, om enig nut te hebben voor groepshandelingen uit de samenleving van nu: medische aansprakelijkheid, produkten-, milieu-aansprakelijkheid, etcetera. Wie sprak van het modernste wetboek van Europa, dat door de rest van Europa overgenomen zou moeten worden (en zo geschikt is voor de Oostblok-landen)? Wij moeten, zoals wel vaker, als het eigen recht tekort schiet naar het buitenland kijken om inspiratie op te doen. Daar zagen wij hoe creatief in de rechtspraak met het begrip 'groep' omgegaan wordt.

Dan moet men wel bereid zijn afstand te nemen van de in het kader van art. 6:166 te hanteren criteria, die toegesneden zijn op demonstraties met schadelijke afloop. Bijvoorbeeld de vraag of de kans dat schade toegebracht zou worden de personen had behoren te weerhouden van hun gedragingen in groepsverband (lid 1 van art. 166); of de eis die Nieuwenhuis stelt, de 'hoge graad van onderlinge afstemming van het gedrag'. Wissink spreekt van de eis dat de leden van de groep elkaar in hun gedrag wederzijds beïnvloeden. In die optiek is het vanzelfsprekend dat het karakter van de groepshandeling meebrengt dat het gaat om handelingen die niet in de tijd verspreid zijn en ongeveer op eenzelfde plaats gebeuren. Kortom: eenheid van tijd, plaats en handeling. Verder wordt er een bepaalde mentale eenheid vereist, een kluwen personen die tot 'psychische causaliteit' leidt, zoals Hartkamp dat noemt. Een romeinse *turba* komt in beeld. Of dat beeld nog in onze tijd past - relletjes bij Oud en Nieuw, TT-races en andere Kaas en Brood Oproeren daargelaten - is echter de vraag.

Het zal duidelijk zijn dat indien men zich strikt aan dat beeld van de turbulente groep houdt, er geen plaats is voor milieuvervuilers (of producenten)

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

als groep. Dat zijn immers ver van elkaar in plaats, tijd, en geestverwantschap handelende rechtspersonen, die keurig en rustig hun industriële behoefte in de rivier doen. Op gezette tijden doet men dat, men kent elkaar vaak niet eens, weet niet wat de ander doet, vormt zeker geen groep met elkaar. In die zin bijvoorbeeld mevr. Kottenhagen, in navolging van Bocken in diens gentse dissertatie van 1979; zij werd instemmend aangehaald door Hartkamp.¹²

Die visie zal alleen degeen kunnen overtuigen die bereid is het beperkte uitgangspunt te onderschrijven, wat onder een groep verstaan moet worden, anno heden. Indien men, met de Parlementaire Geschiedenis in de hand, kan aantonen dat het artikel niet bedoeld is van toepassing te zijn op een groep industriële lozers, en ook van mening is dat de zogenaamde 'redelijke wetstoepassing' die de hoge raad bij het oude BW zo vaak hanteerde bij het BW uit den boze is, dan weet ik niet of het verstandig is veel energie aan de weerlegging van die opvatting te besteden. Er is al lang geleden gewaarschuwd voor wetspositivisme, zodra het NBW ingevoerd zou zijn. Het zou dan zinniger zijn een omtrekkende beweging te maken, en de stelling te betrekken dat het BW een leemte vertoont wat betreft het industriële handelen in groepsverband, in de sfeer van produkten, milieu of dienstverlening. Voor die situatie is - naar men zegt - art. 6:166 niet geschreven, en evenmin - naar men zei vóór het *DES-dochter*-arrest (vgl. nog onder) - art. 6:99 NBW. Het verbintenissenrecht is een open systeem, zou men met Schoordijk en vele anderen kunnen stellen. Dan zou men, de oplossing kunnen aanvaarden die men in het buitenland eveneens kent, waarbij voor groepshandelingen in de commerciële sfeer hoofdelijke aansprakelijkheid voor de leden van de groep bestaat.

Het zal duidelijk zijn dat deze materie in een concrete situatie nader onderzoek behoeft. Op voorhand zou gezegd kunnen worden dat bedrijven die een bepaalde organisatiegraad vertonen met niet veel moeite als groep aangemerkt zouden kunnen worden. Tegenwoordig heeft men vaak overleg op milieugebied in dergelijke organisaties en heeft men toegang tot elkaars lozingsgegevens.¹³

Ten slotte nog enkele opmerkingen van meer rechtspolitieke aard. Het gaat niet alleen om het versterken van de positie van de geledede in milieuzaken (en verwante rechtsgebieden) door het aanvaarden van hoofdelijke aansprakelijkheid bij meerdaderschap en groepshandelingen. Er is meer in het geding, met name het andere aspekt van het onrechtmatige daadsrecht: naast het verevenen van toegebrachte schade staat ook het doel van preventie van dergelijke schaden. Indien industriële lozers (of producenten) zich in de anonimiteit van een groep kunnen verschuilen, zal er geen sterke prikkel zijn om schadetoebrenghend handelen - alle beetjes helpen, ook ten negatieve - te beperken of te voorkomen. Indien de procesrisiko's zo groot zijn als zij thans zijn voor degeen die niet alleen de vervuiler(s) in kwestie moet identificeren, maar bovendien de mate van vervuiling moet vaststellen, is het goed toeven in

12. Asser-Hartkamp III, nr 94.

13. Zie bijv. de duitse VCI, organisatie van de chemische industrie, die voor haar 1600 leden, waarvan 400 schadelijke stoffen in de Rijn lozen, een milieu-contract met gem. Rotterdam gesloten hebben, zie mijn artikel *Legal Issues Arising from the Rhine Contracts*, in: *Environmental Contracts and Covenants: New Instruments for a Realistic Environmental Policy?*, J.M. van Dunné, Ed., Lelystad, 1993, p. 117.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

de groep mede-lozers. Dan staat de schadelijde partij machteloos. Indien daarentegen iedere lozer weet dat hij als lid van een grote groep lozers op een rivier, aangesproken kan worden voor de door de groep veroorzaakte schade, is er een prikkel om als groep maatregelen te treffen om de schadelijke lozingen te beperken of te voorkomen, of eventueel een fonds te vormen om derden schade-loos te stellen. Het is tenslotte een probleem dat in groter verband het beste aangepakt en opgelost kan worden. Het onrechtmatige daadsrecht kan daartoe ook een bijdrage leveren.

Dan is er nog een ander argument, van procestactiek. Eén van de grote voordelen van hoofdelijke aansprakelijkheid is, dat een oplossing door middel van een schikking eerder bereikt kan worden. Als stok achter de deur is er immers het eisen van de totale schade. In de Verenigde Staten is de bodemsanering in het kader van CERCLA en Superfund daarvan een goed voorbeeld. Als de dreiging van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de gehele schade veroorzaakt door bijvoorbeeld een stortplaats boven het hoofd hangt, wil men wel over de brug komen om het schikkingsvoorstel van de overheid te aanvaarden.¹⁴

Een groot voorstander van het handhaven van hoofdelijke aansprakelijkheid bij groepsaansprakelijkheid, in combinatie met marktaandeel-aansprakelijkheid op het terrein van produktaansprakelijkheid is Knottenbelt, die daarvoor steun vindt bij Nieuwenhuis.¹⁵ En daarmee komen wij op een bespreking van de stand van zaken ten aanzien van de figuur van marktaandeel-aansprakelijkheid, waarvan de toepassing de laatste tijd ook op het gebied van de milieu-aansprakelijkheid bepleit wordt.

3. *Marktaandeel-aansprakelijkheid, inspiratiebron voor vervuilingsaandeel-aansprakelijkheid*

In de literatuur van de laatste tijd is er veel belangstelling voor de ontwikkelingen in het Amerikaanse recht ten aanzien van produkten- en milieu-aansprakelijkheid, met name de figuren 'market share liability' en de daaraan ontleende 'pollution share liability'. Deze figuren zijn gebaseerd op de alternatieve aansprakelijkheid ('twee jagers'), waarop een zgn. 'enterprise liability' geconstrueerd werd. Sinds Knottenbelt in 1982 aandacht voor de marktaandeel-aansprakelijkheid vroeg, begint deze aansprakelijkheidsvorm redelijk populair te worden, dat wil zeggen in schrijverskringen. In zijn conclusie voor de *DES-dochters*-zaak heeft a-g Hartkamp zich voor deze vorm van aansprakelijkheid uitgesproken. Deze suggestie is door de hoge raad overgenomen; het college deed een stap verder, en koos voor hoofdelijke aansprakelijkheid van de producenten.¹⁶ Verder kan gewezen worden op de ontwik-

14. Zie daarover, R.B. Stewart, Recent Developments in the Field of Liability for Hazardous Waste under CERCLA and Natural Resources in the United States, *TMA* 1991, p. 89.

15. Vgl. J. Knottenbelt, *Produktaansprakelijkheid*, diss. Rotterdam 1990, ook verschenen als *Hoofdstukken produktaansprakelijkheid*, Studiepockets Privaatrecht, 1991.

16. Vgl. *TvC* 1993, p. 241. Zie voor uitvoerig overzicht van marktaandeel-aansprakelijkheid, deze conclusie, en verder nog: L. Dommering-van Rongen, *WPNR* 6089 (1993), p. 276; A.S. Hartkamp, die als teleurgestelde a-g stoom afblaast in de Asscher-bundel, 1993, p. 76.

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

keling in de Amerikaanse jurisprudentie in de richting van *risk contribution approach*. Niet zozeer het marktaandeel, maar het risico-aandeel in de schade als gevolg van gebrekkige producten of milieuvervuiling is de grondslag voor aansprakelijkheid gaan vormen. In de afgelopen jaren heeft die tendens zich voortgezet; een voorbeeld daarvan is de DES-zaak *Hymowitz v. Eli Lilly & Co.* uit 1989 van de hoogste rechter in New York. Ook al kan een producent uit de groep aansprakelijk gestelde producenten aantonen in een specifiek geval niet de producent van het middel geweest te zijn, hij blijft aansprakelijk, want hij heeft bijgedragen tot de 'overall risk'. Ten aanzien van het punt hoeveel leden van de groep gedagvaard moeten worden door eisers om ontvankelijk te zijn in hun actie tot schadevergoeding, biedt de Amerikaanse rechtspraak nog steeds een gevarieerd beeld. In sommige staten is vereist een substantieel percentage producenten te dagvaarden; in andere moeten eisers zich voldoende inspanssen hebben om zoveel mogelijk producenten op te sporen en in het proces te betrekken, het zgn. 'due diligence'-vereiste. In de DES-zaak uit 1988 van de Californische hoogste rechter, *Brown v. Superior Court*, wordt de hoofdelijke aansprakelijkheid verlaten, maar de marktaandeel-aansprakelijkheid gehandhaafd, dat eerste tot verdriet van Knottenbelt, naar zich laat aanzien.

Intussen wordt de marktaandeel-aansprakelijkheid niet gehanteerd bij asbest-zaken, aangezien vanwege de ruime toepassing van die stof in industriële producten (en bouwwerken) het niet doenlijk is om een markt vast te stellen. Opmerkelijk is wel dat in sommige arresten de bewijslast omgekeerd wordt, zoals in *Hardy v. Manville Sales Corp.* uit 1981, waarbij men van enterprise liability uitging (in dit arrest werd overigens wel de marktaandeel-aansprakelijkheid toegepast). Intussen zijn vrijwel alle asbestproducenten in de Verenigde Staten failliet, de claims liepen soms op tot 80 miljard dollar per bedrijf (zoals bij Manville Corp.). Men concentreert zich nu op asbest in gebouwen, en daagt aannemers en overheidsinstanties voor de rechter, de zgn. 'second wave' die in aankomst is.¹⁷

De hantering van pollution share liability heeft in de Amerikaanse literatuur al vrij veel aandacht gekregen, men zie de bespreking bij Snijder, op p. 146 v. Er zijn daarbij twee kernpunten; allereerst de bekende vraag, hoeveel vervuilers gedagvaard moeten worden. Men vindt bijvoorbeeld het standpunt verdedigd dat het aantal vervuilers moet corresponderen met een 'substantial percentage of the pollution' (aldus Friedland, 1984). Uit hetgeen hierboven is betoogd, volgt dat naar onze opvatting men naar Nederlands recht als eiser meer vrijheid heeft in dit opzicht. Het procesrisiko hoeft ook op dit punt niet bij de geledeerde gelegd te worden. Dat het in de praktijk verstandig zal zijn een substantieel aantal vervuilers te dagvaarden, indien deze op eenvoudige wijze op te sporen zijn, is een andere zaak. Dat zou een schikking kunnen vergemakkelijken, hoewel een meer verbeterde procedure ook tot de mogelijkheden behoort. In onze visie hoeft het overigens niet zo'n probleem te zijn om tot een relevant aantal vervuilers te komen, aangezien men geen zekerheid hoeft te hebben over het aandeel van ieder in de vervuiling, en dat aan de gedaagden kan overlaten, die daarvoor de bewijslast toegedeeld krijgen (c.q. de medewerkingsplicht tot bewijsvoering, zie boven).

17. Men zie voor die materie het artikel van Van Dunné en Snijder in *TMA* 1991, p. 60.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

De tweede vraag is hoe het vervuilingtaandeel bepaald moet worden, hetgeen in onze visie een probleem van het regres tussen de vervuilers onderling is, en de eisers niet regardeert. Dit betekent een belangrijke kopzorg minder voor de doorgaans niet deskundige/geïnformeerde eisende partijen. In de Amerikaanse literatuur is voorgesteld om het vervuilingtaandeel aan de hand van drie factoren vast te stellen: de hoeveelheid geloosde stoffen; de geografische afstand van lozing tot de schadeplaats (rekening houdend met klimatologische omstandigheden) en de invloed van de geografische ligging van het vervuilende bedrijf. Sommige schrijvers hebben hiervoor computermodellen ontwikkeld; men zie Snijder, t.a.p.

Ook op het terrein van milieu-aansprakelijkheid is fondsvorming door vervuilende bedrijven en instanties een reëel alternatief voor het verkrijgen van schadevergoedingen na lange en kostbare (voor beide partijen) rechtsprocedures. Zoals betoogd, zijn de door ons bepleite instrumenten om de aansprakelijkstelling van bekende en onbekende vervuilers te vergemakkelijken een 'incentive' voor de betrokken bedrijven of bedrijfstak om tot het stichten van een fonds over te gaan. Een dergelijk fonds ziet men ook door de wetgever bepleit; dat was in 1974 het geval bij de Duitse wetgever, inzake de aansprakelijkheid van farmaceutische producenten, doch het is zover niet gekomen, doordat de verzekeraars de handen ineen sloegen (bang voor concurrentie) en een verzekering boden op basis van risico-aansprakelijkheid. Overigens een commercieel succes, doordat claims van enige omvang uitgebleven zijn.¹⁸

B. HET DES-DOCHTERS-ARREST

4. Inleiding

Dan volgt hier het spraakmakende *DES-dochters*-arrest van 9 okt. 1992.¹⁹ De casus wordt voldoende duidelijk uit de overwegingen van de hoge raad, en de bespreking die erop volgt. De kernoverwegingen zijn:

'3.7.1. Nu komen de onderdelen 1 en 3 van het middel in het principale beroep aan de orde. Deze onderdelen richten zich tegen de r.o. 7-13 van het hof betreffende de toepassing van art. 99. 's Hof's oordeel dat er te dezen geen plaats is voor toepassing van de regel van art. 99 geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

Er is aanleiding bij de uitleg van deze regel acht te slaan op de tekst, de strekking en de parlementaire geschiedenis van het artikel.

De situatie die zich hier voordoet valt onder de tekst: veronderstellenderwijs moet worden aangenomen dat de bedrijven die in de relevante periode Des in het verkeer hebben gebracht, elk hiervoor wegens hun fout aansprakelijk zijn, dat de gehele schade van elke benadeelde door elk van deze 'gebeurtenissen' - het in het verkeer brengen - kan zijn ontstaan en dat de schade ten minste is ontstaan door een van deze 'gebeurtenissen'. Wanneer het hof in de r.o. 7-9, hiervoor in 3.2 onder (iii) samengevat, als vereiste stelt dat er een concrete gedraging moet zijn gesteld, stelt het een vereiste waarvoor in de tekst van art. 99 geen steun is te vinden.

18. Voor de figuur van de fondsvorming, zie ook Hfdst. 12, § 6, p. 556.

19. *NJ* 1994, 535, nt CJHB; *AA* 1993, p. 123, nt Hijma; *TMA* 1993, p. 15, nt Van Dunné. Het hiervolgende is aan die laatste noot ontleend. Zie voor dit arrest ook T. Hartlief, *TVVS* 1992, p. 308, met lit. Zie, in kritische zin: J. Spier, *NTBR* 1992, p. 193; C.J.M. Klaassen en A.A. van Rossum, *RmTh* 1994, p. 4, die voorstander van marktaandeelaansprakelijkheid zijn.

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

Toepassing van het artikel in een situatie als de onderhavige strookt ook met de strekking hiervan. Het artikel wil de onbillijkheid wegnemen dat de benadeelde de schade zelf moet dragen, omdat hij niet kan bewijzen wiens handeling causaal voor zijn schade is (Toelichting Meijers, Parl. Gesch. NBW, Boek 6, p. 346). Zo een bewijsnood voor de benadeelden doet zich hier voor.

Weliswaar wordt in de Toelichting Meijers en de parlementaire stukken niet gesproken over een situatie als zich hier bij het produkt Des voordoet, maar aannemelijk is dat die situatie destijds buiten het gezichtsveld heeft gelegen. Aan het niet bespreken hiervan mag dus niet de conclusie worden verbonden dat in deze situatie het artikel geen toepassing kan vinden.

3.7.2. Verder is belangrijk dat het door het hof aanvaarde stelsel tot een onaanvaardbaar resultaat leidt.

Hoewel hier veronderstellenderwijs ervan moet worden uitgegaan dat de farmaceutische bedrijven elk een fout hebben gemaakt door het in het verkeer brengen van Des en dat de Des-Dochters door het Des-gebruik door hun moeder ernstig letsel hebben opgelopen, blijven in dit stelsel de Des-Dochters niettemin verstoken van een aanspraak op schadevergoeding als gevolg van de enkele omstandigheid dat zij niet kunnen aangeven van wie de Des-tabletten afkomstig waren, die hun moeders hebben gebruikt.

In dit verband verdient opmerking dat een stelsel van 'marktaandeelaansprakelijkheid', zoals door onderdeel 5 wordt verdedigd, eveneens ertoe leidt dat de Des-Dochters niet van een aanspraak op schadevergoeding verstoken blijven. Dit stelsel kan echter, zoals hierna in 3.8 wordt overwogen, niet worden aanvaard.

3.7.3. Tegenover al het vorenstaande komt niet voldoende gewicht toe aan het in de literatuur aangevoerde en in de conclusie OM onder de nrs. 13-15 uitgewerkte argument dat art. 99 niet passend is voor een situatie als de onderhavige, waar het gaat om schadetoebrenging aan een groot aantal benadeelden en iedere producent slechts een - statistisch bepaalbaar - deel van de totale schade van alle benadeelden zal hebben veroorzaakt.

De Des-Dochters vorderen in dit geding elk voor zich schadevergoeding van elk der farmaceutische bedrijven; zij treden - rechtens - niet als groep op en kunnen trouwens ook niet als zodanig optreden. Hiervan uitgaande is het niet redelijk hen in een ongunstiger bewijspositie te plaatsen dan in art. 99 is voorzien, enkel omdat er vele benadeelden zijn. Daar komt bij dat de producenten, die jegens de benadeelden aansprakelijk zijn voor het geheel, onderling verhaal hebben, zodat zij uiteindelijk in beginsel niet meer behoeven te dragen dan hun aandeel in de totale schade.

Overigens, nu het verhaal in dit geding niet aan de orde is, kan thans in het midden blijven wat elk der producenten in hun onderlinge verhouding heeft bij te dragen.

3.7.4. Zoals hiervoor in 3.2. al is aangestipt heeft het hof in de r.o. 10-13 art. 99 niet van toepassing geacht, omdat de Des-Dochters niet hebben gesteld - en ook niet kunnen aangeven wie tot de kring der aansprakelijke personen behoort, die Des in het verkeer hebben gebracht. Aldus oordelend is het hof ook uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting.

Het hof (r.o. 11) heeft aangenomen dat het niet noodzakelijk is alle plegers van de onrechtmatige daad te dagvaarden. Onderdeel 3f, dat van een andere lezing van 's hofs arrest uitgaat, mist feitelijke grondslag. 's Hofs oordeel op dit punt is overigens juist. Aangenomen moet worden dat een benadeelde kan volstaan met dagvaarding van een der aansprakelijke personen.

Evenmin kan worden geëist dat de benadeelde stelt - en dat komt vast te staan - wie tot de kring van de aansprakelijke personen behoort. Een dergelijke eis leidt al tot een onredelijk resultaat in de klassieke onder het bereik van art. 99 vallende situaties, te weten die waarin meer personen in dezelfde richting schieten of stenen gooien: wanneer niet alle schutters of gooiers zouden kunnen worden geïdentificeerd, zou de benadeelde zelf zijn schade moeten dragen. In een situatie als in dit geding aan de orde is, leidt een eis als evenbedoeld eens te meer tot een onredelijk resultaat: de benadeelde zou zelf haar schade moeten dragen, indien zij niet alle producenten die in de relevante periode Des in het verkeer hebben gebracht, kan identificeren, hoewel een dergelijke identificatie van alle producenten in feite vrijwel onmogelijk zal zijn.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

In de schriftelijke toelichting van de farmaceutische bedrijven wordt ter verdediging van de door het hof gestelde eis een beroep gedaan op een passage uit de Toelichting Meijers op art. 6.3.3 (Parl. Gesch., Boek 6, p. 347, eerste volle alinea). Dit beroep faalt, omdat deze passage niet specifiek op de hier aan de orde zijnde vraag betrekking heeft en daaruit niet een eis als door het hof gesteld mag worden afgeleid.

3.7.5. Ten aanzien van de stelplicht en de bewijslast geldt hier het volgende. Elk der Des-Dochters kan, zoals zij in dit geding ook heeft gedaan, ten aanzien van elk der farmaceutische bedrijven volstaan met te stellen:

(i) dat het betrokken farmaceutische bedrijf in de relevante periode Des in het verkeer heeft gebracht en daarvoor wegens een door hem gemaakte fout aansprakelijk is.

(ii) dat er nog een of meer andere - al dan niet in het geding betrokken - producenten zijn die in de relevante periode eveneens Des in het verkeer heeft (hebben) gebracht en die daarvoor eveneens wegens een fout aansprakelijk is (zijn); en (iii): dat zij schade heeft geleden en dat de schade het gevolg is van Des-gebruik, maar dat niet meer is vast te stellen van wie het gebruikte Des afkomstig is.

In beginsel rust de bewijslast van een en ander op de betrokken Des-Dochter. De slotwoorden van art. 99 brengen mede dat hiertegenover elk der farmaceutische bedrijven tegenover elk der Des-Dochters ter afwering van zijn aansprakelijkheid kan stellen en, zo nodig, bewijzen dat de schade van deze Des-Dochter niet het gevolg is van gebruik van door hem in het verkeer gebrachte Des.

3.7.6. Denkbaar is tenslotte dat komt vast te staan dat Des in de relevante periode ook in het verkeer is gebracht door een of meer producenten die daarvoor wegens het ontbreken van een fout niet aansprakelijk is (zijn) en dat de schade van de betrokken Des-Dochter ook door deze Des kan zijn veroorzaakt. Een en ander onthefte de andere producenten niet van hun aansprakelijkheid voor de gehele schade, tenzij zo een aansprakelijkheid in de gegeven omstandigheden, waaronder de grootte van de kans dat de schade van de betrokken Des-Dochter door Des van een niet aansprakelijke producent is veroorzaakt, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

3.7.7. Het vorenstaande brengt mee dat de onderdelen 1 en 3a-e van het middel in het principale beroep, in onderling verband beschouwd, gegrond zijn. 's Hof's arrest kan niet in stand blijven en verwijzing moet volgen. Nu hier voor gevallen als de onderhavige regels zijn aanvaard waarvan niet kan worden gezegd dat partijen daarmee reeds in volle omvang rekening hadden moeten houden, zullen zij hun stellingen aan die regels mogen aanpassen.

3.8. Onderdeel 5 betoogt dat ieder der farmaceutische bedrijven 'naar rato van zijn aandeel in de totale met het in het verkeer brengen van het geneesmiddel veroorzaakte schade aansprakelijk is voor de schade die het individuele slachtoffer heeft geleden, welk aandeel rechtens gelijk kan (of in beginsel mag) worden gesteld aan het aandeel van het bedrijf in de totale door de bedrijven voor dat bepaalde gebruik in het verkeer gebrachte hoeveelheid van het geneesmiddel.'

Het onderdeel faalt, omdat zo een stelsel van 'marktaandeelaansprakelijkheid' - dat in de conclusie van het OM in de nrs. 17-21 is uitgewerkt - niet kan worden aanvaard.

Het is immers niet bevredigend dat in dit stelsel het risico van geldelijk onvermogen van een der producenten, alsmede het risico dat deze niet meer bestaat of niet meer te traceren is, op de slachtoffers wordt gelegd en niet op de producenten. Ook is bezwaarlijk dat de slachtoffers zo veel mogelijk producenten zullen moeten aanspreken en dat in het geding tussen hen en de producenten ook moet worden vastgesteld wat het marktaandeel van elk der producenten was. Bovendien is er in een situatie als de onderhavige uit het oogpunt van slachtofferbescherming geen behoefte aan een marktaandeelaansprakelijkheid, nu elk der producenten, zoals hiervoor is beslist, in beginsel voor het geheel aansprakelijk is.

In het midden kan thans blijven of bij de vaststelling van hetgeen elk der producenten in hun onderlinge verhouding heeft bij te dragen, ook het marktaandeel van elk van hen van belang kan zijn.'

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

Naar het bovenstaande arrest van de hoge raad inzake de DES-dochters is met spanning uitgekeken. De uitspraak was bepaald op 21 september, maar werd aangehouden tot 9 oktober 1992. Dat geeft op zich al aan dat het voor de hoge raad geen eenvoudige zaak was, maar dat had niemand eigenlijk verwacht. De uitkomst lag eveneens buiten de directe lijn der verwachting: de DES-dochters die voor Rb. en hof het onderspit hadden gedolven werden nu door de hoge raad in het gelijk gesteld, met aanvaarding van hoofdelijke aansprakelijkheid van iedere gedagvaarde DES-producent. Dit ging nog verder dan hetgeen a-g Hartkamp in zijn conclusie bepleit had, namelijk marktaandeel-aansprakelijkheid. Deze conclusie had in vele kringen al verbazing gewekt, die verbazing kan slechts toegenomen zijn bij kennisname van het arrest. Ik moet bekennen dat ik dit, na de behoudende arresten van de hoge raad over aansprakelijkheid bij bodemsanering, niet verwacht had.²⁰ Het arrest gaat aanzienlijk verder dan de veel aangehaalde DES cases uit de VS, en is ook naar Europese maatstaven een 'landmark decision'. De onzekerheid over de uitkomst van het arrest bleek al hieruit dat, naar mij ter ore kwam, de gedaagde producenten tevoren drie verschillende persberichten hadden gemaakt, waarbij op drie mogelijke uitspraken ingehaakt werd.

Hoewel het een procedure over produktenaansprakelijkheid betreft, is de uitspraak van groot belang voor het verwante terrein van de milieu-aansprakelijkheid, en trouwens voor het onrechtmatige daadsrecht in het algemeen.²¹ De overeenkomst die bestaat tussen de DES-problematiek en milieu-aansprakelijkheid is vooral dat bij dat laatste ook sprake kan zijn van een schadelijgende partij (slachtoffer) die geconfronteerd wordt met een aantal potentiële daders, en zij niet kan vaststellen welke dader haar schade toegebracht heeft. Dat kan bijvoorbeeld bij bodem- of watervervuiling het geval zijn: er zijn tien lozers, er is schade, maar wie heeft die schade precies veroorzaakt? Wij zullen hieronder nog zien in hoeverre de analogie zuiver is (nr 8).

5. *Alternatieve causaliteit en art. 6:99 BW*

De inzet van het onderhavige geding was vooral de vraag of men op een casus als die van de DES-dochters de figuur van alternatieve causaliteit kan toepassen. Een rechtsfiguur uit de coulissen van het aansprakelijkheidsrecht, die met het artikel uit het ontwerp-NBW - thans: art. 6:99 BW - voor het voetlicht geplaatst is. Een artikel waarvan overigens in confesso was dat het geldend recht weergaf. Op de achtergrond was een tweede figuur te onderscheiden, de groepshandeling - thans art. 6:166 BW - maar deze is niet echt uit de verf gekomen in de procedure. Rechtbank en Hof Amsterdam hadden met grote stelligheid verklaard dat de alternatieve causaliteit hier geen soelaas kan bieden, met een beroep op tekst en toelichting van art. 6:99. Daarin werden zij door een aanzienlijk aantal schrijvers gesteund, zoals Spier, Braams, Fernhout c.s., Dommering-van Rongen

20. HR 24 april 1992, NJ 1993, 643, *Akzo Resins en Van Wijngaarden - Staat*, TMA 1992, p. 131, nt Van Dunné.

21. Het arrest van het Hof Amsterdam van 22 nov. 1990 werd gepubliceerd in TMA 1991, p. 36, nt Spier; in de noot vindt men veel literatuur over dit onderwerp besproken; in de conclusie van a-g Hartkamp wordt ook de meer recente literatuur vermeld, TvC 1993, p. 241. Voor de vindplaatsen van de hieronder aangehaalde auteurs wordt naar deze bronnen verwezen.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

en vooral Hartkamp, de huidige p-g, in zijn bewerking van de Asser-serie, en in zijn conclusie voor deze zaak, sub 11 v. De ruime toepassing van de alternatieve causaliteit die de hoge raad voorstond was eerder bepleit door Nieuwenhuis in zijn preadvies Ver.v. Burgerlijk Recht van 1987 en door Knottenbelt in zijn Rotterdams proefschrift van 1990, waarbij enkele andere auteurs zich aangesloten hebben (zoals Hondius en schr. dezes, resp. nt Rb.-vonnis en debat 1987). Men zou verwachten dat Nieuwenhuis, de pas benoemde raadsheer in de hoge raad, een hand in het DES-arrest gehad zou hebben, maar hij moest zich verschonen aangezien hij in een vorig leven de DES-dochters geadviseerd had. Ook Knottenbelt was overigens adviseur van de eiseressen; hij had in het *NJB* van 1982 als eerste aandacht voor de DES-problematiek gevraagd, naar aanleiding van de Amerikaanse rechtspraak. De kamer van de hoge raad werd voorgezeten door Bloembergen, die als auteur grote naam gemaakt had als voorstander van slachtofferbescherming, in het verkeersrecht (evenals trouwens de raadsheer Neleman, een volgeling van Bloembergen).

De overwegingen van de hoge raad ten aanzien van de alternatieve causaliteit zijn in een aantal opzichten opmerkelijk. De uitleg van 'de regel van art. 99' dient volgens de raad te gebeuren aan de hand van de tekst, de strekking en de parlementaire geschiedenis van het artikel. Hierbij blijkt het tweede element, de *strekking* van het artikel, de doorslag te geven. Deze is namelijk, dat een slachtoffer van een (onrechtmatige) daad in bewijsnood de helpende hand wordt geboden, op grond van de billijkheid: 'het artikel wil de onbillijkheid wegnemen dat de benadeelde de schade zelf moet dragen, omdat hij niet kan bewijzen wiens handeling causaal is voor zijn schade' (ov. 3.7.1, met verwijzing naar Toel. Meijers). Het argument van de DES-producenten dat in diezelfde toelichting (en verdere parlementaire stukken) uitgegaan wordt van de situatie van de casus van twee jagers - dus een kleine kring, van potentiële daders, die het slachtoffer bekend zijn - en niet van een situatie waarin sprake is van een (groot) aantal potentiële daders die voor een deel onbekend zijn, zoals in de *DES*-zaak, acht de hoge raad anders dan rechtbank en hof niet steekhoudend. Aannemelijk is dat die laatste situatie buiten het gezichtsveld van de ontwerpers heeft gelegen, stelt de cassatierechter.

Meer in het bijzonder ging het hier om de eis die men aan de schade-toebrengende handeling moet stellen - de 'gebeurtenis' - wil men aan alternatieve causaliteit toekomen. Het hof had Hartkamp in diens Asser-bewerkingen gevolgd: het in het verkeer brengen van een gebrekkig medicijn is op zich niet voldoende om tot toepassing van art. 99 over te gaan, ook moet vaststaan dat de moeders van de eiseressen het medicijn in kwestie ingenomen hebben, een 'concrete gedraging', zoals het hof dat noemt.²² Dit nu acht de hoge raad in strijd met de tekst en vooral de strekking van art. 99, mede gezien de parlementaire geschiedenis.

In het verlengde van de uitleg naar de strekking van het wetsartikel ligt de beoordeling van het resultaat van wetsuitleg; de uitleg die het hof aan het artikel geeft leidt volgens de hoge raad tot een 'onaanvaardbaar resultaat' (ov. 3.7.2). Immers, ervan uitgaande dat de producenten DES op onrechtmatige wijze in het verkeer gebracht hebben, kunnen de DES-dochters geen vergoeding van hun schade vorderen louter en alleen omdat zij niet kunnen aangeven *wie* de

22. Vgl. Asser-Hartkamp III, nr 211.

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

producent van de DES-tabletten geweest is die de desastreuze uitwerking op hen in prenatale staat gehad heeft. Voor de goede orde, in deze procedure is voorondersteld - en dus nog niet vastgesteld - dat de handeling van producenten onrechtmatig was.

De hoge raad acht de argumenten die hiertegen in de literatuur en de conclusie van de a-g zijn ingebracht van 'niet voldoende gewicht'. Het college stelt zich ook op dit punt lijnrecht tegenover Hartkamp op. In zijn conclusie had hij aan zijn eerder verdedigde visie nog de opvatting van Dommering-van Rongen (diss. 1991) toegevoegd, die hij overgenomen had. Zoals wij zagen was Hartkamp uitgegaan van een zeer beperkt begrip 'gebeurtenis' in de zin van art. 99, een voltooide onrechtmatige handeling jegens het slachtoffer, hetgeen door de hoge raad verworpen werd. In zijn conclusie doet de Hartkamp er nog schepje bovenop: in navolging van mevr. Dommering stelt hij dat de grondslag van art. 99 is dat één van de daders de schade veroorzaakt *kan* hebben, en bovendien - zo voegt hij toe - uit onrechtmatige daad aansprakelijk *kan* zijn (concl. sub nr 11). Dat laatste wil zeggen, dat de betrokken dader aansprakelijk gesteld kan worden uit art. 162, en niet een rechtvaardigingsgrond heeft, of zich op een andere wijze kan disculperen, zoals met een beroep op het ontwikkelingsrisiko (de voorbeelden zijn van Dommering-van Rongen, p. 307). Hartkamp gaat zo ver hieruit te concluderen dat de vordering tegen *alle* potentiële daders wordt afgewezen, indien zij bewijzen dat *één* van hen niet aansprakelijk kan zijn volgens art. 162. Hiermee lijkt art. 99 al weggeïnterpreteerd te zijn (overigens vloeit dit alles volgens de a-g duidelijk voort uit de Toelichting op het artikel), maar er komt nog een argument bij: het gaat hier om een groepsaktie van de eiseressen, om een schade die een massaal karakter heeft. Er is slechts sprake van een deel van de (mogelijke) daders, tegenover een deel van de slachtoffers. In een dergelijke situatie is per definitie de situatie deze, dat een aansprakelijk gestelde dader nooit de gehele schade veroorzaakt kan hebben, en slechts *voor een deel* van de totale schade aangesproken wordt. Dat zal een slechts statistisch bepaalbaar deel van die schade zijn.

Ik sta zo lang hierbij stil, omdat dit argument van Hartkamp c.s. een veel gehoorde tegenwerping is van toepassing van alternatieve causaliteit op milieuschade. Hartkamp verwijst trouwens naar dat rechtsgebied, waar deze visie geldend recht zou zijn (concl. nr 14). Hieronder gaan wij nog nader daarop in, waarbij ik zal trachten aan te tonen dat Hartkamps visie ook hier 'niet voldoende gewicht toekomt' (zie sub nr 5).

Hoe reageert de hoge raad op de argumenten van Hartkamp c.s.? De cassatierechter stelt voorop dat de eiseressen niet *als groep* optreden (en ook niet als zodanig kunnen optreden), maar elk voor zich schadevergoeding vorderen van elk der DES-producenten. 'Hiervan uitgaande is het niet redelijk hen in een ongunstiger bewijspositie te plaatsen dan in art. 99 is voorzien, enkel omdat er veel benadeelden zijn', overweegt de hoge raad. Dan vervolgt de raad: 'Daar komt bij dat de producenten, die jegens de benadeelden aansprakelijk zijn voor het geheel, onderling verhaal hebben, zodat zij uiteindelijk in beginsel niet meer behoeven te dragen dan hun aandeel in de totale schade'. Hoe dat onderling verhaal eruit ziet, in welke verhouding, wordt vervolgens in het midden gelaten. Dit punt komt later terug, wanneer de hoge raad ingaat op de marktaandeel-aansprakelijkheid.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

Wij zien hier dat de ratio van art. 99, de strekking ervan, voor de hoge raad de doorslag geeft: het verlichten van de *bewijsnood* van de slachtoffers als *eis van billijkheid*. De potentiële daders mogen niet het voordeel hebben van het grote aantal slachtoffers dat tegenover hen staat. De raad gaat hiermee voorbij aan het dogmatische bezwaar van Hartkamp/Dommering dat het theoretisch mogelijk zou kunnen zijn dat ‘at the end of the day’ een uitgekozen, mogelijke dader zich tegen aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad blijkt te kunnen verweren. De zwakke stee in deze visie is allereerst, dat er een tweede theoretisch (of liever: academisch) uitgangspunt is, dat de aangesproken dader ook in werkelijkheid de dader was. Hartkamp/Dommering werken dit echter nog uit, en gaan daarmee een belangrijke stap verder, door de groep van mogelijke daders het verweer van buiten toepassing laten van art. 99 te geven, *zodra er sprake is* van de aanwezigheid van een dergelijke niet-aansprakelijke dader. Als men dit voorstaat, heeft men echt de strekking van de regel van alternatieve causaliteit van art. 99 niet begrepen: aldus is de regel een bescherming van in groepsverband optredende *daders* geworden! Om nog maar te zwijgen van de consequenties van deze visie: zorg dat je iemand in je groep hebt die bij aansprakelijkstelling vrijuit zal gaan, dan komt de rest er ook zonder kleerscheuren van af.

De hoge raad gaat in ov. 3.7.6 nog op deze kwestie in. Indien vast komt te staan dat DES in de betrokken periode in het verkeer gebracht is door een producent die wegens het ontbreken van een fout niet aansprakelijk is voor de schade en de schade door hem veroorzaakt kan zijn, ontheft dit de andere producenten niet van hun aansprakelijkheid voor de gehele schade, stelt de raad. Als uitzondering wordt slechts aanvaard, het geval dat zo’n aansprakelijkheid ‘in de gegeven omstandigheden... naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn’. Met name denkt de raad daarbij aan het geval dat er een grote kans is dat de schade van de DES-dochters door een niet-aansprakelijke producent veroorzaakt is. Het betreft hier derhalve *toerekening naar redelijkheid*, dat is geen wonder, aangezien ook ‘alternatieve causaliteit’ tot de figuur van causaliteit behoort, waar de hoge raad al in 1970 de toerekening naar redelijkheid (in universitaire kringen als TNR bekend) aanvaard heeft. Het is geen toeval dat dit in de Asser-serie niet uit de verf gekomen is; de vorige bewerker, Rutten, sprak zich indertijd tegen de TNR-leer uit, maar ging in 1978 mokkend om, toen de hoge raad zijn koers vastberaden

vervolgde. Dat gebeurde overigens alleen bij de behandeling van de onrechtmatige daad in de Asser-serie, bij de wanprestatie bleef het bij het oude, zelfs enige tijd nadat Hartkamp het roer overgenomen had. Bij de alternatieve causaliteit is nog veel van het oude gedachtegoed van de adequatieleer, en zelfs *conditio sine qua non*-leer te vinden, men leze er de passages maar op na (Asser-Hartkamp I, nr 411 v.). Dat is trouwens ook een euvel bij de behandeling van andere onderdelen van de onrechtmatige daad zoals het relativiteitsvereiste.²³

Als men blijft vasthouden aan schuld-aansprakelijkheid gecombineerd met de *conditio sine qua non*-causaliteit, is de figuur van alternatieve causaliteit een zò vreemde eend in de bijt, dat men die kost wat het kost uit de buurt wil houden. Indien men zich echter de toerekeningsgedachte eigen gemaakt heeft, zowel wat de aansprakelijkstelling als het causaal verband betreft, is deze

23. Zie mijn opmerkingen daarover in *TMA* 1992, p. 213 en boven, § 4, nr 5.

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

‘alternatieve’ vorm van causaliteit slechts een variant op het thema van aansprakelijkheid in het algemeen. Daar komt nog iets bij. Het individueel een onrechtmatige daad verrichten jegens een ander, een schade die slechts één oorzaak kent, begint obsoleet te raken. Het is iets dat in een ander, rustiger en overzichtelijker tijdperk thuishoort, niet in deze complexe samenleving, gekenmerkt door dwarsverbanden, onderlinge relaties en zakelijke verhoudingen, samenloop van omstandigheden, en daardoor: gedeelde aansprakelijkheden.

Tenslotte kan men bij aansprakelijkheidsvragen ook het preventie-aspect laten meewegen, zoals in de laatste jaren in toenemende mate in de rechtspraak, hier en elders, gebeurt. Hoe voorkomt men dat dergelijke schadegevallen zich in de toekomst vaker zullen voordoen? Die benadering is niet uitsluitend aan de wetgever voorbehouden, maar behoort ook tot de middelen die de rechter in de praktijk ter beschikking staan. Het zal duidelijk zijn dat indien men gezamenlijk optredende daders op juridisch-technische, dogmatische gronden de mogelijkheid geeft om hun (individuele) aansprakelijkheid te ontlopen, er van preventie weinig terecht komt.

6. *De kring van daders. Regres*

De DES-dochters hadden tien (grote) producenten van DES-tabletten gedagvaard, terwijl veel meer producenten dat medicijn in de betrokken periode in Nederland op de markt gebracht hadden (er rustte geen patent op het geneesmiddel). De gedagvaarde producenten hadden ook nog betoogd dat DES vrij eenvoudig te maken was, en dus ook door de 800 Nederlandse apotheken in het verkeer gebracht kon zijn. Ik ben niet geneigd dat erg serieus te nemen en laat dat punt maar rusten. De gedaagde producenten hadden volgens de stellingen van eiseressen indertijd ongeveer 90% van de Nederlandse medicijnenmarkt in handen, en een aandeel in de afzet van DES dat aanzienlijk groter was dan 50%. De tien gedaagden vormen dus een substantiële groep producenten. De vraag is echter, hoeveel potentiële daders een slachtoffer moet dagvaarden, c.q. aansprakelijk stellen indien hij zich op de regel van art. 99 beroept. Moet men alle leden van de kring van daders in rechte betrekken? De rechtbank had geoordeeld dat eiseressen alle kringleden hadden moeten dagvaarden; het hof is op dat punt niet duidelijk (ov.11). Eiseressen dachten dat het hof de opvatting van de Rb. deelde - een standpunt dat bij lezing aannemelijk is - doch de hoge raad meent dat dit op onjuiste lezing berust. In ieder geval is de hoge raad van oordeel dat dit geen vereiste is, men kan dus volstaan met het dagvaarden van één van de aansprakelijk geachte personen.

Veel belangrijker is evenwel de tweede vraag: of eiseressen moeten vaststellen wie tot de kring van aansprakelijke personen behoort, het hof sprak zelfs van ‘exact vaststellen’. Ook deze vraag wordt door de raad negatief beantwoord; deze eis leidt volgens het college in de klassieke (‘twee jagers’) situatie al tot een ‘onredelijk resultaat’. Wanneer men immers niet alle schutters kan identificeren blijft het slachtoffer met zijn schade zitten. In een DES-situatie leidt een dergelijke eis volgens de hoge raad ‘eens te meer’ tot een onredelijk resultaat, eiseressen zouden alle DES-producenten moeten identificeren, terwijl dat ‘in feite vrijwel onmogelijk zal zijn’. Kortom, in de opvatting van het hof -

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

daarin gesteund door a-g Hartkamp - komt er niets terecht van de strekking van de regel van art. 99, het lenigen van de bewijsnood van slachtoffers van alternatief veroorzaakte schade.

Er is hier overigens sprake van een duidelijke analogie met de situatie van meerdaderschap bij milieuschade: ook dan is het voor een benadeelde partij vaak vrijwel onmogelijk om vast te stellen wie de daders (lozers) precies zijn, welke schadelijke stoffen in het verkeer gebracht zijn, en in welke hoeveelheden. Wij komen hierop nog terug.

Dan nu het regres dat een aangesproken en aansprakelijk gestelde DES-producent kan hebben op andere producenten uit de kring van (mogelijke) daders. De tegenstanders van hoofdelijke aansprakelijkheid ex art. 99, zoals Spier (*TMA*-noot 1991) en Hartkamp (concl. a-g) hebben de negatieve kanten daarvan breed uitgemeten: wat nu als een mede-producent insolvent blijkt te zijn, niet te vinden is, of anderszins niet meedraagt in de kosten? Dat is toch wel heel erg sneu voor de kring van producenten; nu zijn de slachtoffers ook 'zeilig', zo stelt Spier, maar men moet vooral niet al te eenzijdig te werk gaan. Hier dreigt een producent zonder schuld te hebben aan de schade tot vergoeding gehouden te kunnen worden. Men moet natuurlijk enig schmieren in het recht kunnen accepteren, maar ik moet bekennen dat ik krokodilletranen van producenten irritanter vindt dan die van slachtoffers. Maar zoals alles, is ook dat een kwestie van smaak. Dan is mij liever de uitspraak die al in de vorige eeuw gangbaar was: 'het kan wel zo zijn dat de dader geen schuld heeft aan de schade, maar het staat vast dat het slachtoffer nog minder schuld daaraan heeft'. Het gaat om het scheppen van risico's door een achteraf gebrekkig gebleken geneesmiddel in het verkeer te brengen. Voor mij staat daarbij op voorhand niet vast dat degenen die dat middel in omloop gebracht hebben meer bescherming verdienen dan zij die door het gebruik daarvan benadeeld zijn. Industriële gevaren werden sinds ongeveer 1876 in de Duitse en Nederlandse literatuur voor rekening en risico gebracht van de ondernemer; een zienswijze die bezegeld werd met de term 'gevaarstelling' die in ons land in 1913 geïntroduceerd werd in de preadviezen voor de NJV van dat jaar (als vertaling van de oudere term 'Gefährdungshaftung'). Als de stellingen van eiseressen juist zijn, en dat lijkt mij niet onwaarschijnlijk, gaat het in de *DES*-zaak om een niet door octrooi beschermd geneesmiddel, dat iedere producent vrij eenvoudig kon maken en op de markt brengen, erop vertrouwend dat iemand anders wel het nodige onderzoek naar de veiligheid en betrouwbaarheid van dat middel zou doen (hetgeen naar eiseressen stellen in onvoldoende mate gebeurd is). Er zijn, eenvoudig gezegd, scheppen geld met *DES* verdiend. Moet er in zo'n situatie omzichtig omgesprongen worden met producent X, die moeite heeft om verhaal te vinden bij collega's? Maar dan toch niet ten koste van de positie van de slachtoffers van dat medicijn?

Ik kan niet zo warm lopen voor de bescherming van dergelijke producenten, en ben blij te kunnen constateren dat de hoge raad daar weinig anders over denkt.²⁴ De hoge raad vindt het met name 'niet bevredigend' dat in dat stelsel

24. Dit gebeurt in ov. 3.8, bij de bespreking van de marktaandeel-aansprakelijkheid die door Hartkamp (en eerder o.m. Spier en Dommering-van Rongen) als grondslag van de

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

het risico van geldelijk onvermogen van een der producenten en het risico dat hij niet meer bestaat of niet meer te traceren is op de slachtoffers wordt gelegd. Even bezwaarlijk acht de raad het dat de laatsten zoveel mogelijk producenten zouden moeten aanspreken en hun marktaandeel zien vast te leggen. Hetgeen natuurlijk een heidens karwei is, zeker als de producenten blijven stellen dat zij het ook niet weten, en niet hoeven te weten, zoals in casu gebeurd is. Sommige schrijvers zijn hier voorstander van een omkering van de bewijslast, zie de noot van Spier, t.a.p., die (ook) daarvoor niet veel voelt. De slotzin van de HR is even laconiek als kernachtig: 'Bovendien is er in een situatie als de onderhavige uit het oogpunt van slachtofferbescherming geen behoefte aan marktaandeelaansprakelijkheid, nu elk der producenten, zoals hiervoor is beslist, in beginsel voor het geheel aansprakelijk is'. Zo zit dat.

In een hierop volgende overweging laat de raad in het midden of de aansprakelijkheid naar marktaandeel een functie zou kunnen hebben bij onderlinge verhaalsakties van de producenten.²⁵

7. Groepshandeling; fondsvorming

De hoge raad wijdt nog enkele korte overwegingen aan enkele andere rechtsfiguren die door eiseressen naar voren gebracht zijn om hun vorderingen te schragen: de groepshandeling van de DES-producenten (art. 6:166 BW) en collectieve aansprakelijkheid gecombineerd met de verplichting tot fondsvorming. Beide stellingen werden in deze procedure niet erg uitgewerkt, begrijpelijk, gezien de energie die reeds in de overige stellingen gestoken was. Achteraf gezien was dat niet zo'n ramp, nu zij toch al in het gelijk gesteld werden met hun beroep op de alternatieve causaliteit van art. 99. Niettemin is het jammer, maar dan vooral voor de rechtsontwikkeling, dat aan deze aansprakelijkheidsvormen niet meer aandacht gegeven was. Intussen had het hof de stellingen van eiseressen ook op dit punt verworpen; de hoge raad is van oordeel dat het hof niet blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, maar kan dat, als in hoge mate verweven met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet nader toetsen (ov. 3.9). Het komt over als een 'kwart voor vijf'-overweging, het werk is al gedaan en de motivatie is er niet echt om nog diep op dit punt in te gaan. Dat geldt a fortiori voor de fondsvorming-problematiek (ov. 3.10).

Een enkele opmerking over deze materie, allereerst de groepshandeling (die boven al ter sprake kwam, nr 2). Als men hier de 'regel van art. 6:166 BW' zou willen vaststellen, komt men voor vrijwel dezelfde obstakels te staan die art. 99 bij de wetsuitleg bood. Ook dit artikel is als men de Toelichting en andere parlementaire stukken mag geloven (en er zijn vele gelovigen in ons land, wat dat betreft), heel beperkt van strekking. Immers, de ontwerpers van art. 166 hebben ook hier slechts bepaalde situaties voor ogen gehad. De historische

aansprakelijkheid van producenten in meerdaderschap voorgestaan wordt, in plaats van de hoofdelijkheid van art. 99.

25. Dat laatste is met name bepleit door Nieuwenhuis (1987), die daarin o.m. gevolgd werd door Boonekamp (diss. Leiden 1990). Men zie voor die rechtsfiguur het artikel van Snijder in *TMA* 1990, en voor de recente literatuur Asser-Hartkamp I, nr 441, en diens concl. als a-g bij dit arrest, nr 17 v. Zie ook boven, p. 384 v.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

oorsprong is hier zoals wij zagen, het romeinse recht, de *in turba* (in het gewoel) gepleegde onrechtmatige daad. Men kent ook hier de dader niet, maar wel de groep waartoe hij behoorde. Ook al komt vast te staan dat men weliswaar in de groep meeliep, maar niet de schade-toebrenge handeling verricht heeft, men is toch aansprakelijk, aangezien men zich van die groep had moeten distantiëren. De wetgever ging aanvankelijk slechts van de casus van baldadige jongeren uit, maar in de loop der tijd werd daaraan het meer bijdetijdse geval toegevoegd van de demonstratie die uit de hand loopt. Het zal duidelijk zijn dat ook hier een uitleg-exercitie met betrekking tot meer maatschappelijk relevante problemen geboden is, zoals die rond produktenaansprakelijkheid en milieu-aansprakelijkheid. De ontwerpers van het nieuwe BW hadden zo'n voorliefde voor het detail, dat men veelal vergat om zich heen te kijken naar de maatschappelijke werkelijkheid. Bovendien heeft het wetgevingsproces natuurlijk een halve eeuw geduurd, zodat veel bepalingen al voor invoering door de rechtsontwikkeling achterhaald waren.

Indien men de methode van uitleg volgt die de hoge raad ten aanzien van art. 99 gevolgd heeft, die kortweg 'socio-teleologische uitleg' genoemd kan worden - zowel op doel en strekking van de wetsbepaling, als op het maatschappelijk aanvaardbare resultaat gericht - is het zeer wel mogelijk om art. 166 ook op de DES-problematiek van toepassing te achten. Rechtsvergelijkend onderzoek biedt daartoe steun.²⁶ Als men de DES-procedure beziet, met name de omvangrijke bedragen die de DES-producenten aan proceskosten gependeed hebben, en het einde is nog lang niet in zicht, vraagt men zich af of het storten van een dergelijk bedrag in een fonds en het schadeloos stellen van slachtoffers niet voor alle partijen de beste remedie zou zijn. De proceskosten die hier in het geding zijn kunnen in de miljoenen gaan lopen. Wat dat betreft is het jammer dat de hoge raad ook aan deze figuur niet echt toegekomen is, om kwart voor vijf.

Wat de verdere procesgang betreft, de DES-producenten hebben het voornemen gehad om in de procedure die op dit arrest van de hoge raad volgt met betrekking tot de onrechtmatigheidsvraag de zaak tot het bittere einde (van de slachtoffers?) uit te vechten. Of dat voor Bayer Nederland c.s. commercieel gezien een verstandige zet is, kan zoals zo vaak in dergelijke zaken, betwijfeld worden. In ieder geval heeft de publiciteit rond deze procedure ertoe geleid dat er reeds 18.000 meldingen zijn van mogelijke DES-dochters.

Sinds 1997 hebben de schikkingsonderhandelingen tussen partijen zich voortgesleept; het was verscheidene keren dichtbij, maar dan liep het toch weer vast (op de producenten, niet de assuradeuren, heette het in de wandelgangen. In 2000 werd tenslotte overeenstemming bereikt, zij het dat een forfaitaire regeling voor de schadesom per type slachtoffer weer in de ijskast gegaan is. De producenten hebben een bedrag van f 76 mln in een fonds gestort; het wachten is op de regeling van de zijde van de overheid, die maar niet doorkomt. Dan kan

26. Ik verwijs voor die materie naar mijn beschouwingen in AA 1992, p. 641 v. , *Rechtsvraag onrechtmatige daad*, en het onderzoeksrapport *Aansprakelijkheid voor milieuschade bij doorlozingen vervuuld havenslib*, Deel 3, 1991, pp. 33-46, publ. Instituut v. Milieuschade, EUR.

Wat de verplichting tot fondsvorming betreft, volsta ik met een verwijzing naar de dissertatie van Knottenbelt (Rotterdam, 1990; *Studiepocket Priv.recht* 1991) die daarvoor een lans gebroken heeft, in combinatie met hoofdelijke aansprakelijkheid (zie daarover ook zijn artikel in *Nemesis*, 1991, p. 26). Ook Spier (t.a.p.) geeft aan dat fondsvorming wel eens 'het minste van alle kwaden' zou kunnen zijn.

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

het *DES*-hoofdstuk gesloten worden, tien jaar na het arrest van de hoge raad (!). Veel slachtoffers zullen dat niet meer meegemaakt hebben.

Op milieugebied wordt, zoals bekend ook al enige tijd over fondsvorming gesproken; Zweden kent zo'n bij wet ingesteld milieufonds, doch het werkt daar niet. Er is nog geen noemenswaardig beroep op het fonds gedaan. Het vrijwel niet bestaan van civiele milieu-aansprakelijkheid in dat land zal hieraan niet vreemd zijn. Onlangs kwam mij het Amerikaanse schrikbeeld onder ogen: in het kader van CERCLA ('Superfund') gevoerde procedures tegen bedrijven die in het verleden het milieu vervuild hebben is door Amerikaanse verzekeringsmaatschappijen in de periode 1986-1989 een bedrag van \$ 1,3 miljard uitgekeerd. Hiervan was ruim \$ 1 miljard bestemd voor proceskosten (advokaten, getuige-deskundigen, e.d.; bron: *Wall Street Journal*, 24 april 1992). Een wenkend perspectief?

8. *De les van DES voor milieu-aansprakelijkheid*

Een vraag na lezing van het bovenstaande arrest is, welke betekenis deze uitspraak heeft voor de milieu-aansprakelijkheid. Ik gaf hierboven al aan, dat a-g Hartkamp in zijn conclusie naar die vorm van aansprakelijkheid verwees, met de mededeling dat op dat terrein art. 99 niet van toepassing is, gezien de strekking van het artikel, en dat dit geldend recht zou zijn (concl. sub nr. 14; in dezelfde zin Asser-Hartkamp I, nr. 441a). Dit kan licht misverstaan worden.

Allereerst dient men in het oog te houden dat Hartkamp hier, gezien de uitkomst van het arrest, geen goede raadsman is. De strekking die hij aan art. 99 toekende werd, terecht, door de hoge raad afgewezen. Die strekking is, zoals wij zagen, naar het oordeel van de hoogste rechter niet de bescherming van een groep van daders, die zich wellicht niet allen aan een onrechtmatige daad jegens de benadeelden schuldig gemaakt hebben (in de letterlijke zin van dat woord) en toch ieder voor de gehele schade (hoofdelijk) aansprakelijk gesteld zouden kunnen worden. De strekking van art. 99 is daarentegen *slachtofferbescherming*, in de zin van het omwille van de billijkheid ongedaan maken van de bewijsnood waarin de slachtoffers verkeren. Hartkamps standpunt in deze was vòòr het *DES*-arrest al zeer aanvechtbaar, het is dat na deze uitspraak eens te meer. Hij was van mening dat art. 99 niet door 'uitbreidende interpretatie of analogische toepassing geschikt kan worden gemaakt' voor een geval als de *DES*-zaak, waar iedere producent slechts een (statistisch bepaalbaar) deel van de totale schade veroorzaakt heeft, want op veroorzaking van deelschade is dat artikel niet van toepassing (aanhef nr. 14). En dan volgt de gewraakte zinsnede dat dit al uitgemaakt zou zijn voor milieuschade.²⁷

27. De aangehaalde literatuur in die zin bestaat vooral uit artikelen van De Planque, *BR* 1985, en Kottenhagen-Edzes, *NJB* 1989; de jurisprudentie wordt niet besproken. Voor een bestrijding van dat standpunt, met een beroep op jurisprudentie in ons land en elders, verwijs ik naar mijn eerder genoemde *AA*-artikel uit 1992, en het onderzoeksrapport uit 1991. Ik haal daaruit enkele punten aan, in het licht van het *DES*-dochter-arrest.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

Het probleem van meerdaderschap bij milieuvervuiling is, dat het veelal zal gaan om een onrechtmatige daad jegens de benadeelde die bestaat in de som van alle lozingshandelingen. Men kan hier twee situaties onderscheiden:

1. de benadeelde (A) is exact op de hoogte van de lozingsgegevens van alle daders;
2. de benadeelde (A) heeft geen informatie daarover en kan deze slechts tegen hoge prijs verkrijgen, c.q. ze is niet beschikbaar.

In het eerste geval kan het zich voordoen dat er bijvoorbeeld tien lozers zijn die ieder drie $\mu\text{g/l}$ van de schadelijke stof x lozen, die bij een concentratie van tien $\mu\text{g/l}$ schade toebrengt aan de benadeelde partij A. Indien A de lozers aanspreekt tot schadevergoeding kunnen zij allen het verweer voeren dat zij met hun individuele handeling A geen schade toegebracht hebben, en dat het aan A te bewijzen is dat juist door hun toevoeging van de drie $\mu\text{g/l}$ zijn schade ontstaan is (d.w.z. de tien $\mu\text{g/l}$ schadegrens overschreden is). Er is immers (ten minste) één van de tien lozers die de schadegrens van A overschrijdt met zijn lozing, en dus daarmee een onrechtmatige daad jegens A pleegt. Maar *wie* is dat? Verder zijn er lozers die, nadat de schadegrens van A overschreden is, doorgaan met lozen en daardoor aan de (verdere) schade van A bijdragen, en aldus ook onrechtmatig handelen jegens A (zij hadden kunnen weten dat zij met elkaar de schadegrens van A zouden overschrijden, althans daarnaar onderzoek kunnen verrichten). A is hier opgezadeld met een *probatio diabolica*, een duivels lastig bewijs, hetgeen doet denken aan de bewijsnood waarin de DES-dochters verkeren.

De tweede situatie is nog dramatischer voor A: hij heeft geen idee in welke hoeveelheden de tien bedrijven de stof x lozen, en het is voor hem onbegonnen werk om daar achter te komen. Verder is de casus als onder 1. De bewijsnood van A zou aanzienlijk verlicht worden als hij zou kunnen volstaan met het aansprakelijk stellen van één (of enkele) lozer(s), hoofdelijk voor de gehele schade. Hoe de lozers onderling regres zoeken, en eventueel ook derden daarbij betrekken, onttrekt zich aan zijn waarneming en dat zou hij het liefst zo houden. Daar heeft hij verder geen boodschap aan. Ook hier zien wij een opmerkelijke analogie met de DES-casus.

Daar komt nog iets bij, en wel het gebruik van hoofdelijke aansprakelijkheid in het algemeen bij onrechtmatige daad. De jurisprudentie (*Aldebaran*, 1926) is in het nieuwe BW neergelegd, art. 6:102. Het gaat hier onder meer om een groep personen die ieder onafhankelijk van de ander een onrechtmatige daad plegen, terwijl door een samenloop van deze - gelijktijdig of achtereenvolgens gepleegde - daden de schade wordt veroorzaakt (vgl. Asser-Hartkamp I, nr. 458). In het verkeersrecht heeft de hoge raad al geruime tijd geleden uitgemaakt dat de benadeelde de keus heeft wie hij aanspreekt voor de gehele schade; dat mag ook degenen zijn die maar een gering aandeel in de totale veroorzaking van de schade gehad heeft (de fietser zonder licht, bijv.), maar het beste verhaal biedt (verzekering!). In ons voorbeeld zou A dus ook een lozer van drie $\mu\text{g/l}$ stof x aansprakelijk kunnen stellen voor zijn gehele schade.

De tegenstanders van hoofdelijke aansprakelijkheid bij milieuschade in geval van meerdaderschap en multi-causaliteit hebben in het verleden steeds benadrukt dat de schuld van de individuele dader niet vastgesteld kan worden of gewoon niet vaststaat, aangezien de individuele bijdrage tot de totale schade daartoe niet toereikend is. Ik ben nooit erg onder de indruk van dat argument geweest; wat daarvan zij, na de DES-uitspraak is dat standpunt geheel op losse

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

schroeven komen te staan. De combinatie van art. 99 met art. 102 biedt naar mijn mening een ijzersterke positie voor de benadeelde bij multi-causaal veroorzaakte milieuschade.

Hierboven vindt men voorbeelden besproken uit de buitenlandse wetgeving en rechtspraak van hoofdelijke aansprakelijkheid bij watervervuiling door een aantal lozers, en soortgelijke onrechtmatige daden. De Duitse hoogste civiele rechter heeft bijvoorbeeld in 1971 met nadruk de kleine lozer hoofdelijk aansprakelijk gesteld in geval van zgn. 'summierte Kausalität' (bij elkaar opgetelde causaliteit), het *Hühnergülle*-arrest. Het wiel hoeft dus niet meer uitgevonden te worden (vgl. p. 376 v.).

Als men bij de onrechtmatige daad de preventie hoog in het vaandel heeft staan, is hoofdelijke aansprakelijkheid een aantrekkelijk middel daartoe. Hoe krijgt men in vredesnaam gezamenlijke daders - denk aan onze tien lozers, of eerder de DES-producenten - ertoe om orde op zaken te stellen, onderzoek te doen naar het schadelijk karakter van hun handelen en vervolgens maatregelen te nemen om het toebrengen van schade te voorkomen? Toch niet door ieder in de rustige wetenschap te laten dat *zij* nooit gepakt kunnen worden omdat hun individuele aandeel in de lozingen niet de schade als zodanig (of: de totale schade) veroorzaakt? Er moet een stok achter de deur zijn, in rechte, om hen in beweging te krijgen, en hoofdelijke aansprakelijkheid is zo'n stok. Dat dit in het buitenland zo'n effect heeft, blijkt uit recente Amerikaanse ervaring op dit gebied, zie R.B. Stewart in *TMA* 1991, p. 89. Een plan van de Commissie-Oele voor de bestrijding van bodemverontreiniging, bijvoorbeeld, heeft alleen zin, als er voor de bedrijven met een probleem een prikkel is om mee te doen. Dat is trouwens ook een wens van coöperatieve bedrijven, die zien niet graag dat andere bedrijven buiten schot blijven en dus geen kosten hoeven te maken. De filosofie hierachter is, dat op dit terrein eigen initiatief en eigen verantwoordelijkheid beter zijn dan overheidsdwang, of dwang van de zijde van benadeelden in civiele acties. En de overheid dan?, ligt dit niet op haar weg om hier actie te ondernemen? Natuurlijk wel, maar ieder weet hoe lang die weg is voor een overheid die met ontoereikende middelen, ook in financieel opzicht, te kampen heeft. De volksgezondheid en het milieu hebben niet alle tijd van de wereld.

Conclusies

De uitspraak inzake de DES-dochters is niet zomaar een belangrijk arrest over een interessant onderwerp, het is een baanbrekend arrest voor de onrechtmatige daad in het algemeen, en voor belendende percelen als de milieu-aansprakelijkheid. De hoge raad gaat met dit arrest aanzienlijk verder dan de Amerikaanse 'brethren' in de DES-zaken, waar men met de aanvaarding van marktaandeel-aansprakelijkheid (hetgeen overigens niet steeds het geval is) partijen vervolgens alle hoeken van de court rooms laat zien (en vooral die van de law offices van hun advocaten). Het getuigt van moed, eigenlijk gewoon *leef*, dat de hoge raad, de beperkte uitleg die een groot aantal schrijvers aan de regel van alternatieve causaliteit (thans: art. 6:99 BW) geeft, zijn a-g Hartkamp aan het hoofd, terzijde schuift, en 'los van de letter' de rechtsvinding ter hand genomen heeft. Paul Scholten zou gezegd hebben dat bij deze wetsuitleg de geest het van de letter gewonnen heeft. Wat meer platvloers gezegd, de

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

slachtofferbescherming woog voor de hoogste rechter zwaarder dan producenten-bescherming.

In dit commentaar werd betoogd dat analogische toepassing van dit arrest op milieu-aansprakelijkheid, uitgaande van hoofdelijke aansprakelijkheid ex art. 6:166 BW, zeer verdedigbaar is. Vergeleken met het buitenland, met name Europa, zou men op dit gebied overigens niet voorop lopen. Dat geldt trouwens ook voor onze wetgever op milieugebied; Duitsland kent bijvoorbeeld al sinds 1957 hoofdelijke (risiko-)aansprakelijkheid bij watervervuiling, die in de praktijk door verzekering gedekt is. In ons land hebben wij sinds kort een wetsontwerp te bieden.

In zijn benadering staat de hoge raad niet alleen. Om dat te onderstrepen laat ik hier twee citaten volgen, ontleend aan de mooie pleitnota van Bouman/Eykman voor het Amsterdamse hof. Allereerst een uitspraak van de New Yorkse rechter in *Hymowitz* (1989):

'Indeed, it would be inconsistent with the reasonable expectations of a modern society to say to these plaintiffs that because of the insidious nature of an injury that long remains dormant, and because so many manufacturers, each behind a curtain, contributed to the devastation, the cost of injury should be born by the innocent and not the wrong doers'.

Even pregnant, maar dan ten aanzien van de causaliteitsproblematiek, is de uitspraak van Justice Clark, dissenter in de *Smith case* (Ill. 1989):

'The principle of causation ... 'is not an end of the legal system, but rather the means by which the legal system achieves its purposes"... Where such 'means' prove inadequate to meet the changing needs of society, or where such 'means' cause injustice, our common law tradition demands that they be modified'.

Zoals wij zagen in het arrest van 9 oktober 1992 inzake de DES-dochters, eist de *civil law tradition* dat ook.

9. De DES-regel toegepast bij milieu-aansprakelijkheid. Moerman - Bakker (1997)

Met het *DES-dochters*-arrest van 1992 (*NJ* 1994, 535), en de spectaculaire 'redelijke wetsuitleg' waartoe de hoge raad komt, is de alternatieve causaliteit in een stroomversnelling gekomen. Eén van de vragen die door dit arrest opgeworpen werd, was of deze vorm van causaliteit ook op het gebied van milieu-aansprakelijkheid toegepast kon worden. In mijn noot onder dat arrest in *TMA* - en elders - heb ik dat bepleit, maar kreeg daarvoor weinig handen op elkaar; de tegenstanders komen hieronder nog aan bod.²⁸ Men zal begrijpen dat het voor deze schrijver een vreugde is om te zien dat de hoge raad met het arrest *Moerman - Bakker*, inzake de sloot in Engelum, de volgende stap gezet heeft, en de *DES*-regel in milieuzaken hanteert. *Engelengezang* voor benarde

28. Vgl. *TMA* 1993, p. 20, en ook: *Verbintenissenrecht* 2, 2e druk, 1993, p. 397 v.; *AA Rechtsvraag o.d.* 1992, p. 614. Het arrest *Moerman - Bakker* is: HR 17 jan. 1997, *NJ* 230; *TMA* 1997, p. 49, nt Van Dunné.

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

milieuslachtoffers, en voor het milieu in het algemeen, gezien de preventieve werking die van deze regel uitgaat. Maar laten wij eerst eens zien waar het in deze zaak om gaat.

Bakker en Moerman grenzen met hun erven aan een gemeenschappelijke sloot die bij het schonen in 1989 ernstig vervuild blijkt te zijn; er moet 'gehekkeld' en op peil gebracht worden en het slib dat daarbij vrijkomt moet als chemisch afval afgevoerd worden. Bakker wordt door het waterschap voor de kosten (f 11.000,-) aangesproken, en hij zoekt verhaal op de veroorzaker van de verontreiniging, in zijn ogen Moerman, eigenaar van een perceel waarop sinds 1973 door ene Van Breeden een autospuiterij gevestigd was. Met voorbijgaan van technische aspecten van de verontreiniging en causaal verband, kunnen wij vaststellen dat in cassatie ervan wordt uitgegaan, zoals de rechtbank had vastgesteld na een bewijsopdracht en getuigenverhoor, dat Moerman jegens Bakker onrechtmatig heeft gehandeld door de afwateringssloot tussen de percelen van partijen te verontreinigen met chemicaliën en zware metalen. Als gevolg daarvan dient hij de schade van Bakker te vergoeden die een direkt gevolg van het onrechtmatig handelen is, nader op te maken bij staat, maar die in ieder geval de saneringskosten inhoudt. Moerman betwist het vonnis, gevolgd door het bevestigende arrest van het Hof Leeuwarden niet op dat punt, maar klaagt over de verwerping door rechtbank en hof van zijn verweer dat de verontreiniging niet alleen door hem, Moerman, teweeggebracht was, maar ook door Van Breeden met zijn autospuiterij en Bakker Jr, die met auto's gesleuteld had op het erf van zijn vader. De rechtbank had open gelaten dat de verontreiniging mogelijkwijs mede te wijten was aan genoemde personen, maar was van oordeel dat 'zulks niet uitsluit dat in ieder geval aan Moerman verontreiniging van de sloot valt te verwijten'. In dezelfde beslist het hof, met de toevoeging dat Moerman jegens Bakker voor de gehele schade aansprakelijk is, waaraan regresvorderingen op derden niet afdoen; de eventuele medeschuld van Van Breeden dient in de tussen Moerman en Van Breeden gevoerde vrijwaringsprocedure aan de orde te komen.

De vraag die de hoge raad voorgelegd wordt is deze, dat het niet zo kan zijn dat Moerman, vanwege het enkele feit dat hij jegens Bakker onrechtmatig gehandeld heeft door de sloot te verontreinigen, *voor de gehele schade* van Bakker aansprakelijk is, dus ook voor schade die door derden toegebracht is, te weten: Van Breeden en Bakker Jr. Hij kan niet mede-verantwoordelijk gehouden worden voor schade die hij niet heeft veroorzaakt, zo luidt Moermans stelling. Het aandeel van derden stond overigens allerminst vast; het hof achtte de bijdrage van Bakker Jr. aan de vervuiling niet aannemelijk, op grond van hetgeen door Moerman aangevoerd was. Maar dat staat in cassatie niet ter discussie, wel de aansprakelijkstelling van Moerman voor het geheel, waarbij het verhaalsrisiko met betrekking tot derden-mededaders geheel op zijn schouders gelegd wordt.

In het cassatiemiddel wordt ook geklaagd over het ontbreken van motivering in de betreffende overweging van het hof; men kan inderdaad vaststellen dat het zelfs voor het noorden van het land een uiterst sober gemotiveerde overweging is. In haar even karig gemotiveerde conclusie heeft a-g De Vries Lentsch-Kostense daar geen moeite mee; zij is van mening dat het hier om een recht-toerechtaan geval van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad gaat. De handeling is onrechtmatig jegens Bakker, er is sprake van oorzakelijk verband in de zin van art. 6:98 BW en het hof 'kon zonder meer voorbijgaan aan Moermans stellingen van eventuele medeschuld van Van Breeden en/of de zoon van Bakker'. Oorzakelijk verband in de zin van art. 6:98 is voldoende; 'de omstandigheid dat de schade mede kan zijn veroorzaakt door onrechtmatig handelen van anderen heeft geen invloed op zijn aansprakelijkheid. Is de schade veroorzaakt door het onrechtmatig handelen van verschillende personen dan zijn de aansprakelijke

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

personen ieder voor het geheel aansprakelijk, zij het dat betaling door de een de ander(en) bevrijdt'. Waarop een verwijzing naar Asser-Hartkamp I volgt waar men de 'causaliteit van meer gebeurtenissen' (niet te verwarren met 'causaliteit van meer handelingen', alias meerdaderschap en alternatieve causaliteit) en hoofdelijke aansprakelijkheid behandeld vindt (resp. nrs 439 en 458 v.).

Nu had Moerman juist geklaagd (cass.middel sub 4) dat indien het hof uitgegaan was van hoofdelijke aansprakelijkheid van Moerman en Van Breeden, dit ten onrechte gebeurde aangezien geen gezamenlijk gepleegde onrechtmatige daad vastgesteld was. In de pleitnota had Moerman nog aangevoerd dat voor hoofdelijkheid (art. 6:102 BW) de eis gesteld wordt dat sprake is van *dezelfde schade*; verder werd een beroep gedaan op het *franse Kalimijnen*-arrest (NJ 1989, 743), waarin geen hoofdelijke aansprakelijkheid aanvaard werd, en de verklaring die Nieuwenhuis in zijn noot daarvoor geeft. Namelijk deze: gezien het lineair verband van de schade kan niet gesproken worden van verschillende daders die dezelfde schade veroorzaken; iedere dader veroorzaakt immers slechts een zelfstandig deel van de schade, die door elke dader afzonderlijk vergoed moet worden.

De a-g gaat merkwaardigerwijs in het geheel niet op dit onderdeel van het middel in, en evenmin op mogelijke andere gronden die Moerman voor de overweging van het hof aanvoert en vervolgens verwierpt (zoals een 'mandelige sloot' die tot een soort eigenaarsaansprakelijkheid voert; Van Breeden exploiteerde immers de autospuiterij op het terrein van de rechtsvoorganger van Moerman, diens moeder, van wie hij eerst in 1995 de eigendom verkreeg).

Bakker was in zijn pleitnota uitvoerig ingegaan op de grondslag voor het oordeel van het hof, ter ondersteuning van de hoofdelijke aansprakelijkheid van Moerman waarvan het hof kennelijk uitgegaan was. Hij erkent de hoofdregel dat men als vervuiler slechts aangesproken kan worden voor dat deel van de schade dat men zelf feitelijk veroorzaakt heeft, maar acht in geval van 'meedaderscausaliteit', met name bij mededaderschap, grond voor hoofdelijke aansprakelijkheid. Hij wijst daarbij op het standaard-arrest *London & Lancashire - Huygen* (NJ 1956,1) en art. 6:102 BW. Zijn uitgangspunt is voor het aannemen van mededaderschap is dat *de gehele schade* is ontstaan als gevolg van het onrechtmatig handelen van meer dan één veroorzaker, die onafhankelijk van elkaar gehandeld mogen hebben. Het gaat hier om samenlopende oorzaken, die tegelijkertijd of na elkaar kunnen optreden: denkt men één oorzaak weg, dan was de schade niet ingetreden (met verwijzing naar Asser-Hartkamp I, nr 440 en Kottenhagen-Edzes). Dit is anders bij een andere vorm van meedaderscausaliteit, betoogt Bakker, namelijk alternatieve causaliteit, waarbij niet vereist is dat iedere vervuiler de gehele schade kan hebben veroorzaakt (met verwijzing naar *Van Acht c.s., Milieuprivaatrecht*, 1992, p. 85 v., waar dat overigens niet staat: gesproken wordt van veroorzaking van 'concrete schade', die niet aangetoond hoeft te worden door de eiser). De keuze voor mededaderschap in casu, die Bakker in het arrest van het hof neergelegd ziet, wordt door hem ondersteund met het argument dat door hem geen schade geleden zou zijn indien Moerman de sloot niet vervuild zou hebben (het 'wegdenken' van diens handeling). Vervolgens stelt hij: 'De vervuiling door Moerman, na de (eventuele) vervuiling door Van Breeden en/of de zoon van Bakker, was dus 'de druppel die de emmer deed overlopen'; door de onrechtmatige handelingen van Moerman werd de saneringsdrempel overschreden en werd de sanering (met de daaraan verbonden kosten) noodzakelijk'. Hij wijst er verder op dat Moerman nooit heeft aangevoerd dat de vervuiling door Van Breeden en/of de zoon van Bakker zodanig is dat deze op zichzelf al sanering noodzakelijk maakte.

Ik sta zo uitvoerig stil bij hetgeen door partijen in cassatie is aangevoerd, omdat nu de motivering van het oordeel van het hof ontbrak en de hoge raad het werk moet afmaken, het interessant is om te zien door wiens opvatting de raad zich heeft laten leiden. Het opvallende is nu, dat de cassatierechter kiest voor een grondslag die niet bepleit werd door een der partijen, noch de a-g, namelijk *alternatieve causaliteit* (art. 6:99 BW). In de conclusie van de a-g wordt in het

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

geheel niet op deze problematiek ingegaan. Daarmee wordt de uitspraak van de hoge raad nog interessanter dan deze al is: hij heeft heel bewust en nadrukkelijk gekozen voor toepassing van alternatieve causaliteit à la *DES* bij milieuschade. Waarom viel gewone hoofdelijke aansprakelijkheid uit mededaderschap (art. 6:102 BW) af? Wat betekent het hanteren van alternatieve causaliteit voor dit type schade? Op deze vragen zou ik willen ingaan; daarbij moeten eerst de argumenten van partijen voor het aannemen van hoofdelijke aansprakelijkheid (wegens mededaderschap) in casu besproken worden. Alvorens dat te doen geef ik de overwegingen van de hoge raad weer.

De overwegingen van het hof worden kort samengevat (ov. 3.2, laatste alinea), en vervolgens uitgelegd met de formule “s hofs overwegingen moeten kennelijk aldus worden begrepen ...” (ov. 3.3). Het hof is van de volgende omstandigheden uitgegaan, stelt de hoge raad vast: verontreiniging van de sloot met chemicaliën en zware metalen door Moerman; als gevolg hiervan zijn saneringskosten voor Bakker ontstaan; het is mogelijk dat Van Breeden en Bakker Jr tot de verontreiniging hebben bijgedragen. Onder die omstandigheden heeft het hof Moerman voor de gehele schade aansprakelijk geacht, ‘tenzij de gedragingen van Van Breeden en de zoon van Bakker aan Bakker als eigen schuld zouden kunnen worden toegerekend’, waarvoor echter geen goede grond bestaat.

Wat doet het hof nu eigenlijk? Volgens de hoge raad het volgende:

‘Aldus heeft het hof kennelijk de gedachtengang gevolgd, die ook aan het huidige art. 6:99 BW ten grondslag ligt en die in een geval als hier aan de orde is erop neerkomt dat, wanneer vaststaat dat de aangesprokene aansprakelijk is voor een bepaalde gebeurtenis *waardoor de gehele gevorderde schade kan zijn ontstaan*, die schade niet geheel of gedeeltelijk voor rekening van de benadeelde behoort te blijven op de grond dat anderen, voor wie hij niet verantwoordelijk is, naar de stellingen van de aangesprokene een deel van de schade hebben veroorzaakt en de benadeelde niet kan bewijzen dat de gehele schade het gevolg van de voormelde gebeurtenis is.’

Deze gedachtengang acht de hoge raad juist en in het licht van de gedingstukken hoefde het hof dit punt niet nader te motiveren. Het zou mij niet verbazen wanneer de raadsheren van het Hof Leeuwarden bij lezing hiervan verrast zouden opkijken: ‘hebben wij dat gedacht?’, evenals trouwens partijen en de a-g. Wellicht geldt hier, zoals Bregstein op college zei: ‘het vonnis is beter dan zijn makers’. Wat daarvan zij, de hoge raad was kennelijk uit op het wijzen van een standaardarrest, de ruime toepassing van de *DES*-formule en art. 6:99 BW.

Laten wij eerst eens bezien waarom hier geen gewone hoofdelijke aansprakelijkheid aangenomen kon worden, zoals de friese rechter in alle nuchterheid meende. Partijen hebben daarvoor argumenten pro en contra aangevoerd. Het is geen eenvoudige materie, hoofdelijkheid, laat staan de complicaties van mededaderschap en multi-causaliteit. In de heersende leer, beschreven bij Asser-Hartkamp I, nr 458, wordt aangenomen dat het bij hoofdelijkheid moet gaan om twee of meer personen op wie een verplichting rust tot vergoeding van dezelfde schade. Bewuste samenwerking tussen die personen is niet vereist; de benadeelde mag ieder van de daders voor de gehele schade aanspreken, ongeacht diens aandeel in de schade-toebrenging (mate van schuld). De billijkheid hiervan is gebaseerd op de gedachte dat de benadeelde niet opgezaald moeten worden met de moeilijke vraag voor welk deel der schade iedere dader dient op te komen: dat kan bij regres tussen de daders onder-

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

ling uitgemaakt worden. Het risico van insolventie van één van de daders rust niet op de benadeelde, maar op de daders onderling. Aldus uitdrukkelijk de rechtspraak van de hoge raad sinds de jaren twintig en vijftig, met het al genoemde standaard-arrest *London & Lancashire* uit 1955, hetgeen nu in art. 6:102 neergelegd is (naast het algemene art. 6:6 lid 2). In dat geval werd de dader die ten hoogste 20% van de schade veroorzaakt had voor de gehele schade door de benadeelde aansprakelijk gesteld, met de instemming van de hoogste rechter. Van belang is nog dat de verplichtingen van de hoofdelijk verbonden personen niet dezelfde schuld behoeven te betreffen (t.a.p., nr 459, in fine).

Wat is 'dezelfde schade' in dit verband, met name in geval van milieuschade? Nieuwenhuis heeft in zijn noot onder *Kalimijnen* betoogd dat wanneer sprake is van lineair schadeverband (percentage zout dat aan het water toegevoegd wordt door elke dader enerzijds, hoogte van schade anderzijds), er geen sprake zou zijn van 'dezelfde schade'. De schade wordt immers minder indien men één dader 'wegdenkt'. Deze redenering is logisch correct, maar staat en valt met een (even) eenvoudig, rechtlijnig schadebegrip. Zodra dat gecompliceerder ligt, zoals bij milieuschade veelal het geval zal zijn, ontstaan hier problemen. Dat zal met name het geval zijn indien schade eerst ontstaat bij het overschrijden van een bepaalde grenswaarde of -norm; doorgaans zal daarbij geen sprake zijn van lineair verband tussen handeling en schade.²⁹ Ik kan dat hier niet uitwerken; het punt is ook van minder praktisch belang omdat de onzekerheid waarvan hier sprake is juist de kern vormt van een andere hoofdelijkheidsregel, die met betrekking tot alternatieve causaliteit, in casu door de hoge raad aanvaard is.

Nu is het merkwaardig dat Bakker juist op dat laatste is ingegaan in zijn pleidooi voor hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van mededaderschap: het aandeel van Moerman leidt bij 'wegdenken' tot de conclusie dat Bakker geen schade meer heeft, aangezien de bijdrage van Moerman aan de vervuiling de 'druppel' is die de saneringsnorm in werking stelde, met de bijbehorende kosten van sanering. Het probleem hierbij is natuurlijk, dat wij in het geheel niet weten of dat zo is, het blijft giswerk nu daarover niets is vastgesteld door de feitenrechter. Even curieus is Bakkers stelling dat voor alternatieve aansprakelijkheid - waaraan men vervolgens geneigd zou zijn te denken - geen vereiste gesteld wordt dat iedere dader de gehele schade veroorzaakt kan hebben (het beroep op Van Acht c.s. gaat zoals gezegd niet op). Tegen mijn pleidooi voor toepassing van de alternatieve causaliteitsregel in die gevallen werd in het verleden steevast tegengeworpen dat het altijd om de veroorzaking van de *gehele* schade moest gaan, quod non bij dergelijke milieuvervuiling in stapjes en gradaties.

Het gevolg van dit alles is in ieder geval dat de hoge raad (door Bakker?) op het spoor van art. 6:99 gezet wordt, met de belangrijke toevoeging in de reconstructie van 's hofs gedachtengang dat Moerman de gehele schade veroorzaakt *kan* hebben door zijn onrechtmatige handeling. Het hof had eenvoudigweg gezegd dat Moerman jegens Bakker 'aansprakelijk is voor de gehele schade'. Een wereld van verschil. De hoge raad doet aldus recht aan de bestaande onzekerheid over de precieze toedracht van de vervuiling in kwestie, ook in feitelijke instantie. Het is charmant dat de cassatierechter het hof de hand boven

29. Vgl. ook Van Acht/Bauw, 2e druk, p. 128; zie ook 3^e druk, p. 231 v.

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

het hoofd gehouden heeft met de 'kennelijk'-constructie, die tot tweemaal toe gehanteerd werd.

Daarmee komen wij aan het tweede punt van onderzoek: wat betekent dit arrest voor de *milieu-aansprakelijkheid*? Het is naar mijn mening een doorbraak, zowel wat de gestelde regel van alternatieve causaliteit betreft, als de toepassing in het type geval dat aan de orde was: milieuschade veroorzaakt door een onduidelijke groep van veroorzakers, onder onduidelijke omstandigheden. Aangezien ik deze problematiek al verschillende malen aan de orde gesteld heb, zou ik daarop niet te uitvoerig willen ingaan, maar volstaan met het inventariseren welke bezwaren tegen deze benadering die in de literatuur naar voren gebracht werden, door de hoge raad ter zijde gesteld zijn.³⁰

Daar is allereerst het argument dat bij onzekerheid over causaliteit en daderschap volgens de leer van de hoge raad enkel het risico van de insolvente dader overgeheveld zou zijn van de benadeelde naar de groep van daders, en niet het risico van *onbekendheid* met het bestaan van een dader. Aldus met een beroep op *London & Lancashire*, o.m. Van Wassenaer van Catwijck, Kottenhagen-Edzes en Spier, door mij eerder bestreden³¹. In de onderhavige zaak van de sloot te Engelum was onzeker wie verder aan de vervuiling bijgedragen had; het aandeel van Bakker Jr werd zelfs onaannemelijk geacht door het hof. Kennelijk speelde dat geen rol voor de hoge raad om alternatieve causaliteit aan te nemen; het vereiste van een beperkte 'kring van daders' was al met *DES* doorbroken, en de kring blijft dus open.

Eenzelfde uitspraak werd eerder gedaan door de kantonrechter te Rotterdam in 1993 in een asbestschade-zaak, waarbij onzekerheid bestond welke (ex-)werkgever tot schadevergoeding aangesproken zou kunnen worden door de werknemer die aan een asbestziekte leed die hij in de loop der jaren bij het werk opgelopen had. De laatste werkgever werd voor de gehele schade aansprakelijk gesteld.³² Uit dit voorbeeld ziet men welke toepassingsmogelijkheden het arrest van 1997 biedt: behalve aan gecompliceerde gevallen van water-, bodem- en luchtvervuiling, waar multi-causaliteit en meerdaderschap schering en inslag zijn, kan men ook denken aan werkgeversaansprakelijkheid bij beroepsziekten die het karakter hebben van een 'sluipende schade' naar het woord van Spier, en zich pas na 20-40 jaar openbaren. De werkgever kan dan, net als de spreekwoordelijke dader, op het kerkhof liggen, soms het juridische kerkhof van faillissement of bedrijfsovername.

Een tweede tegenargument was dat het veroorzaken van een *deel* van de schade nooit tot aansprakelijkheid op grond van alternatieve causaliteit kan leiden,

30. Voor een overzicht van voor- en tegenstanders van toepassing van de DES-regel bij milieuschade in de literatuur verwijs ik naar Van Acht c.s., p. 128 v.; Spier en Sterk, *Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen*, Deventer 1995, p. 23. Zie ook boven.

31. Zie boven, aldus ook A.J. Van, *Onzekerheid over daderschap en causaliteit*, diss. Rotterdam 1995 (*Serie Aansprakelijkheidsrecht Deel 3*, Arnhem), pp. 64, 228 v., waar verdere lit.

32. Ktg. Rotterdam 10 juni 1993 *Prg* 1993, 3919, *De Jong - Pols Betimmeringen*, ook opgenomen in: *Asbest en aansprakelijkheid*, *Serie Aansprakelijkheidsrecht 1*, Red. J.M. van Dunné, 1994, p. 211, Vgl. ook Van, diss. p. 237.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

aangezien daarbij van het (mogelijk) toebrengen van de gehele schade gaat. Aldus bijvoorbeeld uitdrukkelijk Hartkamp.

Vgl. Asser-Hartkamp I, nr 441b (2000; idem vorige twee drukken); concl. *DES*-arrest, sub 14, waarbij een dergelijke toepassing van alternatieve causaliteit op milieugebied afgewezen wordt, met een beroep op De Planque en Kottenhagen-Edzes. In dezelfde zin Akkermans, 'Veroorzaking van deelschade', *WPNR* 6043 (1992), p. 249. Na de *DES*-zaak werd ook een beroep op de bewoordingen van het arrest gedaan, waarin toch gesproken werd over het ontstaan van de *gehele* schade; vgl. in die zin Wiggers-Rust, *NTBR* 1995, p. 206 (recensie diss. Betlem, *Civil Liability for Transfrontier Pollution*, Utrecht 1993, die evenals ik ruime toepassing van art. 6:99 bepleit). Ook Hartkamp blijft bij zijn standpunt na het *DES*-arrest, het zou zelfs meer steun ervoor geven (zie t.a.p.).

Mijn standpunt dat art. 99 ook toepassing vindt ten aanzien van een dader van *gedeeltelijke* schade, wordt derhalve door Betlem ook ingenomen door Boonekamp en Hartlief. In Asser-Hartkamp I blijft dit alles nog steeds onvermeld, laat staan dat het bestrijding krijgt.³³ In aanvulling op het eerder betoogde op grond van het onderhavige arrest uit 1997, waarbij de hoge raad de *kans* op gehele schade als uitgangspunt voor aansprakelijkheid neemt, dus ook de *kans op deelschade* die veroorzaakt werd, nog het volgende.

In de *DES*-zaak liep de hoge raad voorop in internationaal opzicht, ook naar Amerikaanse maatstaven, waar bij produktenaansprakelijkheid slechts de markt-aandeel-aansprakelijkheid in sommige staten aanvaard is (hetgeen door a-g Hartkamp voor ons recht tevergeefs bepleit werd in de *DES*-zaak). Dat is met de *Engelum*-zaak echter niet het geval: de Duitse rechter ging al lang geleden voor met twee bekende arresten: *Hühnergülle* (1971) en *Steinbruch* (1976). In beide gevallen is sprake van de mogelijkheid van het toebrengen van slechts een deel van de schade, en niet a priori de gehele schade. Men vindt deze uitspraken hieronder kort besproken.³⁴

Aangezien deze rechtspraak nog steeds weinig bekendheid geniet in ons land - zo gaat Akkermans er zelfs geheel aan voorbij in het aangehaalde rechtsvergelijkend artikel over hoofdelijke aansprakelijkheid voor deelschade, waar hij overigens tegenstander van is - volgt hier een korte bespreking ervan. Het is opmerkelijk dat Akkermans ook in zijn rechtsvergelijkend proefschrift geen aandacht aan deze Duitse standaard-arresten gegeven heeft.

In *Hühnergülle* werd water verontreinigd door enkele landbouwbedrijven, onder meer een pluimveebedrijf; de vis van een stroomafwaarts gelegen viskweker stierf, maar onduidelijk

33. R.J.B. Boonekamp, *BW-Krant Jaarboek* 1991, p. 87; T. Hartlief, *TVVS*, p. 313. Woertman, Van, en Van Huizen, zie Akkermans, diss. p.24. Akkermans neemt in zijn dissertatie een tussenstandpunt in: wel ruime toepassing van art. 99, maar bij deelschade slechts gehoudenheid tot het deel van de schade dat men veroorzaakt heeft. Vgl. *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, diss. Tilburg 1997, p. 23; 73. Schr. gaat in het geheel niet in op mijn betoog, uit de periode 1992-1997. Zijn promotor Spier volstaat met zijn standpunt van voor het *DES*-arrest te herhalen, en baseert zijn lezing van dat arrest en art. 99 daarop, met veelvuldig beroep op de *letter* daarvan. Hij vindt dat ik met mijn zienswijze 'op hol geslagen ben'. Vanuit zijn visie is dat juist. Maar dat vond hij ook al van de hoge raad in 1992. Zie nog uitvoering onder, nr 10.

34. Zie ook boven, nr. 1; vgl. *Transboundary Pollution and Liability: The case of the River Rhine*, Red. J.M. van Dunne, Lelystad 1991, pp. 82, 102 v. resp. Brüggemeier en Köndgen.

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

was welk aandeel daarvan aan de pluimveehouder met zijn lozing van kippemest toegerekend kon worden. Ingevolge par. 22 Wasserhaushaltsgesetz (van 1957) is sprake van hoofdelijke aansprakelijkheid, en wel risico-aansprakelijkheid. Het bundesgerichtshof heeft dat artikel zo uitgelegd, dat het 'een wettelijk vermoeden inhoudt dat enig gevaarveroorzakend handelen dat schade toegebracht kon hebben, geacht wordt de schade daadwerkelijk veroorzaakt te hebben' (BGHZ 57, 257, op p. 264). Men spreekt hier van 'summierte Kausalität', de bijdragen aan causaal verband tussen het handelen van diverse personen en de schade worden bij elkaar opgeteld: 'Summierung'. In de *Steinbruch*-zaak ging het om schade aan een huis ten gevolge van een explosie in een naburige steengroeve; nu waren er twee van dergelijke open mijnen in de buurt, waar regelmatig met explosieven gewerkt werd, en de huiseigenaar kon niet aantonen welke steengroeve de schade veroorzaakt had. De mijn die hij aansprak stelde dat de andere mijn de schade geheel of gedeeltelijk (mede-)veroorzaakt kon hebben. Alternatieve aansprakelijkheid, neergelegd in par. 830 BGB, kent eveneens het vereiste van toebrengen van de *gehele* schade. Het bundesgerichtshof aanvaardde hier een (nieuwe) regel van bewijsrecht, die inhoudt dat wanneer de interactie van zijn handelen met dat van derden het onmogelijk maakt heeft om een causaal verband vast te stellen tussen het handelen van betrokken personen en de schade van een derde, de gedaagde het risico heeft te dragen dat het causaal verband met betrekking tot eisers schade niet met zekerheid vastgesteld kan worden (BGHZ 66, 70). Het is derhalve allerm minst zeker dat de aansprakelijk gestelde partij de gehele schade veroorzaakt heeft, zoals de wet eist, en niet slechts een deel ervan, maar dat onzekerheidsrisiko wordt op zijn schouders gelegd en niet op die van de partij aan wie schade toegebracht werd. Een (of meer) explosie(s) die stof opwerpen, vooral tot nadenken.³⁵

Uit de meer recente duitse literatuur valt het volgende van belang te melden. Voor aansprakelijkheid op grond van alternatieve causaliteit (§ 830 BGB) werd vroeger een vorm van gezamenlijk handelen van de daders vereist, een samenhang in ruimte en tijd. Die zienswijze is tegenwoordig verlaten, en wordt nog hoogstens met de mond beleden; in de 'Kommentare' is het vereiste geheel uitgehold, in de handboeken wordt het vereiste in het geheel niet meer gesteld of neemt men genoegen met een 'solidarische Verantwortung'.³⁶ In Larenz-Canaris wordt het voorbeeld van een besmetting met aids gegeven, waarbij de oorzaak gelegen kan zijn in geslachtsverkeer of een bloedtransfusie; een beroep op alternatieve causaliteit zou hier mogelijk zijn, ondanks het ongelijksoortige karakter van de handelingen en scheiding in ruimte en tijd. Ook in andere gevallen gaat het niet langer om handelingen die met elkaar samenhangen, maar die 'ein spezifischen Bezug auf den Schaden haben'. De tezamen handelende personen hoeven zich niet op subjectieve wijze bewust te zijn geweest van het handelen van de overige personen, die kennis wordt toegerekend.

Bij deelschade staat een beroep op alternatieve causaliteit open, de zogenaamde *Anteilszweifel*. Zoals Canaris terecht opmerkt, speelt dit een grote rol bij milieuschade; hij geeft de *Steinbruch*-zaak, die zojuist besproken werd, als voorbeeld hoe de *Anteilszweifel* met *Urheberzweifel* gelijk gesteld wordt, de Duitsers zijn meester in het bedenken van nieuwe termen.³⁷

35. De weergave die Akkermans van het duitse recht gegeven heeft, in 1992 en 1997, is dus onjuist.

36. Vgl. Deutsch, nr 522, met verwijzing naar de handboeken van Esser en Larenz; Larenz-Canaris, § 82 II, 2.

37. § 82 II, 2e; § 85 II, 1c. Akkermans volstaat hier met de mededeling dat bij twijfel over de omvang van deelschades een voorwaarde is 'dat ieder der 'Beteiligten' de gehele schade heeft kunnen veroorzaken', diss. p. 31 (vgl. ook p. 73).

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

Het Zwitserse recht loopt in grote lijnen parallel aan het Duitse recht; 'schuldhaft zusammengewirkt' hebben wordt ruim uitgelegd, waarbij kennis van het handelen van anderen toegerekend wordt, bewuste samenwerking wordt niet onderzocht, verschil in rechtsgronden is niet van belang. Sprekende gevallen zijn de aansprakelijkheid van commissarissen (ondanks verschil in portefeuille en gebrek aan 'bewusste Zusammenarbeit' hoofdelijke aansprakelijkheid aangenomen), schietpartij in tuin van een restaurant (ook eigenaar aansprakelijk gehouden), ijshockey-wedstrijd die in vechtpartij ontaard was (behalve spelers, ook organisator en vereniging aansprakelijk geacht).³⁸

Een Nederlands voorbeeld van een dergelijk type schade is de *Fluor-zaak* uit de jaren '60. Rb. Rotterdam 13 november 1963, *NJ* 1964, 77, *Verkade-Eerste Ned. Coöp. Kunstmestfabriek*; bevestigd Hof Den Haag 25 juni 1965, *NJ* 1967, 125 (vgl. ook Kottenhagen-Edzes, diss. p. 256).

Een superfosfaatfabriek in de omgeving van Rotterdam had door de uitstoot van fluorverbindingen in de lucht, die op grasland neersloegen, het veen van een naburige veehouder vergiftigd. De fabriek verweert zich met een beroep op de uitstoot van aflaatgassen door andere emittenten, echter zonder succes. De rechtbank hanteert hier het middel van vermoeden van schuld, aangezien het vee zich in de nabijheid van de fabriek bevond, terwijl niet van vergiftigingsverschijnselen buiten dat gebied gebleken was, waardoor de invloed van andere emittenten minder aannemelijk was. De fabriek dient bij de emissie rekening te houden met het bestaan van een achtergrondconcentratie fluor in de regio, aldus de rechtbank. Het algemene verweer dat de eiser reeds schade door toedoen van derden heeft, met het treffen van voorzieningen en bijbehorende kosten tot gevolg, is overigens al geruime tijd geleden door de rechter verworpen, vgl. Hof Den Bosch 22 maart 1938, *NJ* 1938, 795, *Voorste Stroom*.

Men ziet aan het *Fluor-geval* dat men met de bewijsregel van *res ipsa loquitur* ('sprekende feiten') een heel eind kan komen in geval van (mogelijke) multicausaliteit en meedaderschap. Voor de moderne ontwikkelingen op dit terrein met behulp van statistische methoden, *probability of causation*, zie men de dissertatie van Van, p. 253 v., en verder nog Van Acht c.s., p. 124 v.

De kans op schade als gevolg van gevaarlijke activiteiten werd door de hoge raad al eerder als uitgangspunt genomen; zie voor de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten *Cijsouw - De Schelde* (*NJ* 1993, 686; *TMA* 1994, p. 93), waarbij zoals bekend aanvaard werd dat de werkgever ook aansprakelijk is voor een hem *onbekend* specifiek gevaar, indien de kans op de realisatie daarvan door zijn handelen verhoogd werd.³⁹

Er is ook nog steun in het verdragenrecht te vinden voor het brengen van veroorzaking van deelschade onder alternatieve causaliteit, vgl. art. 6 lid 2 en 3 Verdrag Raad van Europa inzake aansprakelijkheid voor milieugevaarlijke activiteiten (Lugano 1993, door ons land geratificeerd). Deze bepalingen zijn,

38. Zie de handboeken van Merz, Von Tuhr-Peter, Keller-Gabi, Oftinger-Stark, Gauch en Guhl, aangehaald in het *Rijn-Rapport*, Deel 2, 1988, p. 62 v. Zie ook mijn *Rechtsvraag*, *AA* 1992, p. 643 v.

Voor het Franse recht, waar 'causalité partielle' een bekend thema is, zie men E.H. Hulst, *Grondslagen van milieu-aansprakelijkheid*, diss. Rotterdam 1993, p. 467 v.

39. Vgl. daarvoor mijn bijdrage in *Asbest en aansprakelijkheid*, p. 19 v., waar dit in een algemene context van gevaarzetting geplaatst wordt.

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

met enige moeite, terug te vinden in art. 6:182 BW, de aansprakelijkheid van exploitanten van stortplaatsen en boorgaten die al of niet gezamenlijk handelen, waarbij hoofdelijke aansprakelijkheid gevestigd wordt. In art. 11 vindt men de hoofdelijke aansprakelijkheid van de exploitant bij alternatieve causaliteit neergelegd, die ook geldt voor *deelschade*. De laatste kan zich hiertegen verweren, indien hij aantoont slechts een deel van de schade veroorzaakt te hebben.⁴⁰

De hoge raad loopt dus niet uit de pas met het *Engelum*-arrest, internationaal gezien, terwijl de vragen die nog resten mede aan de hand van elders gevonden oplossingen tot een goed eind gebracht kunnen worden. Voor degenen die nog steeds moeite heeft met het *DES*-arrest zal hierin weinig troost gevonden worden. Sommigen hebben hun hoop gevestigd, wat de produktenaansprakelijkheid betreft, op het Europese hof als hoogste rechter, die wellicht onze hoge raad zou kunnen terugfluiten op grond van de Richtlijn produktenaansprakelijkheid. Aldus bijvoorbeeld Hartkamp, die allerm minst door de hoge raad overtuigd is, en blijft mopperen, vgl. I nr. 441a; III nr. 211. Ik acht dat geen reële verwachting, gezien een redelijke uitleg van die richtlijn, in de lijn die J. Knottenbelt al geruime tijd voorstaat, en waarin hij gesteund lijkt te worden door het arrest *Alsthom Atlantique - Sulzer* van het Europese hof uit 1991.⁴¹

Kortom de les uit *DES* moet door velen nog getrokken worden; voor het milieu lijkt de hoge raad dat al gedaan te hebben, in *Engelum*. Daarmee staan wij, ook hier, aan het begin van een nieuwe episode in het aansprakelijkheidsrecht. Zoals altijd is hier de keus: meegaan of aan de rem (blijven) hangen.

10. *De ontvangst van Moerman - Bakker (1997) in de doktrine: een vreemde eend in de bijt*

Sinds de vorige druk van dit werk, uit 1997, is de discussie in de literatuur over de betekenis van het arrest *Moerman - Bakker* voor de alternatieve causaliteit voortgezet. De spil waar die discussie om draait, is nog steeds de vraag of de regel van alternatieve causaliteit ook toegepast kan worden wanneer een gedaagde (vermoedelijk) slechts *deelschade*, en niet aantoonbaar de gehele schade veroorzaakt heeft. Wanneer men die vraag ontkennend beantwoordt, wordt de waardering voor het *Moerman - Bakker*-arrest daardoor aanzienlijk beïnvloed; daarbij gaat men eraan voorbij dat die mogelijkheid in het buitenland veelal erkend wordt, zoals wij zagen, hetgeen toch te denken zou moeten geven. Het thema-nummer *TMA* 1998-2 met bijdragen van Akkermans, Bauw en Van, geeft een aardige doorsnee van de mogelijke visies op de betekenis van het arrest *Moerman - Bakker* voor milieu-aansprakelijkheid bij multi-causaliteit.⁴² Aan de

40. Zie voor die materie E.A. Messer, *Risikoaansprakelijkheid voor milieu-verontreiniging in het BW*, diss. Utrecht 1994, p. 206 v.; Van Acht c.s., p. 130.

41. Vgl. zijn bijdrage aan *Milieu en aansprakelijkheid, Serie Aansprakelijkheidsrecht 2*, Red. J.M. van Dunné, Lelystad 1994, p. 89 v.

42. A.J. Akkermans, Multi-causale milieuschades, de toepassing van art. 6:99 BW, en de vervuilde sloot uit *Moerman - Bakker*, *TMA* 1998, p. 23; E. Bauw, Alternatieve causaliteit en milieuschade. Enkele opmerkingen naar aanleiding van het arrest *Moerman - Bakker*, idem, p.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

ene kant van het spectrum is Bauw, die het arrest volmaakt oninteressant vindt en er slechts een bevestiging van het wetsartikel in leest; 'van een nieuwe koers in de jurisprudentie is geen sprake'. Aan de uiterst andere zijde bevindt zich Van, die van mening is, niet alleen dat het arrest een toepassing is van het *DES*-arrest in een milieuschade-zaak, maar zelfs stelt dat de 'hoge raad een stap doet die zo mogelijk nog groter is dan die in het *DES*-arrest'; hij ziet in het arrest van 1997 'een belangrijk en breed inzetbaar hulpmiddel voor slachtoffers' in bewijsnood, ook buiten het milieurecht. In het midden van het spectrum vinden wij tenslotte Akkermans, die enerzijds het 'aardige' arrest *Moerman - Bakker* 'een bemoedigend voorbeeld' noemt 'van de specifieke toepassing van ... de alternatieve veroorzaking op het terrein van de multicausale milieuschades', een terrein dat 'dringend vraagt om de ontwikkeling van specifieke causaliteitsregels'. Anderzijds acht Akkermans 'niet juist de opvatting van Van Dunné, die in het arrest een baanbrekende toepassing leest van - wat hij noemt - de '*DES*-regel' op milieuschade', dat wil zeggen, dat de weg vrijgemaakt zou zijn voor aansprakelijkheid voor het geheel in geval van veroorzaking van deelschade.

Zoveel hoofden, zoveel zinnen dus. Over hoofden gesproken, deze veelzinnigheid ten aanzien van de betekenis van *Moerman - Bakker* voor milieuaansprakelijkheid hangt in overwegende mate af van de appreciatie die men al in het hoofd heeft voor het *DES*-arrest. Indien men dat arrest afwijst is het vanzelfsprekend dat *Moerman - Bakker* geen toepassing van het *DES*-arrest kan zijn. Aldus Spier, en in diens kielzog Bauw (die met een verwijzing naar Spier volstaat); hetzelfde geldt overigens voor een schrijver als Hartkamp in zijn Asser-bewerking, die zelfs de ongebruikelijke stap deed om toen zijn conclusie als a-g door de hoge raad in *DES* niet gevolgd werd, een scherp commentaar te leveren in de *Asscher-Bundel*.⁴³

Alvorens nader in te gaan op de visies van deze auteurs, een opmerking vooraf. Bauw, Akkermans en Hartkamp doen voorkomen of ik als enige *schrijver* het standpunt inneem dat art. 6:99 ook van toepassing is op gevallen waarin de gedaagde enkel *deelschade* veroorzaakt heeft, en niet de gehele schade (althans, dat laatste staat niet vast). Deze zienswijze, art. 99 à la *DES*, is echter ook aanvaard door schrijvers als: Boonekamp, Hartlief, Woertman, Betlem, Van en Van Huizen (zie boven). Sommige auteurs hebben uitdrukkelijk toepassing op milieuschade bepleit (Hartlief, Van, Betlem). Wanneer wij het hebben over letselschade, kan nog aan de reeks worden toegevoegd: Clausing en Kottenhagen-Edzes, terwijl enkele andere schrijvers aarzelen. Akkermans is in zijn dissertatie uitvoerig ingegaan op enkele van deze schrijvers (met name op Boonekamp en Hartlief, vgl. nog onder); in zijn *TMA*-artikel is hij daar niet aan toegekomen. In zijn proefschrift is hij weer niet aan mijn standpunt toegekomen, en zoals wij nog zullen zien, aan zoveel meer dingen niet, die een afwijkend

30; A.J. Van, Hoofdelijke aansprakelijkheid bij multi-causaliteit. Beschouwingen naar aanleiding van HR 17 jan. 1997, *NJ* 1997, 230, idem, p. 32. Zie ook mijn artikel: Causaliteitsproblemen in het milieu-aansprakelijkheidsrecht: alternatieve causaliteit en res ipsa loquitur (I), *TMA* 1999, p.119. Aan dat artikel werden hier enkele passages ontleend.

43. Zoals bekend stond a-g Hartkamp marktaandeel-aansprakelijkheid voor in zijn omvangrijke conclusie voor *DES*, maar werd hij 'links ingehaald' door de hoge raad met de in dat arrest aanvaarde veel verdergaande aansprakelijkheid. Zie *Asscher-Bundel*, 1993, p. 76; vgl. ook: Asser-Hartkamp III, nr 211; Asser-Hartkamp I, nr 441b.

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

beeld geven. Ook in Asser-Hartkamp vindt men niets van de tegengestelde opvatting, hetgeen bij deze bewerker wel vaker voorkomt, de tweestrijd blijft daar zelfs onbesproken (zie t.a.p.).

Wij zullen de discussie met deze auteurs in dat bredere kader van de stand van de doktrine plaatsen, en daarnaast ook aandacht besteden aan de uitleg die men aan het arrest in kwestie geeft - vaak gaat het gewoon om het *lezen* van het arrest dat al de toets der kritiek niet kan doorstaan.

Zoals gezegd staat de deelschade-problematiek centraal in het debat over art. 99. Boonekamp heeft in 1991 de toepassing van dat artikel op deelschadegevallen bepleit, waarin hij in 1992 bijgevallen is door Hartlief, en later ook door andere schrijvers.⁴⁴ Het voorbeeld van Boonekamp (en Hartlief) is het volgende, waarbij de percentages de vastgestelde schadeveroorzaking weergeven:

- A 30%
- B 30%
- ? 40% (kan zijn: A of B; of C).

Volgens de genoemde auteurs zijn in een dergelijke situatie, onder de werking van art. 99, A en B elk hoofdelijk aansprakelijk, dus voor 100%.

Akkermans heeft dit bestreden in zijn proefschrift, in de zin dat art. 99 wel van toepassing zou zijn, doch slechts voor de derde categorie, de 40% met *onbekende* veroorzaker (C); dat percentage dient zijns inziens opgeteld te worden bij de reeds aan A, respectievelijk B, toe te rekenen *vastgesteld* veroorzakingsdeel, te weten: 30%. Beiden zijn dan voor 70% aansprakelijk te houden (diss. p. 78). Akkermans' argument daarvoor is, dat art. 99 'geen aansprakelijkheid kan scheppen voor schade die men *onmogelijk* veroorzaakt kan hebben' (in ieder geval niet buiten de specifieke context van het *DES*-arrest, wordt in een noot toegevoegd). Hij bedoelt hiermee, dat indien vaststaat dat B 30% van de schade veroorzaakt heeft, A onmogelijk voor 100% aangesproken kan worden, omdat hij de 30% die B op zijn kerfstok heeft nu eenmaal niet hoeft te dragen.

Hierbij verliest Akkermans echter volkomen uit het oog, dat art. 99 een verbijzondering van art. 102 inzake *hoofdelijkheid* is, zoals boven besproken; het typische van hoofdelijkheid is nu eenmaal dat men voor 100% van de schade aangeslagen wordt terwijl men aantoonbaar slechts een fractie daarvan zelf veroorzaakt heeft.⁴⁵ Dat noemen wij nu 'hoofdelijkheid': men zit met anderen in hetzelfde schuitje, dat men niet uitgekozen hoeft te hebben, maar waarin men

44. Boonekamp, *BW-krant Jaarboek 1991*, p. 87; T. Hartlief, *TVVS 1992*, p. 313. Voor de overige schrijvers zie men: Akkermans, diss. pp. 24; 73 v.; Van Acht, Bauw, c.s., *Milieuprivatrecht*, 2^e dr., p. 128 v.; zie ook 3^e druk, p. 233 v.; Spier en Sterk, *Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen*, 1995, p. 23 (vgl. ook *TMA 1991*, p. 157).

45. Zie ook HR 24 dec. 1999, *NJ 2000*, 351, nr CJHB, *Nugteren – Meskes (verzakking woning Den Ijp)*. De ernstige schade aan de fundering van het huis van Meskes – daardoor rijp voor de sloop - was veroorzaakt door een drietal invloeden waarbij twee buurlieden betrokken waren: aanbrengen van een zandpakket (door Heeroma), het ophogen van de toegangsweg en het zware verkeer over die weg (door Nugteren); hoewel Nugteren slechts voor 1/3 bijgedragen heeft aan de schade wordt hij voor de volle schade (hoofdelijk) aansprakelijk geacht.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

door omstandigheden of bloot toeval terechtgekomen is (zoals in het verkeersongeval, als archetypisch geval van meerdaderschap). Denk aan de kleine dader in de *London & Lancashire*-zaak die ondanks zijn 20% bijdrage aan de schadeveroorzaking voor 100% in het schip gaat (omdat hij het meest kapitaalkrachtig of het beste verzekerd was, denken wij dan). Er is eens een zaak geweest van een bietcampagne in Zeeuws-Vlaanderen waardoor een auto slipt; de eigenaar (diens assuradeur) sprak de zoon van de boer aan die meehielp op het land tot schadevergoeding aan, en niet de landarbeiders die ook aan het werk waren. Van die dingen.

Akkermans is wellicht op dit dwaalspoor gekomen doordat hij zo benadrukt heeft in zijn betoog dat art. 99 niet, zoals de meeste schrijvers vinden (met het DES-arrest aan hun zijde, voeg ik toe) een *bewijsregel* is, die omkering van de bewijslast geeft in geval van bewijsnood van het slachtoffer, maar daarentegen een *materieelrechtelijke regel*, gebaseerd op gevaarstelling, die een aansprakelijkheidsregeling inhoudt wegens mogelijke veroorzaking van schade (p. 70 v.). Dit volgt zijns inziens 'logischerwijs' uit art. 99; nu is de logica een gevaarlijk instrument bij de rechtsvinding, het valt op dat schr. scheidingen aanbrengt die beter als een samenhangend geheel gezien kunnen worden. Het is zowel het één als het ander: 'en - en', en niet: 'of - of', om met Eggens (en Pitlo) te spreken, en in het algemeen de dialektische logica waaraan ook de naam van Paul Scholten verbonden is.⁴⁶

De aard van de schade in geval van milieuschade en multi-causaliteit

Daarmee komen wij op het thema van de aard van de schade: het discussiepunt dat alternatieve causaliteit daarin van gewone hoofdelijke aansprakelijkheid verschilt, dat het in het eerste geval om verscheidene (soms: verschillende) schades gaat, en niet om 'dezelfde schade'. Zoals ik eerder betoogd heb, gaat het bij de meeste gevallen van milieuschade (bodem, water, lucht) om een samengestelde veroorzaking door een aantal daders, terwijl de milieunorm, en daarmee de onrechtmatigheid van het (gezamenlijk) handelen of de gebeurtenis, gefixeerd is op een bepaalde overschrijding van grenswaarden, met een schade of saneringsnoodzaak tot gevolg. Een voorbeeld, waarbij de percentages de omvang van emissie van de toxische stof X die in het milieu aangetroffen wordt, aangeven:

- A 30%
- B 30%
- C 40%

De saneringsnorm voor stof X: stel bij 50% emissie.

46. Weinig overtuigend is het betoog van schr. waarin het vereiste van bewijsnood weerlegd wordt met behulp van een voorbeeld waarin geen sprake is van bewijsnood, en art. 99 toch van toepassing is, diss. p. 70.

Akkermans heeft zich door veel rechtsvergelijkend onderzoek laten inspireren in zijn dissertatie; het is jammer dat hij dat zo oppervlakkig gedaan heeft, en van het duitse recht een sterk vertekend beeld geeft, ook wat bewijs, deelschade of een kans daarop betreft, zoals neergelegd in de standaard-arresten *Steinbruch* (1976) en *Hühnergülle* (1971), zie daarvoor boven.

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

Ik verdedigde indertijd, in mijn pleidooi in 1992 voor toepassing van art. 99 à la DES in milieuzaken, dat in dit voorbeeld A, B en C ieder hoofdelijk aansprakelijk zijn, dat wil zeggen: voor 100%. De overeenkomst met de regel van art. 99 (zoals ook toegepast in DES) is dat er sprake is van gevaarstelling door gedaagde(n) en bewijsnood van de eiser: één van de drie daders heeft op een gegeven moment de milieu/saneringsnorm overschreden met zijn onrechtmatig handelen, onbekend is wie van de drie dat gedaan heeft. Het handelen is onrechtmatig, omdat op dat moment de norm zelfstandig overschreden wordt, of men wist dat er meer lozers op het zelfde milieu in die regio zijn, en dat normoverschrijding aannemelijk is, door betrokkene of door anderen.

Een kenmerkend aspect van milieuschade, dat ook door schrijvers als Akkermans onderkend wordt, is dat de mate van schadeveroorzaking niet of moeilijk vast te stellen is, waarbij 'moeilijk' niet alleen met de technische kant van de milieuvervuiling te maken heeft, maar ook met de investering van tijd en geld. Wij weten meestal niet of wij over 30, 70 of wellicht 100% veroorzaking van schade praten met betrekking tot elke dader, alle daders houden hun kaarten tegen de borst, om begrijpelijke redenen, en bij de modale eiser ontbreekt stevast de informatie en meestal ook de kennis van zaken op dit gebied. De *Moerman - Bakker* casus is een sprekend voorbeeld daarvan: het is volkomen onduidelijk gebleven wat nu precies het aandeel in de vervuiling was van betrokken partijen, in het proces en daarbuiten (zie nog onder). Indien men van deze realiteit abstraheert en blijft steken in voorbeelden met het 'vastgesteld aandeel' in de toegebrachte milieuschade van iedere dader (naast een onbekend deel), is men toch vrij academisch bezig.

Tenslotte verdient nog vermelding dat Akkermans in zijn *TMA*-artikel de problematiek niet bepaald helderder maakt door te stellen dat wanneer twee lozers ieder op zich nog niet, maar samen wèl (een deel van) de sanering noodzakelijk maakten, hier net als in *London & Lancashire* hoofdelijke aansprakelijkheid voor (het betreffende deel van) de sanering aangenomen kan worden. Met andere woorden, het door mij als laatste gegeven cijfervoorbeeld. Dat is het geval omdat wij hier te maken hebben met 'de figuur van de samenloop van onzelfstandige oorzaken', stelt Akkermans (p. 25). Indien echter de saneringsdrempel pas werd overschreden door een derde of vierde bijdrage in de verontreiniging, zouden wij met 'sluipende schade' van doen hebben, 'waarbij een prorata-aansprakelijkheid meer in de rede ligt'; zoals bekend is die benadering door zijn promotor Spier met verve bepleit, al sinds zijn tilburgse oratie van 1990 die aan sluipende schade gewijd was. Hierboven werd door mij al betoogd dat de zienswijze van Akkermans niet te rijmen is met de algemene regeling van hoofdelijke aansprakelijkheid ex art. 102.

Er werd eerder al op gewezen, dat in het Verdrag van Lugano (Raad van Europa, inzake milieugevaarlijke activiteiten, 1993) steun te vinden is voor aansprakelijkheid bij veroorzaking van deelschade, met name artt. 6, lid 2 en 3, en 11. Er is sprake van hoofdelijke aansprakelijkheid, maar de aangesproken veroorzaker heeft verweer tegen die aansprakelijkheid door aan te tonen dat hij slechts een deelschade veroorzaakt heeft.⁴⁷ Op een 'expert meeting' die in 1996

47. Zie voor die materie: E.A. Messer, *Risico-aansprakelijkheid voor milieu-verontreiniging in het BW*, diss. Utrecht 1994, p. 206 v.; Van Acht en Bauw c.s., p. 130.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

in Cambridge belegd was door DG XI van de EEG, waaraan ik deelgenomen heb, was iedereen het erover eens dat men dat wel zo kan regelen, maar dat dit volgens de Europese nationale rechtsstelsels geen *hoofdelijke aansprakelijkheid* genoemd mag worden. Dat het een regeling is met een duidelijk compromiskarakter, en derhalve aantrekkelijk voor het bedrijfsleven en daarmee verwante juristen, behoeft geen toelichting; dat zij niet de voorkeur had van de experts (uit academische kringen), evenmin.

Ik zou tenslotte een nadere blik te werpen op het arrest *Moerman - Bakker*, waar het allemaal om te doen was, en de wijze waarop de aangehaalde schrijvers met die uitspraak omgaan.⁴⁸ In de 11^e druk van zijn Asser-bewerking (2000) zegt Hartkamp met grote stelligheid dat ik het arrest 'evident misversta', met verwijzing naar Spier, Akkermans en Bauw, die er ook zo over denken.⁴⁹ Dat vraagt om een weerwoord, waarbij het interessant is om na te gaan wat voor standpunt de laatstgenoemde auteurs precies ingenomen hebben, waarop Hartkamp zich baseert (wij zagen eerder dat hij aan het doktrinaire debat geheel voorbij gaat in zijn handboek, evenals aan de rechtsvergelijking). Daartoe moeten wij eerst, voor een goed begrip, het arrest van 1997 weergeven. Voor de casus verwijs ik naar boven, begin nr 9. Wel geef ik hier nog even de kernoverwegingen van het arrest:

De hoge raad vat het arrest van het hof aldus samen (ov. 3.2):

- verontreiniging van de sloot met chemicaliën en zware metalen door Moerman;
- als gevolg hiervan zijn saneringskosten voor Bakker ontstaan;
- het is mogelijk dat Van Breeden en Bakker Jr tot de verontreiniging hebben bijgedragen.

Onder die omstandigheden heeft het hof Moerman voor de gehele schade aansprakelijk geacht, 'tenzij gedragingen van Van Breeden en de zoon van Bakker aan Bakker als eigen schuld zouden kunnen worden toegerekend', waarvoor echter geen grond bestaat.

Dan geeft de cassatierechter de volgende uitleg aan het arrest van het hof:

'Aldus heeft het hof kennelijk de gedachtengang gevolgd, die ook aan het huidige art. 6:99 BW ten grondslag ligt en die in een geval als hier aan de orde is erop neerkomt dat, wanneer vaststaat dat de aangesprokene aansprakelijk is voor een bepaalde gebeurtenis waardoor de gehele schade kan zijn ontstaan, die schade niet geheel of gedeeltelijk voor rekening van de benadeelde behoort te blijven op de grond dat anderen, voor wie hij niet verantwoordelijk is, naar de stellingen van de aangesprokene een deel van de schade hebben veroorzaakt en de benadeelde niet kan bewijzen dat de gehele schade het gevolg van de voormelde gebeurtenis is' (ov. 3.3).

Aldus een verkorte weergave van het arrest van 1997. Ik wees er eerder op, dat wanneer men het *DES*-arrest geen tweede blik waardig keurt, het zeer onwaarschijnlijk is dat men aan een eerste blik op *Moerman - Bakker* toekomt, met enige overdrijving gezegd. Dat geldt in ieder geval voor Bauw, die het arrest

48. Intussen heeft ook de wetgever (van de Ministeries van Economische Zaken en Justitie) zich in de door mij verdedigde zin over de betekenis van *Moerman - Bakker* voor milieu-aansprakelijkheid uitgelaten: zie Gewijzigd Ontwerp van wet 26 219, Mijnbouwwet, d.d. 21 juni 1999, *TK* 1998-1999, p.47.

49. Nr 441b. Aldus ook: 12e dr., 2004; zie echter ook nog onder, nr 11.

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

verkeerd weergeeft en het vervolgens naar het ronde archief verwijst. Wat is namelijk het geval? Het uitgangspunt van Bauw is:

‘Het stond immers vast dat het Moerman was die de schade van Bakker had veroorzaakt. De vraag was slechts of niet een deel van de schade voor rekening van anderen had behoren te komen.

In feitelijke instanties was komen vast te staan - en daaraan was de hoge raad uiteraard gebonden - dat Moerman onrechtmatig de afwateringssloot tussen de percelen van partijen had verontreinigd met chemicaliën en zware metalen en dat deze verontreiniging op zichzelf voldoende was om de sanering met de daaraan verbonden kosten (= ‘de gehele gevorderde schade’) noodzakelijk te maken. Dit is conform de tekst van art. 6:99 BW in beginsel voldoende om aansprakelijkheid voor de gehele schade voor Moerman aan te nemen. Het verweer dat ook anderen een deel van de schade hebben veroorzaakt is dan niet meer relevant - dat is een kwestie van regres geworden, behoudens voor zover het gaat om schade die aan de laedens moet worden toegerekend op grond van art. 6:101 BW (eigen schuld). Voor dat laatste bestond in casu geen grond’.⁵⁰

Dit betoog is in flagrante strijd met de feiten van dit arrest: de crux was namelijk dat het volstrekt onduidelijk gebleven was, voor rechtbank en hof, en dus ook voor de hoge raad, welk aandeel Moerman aan de totale verontreiniging had gegeven, die beweerdelijk mede veroorzaakt was door twee andere personen, Bakker Jr (die met auto’s gesleuteld had) en Van Breeden, de rechtsvoorganger van Moerman. Daarnaast was niet vastgesteld of de lozingen door Moerman op zich reeds sanering noodzakelijk maakten.

Wanneer Bauw op de kernvraag komt, met betrekking tot deelschade en art. 99-toepassing, is begrijpelijk dat hij daar geen brood van kan bakken. Curieus is wel dat Bauw hier ineens de feiten anders weergeeft: ‘Zoals gezegd was in feitelijke instanties immers reeds vast komen te staan dat Moerman de *gehele* schade kon hebben veroorzaakt. In de hierboven aangehaalde rechtsoverweging spreekt de hoge raad ook nadrukkelijk over een ‘bepaalde gebeurtenis waardoor de gehele gevorderde schade kan zijn ontstaan’.⁵¹

Een juiste weergave geeft Akkermans, die ik gemakshalve aanhaal, een onverdachte bron, in dit verband:

‘Zoals door de meeste commentatoren is gesignaleerd, is de feitelijke causale gang van zaken nauwelijks uit de verf gekomen. Mede daardoor blijft onduidelijk waarop precies rechtbank en hof hun oordeel hebben gebaseerd. Het hof lijkt zelfs te willen zeggen dat het enkele feit dat Moerman onrechtmatig heeft gehandeld meebrengt dat hij dus in principe aansprakelijk is voor de gehele schade. Dat is uiteraard een bocht te kort. De vaststelling ontbreekt dat het onrechtmatig handelen de gehele schade heeft veroorzaakt (al dan niet als één van twee of meer samenlopende onzelfstandige oorzaken) of tenminste als één van twee of meer mogelijke oorzaken voor elk waarvan een ander dan de benadeelde verantwoordelijk is, heeft *kunnen* veroorzaken (in de zin van art. 6:99 BW). Daarmee werd het cassatiemiddel wel een beetje uitgelokt’.⁵²

50. P. 31, noot weggelaten. Eenzelfde onjuiste weergave is te vinden bij Spier, *A&V* 1997, p. 73, sub 3.

51. Idem; een alinea verder spreekt schr. weer over het ‘veroorzaken van de gehele schade’, een kameleontisch verloop van het betoog.

52. *TMA* 1998, p. 27; in zijn dissertatie laat Akkermans het arrest, dat een half jaar voor de promotie geweest werd, merkwaardigerwijze onbesproken; het wordt slechts in nt. 274, op p. 79, genoemd, als een ‘praktijkgeval’.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

Intussen komt Akkermans, na het gegeven citaat, waarop de vaststelling volgt dat de hoge raad het arrest van het hof gesauveerd heeft door er een toepassing van art. 99 in te lezen, tot de bespreking van de vraag van deelschadeveroorzaking en alternatieve causaliteit. Het probleem daarbij is, dat hij bij de omkering van de bewijslast die plaatsvindt, met nadruk de mogelijkheid noemt dat gedaagde Moerman zou moeten bewijzen dat een derde een deel van de schade veroorzaakt heeft, hij noemt 40%. Hierboven kwam reeds aan de orde dat Akkermans hier een denkfout maakt, in de zin dat gedaagde Moerman indien hij aantoont dat een derde 40% van de schade veroorzaakt heeft Moerman niet langer voor 100% (hoofdelijk) maar voor 60% aansprakelijk zou zijn. Dat lijkt mij nu een regresprobleem voor Moerman, nog daargelaten dat die 40% van de derde-veroorzaker niets zegt over de mogelijk 100% vervuiling die Moerman op zijn geweten heeft (alles in het kader van de saneringsnorm = 100).⁵³ Hier wreekt zich dat Akkermans twee zaken op een hoop gooit: de schade en de milieuvervuiling; bij het eerste zal hij gedacht hebben aan de saneringskosten waarvoor Bakker gesteld wordt door het waterschap, het tweede betreft de totale vervuiling die ter plaatse aangetroffen is. Indien bijvoorbeeld een vervuiling van drie keer de saneringsnorm (100 voor stof X) aangetroffen wordt, dus 300 eenheden, is het niet erg van belang dat Moerman kan aantonen dat een derde 40 eenheden toegevoegd heeft aan de totale hoeveelheid X; dat alles wanneer het vermoeden bestaat dat Moerman in elk geval 100 eenheden (de saneringsgrens) geloosd heeft.

Een complicerende faktor hierbij - die evenmin de aandacht van Akkermans gekregen heeft - is dat volstrekt onduidelijk is waar en wanneer de saneringsnorm/grens gelegd moet worden (ook hiervoor: zie boven). Op dit punt zijn ook de overwegingen van de hoogste duitse rechter instruktief in de *Hühnergülle*-zaak, die eerder aan de orde gekomen is. Intussen lijkt de redenering van Akkermans gebaseerd te zijn op het wegdenken van de kern van de benadering door de hoge raad, namelijk dat Moerman *mogelijk* zoveel verontreinigd had dat daardoor alleen al sanering moest plaatsvinden; een mogelijkheid die op zich reeds voldoende is voor omkering van de bewijslast ten gunste van eiser Bakker.⁵⁴ Het eind van alles is - aldus mijn stelling indertijd - dat Moerman, ook al zou hij wellicht een deel van de schade veroorzaakt hebben, hoofdelijk aansprakelijk gehouden kan worden en dat zal blijven indien hij een bewijsprobleem heeft, zowel met betrekking tot zijn eigen aandeel in de vervuiling als tot dat van derden, en dat laatste stond bij voorbaat al vast. Akkermans is in zijn proefschrift wél voorstander van het voor het geheel aansprakelijk stellen van een mogelijke veroorzaker van de schade, ook indien een andere veroorzaker bestaat waarvan zeker is dat deze de gehele schade teweeggebracht heeft, die echter achter de horizon verdwenen is, letterlijk of qua financiële draagkracht. Akkermans laat zich hierbij leiden door het *Anhalters-*

53. Zie ook de overweging van de HR, waar gesteld wordt dat de 'schade niet geheel of gedeeltelijk voor rekening van de benadeelde behoort te blijven op de grond dat anderen ... een deel van de schade veroorzaakt hebben ...', etc.

54. Indien men het arrest leest in de wetenschap van de jurisprudentie die gevolgd is (en haar voorlopers had), is de opvatting van de HR geheel in lijn met de gevaarzettingsleer en de 'omkeringsregel' ten aanzien van de bewijslast, zoals in het afgelopen decennium in toenemende mate aanvaard. Zie boven, §2, nr 10, en onder, Hfdst. 12, § 1, nr 7.

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

arrest van het Duitse Bundesgerichtshof uit 1960 en de visie van Bydlinski op het onderwerp, die in ons land gevolgd werd door Boonekamp.⁵⁵

Tot slot zou ik nog willen ingaan op hetgeen door Spier over dit onderwerp gesteld is, waardoor Bauw en Akkermans zich zo sterk hebben laten leiden, en naderhand, Hartkamp. Spier begint in zijn A&V-commentaar uit 1997 met de eerder aangehaalde feitelijk onjuiste lezing van het arrest, dat volgens de hoge raad de gehele schade door Moerman veroorzaakt is, en stelt dan dat dit uitgangspunt van de hoge raad veeleer aan toepassing van art. 6:102 doet denken. Hierop volgt de even curieuze opmerking, dat de cassatierechter naar art. 6:99 gegrepen zal hebben, aangezien: 'Art. 6:102 BW slechts speelt als sprake is van in de tijd samenlopende gebeurtenissen, die ieder voor zich de gehele schade hebben veroorzaakt'. Dan volgt een nog merkwaardiger uitspraak dat dit volgens sommige auteurs ook geldt voor art. 6:99, hetgeen weer weerlegd wordt met een beroep op de wetstekst, waar gesproken wordt van 'zich *kan* voordoen'. Verbazingwekkend is ook hetgeen dan volgt: 'Lopen de oorzaken in de tijd niet synchroon, dan is alleen de eerste oorzaak causaal voor de schade'. De volgende oorzaken maken hoogstens saneringskosten hoger, zodat slechts voor die *extra* schade aansprakelijkheid bestaat, betoogt Spier dan, om te besluiten met de gedachte dat de hoge raad vermoedelijk is uitgegaan van het ervaringsfeit dat verontreinigende gebeurtenissen zelden (geheel) op hetzelfde moment plaatsvinden. Aldus kan alleen art. 99 baat brengen, besluit Spier; het is een onzekerheid wie de *eerste* veroorzaker is, want die heeft de schade *veroorzaakt*.

Ik moet bekennen dat dit parcours voor mij te bochtig is; ik mis ook herkenningspunten van vaste jurisprudentie en doktrine, bijvoorbeeld wat de hoofdelijkheid en veroorzaking betreft, die eerder ter sprake gekomen zijn. Ik laat het oordeel verder aan de lezer over.

Het zal begrijpelijk zijn dat Spier concludeert 'dat er geen reden is om de haan victorie te laten kraaien in het Rotterdamse Instituut voor Milieuschade, waar zoals bekend te vuur en te zwaard verdedigd wordt dat art. 6:99 BW ook geldt als ieder van de veroorzakers slechts een deel van de schade kan hebben veroorzaakt'. Deze bewering, gebaseerd op het *DES*-arrest, acht Spier onjuist, terwijl 'ook het hier besproken arrest geen enkele steun voor die stelling biedt' (sub 6). Het zal ook duidelijk zijn, dat ik mij allerminst herken in deze weergave van mijn standpunt; ik verwijs naar hetgeen hierboven naar voren gebracht is. Het besluit van Spiers betoog kan ik niet nalaten hier te laten volgen, ik refereer hierbij aan het oordeel van de (oplettende) lezer:

'Noch de tekst, noch de strekking van art. 6:99 BW, noch ook het *Des*-arrest geven een basis voor de zoëven geformuleerde stelling. Het arrest niet omdat daarin (veronderstellenderwijs) werd aangenomen dat ieder van de producenten de gehele schade van ieder van de slachtoffers

55. Diss. p. 65 v. De casus van *Anhalterfall* was als volgt, iemand had een vrachtwagen van A trachten aan te houden, die hem vervolgens overreden had; toen hij bewusteloos op de weg lag werd hij opnieuw overreden door een auto van B. Het slachtoffer had zijn onderbeen verloren, onduidelijk was echter welke aanrijding dat veroorzaakt had; A was onvindbaar, dus spreekt hij B aan, als mogelijke veroorzaker. In recentere rechtspraak is het BGH weer afgeweken van dit arrest uit 1960, wegens het uitzonderlijke karakter van de voorgelegde gevallen, hetgeen tot kritiek in de literatuur geleid heeft. Zie voor dit onderwerp, uitvoerig: Larenz-Canaris en Deutsch, t.a.p. (overigens niet door Akkermans geraadpleegd).

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

had kunnen berokkenen. Art. 6:99 BW niet omdat wordt gesproken van ‘de schade’, hetgeen moeilijk anders kan worden gelezen als: de gehele schade. Uiterst onaannemelijk is dat de ontwerper, die beroemd is om zijn scherpe formuleringen, daarmee zou hebben gedoeld op een, mogelijk zelfs klein, deel van de schade. Wanneer ik een plakje van een cake nuttig, wordt ook niet beweerd dat ik ‘de cake’ heb opgegeten.

In zijn noot voor *TMA* betoogt Van Dunné dat de hoge raad in dit arrest heeft beslist dat ‘de kans op gehele schade’ voldoende is voor volledige aansprakelijkheid, ook als de mogelijkheid bestaat dat de aangesprokene in werkelijkheid slechts een *deel* van de schade heeft berokkend. Er is m.i. weinig reden het arrest aldus te lezen. De overweging van de hoge raad strookt met en zal (dus) moeten worden begrepen overeenkomstig letter en strekking van art. 6:99 BW. Dit artikel vereist dat de *gehele* schade van het slachtoffer door de aangesprokene *kan* zijn veroorzaakt.

Over deze materie valt veel meer te zeggen, ook in rechtsvergelijkend perspectief. Daarvoor kan worden verwezen naar de belangrijke dissertatie van Akkermans, die medio juni 1997 is verdedigd.⁵⁶

In een noot verwijt Spier mij dat ik in mijn uitleg van *Moerman - Bakker* ‘op hol geslagen ben’, een frase die ik eerder aanhaalde. Hierbij dient men te bedenken dat volgens Spier de hoge raad in het *DES*-arrest in 1992 ‘op hol geslagen is’; de cassatierechter heeft in dat arrest de visie op art. 99 van Spier, Hartkamp, Dommering-van Rongen, en andere auteurs, die door het Hof Amsterdam overgenomen was, naast zich neer gelegd. De opvatting van de hoge raad op dit punt in 1992 - de memorie van juristen is kort - was eerder verdedigd door Nieuwenhuis en Knottenbelt, met bijval van Hondius en mijzelf. Hieruit blijkt op zich reeds welke verschillende uitleg men aan art. 99 kan geven, waarbij de opvatting van Spier tot dusver niet door de hoge raad gevolgd is.

Spier stelt verder nog in een noot dat Hulst en Klik de ‘Rotterdamse’ visie niet aanhangen, in resp. dissertatie en *M&R*-noot (1997, p. 121). Zie echter de laatste schr., die stelt dat door de hoge raad ‘een belangrijke stap gezet is’ in de door mij bedoelde richting, en een aanwijzing ziet voor ‘verdere uitbreiding in de toekomst’, pp. 122, 124.

Elders kwam ter sprake dat Spier niets van de gevaarzettingsleer moet hebben (NJV 1996; zie boven, Hfdst. 10, § 2, nr 10); dat zal zijn reactie op het arrest *Moerman - Bakker* zeker beïnvloed hebben. Het laatste decennium van de vorige eeuw, en aan het begin van deze eeuw, heeft de hoge raad die risikoleer in toenemende mate in het aansprakelijkheidsrecht aanvaard en daarop de zogenaamde ‘omkeringsregel’ gebaseerd. Een ontwikkeling die met *Jumbo III* (1993) en *ziekenhuis De Heel* (1995) ingezet werd; de uitspraak in *Moerman - Bakker*, uit 1997, past heel goed in die lijn.

Het laatste woord over dit onderwerp zal hiermee nog niet gezegd zijn.⁵⁶ Ik hoop echter dat, wanneer men zich realiseert in welke context het arrest *Moerman - Bakker* verschenen is, en zich niet door een oud parti-pris laat leiden, men bereid zal zijn om het arrest de plaats te geven die het verdient: met *DES* een standaard-arrest op het gebied van alternatieve causaliteit.

56. Zie bijv.: *Proportionele aansprakelijkheid*, Akkermans, Faure en Hartlief (red.), Den Haag 2000.

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

11. *Drewel c.s. – AMEV Schadeverzekering (2003), voortzetting van de lijn Moerman – Bakker?*

Het bovenstaande is een tekst uit de vorige druk, van 2001. Sindsdien is er nieuwe uitspraak van de hoge raad verschenen, over dit belangrijke onderwerp die groot gewicht in de schaal geworpen heeft. Op 31 januari 2003 werd de hoogste rechter opnieuw geroepen om zich over alternatieve causaliteit uit te spreken, in de zaak van *Drewel c.s* tegen verzekeraar AMEV, in een brandschadegeval.⁵⁷ Men kon zich afvragen of dit een bevestiging is van *Moerman – Bakker*, maar in welke zin, als nietszeggende uitspraak, of als baanbrekend arrest? Na lezing van het arrest had ik het bange vermoeden dat alles bij het oude zou blijven, wat de verdeeldheid in de doktrine betreft, maar tot mijn verbazing heeft Hartkamp de nieuwe weg die de hoge raad ingeslagen heeft erkend, hetgeen natuurlijk niet wil zeggen dat hij teruggekomen is op zijn eerdere standpunt ten aanzien van mijn visie, het ‘evident misverstaan’ van het arrest *Moerman – Bakker*.⁵⁸ Het belangrijkste is, dat de door mij gesignaleerde ontwikkeling nu ook tot het Asser-deel is doorgedrongen (de erkenning van TNR heeft in de jaren ’70 en ’80, onder Rutton en Hartkamp, ook zo’n drie drukken geduurd; ‘handboek’ heeft iets met ‘handhaven’ te maken, denk ik wel eens).

Interessant is ook dat in deze zaak Spier als a-g opgetreden is, een erkend tegenstander van het *DES*-arrest, die ook voor *Moerman – Bakker* indertijd geen goed woord over had, zoals wij zagen. Zijn conclusie tot vernietiging van het arrest van het Hof Leeuwarden, dat in de geest van het laatstgenoemde arrest gewezen werd, is door de hoge raad echter niet overgenomen. Hier is dus echt iets aan de hand. De cassatierechter gaat opgewekt op de in de jaren ’90 ingeslagen weg voort, en lijkt zich weinig aan te trekken van dogmatische, verontruste nee-schudders aan de kantlijn. De manier waarop dit gebeurt verdient echter (weer) geen schoonheidsprijs.

De casus is als volgt. De oudejaarsviering van 31 december 1990 loopt in Wagenborgen, Gemeente Delfzijl, uit de hand. In een leegstaand politiebureau worden die nacht enkele keren door groepjes jongeren brandjes gesticht, met tenslotte het gevolg dat het gebouw verwoest wordt. *Drewel* en zijn maten Hartenhof en Jansema hebben daaraan meegedaan, en lopen tegen de lamp: de politie maakt proces-verbaal tegen hen (en anderen) op, en zij worden als enigen veroordeeld wegens een brandstichting, aan de achtergevel van het gebouw. AMEV, die als assuradeur van het pand de schade aan de eigenaar uitgekeerd had, gaat in diens rechten gesubrogeerd verhaal zoeken op de ouders. Deze zijn bereid om de schade die zij toegebracht hebben te vergoeden, maar stellen dat de meeste schade door andere branden veroorzaakt is, die door andere jongeren in die nacht gesticht werden. En daarmee ontstaat het probleem van alternatieve

57. HR 31 jan. 2003, *NJ* 346, nt JMBV, *Drewel c.s. – AMEV Schadeverzekering N.V.*; *AA* 2003, p.765, nt Van Dunné. De hier volgende passage is ontleend aan die noot. Zie ook: *TMA* 2003, p.42, en de bespreking van P.F.A. Bierbooms, p.31 v., ‘Actualiteiten milieuaansprakelijkheid’.

58. Asser-Hartkamp I, 12e dr. (2004), nr 441b. De oude tekst werd gewoon gehandhaafd, in vervolg op de nieuwe passage over het arrest van 2003.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

causaliteit: mag de verzekeraar Drewel c.s. voor het volle pond aanspreken als mogelijke veroorzakers van de schade?

De volgende feiten zijn van belang. Uit politieonderzoek blijkt dat er in en rond het gebouw drie brandhaarden zijn aangetroffen die geen relatie met elkaar hadden. De brandweer heeft een aantal rapporten uitgebracht, hij is uitgerukt en heeft bluswerk verricht op 31 december 1990 om 22.59 uur, en 1 januari om 4.06, 4.25 en 4.40 uur. De schade is begroot op f 23.000,-; de waarde van het gebouw voor de brand was f 24.000,-, het gebouw was verzekerd voor f 55.000,-. Herstelkosten waren ruim f 30.000,-, het gebouw werd dus total-loss verklaard en de schade beperkt tot de dagwaarde minus de waarde na de brand, die f 1.000,- was, derhalve f 23.000,-.

Veel is onduidelijk gebleven over de toedracht van de brandstichtingen oudejaarsnacht 1990. De rechtbank is bij tussenvonnis van 6 nov. 1998 van oordeel dat uit de stukken (processen-verbaal, ook van anderen) slechts kan worden afgeleid dat Drewel c.s. éénmaal brand gesticht hebben aan de achterzijde van het gebouw en dat zij bij eerdere branden kennelijk slechts toeschouwer waren. Drewel c.s. worden niet hoofdelijk aansprakelijk geacht voor eventueel door andere brandstichters veroorzaakte schade. De rechtbank gelast een comparitie en wil AMEV de kans geven om haar stellingen aan te passen. Deze laat het niet daarop aankomen en gaat in appel van het tussenvonnis.

Het hof gaat van de volgende veronderstellingen uit ten aanzien van de feitelijke toedracht, die daarmee in cassatie vaststaan. In ieder geval is ongeveer 23.00 uur door andere jongeren brand gesticht; ‘vooralsnog’ is niet komen vast te staan, oordeelt het hof, dat die andere jongeren met hun brandstichting een zodanige schade aan het gebouw hebben veroorzaakt dat het gebouw op het moment dat Drewel c.s. hun brand stichtten een waarde had die minder was dan f 23.000,-. Er kan ‘in tegendeel’ uitgegaan worden van de veronderstelling dat de eerder door anderen gestichte brand ‘een geringe schade’ veroorzaakt heeft. Daarbij is voor het hof van groot belang een verklaring die Jansema blijkens het proces-verbaal heeft afgelegd, die het hof aanhaalt:

‘... Omstreeks 02.30 uur was ik bij Jacob Holt ... op visite. Het gesprek gaat op een gegeven moment over het oude politiebureau aan de Kerkstraat, wat al een keer in de brand had gestaan. Het bureau had volgens ons, Jos Drewel ... en Edwin Hartenhof ... niet goed genoeg in de brand gestaan. Wij kwamen op het idee om het beter te doen ...’.

Daarop laat het hof volgen dat ‘ook anderszins’ uit de stukken niet afgeleid kan worden dat een bepaald deel van de schade door anderen veroorzaakt is, terwijl er ook nog op gewezen wordt dat er geen ‘concrete aanwijzingen’ zijn dat er naast de brand van omstreeks 23.00 uur en de door Drewel c.s. gestichte brand nog op enig tijdstip die nacht door anderen brand in het gebouw is gesticht. Het hof acht aannemelijk dat het uitrukken en blussen van de brandweer om 4.19, 4.25 en 4.49 uur op één en dezelfde brandstichting betrekking had, namelijk die van Drewel c.s. Het hof acht vervolgens art. 6:99 BW van toepassing, ‘nu de schade ad f 23.000,- (in zijn geheel) veroorzaakt kan zijn door de brandstichting door geïntimeerden, terwijl voorts vaststaat dat de schade is veroorzaakt door tenminste één van de brandstichtingen die in de betreffende nacht heeft

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

plaatsgevonden. Derhalve rust in beginsel de verplichting op geïntimeerden om de gehele schade te vergoeden, tenzij zij bewijzen dat die schade niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor geïntimeerden aansprakelijk zijn' (ov. 8). Het vonnis van de rechtbank wordt vernietigd en de zaak wordt terug verwezen. *Drewel c.s.* gaan van dit arrest in cassatie.

De cassatiemiddelen zijn in het eerste onderdeel gericht op het recht van voor het *DES*-arrest en derhalve weinig kansvol, zoals ook a-g Spier in zijn conclusie opmerkt: er zou gelijktijdigheid van schadetoebrenging vereist zijn, terwijl ook de identiteit van alle mogelijke daders bekend zou moeten zijn. Een meerderheid van de schrijvers was die opvatting indertijd toegedaan (inclusief Spier), maar daarmee had de hoge raad in 1992 korte metten gemaakt. De klacht dat het hof van risico-aansprakelijkheid is uitgegaan, klinkt ook niet sterk. Van meer belang is het tweede cassatiemiddel waarin met veel omhaal van woorden het hof verweten wordt dat het niet vastgesteld heeft hoe groot de door derden toegebrachte schade was; door die schade op nihil of naderend tot nihil te schatten, zou de grondslag voor toepassing van art. 6:99 weggevalen zijn.

A-g Spier klaagt terecht over de ontoegankelijkheid van de middelen (evenals de schriftelijke toelichting, die hij 'volstrekt onbegrijpelijk en niet erg terzake dienend' noemt) en doet een poging de belangrijkste klacht 'welwillend te parafaseren', en wel omdat hij het daarmee eens is en daarom het arrest *a quo* voor vernietiging voordraagt. Dat gebeurt echter eveneens op een weinig toegankelijke wijze, maar de boodschap is *loud and clear*.⁵⁹ De hoge raad volgt de a-g echter niet, en geeft daarmee een uitgesproken tegengestelde visie op het onderwerp. Aangezien a-g Spier de opvatting van het hof in scherpe bewoordingen veroordeeld heeft en suggereerde dat Amerikaanse toestanden voor de deur staan, is dat zeer opmerkelijk. Mede gezien de bestaande controverse in de literatuur is dit een goede reden om uitvoerig bij de conclusie van het OM stil te staan.

A-g Spier schetst in zijn inleiding het gevaar van een hausse aan claims, ten dele van astronomische hoogte, terwijl de verzekeraarbaarheid van het aansprakelijkheidsrecht al in toenemende mate onder druk is komen te staan (hetgeen doet denken aan zijn preadvies NJV uit 1996). AMEV probeert in casu 'met enkele pennenstreken de betekenis van art. 6:99 BW te verruimen'; zij 'speelt met vuur', aangezien dit grote consequenties kan hebben voor schadeverzekeraars. Het kan toch niet zo zijn dat daders een schade moeten vergoeden die zij redelijkerwijs niet zelf veroorzaakt kunnen hebben?, stelt Spier. Dat is zijn Leitmotiv, en na een weergave van 's hofs weinig heldere beschouwingen', met als kern de schade '(in zijn geheel)', stelt de a-g het volgende:

'4.13 Daarom zal het er m.i. voor moeten gehouden dat het Hof, niettegenstaande de tussen haakjes geplaatste woorden, heeft willen zeggen dat niet is vereist dat voor aansprakelijkheid voor de gehele schade op grond van artikel 6:99 BW *Drewel c.s.* de gehele schade hebben kunnen veroorzaken. Daarbij is nog van belang dat Amev zelf, zoals hiervoor reeds werd benadrukt, de stelling heeft betrokken dat een deel van de schade niet door *Drewel c.s.* is veroorzaakt.

59. A-g Spier ontleent de geparafraseerde klacht aan onderdeel 1 van het middel (1a), terwijl onderdeel 2 bedoeld zal zijn (dat weer uit 3 delen bestaat); onderdeel 1c slaat hij over.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

4.14 's Hofs zojuist veronderstelde oordeel is rechtens onjuist. Dat blijkt reeds uit de tekst van artikel 6:99 BW (waarop, als gezegd, onder de vigeur van het oude recht reeds werd geanticipeerd). Het volgt voorts uit de vrijwel unanieme opvattingen in de doctrine.⁽¹⁴⁾ Ook het arrest Moerman/Bakker zit op dit spoor.⁽¹⁵⁾

4.15.1 Mede met het oog op verwijzing stip ik nog het volgende aan. Anders dan de letter van artikel 6:99 BW doet vermoeden kan deze bepaling m.i. eveneens goede diensten bewijzen wanneer onduidelijkheid bestaat over de precieze omvang van de door de aangesprokenen teweeg gebrachte schade. Zulks in die zin dat zij aansprakelijk zijn voor het gedeelte van de schade dat zij kunnen hebben veroorzaakt maar dat ook door een of meer anderen kan zijn veroorzaakt. Artikel 6:99 BW kan er, ook in een dergelijke setting, evenwel nimmer toe leiden dat de aangesprokene gehouden is schade te vergoeden die hij niet kan hebben veroorzaakt.⁽¹⁶⁾ Voor nadere uitwerking van deze problematiek zij verwezen naar de belangwekkende beschouwingen van Akkermans⁽¹⁷⁾ die ik onderschrijf.⁷

Noten:

14. Zie, ook voor verdere vindplaatsen, *Schadevergoeding* (Boonekamp), art. 99, aant. 4 en Asser-Hartkamp I nr 441a.

15. HR 17 januari 1997, *NJ* 1997, 230 rov. 3.3; zie daarover Asser-Hartkamp I nr 441b en daar vermelde literatuur. Met Hartkamp meen ik dat Van Dunné het arrest "evident misverstaat".

16. Genuanceerder R.J.B. Boonekamp, in *Practicum Nieuw BW*, a.w. blz. 89 e.v.; anders - zoals bekend - J.M. van Dunné, *TMA* 1999 blz. 119 e.v. en 145 e.v.

17. A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, blz. 72-80. Hetgeen ik heb betoogd in *Schade en loss occurrence-verzekeringen*, blz. 34 en preadvies *NJV* 1996, blz. 341 blijkt tot misverstand aanleiding te geven (zie *Schadevergoeding*, art. 99, aant. 4). De tekst is inderdaad erg cryptisch. Ter plaatse heb ik willen zeggen dat artikel 6:99 BW niet kan meebrengen dat iemand die slechts een deel der schade heeft veroorzaakt voor het geheel kan worden aangesproken. Zie verder ook Asser-Hartkamp I, nr 441b, T. Hartlief, *TVP* 1998, blz. 40, J. Spier en A.J. Akkermans, *TMA* 1991, blz. 160 en mijn *Nieuw BW monografie B-36*, blz. 30/1.⁷

Het is een opmerkelijke tekst. In de noot bij de 'vrijwel unanieme opvattingen in de doctrine' wordt zoals men ziet naar de onderhavige schrijver verwezen als *dissenter*; wij hebben gezien dat een half dozijn schrijvers al jaar en dag dat standpunt inneemt, evenals buitenlandse rechtspraak. Waar het hier om gaat is dat het OM tot vernietiging concludeert omdat art. 6:99 niet juist toegepast is, kort gezegd, omdat daartoe moet vaststaan dat aangesproken alternatieve dader(s) de *gehele* schade moeten hebben (kunnen) veroorzaakt. Dat blijkt uit *de tekst* (gezien als *de letter*) van het artikel, want men kan nimmer gehouden worden een schade te vergoeden die men niet kan hebben veroorzaakt.

Heldere taal, die vraagt om een helder antwoord van de cassatierechter, als Hoofd Rechtsvorming in ons land (en soms: Wetgever-plaatsvervanger). Het valt nog te bezien hoe helder dat antwoord is. De hoge raad overweegt als volgt:

'3.3 Het oordeel van het Hof over de toepasselijkheid van art. 6:99 BW kan als volgt worden samengevat.

a. De dagwaarde van het gebouw vóór de brand bedroeg f 24.000,-, de herstelkosten na de brand f 30.196,-. Nu de herstelkosten meer bedroegen dan de dagwaarde, heeft Amev het gebouw kennelijk total loss verklaard en de schade beperkt tot de dagwaarde minus de waarde van het gebouw na de brand, zijnde f 1.000,-, derhalve in totaal f 23.000,- (rov. 5).

b. De in verband met art. 6:99 te beantwoorden vraag of de schade van f 23.000,- veroorzaakt kan zijn door Drewel c.s., moet bevestigend worden beantwoord. Vooralnog is immers niet komen vast te staan dat de brand die eerder die nacht door anderen is gesticht, een zodanige schade heeft veroorzaakt dat de waarde van het gebouw op het moment dat Drewel c.s. brand

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

stichtten, reeds minder was dan *f* 23.000,-. De bij de politie afgelegde verklaring van Jansema (één van de eisers in cassatie) geeft veeleer steun aan de stelling van Amev dat die eerdere brand slechts een geringe schade had veroorzaakt (rov. 6).

c. Nu de schade ad *f* 23.000,- (in zijn geheel) veroorzaakt kan zijn door de brandstichting door Drewel c.s., terwijl vaststaat dat de schade is veroorzaakt door ten minste één van de brandstichtingen in die nacht, is art. 6:99 van toepassing (rov. 8).

3.4 Vooropgesteld moet worden dat de gebeurtenissen waarover het gaat, hebben plaatsgevonden vóór 1 januari 1992, zodat art. 6:99 BW in deze zaak niet rechtstreeks van toepassing is. De in art. 6:99 neergelegde regel was echter ook in 1990/1991 geldend recht, met dien verstande dat die regel toen leidde tot een samenlopende aansprakelijkheid voor het geheel en niet tot hoofdelijkheid (HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535). Kennelijk hebben het Hof en het middel, waar zij over art. 6:99 spreken, de destijds geldende regel op het oog; ook de Hoge Raad zal die in het vervolg zo aanduiden.

3.5.1 Het eerste middel bestrijdt het oordeel van het Hof met enige rechtsklachten. Het betoogt dat art. 6:99 alleen is "bedoeld voor gevallen waarin wel bekend is wie verantwoordelijk zijn voor de schade van de benadeelde, maar waarin niet bekend is wat nu precies/feitelijk ieders aandeel in die schade is." Volgens onderdeel 1a heeft het Hof miskend dat art. 6:99 "gelijktijdigheid van het optreden van de schadetoebrenging" eist, terwijl in dit geval vaststaat dat enkele uren vóór de brandstichting door Drewel c.s. ook anderen brand hebben gesticht in het gebouw. Volgens onderdeel 1b heeft het Hof miskend dat voor toepassing van art. 6:99 is vereist dat de identiteit bekend is van "ieder die (gelijktijdig met de aangesprokenen) de schade van de benadeelde veroorzaakt kan hebben". Volgens onderdeel 1c heeft het Hof in art. 6:99 ten onrechte een risicoaansprakelijkheid gelezen.

3.5.2 De onderdelen 1a en 1b falen omdat de daarin verdedigde rechtsopvattingen niet als juist kunnen worden aanvaard. Noch de tekst noch de strekking van art. 6:99 brengt mee dat voor de toepassing van die bepaling vereist zou zijn dat het gaat om gebeurtenissen die min of meer gelijktijdig hebben plaatsgevonden; nodig maar ook voldoende is dat sprake is van twee of meer gebeurtenissen en dat de schade door ten minste één ervan is veroorzaakt. Evenmin is vereist dat de identiteit van alle personen die voor de verschillende gebeurtenissen aansprakelijk zijn, bekend is (vgl. HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535).

3.5.3 Uiteraard moet, wil art. 6:99 van toepassing zijn, voldaan zijn aan de overige vereisten voor aansprakelijkheid, dat wil in een geval als dit zeggen dat de aangesproken personen toerekenbaar onrechtmatig moeten hebben gehandeld. Derhalve is geen sprake van risicoaansprakelijkheid. In het bestreden arrest is niet te lezen dat het Hof daarvan wel is uitgegaan, zodat ook onderdeel 1c niet tot cassatie kan leiden.

3.6 Middel 2 bestrijdt het oordeel van het Hof dat de brandstichting door Drewel c.s. de gehele schade kan hebben veroorzaakt. Het middel berust in al zijn onderdelen op de gedachte dat de eerdere brandstichting naar het oordeel van het Hof geen schade heeft veroorzaakt.

Voor die gedachte biedt het bestreden arrest echter geen aanknopingspunt. Het Hof heeft in rov. 6 immers uitdrukkelijk aannemelijk geoordeeld dat de eerdere brand schade heeft veroorzaakt, zij het slechts een geringe schade (zie hiervoor in 3.3 onder b). Het middel kan dan ook bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden.

Het oordeel van het Hof komt erop neer dat de gehele door Amev te vorderen schade *f* 23.000,- bedraagt en dat vooralsnog - behoudens door Drewel c.s. te leveren tegenbewijs - niet is komen vast te staan dat de eerste, door anderen gestichte, brand een zodanige schade heeft veroorzaakt dat de waarde van het gebouw na die brand - en derhalve de door Drewel c.s. veroorzaakte vermogensschade van Amev - minder was dan *f* 23.000,-. Aldus opgevat geeft het oordeel van het Hof geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, zodat het middel ook faalt voorzover het bedoelt daarover te klagen.'

Zoals men ziet, verschilt de hoge raad van mening met het OM, en laat het arrest van het hof in stand met verwerping het cassatieberoep. Daarbij worden de cassatiemiddelen op de voet gevolgd; aan het slot van de laatste overweging gaat

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

de raad in op het bezwaar dat a-g Spier met zoveel verve naar voren gebracht had. Het is jammer dat dit op een vrij indirecte wijze gebeurt, en in een tamelijk ondoorgrondelijke stijl. Alleen wanneer men het betoog van de a-g paraat heeft, valt op hoe verstrekkend de afwijzing ervan door het college is. Het gevaar dreigt, dat net als in het arrest *Moerman – Bakker* uit 1997 iedereen in dit nieuwe arrest gaat lezen wat hij wil lezen en dan overgaat tot de orde van de dag. Dat gevaar is hier wel iets minder groot nu het OM de nek zo heeft uitgestoken, terwijl in de zaak uit 1997 het OM niet eens op de gedachte van art. 6:99 was gekomen, evenmin als het hof in kwestie overigens (hetzelfde Hof Leeuwarden). Het was toen een eigen initiatief van de hoge raad, met een ‘kennelijk’-constructie onder het arrest *a quo* geschoven. Maar het geeft te denken dat het arrest *Moerman – Bakker*, dat in het onderhavige arrest bevestigd wordt, in een groot deel van de literatuur (inclusief een handboek als Asser-Hartkamp) niet aanvaard is; dat moet aan dubbelzinnig, onhelder taalgebruik van de hoogste rechter liggen, afgezien van persoonlijke voorkeuren van auteurs. In mijn noot in *Ars Aequi* onder dit arrest achtte ik kans dat dit met het arrest van 2003 ook zou gebeuren, niet denkbeeldig. Mijn angst bleek ongegrond, althans wat Asser-Hartkamp betreft.

Wat doet de hoge raad in dit arrest? Eisers tot cassatie, daarin gesteund door a-g Spier, hebben bezwaar tegen toepassing van art. 6:99 omdat het bij alternatieve causaliteit moet gaan om het toebrengen van de *gehele* schade door een potentiële dader. Wanneer derden (hier: andere jongeren) een deel van de schade, hoe gering ook, hebben toegebracht, is per definitie niet aan dat vereiste voldaan. Ik sprak over ‘definitie’, het valt op dat de a-g het over de ‘letter’ van het artikel heeft. Grammaticale interpretatie is ook bij wetsuitleg, waarbij de hoge raad vaak van ‘redelijke wetsuitleg’ spreekt in standaardarresten (normatieve uitleg dus, met ‘*Haviltex*’, als ezelsbrug), een zwak uitgangspunt. Dat is al in 1992 gebleken in de *DES*-zaak, toen men behalve de wetstekst ook de Memorie van Toelichting van het prille wetboek letterlijk ging uitleggen, hetgeen de hoge raad met grote stelligheid verworpen heeft. Sindsdien staat vast dat de ‘kring van daders’ niet bekend (gesloten) hoeft te zijn (laat staan: gedagvaard), evenmin hoeven de concrete gedragingen van (bekende) daders vast te staan.

In de discussie in de literatuur, waar een meerderheid van de schrijvers, (a-g) Hartkamp inclus, door de hoogste rechter in 1992 gecorrigeerd was, ging het vervolgens vooral over de vraag of toepassing van art. 6:99 ook mogelijk zou zijn indien niet vaststaat dat een potentiële dader wel de ‘gehele schade’ veroorzaakt heeft. Anders gezegd, mag men het artikel ook toepassen bij *deelschade*? Het is gangbaar om te stellen dat ik de enige ben in de literatuur die dat laatste standpunt aanhangt, zo ook weer a-g Spier in zijn conclusie. Ik heb er regelmatig op gewezen dat ik mij in het goede gezelschap van een half dozijn auteurs bevind, terwijl de duitse rechtspraak sinds de jaren '70 in die zin gevestigd is.⁶⁰

De kern van het probleem is niet zozeer: ‘geheel’ of ‘deel’ van de schade, maar de *onzekerheid* daarover, de moeilijkheid om dat (achteraf) vast te stellen.

60. Die andere auteurs zijn: Boonekamp, Hartlief, Betlem, Woertman, Van, Van Huizen, en recentelijk: Bierbooms; Akkermans neemt een tussenstandpunt in, evenals Klik. Zie boven, voor vindplaatsen.

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

Feiten liggen niet klaar in het mandje bij procederen, zoals studenten wellicht denken; het is eerder het tegendeel, waarbij het verbazingwekkend is hoe vaak volstrekt onduidelijk is wat zich precies heeft voorgedaan, ook wanneer de zaak op hoger niveau behandeld wordt. Toch wordt er beslist, en moet er beslist worden, maar de beslissing berust feitelijk vaak op drijfzand. In extreme gevallen is zelfs het uitgangspunt van de gehele procedure in strijd met de feiten, zoals in het geval van *besmette zeug*-arrest van 1984 (*NJ* 1985, 23), waarbij in cassatie ervan uitgegaan werd dat niet bekend was bij partijen dat er varkenspest heerste (zoals door utrechtse studenten ooit aangetoond is).

Conclusie: Moerman – Bakker (1997) bevestigt

De slotsom moet zijn dat de hoge raad in het *AMEV*-arrest een bevestiging gegeven heeft van het *Moerman – Bakker* arrest, in de zin dat hetgeen telt voor toepassing van art. 6:99 is *de kans* dat een aangesproken dader de gehele schade veroorzaakt heeft, ook al bestaan er andere daders die een deel van de schade veroorzaakt (kunnen) hebben.⁶¹ De onzekerheid over schade en daderschap wordt bij de aangesproken dader gelegd, die geheel aansprakelijk gehouden wordt. De hoge raad spreekt ervan dat ‘vooralsnog niet is komen vast te staan’ dat het handelen van derden (brandstichting) tot gevolg heeft dat de waarde van het gebouw (als ‘total loss’-waarde), en daarmee de gevorderde schade, minder dan f 23.000,- zou zijn. Dat is dus de gehele schade die gevorderd kan worden van de ‘alternatieve’ dader.

Is dat nu zo onredelijk, zoals a-g Spier meent (met vele anderen)? Hoe kun je nu aansprakelijk zijn voor een deel van de schade waarvan vaststaat (of vrijwel vaststaat) dat dit door derden veroorzaakt is? Dat kan, sterker nog, dat is de hoofdregel van hoofdelijke aansprakelijkheid, en art. 6:99 gaat over hoofdelijkheid. Ik heb dat het afgelopen decennium al diverse malen naar voren gebracht, zonder dat dit de meergenoemde auteurs tot andere gedachten heeft kunnen brengen. Volgens de vaste rechtspraak sinds de jaren '50 is men bij aansprakelijk stellen vrij in de keuze van de dader, ook indien vast staat dat deze slechts een gering deel van de schade veroorzaakt heeft.⁶² Dat is het eigenaardige, en aardige van hoofdelijke aansprakelijkheid.

Nog een kanttekening bij de term ‘gehele schade’. ‘Schade’ is een normatief begrip: een juridische vaststelling (toerekening) die niet per sé hoeft over te komen met hetgeen de niet-jurist ‘schade’ noemt, alle scherven, splinters en kosten bij elkaar optellend. De onderhavige zaak is weer een voorbeeld daarvan; het ging hier om een ‘total loss’-schade (dagwaarde minus restwaarde) ad f 23.000,-, de herstellkosten waren f 30.196,-. Er is dus een marge van ruim f 6.000,-; een ‘geringe schade’ die volgens het hof derden toegebracht hebben, kan dus in die sfeer liggen. Doorslaggevend is echter de vraag of door de brandstichting van derden het pand geen waarde van f 23.000,- meer had toen *Drewel c.s.* op hun beurt in actie kwamen. A-g Spier lijkt dit uit het oog verloren

61. Aldus nu ook Asser-Hartkamp I, nr 441b.

62. Zie reeds HR 4 nov. 1955, *NJ* 1956, 1, nt LEHR, *London & Lancashire*, en meer recent: HR 24 dec. 1999, *NJ* 2000, 351, nt CJHB, *verzakte woning Den Ilp*.

10. ALGEMEEN DEEL ONRECHTMATIGE DAAD

te hebben in zijn conclusie (AMEV wijst hierop in haar schriftelijke toelichting in cassatie).

Nu komt dit schade-fenomeen niet enkel bij regreszoekende assuradeuren voor, ook in de *Moerman – Bakker* zaak was er enerzijds de schade die door alle in de sloot geloosde stoffen (ook door derden) veroorzaakt was, en anderzijds de saneringskosten, ad f 15.000,-. Slechts de laatste waren inzet van het geschil (zie hierover ook Klik, in zijn noot in *M & R*). Ook milieuschade is een normatief begrip.

Intussen luidt de bewijsopdracht van het hof aan Drewel c.s, bij verwijzing van de zaak naar de rechtbank in het arrest a quo, dat zij ter voorkoming van aansprakelijkheid voor de gehele schade, mogen bewijzen ‘dat de schade niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor zij aansprakelijk zijn’. Wat houdt dit in? In samenhang met het arrest *Moerman – Bakker* waar mogelijke deelschade door derden niet relevant geacht werd, betekent dit naar mijn mening dat bij definitieve bewijslevering de kaarten niet anders komen te liggen. Het hof heeft de bewijsopdracht ruim geformuleerd: indien sprake is van ‘dubbele causaliteit’ (wat de Duitsers treffend *überholende* causaliteit noemen) lijken Drewel c.s. aan het kortste eind te trekken, aangezien hun brandstichting dan in ieder geval de vernietiging van het gebouw teweeggebracht heeft.⁶³

Het is niet geheel duidelijk wat de situatie is in geval van samenwerkende oorzaken. Voorstanders van het vereiste van gehele schade die veroorzaakt moet zijn bij alternatieve causaliteit zullen dan een gedeeltelijke, proportionele aansprakelijkheid van Drewel c.s. bepleiten, stel ik mij zo voor. De winst daarvan is echter betrekkelijk; bij samenwerkende oorzaken ligt immers de gewone hoofdelijke aansprakelijkheid uit art. 6:102 BW voor de hand, en kan men art. 6:99 links laten liggen. Dat maakt het academisch gehalte van de discussie andermaal duidelijk: men kan linksom gaan, of rechtsom, en steeds tot hoofdelijke aansprakelijkheid komen. Zijn de oorzaken en deelnemende daders onzeker, dan ligt gebruik van art. 6:99 voor de hand; weet men meer van de toedracht, en vallen de samenwerkende of deel-oorzaken in kaart te brengen, dan is daar de klassieke hoofdelijkheid van art. 6:102. Art. 6:99 is een hulpmiddel voor een schadelijdende partij in bewijsnood, dat is alles. In de zaak van *Moerman en Bakker* volgden hof en OM de weg van art. 6:102; de Hoge Raad kwam met art. 6:99 op de proppen, naar mijn mening om het kanselement te benadrukken, als behorende tot de strekking van dat artikel. Dat werd toen door veel schrijvers niet opgepakt; het is te hopen of het dit keer beter zal gaan.

Wij komen tot een afronding. Het arrest van 31 januari 2003 biedt steun aan het gebruik van de figuur van alternatieve causaliteit ex art. 6:99 BW in problematische gevallen van multi-causaliteit. Na de produktenaansprakelijkheid (1992) en milieu-aansprakelijkheid (1997) was nu een variant van de gewone

63. De HR acht bij de ‘dubbele causaliteit’ (of ‘hypothetische causaliteit’) de eerste schade-oorzaak bepalend voor aansprakelijkheid: HR 23 juni 1989, *NJ* 1990, 441, *Kennis – Gem. Budel*, bevestigd in HR 7 dec. 2001, *NJ* 2002, 576, *Gem. Leeuwarden – Los*. Een uitzondering hierop is het geval dat de tweede schade-oorzaak in de risicosfeer van gelaedeerde ligt, vgl. HR 2 febr. 1990, *NJ* 1991, 292, *Staat – Vermaat* (inzake hartinfarct van verkeersslachtoffer), evenals het arrest van 7 dec. 2001. Zie boven, nr 2.

§6. GROEPSAANSPRAKELIJKHEID

onrechtmatige daad, brandstichting, aan de beurt. Dat vraagt om navolging. In 1993 ging het Kantongerecht Rotterdam al voor in de situatie waar een werknemer met asbestziekte in onzekerheid verkeerde welke ex-werkgever hij zou aanspreken: de laatste werkgever werd hoofdelijk aansprakelijk geacht.⁶⁴ In een recent arrest heeft het Hof Arnhem het vonnis van de Rb. Almelo bekrachtigd, eveneens in een asbestziektegeval met meervoudige veroorzaking, en heeft art. 6:99 van toepassing verklaard, met een beroep op het *DES*-arrest.⁶⁵ Eternit kreeg de bewijslast om aan te tonen dat de ziekte van geledeerde (mesothelioom) niet het gevolg is geweest van een gebeurtenis waarvoor Eternit aansprakelijk is; zij had niet aannemelijk gemaakt dat zij in die bewijslast zou slagen (in de bodemprocedure). Het in kort geding gevorderde voorschot op de schadevergoeding van € 25.000 wordt toegewezen.

In Duitsland wordt in de handboeken zoals wij zagen eveneens toepassing van alternatieve causaliteit op milieu-aansprakelijkheid voorgestaan, en bijvoorbeeld ook op nieuwe ziektevormen zoals aidsbesmetting; scheiding in ruimte en tijd ten aanzien van schade-oorzaken, evenals samenhang tussen de handelingen zijn niet langer vereist, het gaat om ‘solidarische Verantwortung’.⁶⁶ Men kende overigens ook in Duitsland de discussie over ‘gehele schade’ (door de wet vereist) en ‘deelschade’, maar anders dan bij ons nemen de meeste auteurs van handboeken een progressief standpunt in, de jurisprudentie (inzake deelschade) volgend.

64. Ktg. Rotterdam 10 juni 1993, *Prg* 3919, *De Jong – Pols Betimmeringen*. Rond die tijd werd in Rotterdam ook een oliemaatschappij voor lozingen in de haven door de gemeente aansprakelijk gesteld op grond van alternatieve causaliteit; de zaak is geschikt.

65. Hof Arnhem 13 april 2004, *TMA* p.139, *Eternit – X* (inzake asbestplaten loads), kort geding; Rb. Almelo 22 mei 2003, *TMA* 2003, p.164, nt Jansen-Dek. Eiseres had in haar jeugd (1971) de bouw van een loods bij het ouderlijk huis meegemaakt. Daarbij werden door Eternit geleverde asbestplaten gezaagd; zij had de vloer aangeveegd en de kleren van haar broers uitgeklopt, die bij de bouw meewerkten. In mei 2002 werd bij haar mesothelioom geconstateerd. De Rb. en hof stelden het beroep op verjaring door Eternit terzijde, met een beroep op *Erven Van Hese – De Schelde* (2000).

66. Vgl. de handboeken van Larenz-Canaris, Esser en Deutsch, zie boven, nr 9, met vindplaatsen. In het aids-voorbeeld zijn geslachtsverkeer en bloedtransfusie mogelijke oorzaken.

Hoofdstuk 11.

Causaliteit

§ 1. Inleiding. Samenhang met onrechtmatigheid

1. *Causaal verband: kleine oorzaken, grote gevolgen*

‘Een ongeluk zit in een klein hoekje’, zegt een volkswijsheid. Maar al te vaak wordt dit bewaarheid. De reactie, een ieder sinds zijn kinderjaren bekend: ‘ik kon het echt niet helpen’, ‘ik kon er niets aan doen’, geeft aan, dat het voorkomen van de schadetoebrengende gebeurtenis de krachten van de persoon in kwestie te boven gingen. Schuld aan een schadevoorval, betekent doorgaans dat men door anders te handelen het intreden daarvan had kunnen voorkomen, vandaar ook het bijkomende schuldgevoel (‘had ik niet ...’). Het was te voorzien dat het fout zou gaan, door ‘uit je doppen te kijken’, door niet secundair te reageren.

Om dit oergegeven kan men in het recht niet heen, bij de vraag welk verband aangenomen moet worden tussen een onrechtmatige daad en de schade die teweeggebracht wordt, ‘veroorzaakt wordt’ zoals art. 1401 oud BW het treffend zegt. Dit is overigens niet anders bij de vraag met betrekking tot een handeling die wanprestatie tegenover een contractspartij oplevert. De kernbegrippen op het terrein van de juridische causaliteit (causa = oorzaak) zijn tot de microsfeer van de gebroken vaas of ruit te herleiden: schuld, voorzienbaarheid, maatregelen die schade hadden kunnen voorkomen, de schade als gevolg van de (gevaarlijke) handeling. Het is opmerkelijk, dat de meeste casusposities over causaliteit met behulp van dat begrippenkader opgelost kunnen worden, indien men bereid is verfijningen aan te brengen. Met name het begrip voorzienbaarheid biedt hierbij weidse perspectieven, zoals wij zullen zien, vooral als men achteraf geroepen wordt om vast te stellen wat voorzienbaar was (de zgn. ‘objektiv nachträgliche Prognose’).

In deze eeuw is dit rustieke model steeds meer onder druk komen te staan in de westerse rechtsstelsels. Om verschillende redenen zocht men naar nieuwe ‘legal tools’ om tot aansprakelijkheidstelling te komen in gevallen waar de oude begrippen tekort schoten of tot ficties, oneigenlijk gebruik of uithollen van die begrippen leidden. Dat proces is nog lang niet tot rust gekomen, spectaculaire wendingen in het rechtsdenken wachten nog op consolidatie en verdere uitwerking. De ontwikkelingen in West-Europa vertonen hierbij een opvallende overeenkomst; het loont dus de moeite om over de schutting te kijken.

Wat zijn nu de typisch moeilijke gevallen van oorzakelijk verband? Dat zijn die gevallen waarbij het verband ‘ver te zoeken’ is, d.w.z. ver verwijderd is, uiterst onwaarschijnlijk (‘gezocht’), of duister is (niet of moeilijk vast te stellen). In de jurisprudentie van vele landen wemelt het van sterke verhalen op dit

11. CAUSALITEIT

gebied, door sommige auteurs verzameld als betrof het een hobby.¹ Een geval dat altijd tot mijn verbeelding gesproken heeft, is de Engelse *Wagon Mound*-zaak.² De casus is als volgt.

Het schip de *Wagon Mound* lag in de haven van Sydney; bij het bunkeren van olie raakte door onzorgvuldigheid van het personeel van gedaagde (charterer van het schip) een grote hoeveelheid olie in het water. De olie dreef in de richting van de 200 m. verder gelegen werf Morts Dock, waar enkele schepen in reparatie waren. Met het oog op de laswerkzaamheden, waarbij gloeiende stukjes metaal op het water kunnen komen, liet de werf zich adviseren over brandgevaar. De experts verzekerden haar, dat gezien het hoge ontbrandingspunt van olie, geen gevaar te duchten was. Zestig uur later ontstaat er brand op de werf en de daar liggende schepen: met wind en tij waren, met de olie, afvalresten naar de werf gedreven, waarop dotten poetskatoen. Hierop vielen enkele gloeiende stukjes metaal als gevolg van het lassen; het geheel werkte als een lont en de olie kwam tot ontbranding.

Is zo'n schade nu voorzienbaar? Of is dit toeval, dat niets uitstaande heeft met de handelingen die aan het begin van de keten van gebeurtenissen ligt? Het zal duidelijk zijn, dat men hierover verschillend kan denken, afhankelijk van het uitgangspunt dat men neemt. Als men van de normale gang van zaken uitgaat, de ervaringsregels, dan is deze gebeurtenis, en daarmee de schade, onvoorzienbaar. Zelfs de experts meenden immers dat er geen gevaar aanwezig was. In deze zin het eerste *Wagon Mound*-arrest. Men kan daarentegen ook stellen dat, indien men alle mogelijkheden in ogenschouw genomen zou hebben, bij de geldende stand van de wetenschap de gebeurtenis voorzienbaar was. Hetgeen in de duitse jurisprudentie 'der optimale Beobachter' genoemd wordt.³ In deze zin het tweede *Wagon Mound*-arrest. Elk wat wils, zou men zeggen (men is er nog steeds niet in geslaagd beide arresten met elkaar te verzoenen).⁴ Zoals wij later zullen zien, is de filosofie die hierachter zit, dat als men 'een gevaar' schept, een gevaarssituatie in het leven roept, men dient in te staan voor alle gevolgen, hoe uitzonderlijk en vergezocht ook (gevaarszettingsbeginsel).

Degeen die de jurisprudentie bestudeert, en zeker als men twee verschillende uitspraken over dezelfde casus leest, moet wel de indruk krijgen dat er meer

1. Vgl. voor ons land J. van Schellen, *Juridische causaliteit*, diss. Amsterdam 1972; *Toerekening naar redelijkheid*, 1985, *Studiepockets Privaatrecht* nr. 35. Voor de common law landen vooral H.L.A. Hart and Tony Honoré, *Causation in the law*, 2e dr. 1985. Men vindt daar een verbazingwekkende reeks van uiterste toevalligheden. Verbazend voor de westerse mens, die in 'oorzaak en gevolg' denkt en in ketens van gebeurtenissen. In het oosters denken daarentegen is men niet in het *opvolgen* maar in het *samenvallen van gebeurtenissen* geïnteresseerd, waaraan Jung de term *Synchroniciteit* gegeven heeft, vgl. diens voorwoord bij *I Tjing. Het boek der veranderingen*, 1977 (Ned. versie).

2. *Wagon Mound* (No. 1), *Overseas Tankships (U.K.) v. Morts Dock & Engin. Co.*, (1961) AC 388 (P.C.); *Wagon Mound* (No. 2), *Overseas Tankships (U.K.) v. Miller S.S. Co.*, (1967) AC 617 (P.C.). Voor commentaar op deze arresten van de Judicial Committee van het Privy Council (d.i. het House of Lords dat als hoogste rechter geroepen wordt om zaken uit gemene best-landen te berechten) zie men de engelse handboeken over 'the law of torts' (o.d.). Veel lit. verwijzingen geeft J.G. Fleming, *The law of torts*, 1992, p. 209. Het tweede, veel belangrijkere arrest kreeg in onze lit. niet of nauwelijks de aandacht (bijv. van Van Schellen). *Wagon Mound I* werd door de ontwerpers NBW uitvoerig aangehaald, *Toelichting 1961*, p.650.

3. Vgl. K. Larenz, *Schuldrecht I*, 1987, III 27, sub *b*, p. 435 v.

4. Vgl. Fleming, t.a.p.; R.F.V. Heuston and R.A. Buckley, *Law of torts (Salmond and Heuston on)*, 20th ed., 1992, p. 192.

§1. SAMENHANG MET ONRECHTMATIGHEID

achter zit, wanneer de rechter het causaal verband wel of niet aanvaardt. In de doktrine is men al geruime tijd doende om wat orde in de wanorde aan te brengen, maar dat gebeurt niet op een wijze waarover de schrijvers het grosso modo eens zijn. Waarom is er zoveel verschil van mening op het gebied van de causaliteit? Het is goed om eerst eens bij die vraag stil te staan, alvorens het leerstuk bij de kop te vatten. Het zal een goede investering blijken te zijn, aangezien de controverses aan duidelijkheid winnen als men inzicht in de achtergronden van de verschillende denkrichtingen en stromingen heeft.

Er zijn twee lijnen in de doktrine te vinden, die als een soort slagaders het denken voeden. De eerste heeft met de grondslag van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad te maken. Gaat men uit van de klassieke gedachte dat deze gebaseerd is op *schuld* (verwijtbaarheid), dat wil zeggen de *vergelidingsgedachte*, dan werkt er een mechanisme, in het strafrecht niet onbekend, dat er een keihard oorzakelijk verband moet vaststaan.⁵ Als iemand ‘gepakt’ wordt, moet boven twijfel zijn dat hij de dader is. Vandaar strenge eisen aan causaal verband, op natuurwetenschappelijke wijze vast te stellen. In de tegengestelde stroming, veelal te associëren met het *risiko-beginsel*, staat de *verevening van de schade* centraal, het *toerekenings- of toedelingsmodel*.⁶ In deze richting is men niet zozeer geïnteresseerd in natuurwetenschappelijke samenhang, maar veeleer in de maatschappelijk meest aanvaardbare toewijzing van de schade. De economische positie van dader en gelederde leggen gewicht in de schaal, evenals de mogelijkheid om de schade af te wentelen op particuliere en sociale verzekeraars. Beginselen als: ‘Wie de breedste schouders heeft, moet de schade dragen’, horen typisch in deze stroming thuis.⁷

Ook speelt er op de achtergrond een vage gedachte van ‘generale preventie’, men wil door het stellen van normen het maatschappelijk verkeer in een gewenste richting beïnvloeden (beleid of *policy*).

Een tweede hoofdlijn, eveneens een scheidslijn tussen denkrichtingen, is een stellingname met betrekking tot de vraag of oorzakelijk verband op zich een wetenschappelijk begrip is dat in het recht niet anders gehanteerd dient te worden dan in de andere wetenschappen, met name natuurwetenschappen, gebruikelijk is. In de oudste theorieën, voor en na de eeuwwisseling, wordt die vraag stevast positief beantwoord. De leer van de *conditio sine qua non* van Von Buri is het schoolvoorbeeld, maar de theorie van Von Kries, de eerste versie van de leer van adequate veroorzaking die rond 1880 ten doop gehouden werd, kent dezelfde inspiratiebron. Von Kries was fysioloog, die de leer van ‘objektieve waarschijnlijkheid’ in het recht wilde introduceren.⁸ Dat verband

5. Het leerstuk van de privaatrechtelijke causaliteit werd vroeger in sterke mate beïnvloed door schrijvers van strafrechtelijke afkomst. Gold dit in de vorige eeuw voor de duitse auteur Von Buri (*conditio sine qua non*-leer), in deze eeuw waren het in ons land schrijvers als Simons (1902, adequatieleer) en later Zevenbergen en Van Eck, die uit die hoek kwamen.

6. Zie voor die materie, Hfdst. 10, § 2, nr 4.

7. In common law landen spreekt men van de ‘risk-spreading capacity’ of ‘loss-bearing capacity’, terwijl Justice Traynor de gevleugelde term ‘the costs of doing business’ in omloop bracht (Supreme Court of California, in produktenaansprakelijkheidszaken). Vgl. voor ‘loss distribution’ i.h.a., J.G. Fleming, B.S. Markesinis and S.F. Deakin, *Tort Law*, 4th ed. 1998, p. 23, p. 8 v.; 367;

8. Vgl. Hart-Honoré, p. 467. Waarschijnlijk voelde Meijers zich tot de denkwijze van Von Kries aangetrokken, omdat hij zelf ook, te beginnen in zijn diss. uit 1903, geïnteresseerd was in

11. CAUSALITEIT

met fysische causaliteit wordt al dubieuzer, wanneer in 1902 Paul Scholten en in 1904 in Duitsland Träger een variant bepleiten, met als criterium de ‘verhoogde kans’ dat door de handeling schade kan ontstaan.⁹ Eerst dan is sprake van een *adequaat* oorzakelijk verband dat in de rechtswetenschap vereist is. De zogenaamde *adequatietheorie* wordt in de rechtspraak in Nederland in de jaren twintig aanvaard, in navolging van de Duitse rechtspraak, hetgeen begrijpelijkerwijs tot heftige protesten leidt van aanhangers van het natuurwetenschappelijke causaliteitsbegrip, zoals bij ons o.m. Zevenbergen, Van Brakel en vooral Meijers en zijn leerlingen.¹⁰ Het is een scheiding der geesten die tot in onze tijd doorwerkt; men kan de kampen ruwweg verdelen in aanhangers van Meijers versus aanhangers van Paul Scholten.¹¹ Het geijkte argument van de eerstgenoemde stroming is, dat met de adequatietheorie geen causaliteitsleer, maar een *aansprakelijkheidsleer* wordt aangediend. En dat kan niet door de juridieke beugel. Illustratief is in dit verband dat de meest recente Duitse bijdrage tot de juridische causaliteit, de zgn. *Schutzzweck-* of *Normzwecktheorie*, gevoed wordt door eenzelfde onvrede die de natuurwetenschappelijke school bezielt: terug naar een feitelijk, fysisch causaal verband; het normerende element zoekt men in de ratio of doel (*Zweck*) van de wet (c.q. contract), waarbij het er met name om gaat of de wettelijke norm gericht was op bescherming van het gelederde belang. De verwantschap met de relativiteitsleer of *Schutznormtheorie*, in de jaren twintig bij ons uit Duitsland overgewaaid, dringt zich op.¹² Alleen het doel heiligt hier de middelen.

Als men beseft, hoeveel tegenstand de adequatieleer in onze literatuur heeft opgeroepen, hoeft het niet als een verrassing te komen dat, wanneer de hoge raad in de jaren zeventig een stap verder doet met de zgn. *toerekening naar redelijkheid*, de protesten evenmin van de lucht zijn. Ook dan lopen de aanhangers van Meijers’ rechtsvisie voorop, zoals Rutten, Stein en Slagter.¹³ De jongste ontwikkeling in de jurisprudentie is echter niet uit de lucht komen vallen. Het denken van de rechters in de westerse landen heeft naar mijn indruk nooit erg in de pas gelopen met wat in academische kringen betoogd werd. Ter illustratie, en ter afronding van dit onderdeel, enkele uitspraken van rechters, uit de jaren twintig en dertig, en vervolgens van na de oorlog.

Over het causaal verband, ‘proximate cause’, zegt Justice Andrews, dat daarmee bedoeld wordt ‘that because of convenience or public policy, or a rough sense of justice, the law arbitrarily declines to trace a series of events beyond a certain point. This is not logic. It is practical politics’ (in: *Palsgraf v. Long Island R.R.* (1928) 248 NY 339, 352).

de leer van de waarschijnlijkheid. Vgl. voor Meijers’ causaliteitsbegrip, dat ook in zijn Ontwerp-NBW neergelegd werd, Van Schellen, diss. p. 6 v.

9. Vgl. Asser-Rutten-Hartkamp I, 1984, no. 427, en vooral Van Schellen, diss. p. 5 v. Vgl. voor de Nederlandse literatuur ook *Onrechtmatige Daad I*. (De Groot), nr 296 v.

10. Vgl. de in de vorige noot genoemde auteurs, t.a.p.

11. Aldus met nadruk Van Schellen, t.a.p.

12. Vgl. Hart-Honoré, p. 476 v.; Larenz I, p. 440 v. (kritisch); Esser-Schmidt, *Schuldrecht I* (2), 8e dr. 2000, § 33 III, p. 535 v.; H. Kötz, *Deliktsrecht*, 8e dr., 1998, nr 156 v. Vgl. ook onder, § 2, nr 2.

13. Vgl. nog onder, § 2, nr 2.

§1. SAMENHANG MET ONRECHTMATIGHEID

‘The law must abstract some consequences as relevant, not perhaps on the grounds of pure logic but simply for practical reasons’ (Lord Wright, in: *The Edison* (1933), AC 449, 460).

‘Only if courts remain conscious of the fact that the question is not really one of causation but of the fixing of the limits within which the author of a condition can fairly be made liable for its consequences, viz. basically one concerning a positive presupposition of liability, can they avoid schematizing the adequate cause formula and guarantee correct results’ (Duitse Bundesgerichtshof, *Edelweiss*, BGHZ 3 (1951), 261, in de vertaling van Hart and Honoré, *Causation in the law*, 1985, p. 474).

Dass es sich hier ‘nicht eigentlich um eine Frage der Kausalität handele, das vielmehr nach einem Korrektiv gesucht werden müsse, um den Kreis der rein logischen Folgen im Interesse billiger Ergebnisse auf die Zurechenbaren Folgen einzuschränken, dass es also um die Ermittlung der Grenze gehe, bis zu dem Urheber einer Bedingung eine Haftung für ihre Folgen ‘billigerweise zugemutet’, dass heisst, bei wertender Beurteilung die gesetzte bedingung ihm als haftungsgründender Umstand zugerechnet werden könne’ (BGH 1.6.1959 BGHZ 30, 154, 157).¹⁴

2. *De relatie tussen causaal verband en onrechtmatigheid (onzorgvuldigheid)*

Als men de zoëven beschreven ontwikkelingen, met de tegenstellingen die daaraan inherent zijn, overziet, kan men zich afvragen of juristen er op causaliteitsgebied maar een potje van maken, of dat er wellicht een ‘system in madness’ is. Als men bereid is het dogmatische uitgangspunt te laten varen, dat de juridische causaliteit in de pas moet lopen met die van de andere wetenschappen (waarom eigenlijk, heeft het recht niet een eigen, maatschappelijke functie?), dan is er wel degelijk een bepaalde structuur in de jurisprudentie te onderkennen. Ik stel hierbij voorop, dat het in de rechtspraak ontwikkelde recht mijn uitgangspunt is, als verschijningsvorm van de maatschappelijke ontwikkelingen. Het is mijns inziens de taak van de rechtsdogmatiek (ik zou liever van rechtstheorie spreken) om zich dienend op te stellen, en theorieën en constructies aan te dragen die aansluiten bij de rechtsvorming door de rechter, en daaraan verdere vorm en ontwikkelingsmogelijkheden te geven. Ik sta hier even bij stil, omdat men meestal in de doktrine (stilzwijgend) van het tegengestelde standpunt uitgaat, dat de jurisprudentie, het rechttersrecht, zich moet onderwerpen aan het dogmatische begrippenkader, zoals dit in de wet neergelegd is of door overlevering tot ons is gekomen.¹⁵

Welnu, als men met open oog analyseert wat zich in de rechtspraak over causaliteit in ons land en elders afspeelt, valt op dat de rechter geneigd is om de

14. Vgl. ook Kötz, t.a.p., nr 153 v.

15. Vgl. in dit verband de visie van Paul Scholten, die eerder door mij onderschreven werd: ‘Een constructie is alleen juist, indien wij er mede kunnen werken, indien zij niet alleen beter begrijpelijk en voorstelbaar maakt, wat als positief recht vaststaat, maar indien zij het mogelijk maakt verdere stappen te doen d.w.z. indien zij *op open vragen bevredigde antwoorden geeft*’. Het gaat hierbij om een ‘wenselijk resultaat’, waarbij geldt dat de ‘rechtswetenschap altijd tegelijk is: *systematisering van hetgeen is en voorbereiding van hetgeen moet zijn*’ (mijn curs.), (*Algemeen Deel*, 1974, p. 55 v. Vgl. mijn preadv. *De waarde van de rechtsdogmatiek voor het privaatrecht*, Ver. v. Wijsbeg. des R., 1974, *Rechtsfil. en Rechtsth.* 1974, p. 56 (ook in *Dialektiek van R. en R. 1a*, 1984, p. 81).

11. CAUSALITEIT

vraag òf men aansprakelijk is, en die voor welke gevolgen en in welke omvang de aansprakelijkheid geldt, als één, onafscheidelijk geheel te behandelen. Dit is op zich al een gruwel in het oog van de dogmatici, aangezien men volgens het boekje *eerst na* de fase van vaststelling van de aansprakelijkheid aan die van de omvang van de schade mag toekomen. Sinds de jaren zestig spreekt men in ons land van de ‘vestigings-’ tegenover de ‘omvangsfase’; in Duitsland heet dit de ‘haftungsbegründende Kausalität’ naast de ‘haftungsausfüllende Kausalität’. In het engels recht spreekt men van ‘existence of a duty of care (culpability)’ tegenover ‘remoteness of damage (compensation)’.¹⁶ Het scheidend denken is dogmaticus ingebakken, in alle windstreken.

Hieronder zullen wij overigens zien, dat met de ontwikkeling van de leer van toerekening naar redelijkheid dit onderscheid in ons recht, zij het pas in de laatste jaren, het veld heeft moeten ruimen. Opgeruimd staat netjes.

Zoals gezegd behandelt de rechter doorgaans de vragen van aansprakelijkheid en schadeplichtigheid als een geheel. Dat is psychologisch ook moeilijk anders voor te stellen, want als hij de eerste vraag beoordeelt, weet hij al om welke gevolgen en omvang van de schade het gaat; het is gekunsteld en uiterst onwaarschijnlijk dat hij dat laatste kan wegdenken (wegcijferen, eigenlijk) als hij over de aansprakelijkheid van de dader moet beslissen (ik laat daar, dat hij achteraf, bij het motiveren van zijn beslissing de zaken kan scheiden, maar het lijkt mij twijfelachtig of wij met die boekhouding iets opschieten, als wij in de werkelijke gronden voor de beslissing geïnteresseerd zijn). Wat vormt immers het hoofdbestanddeel van onrechtmatig, dat wil zeggen onzorgvuldig handelen? Dat men handelt terwijl schade voor een ander voorzienbaar is, voor een redelijk denkend mens. Men had zijn gedrag daarop moeten instellen; als de mogelijkheid van schade aanwezig is, moet men maatregelen treffen om eventuele schade te voorkomen. Als kinderen met het voetballen geen ruit willen intrappen, moeten zij òf voorzichtig spelen, òf nog beter, ergens anders gaan spelen (c.q. moeten de ouders daarop toezien). In de jurisprudentie van de hoge raad, die wij zo dadelijk zullen bespreken, komen de volgende criteria voor:

1. de verplichting om rekening te houden met de belangen van anderen;
2. de verplichting om maatregelen te treffen om schade te voorkomen;
3. steeds is sprake van een belangenafweging, waarbij ook sociaal-ekonomische factoren een rol kunnen spelen (kostenaspect).

Hieruit kan men de gevolgtrekking maken: *zorgvuldigheid* is gebaseerd op *voorzienbaarheid* van schade en op het *vermijden* van schade. Zorgvuldig handelen is altijd gericht op anderen, niet los te denken van de positie van anderen. Of men in zijn doolie eentje zorgvuldig handelt zal het recht in beginsel een zorg zijn. In het engelse recht komt die samenhang goed tot uitdrukking in de figuur van *duty of care*, die gericht is op bepaalde andere personen, dus steeds in relatie gedacht wordt. De befaamde uitspraak van Lord Atkin in de engelse

16. Vgl. Fleming, p. 218; Salmond & Heuston, p. 174; Kötz, nr 159 v. Over het onderscheid in het duitse recht bestaan veel misverstanden, bijv. bij Asser-Hartkamp I, nrs 426a, 436, vgl. nog onder, nr 6, in fine. Het komt niet geheel overeen met het onderscheid: ‘vestigingsfase - omvangsfase’, zoals gemaakt in onze literatuur.

§1. SAMENHANG MET ONRECHTMATIGHEID

tegenhanger van ons arrest van 1919, *Donoghue v. Stevenson* uit 1932¹⁷, is nog steeds het baken voor de common law. Het zgn. ‘good neighbour’-beginsel werd aldus geïntroduceerd:

‘There must be, and is, some general conceptions of relations giving rise to a duty of care, of which the particular cases found in the books are but instances... The rule that you are to love your neighbour becomes in law ‘You must not injure your neighbour’; and the lawyer’s question ‘Who is my neighbour?’ receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then in law, is my neighbour? The answer seems to be - persons who are closely or directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.’

Het gaat bij de vaststelling van de onzorgvuldigheid van een handeling, derhalve om de vraag naar ‘redelijke voorzienbaarheid’, of ‘the standard of foresight of the reasonable man’ zoals het ook wel omschreven is. Met de *Wagon Mound* arresten staat naar engels recht overigens vast, dat de voorzienbaarheidstest zowel op de aansprakelijkheid, als op de omvang van de schadevergoeding betrekking heeft.¹⁸

Is aldus het verband gelegd tussen aansprakelijkheid en causaliteit, een tweede observatie betreft de inhoudelijke ontwikkeling van beide figuren, die verloopt namelijk parallel. Ik denk hierbij aan de stap van schuld- naar risicoaansprakelijkheid, een ontwikkeling die zich in de westerse landen al gedurende ruim een halve eeuw aan het voltrekken is. Dit is een vorm van toerekening in overtreffende trap: ging het tot dusver om het toerekenen van het inzicht of het verantwoordelijkheidsgevoel van een redelijk mens, nu gaat het om het toerekenen van bepaalde schade- en risico’s. Bepaalde evenementen en de schade die daaruit kan voortvloeien, worden tot de risico-sfeer van de handelende persoon gerekend, hem toegedeeld, op gronden van redelijkheid, veelal gecombineerd met sociaal-ekonomische en beleidsoverwegingen. De rechter probeert daarbij aanknopingspunten te vinden bij een vorm van bedrijvigheid die een maatschappelijke of ekonomische entiteit is: het aannemingsbedrijf, de fabrikant van producten, een overheidslichaam, etc.¹⁹ Als er brokken vallen - ‘waar gehakt wordt, vallen spaanders’ - dient de organisatorische eenheid voor de gevolgen op te komen, omdat de schade nu eenmaal om verevening vraagt. Ook als die schade menselijkerwijs en redelijkerwijs niet voorzienbaar was (zonder gebruik van fictie of de alleswetende expert). Een hulp-construktie hierbij is de redenering, dat als bij een handeling *enig* gevaar te duchten is, men voor *alle* gevaar dat zich realiseert verantwoordelijk, en dus aansprakelijk gehouden wordt. In het engelse recht spreekt men van de ‘kind of damage’, bij ons van de ‘aard der schade’. Dit kan variëren van de situatie van het ‘vragen om moeilijkheden’, tot die van het toerekenen van de meest buitenissige vormen van

17. *M’Alister (or Donoghue) v. Stevenson*, (1932) AC 562, het was een ‘Scots appeal’. Voor een vergelijking van de engelse zorgvuldigheidsnorm met de nederlandse, vgl. mijn artikel *Contractual v. tortious liability in defective building cases: a continental view*, in: *The liability of contractors*, H. Lloyd Ed., 1986, p. 1.

18. Vgl. Salmond & Heuston, p. 174.

19. Vgl. Fleming, p. 217, en mijn in nt 17 genoemde artikel.

11. CAUSALITEIT

schade, die met de aard van de handeling verbonden geacht worden. Het kan voer voor haarklovers zijn, geen zeldzame verschijning onder juristen. Een beroemd geval uit het engels recht, waar het precedentenrecht haarkloven tot een juridische eigenschap lijkt te maken, is dat van de man die een plank in een scheepsruim liet vallen, *Re Polemis*. In de plank zat een spijker die tegen de scheepshuid sloeg, en door de vonk ontbrandden gassen die zich in het ruim bevonden; door de brand wordt het schip in de as gelegd. Feitelijk was vastgesteld dat de aanwezigheid van gassen niet te voorzien was.²⁰ De redenering was, dat de plank voorzienbaar 'enige' schade zou kunnen toebrengen, en daarmee ontstond aansprakelijkheid voor alle mogelijke schade.

In een engels handboek vindt men de risico-benadering als volgt samengevat. Men dient andere personen te beschermen tegen een onredelijk risico van schade. Hierbij zijn drie factoren in het geding:

1. de omvang van het risico waaraan de ander door de dader blootgesteld wordt;
2. het belang van hetgeen men met de handeling wilde bereiken;
3. de last om voldoende voorzorgsmaatregelen te treffen.²¹

Zoals uit de jurisprudentie van de hoge raad inzake *gevaarssituaties* blijkt, elders beschreven (vgl. Hfdst. 10, § 2, nr 8), is kenmerkend voor de visie van de cassatierechter, dat het nalaten van het treffen van voorzieningen en voorzorgsmaatregelen onzorgvuldig wordt geacht en op zich reeds aansprakelijkheid oplevert voor de gevolgen. Hierop volgt een belangrijke tweede stap, dat in zo'n situatie de *voorzienbaarheid van die gevolgen niet meer getoetst hoeft te worden*. Aldus de hoge raad expliciet in de arresten *Boerenleenbank en dorps huis Kamerik*; dat de gevolgen buiten de lijn der verwachting lagen 'doet er niet toe', zegt de raad letterlijk in het laatste arrest. Het is een manier van denken die typisch bij het *gevaarzettingsbeginsel* past, men hoort op te komen voor de risico's, die men geschapen heeft. Men kan hier van een *pseudo-risiko-aansprakelijkheid* spreken.

20. Fleming, p. 204 v.; R.W.M. Dias and B.S. Markesinis, *Tort law*, 2nd ed., 1989, p. 125 v.

21. Salmond & Heuston, p. 192. Voor de economische aspecten zie Dias-Markesinis, p. 9 v., en onder, § 2, nr 3.

§ 2. De causaliteit. Van redelijkerwijze verwachten naar redelijkerwijze toerekenen

1. Adequatietheorie. Het ontstaan van de leer van toerekening naar redelijkheid

In de vorige paragraaf kwam aan de orde hoe aan het eind van de vorige, en het begin van deze eeuw als reactie op de *conditio sine qua non*-theorie (de leer van het onmiddellijke en dadelijke gevolg), de zgn. adequatietheorie in de Duitse en Nederlandse doktrine ontwikkeld werd. Deze leer werd in de rechtspraak aanvaard en verder tot ontwikkeling gebracht. In ons land gebeurde dit in een aantal arresten van de Hoge Raad in de periode 1927-1929, waarvan de belangrijkste zijn het *Haagsche Post*- en het *Intercueros*-arrest.¹ In het eerste arrest werd de formule neergelegd, dat oorzakelijk verband *het redelijkerwijze te verwachten gevolg* van de handeling inhield. In het laatstgenoemde arrest werd de variant gehanteerd, '*indien naar ervaringsregelen van die daad een zodanige uitwerking op andere personen te verwachten was, dat hunne handelingen zouden leiden tot de schade die geleden is*'. In latere arresten heeft de eerste formule de overhand gekregen, terwijl een enkele keer de uitdrukking 'het in leven roepen van verhoogde kansen op schade' gebruikt wordt (die in 1902 door Paul Scholten geïntroduceerd werd, en in onze tijd door Van Schellen voorgestaan wordt).²

De adequatietheorie (in het vervolg ook af te korten als AQT) heeft het lang volgehouden, tot 1970 wat de Hoge Raad betreft. De kracht van deze leer zat hem in de formule '*redelijkerwijze te verwachten*'. Zoals wij boven zagen, waren de schrijvers verdeeld in (ten minste) twee kampen; in de ene richting oriënteerde men zich op de natuurwetenschappelijke causaliteit, en werd een *feitelijk* en *direct* verband gezocht. In de andere stroming werd het oorzakelijk verband vermengd met de onzorgvuldigheid van de handeling, en werd de schade als voorzienbaar toegerekend, m.a.w. een *normatief* verband aangelegd. Nu is de kracht van de adequatieformule, dat hij op twee manieren gelezen kan worden, zodat beide stromingen zich daarin kunnen herkennen. De feitelijke causalisten lezen '*redelijkerwijze te verwachten*', d.w.z. op grond van de ervaring van een normaal mens te voorzien; de normatieve causalisten vatten dit op als '*redelijkerwijze te verwachten*', d.w.z. voor een redelijk handelend mens te voorzien. Ieder het zijne. Toch heerste er geen tevredenheid in de rechtsgeleerde contreien. Het nadeel van de formule was natuurlijk, dat je nooit zeker wist op welke lijn de rechter zat bij zo'n uitspraak. De leer mist onderscheidend vermogen, zoals dat later genoemd zou worden door de toerekenings-rebellen. Daarmee samenhangend was het bezwaar, dat er voor de rechter geen prikkel was om te motiveren wat zijn beweegredenen waren om causaal verband en aansprakelijkheid aan te nemen, om een beleid te voeren, waardoor ook de rechtszekerheid gediend zou worden. Het blijft allemaal zo vaag, met adequate veroorzaking.

Hiermee zijn de belangrijkste punten van oppositie aangegeven die in de jaren zestig door enkele auteurs naar voren gebracht werden, die al in 1970 de

1. HR 3 febr. 1927, *NJ* 636, nt EMM; HR 28 febr. 1929 *NJ* 905, nt PS.

2. Vgl. Asser-Rutten-Hartkamp I, nr 428.

11. CAUSALITEIT

cassatierechter aan hun zijde kregen, al duurde het nog een klein decennium voor dit door de tegenstanders erkend werd. De spits werd afgebeten door Köster in diens bekende amsterdamse oratie uit 1962, *Causaliteit en voorzienbaarheid*. Zijn pleidooi voor afschaffing van de AQT en aanvaarding van de zgn. ‘toerekening naar redelijkheid’ kreeg de steun van Bloembergen in diens dissertatie van 1965, en korte tijd later van Van Schellen, die in 1972 op dit onderwerp promoveerde.³ Daarmee heeft de nieuwe leer (in het vervolg ook TNR te noemen) een vaste voet in de doktrine gekregen, waar zij thans heersende leer is, niet in het minst door de jurisprudentie van de hoge raad in de jaren zeventig.

De nieuwe leer wordt algemeen aan Köster toegeschreven; het is echter goed om in het oog te houden, dat Köster er zelf op wijst dat de hoge raad hem voor ging in het *RTM*-arrest uit 1950 (vgl. nog onder).⁴ Verder is Kösters leer in twee opzichten niet revolutionair: hij blijft een plaats inruimen voor het voorzienbaarheidsbegrip (tot ergernis van Van Schellen, later), en wil de TNR-leer alleen toepassen bij de zgn. ‘omvangsfase’, de vraag naar de omvang van de schadevergoeding, en niet bij de zgn. ‘vestigingsfase’, de vraag naar de onrechtmatigheid van de daad. Die laatste vraag dient zijns inziens aan de hand van AQT beoordeeld te worden, terwijl hierbij ook het normale schuldvereiste gesteld moet worden. Köster wordt hierin overigens gevolgd door Bloembergen en Van Schellen; de laatste gaat ten aanzien van het fasen-onderscheid pas in 1985 om. Op deze kwestie wordt hieronder nog ingegaan.

In het licht van de latere discussie is het van belang om het uitgangspunt van Köster te vermelden; als factoren voor TNR noemt hij in 1962:

- a. de aard van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust;
- b. de aard van de schade;
- c. de graad van de waarschijnlijkheid waarmee het ontstaan van de schade viel te verwachten;
- d. de onevenredige zware last, welke voor de aangesproken partij, mede gelet op de financiële positie van de benadeelde, uit de schadevergoedingsverplichting kan voortvloeien.

Waar het Köster hierbij om ging, was het vervangen van de ‘toverformule’ van de AQT, waarmee men inderdaad in de rechtspraak alle kanten op kon, en de rechter te dwingen, in de TNR-benadering, te motiveren waarom het in casu redelijk is om de schade aan de dader toe te rekenen. De argumentatie van de rechter dient aan te sluiten bij de in de maatschappij levende opvattingen, als

3. Resp., *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, diss. Utrecht 1965, i.h.b. p. 126 v.; 178 v.; *Juridische causaliteit*, diss. Amsterdam 1972, i.h.b. p. 125 v. Voor de nieuwe leer kan men inspiratie vinden in het duitse recht, vgl. vooral Bloembergen, p. 157 v. Het franse recht volgt (nog steeds) de meer traditionele AQT-benadering althans, de doktrine, vgl. G. Viney, *Traité du droit civil IV* 1982, nr 334 v.; 2^e dr., 1998, idem. Vgl. voor het belgische recht, M. Vanquickenborne, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid*, diss. Brussel 1972, en voor het Scandinavische recht A. Peczenik, *Causes and damages*, 1979.

4. Zoals altijd zijn er voorlopers; Van Schellen wijst op de Leidse diss. van H.R. Ribbius uit 1906, waarin uitgegaan wordt van de billijkheid (v. Sch., p. 125). Bloembergen noemt ook enkele schrijvers, waaronder R.J. Polak. Vgl. verder Kösters *preadv. NJV* 1959, p. 201; Asser-Losecaat Vermeer, 1939, p. 203 v.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

zgn. ‘generaalheteronoom billijkheidsoordeel’; men hoeft dus niet in subjektivisme van de rechter te verzanden (waardoor men van de regen in de drop zou komen). Zoals wij zullen zien, wordt in de rechtspraak aan deze wens steeds meer tegemoet gekomen, al blijft er nog veel te wensen over, ten aanzien van de motivering van de toerekening door de rechter.⁵

In 1970 aanvaardt de hoge raad de nieuwe leer van toerekening naar redelijkheid in het *waterwingebied*-arrest, HR 20 mrt. 1970, NJ 251, nt GJS. Het is een prille milieuvuulingszaak: als gevolg van een ongeluk met een vrachtautokombinatie (het was geen echte tankauto) in de strenge winter van 1963, stroomt de vervoerde olie uit over een aangrenzend waterwingebied. Om vervuiling van de drinkwaterbronnen tegen te gaan, moeten betrekkelijk kostbare maatregelen worden genomen (à f 28.000,-) om de 8000 liter olie weg te pompen, bevroren grond af te graven, e.d. Is die hoge schadepost voorzienbaar? Er stond niet bij de weg aangegeven, zoals tegenwoordig het geval is, dat men zich in de nabijheid van een waterwingebied bevond. De kernoverweging van de HR is:

‘dat ... schade terzake van de waterwinning hier te lande niet een zo uitzonderlijke vorm van schade t.g.v. een dergelijk ongeluk is, noch in een zo verwijderd verband daarmee staat, dat die schade naar redelijkheid niet - als veroorzaakt door dat ongeluk - ten laste zou mogen worden gebracht van degenen, die krachtens de wet de aansprakelijkheid voor de gevolgen van het ongeluk draagt;

...

dat het hof, uitgaande van de eerder genoemde gronden voor zijn beslissing, geen aandacht behoefde te besteden aan de vraag of de bestuurder van de vrachtwagenkombinatie wist of behoorde te weten dat zich ter plaatse van het ongeval een waterwingebied bevond’.

Voor de laatste overweging is voor AQT-aanhangers moeilijk te verteren.

De formulering die de hoge raad gebruikt laat enige ruimte voor interpretatie over, in die zin dat tegenstanders van TNR, zoals Rutten, weigeren het omgaan van de raad te aanvaarden.⁶

Pas na enkele volgende uitspraken van de hoge raad, in het bijzonder het *Rijksweg 12*-arrest (HR 19 dec. 1975, NJ 1976, 280, nt. GJS), wordt in Asser-Rutten erkend dat de HR om is. Rutten blijft zich tegen de nieuwe leer keren, met het bezwaar dat TNR ‘rijkelijk vaag’ is.⁷ In het nieuwe BW is dezelfde aarzeling te bespeuren; in het Ontwerp-Meijers was een combinatie van de *conditio sine qua non* (CSQN) en de AQT opgenomen. In 1976 neemt men de TNR over (bij Gewijzigd Ontwerp van de hand van regeringscommissaris

5. Vgl. ook het *haringstalletje*-arrest, NJ 1967, 42, nt GJS.

6. In de jaren zestig, begin zeventig kreeg Köster bijval van Leijten, Royer, Visser ‘t Hooft en Schoordijk; vgl. Van Schellen, t.a.p. 126. In Asser-Rutten II, 1968, p. 459, werd TNR verworpen. Dit is ook het geval in de dissertatie van Schut, 1963; de leer werd eveneens bestreden door Van Eikema Hommes, in een polemiek met Bloembergen en R.J. Polak. Men zie wederom Van Schellen, t.a.p., voor de vindplaatsen.

7. De 3e druk van Asser-Rutten (1968) kwam boven al ter sprake. Men zie voor de evolutie in Ruttens denken: Asser-Rutten III, 1975, 4e dr., 96; 1979, 5e dr., 99 v.; 1983, 6e dr., 109 v.; Asser-Rutten-Hartkamp I, 1984, 7e dr., (p.) 323 v. Van Schellen (1985, p. 36 v.) meent ten onrechte dat de door hem gekritiseerde tekst (‘terug naar AQT’) van de hand van de nieuwe bewerker, Hartkamp is. De laatste heeft slechts enkele weinig zeggende zinnen aan het oude betoog van Rutten toegevoegd.

11. CAUSALITEIT

Snijders), maar men laat de term ‘redelijkheid’ weg in het nieuwe artikel 6:98, met het argument dat de rechter anders te veel naar eigen discretie zou kunnen beslissen (een uiterst merkwaardig argument, als men de rest van Boek 6 in ogenschouw neemt, waar het immers wemelt van de ‘vage norm’ redelijkheid en billijkheid). Het artikel luidt als volgt:

Art. 6:98. Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.

De nieuwe leer van TNR werd intussen in de jaren zeventig overwegend positief ontvangen⁸; in de jaren tachtig werd de discussie voortgezet. Daarmee komen wij op de stand van zaken in de doktrine.

2. Toerekening naar redelijkheid in de jaren tachtig. De stand van zaken

Als men tracht de balans op te maken ten aanzien van de causaliteitsproblematiek om tot een weergave van geldend recht te komen, dan zijn er twee thema's die de aandacht vragen: de vraag of er, ondanks de aanvaarding van TNR, nog plaats is voor AQT; ten tweede, de vraag naar de factoren van toerekening (Köster), met name of differentiatie geboden is, bijv. door rechtsgebieden te onderscheiden met een eigen causaliteitsregime. Onder het

8. In Pitlo-Bolweg, 1979 (92 v.; 330 v.), vindt men de TNR veel vriendelijker ontvangen. Men is er echter nog niet geheel zeker van of de HR de TNR omhelst; in 1970 werd ‘wellicht een andere weg ingeslagen’, in latere arresten ‘mag men wellicht een koerswijziging lezen’, men ‘moet voorzichtig zijn algemene gevolgtrekkingen te maken’ uit de arresten van begin jaren zeventig. Verder wordt gewezen op *Van Hees - Elsbeek* (1977) met zijn formule dat voorzienbaarheid van belang *kan* zijn voor de beoordeling van de aansprakelijkheid.

Van Opstall gaat in Hofmann-Van Opstall I, 1976, 236, voorbij aan de vraag welk standpunt de HR inneemt. Hij spreekt zich uit tegen TNR, en voor de combinatie CSQN en AQT (p. 211-237; hoewel het onderwerp wanprestatie is, komt de overeenkomstige causaliteit bij art. 1401 BW oud ook aan de orde). Zijn kritiek is, evenals die van Rutten, dat de formule van TNR nog vager is dan die van de bestreden AQT (236). Wel bouwt Van Opstall een ‘veiligheidsklep’ in: indien het met AQT bereikte resultaat (‘voorzienbaarheid’) ‘uit een oogpunt van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is’, dan dient de mogelijkheid open gehouden te worden’ een beslissing te nemen die zich met die redelijkheid en billijkheid verdraagt’ (t.a.p.). Voor de wanprestatie beroept schr. zich op de artt. 1374/75 oud BW; voor de onrechtmatige daad op de ‘toepassing bij voorbaat van art. 6.1.1.2 NBW’ (!). Hierbij speelt, dat Van Opstall zich niet kan voorstellen dat aansprakelijkheid naar redelijkheid en billijkheid geboden zou zijn, zonder dat naar CSQN en AQT (voorzienbaar) causaal verband aangenomen moet worden. Op dat laatste punt legt Van Schellen de vinger met verwijzing naar de door hem in zijn diss. besproken voorbeelden uit de jurisprudentie (p. 156-161). Vgl. Van Schellen, ‘*Adequat causaal verband en toerekening naar redelijkheid*’, in: ‘*Non sine causa*’, Scholten-bundel, 1979, 333 v.

Opmerkelijk is, dat de HR zo'n grote rol gespeeld heeft bij de acceptatie van de nieuwe leer. Ten aanzien van het *waterwingebied*-arrest uit 1970 namen zowel voorstanders (zoals Bloembergen) als tegenstanders (zoals Schut) een door voorzichtigheid gekenmerkt standpunt in (vgl. Van Schellen, t.a.p.). Pas in de tweede helft van de jaren zeventig begint men zich openlijk voor de TNR uit te spreken en te erkennen dat de HR definitief om is.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

eerste thema valt ook de kwestie van de twee fasen, die door verschillende leren beheerst zouden zijn (vestigings- en omvangsfase). Bij de behandeling van deze thema's stel ik hier allereerst de doktrine aan de orde; bij de analyse van de jurisprudentie, die nog volgt, zal op deze materie teruggekomen worden.

Wat het eerste thema betreft, aan het eind van de jaren zeventig sputterden Van der Grinten en Van Opstall wat tegen bij de bespreking van de TNR-lijn van de hoge raad, zoals G.J. Scholten eerder deed.⁹ Er zijn slechts weinig schrijvers die nog principiële bezwaren tegen TNR hebben; Slagter en Stein hebben zich nog in 1982 tegen TNR uitgesproken.¹⁰ De reserves van Rutten werden gehandhaafd door de nieuwe bewerker, Hartkamp, waartoe het geheel een lappendeken geworden is; een combinatie van CSQN en AQT wordt in het algemeen aanvaard, terwijl voor de *onrechtmatige daad* schoorvoetend 's hogen raads TNR gevolgd wordt.¹¹ Hartkamp volgt Rutten in deze achterhoedestrijd, en neemt in ieder geval het standpunt van Rutten over, dat ook in de TNR een rol weggelegd is voor de AQT; de 'voorzienbaarheid' geldt als 'een der factoren' van toerekening (p. 327, 331, met een beroep op het arrest *Van Hees - Esbeek*, HR 1 juli 1977, NJ 1978-84, nt GJS). Dit heeft de woede opgewekt van Van Schellen, die overigens ten onrechte meent dat het hier een inbreng van Hartkamp als nieuwe bewerker betreft (1985, p. 37 v.). Zoals wij zagen ging ook Köster uit van de hantering van voorzienbaarheid als factor van toerekening. Hieronder zullen wij nagaan of de rechtspraak steun biedt voor deze visie.

Rest nog de twee fasenkwestie. Dit dogmatische onderscheid is terecht door de meeste auteurs onderhand verlaten. Van Schellen ging pas in 1985 om, met bijval van Schoordijk; Asser-Rutten-Hartkamp heeft de tweedeling ook verlaten.¹² Het bepleite onderscheid lijkt mij een stuip trekking van de AQT-visie te zijn; in de recente rechtspraak is geen steun voor de tweedeling te vinden.

Het tweede thema raakt de kern van de gevoerde discussie over causaliteit. Een belangrijke bijdrage, allereerst, om aan de factoren van toerekening meer reliëf te geven, is geleverd door Brunner in 1981. Ik laat zijn schema, zoals geformuleerd door Rutten, hier volgen:

1. Naarmate het gevolg naar ervaringsregels waarschijnlijk is, is toerekening eerder gerechtvaardigd (adequatie-criterium). Vgl. o.m. HR 1 juli 1977, *Van Hees-Esbeek*.
2. Naarmate het gevolg minder verwijderd is van de onrechtmatige daad, is toerekening eerder gerechtvaardigd. Vgl. o.a. de arresten van 20 maart 1970 en 19 dec. 1975, *Waterwingebied* en *Rijksweg 12*.

9. Vgl. Asser-Rutten-Hartkamp, t.p. 326.

10. W.J. Slagter, *Bundel Juri Sacrum*, 1982, 159 v.; P.A. Stein, idem, 185 v. De eerste schr. blijft bij zijn keuze voor de leer Demogue-Besier (zie Van Schellen, diss. p. 64 v).

11. Asser-Rutten-Hartkamp I, p. 321 v. De belangrijkste toevoeging van Hartkamp is op p. 327 te vinden. Na de tekst van de hand van Rutten, voor handhaving van het begrip 'voorzienbaarheid' bij hantering van TNR, met als slotregel 'Strikt genomen zou men dan ook niet moeten spreken van een nieuwe leer, maar van een adequatie-leer nieuwe stijl', voegt Hartkamp toe: 'Intussen zal ik duidelijkheidshalve de term adequatie-leer en adequate oorzaak niet gebruiken ter aanduiding van de toerekeningsleer'.

12. Van Schellen, 1985, p. 31; H.C.F. Schoordijk, *WPNR* 5771, 102; Asser-Rutten-Hartkamp I, p. 328 v. In 1975 werd door mij ook al de verwerping van het onderscheid bepleit, vgl. *Normatieve uitleg*, stud. ed., 2e dr. 1975, p. 107 nt. 243. In een forum dat in 1975 aan de EUR gehouden werd, heb ik getracht Van Schellen en Köster voor dit standpunt te winnen, tevergeefs.

11. CAUSALITEIT

3. Verkeers- en veiligheidsnormen die met het oog op de voorkoming van ongevallen zijn opgesteld, rechtvaardigen een ruime toerekening van dood- en letselschade. Vgl. o.a. HR 21 maart 1975, *NJ*, 372, nt. GJS, *aangereden hartpatiënt*, 1 juli 1977, *Van Hees-Esbeek* en 2 nov. 1979, *NJ* 1980, 77, nt. GJS, *Versluis-arrest*.
4. Naarmate de schuld aan het schadeveroorzakend gebeuren groter is, is ruimere toerekening gerechtvaardigd.
5. Schade door dood of verwonding wordt eerder toegerekend dan zaakschade, zaakschade eerder dan schade die bestaat in extra kosten en uitgaven en schade door vermogensverlies eerder dan derving van winst.
6. Bij schade toegebracht tijdens bedrijfsuitoefening is toerekening wellicht eerder gerechtvaardigd dan wanneer de aansprakelijke persoon een beroepsuitoefenaar of een particulier is.¹³

Vergelijking met het schema van Köster laat zien, dat wij hier te maken hebben met een uitwerking daarvan, gebaseerd op de sindsdien verschenen jurisprudentie. In de hier volgende rechtspraak-analyse (onder, no. 3) wil ik trachten dit schema bij te stellen. Het denken in deze richting heeft een sterke stimulans ondervonden door toedoen van het genoemde *Versluis-arrest* van 1979 (*NJ* 1980, 77), waarin de raad een aanzet geeft voor deze nieuwe benadering. In dit arrest werd geen toerekening aanvaard voor schade die ‘buiten de lijn der verwachting’ lag (aansprakelijkheid van ziekenhuis tegenover vader van in coma geraakt meisje). De hoge raad stelt dat dit anders ligt bij de aansprakelijkheidsgrond die berust op overtreding van *verkeers- en veiligheidsnormen*: ‘Bij overtreding van laatstbedoelde normen, die in de regel strekken ter voorkoming van verkeers- of arbeidsongevallen, moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid van ernstige gevolgen, *hoe deze zich ook in het concrete geval mogen voordoen*’ (mijn curs.). In de commentaren werd gewezen op de verzekeringsaspecten in deze categorieën onrechtmatige daden (WAM en WAO).

Samenvattend kan men stellen, dat in rechtspraak en doktrine de gedachte gemeengoed is, dat het voor de causaliteitsvraag van belang is om na te gaan of de gewraakte handeling *tot een bepaalde categorie behoort, met een eigen causaliteits-regime, d.w.z. waar specifieke toerekeningsfactoren gelden*.¹⁴

Ten slotte nog een opmerking over het gebruik van het criterium *voorzienbaarheid* in het kader van de leer van toerekening naar redelijkheid. Hierboven, in de vorige paragraaf, zagen wij hoe sterk in de jurisprudentie van de hoge raad dit begrip een onderdeel is van het vaststellen van de onrechtmatigheid (onzorgvuldigheid) van een handeling in een gevaarssituatie, en hoezeer daardoor een samengaan tot stand komt met de causaliteit van de handeling. Voor een schrijver als Van Schellen is het gebruik van het begrip

13. *VR* 1981, 210 v.; A-R-H I, p. 330. Vgl. ook nog Langemeijer, *Gratia Commercii*, *Van Oven-bundel*, 1981, p. 115 v.; Verburgh, *Rm Th* 1980, p. 584; Nuis, *WPNR* 5555-6 (1981).

14. Voor de milieu-causaliteit zou men bijv. aansluiting zoeken bij de categorie ‘verkeers- en veiligheidszaken’, met haar strenge regime van toerekening. Hierbij kan reeds steun gevonden worden in een uitspraak van Van Schellen, die dit met zoveel woorden bepleit, hoewel hij op zich geen heil in de ingeslagen weg van differentiatie en nuancering ziet. Vgl. *NJB*, 1985, p. 1116: ‘Milieu-aansprakelijkheid behoort precies zo te worden behandeld als de aansprakelijkheid op het terrein van verkeer en veiligheid’. Vgl. voor dit onderwerp ook zijn boekje uit 1985, p. 116 v.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

‘voorzienbaarheid’ de lakmoesproef of men tot de pur sang-aanhangers van de TNR-leer behoort. Ik kan dat niet zo meevoelen, en zie geen noodzaak om zo in tegenstellingen te denken en het begrip voorzienbaarheid in de ban te doen. De vergelijking valt te maken met de risico-aansprakelijkheid: indien deze aanvaard is voor een bepaalde categorie handelingen, dan is er, indien in concreto van ‘schuld’ (in de zin van onzorgvuldig gedrag) sprake is, *eo ipso* aansprakelijkheid. Men hoeft dan niet aan de risico-gedachte toe te komen. Hetzelfde speelt bij voorzienbare schade: dit maakt de toerekening slechts eenvoudiger, omdat het op zich reeds redelijk is, in beginsel, om de dader voorzienbare schadelijke gevolgen van zijn handeling toe te rekenen. Bij *onvoorziene* gevolgen wordt het in de regel pas spannend, in de causaliteit.

Een soortgelijke observatie kan gemaakt worden over de betekenis van de *conditio sine qua non* in de toerekeningsleer. Hier zal men echter oud-AQT-adepten, als TNR-beoefenaren nog nat achter de oren, op zijn weg tegenkomen. Het feit dat Rutten en Hartkamp nog een zo belangrijke plaats aan de CSQN toewijzen, geeft bijvoorbeeld te denken. Toch kan men die constructie, ook al is het maar als eerste stadium van de causaliteitsvaststelling bedoeld, niet serieus nemen, na alle internationale kritiek die er op het geesteskind van Von Buri (strafrechtsgeleerde!) uitgeoefend is.¹⁵ Er zijn teveel uitzonderingen op de regel, zoals dubbele causaliteit, etc., en bovendien kent deze maatstaf geen beperkingsmogelijkheid. Vandaar dat men in de Duitse doktrine spreekt van toepassing van de CSQN als *vuistregel*¹⁶; als er ‘onmiddellijk en dadelijk’ verband is, zoveel te beter. Maar men hoeft er niet naar te zoeken, en als het er niet is, of het niet of moeilijk vast te stellen is, is er nog geen man over boord. In elk geval lijkt uit den boze wat Rutten en Hartkamp neerschrijven, nog wel geursiveerd:

‘De vraag of er causaal verband bestaat tussen de betreffende gebeurtenis en de ontstane schade, beantwoorde men volgens de leer der *conditio sine qua non*. Wordt deze vraag ontkennend beantwoord, dan bestaat er geen aansprakelijkheid. Indien wordt aangenomen dat dit causaal verband er wèl is, dan moet met behulp van de adequatie-theorie worden nagegaan of er aansprakelijkheid is of niet’ (no. 427, in fine).

De auteurs denken hierbij aan causaliteit bij wanprestatie, op welk terrein de hoge raad nog niet expliciet de TNR omhelst had (zie ook no. 435 v.; in no. 436 wordt gesproken van ‘de zuivere causaliteitsvraag, of de schade in de zin van het CSQN-kriterium een gevolg van de wanprestatie was’. Voer voor Van Schellen).

Over Van Schellen gesproken, zijn boekje *Toerekening naar redelijkheid* uit 1985 werd al een aantal keren genoemd, maar er werd nog geen stelling genomen ten aanzien van zijn jongste stellingen. Het boekje is zeer kritisch ontvangen en heeft voor de nodige polemiek gezorgd.¹⁷ Naar mijn mening is de kritiek voor het merendeel terecht, al stel ik voorop dat het (weer) een werk is dat goed wegleeft en van een grote belezendheid blijkt geeft. Maar Van Schellen

15. Vgl. Van Schellen, diss. p. 43 v.; 62, Hart-Honoré, p. 128 v.; Larenz I, p. 431 v.

16. Larenz I, t.a.p.

17. Vgl. Van Schellen, *NJB* 1985, p. 1115 v., met reactie van G. Oly; G.E. van Maanen, *Kwart. Ber. NBW* 1985, p. 86 v.; Van Schellen, idem 1986, p. 27 v., met reactie Van Maanen, en dupliek Van Schellen; H.C.F. Schoordijk, *WPNR* 5771 (1985), p. 101 v.

11. CAUSALITEIT

drijft de 'slachtofferbescherming' op de spits; met dat nobele doel voor ogen kent hij geen grenzen. Zijn versie van toerekening naar redelijkheid werd door een haagse advocaat al geparafraseerd als 'afrekening naar volledigheid'. De vraag wat een dergelijke onbegrensde aansprakelijkheid de gemeenschap moet gaan kosten, houdt Van Schellen niet bezig, evenmin als met de verzekeringsaspecten (sociaal en particulier) in het algemeen het geval is. 'The sky is the limit', lijkt het wel. Van Schellen juicht toe hoe in het duitse recht de 'Adäquanztheorie' (AQT) als een TNR-leer gehanteerd wordt, sinds de jaren vijftig. Hij lijkt echter uit het oog te verliezen dat die leer ooit opgezet is om tegenover de oude CSQN-leer een begrenzing te kunnen stellen, omdat die laatste leer, indien er direkt causaal verband is, geen beperking kent.

Ook in de nieuwe duitse TNR-benadering gaat het, in de woorden van Esser-Schmidt, om de 'wertende Abgrenzung einzelner Gefahrenbereiche', dit naar aanleiding van de zgn. 'Grünstreifenfälle'.¹⁸ 'Das ohnehin hohe Teilnehmerrisiko am Strassenverkehr sollte nicht über Gebühr strapaziert werden', waarschuwen de auteurs. Ook in de zgn. 'Krankenhausfälle', de 'Zurechnung der Folgeverletzungen' (Archetype: man wordt in ziekenhuis opgenomen voor kleine, onrechtmatig toegebrachte verwonding, waar hij een griepinfectie oploopt waaraan hij overlijdt) brengt het duitse recht grenzen aan, waar Van Schellen eveneens blind voor is. Men hanteert dan begrippen als 'specifischen Gefahrerhöhung', en vooral het zgn. 'allgemeine Lebensrisiko', waarvoor ieder individu zelf op te komen heeft, en dat in beginsel niet op een ander (de dader) afgewenteld kan worden.¹⁹ Het sleutelwoord bij de toerekening in het duitse recht is de 'wertende Beurteilung', het is een normatief oordeel, en een van de functies van normen is het trekken van grenzen. Overigens gaat het een schrijver als Larenz te ver om, zoals het Bundesgerichtshof in een vrij vaste rechtspraak doet, de 'optimale Beobachter' te hanteren; hij kiest voor een minder vergaande aansprakelijkheid, op grond van wat een 'erfahrene Beobachter' kan voorzien, ook om grenzen te stellen aan de eerder genoemde 'objektiv nachträgliche Prognose'. Wel ben ik het, zoals boven al bleek, eens met Van Schellens kritiek op het nieuwe idool van de duitse doctrine, het Schutzzweck of Normzweck. Men heeft mijns inziens veel te hoge verwachtingen van dat instrument, waarover ook Larenz zich kritisch over uitlaat.²⁰

Wellicht dat mijn hier weergegeven opvatting, die gezien de reacties op de visie van Van Schellen vrij algemeen gangbaar lijkt, beter uit de verf komt indien men van *toedelen* van aansprakelijkheid spreekt, en niet van toerekenen. Rekenen kunnen juristen trouwens toch niet, dat is uit deze discussie ook weer gebleken.

18. Esser-Schmidt I, (2), § 33 II. De bedoelde gevallen betreffen de casus dat ongeduldige automobilisten om een file te ontlopen via de groenstrook (en soms trottoir) gaan inhalen, en aldus schade toebrengen aan de eigenaar van die strook (trottoir).

19. Vgl. Esser-Schmidt I, (2), § 33 II; Larenz I, p. 448 v.; Kötz, nr 167.

20. Vgl. boven, nt. 12, en verder, Van Schellen, 1985, p. 42 v. Köster was geen voorstander van deze leer, voor de oorlog door Rabel verdedigd, en na de oorlog door schrijvers als Van Caemmerer met vuur verdedigd. In zijn oratie sprak Köster dan ook niet van 'aard van de aansprakelijkheid', maar van 'aard van de gebeurtenis'; vgl. boven. Bloembergen heeft in zijn diss. p. 168 v. wel een plaats voor de Schutznorm-benadering ingeruimd.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

Dan is nu het punt gekomen om nader te onderzoeken welke visie in de rechtspraak van de hoge raad te onderkennen is. Daarbij zal op een aantal van de besproken kwesties teruggekomen worden.

3. *Analyse van de rechtspraak van de hoge raad sinds de jaren '70*

Uit de bovenstaande beschouwingen zal duidelijk geworden zijn dat de ontwikkeling die het leerstuk van de causaliteit in de jaren '70 doormaakte, nog niet tot een eind gekomen is. Met de hoge raad aan het hoofd is een grote wending in het denken over oorzakelijk verband teweeggebracht. Maar men kan echter allerminst zeggen dat alle stofwolken al opgetrokken zijn. 'On a clear day, you can see causation' lijkt slechts wishful thinking te zijn. Zoals Van Schellen, een vooraanstaand stofopwerper, eens opmerkte: 'Er is een zo ondoorzichtige kluwen van hoge raad-jurisprudentie ontstaan, dat we in vele opzichten weer even ver zijn als vroeger: praktijkmensen weten niet goed wat zij hiermee aanmoeten ...' (*NJB* 1985, p. 1115). Dit geldt overigens ook voor de theoretici, vergelijk de polemiek tussen Van Schellen en Van Maanen, die al gememoreerd werd.

Toch is de situatie naar mijn mening minder somber dan Van Schellen doet voorkomen. Er is best wel een rode draad in de kluwen rechterlijke uitspraken te ontdekken (de naam van die juridische uitgever in het oosten van het land lijkt overigens heel toepasselijk). Nu zijn er vele manieren om de jurisprudentiekluwen te ontwarren; ik zou dit als volgt willen doen, door allereerst twee hoofdlijnen in het geheel te onderzoeken: 1. de *aard van de aansprakelijkheid*; 2. de *aard van de schade (gevolgen)*. Steeds gaat het hierbij om de grote lijnen, die aangebracht kunnen worden. Bij het eerste onderwerp is het de vraag, hoe de hoge raad na 1970 de TNR-formule uitgewerkt heeft in de rechtspraak die volgde, en in hoeverre daarbij aansluiting gezocht werd op doktrine en wetgeving (NBW). Drie standaard-arresten neem ik als oriëntatie-punt. In *Rijksweg 12 (NJ 1976, 280)*, waar het om vervuiling als gevolg van het openscheuren van een verongelukte tankauto ging, overweegt de raad:

'dat, mede gezien de *aard van het moderne vrachtverkeer* over de openbare wegen en van *de goederen en stoffen die daarbij veelal worden vervoerd*, noch de omleiding van het verkeer over de andere weghelft in geval van een verkeersongeluk, noch de maatregelen, nodig met het oog op het gevaar van schadeveroorzakend wegstromen van stoffen uit bij zo een ongeluk betrokken vrachtwagens, als gevolgen van een verkeersongeval *zó weinig karakteristiek* zijn of in een *zó verwijderd verband daarmee staan*, dat zij *in redelijkheid* niet, als door het ongeval veroorzaakt, aan de voor het ongeval aansprakelijke partij zouden kunnen worden *toegerekend*' (mijn curs.).

Korte tijd later wordt de formule 'aard van het moderne vrachtverkeer' in algemenere termen omschreven in *Van Hees - Esbeek (NJ 1978, 84)*, waar het echter leidingschade betrof, veroorzaakt door graafwerkzaamheden. Hier wordt gesproken, conform art. 6:98 BW, van 'de aard van de aansprakelijkheid en van de schade'. Het arrest is ook van belang voor de verhouding AQT-TNR. De raad overweegt namelijk, met betrekking tot de vraag of er een te 'verwijderd verband' in casu is om de schade aan de dader toe te rekenen:

11. CAUSALITEIT

‘dat in dit verband moet worden vooropgesteld dat hiervoor *weliswaar* van belang kan zijn of de schade het redelijkerwijs te verwachten gevolg was van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, *maar* dat het onderdeel terecht ervan uitgaat dat *mede moet worden gelet op de andere omstandigheden van het geval* (mijn curs.).²¹

Wat zijn nu die omstandigheden? De afhankelijkheid van de gastoevoer via de gebroken leiding, bij het bedrijf dat schade leed, ziet de hoge raad als een omstandigheid die niet aan de aansprakelijkheid van de dader in de weg staat, doch dit doet ‘veeleer de onmiddellijkheid van het verband’ uitkomen. De mogelijkheid van ‘uit maatschappelijk oogpunt verstrekkende gevolgen die de aansprakelijkheid met zich brengt’, acht de raad evenmin van belang; voor het overige ziet het college geen andere omstandigheden die ‘mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade’ tot de slotsom zouden moeten leiden dat het ‘voormelde verband tussen deze schade en de gemaakte fout ontbreekt’.²² In het laatste arrest dat ik zou willen noemen, het *steengasstellers*-arrest (HR 25 mrt. 1983, NJ 1984, 629, nt CJHB), wordt de formule aangescherpt. ‘Het hangt mede van de *aard van de gedraging* en van de *daardoor geschonden normen* af, welke betekenis moet worden gehecht, en welke eisen moeten worden gesteld *aan de voorzienbaarheid van de resulterende schade* voor de vraag, of en in hoeverre deze, als *door die gedraging veroorzaakt*, ten laste van de pleger van de onrechtmatige daad mag worden gebracht’ (mijn curs.). Toegepast op de casus betekende dit, dat het gedrag van de dader nader onderzoek verdient met het oog op de vraag welke schade toegerekend kan worden (de stellingen van de gelederde op dit punt waren door het hof genegeerd, ten onrechte meent de raad).

De betekenis van dit arrest is, dat het niet alleen om de aard van de aansprakelijkheid (de ‘geschonden normen’) in abstracto gaat, als categorie, maar ook om de concrete gedraging. Dit lijkt een verfijning ten opzichte van de formulering van het BW-artikel.

Twee observaties zou ik op dit punt willen maken. Men ziet hoe de hoogste rechter in deze drie arresten tastenderwijs een nadere inhoud poogt te geven aan de in de doktrine en het BW gehanteerde term ‘aard van de aansprakelijkheid’. Een verdergaande analyse van de jurisprudentie van de hoge raad, zou ik willen combineren met een onderzoek naar het tweede thema van de causaliteit, ‘de aard van de schade’. Dan zal blijken hoe met name de differentiatie in de ‘door de gedraging geschonden normen’, zoals het in het laatstgenoemde arrest geformuleerd wordt, in de overige jurisprudentie uitgewerkt is. Mijn tweede opmerking in dit stadium is, dat de besproken drie kernarresten goed aansluiten

21. Vgl. hieromtrent, behalve de aangehaalde passage bij Pitlo-Bolweg, Van der Grinten, AA 1978, 451 v.; P.A. Stein, *Juri Sacrum*, 1982, 185 v.; A-R-H I, p. 326; G.H.A. Schut, *Rm Th* 1978, p. 387 v. Zie voor leidingschade: W.T.M. Uilhoorn, ‘... *maar dit geheel terzijde*’, Lelystad, 1997, p. 135, met lit.-overzicht, en recente rechtspraak (op p. 143).

22. Over de kwestie van de omvang van de schade, die in de visie van de raad geen beperking nodig heeft, zie men de noot van G.J. Scholten, die erop wijst dat twee zittende raadsheren (Köster en Snijders) tegen de opvatting in zijn gegaan (met het wijzen van dit arrest) die zij eerder verdedigd hadden in resp. oratie en Toel. NBW. Vgl. ook, voor beperking van aansprakelijkheid onder omstandigheden, Bloembergen, diss. p. 186.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

op de jurisprudentie van de hoge raad in het algemeen over onrechtmatig handelen in het kader van gevaarssituaties die men geschapen heeft, die wij boven aan een onderzoek onderworpen hebben. De uitkomst daarvan, de constatering dat de hoge raad de onrechtmatigheidsvraag en de causaliteitsvraag op elkaar betreft en als één geheel behandelt, klinkt ook in de onderhavige drie arresten door, het duidelijkst in het *steengaasstellers*-arrest.

Dan nu de tweede hoofdlijn of draad in de jurisprudentiekluwen: de *aard van de schade*. Hierbij zou ik een onderscheiding willen aanbrengen, teneinde de jurisprudentie hanteerbaar te maken voor nader onderzoek. Het is raadzaam om een scheiding te maken tussen *letselschade* en *zaaksschade*. Op vele terreinen van het onrechtmatige daadsrecht is namelijk een tendens zichtbaar, dat de rechter minder terughoudend is bij toewijzing van de vergoeding van letselschade dan van zaaksschade (bijv. bedrijfsschade); een goed voorbeeld is de produktenaansprakelijkheid. Indien men bij een onderzoek naar causaliteit uitsluitend een beroep zou doen op jurisprudentie inzake letselschade, zou het tegenargument voor de hand liggen, dat dit onzuiver is indien men de gevonden rechtsregels op zaaksschade (vermogensschade) zou toepassen.

Als opmerking vooraf, het is nuttig om te registreren hoe de hoge raad omgaat met het begrip ‘voorzienbaarheid’, in het bijzonder in hoever getracht wordt dit begrip nader te concretiseren met behulp van termen als ‘typisch’, ‘normaal’, e.d., ter omschrijving van de gevolgen van de handeling.

Letselschade

De bespreking van de jurisprudentie inzake *letselschade* vindt een aardig vertrekpunt in het *Windmill*-arrest, HR 21 juni 1974, NJ 453, nt GJS. Het is een art. 1638x BW-zaak (thans: art. 7:658 BW); een werknemer struikelt bij een slecht verlichte trap, en zoekt steun bij de trapleuning. ‘De onderhavige trap bleek echter niet van een leuning voorzien’, zoals de dagvaarding lakoniek opmerkt, waardoor de werknemer naar beneden stort. De precieze toedracht van het ongeval is onbekend, en *Windmill* bestrijdt de stellingen van de werknemer op dat punt. Het gaat in deze procedure om de vaststelling van het causaal verband, en de invloed van de geschonden norm daarbij. De hoge raad overweegt hieromtrent:

‘dat naar het, mede op eigen waarneming van de plaatselijke gesteldheid gegronde, oordeel van de Rb. het ontbreken van een leuning, welke ter voorkoming van ongevallen wettelijk is voorgeschreven, de kans op het aan Roelofsen overkomen letsel in aanmerkelijke mate heeft verhoogd; dat hiermede het vereiste verband tussen het verzuim van *Windmill* om te doen hetgeen juist is voorgeschreven met het oog op een gevaar dat zich te dezen heeft verwezenlijkt en het aan Roelofsen overkomen ongeval is vastgesteld, en het op de weg van *Windmill* zou hebben gelegen om te stellen en aan te tonen dat het aanwezig zijn van een leuning het ongeval waarschijnlijk niet zou hebben voorkomen; dat voor het oordeel van de Rb. omtrent het causaal verband niet behoefde te worden vastgesteld op welk ogenblik en op welke plaats. alsmede door welke directe oorzaak Roelofsen ten val is gekomen, zodat het in onderdeel a van het eerste middel gesignaleerde verschil tussen hetgeen Roelofsen heeft gesteld en hetgeen de Rb. heeft beslist omtrent de hiergenoemde punten voor de beslissing van de Rb. omtrent het causaal verband niet van betekenis is; ..’

11. CAUSALITEIT

‘dat, in aanmerking genomen dat het aanwezig zijn van een leuning wettelijk is voorgeschreven ter voorkoming van ongevallen, hetgeen niet anders kan worden begrepen dan als voorkomen dat degenen die van de trap gebruik maken daar afvallen en gewond raken, de Rb. geen onjuiste maatstaf heeft aangelegd door, na op grond van eigen waarneming tot het oordeel te zijn gekomen dat het in het algemeen door de wetgever geducht gevaar zich inderdaad in de onderhavige situatie voordeed, causaal verband tussen het niet-nakomen van de verplichting door Windmill en de aan Roelofsen overkomen schade aan te nemen; dat het oordeel omtrent het bestaan van dit causaal verband van feitelijke aard en niet onbegrijpelijk is’.

Een vergelijkbare uitspraak is die van de *Beiler Zandweg*, (HR 26 mrt. 1976, NJ 393, nt GJS); een kind komt onvoorzien hard hollend een fietspad opgerend. Omdat in het algemeen voetgangers te verwachten zijn (zie art. 28 RVV) is de precieze wijze waarop het ongeluk gebeurde irrelevant. Illustratief voor het verkeersrecht is ook nog de zaak *mandfles zoutzuur* (Hof Den Haag 13 apr. 1973, NJ 439), waar sprake is van omkering van de bewijslast met behulp van de *res ipsa loquitur*-regel (‘spreekende feiten’, noemde Veegens dat).²³ Een mandfles zoutzuur was tijdens vervoer gaan lekken, waardoor een mistbank ontstond die een kettingbotsing veroorzaakte. De oorzaak van het lekken werd niet vastgesteld; vervoerder werd aansprakelijk gesteld behoudens tegenbewijs (dat niet te leveren was) dat belading en conditie van de fles conform zorgvuldigheidsnormen waren.

Ten slotte het al eerder besproken *natronloog of dorpshuis Kamerik-arrest*, NJ 1982, 614. De zaak van de plastic emmer met een onbekende vloeistof, die meegegeven wordt aan de reinigingsdienst en natronloog blijkt te bevatten. Door het kraakmechanisme van de vuilnisauto wordt een straal vocht uit de emmer gespoten die een vuilnismen in het gezicht treft en verwondt.

Hier volgen, dit keer uitvoeriger, de belangrijkste overwegingen van de hoge raad:

‘(4) De hoge raad leest echter in de laatste onderdelen van het middel ook de klacht dat het hof een onjuist criterium heeft aangelegd bij de beantwoording van de vraag, hoeveel zorgvuldigheid aan de kant van het Dorpshuis mocht worden geëist bij het opruimen van een vloeistof waarvan men de aard niet kende, door deze klaar te zetten voor afvoering door de vuilnisophaaldienst.

Deze klacht is gegrond. Het is in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer wordt vereist met het oog op de veiligheid van al degenen die tussen het moment van het buiten klaarzetten van vuilniszakken en dat van de afvoering ervan door de vuilnisophaaldienst met de inhoud van de zakken in aanraking zouden kunnen komen, om 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 òfwel weet of gegronde redenen heeft om aan te nemen dat het om een vloeistof gaat die bij aanraking met de mens geen gevaar oplevert, òfwel 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. Hierbij verdient nog opmerking dat, voor de aansprakelijkheid van het Dorpshuis, met het geval dat de nieuwe be-

23. Vgl. het opstel van Köster in de *Schadee-bundel* 1980, p. 133, *Res ipsa loquitur, en de eis van voldoende opheldering*. Aangezien de feiten ‘voor zich spreken’, wordt door de rechter een vermoeden van schuld aangenomen, vgl. reeds HR 14 nov. 1929, NJ 1695, *rijdende kraan*. In het Amerikaanse recht is dit een belangrijke bewijsregel, zie W.L. Prosser, *Law of Tort*, 1971, p. 211 v. Zie onder, nr 7 en Hfdst. 12, § 1, nr 7.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

heerder en/of de schoonmaakster niet mochten aannemen dat de betreffende vloeistof ongevaarlijk was als hiervoor bedoeld, is gelijk te stellen het geval dat zij zulks alleen dáárom wel zouden hebben mogen aannemen, omdat zij erop hadden mogen vertrouwen dat de vroegere beheerder hen ervoor gewaarschuwd zou hebben, als de vloeistof gevaarlijk was. Een nalaten op dit punt van de vroegere beheerder zou dan immers ook ten laste van het Dorpshuis komen.

(5.) De in de voorgaande overweging weergegeven *norm voor de in gevallen als deze in acht te nemen zorgvuldigheid* brengt naar haar aard mee, dat het er, voor aansprakelijkheid jegens degenen die door het in aanraking komen met de gevaarlijke vloeistof letsel oploopt, *in beginsel niet toe doet, of de wijze waarop het letsel door aanraking met de stof in het gegeven geval precies is veroorzaakt, voorzienbaar was voor de partij die de betreffende zorgvuldigheidsnorm niet in acht heeft genomen*' (mijn curs.).

De laatste overweging, over het causaal verband, spreekt weer duidelijke taal, in dezelfde lijn als de eerder besproken arresten. Het betreft hier een veiligheidsnorm, maar nieuw is, dat hierbij geen wettelijke norm in het geding is, doch een algemene norm van maatschappelijke zorgvuldigheid.

De tot dusver besproken rechtspraak inzake letselschade, betrof steeds de situatie, dat de ware toedracht van de gebeurtenis, en daarmee de wijze waarop de schade veroorzaakt werd, niet is komen vast te staan, en waarschijnlijk ook niet (meer) vast te stellen is. Er is nog een andere groep gevallen van letselschade, waarbij de gevolgen van de schadetoebrenghende handeling *zo buitensmissig* zijn, dat men zich kan afvragen of *de schade die daaruit voortvloeit nog hetzij voorzienbaar, hetzij toe te rekenen is*. Het abnormale karakter van het gevolg van de handeling, werkt meestal door in de omvang van de schade, die eveneens abnormaal hoog is. Ook van deze categorie laat ik een aantal arresten van de hoge raad de revue passeren.

Uit de begintijd van de nieuwe TNR-leer, stammen twee arresten die grote overeenkomst met elkaar vertonen, qua casus en beslissing. Allereerst het *neurotische depressie*-arrest, HR 9 juni 1972, NJ 360, nt HJS. Weijman is de bestuurder van een bestelauto waartegen een motorrijder, buiten de schuld van Weijman, zich te pletter rijdt. Weijman komt met de schrik vrij, maar dan begint het voor hem pas, hij raakt in een ongewoon langdurige neurotische depressie, waardoor hij 7 maanden arbeidsongeschikt is. Normaal zou zijn geweest, volgens deskundigen, dat hij hoogstens 4 maanden in een depressie verzonken zou zijn geweest; een langere duur komt hooguit in 2 à 5% van de gevallen voor. Het hof is van oordeel dat hier andere oorzaken in het spel geweest moeten zijn, en stelt dat 'de uitzonderlijke lange duur van de depressie zo zeer buiten de lijn der normale verwachtingen ligt', dat de depressie voor de periode na 4 maanden 'niet meer als gevolg van de aanrijding kan gelden'.

De hoge raad denkt hier anders over:

'dat het middel dit oordeel terecht bestrijdt; dat toch, indien voor iemand als gevolg van een aan de schuld van een ander te wijten aanrijding een - lichamenlijk of psychisch - letsel ontstaat, die ander voor de daardoor veroorzaakte schade in de regel over de gehele met de genezing van dat letsel gemoeide tijd als een door zijn daad veroorzaakte schade aansprakelijk is;

dat daaraan de omstandigheid dat de genezing van het letsel langer duurt dan in de normale lijn van de verwachtingen ligt, op zich zelf niet afdoet en dit slechts anders is, indien de genezing van het letsel is of wordt belemmerd door bepaalde omstandigheden van zodanige

11. CAUSALITEIT

aard, dat het uitblijven van de genezing niet meer als gevolg van de aanrijding aan de dader kan worden toegerekend;

dat ten aanzien van het bestaan van zodanige omstandigheden het bewijsrisiko echter op de aanrijder rust;'

In het tweede arrest is een andere vorm van 'schrikschade' in het geding: als gevolg van de onrechtmatige daad, die in casu een zeer 'onschuldig' karakter had, schrikt de gelederde zich letterlijk dood, HR 21 mrt 1975, *NJ* 372, nt GJS, *aangereden hartpatiënt*. Waal geeft met zijn tractor geen voorrang aan de bromfietser Van Baar, die komt te vallen en enkele lichte schaafwonden oploopt. De laatste lijdt echter aan een coronaire trombose, simpel gezegd, is hartpatiënt, en enkele uren na het ongeval overlijdt hij aan een hartaanval, als gevolg van de hevige emotie die het ongeluk bij hem teweeggebracht heeft. Het hof wijst aansprakelijkheid af, aangezien volgens medische deskundigen een dergelijk voorval zelden voorkomt. Wederom neemt de raad een tegenovergesteld standpunt in:

'dat toch, naar van algemene bekendheid is, aanrijdingen met dodelijke afloop herhaaldelijk voorkomen;

dat een verkeersdeelnemer daarom rekening dient te houden met een dergelijke afloop, ook bij een aanrijding als de onderhavige ten gevolge van het niet voorrang geven door de berijder van een tractor aan de berijder van een bromfietser;

dat hieruit voortvloeit dat de dader, die een dergelijke verkeersfout maakt, in beginsel aansprakelijk is voor het dodelijk gevolg, ook al valt de wijze, waarop in een bepaald geval het overlijden van het slachtoffer is ingetreden, aan te merken als zelden voorkomend, of als liggend buiten de lijn van de normale verwachtingen;

dat dit - daargelaten het geval van eigen schuld van het slachtoffer - slechts anders is wanneer het overlijden is ingetreden door tussen het aanrijdingsgebeuren en het overlijden van het slachtoffer voorgevallen en buiten het slachtoffer gelegen omstandigheden van zodanige aard dat het overlijden redelijkerwijze niet meer als een gevolg van de aanrijding aan de dader kan worden toegerekend, doch van dergelijke omstandigheden in dit geval niet is gebleken;'

De lijn die de cassatierechter volgt is duidelijk, de engelse jurist zou zeggen 'the tortfeasor must take the victim as he finds him'. In het hierboven (nr 2) al genoemde *Versluis*-arrest van 1979, bindt de raad de eindjes van de jurisprudentie aan elkaar, door te stellen dat indien '*verkeers- en veiligheidsnormen*' geschonden zijn, 'rekening gehouden moet worden met de mogelijkheid van ernstige gevolgen, *hoe deze zich ook in het concrete geval mogen voordoen*'. Degeen die zou menen dat hier, al is het maar voor deze twee categorieën gevallen, een vorm van risico-aansprakelijkheid gecreëerd wordt, als wet van Meden en Perzen, komt bedrogen uit bij lezing van het *bloedprik*-arrest, HR 6 nov. 1981 *NJ* 1982, 567, nt CJHB. Bij een simpele bloedprik in het ziekenhuis valt de patiënte na opgestaan te zijn plotseling flauw, en beschadigt daarbij haar gebit. Het hof achtte de kans van flauwvallen van een 'zeer geringe mate van waarschijnlijkheid'. De hoge raad acht het oordeel van het hof, dat als verweven met de waardering van de omstandigheden slechts in beperkte mate in cassatie getoetst kan worden, juist: 'Niet iedere mogelijkheid van flauwvallen van patiënten, hoe gering ook, verplicht een ziekenhuis tot het nemen van maatregelen, nodig om ook daàr in te voorzien, *ongeacht de kosten of andere bezwaren verbonden aan zulke maatregelen*' (mijn curs.). Uit dat laatste wordt duidelijk, dat er ook op dit terrein grenzen getrokken moeten worden, waarbij soci-

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

aal-ekonomische factoren, en maatschappelijke opvattingen in het algemeen, meewegen (vgl. ook de noot van Brunner). Indien men daar anders over denkt, zoals Van Schellen lijkt te doen, miskent men dat ziekenhuizen hun extra kosten weer op de gemeenschap zullen afwentelen. Het zelfde geldt voor de aansprakelijkheid van artsen en specialisten; als gevolg van de 'medical malpractice' aansprakelijkheid zijn in de V.S. de verzekeringspremies ter dekking van dat risico zo hoog, dat jonge medici geen praktijk meer kunnen beginnen (in veel staten greep de wetgever intussen in: de premie kan oplopen tot \$ 35.000 per jaar, anno 1993).

In de jaren tachtig heeft de hoge raad zijn rechtspraak bevestigd, dat in beginsel bijzondere schade-oorzaken aan de zijde van het slachtoffer voor rekening van de dader komen. Een sprekend geval is het *renteneurose*-arrest, HR 8 febr. 1985, *NJ* 1986, 137, nt CJHB; AA 1985, p. 417, nt Nieuwenhuis.

Het is een kleurrijke casus die in de Antillen speelt. Henderson doet mee aan een carnavalsoptocht, als speler in een steelband op een praalwagen. Er ontstaan wat ongeregelheden, waarbij hij van een agent, Gibbs, met de wapenstok een tik op het hoofd krijgt. De genezing verloopt allesbehalve voorspoedig, hetgeen veroorzaakt wordt door een zogenaamde 'renteneurose', een ziekteverschijnsel dat omschreven wordt als een traumatische behoefte aan geld ter vergoeding van leed (zie de noot van Nieuwenhuis voor de medische achtergronden van deze neurose). Ik laat hier de overwegingen van de hoge raad volgen, die grote overeenkomst vertonen met het kort tevoren gewezen arrest *Joe - Chicago Bridge*, HR 8 febr. 1985, *NJ* 1986, 136, nt CJHB.

'(3.2) Het hof heeft, evenals de Eerste Rechter, de vordering afgewezen op grond van zijn oordeel, 'dat de genezing van Henderson is en wordt belemmerd door omstandigheden van zodanige aard, dat het uitblijven van de genezing niet meer als gevolg van het handelen van Gibbs aan laatstgenoemde toegerekend kan worden'. Het hof heeft dit oordeel gebaseerd op de overweging 'dat uit verschillende rapporten van de artsen die Henderson hebben onderzocht (en welke rapporten naar de kern tot dezelfde conclusie komen, nl. dat er, vlak na het ongeval en bij latere gelegenheden, geen neurologische afwijking geconstateerd zijn, en dat er sprake is van renteneurose, aggraviatie en querulerende gedragingen) geen andere conclusie kan worden getrokken'.

De HR begrijpt deze laatste overweging aldus dat naar 's hofs oordeel het door Henderson gestelde complex van klachten voorkomt uit een door diens persoonlijke predispositie bepaalde reactie op de onrechtmatige daad van Gibbs, waardoor de gevolgen van de daad voor de geestelijke en lichamelijke gezondheid van Henderson mede in verband met zijn neurotische behoefte een vergoeding te verkrijgen, ernstiger zijn en langer duren dan in de normale lijn der verwachtingen ligt.

(3.3) Bij een onrechtmatige daad die bestaat uit het toebrengen van letsel zullen de gevolgen van een door de persoonlijke predispositie van het slachtoffer bepaalde reactie op die daad in het algemeen als een gevolg van de onrechtmatige daad aan de dader moeten worden toegerekend, ook al houdt de reactie mede verband met de neurotische behoefte van het slachtoffer een vergoeding te verkrijgen en ook al zijn die gevolgen daardoor ernstiger en langer van de duur dan in de normale lijn van de verwachtingen ligt. Dit zou slechts anders zijn onder bijzondere omstandigheden, bijv. indien het slachtoffer zou hebben nagelaten van zijn kant alles in het werk te stellen wat redelijkerwijs -mede in aanmerking genomen zijn persoonlijkheidsstructuur- van hem kan worden verlangd om tot het herstelproces bij te dragen. Dat zodanige bijzondere omstandigheden zich deze zouden hebben voorgedaan, heeft het hof evenwel niet vastgesteld.

Dit alles laat overigens onverlet dat de persoonlijke predisposities van het slachtoffer en de daaruit in het algemeen voortvloeiende risico's voor het bestaan van klachten als de onderhavige wel een factor kunnen vormen waarmee rekening te houden valt bij de begroting van de schade'.

11. CAUSALITEIT

De lijn van het *Versluis*-arrest uit 1979 werd begin jaren '90 doorgetrokken met de arresten *Jumbo III* (1993 en *Ziekenhuis De Heel* (1995), waarin de hoge raad de schending van verkeers- en veiligheidsnormen uitbreidt tot *ongeschreven* normen op dat gebied. Deze arresten komen elders ter sprake.²⁴

Samenvattend, kunnen wij constateren dat de jurisprudentie inzake letselschade gekenmerkt wordt door de bereidheid om de schade aan de dader toe te rekenen, ook indien de precieze toedracht niet is komen vast te staan, terwijl anderzijds ook abnormale schadelijke gevolgen, die met de persoon van de gelederde kunnen samenhangen, als door de handeling veroorzaakt, toegerekend worden tenzij sociaal-ekonomische redenen zich daartegen verzetten.

Zaaksschade

Dan nu de jurisprudentie inzake *zaaksschade*. Het is opmerkelijk hoeveel standaardarresten van de hoge raad op dat terrein liggen. Alvorens op de meer recente rechtspraak in te gaan, eerst enkele oudere uitspraken. De Rb. Rotterdam geeft in de *Neerlandia*-zaak een interessante uitspraak over een casus die sterk lijkt op de bekende Engelse *Wagon Mound*-case (9 april 1926, *NJ* 1092). De tanks van de 'Neerlandia' worden schoongemaakt, en met het 'zweetwater' wordt een hoeveelheid benzol over boord gezet, die in de richting van de 'Prins Hendrik' drijft, die op enkele honderden meters afstand, in een 'dode hoek' van de rivier ligt, waar zich ook vuil en stro op het water verzameld heeft. Een opvarende van dat laatste schip gooit een brandende lucifer over boord, waardoor brand ontstaat en de Prins Hendrik schade oploopt. De Rb. beschouwt het over boord zetten van benzol als een onrechtmatige daad; dit is in het algemeen zo te beschouwen, gezien de druk met schepen bezette rivier, 'waar geregeld gloeiende sintels, kolen, hete as enz. uit machinekamers, kachels, schoorstenen, uitlaatpijpen enz. verwijderd worden', en zo vervolgt de Rb., zeker onder gegeven omstandigheden. Aldus geeft de Rb. te kennen geen interesse in de precieze toedracht te hebben, en in de vraag of deze abnormaal is en een causaal verband in de weg staat. De handeling is op zich reeds 'onvoorzichtig'.

De Rb. Amsterdam wijst in 1935 een vonnis, met in de kamer De Beneditty en Bregstein, dat de aandacht getrokken heeft in de literatuur. Het betreft hier schade als gevolg van oppersen van grond, veroorzaakt door werkzaamheden van een aannemer op een naburig perceel (25 nov. 1932, *NJ* 1935, 955, *Van Klooster - Amst. Ballast Mij.*). De overwegingen van de Rb. zijn weinig gedateerd, als fraaie combinatie van schuld- en risico-gedachte, en zijn voor ons onderwerp van groot belang:

'O. nu ten aanzien van die voorzienbaarheid, dat het van algemeene bekendheid is, dat het opbrengen van zand tot een eenigszins aanmerkelijke hoogte in den slappen Nederlandschen veenbodem steeds het gevaar met zich brengen kan, dat elders oppersingen worden veroorzaakt;

24. HR 1 okt. 1993, *NJ* 1995, 182, nt CJHB, *Jumbo III* (schending van interne instructies van Kraamcentrum); HR 13 jan. 1995, *NJ* 1997, 175, nt CJHB (ongeschreven zorgvuldigheidsnormen m.b.t. medische behandeling). Zie onder, Hfdst. 12, § 11, nr 1.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

dat dan ook de zorgvuldigheid, die in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders goed, medebrengt, dat iedere zelfstandige uitvoerder van zulk een werk tegen dergelijke oppersingen, afdoende voorzorgsmaatregelen moet treffen, tenzij hij met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid kan veronderstellen, dat zulk een oppersing bij het door hem uit te voeren werk niet zal optreden;

dat gedaagde als eenigen verontschuldigungsgrond aanvoert, dat een oppersing als door eischer gesteld in de omgeving van de plaats, waar het werk werd uitgevoerd, nog nimmer was voorgekomen;

dat dit haar echter niet kan baten, omdat zij, indien zij zonder meer afdoende beveiligingsmaatregelen niet had willen treffen, althans had behooren te onderzoeken, of de gesteldheid van het terrein, waar zij het zand ging opbergen, misschien niet van anderen aard was;

dat gedaagde kan worden toegegeven, dat het aanbrengen van vorenbedoelde beschermingswerken of het instellen van voormeld onderzoek aanzienlijke, misschien geheel overbodige kosten met zich mee kan brengen, doch niets gedaagde dan ook noopte deze kosten met het oog op een eventualiteit te maken;

dat zij evenwel, door deze kosten achterwege te laten, zich met het risico belaste vergoeding te moeten betalen voor de alsdan - door het door haar te verrichten werk - in het leven te roepen schade;

dat het derhalve voor haar een vraag van calculatie was of ze goedkooper laatstbedoeld risico kon lopen dan vorenomschreven maatregelen treffen;

dat het echter in strijd is met de wet gedaagde, op grond van het eventueel overbodig zijn van de te maken kosten, te ontlasten van zijn verplichting het goed van derden bij zijn handelingen te ontzien en eischer, die aan het uit te voeren werk geheel vreemd is en daardoor ook niet in het minst wordt bevoordeeld, te belasten met de schade, die als gevolg van het uitsparen van die kosten mocht intreden, omdat, in voege als overwogen, de schade moet komen voor rekening van dengene, die zo heeft veroorzaakt.²⁵

In de overwegingen die volgen, wordt ingegaan op het verweer dat het gebouw van eiser bouwvallig was, hetgeen de schade veroorzaakt heeft. De Rb. stelt hier tegenover, dat onder die omstandigheden de aannemer niet kon volstaan met het treffen van normale voorzorgsmaatregelen, doch uitgebreidere had moeten nemen. Een vergelijkbaar standpunt is in onze tijd, zoals wij boven zagen, door de hoge raad ingenomen in *Boerenleenbank - Van de Reek* (NJ 1973, 464; heien van damwand brengt schade toe aan naburig pand dat ondeugdelijke fundering heeft). Wat de voorzienbaarheid betreft, neemt de raad aan dat degene die gaat bouwen niet zonder onderzoek mag vertrouwen dat het belendend pand geen schade zal oplopen ten gevolge van het heien; met andere woorden, een onderzoeksplicht die van invloed is op de onvoorzienbaarheid van de schadetoebrengende handeling. Verder was de hoge raad van oordeel dat het redelijk was dat de buurman weigerde bij te dragen in de kosten van een gemeenschappelijke bouwmuur ter voorkoming van de schade. Ook op dit punt is het vonnis van Rb. Amsterdam geheel bij de tijd. In dat vonnis worden tenslotte de kosten van onderzoek naar de schade, inclusief rapporten van taxateurs, kosten van toezicht, e.d. voor rekening gebracht van degene die de schade veroorzaakt heeft, als het redelijkerwijs te verwachten gevolg van de handeling.

25. Vgl. voor deze materie ook Asser-Scholten II, *Zakenrecht*, 1945, p. 120 v. waar risico-aansprakelijkheid bepleit wordt. Zie ook nog: HR 27 jan. 1939 NJ, 874, nt PS, *Gem. Rotterdam - Staatsspoorwegen*, en verder ook J.H. Beekhuis, diss. 1934, p. 66 v.

11. CAUSALITEIT

Het arrest *Staat - Schoenmakers* (HR 30 okt. 1953, *NJ* 1954, 261, nt JD) betreft weer de causaliteitsvraag in een geval waarbij de toedracht niet is komen vast te staan. De Staat had, zonder toestemming van de eigenares een huis te Uden in gebruik genomen voor de Hulpverleningsdienst in 1946. Er ontstaat brand bij de ontruiming van het huis, waarbij ook aanwezige munitie ontploft. De Staat stelt dat de brand door derden veroorzaakt is, waarvoor hij niet aansprakelijk is. In cassatie wordt het standpunt van het hof getoetst, dat er oorzakelijk verband bestaat tussen het onrechtmatig gebruik van het pand en de geleden brandschade. De hoge raad overweegt:

‘dat het hof op grond van vermoedens heeft aangenomen, dat de schade met het voormelde gebruik van het pand samenhangt, waarmede het hof kennelijk heeft bedoeld, dat de schade niet zou zijn ingetreden, indien het pand niet op deze bijzondere wijze was gebruikt;

Dat het hof voorts heeft vastgesteld, dat door het gebruik, dat de Staat van het pand heeft gemaakt, *verhoogde kansen op schade*, met name ook op brandschade, in het leven werden geroepen, en dat de Staat dit heeft kunnen voorzien’ (mijn curs.).

Het causaliteitsoordeel van het hof wordt vervolgens door de raad als feitelijk oordeel aangemerkt, dat niet in cassatie ten toets kan komen.²⁶

Enige jaren tevoren, heeft de hoge raad in het *RTM*-arrest de TNR-leer avant la lettre toegepast (HR 31 maart 1950, *NJ* 592, nt PhANH). De RTM houdt met het oog op veelvuldige aanrijdingen waardoor haar trams uitgeschakeld worden en inkomsten gederfd worden, een reserve-lokomotief onder stoom, gereed om in te vallen. In het onderhavige geval wil de RTM de kosten daarvan voor een evenredig deel ten laste van de schadetoebrengende partij brengen. De raad overweegt:

‘dat de R.T.M. in haar verhouding tot Eijsbouts gehouden was gebruik te maken van de aanwezige reservelokomotief ter vervanging van de beschadigde als zijnde een onder de gegeven omstandigheden gepaste maatregel tot afwendig van schade, die als gevolg van de onrechtmatige daad voor haar bedrijf dreigde en welke, indien zij intrad, Eijsbouts zou hebben te vergoeden;

dat de kosten van het beschikbaar houden van de reservelokomotief, waardoor deze vervanging mogelijk werd gemaakt, alleen dan ten laste van de R.T.M. zouden moeten blijven en *in redelijkheid niet voor een deel ten laste van Eijsbouts zouden mogen worden gebracht*, indien het beschikbaar houden van deze machine zou zijn geschied buiten verband met de dreiging van schade, zoals die door de aanrijding, waarvoor Eijsbouts aansprakelijk is, werd in het leven geroepen, en derhalve deze maatregel evenzeer zou zijn getroffen - en dus de kosten daarvan evenzeer op het bedrijf van de R.T.M. zouden hebben gedrukt - indien in dit bedrijf met het plaatsgrijpen van zodanige aanrijding en haar gevolgen geen rekening ware gehouden; dat dit echter niet het geval is’ (mijn curs.).

In de overwegingen die volgen worden de al gereleveerde omstandigheden uiteengezet; aantekening verdient nog, dat behartiging van eigen belang door de RTM niet aan haar claim in de weg hoeft te staan.²⁷

26. Vgl. ook R.J. Polak, *WPNR* 4667 (1961), p. 107 v., die spreekt van ‘objektieve kans-verhogende werking’ van de oorzaak. Met andere woorden: toerekening.

27. Zie ook het *RTM II*-arrest, HR 4 dec. 1957, *NJ* 1958, 12; AA p. 210, nt JHB, *RTM - Rederij op de Lek*.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

Ook het al besproken *waterwingebied*-arrest van 1970 betreft zaaksschade. Men zie verder de al aangehaalde kernoverweging van de hoge raad.

In de *Amercentrale*-zaak (HR 13 juni 1975, *NJ* 509) werd een aktie ex art. 1405 oud BW ingesteld, derhalve op grond van risico-aansprakelijkheid. De cassatierechter geeft hier een beschouwing over de strekking van het artikel, nl. gericht op het tegemoet komen van derden die schade lijden als gevolg van een gebrek aan een gebouw, doch in moeilijkheden verkeren om de schuld van de eigenaar vast te stellen. Niettemin is de raad van oordeel dat het 'uitzonderlijke karakter' van aansprakelijkheid zonder schuld aanleiding geeft 'een nauwer verband tussen de schade en de gebeurtenis die daartoe aanleiding gaf ... te verlangen dan bij toepassing van art. 1401 kan worden geëist'. Dit brengt de raad tot het standpunt, dat 'de uit art. 1405 voortvloeiende aansprakelijkheid moet worden beperkt tot *die vormen van schade welke als typische gevolgen van de instorting van het desbetreffende gebouw kunnen worden beschouwd en mitsdien behoren tot het normale voor een eigenaar aan een dergelijke gebeurtenis verbonden risico*; dat olieverontreiniging van water en land behoort tot de typische gevolgen welke van de instorting van een olietank zijn te verwachten...' (mijn curs.)

Het is duidelijk dat de hoge raad tot een begrenzing van de aansprakelijkheid van eigenaren van gebouwen wil komen; minder duidelijk is echter waar de grens ligt.²⁸

Ten slotte valt nog te wijzen op de arresten *Rijksweg 12* uit 1975 en *Van Hees - Esbeek* uit 1977, die boven al ter sprake kwamen. Ook hierbij is zaaksschade in het geding. In het eerstgenoemde arrest spreekt de raad van 'karakteristieke' gevolgen; in het tweede wordt gewaagd van 'onmiddellijk verband'. Men zie verder het eerder betoogde. Van belang is nog, dat het in beide gevallen om bedrijfsschade gaat.

Als uitsmijter een arrest van de hoge raad dat hierboven bij de behandeling van aansprakelijkheid in de precontractuele fase (p. 23) aan de orde kwam, en dat als causaliteitsarrest obscuur gebleven is: *Van Oosterom - Majoor*, HR 16 jan. 1981, *NJ* 426, nt CJHB. Majoor had in de onderhandelingsfase zijn tegenpartij Van Oosterom op een naar de mening van de laatste onrechtmatige wijze uitgespeeld tegen een derde die een offerte voorbereidde, en waarmee Majoor uiteindelijk het contract sloot. De hoge raad overweegt hierbij:

'Alleen wanneer bedoelde onbetamelijke daarin zou steken, dat Majoor zich van het op deze wijze tegen elkaar uitspelen van beide gegadigden juist had moeten onthouden *met het oog op de voorkoming van de schade waarvan Van Oosterom vergoeding vordert (te weten de schade door het niet tot stand komen tussen hem en Majoor van een contract)*, zou er reden zijn *causaal verband tussen de gestelde schade en de onrechtmatige gedraging aan te nemen zonder dat daartoe verdere feiten waren gesteld of gebleken*. Begrijpelijkerwijs heeft het hof kennelijk de mogelijke onbetamelijke daarin de manier van het tegen elkaar uitspelen van de beide gegadigden door Majoor niet aldus gezien' (mijn curs.)

28. Als men zich afvraagt of de hoge raad wat ziet in de Normzweck-theorie, zoals Van Schellen doet, 1985, 42 v., dan is de *Amercentrale* uitspraak iets dat tot nadenken stemt. Van Schellen wijst echter op enkele andere arresten, *Versluis* en *steengassteller*.

11. CAUSALITEIT

De redenering die de raad hier volgt, die overigens in casu niet tot een nieuwe rechtsregel leidt, maakt deze uitspraak van hetzelfde niveau en strekking als die inzake het *dorpshuis Kamerik* een jaar later. Ook bij zaaksschade (hier bedrijfschade) is het in beginsel denkbaar dat de onrechtmatigheid van de handeling in kwestie op zich het vaststellen van causaal verband overbodig maakt. Een niet minder opmerkelijke uitspraak dan die van het *natronloog*, die toch meer voor de hand lag gezien het gevaar voor letsel dat met die stof en de omgang daarmee verbonden is.

Samenvattend kan men stellen, dat op het terrein van de zaaksschade het beeld niet al te zeer afwijkt van dat van de letselschade, wat de bereidheid betreft van de hoge raad om tot toerekening van de (bedrijfs)schade aan de pleger van de onrechtmatige daad over te gaan.²⁹

Indien wij het totaal van de besproken jurisprudentie van de hoge raad overzien, inzake letselschade en zaaksschade, is een van de verrassende conclusies die men kan trekken dat, anders dan veelal aangenomen wordt, de verschillen tussen beide schadevormen niet groot zijn. Het is bijvoorbeeld zeker niet zo dat de hoge raad alleen in letselsaken bereid is het toerekeningsmodel tot het uiterste te beproeven, en geen eisen te stellen ten aanzien van de vaststelling van de concrete veroorzaking van de schade. Men kan van één visie spreken, die de causaliteitsvaststelling door de cassatierechter beheerst.³⁰

Veel is nog in beweging in causaliteitsland, maar zoveel lijkt zeker, dat de nieuwe maatstaf van toerekening naar redelijkheid, de rechter armslag gegeven heeft om nieuwe wegen in te slaan of te vervolgen, en te trachten door het indelen in categorieën van aansprakelijkheid bijvoorbeeld, enige contouren aan te brengen.³¹ Dat geldt ook voor overwegingen van sociaal-ekonomische aard, die steeds meer beginnen door te klinken.³²

29. Vgl. in deze zin ook Dias-Markesinis, p. 55.

30. In andere zin: Asser-Hartknap I; *T&C BW*, Art. 6:98 (Oosterveen).

31. Zie ook de recente jurisprudentie inzake gevaarzetting, zoals boven besproken, Hfdst. 10, § 2, nr 9, en medische aansprakelijkheid, onder Hfdst. 12, § 11, nr 1.

32. Eenzelfde tendens ziet men overigens in de rechtspraak inzake hinder, vgl. *Houthandel Van Dam - Beukeboom c.s.*, HR 9 jan. 1981 *NJ* 227, nt CJHB. De HR laat hier de onrechtmatigheid van de geluidshinder o.m. afhangen van de 'offers die ermee gemoeid zijn om overschrijdingen te voorkomen' (van bep. geluidsnormen). Het arrest ligt dus op één lijn met *kelderluik en bloedprik*.

In ons land is weinig aandacht geschonken aan de ekonomische aspecten van (delictuele) aansprakelijkheid, i.t.t. de VS bijv., waar al enkele decennia een levendige discussie gaande is. Het aanknopingspunt is hierbij met name het criterium van het nemen van voorzorgsmaatregelen om schade te voorkomen, dat zowel bij de schuld- als bij de risico-aansprakelijkheid gehanteerd wordt (resp. 'fault' en 'no-fault or strict liability'). Hieraan wordt de gedachte gekoppeld, dat die partij aansprakelijk gesteld dient te worden die naar ekonomische maatstaven de meest gereede partij is om de kosten van de voorzorgsmaatregelen te dragen, en het beste in staat is een kosten-baten analyse daaromtrent te maken. Het (vrije) marktmechanisme wijst uit wie de 'cheapest cost avoider' is, wie het beste de 'internalising of the accident costs' voor haar rekening kan nemen, d.w.z. weer kan afwentelen d.m.v. 'loss distribution'. Dit is de gedachtenwereld van Calabresi, en verder van de zgn. 'Chicago School', in de woorden van Fleming, 'whose conservative, free market ideology finds its most simplistic exponent in Posner' (t.a.p., p. 9). Men zie voor deze materie, behalve Fleming:

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

Aldus komt de rechter, met name de hoge raad, aan het voeren van een beleid toe. Dat dit schoksgewijs gebeurt, en dat de gevolgde weg niet voor iedere toeschouwer direkt duidelijk is (en wellicht ook niet altijd voor de raad zelf), is iets dat wij voor lief hebben te nemen. Het is inherent aan elke vorm van rechtsontwikkeling, zeker ten aanzien van zo'n uitermate ingewikkelde materie als die van causaliteit. Het lijkt een heilzame ontwikkeling te zijn.³³

4. *Recente ontwikkelingen inzake causaliteit. Revival of CSQN-vereiste in de doktrine; de invoering van TNR in art. 6:98 revisited*

De bovenstaande beschouwingen over causaliteit dateren van 1986, toen dit hoofdstuk in een Supplement op het toenmalige boek *Verbintenissenrecht (in ontwikkeling)* verscheen, op een enkele aanvulling van recente rechtspraak na. De TNR-leer was in die jaren in de literatuur vrijwel algemeen overgenomen van de jurisprudentie van de hoge raad sinds 1970 (geïnspireerd door Köster, die door Bloembergen gevolgd werd), hoewel nog enkele schrijvers tegensputterden in de marge, zoals Rutten en Hartkamp in hun bewerkingen van de Asser-serie, en verder Slagter en Stein. De aanvankelijke scheiding tussen vestigingsfase en omvangsfase werd nog enige tijd door sommige auteurs voorgestaan (Van Schellen, Bloembergen), doch zij gingen om, vooral ook omdat de hoge raad dat onderscheid niet bleek te hanteren.³⁴ De TNR-leer werd in 1976 in het Gewijzigd Ontwerp van het Nieuw BW overgenomen ter vervanging van de AQT die in het ontwerp van 1961 stond, in wat nu art. 6:98 is, en de rust in dit polderland leek weergekeerd te zijn, met TNR als rustig bezit.

Wat de jurisprudentie betreft, is dat beeld juist; in de doktrine echter blijkt een nieuwe generatie opgestaan te zijn, die de ontstaansgeschiedenis van art. 98 slechts van horen zeggen kent, en tegenwoordig wordt in veel steden studenten de CSQN-leer met de paplepel toegediend (in Leiden, bijvoorbeeld). Ook wordt in tijdschriftartikelen, compendia, studieboeken, en zelfs proefschriften haast terloops gemeld dat natuurlijk de CSQN een eerste vereiste voor causaal verband is, alvorens men aan TNR kan toekomen.³⁵ Soms wordt nog wel gezegd dat het hier om de primaire, vestigingsfase gaat, maar dat dit bij de omvangsfase, de secundaire fase ter vaststelling van de schade-omvang, anders is. Voor deze zienswijze kan men echter geen beroep doen op de hoge raad - de enkele arresten die daartoe soms aangehaald worden, deugen niet voor dat doel (zie onder) - en evenmin op de wet. Het gaat haast erop lijken dat er de laatste tijd een heersende leer aan het ontstaan is; dan zou de uitdrukking opgaan: 'the half truths of one generation, become the whole truths of the next generation'.

Dias-Markesinis, p. 9 v.; *Perspectives on tort law*, R.L. Rabin, Ed., 1976, E. Mackaay, *NJB* 1980, p. 813 v.

33. Voor de moderne causaliteitstheorieën, gebaseerd op kansberekening, 'probabilistische causaliteit', statistisch bewijs, e.d.: A.J. Van. diss. Rotterdam 1995; M. Faure, (*G)een schijn van kans*, oratie Maastricht 1993. Zie ook onder, Hfdst. 12, §1, nr 7.

34. Van Schellen, t.a.p. 1985, § 19; Bloembergen, *RmThemis* 1973, p.481.

35. Zie bijv.: *BW T & C*, ad Art. 98 (Boonekamp), Spier, Hartlief, Klaassen, Akkermans, Sieburgh en Giesen; dit komt hieronder nog ter sprake.

11. CAUSALITEIT

Van een heersende leer is echter slechts bij oppervlakkige beschouwing sprake - hetgeen voor sommigen voldoende is, wensen en vaders van gedachten, en zo - een theorie is pas 'heersend' wanneer dat niet alleen in schrijversland zo is na neuzen tellen. Ook wet en jurisprudentie van de hoge raad moeten daaraan bijdragen verlenen, hetgeen zoals nog aangetoond gaat worden, hier allerminst het geval is. De naweeën van CSQN - in 1927 al gepasseerd door de AQT - zijn een afleider, een zienswijze die geen deugdelijke grondslag in ons recht heeft (en evenmin in rechtsstelsels van omringende landen). Dat vraagt uiteraard om een onderbouwing, die hier zal volgen.³⁶ Alvorens dat te doen, enkele algemene opmerkingen over dit fenomeen.

Causaliteit is een beladen onderwerp, dat wil zeggen, gezien de centrale plaats die het begrip in het aansprakelijkheidsrecht inneemt, staan hier grote belangen op het spel van bepaalde maatschappelijke groepen (producenten, dienstverleners, een groot deel van het bedrijfsleven) en de instellingen die dergelijke aansprakelijkheden uiteindelijk dragen, met name verzekeraars. Het zal dus niet verbazen dat schrijvers die grote verwantschap met die groeperingen vertonen, en dat zijn niet alleen bedrijfsjuristen en advocaten die vaak voor bedrijven optreden, een beperkt causaliteitsbegrip voorstaan; een drempel opwerpen door middel van een primair CSQN-vereiste ligt dan voor de hand. Het is ook geen toeval, dat aansprakelijkheidsverzekeraars in hun polis stevast opgenomen hebben dat als causaal verband tussen onrechtmatige gedraging en schade slechts 'direkte en rechtstreekse veroorzaking' telt. Als gevolg daarvan verkeren velen in de veronderstelling (ook juristen) dat hiermee CSQN-verband bedoeld is, als enige vorm van causaal verband die het recht kent. Het is slechts een verschijnsel van de contractsvrijheid die assuradeuren ten dienste staat, waaraan verzekerden zich plegen te onderwerpen, veelal niet gehinderd door kennis van zaken. Hieronder zal betoogd worden dat in de jurisprudentie van de hoge raad met die term TNR aangeduid wordt; dat bericht zal in de assurantiewereld niet echt met vreugde ontvangen worden.

De laatste tijd wordt overigens de angel uit de problematiek gehaald, doordat sommige auteurs, zoals wij zullen zien, erop wijzen dat CSQN-verband *in de regel voorondersteld kan worden*, met name wanneer sprake is van het scheppen van een gevaarsituatie en het gevaar zich realiseert. Toch blijven er dan genoeg problemen over - ook wanneer deze zienswijze tot de juridische werkvloer doorgedrongen is - al was het maar het procesrisiko, dat zich steeds zal aandienen wanneer het om een substantiële schade gaat. De figuur van schuld, 'toch ook geen probleem, want doorgaans voorondersteld', is het sprekende bewijs hiervan; de Amerikaanse schrijver Prosser had in de jaren '60

36. Hetgeen hier volgt is grotendeels ontleend aan eerdere publikaties van mijn hand: Causaliteitsproblemen in het milieu-aansprakelijkheidsrecht: alternatieve causaliteit en res ipsa loquitur (II), *TMA* 1999, p.145; Schending van veiligheidsnormen en causaliteit: conditio sine qua non als rudimentair vereiste, *TMA* 2001, p.1; *RmThemis* 2001, p.147 (recensie diss. Messer), en 'Door de fout is een risico geschapen, dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt'. Het schenden van veiligheidsnormen als grondslag voor causaal verband, in: Aansprakelijkheid: gronden en grenzen, Lustrum-bundel Grotius Academie, Red. S.C.J.J. Kortmann, 2001, p.63.

Zie voor dit onderwerp ook Asser-Hartkamp I (2000), nr 433 v.; *Schadevergoeding* (Boonekamp, 2000), art. 98, nr 2 v. Zie voor een bespreking van recentere drukken van beide werken, onder, nr 7.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

al hiervoor gewaarschuwd in zijn handboek over ‘Torts’ (onrechtmatige daad). De belangen op dit gebied zijn groot, niet in het minst omdat het voor een lagere rechter fout kan gaan (in de verkeerde stad gestudeerd of verkeerde cursus gevolgd), en dan kost het tijd en geld, schaarse zaken, evenals een goede advocaat (nog schaarsere zaak) om het hogerop te zoeken en zijn recht te halen.

Dergelijke bedrijfsongevallen komen regelmatig voor; in procedures voor lagere instanties blijkt soms van de hier bestreden visie inzake CSQN, hetgeen vaak verstrekkende consequenties voor de bewijslevering heeft. Een rechtbank eist bijvoorbeeld een uitsluitend natuurwetenschappelijk gefundeerde *conditio sine qua non*-relatie tussen de milieu-aantastende handeling van een bedrijf en de daardoor bij de eiser veroorzaakte schade. Het is weinig bemoedigend wanneer de rechter zich door die gedachte laat leiden - meestal met overname van de positie die door de gedaagde (sterke) partij ingenomen wordt - en de norm van ‘aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid’ hanteert; dan moet er een hoge raad aan te pas komen om dat weer te corrigeren, zoals het geval was in de asbest-zaak van *Cijsouw - De Schelde* van 1993.³⁷ Ook ziet men de lagere rechter soms spreken van ‘het rechtstreeks en dadelijk gevolg’ van de handeling, waarbij deskundigen mogen vaststellen of dat het geval is, bijvoorbeeld bij schade aan een woonhuis als gevolg van seismologisch onderzoek door middel van ondergrondse explosies op enkele tientallen meters afstand. Wanneer die experts dat verband niet met wetenschappelijke zekerheid kunnen aantonen, zoals vaak het geval zal zijn (zeker bij oude panden die schade opgelopen hebben), wordt het causaal verband door de rechter afgewezen, aangezien eiser niet in zijn bewijsvoering geslaagd is.³⁸

Zoals hieronder nog aangetoond zal worden, is dit een voorbeeld van een benadering die volkomen ten onrechte is, want wij hebben het hier immers over slechts een van de mogelijke vormen van causaal verband, namelijk die welke vóór 1927 in ons recht de toon aangaf: *conditio sine qua non*. Indien dat verband aangetoond kan worden, zoveel te beter, want dan zijn wij doorgaans gauw klaar met het causaliteitsvereiste; het is dezelfde situatie wanneer er sprake is van ‘schuld’ in de zin van verwijtbaarheid bij onrechtmatige daad. De *conditio sine qua non*-leer is aan het begin van de vorige eeuw in de meeste landen van West-Europa verlaten omdat ze te weinig onderscheidend vermogen had.³⁹ Toen in de jaren ‘20 de adequatieleer daarvoor in de plaats kwam, met de bekende, eerder aangehaalde formule van ‘het naar ervaringsregelen’ ‘redelijkerwijze te verwachten gevolg’, was het niet zonder betekenis dat de hoge raad die nieuwe leer in het *Haagsche Post*-arrest omschreef met de term: de schade die ‘het rechtstreeks en onmiddellijk gevolg is van de handeling’.⁴⁰ Het gaat derhalve

37. Zie onder, Hfdst. 12, § 10, nr 2.

38. Aldus Rb. Assen 28 okt. 1997 (tussenvonnis), *Vodegel - NAM* (niet gepubl.), inzake een oude boerderij (monumentenzorg) te Dwingelo. Problemen komen zelden alleen: de eigenaar was een alleenstaande dame die de verkeerde advocaat getroffen had, die toen de fondsen van de rechtsbijstandverzekeraar op waren (f. 30.000), na het tussenvonnis het bijltje erbij neergooide, de dame in wanhoop achterlatend.

39. Direkt causaal verband in empirische zin hoeft nog geen aansprakelijkheid teweeg te brengen, en anderzijds was er behoefte aan het aannemen van aansprakelijkheid ook wanneer het ‘harde’ causaal verband ontbrak. Zie boven, nr 2, in fine.

40. HR 3 febr. 1927, *NJ*, 636, nt EMM; Meijers spreekt in zijn noot van ‘het dadelijk en onmiddellijk gevolg’ van de handeling, en wijst op de aanvaarding van de leer van de adequate

11. CAUSALITEIT

nog steeds om het vaststellen van het *direkte verband* tussen handeling en veroorzaakte schade, maar dat verband heeft een eigen, juridische inhoud gekregen die weinig meer uitstaande heeft met een natuurwetenschappelijk aantoonbaar, direct verband. Dit thema zal ik, vanwege het grote belang voor ons onderwerp, verder uitwerken.

Indien men de arresten naloop waarin de hoogste rechter in de jaren '70 de TNR-leer aanvaardde, met inbegrip van de aan Köster ontleende begrippen de 'aard van de aansprakelijkheid' en de 'aard van de schade' - die men thans in art. 98 terugvindt - ziet men dat het *direkte verband* ruim omschreven wordt. Belangrijker is nog, dat dit verband gekoppeld wordt aan het type aansprakelijkheid dat aan de orde is, evenals het soort schade. In het baanbrekende *Waterwingebied* (1970) was het 'niet een zo uitzonderlijke vorm van schade ten gevolge van een dergelijk ongeluk, noch in een zo verwijderd verband' dat die schade 'naar redelijkheid niet - als veroorzaakt door het ongeluk - ten laste zou mogen worden gebracht van degenen, die krachtens de wet de aansprakelijkheid voor de gevolgen van het ongeluk draagt'. Het uitstromen van gasolie in een waterwingebied na een ongeluk met een tankauto-kombinatie was niet feitelijk voorzienbaar voor de chauffeur, het waterwingebied stond indertijd niet aangegeven voor het verkeer. In het tweede arrest, *Rijksweg 12* (1975), met een soortgelijke casus, werd geoordeeld dat de opruimingskosten en -maatregelen niet 'als gevolgen van een verkeersongeval zó weinig karakteristiek zijn of in een zó verwijderd verband daarmee staan, dat zij in redelijkheid niet, als door het ongeval veroorzaakt, aan de voor het ongeval aansprakelijke partij zouden kunnen worden toegerekend'. Het gaat dus, ook bij TNR, om het directe verband, het door de onrechtmatige handeling veroorzaakte gevolg.

Dat het hier nog steeds het 'onmiddellijke verband' betreft dat door het causaliteitsvereiste gesteld wordt, blijkt uit een derde, klassieke TNR-arrest, *Van Hees - Esbeek* (1977, inzake stukgetrokken gasleiding). Ten aanzien van de omstandigheden die van belang zijn bij de vaststelling van causaal verband, wordt door de onrechtmatig handelende aannemer de afhankelijkheid van gastoevoer van steenfabriek Esbeek aangevoerd; de hoge raad overweegt daaromtrent dat dit 'veeleer de onmiddellijkheid van het verband doet uitkomen', en dat deze afhankelijkheid niet 'van zo bijzondere aard was' dat Esbeek maatregelen had moeten treffen om schade als de onderhavige te voorkomen. De uit maatschappelijk oogpunt verstrekkende gevolgen van aansprakelijkheid achtte de raad evenmin een beletsel. Opvallend is verder nog dat tenslotte overwogen wordt dat de gedaagde aannemer geen omstandigheden aangevoerd heeft die 'mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de

veroorzaking door de HR. De term 'naar ervaringsregels te verwachten gevolg' (nl. dat een 'zodanige uitwerking op andere personen te verwachten was') is neergelegd in het *Intercueros*-arrest, HR 28 febr. 1928, NJ 1929, 905, nt PS, en in enkele andere arresten, die door Meijers en Scholten in hun noten genoemd worden. Daarin is ook sprake van de formulering ten aanzien van het schadelijke gevolg dat 'de kans daarop objectief was vergroot', waarin men de leer van Scholten kan herkennen (*RM* 1902, p. 265).

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

schade, tot de slotsom zouden kunnen leiden dat het voormelde verband tussen deze schade en de gemaakte fout ontbreekt'.⁴¹

De relatie tot de oude adequatietheorie werd door het college in een eerdere overweging al treffend weergegeven:

'dat in dit verband moet worden vooropgesteld dat hiervoor weliswaar van belang kan zijn of de schade het redelijkerwijs te verwachten gevolg was van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, maar dat het onderdeel terecht ervan uitgaat, dat mede moet worden gelet op de andere omstandigheden van het geval'.

In latere rechtspraak is het belang van de onrechtmatigheid van de handeling, welke normen daardoor geschonden zijn, voor de vaststelling van het causaal verband uitgewerkt. In het *steengaasstellers*-arrest (1983) wordt overwogen:

'het hangt mede van de aard van de gedraging en van de daardoor geschonden normen af, welke betekenis moet worden gehecht, en welke eisen moeten worden gesteld aan de voorzienbaarheid van de resulterende schade voor de vraag, of en in hoeverre deze, als door die gedraging veroorzaakt, ten laste van de pleger van de onrechtmatige daad mag worden gebracht'.⁴²

Kort tevoren was dit thema pregnant uitgewerkt door de cassatierechter in het dorps huis *Kamerik*-arrest (1982):

'de in de voorgaande overweging weergegeven norm voor de in gevallen als deze in acht te nemen zorgvuldigheid brengt naar haar aard mee, dat het er, voor aansprakelijkheid jegens degenen die door het in aanraking komen met de gevaarlijke vloeistof ietsel oploopt, in beginsel niet toe doet, of de wijze waarop het ietsel door aanraking met de stof in het gegeven geval precies is veroorzaakt, voorzienbaar was voor de partij die de betreffende zorgvuldigheidsnorm niet in acht heeft genomen'.

De norm in kwestie was door de raad zeer streng opgesteld: men mag een onbekende stof niet in het verkeer brengen, tenzij men weet of gegronde redenen heeft om aan te nemen dat het een ongevaarlijke stof is, ofwel de zaak onder controle houdt en derden waarschuwt voor de aanwezigheid van een mogelijk gevaarlijke stof.⁴³

Deze rechtspraak over dit onderwerp is niet uitsluitend van vrij recente datum. In de MvA op het nieuwe art. 98 dat in 1976 verscheen (met het Gewijzigd Ontwerp NBW) wordt door de minister reeds gewezen op het bestaan van deze jurisprudentie. Ik moet bekennen dat deze passage eerst onlangs mijn aandacht getrokken heeft, en naar mijn indruk volkomen onbekend is in de literatuur, evenals sommige arresten waarnaar verwezen wordt. Ik laat die passage hier

41. Enige tijd later is de HR van koers veranderd, in *ENCI - Lindelauf*, HR 18 april 1986, *NJ*, nt G. Vergoeding van bedrijfsschade, als 'zuivere vermogensschade' werd in deze kabelschade-zaak afgewezen, in het kader van de zgn. 'concrete schadeberekening' (werkelijk nadeel). Zie Deel 1, Hfdst. 6, § 2, nr 4.

42. HR 25 mrt 1983, *NJ* 1984, 629, nt CJHB, mijn curs.

43. HR 8 jan. 1982, *NJ* 614, nt CJHB. Brunner bepleitte in zijn noot de algemene toepassing van de door de HR aanvaarde regel, zie ook boven, nr 3.

11. CAUSALITEIT

volgen; aan de orde is de overgang van het oude ‘voorzienbaarheidsvereiste’ naar de nieuwe ‘toerekening naar redelijkheid’:

‘Men heeft vaak naar redeneringen gezocht om ook in geval van een geringe waarschijnlijkheid tot een redelijk resultaat te komen, zonder de voorzienbaarheidseis los te laten. Zo zijn er verschillende arresten waarin wordt overwogen dat geen verder onderzoek naar waarschijnlijkheid nodig is, wanneer maar de beweerde onrechtmatige handeling het gevaar voor het gevolg in het algemeen heeft vergroot en *dit gevaar zich heeft verwezenlijkt*; men zie bijv. HR 30 okt. 1953, NJ 1954, 261; 12 febr. 1960, NJ 1960, 171; 18 dec. 1970, NJ 1971, 142. Maar het komt er in feite op neer dat hier een ander verband dan voorzienbaarheid wordt geëist’.⁴⁴

Men ziet hieraan, enerzijds hoezeer de TNR-regel bij causaliteit van art. 98 op het geldende, oude recht steunt, en anderzijds tot welke verschuivingen die regel leidt in het klassieke denkpatroon over aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Dat laatste thema: ‘het gevaar dat zich verwezenlijkt heeft’ is in de jurisprudentie van de hoge raad van de laatste jaren sterk tot ontwikkeling gekomen, waarover zo dadelijk meer. Ik wil eerst nog een volgende passage uit de MvA citeren, waarin het onderhavige probleem over de rol van CSQN naast AQT en TNR aan de orde gesteld wordt. Daaruit blijkt mijns inziens dat het stellen van CSQN als een soort constitutief vereiste van causaal verband (‘minimum-vereiste’) geen steun vindt in de parlementaire geschiedenis van art. 98. In de toelichting staat het volgende:

‘Het komt de ondergetekende juist voor, dat ten aanzien van de factoren die schade-toebrenging, schadesoort en schade-omvang bepalen, niet steeds dezelfde maatstaf kan worden aangelegd. Maar waar deze factoren in de praktijk niet met voldoende scherpte uit elkaar kunnen worden gehouden, leent deze materie zich niet voor het maken van onderscheidingen in de wet. Zo zal bijv. bij toebrenging van letsel, dit letsel als faktor zowel bepalend zijn voor de schade-toebrenging als voor de schadesoort als voor de schadeomvang. In de thans in artikel 4 (d.i. art. 6.1.9.4, de oude nummering van 6:98, v.D.) gekozen formule wordt dan ook de nodige vrijheid gelaten om ieder van deze factoren bij de toerekening de betekenis toe te kennen die daaraan behoort toe te komen’.⁴⁵

Hier ziet men ‘schade-toebrenging’ (vestigingsfase), ‘schadesoort’ (aard van de schade/ gebeurtenis) en ‘schade-omvang’ (omvangsfase) naast elkaar geplaatst,

44. MvA, TK 1975-1976, 7729, nrs 6-7, p. 91 v., mijn curs.; ondanks eerdere kritiek van mijn kant, is deze passage nog steeds niet verwerkt in de nieuwe druk van *T & C BW*. Dit geldt behalve voor de 4e dr., ook voor de 5e dr., 2003 (ongewijzigd). De arresten die aangehaald werden, zijn: *Staat - Schoenmakers*, *Edel - Oude Zwolsche* en *De Brouwer - Van de Besselaar* (de laatste met nt GJS, die spreekt van ‘wettelijk vermoeden van causaal verband’). Het eerste geval betrof ontplofte munitie die opgeslagen was in een huis (zie boven, nr 3), de twee andere zaken handelden over verkeersaansprakelijkheid. Op dat laatste terrein is een meer recente uitspraak inzake vermoeden van causaal verband: HR 16 nov. 1990, NJ 1991, 55, *Visser - Engelen* (zie boven, Hfdst. 10, § 2, nr 9, in fine).

45. MvA, TK 1975-1976, 7729, nrs 6-7, p.92. Het is tekenend dat even verder een voorstel van de vaste Commissie besproken (en verworpen) wordt, dat nota bene betrekking had op handhaving van het voorzienbaarheidsvereiste in de fase van vaststelling van de schade (omvangsfase). Voor de vestigingsfase was TNR kennelijk geen punt. Vgl. ook: *BW T & C*, Nieuwenhuis c.s. (Oosterveen), art. 6:98, sub 1: ‘Opmerking verdient dat het artikel toelaat causaal verband aan te nemen zonder dat van (negatief) sine qua non-verband sprake is’.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

terwijl geen onderscheid gemaakt wordt in typen causaliteitscriteria die uitsluitend van toepassing zouden zijn volgens het wettelijk systeem. Hieruit volgt dat het uit den boze is om hierin te lezen dat er een eerste fase is (vestiging schade) waarbij CSQN bepalend is, gevolgd door een tweede fase (omvang schade) waarbij TNR gehanteerd moet worden. Hieronder zal de toelichting van de wetgever nader geanalyseerd worden; daaruit blijkt nog sterker dat de hier gegeven interpretatie van art. 98 de juiste is.

Recente jurisprudentie inzake gevaarstelling en causaal verband. St Willibrord (2000)

Een fenomeen uit de recente jurisprudentie dat een benarde eiser soulaas kan bieden bij het probleem van het aantonen van causaal verband tussen de gewraakte handeling en de schade waarmee hij geconfronteerd werd, dat al eerder ter sprake kwam, is dat wanneer sprake is van schending van verkeers- en veiligheidsnormen een ruime toerekening van schade plaatsvindt in die zin, dat ook schade die buiten de normale lijn der verwachtingen ligt, aan de dader toegerekend wordt (boven, nr 3). Voorzienbaarheid van schade speelt geen rol meer: het is toerekening dat de klok slaat. Nu dachten wij tot voor kort dat de hoge raad met deze veiligheidsnormen het oog had op *geschreven* normen, wettelijke normen dus, het arrest *Mia Versluis* van 1979 werd algemeen zo opgevat. De afgelopen jaren deed de hoge raad enkele spectaculaire verdere stappen, door bij medische aansprakelijkheid interne instructienormen voldoende te achten (*Jumbo III*, 1993) en vervolgens zelfs geheel ongeschreven normen van zorgvuldigheid (*ziekenhuis De Heel*, 1995; *wrongful birth*, 1997). Schending van zulke normen leidt tot een ander causaliteitsregime, met een vereenvoudigde vorm van toerekening, aangezien 'het gevaar' waartegen die normen bescherming trachten te bieden, 'zich verwezenlijkt heeft'. Dit is overigens een term die ook voorkomt in de nieuwe artikelen in Boek 6 waarmee risico-aansprakelijkheid gevestigd werd voor eigenaren/gebruikers van zaken, dieren, gebouwen, wegen, e.d. (art. 6:173 v.).

Deze jurisprudentie had vooral betrekking op medische aansprakelijkheid en verder de werkgeversaansprakelijkheid; ook viel een geval van beroepsaansprakelijkheid te signaleren (niet waakzame notaris). De laatste tijd beweegt deze rechtspraak zich ook in de richting van gebouwen en bouwwerken, waarbij soms milieuschade veroorzaakt wordt. Het arrest van 20 oktober 2000 inzake een damdoorbraak met wateroverlast tot gevolg is een exponent daarvan, terwijl een brand in een loods die letselschade veroorzaakte bij een werknemer tot een soortgelijke uitspraak van de hoge raad van dezelfde datum geleid heeft.⁴⁶ In het verkeersrecht werd de nieuwe causaliteitsregel al geruime tijd toegepast, hetgeen echter voornamelijk in eigen kring bekend was. Een recent voorbeeld, waarbij de hoogste rechter ook naar oudere rechtspraak verwijst, is een arrest van 24 december 1999, *Lutz - Zorgverzekering Gouda*, inzake de tegendraadse fietser.⁴⁷

46. HR 20 okt. 2000, *NJ* 2001, 118; *TMA* 2001, p.16, *Gem. Eindhoven - Rentalease*, inzake damdoorbraak; HR 20 okt. 2000 *NJ* 700, *Foekens Reconditioning BV - Naim*, inzake brand in loods.

47. *NJ* 2000, 428, nt HJS; zie boven, Hfdst. 10, § 2, nr 10.

11. CAUSALITEIT

Ik ga voorbij aan de toepassing van de nieuwe causaliteitsregel op het terrein van sport en spel, dienstverlening (notaris) en bestuurdersaansprakelijkheid, waarvoor ik naar elders verwijs.⁴⁸ Dat ligt anders bij de medische aansprakelijkheid, op welk gebied weer een uitspraak te melden valt waarin de causaliteit-nieuwe stijl speelde, het arrest van 16 juni 2000, *Sint Willibrord Psychiatrisch Centrum*.⁴⁹ Aangezien zowel a-g Hartkamp als annotator Brunner het arrest in de context van het algemene aansprakelijkheidsrecht plaatsen, zou ik er wat langer bij willen stilstaan.⁵⁰

Het betrof een geval van brandstichting door een man onder psychiatrische behandeling die met verlof van een psychiatrische inrichting was, met toestemming van het dienstdoend verplegend personeel; de omstandigheden waaronder dit gebeurde hingen van toevalligheden aan elkaar, niettemin wordt causaal verband aangenomen en wordt het psychiatrisch centrum aansprakelijk gesteld voor de schade die toegebracht werd. Zie voor de casus uitvoerig onder, bij de medische aansprakelijkheid: Hfdst.12, § 11, nr 3.

Daarmee komen wij op de beoordeling in cassatie. A-g Hartkamp verwerpt in zijn conclusie de cassatieklacht, met een beroep op de causaliteitsregel bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen die 'reeds lang' door de hoge raad aanvaard is. Na die regel weergegeven te hebben stelt Hartkamp: 'Zelfs kan m.i. worden aangenomen dat dit thans over de hele linie van het aansprakelijkheidsrecht geldt', waarop hij het arrest van 26 jan. 1996, NJ 607, nt WMK, aanhaalt (*Dicky Trading II*, inzake aansprakelijkheid notaris). Men zal zich kunnen voorstellen dat ik deze uitspraak van de a-g met instemming aanhaal; in dezelfde zin spreekt overigens ook Brunner zich in zijn noot uit. Die instemming geldt echter minder het vervolg van Hartkamps conclusie. In de alinea die volgt schrijft hij:

'Uit deze rechtspraak volgt dat niet, zoals het onderdeel (van het cassatiemiddel, v.D.) aanvoert, pas aansprakelijkheid kan worden aangenomen wanneer is aangetoond en vastgesteld dat de schade als gevolg van de fout is ingetreden (althans dat er sprake is van een aanmerkelijke of gereede kans dat de schade als gevolg van de fout is ingetreden). Veeleer staat (in geval van normschending gevolgd door verwezenlijking van het risico) die aansprakelijkheid vast, tenzij de aangesproken persoon aantoonde dat er geen sprake is van causaal verband (zowel *conditio sine qua non*-verband als 'toerekeningsverband', zie HR 2 okt. 1998, NJ 831). Anders gezegd: *conditio sine qua non*-verband is weliswaar vereist, maar het wordt aangenomen totdat de aansprakelijk gestelde persoon het tegendeel bewijst'.

48. Zie boven: Hfdst. 10, § 2, nr 10. De nieuwe regel kwam ook aan de orde in de volgende arresten, maar vond om feitelijke redenen geen toepassing: HR 27 okt. 2000, NJ 2001, 119, inzake schending van veiligheidsvoorschriften bij brandschade; HR 1 dec. 2000, NJ 2003, 370; TMA 2001, p.18, inzake veiligheidsnorm bij ondergrondse olietank (Richtlijn 1986).

49. NJ 2000, 584, nt CJHB. Het arrest is zeer kritisch besproken door Giesen en Drion, vgl. nog onder.

50. Het *St Willibrord*-arrest wordt door de HR aangehaald als exponent van de nieuwe leer in het arrest van 27 okt. 2000 dat *zo*-even genoemd werd; opmerkelijk is dat de HR daartoe eveneens verwijst naar een oud arrest: HR 30 okt. 1953, NJ 1954, 261, *Staat - Schoenmakers*, dat ook voorkwam in de hierboven geciteerde passage uit de MvA op art. 6:98 BW (vgl. ook mijn TMA-artikel uit 1999, op p. 153). Dat arrest, inzake in woonhuis opgeslagen munitie die ontplofte, werd eerder besproken, in nr 3.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

Het aangehaalde arrest is *Nacap - Shellfish*, inzake een stukgetrokken kabel (het is overigens heel irritant dat in ons land nooit de namen van arresten/partijen genoemd worden, in tegenstelling tot de praktijk in de angelsaksische en duitse rechtsfamilies: het is altijd weer opzoeken wat bedoeld wordt); op dat arrest ga ik hieronder nog in. De voetnoot die bij deze passage in de conclusie hoort is nog het vermelden waard, vooral omdat Hartkamp zich daarin afzet tegen mijn visie op het onderwerp in *TMA* van 1999, die al eerder aangehaald werd. Na aangegeven te hebben dat er uitzonderingen op het CSQN-vereiste zijn, met name bij meervoudige causaliteit, *DES* en zo, en gevallen van ‘kansschade’ (leidend tot proportionele vermindering van het schadebedrag), stelt hij: ‘Dat het CSQN-vereiste onder de vigeur van art. 6:98 niet meer zou gelden, zoals Van Dunné, *TMA* 1999, p.151 e.v. aanneemt, gaat mij overigens bepaald te ver; anders dan hij suggereert blijkt het niet uit de door hem behandelde rechtspraak’. Dan volgt een verwijzing naar Jansen en Boonekamp, die er ook zo over denken.

Het is jammer dat Hartkamp zijn opmerking niet heeft uitgewerkt, hetgeen in die context wellicht minder voor de hand lag. Ik zou graag eens van hem horen hoe hij in hemelsnaam het CSQN-vereiste in de door mij genoemde jurisprudentie kan onderbrengen, anders dan door middel van pure fictie: de oudere rechtspraak die ik noemde was *Rijksweg 12* en *Van Hees - Esbeek* uit de jaren ‘70, waarop zoveel gevolgd is. Bij de rechtspraak die nu aan de orde is, schending van veiligheidsnormen, is dat a fortiori het geval. Het is echter wel te voorspellen hoe de argumentatie zal gaan: steeds wordt het CSQN-verband *voorondersteld*, tot op tegenbewijs. Twee opmerkingen hierover. Allereerst komt aan een dergelijk rudimentair vereiste geen plaats van betekenis toe bij de causaliteit. Het is altijd leuk te weten dat er een vereiste bestaat dat vóór 1928 van belang was, maar er zijn, ook in het recht, grenzen aan de afhankelijkheid tegenover oude begrippen. Juridische bedrijfsongevallen liggen om de hoek.

Een tweede opmerking is, daarop werd hierboven al gewezen, dat hier precies hetzelfde gebeurt als geruime tijd geleden met het schuldvereiste bij onrechtmatigheid van handelen, ook schuld wordt doorgaans voorondersteld: het is aan de gedaagde om aan te tonen dat hij geen schuld heeft. Ik wees daarbij op het gevaar dat een gedaagde met toereikende financiële middelen, grote belangen die op het spel staan en de tijd aan zijn zijde, procedures tot in lengte van decennia kan voeren; in het *St Willibrord*-arrest uit 2000 ging het om een brand uit 1982! Kortom, geen wenkend perspectief voor de behandeling van de causaliteitsvraag, met name bij nieuwe vormen van aansprakelijkheid. Elders wees ik op de problematiek van bodemdaling (en aardbevingen) als gevolg van gaswinning en andere mijnbouw, de causaliteit is de versterkte veste waarachter de mijnbouwmaatschappijen dekking gezocht hebben en waarop hun lobbywerkzaamheden gericht zijn in het kader van de nieuwe Mijnwet⁵¹. Het

51. Zie onder, Hfdst. 12, § 8, nr 2, en mijn rapport van 1998, *Schriftelijk commentaar Mijnbouwwet (wetsontwerp 26 219)*, uitgebracht aan de vaste Commissie EZ, Tweede Kamer; *TMA* 1999, p.155; 2000, p.4. Sindsdien hebben de mijnbouwmaatschappijen de Tweede Kamer een (tegen)rapport aangeboden van de hand van H.J. Snijders en T. Hartlief, waarin gesteld wordt dat CSQN een minimum-vereiste is bij vaststelling van causaal verband in geval van bodemschade als gevolg van gaswinning. Zie *Hand. TK*, 1999-2000, 26 219, nr 10. Een VVD-lid van de vaste Commissie EZ merkte tijdens een openbare zitting in juli 2001 op dat daarmee mijn rapport uit 1998 ‘aan flarden geschoten was’. Dat zit nog.

11. CAUSALITEIT

onderwerp is behalve juridisch van aard, ook een maatschappelijk en politiek zwaarwegende materie.

Het is dus zaak om te leren van de geschiedenis van het schuldvereiste in de afgelopen eeuw, en niet met open ogen de geschiedenis te herhalen op het gebied van causaliteit. Die geschiedenis is, zoals ik een vorig maal aantoonde, overigens al vrijwel even oud. In 2002 kunnen wij het eeuwfeest vieren van Scholtens befaamde artikel over dit onderwerp in *Rechtsgeleerd Magazijn* van 1902, waarin hij in het kader van wat toen de adequatieleer genoemd werd (Von Kries, 1880) de gedachte van het scheppen van ‘een verhoogde kans’ als basis voor causaal verband lanceerde (terwijl tegelijkertijd ook Simons in *Themis* van 1902 de adequatieleer propageerde).

Enkele jaren geleden ontdekte ik tot mijn verbazing dat Scholten in niemand minder dan Meijers een aanhanger van zijn ideeën gevonden heeft. In een bekend artikel uit 1935 wordt allereerst het thema dat hierboven ook aan de orde kwam helder uit de doeken gedaan, wat de leer van de hoge raad sinds 1927 betreft: causaal verband naar ‘adequatie’ (hetgeen redelijk voorzienbaar was) is oorzakelijk verband, dat een ‘onmiddellijk en dadelijk gevolg’ voorstelt.⁵² Wat vooral opvalt, is dat Meijers daarbij de protagonist van die leer, Scholten aanhaalt, die de adequate veroorzaking vooral voor ongevallen *door bedrijven veroorzaakt* verdedigd heeft, hetgeen Meijers overneemt: het gaat om ‘niet meer dan dat het bedrijf de kans op het ongeval objectief verhoogd heeft’, ook al is dat qua waarschijnlijkheid ‘een mogelijkheid van één op de tienduizend’. Kortom, een tekst die ik bovengenoemde auteurs (zeker de leidse) van harte kan aanbevelen.⁵³ Meijers had ook oog voor bijzondere vormen van aansprakelijkheid, zoals schade door grondverzakkingen en inbreuk op eigendom door werkzaamheden van burens, waarbij een arrest van 1881 nog steeds de toon aangaf. Na de causaliteit volgens de adequatieleer weergegeven te hebben, schrijft Meijers:

‘Een lagere graad van waarschijnlijkheid dan de gewone kan daarentegen verlangd worden, wanneer het recht aan een belang een zeer bijzondere bescherming meent te moeten verlenen. In de rechtspraak wordt deze bijzondere bescherming veelal toegekend aan onroerende goederen tegen de gevaren, voortspruitende uit werken op naburige erven. De geringste mogelijkheid brengt hier aansprakelijkheid met zich: de ondernemer moest dan maar òf het werk nalaten òf de nodige voorzorgsmaatregelen, hoe kostbaar ook, ter voorkoming van de schade treffen. Sinds de Hoge Raad in 1881 deze mening verkondigd heeft, is zij niet meer uit de rechtspraak verdwenen. Zij wordt ook trouw op den mijnexploitant toegepast, nadat een eerste poging om bij dezen een aansprakelijkheid zonder schuld aan te nemen, mislukt was.

Zodanige uitersten doen duidelijk uitkomen, welke verschillende waarschijnlijkheidsgraden voor aansprakelijkheid door schuld gelden.’

52. E.M. Meijers, De betekenis der elementen ‘waarschijnlijkheid’ en ‘schuld’ voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, *WPNR* 3442-3445 (1935/36), p.227; *Verz. Privaatrechtelijke Opstellen III*, 1955, p.244.

53. Ik heb dit eerder aan de orde gesteld in *NJB* 2002, p.566 (in een artikel over de ontwerp-Mijnbouwwet). Meijers zou Meijers niet zijn wanneer hij, in zijn betoog om ‘schuld’ naast ‘onrechtmatigheid’ te handhaven, niet voor ‘psychologische causaliteit’ (een persoon brengt een andere persoon tot onrechtmatig handelen) een zwaardere vorm van waarschijnlijkheid zou eisen. Hij gaat overigens dan uit van ‘niet zoveel onder de 50 %’.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

Scholtens visie is tegenwoordig de kern van de nieuwe leer van de hoge raad: in recente proefschriften wordt de figuur van de ‘verhoogde kans’ gepresenteerd of dat eerst onlangs bedacht is (aldus in 2000 Sieburgh). De langzame acceptatie van de nieuwe causaliteitsleer is vooral te wijten aan dogmatische rechtswetenschappers die, nadat de schuldleer prijs gegeven moest worden (niet door Sieburgh, overigens) maar op de CSQN blijven hameren, en niet nalaten verwarring daarover te zaaien.

Indien men zoekt naar de achtergronden van deze ontwikkelingen in het recht, doemt nog een parallelle op: de emotionele aspecten van schuld als grondslag van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, *schuld en boete*, zoals ik het eerder genoemd heb (in de woorden van Meijers: met onrechtmatigheid wordt de daad gekenmerkt, met schuld de *dader*). Dat ligt bij de CSQN naar mijn indruk op een vergelijkbaar emotioneel niveau: ‘ik heb dat gevolg niet door mijn handelen veroorzaakt, het is puur toeval wat er gebeurd is, *don't blame me*’ (zie de St Willibrord-casus). Daarnaast speelt een bij juristen uiterst naïeve voorstelling van wat de natuurwetenschappen ons op dit punt te bieden hebben, waarmee sinds de dagen van Von Buri, de grondlegger van de toepassing van het CSQN-vereiste in het recht in 1873, juristen behept zijn. Zij hebben nog steeds een beeld van natuurwetenschappelijk causaal verband dat van vóór de quantummechanica van Niels Bohr en anderen stamt. De afrekening daarmee is lang voor de oorlog al door juristen van naam gepleegd, zoals Wolfsbergen, maar jonge juristen lezen die literatuur niet meer (althans, niet goed), waarmee zij zich schromelijk tekort doen. Ik zal hierna enkele citaten van Wolfsbergen geven, uit diens klassieke boek over onrechtmatige daad dat postuum in 1946 verscheen, die mijns inziens concludent voor dit onderwerp zijn, een boek dat grote invloed gehad heeft op de ontwerpers van het Nieuw BW.

Alvorens dat te doen, in een afronding van dit deel van het verhaal, eerst nog de overwegingen die de hoge raad aan de St Willibrord-zaak wijdt, op onderhand voorspelbare wijze. Hij volgt daarbij zijn a-g, inclusief het door hem aangehaalde arrest van 1996, *Dicky Trading II*. Op het ook door Hartkamp aangehaalde arrest van 1998, *Nacap - Shellfish*, en de CSQN-problematiek, wordt echter niet ingegaan in de beslissing. De hoge raad overweegt:

‘Onderdeel A 2. bestrijdt ‘s Hofs oordeel in rov. 4.5 van zijn eindarrest. Het onderdeel strekt ten betoge dat in een geval als het onderhavige, waarin één of meer verplegers van een psychiatrische inrichting een fout op verpleegkundig vlak maken, terwijl niet is uitgesloten dat ook zonder deze fout de later ingetreden schade zou zijn veroorzaakt, rechte pas tot aansprakelijkheid voor de schade kan worden geconcludeerd, wanneer is aangetoond en vastgesteld dat de schade als gevolg van de fout is ingetreden, althans dat er sprake is van een aanmerkelijke of gereede kans dat de schade als gevolg van de fout is ingetreden. Het onderdeel faalt omdat het miskent dat, zoals de Hoge Raad heeft geoordeeld in zijn arrest van 26 januari 1996, nr. 15 893, *NJ* 1996, 607, indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.

De beide subonderdelen van onderdeel B - zijn gericht tegen ‘s Hofs oordeel in zijn rov. 4.6 van zijn eind-arrest dat de door Sint Willibrord als ‘hoogst uitzonderlijke en ongewone samenloop van toevalligheden’ gekwalificeerde gang van zaken niet zodanig onwaarschijnlijk

11. CAUSALITEIT

is dat de schade in redelijkheid niet meer aan Sint Willibrord kan worden toegerekend. Het Hof heeft kennelijk aangenomen dat de verpleegkundigen in dienst van Sint Willibrord, door L. te laten gaan, een verhoogd gevaar voor enigerlei schade aan derden in het leven hebben geroepen. Door, daarvan uitgaande, te oordelen als hiervoor is weergegeven, heeft het Hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. 's Hofs oordeel is ook niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering. Daarop stuiten de klachten van onderdeel B - alle af' (ov. 3.5, 3.6).

Men ziet dat de hoge raad in de laatste overweging de CSQN-eis in het geheel niet in zijn oordeel betreft, maar blijft denken in gevaarzettingstermen: de kern is of 'een verhoogd gevaar voor enigerlei schade in het leven geroepen is' door de fout van het verplegend personeel. Dat zou Scholten in 1902 niet anders gezegd hebben, en dat was toen nog de voorbode van de adequatieleer, die in 1928 aanvaard werd.

Brunner probeert het arrest in de sfeer van CSQN te brengen en noemt de toestemming van het personeel aan L. om te vertrekken 'een noodzakelijke voorwaarde (conditio sine qua non) voor de brandstichting'. Hij vindt het terecht dat het hof oordeelde dat 'het vermoeden dat de fout van de verpleging een noodzakelijke voorwaarde van de brandstichting was, niet was ontkracht door het bewijs dat, ook zonder die fout aan de patiënt door de behandelend of dienstdoend psychiater, toestemming zou zijn verleend om te vertrekken'. Tenslotte stelt Brunner dat de raad in overweging 3.6 'alleen toetst of het hof kon oordelen of de fout van de verpleging niet zodanig onwaarschijnlijk was, dat de schade in redelijkheid niet meer aan de inrichting kon worden toegerekend'.

Ik laat het oordeel over deze taalacrobatiek over aan de lezer. Wanneer men aldus coûte que coûte het CSQN-begrip onder dit arrest wil schuiven, is niet duidelijk wat dit toevoegt aan de heldere betoogtrant van hof en cassatierechter. Er blijkt wel uit waarom het zo lang geduurd heeft dat de gevaarzettingsgedachte bij causaliteit doorgedrongen is. In 1961 gaf R.J. Polak in zijn commentaar op het (inmiddels) standaard-arrest *Staat - Schoenmakers* van 1953 te kennen dat dit arrest gebaseerd is op 'objektieve kansverhogende werking van de oorzaak'.⁵⁴ De meeste (handboeken)schrijvers hebben het geruime tijd laten afweten, en weten er nu nog geen raad mee.

Zo heeft het *St Willibrord*-arrest al grote ontstentenis teweeggebracht bij schrijvers die de CSQN-leer aanhangen, hetgeen meestal gecombineerd wordt met weerstand tegen omkering van de bewijslast op redelijkheidsgronden. Giesen en Drion getuigden al daarvan in recente commentaren, waarbij toespelingen gemaakt werden op het ontstaan van 'amerikaanse toestanden' (hier: 'haagse toestanden'); in hun betogen werd steun gezocht bij de auteurs die in het recente verleden zware kritiek op *Dicky Trading II* geuit hadden, of nog recenter, op het arrest inzake de *tegendraadse fietser*.⁵⁵

54. *WPNR* 4667 (1961), p.107; boven besproken in nr 3 (een tekst uit 1986). Dit arrest stond ook centraal bij de ontwerpers van Boek 6, zoals wij boven zagen. De verbazing die Sieburgh uit over dit voor haar onbekende arrest is op zich verbazingwekkend, en geeft een indruk hoe langzaam de (risiko-)molens malen in ons land, vgl. *WPNR* 6450 (2001), p.589. Voor de meer recente voorbeelden van aanvaarding van de risikoleer in de jurisprudentie, sinds de jaren '60, zie boven, Hfdst. 10, § 1, nrs 8-10.

55. I. Giesen, *A & V* 2000, 107 v.; C.E. Drion, *NJB* 2000, p.1956 v. De critici van *Dicky Trading II* zijn: Giesen, Spier, Akkermans, en Hartlief; kritiek op de *tegendraadse fietser* heeft

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

5. *De hoge raad en de CSQN-eis. Nacap - Shellfish (1998) en het systeem van art. 98. Wolfsbergen en de afrekening met CSQN. Een dwaalleer in de recente doktrine*

Dan kom ik nu terug op de verwijzing van Hartkamp in zijn conclusie voor het *St Willibrord*-arrest naar het arrest *Nacap - Shellfish* van 1998 en de wijze waarop daarin het CSQN-vereiste gehanteerd wordt. Het was een ‘kabelschade’-zaak, waarbij het bedrijf van Shellfish, op 1,5 km afstand gelegen van de schadelokatie (de aansluiting van een ander bedrijf), schade lijdt aangezien gedurende 13 uur de gas- en waterlevering afgesloten geweest was, tijdens de reparatie van de stukgetrokken gasleiding. Een mooi geval van zuivere vermogensschade, nu geen fysieke schadetoebrenging ten aanzien van Shellfish aan de orde was. De vraag naar voldoende causaal verband is hier levensgroot aanwezig, maar is nog niet integraal aan bod gekomen; het hof is slechts om redenen van proceseconomie op het verweer van Nacap met betrekking tot het causaal verband ingegaan, hetgeen (onder meer) in cassatie voorgelegd is. Het hof had zich uitgesproken over een deel van dat verweer (namelijk dat het opsporen van de schadelokatie meer dan normaal te verwachten tijd geveerd had en de gasafsluiting door een derde ten aanzien van Shellfish onnodig geweest was), maar voor ons is slechts van belang de klacht met betrekking tot de onjuiste verdeling van de bewijslast door het hof. Daarover oordeelt de cassatierechter als volgt:

‘De klacht is tevergeefs voorgedragen. Uitgaande van zijn kennelijk oordeel dat de onderbreking van de gastoevoer naar Shellfish niet zou zijn opgetreden als de onderhavige gasleiding niet zou zijn doorgesneden, zodat in ieder geval een ‘conditio sine qua non’ verband tussen de beschadiging en die onderbreking vaststaat, heeft het Hof terecht Nacap belast met het bewijs van de juistheid van de tot haar verweer aangevoerde stelling dat de door Shellfish gestelde schade in een zodanig verwijderd verband tot de beschadiging van de getroffen leiding staat, dat het causale verband daardoor is verbroken’ (ov. 3.10).

Wat hiervan te denken? Het gaat hier om een vereiste, waarvan Hartkamp opgemerkt heeft dat dit ‘weliswaar vereist is, maar aangenomen wordt totdat de aansprakelijk gestelde persoon het tegendeel bewijst’, zoals in het geval van schending van veiligheidsnormen. Maar is dit het bewijs van de stelling dat altijd eerst het CSQN-verband door een eiser bewezen dient te zijn, alvorens men aan de toerekening naar redelijkheid van art. 6:98 kan toekomen?

Die conclusie wordt door een aantal schrijvers in de bespreking van het *Shellfish*-arrest getrokken, met verwijzing naar de conclusie daarbij van a-g Spier, die de bewijslast van de eiser toespitst op het aantonen van CSQN-verband, en stelt dat ‘wanneer die horde genomen is, de vraag rijst of de schade moet worden toegerekend in de zin van art. 6:98 BW’.⁵⁶ Aldus bijvoorbeeld

Snijders in zijn *NJ*-noot. Het valt op dat Giesen en Drion alleen maar vogels van eigen pluimage aanhalen, en geen enkele auteur noemen die anders over deze materie denkt. Een bedreigde veste?

56. Van een andere visie getuigt a-g Koopmans, in zijn conclusie in *NJ* 1993, 667: hij ziet geen onderscheid tussen CSQN en TNR volgens art. 98.

11. CAUSALITEIT

Klaassen, die CSQN beschrijft als ‘feitelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade’ dat als eerste aan de orde moet komen bij stelplicht en bewijslast van de eiser, terwijl de ‘juridisch normatieve toerekening’ pas daarna in het geding is, bij het toerekenen van schade als gevolg van de handeling. Wij zien hier de oude scheiding uit de jaren ‘60 en ‘70 tussen de ‘vestigingsfase’ (onrechtmatigheid van de handeling) en ‘omvangsfase’ (vaststelling van de schade) gehanteerd.⁵⁷ Zij maakt het vervolgens heel bont door op te merken dat dit CSQN-vereiste ‘als zodanig niet uit art. 6:98 BW blijkt’ maar dat dit uit diverse aansprakelijkheidsvestigende bepalingen kan worden afgeleid, ‘bijvoorbeeld de term ‘dientengevolge’ veroorzaken in art. 6:162 BW’.⁵⁸ Je moet er maar opkomen; of werd hier misschien een stuk uit de *Toelichting* letterlijk genomen? Ik kom daarop hieronder terug.

De bovengenoemde auteurs zijn wellicht beïnvloed door het handboek van de Asser-serie, sinds medio jaren ‘80 door Hartkamp bewerkt, waarin nog steeds zo’n grote plaats voor de *conditio sine qua non*-leer ingeruimd is. Zoals wij boven zagen (zie nr 2) stond dat ook al in de eerdere drukken, die door Rutten verzorgd waren; dat was te begrijpen, aangezien Rutten zich enige drukken verzet heeft tegen de TNR-leer van de hoge raad sinds *Waterwingebied* (1970). Zo wordt nog steeds in deze passage gesteld, ook al wordt erkend dat art. 98 van toepassing is op beide fasen, zowel vestiging als omvang van schade (met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis), dat de vraag naar causaal verband *eerst* beoordeeld moet worden naar de leer van CSQN en dat bij ontkenkende beantwoording ‘geen aansprakelijkheid bestaat’ (*sic!*). Indien aangenomen wordt dat het CSQN-verband er wel is ‘moet met behulp van de adequatietheorie worden nagegaan of er aansprakelijkheid is of niet’...’CSQN-verband zal uit de aard der zaak in elke causaliteitsleer, óók in de hierna te bespreken toerekeningsleer, in beginsel vereist zijn’.⁵⁹ Voor deze zienswijze is, zoals wij hieronder zullen zien, geen steun te vinden in art. 98, noch in de hier besproken jurisprudentie.

Deze jurisprudentie getuigt ervan dat die scheiding van twee fasen bij causaliteit niet aanvaard wordt door de hoogste rechter, *n’en déplaie* de opvatting van schrijvers als Hartkamp en Spier. Zoals beschreven, heeft de hoge raad bij het verlaten van de CSQN-leer en aanvaarding van de adequatieleer in

57. Een onderscheid waarvan Boonekamp opmerkt (t.a.p, Aant. 5) dat er niets van te vinden is in de jurisprudentie van de HR sinds 1970. Het onderscheid werd ook verworpen door a-g Ten Kate, concl. *NJ* 1977, 340, en Nieuwenhuis, *NJB* 1982, p.480 v. Niettemin wordt dit virtuele onderscheid met stelligheid in studieboeken naar voren gebracht, zo bijv. Hartlief in: *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, J. Spier, c.s., 2e dr., 2000, nr 214.

58. C.J.M. Klaassen, *A&V* 1999, p.44. Vgl. in deze zin ook G.J. Knijp in *NbBW* 1999, p.7. De auteur is raadsheer in het Hof Leeuwarden. Het valt op dat a-g Spier bij zijn verwijzing naar de parlementaire geschiedenis op dit punt aarzelt; ‘aldus, als ik het goed zie...’ (concl. 3.32, voor Shellfish). In dezelfde zin als Klaassen ook: Hartlief, t.a.p.

59. Asser-Hartkamp I (2000), nr 427 in fine (inzake wanprestatie); nr 437, zie ook nr 440; wel wordt de CSQN-leer verbonden met de ‘redelijke mate van zekerheid’, nr 440, en geen natuurwetenschappelijke, strikt logische vorm van zekerheid. De tekst is identiek aan 10e dr., 1996, en ook aan voorgaande drukken, zie ook boven, nr 2. In de 12^e dr. (2004, m.m.v. Sieburgh), is Hartkamp nog verder in CSQN-richting opgeschoven, zie nog onder, nr 6, in fine.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

1927/28, de toen nieuwe leer gehanteerd als de vaststelling van het ‘rechtstreeks en onmiddellijk gevolg van de handeling’ een terminologie die door annotator Meijers overgenomen werd. In de laatste nieuwe leer van de jaren ‘70, toerekening naar redelijkheid, sprak de hoogste rechter weer van een ‘onmiddellijk verband’, in de kabelzaak *Van Hees - Van Esbeek* van 1977. Daarmee werd, tot twee keer toe, de CSQN-huls (‘onmiddellijk gevolg’) van een nieuwe inhoud voorzien (resp. ‘redelijk te verwachten gevolg’ en ‘redelijk toerekenbare gevolg’), met handhaving van de benaming in CSQN-stijl. Als dat geen vervanging is, dan weet ik het niet meer. Ik zie de reactie van Hartkamp op dit punt dan ook met belangstelling tegemoet.

Voor de parlementaire geschiedenis van art. 98 moet men zowel te rade gaan bij de *Toelichting* van 1961 (Driemanschap), als het Gewijzigd Ontwerp van 1976 (regeringscommissaris W. Snijders), dus uit perioden van voor en na aanvaarding van TNR in jurisprudentie en doktrine. Men ziet dan steeds dat de rol die aan CSQN-verband toebedeeld wordt uiterst beperkt, zo niet non-existent is. *De bottom line* is dat CSQN-verband niet steeds vereist is voor het aannemen van aansprakelijkheid; dat zou nog kunnen wijzen op een regel met uitzonderingen (dubbele causaliteit, e.d.), maar indien men beide toelichtingen van de minister leest, is de conclusie onontkoombaar dat twee keer het roer omgegooid is, in 1961 met de aanvaarding van AQT en in 1976 met de invoering van TNR, terwijl beide keren CSQN in zijn oorspronkelijke betekenis als causaliteitsleer, de natuurwetenschappelijk aantoonbare gesloten keten van gebeurtenissen, terzijde gesteld werd. Slechts in zijn zogenaamde ‘negatieve betekenis’ speelt CSQN een kleine rol, als vraag: zou de schade eveneens zijn ingetreden wanneer de handeling van de dader/de gebeurtenis niet plaatsgevonden had (vandaar dat sommige auteurs hierbij van ‘minimum-vereiste’ spreken). Een toets die bij alternatieve en dubbele causaliteit al direkt niet uitgevoerd hoeft te worden⁶⁰; in de rechtspraak komt dit pas aan bod na omkering van de bewijslast met betrekking tot causaal verband (die dan op gedaagde rust). Dit is iets wezenlijk anders dan van een eiser te eisen dat hij door middel van CSQN het positieve verband aantoon, de daadwerkelijke veroorzaking van schade door de handeling, op natuurwetenschappelijke wijze (deskundigen!) verklaard. Om dat laatste gaat het zo vaak in de praktijk, en dat is de inzet niet alleen van procedures, maar ook van het dispuut in de literatuur. Een tweede gevaar is, dat al te gemakkelijk aangenomen wordt dat wanneer niet aan de ‘minimum-eis’ voldaan wordt de vordering afgewezen zal worden door de rechter, zonder dat deze verder op vaststelling van causaal verband hoeft in te gaan. Het valt op dat het grote moeite kost om ter ondersteuning van dat standpunt jurisprudentie te vinden; multi-causaliteit valt immers niet onder deze regel.⁶¹ Het leeuwendeel van de jurisprudentie heeft betrekking op vormen van

60. Vgl. *Schadevergoeding* (Boonekamp), Art. 98, aant. nr 2.2 (1998), waar men kan lezen: ‘In het oog dient te worden gehouden dat de CSQN niet meer is dan een - negatieve - test om uit te maken of er positief feitelijk causaal verband bestaat tussen een bepaalde gebeurtenis en de schade. De test mag niet geheel vereenzelvigd worden met het causaal verband waarvan de aanwezigheid getest wordt’, waarop een verwijzing volgt naar *Parl. Gesch.*, p.340 en de diss. van Boonekamp, p. 9 v. Zie ook aant. 9 (2000) over de minimum-eis.

61. Weinig overtuigend Boonekamp, t.a.p., aant. 9, die het minimum-vereiste aanvaardt en daartoe naar jurisprudentie verwijst. Veelal is hierbij echter sprake van een eigen gedraging

11. CAUSALITEIT

gevaarzetting, en daarbij staat in het geheel niet vast wat de gebeurtenis is, hoe de toedracht van het ongeval was; dat onzekerheidsrisiko wordt vaak expliciet bij de dader gelegd, als de partij in wier risikosfeer de schade ontstaan is (werkgever, arts, producent, etc.).⁶²

Hier volgens enkele passages uit de parlementaire geschiedenis van art. 98, die ik na alles dat al gezegd is, zonder veel commentaar laat volgen.

De *Toelichting* van 1961 op art. 98 is nog steeds interessante lektuur, ondanks het achterhaalde uitgangspunt van AQT. Vooropgesteld wordt dat het causaal verband aan verschillende criteria getoetst moet worden, 'criteria die elkaar niet uitsluiten, doch ook niet zonder meer onder een noemer zijn te brengen' (p.562). Het Driemanschap vervolgt dan: 'De gebruikelijke formulering van het eerste criterium is deze, of de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis 'conditio sine qua non' van de schade is. Men vraagt zich daarbij af, of bij wegdenken van die gebeurtenis ook de schade in de gedachte wegvalt. Het is echter goed, in het oog te houden dat het resultaat van de toetsing aan het negatieve criterium van de 'conditio sine qua non' slechts een tussenschakel is in de redenering welke poogt aan te tonen of er tussen de feitelijk wél voorgevallen gebeurtenis en de feitelijk wel ingetreden schade positief causaal verband bestaat. In sommige gevallen immers schiet de test tekort en moet het positief causaal verband worden aangenomen, ofschoon de schade ook zonder de betrokken gebeurtenis zou zijn ingetreden' (een noot verwijst naar de toelichting op art. 6:99).

Vervolgens wordt opgemerkt dat het deze toetsing is, die steeds moet worden uitgevoerd, wanneer het ontwerp causaal verband eist, hetgeen meestal aangeduid wordt met het woord 'dientengevolge', waarbij o.m. naar art. 162 verwezen wordt. Dan volgt een belangrijke toevoeging: 'Dat ook deze toetsing, waarbij als irrelevant worden herkend die feiten, welke in het geheel niet behoren tot het complex van gebeurtenissen die tot de schade hebben geleid, van juridische aard is, volgt reeds hieruit, dat ook een *nalaten* als oorzaak kan gelden' (mijn curs.).

Dat was dus CSQN, anno 1961; de *Toelichting* introduceert dan AQT: 'In vele gevallen brengt nu een redelijke wetstoepassing mee dat nog een tweede eis moet worden gesteld, namelijk dat het gevolg met een zekere mate van waarschijnlijkheid was te voorzien. Voor het

van de geledeerde, waardoor een variant op dubbele causaliteit aan de orde is (anders gezegd: de CSQN-lijn doorbroken wordt). Aldus bijv. HR 19 febr. 1999, *NJ* 597, *taxatie*; idem het arrest van de *dierenarts*, *NJ* 1992, 751. Ook het *aalscholvers*-arrest HR 15 febr. 1991, *NJ* 1992, 639, nt CJHB, kan niet overtuigen, het is nl. een geval van meer oorzaken. Nog een misser: het door hem genoemde arrest *Van Oosterom - Majoor*, *NJ* 1981, 426 (inzake afgebroken onderhandelingen, zie ook boven, nr 3, in fine) als voorbeeld van het afwijzen van een vordering wanneer CSQN als minimum-vereiste ontbreekt. In tegendeel; zoals door mij betoogd werd, heeft de HR in dat arrest à la *Dorpshuis Kamerik* causaal verband aanvaard wanneer eenmaal een bepaalde zorgvuldigheidsnorm geschonden is: dan hoeven 'daartoe geen verdere feiten gesteld of gebleken' te zijn. Da's andere koek.

62. Op deelgebieden van causaliteit komt men dezelfde problematiek tegen; zo wijst Bloembergen, noot *NJ* 2001, 105 (*Paulissen - VROM*) erop dat bij de voordeelstoerekening de literatuur CSQN-verband eist tussen schadegebeurtenis en voordeel, maar dat daar geen jurisprudentie over is (aldus ook Lindenbergh in *Schadevergoeding* aantt. 4.1). Daarin zou verandering gekomen zijn in het geannoteerde arrest; dat is niet goed te volgen: in de conclusie van a-g De Vries Lentsch - waarnaar de HR verwijst zonder er zelf iets aan toe te voegen (sic!) - zegt zij dat het hier 'niet om een kwestie van causaal verband gaat'; bij verrekening is de hoofdregel (waartegen vaak gezondigd wordt) dat het om dezelfde gebeurtenis moet gaan, die tot verschillende verbintenissen geleid heeft. Ook het tweede arrest dat Bloembergen in dit verband noemt, faalt om dezelfde reden, HR 11 febr. 2000, *NJ* 275, *De Preter - Van Uiter - Onroerend Goed*.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

verband tussen een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade is dit vereiste neergelegd in het onderhavige artikel’.

Bij de toelichting op art. 163, relativiteit, wordt op causaliteit teruggekomen; in een toenmalig eerste lid van art. 163 werd art. 98 herhaald. Dat leidt tot een interessante opmerking: de AQT geldt zowel ‘voor de soort schade als voor de *omvang* van de schade’. De uitwerking hiervan wordt aan de wetenschap overgelaten; daarbij ‘is denkbaar dat in bepaalde gevallen een klein kanspercentage wat de omvang van de schade betreft ‘voldoende’ wordt geacht, terwijl hetzelfde kanspercentage niet als voldoende zou worden beschouwd als het ging over de vraag of dit *soort* schade in concreto wel voldoende voorzienbaar was’ (p.650, verwant met vestiging van aansprakelijkheid, dus; de *schade zelf* hoeft niet voorzienbaar te zijn, zie p.655). Even verder wordt het nog spannender, daar leest men: ‘Artikel 1 (d.i. art. 162, v.D.) stelt niet voor aansprakelijkheid krachtens dat artikel als vereiste het bestaan van een *conditio sine qua non* verband tussen iedere schadepost en elke faktor die medebepalend is voor de onrechtmatigheid van de daad. Het stellen van een dergelijk vereiste zou tot een onaanvaardbare beperking van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad leiden’ (p.655, mijn curs.).

In 1976 gingen de ontwerpers om en kwam TNR in de plaats van AQT; in de MvA wordt dat uit de doeken gedaan, met verwijzing naar jurisprudentie en literatuur sinds het Ontwerp van 1961 (p.91). Interessant is dat niet alleen naar de herauten van TNR verwezen wordt, Köster en in diens spoor Bloembergen, maar ook naar schrijvers als Cleveringa (*Zeerecht*) en Losecaat Vermeer (in diens Asser-bewerking). Indien men die laatste auteurs raadpleegt, blijken zij geen aparte rol weggelegd te zien voor CSQN: rechtsgevoel, strekking van de norm en geval tot geval-behandeling strijden bij hen om voorrang. Ook in het handboek Hofmann-Drion-Wiersma uit die tijd, ziet men geen bijzondere aandacht voor CSQN (1968, p.124). De passages die volgen in de MvA werden boven al aangehaald, inzake de factoren die ‘schade-toebrenging, schadesoort en schade-omvang’ bepalen, en beschouw ik hier als ingelast (zie boven, nr. 4). Nog van belang is dat dit thema uitgewerkt wordt voor de ‘aard van de aansprakelijkheid’ en ‘aard van de schade’, aan de hand van voorbeelden. Gesteld wordt dat bij letselschade als gevolg van een gebrekkig gebouw eerder causaal verband aangenomen zal worden dan bijvoorbeeld bij bedrijfsschade die een buurman daarvan ondervindt; aantasting van eer en goede naam kan eerder tot vaststelling van oorzakelijk verband leiden dan zaaksschade van het slachtoffer, in een onbeheerste reactie op de belediging. CSQN valt in geen velden of wegen te bekennen. Tenslotte wordt opnieuw het *normatieve karakter* van causaal verband door de ontwerpers benadrukt: de vraag of schade aan de aansprakelijke als een gevolg van de in art. 98 bedoelde gebeurtenissen kan worden toegerekend ‘moet in beginsel worden gezien als een rechtsvraag, die beantwoord moet worden aan de hand van objectieve factoren als de aard van de aansprakelijkheid en van de schade. In dat kader zal ook wat naar objectief inzicht voorzienbaar of waarschijnlijk was een rol kunnen blijven spelen’ (p.93). Geen woord dus over een CSQN als feitelijk vraag, nog wel een voorvraag of minimum-vereiste van causaal verband, zoals men ziet. Het is van meet af aan een rechtsvraag, zoals ook al in 1961 door de ontwerpers gesteld werd.

Voor een beter begrip van deze materie zou ik enkele citaten uit de klassieke studie van Wolfsbergen over de onrechtmatige daad van 1946 willen geven, een boek dat door de ontwerpers goed gelezen lijkt te zijn (het had in Leiden en omstreken terecht een grote naam).⁶³ Wolfsbergen geeft aan het begin van zijn boek aandacht aan de leer van Von Buri (1873), waarover hij al meteen zegt: ‘velen hebben zich met die *conditio sine qua non*-leer niet tevreden kunnen stellen, omdat zij niet de minste positieve betekenis heeft’. Die leer werd in zijn tijd in ons land overigens alleen door Zevenbergen aangehangen. Hij vervolgt

63. A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, 1946. De auteur overleed in 1944 in Auschwitz, op 41-jarige leeftijd.

11. CAUSALITEIT

dan: 'Het evidente behoeft niet nog eens gezegd. Dat in art. 1401 BW met oorzaak deze leer zou zijn bedoeld, is zeer onwaarschijnlijk; in het spraakgebruik noemt men niet elke onwegdenkbare voorwaarde oorzaak. Bovendien zijn er gewichtige bedenkingen tegen Von Buri's leer aan te voeren.'

De bezwaren die volgen zijn, kort gezegd, dat 'er bij toepassing der *conditio sine qua non*-leer generlei rem is', hetgeen blijkt wanneer sprake is van risico-aansprakelijkheid - het voorbeeld is aansprakelijkheid voor gebouwen - en onbetamelijkheid niet vereist is, of wanneer de beperking der schade centraal staat, bij berekening van door de onrechtmatige daad veroorzaakt voordeel. Aan de hand van het toen archetypische voorbeeld van een man die door een hond gebeten, op weg naar het ziekenhuis dodelijk getroffen wordt door een vallende dakpan (waarbij de dood volgens de CSQN-leer het gevolg van de hondenbeet is), valt Wolfsbergen het betoog van Scholten uit 1902 bij, dat 'daarmede slechts de onbruikbaarheid in rechte der *conditio sine qua non*-theorie te duidelijker blijkt'. Een volgend bezwaar is dat die leer nooit gebruikt wordt bij beoordeling van onvoorzichtigheid, waar aanhangers van die leer op de lijn van adequate veroorzaking zijn gaan zitten. Ten slotte wijst Wolfsbergen erop dat men in natuurwetenschappelijke sfeer een niet-handelen, waardoor in de materiële verhoudingen geen veranderingen teweeggebracht worden, niet als causaal kan doen gelden, terwijl dit in rechte een belangrijk oorzakelijk verband is. 'Nalaten wordt slechts causaal bij beoordeling in normatieve wetenschappen', concludeert Wolfsbergen.

De enige functie die Wolfsbergen nog ziet voor het CSQN-verband is een heel beperkte: als limiet der causale relatie: het heeft 'hoezeer als positief criterium onbruikbaar, wel verdiensten ten negatieve'. Het voorbeeld genomen uit de rechtspraak is hier een schip dat met overtreding van een reglement, te hard vaart; de daarop volgende aanvaring zou echter toch zijn ontstaan, dus er was geen causaal verband tussen het te hard varen van het schip en de aanvaring.⁶⁴ Meijers is het in zijn noot volkomen eens met het arrest, en geeft het voorbeeld van iemand die zonder rijbewijs verkregen te hebben iemand aanrijdt die in dichte mist op de weg loopt: ook dan ontbreekt causaal verband tussen de overtreding van de norm en de schade.

Dit 'negatief vereiste van CSQN' van Wolfsbergen is intussen hoogst aktueel: het is te herkennen in de formulering die de hoge raad geeft de laatste tijd van de nieuwe causaliteitsregel bij schending van veiligheidsnormen: na omkering van de bewijslast mag de gedaagde immers aantonen dat de schade ook zonder zijn gedraging zou zijn ontstaan (*Dicky Trading II, St Willibrord, e.d.*).⁶⁵

Ten slotte geeft Wolfsbergen de principiële onjuistheid van de CSQN-leer aan, waarbij hij de natuurwetenschappelijk herkomst analyseert. Onder verwijzing naar de quantumtheorie en de golfmechanica (waaruit blijkt dat het gedrag van de kleinste deeltjes in gelijke omstandigheden niet altijd hetzelfde is)

64. T.a.p., p.36; het arrest is HR 17 juni 1932, *NJ* 1464, nt EMM; ook wordt een soortgelijk geval aangehaald uit *NJ* 1932, 11, nt PS, inzake oversteken van vaarwater in strijd met verkeersregels.

65. In wezen is ook hier weinig nieuws onder de zon: men vindt die formule ook al in het *Windmill*-arrest (*NJ* 1974, 453), de ontbrekende trapleuning, en zelfs in het *RTM*-arrest, (*NJ* 1950, 592), berekening van overheadkosten als gevolgschade na tramongeluk (volgens Köster een TNR-arrest avant la lettre). Beide arresten werden boven besproken, nr 3.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

stelt hij dat de zekerheid waarmee natuurwetenschappelijke uitkomsten kunnen worden voorspeld een gevolg is van *waarschijnlijkheidsberekening*.⁶⁶ Hij citeert daarbij De Groot: 'onze makroskopische natuurwetten geven geen exact-wiskundig causaal verband aan, doch zijn statistische wetten, die ons vertellen, welke toestand met een zéér grote waarschijnlijkheid op een gegeven toestand zal volgen'.

Indien men zou denken dat deze weergave van het terzijdestellen van de CSQN-leer overbodig is, is het goed om als contrast de behandeling daarvan door de jonge generatie juristen ernaast te plaatsen. Akkermans, bijvoorbeeld, die de CSQN-leer het uitgangspunt maakt voor zijn uitbouw van proportionele causaliteit - waarop ik in mijn *TMA*-artikel van 1999 zware kritiek uitbracht (zie ook onder: Hfdst. 10, § 6, nr 10 - geeft deze episode in de rechtsontwikkeling apert onjuist weer. Sprekend over de tijd waarin het recht beheerst werd door de controverse tussen de 'natuurwetenschappelijke' benadering van causaliteit zoals in de CSQN-leer en het 'eigen juridische' oorzaakbegrip van de adequate veroorzaking, stelt hij dat de rechtsontwikkeling de afgelopen vijftig jaar bepaald niet stilgestaan heeft. Maar dan komt het: 'Het 'natuurwetenschappelijke' CSQN-verband heeft de betekenis behouden die het ook door Wolfsbergen werd toegedacht, namelijk die van een minimum-vereiste voor het aannemen van oorzakelijk verband, waarop onder bijzondere omstandigheden een uitzondering kan worden gemaakt'.⁶⁷ Neen dus.

Het vervolg is even opmerkelijk: 'De aan de hand van dit criterium verkregen resultaten (CSQN, v.D.) vallen echter zodanig ruim uit - men spreekt wel van Adam en Eva-causaliteit - dat een nadere inperking noodzakelijk is, en het is de juiste maatstaf daarvoor die vele jaren de discussie over causaal verband heeft beheerst, zowel in ons land als daarbuiten. Voor het eigen recht veronderstel ik de geschiedenis als bekend' (noten weggelaten). Ook hier wordt de plank volledig misgeslagen, ik laat het oordeel verder aan de lezer over.

Nog enkele kanttekeningen bij de ontoereikendheid en overbodigheid van de CSQN-leer. Deze leer is in ons land voor het laatst diepgaand bestreden door Van Schellen in zijn proefschrift uit 1972. Aan het slot van diens betoog haalt hij met instemming het bekende boek van Hart/Honoré, aan: 'Plainly, to be a *conditio sine qua non* of some given occasion and to be causally connected with it are not the same thing (...). The *conditio sine qua non* is not the fundamental element in the notion of causation'.⁶⁸

Waarom voldoet de CSQN-leer niet als causaliteitsleer? Zij geeft aan de ene kant te veel, aan de andere kant te weinig, en is daarom bijna een eeuw geleden afgedaan als causaliteitstheorie. Zij geeft te veel omdat ze onderscheidend vermogen mist: er worden enkel schakels geteld, in een aansluitende reeks. Het

66. Wolfsbergen spreekt van de 'quantentheorie'; ik denk dat zijn handschrift hier parten speelde, en dat de quantumtheorie van Bohr bedoeld is. De auteur heeft het manuscript niet voltooid gezien; uit Westerbork heeft hij nog aanvullingen gezonden aan een vriend die het onder zich had (zie het Voorwoord van Meijers).

67. A.J. Akkermans, *Oorzakelijk verband*, in: *BW-Krant Jaarboek 1996*, 1996, p.39.

68. J. van Schellen, *Juridische causaliteit*, diss. UvA 1972, p.62. Zie ook zijn *Toerekening naar redelijkheid*, 1985, p.31 v. Voor de rol van CSQN in het Duitse recht zie men, behalve het laatste werk, boven, nr 2, in fine.

11. CAUSALITEIT

oude voorbeeld van de man die voor een kleine medische behandeling (hondenbeet) naar het ziekenhuis moet en onderweg door een vallende dakpan getroffen wordt is een schoolvoorbeeld daarvan. Het staat nog steeds in de Duitse handboeken, bijvoorbeeld bij Kötz.⁶⁹ Een recentere variant uit de Duitse doktrine is dat de man in het ziekenhuis aangekomen een virusinfectie oploopt die daar heerst, waaraan hij overlijdt.⁷⁰ In het Duitse recht wordt in zo'n situatie causaal verband ontkend met een beroep op het 'allgemeine Lebensrisiko' (zie Kötz, en boven: nr 2, in fine); slechts die gevolgen die specifiek uit de 'Erstverletzung' voortgekomen zijn, worden toegerekend. Dat is het geval wanneer de schade gezien kan worden als het gevolg van het risico dat in eerste instantie geschapen werd, ook de in concreto niet voorziene gevolgen worden dan toegerekend (vgl. onze *St Willibrord*-casus).

De CSQN-leer kan ook tekortschieten: er kan aansprakelijkheid aangenomen worden, zonder dat er sprake is van een gesloten, dwingende keten van gebeurtenissen. Het *Haagsche Post*-arrest van 1927 (aanvaarding van AQT) is al een eerste voorbeeld daarvan: de onjuiste berichtgeving in dat blad was de aanleiding voor de eiser om zijn aandelen te verkopen, hetgeen later een zeer onvoordelige transactie bleek te zijn. Zoals in veel commentaren opgemerkt werd (o.m. door Köster) zou de eiser als belegger ook op andere wijze gereageerd kunnen hebben op het nieuws: zijn handeling was geen noodzakelijk gevolg van de onjuiste berichtgeving.

Dan zijn er gevallen waarin naast de oorspronkelijke causale handeling van de gedaagde de schade uiteindelijk veroorzaakt wordt door een oorzaak die zonneklaar in de sfeer van de geledeerde ligt. De causale keten kan dan verbroken, of ingrijpend gewijzigd worden, zonder dat dit van invloed is op de aansprakelijkheid, die volledig op de handelende persoon/gedaagde blijft rusten. Als voorbeelden noem ik bij heiwerkzaamheden de gebrekkige staat van het huis dat schade ondervonden heeft van het heien (*Boerenleenbank - Van de Reek*, 1973), het slachtoffer dat na een kleine aanrijding van schrik aan een hartkwaal bezwijkt, of in een bovenmatige depressie belandt (*hartpatiënt*, 1975; *neurotische depressie*, 1972). Deze gevallen (boven besproken, nr 3) vallen onder de regel te brengen dat 'the tortfeasor must take the victim as he finds him' (in wezen valt het *waterwingebied*-arrest (1970) reeds onder die regel).

Er kan ook van dubbele causaliteit sprake zijn: de gynaecoloog knipte ernaast, maar de complicaties ontstonden doordat de patiënt in strijd met de instructies te vroeg gemeenschap gehad had (casus *gynaecoloog*-arrest, 1994). Aldus wordt de causale keten doorbroken, maar dat hoeft aansprakelijkheid niet in de weg te staan, indien die doorbreking in de risikosfeer van de eerste veroorzaker/gedaagde ligt (instructies waren niet of op onzorgvuldige wijze door arts gegeven). De gangbare opvatting bij dubbele causaliteit is dat slechts de eerste oorzaak telt voor het causaal verband, aldus ook de cassatierechter in *Kennis - Gem. Budel* (NJ 1990, 441): wethouder komt toezegging niet na, degeen die grond gekocht had lijdt schade, maar hij zou de exploitatie toch niet gerealiseerd kunnen hebben omdat de Kroon later zijn hinderwetvergunning

69. H. Kötz, *Deliktsrecht*, 8e dr., Berlijn, 1998, nr 168; idem, 9^e dr., 2001.

70. Idem, nr 169; vgl. ook boven, nr 2, in fine. Varianten die Kötz geeft zijn de ambulance die door een klapband of het uitwijken voor een dronken voetganger tegen een boom rijdt met ernstiger letsel van de patiënt tot gevolg.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

vernietigd had. Dat deze toerekening afhankelijk is van de aard van de aansprakelijkheid en de schade, blijkt uit een tegengestelde beslissing inzake een duurverplichting, in *Vermaat - Staat*, (NJ 1991, 292), waarbij een invaliditeitsuitkering na ongeval doorkruist wordt door een hartinfarct dat het slachtoffer jaren later treft; de nadien ingetreden inkomensschade wordt de veroorzaker van het ongeval niet langer toegerekend (zie boven, Hfdst. 10, § 6, nr 2). In deze zin ook enige tijd later *Groskamp - Staat* (1997) een geval van overheidsaansprakelijkheid in de lijn van *B. - Staat* van 1998.⁷¹

Verder is CSQN bij alternatieve causaliteit (art. 6:99 BW) en 'kansschade' in het algemeen niet in het geding; dat wordt overigens erkend door Hartkamp in zijn Asser-bewerking, zij het als uitzondering op de regel.

Zoals ook al door Wolfsbergen opgemerkt werd, is een strikt causale keten van gebeurtenissen die tot aansprakelijkheid zou leiden moeilijk voor te stellen bij 'onvoorzichtigheid'. Dat valt met name in te zien wanneer sprake is van het schenden van een informatie- of instructieverplichting, bij dienstverlening (notariële en andere beroepen) of lichamelijke verzorging (sport, medische sfeer). Het nalaten, of onjuist uitvoeren van een dergelijke zorgplicht kan gevolgen hebben die vanwege de complexe aard van gebeurtenissen die zich voordoen moeilijk in een strikte causale keten te dwingen zijn. Zou betrokkene, die als zeer eigengereid bekend staat, wel naar die raad of instructie geluisterd en daarnaar gehandeld hebben? Speelden niet veeleer eigen motieven en belangen mee? Zoals Scholten het al in 1902 goed zag, is het kansverhogend karakter van de nalatige handeling, het verhogen van de kans op schade, het enige dat zinnig te aan te voeren is, en derhalve het enige dat telt. Wij zagen dat Meijers *mirabile dictu* op dit punt een geestverwant van Scholten is, en bij causaliteit een grote plaats voor het waarschijnlijkheidselement inruimt; daarbij neemt hij, afhankelijk van de aard van der aansprakelijkheid, met een lage waarschijnlijkheid genoeg, zelfs een kans van 1 op 10.000 kan voldoende zijn (boven, nr 4, in fine).

Aldus heb ik trachten aan te tonen dat de criteria van art. 6:98, in navolging van Köster c.s., de aard aansprakelijkheid en de aard van de schade, de dienst uitmaken bij causaliteit, in het kader van de toerekening naar redelijkheid. Een CSQN-verband is daarbij slechts één faktor, die gezien de aard van gebeurtenis en schade, en de in casu geldende bewijsregels van belang kan zijn. Kabelschade is een goed voorbeeld daarvan, of andere direkt fysieke inbreuken op lichaam of goed. Het normale, voorzienbare gevolg bij kabelbreuk is immers dat de stroom- of gasvoorziening uitvalt en dat dit onmiddellijk schadelijke gevolgen heeft voor apparatuur, e.d. die ingeschakeld staan. Het gaat niet aan om hetgeen in een dergelijke categorie gevallen gangbaar of voor de handliggend is, als algemeen model op alle vormen van aansprakelijkheid te over te brengen, dus ook op de onoplettende notaris, sportleraar of verpleegkundige, die een steek laten vallen. Zeker niet wanneer daarbij een obsoleete theorie als de CSQN te baat genomen

71. HR 7 nov. 1997, NJ 1998, 368. In deze casus was het causaal verband verbroken tussen de onrechtmatige handeling van de fiscus door een eigen handeling van de belastingbetaler (had aanslag betaald, en vorderde renteverlies). Desondanks aansprakelijkheid fiscus aangenomen. Zie voor het arrest *B. - Staat*, inzake art. 162 lid 3, verkeersopvatting: boven, Hfdst. 10, § 2, nr 3.

11. CAUSALITEIT

wordt, die als algemene causaliteitsleer al aan het begin van de 20e eeuw afgeschreven werd in Europa.

Conclusies ten aanzien van de 'omkeringsregel'

Ik kom tot een afronding. De hier beschreven nieuwe causaliteitsregel bij schending van veiligheidsnormen, door de hoge raad zelf in het arrest van 19 januari 2001 in navolging van zijn a-g de 'omkeringsregel' genoemd, heeft heel wat los gemaakt.⁷² Daarbij is de in sommige kringen in stand gehouden CSQN-regel als grondslag voor ieder causaal verband en derhalve aansprakelijkheid, in de lucht komen te hangen, hetgeen de heftige reacties in de vakpers uit die kringen begrijpelijk maakt. Het misbaar is zonder grond, althans volgens deze auteur.

De CSQN-leer is in onze doktrine sinds 1902 (Scholten, gevolgd door vele anderen) van de troon gestoten, waarin de hoge raad volgde in 1927, met de aanvaarding van de adequate veroorzaking. In de jaren '60 volgde eenzelfde ontwikkeling uit de doktrine (Köster en Bloembergen) met de introductie van de TNR, die niet anders was dan een verbeterde AQT, die in 1970 en volgende jaren door de hoge raad overgenomen werd, en vervolgens in het ontwerp van 1976 in art. 6:98 neergelegd werd. Net als bij de vervanging van de schuldgrondslag door het risikobeginsel sinds het begin van de vorige eeuw, waarbij schuld in de zin van verwijtbaarheid niet geheel overboord gegooid is, maar teruggebracht werd tot één van de factoren die bij toerekening kan meewegen, is dat bij de causaliteit niet anders met de begrippen natuurwetenschappelijk verband en voorzienbaarheid (dat laatste tot verdriet van bijvoorbeeld Van Schellen). Maar de betekenis van CSQN als 'minimum-vereiste', of als constitutief vereiste, in die zin dat eerst wanneer aan dat vereiste voldaan is men aan vaststelling van het causaal verband met betrekking tot de schadeomvang toekomt ('vestigingsfase vs omvangsfase'), is daarmee van de baan. Wat de hoge raad betreft sinds 1927. Het wordt tijd dat de schrijvers gaan volgen.

De regeling van causaliteit in de wet, art. 6:98 biedt zoals wij zagen geen steun voor de visie van de CSQN-adepten. De MvA uit 1976 lijkt geschreven te zijn in de geest van het befaamde duo Hart/Honoré, waarbij ik met name aan het volgende citaat denk (uit 1971), dat Van Schellen ergens aanhaalt als motto: 'The experience of the courts suggests, however, that different criteria may be needed according to the type of case under consideration'.

Het vooronderstellen van CSQN-verband, gekombineerd met omkering van de bewijslast, zoals door Hartkamp c.s. voorgestaan, kan men als stuip trekking van de oude leer zien. Daarmee wordt geen bijdrage aan een beter inzicht in de causaliteitsproblematiek geleverd, en allerminst aan de ontwikkeling van het

72. HR 19 jan. 2001, *NJ* 524, *Ter Hofte - Oude Monnik Motors*, met concl. a-g Bakels. In dit arrest, waarin verwezen wordt naar het arrest van 27 okt. 2000, *NJ* 2001, 219, stond de verwezenlijking van het risico niet vast (slippen van motor als gevolg van lekkende oliekoeler), hetgeen onder de gewone bewijsregels valt. Zie voor dit arrest: Hfdst. 10, § 2, 10, in fine, en voor een arrest van dezelfde strekking: HR 26 jan. 2001, *NJ* 597, *Westrate - Kon. Schelde Groep* (inzake asbestziekte): ...Vgl. ook I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, diss. Tilburg 2001, waarin op p.445 v. aandacht gegeven wordt aan de 'bewijsrisico-omkering', en verder ook Hfdst. 12, § 1, nr 7.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

aansprakelijkheidsrecht, naar mijn stellige overtuiging. Ik teken hierbij aan dat het hanteren van CSQN als ‘negatief vereiste’ iets geheel anders is dan de ‘positieve’ eis van CSQN als drempel van feitelijk aard voordat men het terrein van de causaliteit mag betreden; bovendien wordt deze figuur in de rechtspraak slechts gebruikt wanneer de bewijslast reeds omgekeerd is, en het op de weg van gedaagde ligt om het prima facie aangenomen causaal verband te trachten te weerleggen. Dat is soms gebaseerd op boerenverstand-CSQN (‘stroom valt uit: vissen gaan dood’), maar veel vaker op het type norm dat geschonden is, een veiligheidsnorm, of meer algemeen, een risico dat gecreëerd werd.

Kösters motivatie om TNR te propageren in 1962 was om meer helderheid in de motivering van de rechter bij vaststelling van causaal verband te krijgen, de toerekening die destijds slechts op grond van voorzienbaarheid van de gevolgen gebeurde. Zoals bekend is achteraf, wanneer het gebeurd is, de ‘voorzienbaarheid’ van een gebeurtenis niet zo moeilijk aan te tonen. Hetgeen momenteel in de jurisprudentie gebeurt, is in overeenstemming met hetgeen de vernieuwers van de adequatietheorie voor ogen stond: de hoogste rechter geeft aan waarom toerekening redelijk is, en doet dat in bepaalde categorieën van gevallen die onderscheiden worden. Daartegen ingaan met een opgepoetst maar tot het bot gedateerd CSQN-begrip, zoals sommige schrijvers doen, is een poging om die ontwikkeling te frustreren; vaak gebeurt dat van uit de beleden confessie dat de aansprakelijkheid (meestal van bedrijven) ingedamd moet worden. Dat is wel tegen de draad van de rechtsontwikkeling in fietsen, en men weet intussen wat dat voor gevolgen heeft bij de vaststelling van causaal verband wanneer er schadelijke gevolgen van het optreden zijn.

Wij zijn tegenwoordig, na de eerste doorbraak bij de ontwikkeling van een eigen, juridisch causaliteitsbegrip, een eeuw verder met de causaliteit, en het wordt onderhand tijd om orde op zaken te stellen. De opgewonden reacties in de vakpers naar aanleiding van de arresten *Dicky Trading II en St Willibrord* - het *Conditio sine qua nonnenkoor* - en ongetwijfeld onrust in verzekeringsland, beloven interessante discussies in de komende tijd. De gevestigde belangen zijn dan ook groot.

Dat brengt ons bij de verzekeringsproblematiek, waarover nog een laatste woord. Hierboven werd erop gewezen dat een standaard-formulering in polissen van aansprakelijkheidsverzekeringen is dat slechts schade als ‘het direkt en onmiddelijk gevolg’ van een gebeurtenis gedekt wordt, en dat dit door assuradeuren en verzekeringsjuristen steevast gezien wordt als CSQN in meest klassieke vorm: het natuurwetenschappelijke, ‘harde’, aantoonbare causaal verband tussen handeling en schade. De bewijslast daarvan ligt in die visie onomstotelijk op de geledeerde, die verhaal zoekt voor zijn schade op de verzekerde dader. Veel lagere rechtspraak, arbitrages, bindend adviezen, e.d. lijken op die zienswijze gebaseerd te zijn, en veel schadeclaims worden op die voet afgehandeld. Ik zou staande willen houden, dat naar geldend recht die polisvoorwaarde uitgelegd moet worden als weergave van de TNR-causaliteit, die op grond van art. 98 van toepassing is, en die zoals wij zagen, in de jurisprudentie van de hoge raad sinds begin jaren ‘70 met die term uit de polis van ‘het direkt en onmiddelijk gevolg’ omschreven wordt (voor 1970 was dit niet anders onder het regime van AQT, dat tot 1928 teruggaat). Deze opvatting

11. CAUSALITEIT

is, zoals aangetoond, in overeenstemming met art. 98, mede blijkens de parlementaire geschiedenis ervan.

6. *De ‘omkeringsregel’-jurisprudentie na medio 2001: meer uitzonderingen op de regel. Bijstelling van de regel? Een analyse*

De bovenstaande beschouwingen over de ‘omkeringsregel’ in de jurisprudentie van de hoge raad zijn uit de vorige druk van dit boek (2001). Het zal niet verwonderen dat in kringen van juristen die beperking van aansprakelijkheid, met name van het bedrijfsleven, hoog in het vaandel hadden staan, deze ontwikkeling met groot misbaar gevolgd werd. Eén arrest waarin de hoge raad op grond van de feiten niet aan de omkeringsregel toekwam, werd met veel vertoon als een beperking van die ontwikkeling binnen gehaald. Aldus de commentaren van Hartlief, Vranken en Akkermans op het *lekkende oliekoeler*-arrest van 19 januari 2001.⁷³ Zij putten hoop uit dit arrest, waaruit zou blijken dat de ‘omkeringsregel’ nog niet zo hecht verankerd is als men zou denken, en bovendien dat het nog heel onduidelijk is wanneer die regel eigenlijk geldt. Volgens Vranken zal het nog ‘hectoliters inkt’ vergen voordat hier duidelijkheid verkregen is; men zou een onderzoekschool van gemiddelde omvang enkele jaren aan het werk kunnen houden, voorspelde hij in zijn noot onder dat arrest. In een artikel in het *NJB* van 2002 schreef ik dat dit naar mijn mening wat anders ligt, wanneer men ten minste het vak bijgehouden heeft, en met name wat aan rechtsvergelijking gedaan heeft.⁷⁴ Wat het eerste betreft, de oliekoeler-zaak is feitelijk heel zwak: de oorzaak van het ongeluk door een slippartij wordt door de motorrijder gezocht in olie die op het profiel van de band lekte als gevolg van een gebrekkig reparatie van de oliekoeler door een garagebedrijf. Wat tegen zijn standpunt pleit, is dat hij direct na het ongeval, dat in een flauwe bocht gebeurde, tegenover de politie verklaard heeft een rijfout gemaakt te hebben, en in het proces verbaal niets over oliesporen vermeld stond, terwijl niet was komen vast te staan hoeveel olie gelekt was en welk effect dat kon hebben op het rijgedrag. Het ‘gevaar’ stond derhalve niet vast, evenmin als het ‘slippen’; terecht werd dan ook de bewijslast niet omgekeerd.⁷⁵ Rechtsvergelijking kan hier geen kwaad: het geeft te denken dat het duitse recht al enige decennia een pregnante vuistregel kent: ‘Verliert ein Motorradfahrer beim Durchfahren einer Kurve

73. Het arrest kwam ook boven al aan de orde, Hfdst. 10, § 2, nr 10, in fine. Zie hierover: T. Hartlief, noot AA 2001, p.454; Vranken, noot NJ; A.J. Akkermans, De ‘omkeringsregel’ als bewijs van causaal verband, *TVP* 2001, p.93 (oratie VU Amsterdam). Vgl. in deze zin ook C.E. Drion, *NJB* 2000, p.1656.

74. Vgl. mijn artikel over de ontwerp-Mijnbouwwet, *NJB* 2002, p.560, op p.565.

75. De kritiek van Vranken in zijn noot op het arrest kan ik niet volgen, evenmin die van Asser, *NJB* 2002, p.497. Daarin wordt aangevoerd dat de schade in het algemeen reeds in verband gebracht kan worden met de onrechtmatige gedraging; wat de HR doet, nadruk op de concrete ontstaansoorzaak zou leiden tot ‘Schmalspurjurisprudenz’, aldus Vranken. Asser meent dat men ‘het slippen bij voorbaat als ongevalsoorzaak moet aannemen’, met behulp van ‘een bruggetje’: want het risico van uit de motor lekkende olie bestaat juist uit slippen. Dat is mij een brug te ver. Sieburgh is het daarentegen met de benadering van de HR in dit arrest eens, vgl. *WPNR* 2001, p.590.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

die Gewalt über das Fahrzeug und kommt von der Fahrbahn ab, so spricht dies prima facie für schuldhaft überhöhte Geschwindigkeit oder einen Fahrfehler'.⁷⁶

Men dient hierbij te bedenken dat in Duitsland de omkeringsregel namelijk al jaar en dag geldend recht is, vaak in dezelfde bewoordingen die onze hoge raad de laatste jaren gebruikt ('das Gefahr sich verwirklicht hat', e.d.). Dat geldt eveneens op het gebied van de wanprestatie. Bij ons heeft de hoge raad de omkeringsregel ook bij wanprestatie toegepast, in het arrest *Dicky Trading II* van 1996 (*NJ* 1996, 607), tot ongeloof van menig (bedrijfs)jurist. In Duitsland staat dat gewoon in de wet, § 282 oud-BGB (inzake 'Pflichtverletzung' en onmogelijkheid), per 1 januari 2002 vervangen door § 280 BGB, met de renovatie van wanprestatie en koop die vrij geruisloos plaatsvond. In de handboeken is dit een bekend voorbeeld, zie bijvoorbeeld het boek van Baumgärtel, *Beweislast im Privatrecht*, uit 1996.⁷⁷ Daar vindt men ook een mooi overzicht van de 'Beweislastumkehr' en 'Kausalvermutung', waar menig nederlands promovendus wat van had kunnen opsteken, de laatste jaren.⁷⁸ Op veel terreinen is de term 'Ursachenvermutung' ingeburgerd, en zelfs door de wetgever overgenomen, zoals bij de duitse milieu-aansprakelijkheidswet, de Umwelthaftungsgesetz (1991, in § 6, lid 1).⁷⁹ In het franse en engelse recht is dat niet anders, zoals ik in dat artikel uit 2002 aangetoond heb (vgl. ook nog elders in dit werk).

In het franse recht kent men een zeer vergaande aansprakelijkheid op veel terreinen, met vermoeden van causaal verband, zoals in het verkeersrecht, de aansprakelijkheid voor zaken, 'fait des choses', die ook voor onroerende zaken geldt, en de mijnbouwschade. Het volgende citaat spreekt boekdelen:

76. Vgl. E. Schneider, *Beweislast und Beweiswürdigung*, 4e dr., 1987, nr 429; 5e dr., 1994, idem.

77. Zie nr. 456. De regel van § 282 oud-BGB werd ruim uitgelegd in de rechtspraak, vgl. H.-W. Micklitz c.s., *Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz*, 2001, p.73.

78. Een sprekend geval op het terrein van mijnbouwschade is het arrest Wasserschloss, OberLandesgericht Keulen 1992. Bruinkoolwinning leidt tot grondwateronttrekking en in een naburig kasteel ontstaan zettingsscheuren. De mijn bestrijdt het bestaan van oorzakelijk verband met de bruinkoolwinning; het hof gaat niet in op de bewijsvraag daaromtrent, aangezien met voldoende zekerheid vaststond dat de grondwaterpeilverlaging de schade tenminste mede veroorzaakt had, en derhalve geen sprake van een 'non liquet' was, een oorzakelijk verband dat niet opgehelderd zou zijn. Het Bundesgerichtshof zag hierin geen reden om cassatie toe te staan. Vgl. OLG Köln 16 sept. 1992, niet gepubl.; cassatie-aanvraag afgewezen door BGH, 30 juni 1994; zie Baumgärtel, 1996, nr 496. De passage over Beweislastumkehr begint bij nr 443; zie voor Anscheinsbeweis nr 227 v.; voor Indizienbeweis nr 272 v.

79. Vgl. over de 'Ursachenvermutung' en het karakter van de omkering van de bewijslast ook: E. Deutsch, *NJW* 1992, p.73, op p.76; U. Diederichsen, *PHI* 1992, p.163; A. Quentin, *Kausalität und deliktische Haftungsbegründung*, 1994, p.209 e.v.; W. Fikentscher, *Schuldrecht*, 9e dr., 1997, nr 1332. In het systeem van de Umwelthaftungsgesetz kent men als verweer het beroep op overmacht; om de weerlegging daarvan mogelijk te maken, geldt een informatieverplichting voor het milieugevaarlijke bedrijf, d.w.z. een 'Auskunftsanspruch' voor een schadelijgende partij (§ 8).

11. CAUSALITEIT

‘En d’autres termes, il existe une véritable présomption de causalité en faveur de la victime qui n’a, une fois encore, d’autre preuve à apporter que celle d’un contact avec la chose; les juges du fond, dans leur grande majorité, adoptent cette solution en déclarant *expressis verbis* que la chose en mouvement est présumée être la cause du dommage’. ‘Cette présomption de rôle actif a été justement étendue aux choses inanimées, même immobiles, « porteuses d’un dynamisme propre susceptibles de se manifester dangereusement » ... parce que la chose est intrinsèquement dangereuse, on conclut à sa fonction causale. *Res ipsa loquitur*’.⁸⁰

De zojuist aangehaalde commentaren op het *oliekoeler*-arrest zijn voorbeelden van schrijvers nog steeds blijk geven geen kennis genomen te hebben van de gevaarzettings- of risikoleer, die sinds het begin van de 20^e eeuw door een keur van schrijvers ook in ons land aanvaard werd; ook heeft men de hinderlijke gewoonte om slechts gelijk gestemde zielen aan te halen en iedere wetenschappelijk discussie uit de weg te gaan. De risikoleer gaat immers al sinds 1880 hand in hand met de regel van *res ipsa loquitur*, de ‘spreekende feiten’, zoals Veegens dat treffend noemde; een regel die in de common law-landen een grote bloei doorgemaakt heeft. Blijkens de rechtspraak die eerder aan de orde kwam is die leer (nog steeds) springlevend, en doen wij aldus mee met de rechtsontwikkeling in de buurlanden.⁸¹ Nog altijd doen tegenstanders van de risikoleer in dit verband een beroep op een causaliteitsleer in de vorm van *conditio sine qua non*, die als ‘minimumvereiste’ zou gelden, dat wil zeggen, pas wanneer dat oorzakelijk verband vaststaat, komt men aan de leer van toerekening naar redelijkheid van art. 6:98 BW toe.⁸² De bewijslast rust daarbij op eiser. Voor sommige schrijvers gaat het hierbij om een natuurwetenschappelijk aangetoond verband. In de 11e druk (2000) van zijn Asser-bewerking wees Hartkamp dat laatste nog af, in de 12^e druk (2004) werd dat element opgenomen (waaruit de medewerking van Sieburgh aan die druk duidelijk wordt, zie nog onder).

In de afgelopen jaren is de consternatie over de omkeringsregel niet verdwenen. In een reeks van arresten sprak de hoge raad zich wederom over dit onderwerp uit, waarbij veelal de regel geen toepassing vond, ongetwijfeld tot grote opluchting van verontruste juristen, die Amerikaanse toestanden zagen opdoemen. Het zijn echter arresten die in mijn visie, als voorstander van de ‘nieuwe’ regel, niet anders afgelopen zouden zijn. Er was meer sprake van onwennigheid en achterstand in het denken op dit gebied bij de balie die ineens grote mogelijkheden zag in onhaalbare procedures, en waar het procesbelang groot is kan men deze mogelijkheid niet laten liggen. In een kennelijke poging

80. Starck, Roland, Boyer, *Droit civil. Obligations*, Parijs, 1988, nrs 560, 850, 432 v.; vgl. ook G. Viney en P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Parijs, 2e dr., 1998, nrs 363 v.; 674. Zie: A.J. Goedmakers, *TMA* 1999, p.159. Een goed voorbeeld van dat recht is een arrest van de Cour de cassation uit 1990 waarin overwogen werd ‘dat de niet te ontkennen chronologische gelijktijdigheid van het zich voordoen van de beschadigingen in de huizen en de voortgang van de exploitatie van de mijn, zoals aangegeven door de deskundigen, het causaal verband aantoont tussen de schade en de activiteit’ (civ., 3e, 7 nov. 1990, *Lexis* 1715). Volgens de vaste jurisprudentie wordt in Frankrijk een onbekende oorzaak van mijnbouwschade voor rekening van de mijn-exploitant gebracht.

81. Zie voor de gevaarzettings- of risikoleer: boven, Hfdst. 10, § 2, nr 7 v.; onder, Hfdst. 12, § 1, nr 5 v.

82. Aldus bijv. a-g Spier, concl. voor het *fibromyalgie*-arrest (2004), sub 3.19, dit wordt ‘algemeen aangenomen’ (zonder bronvermelding), zie nog onder.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

om de wassende vloed aan zaken in te dammen, heeft de cassatierechter een nadere uitleg aan de omkeringsregel gegeven, een regel die ‘blijkens daarover in de doktrine gerezen vragen, verduidelijking behoeft’ (arrest van 29 nov. 2002, *lekkende container*). Dat gebeurde in twee op dezelfde dag gewezen arresten, van 29 november 2002, met een identieke inhoud wat de grondslag van de uitspraak betreft. Daarop zijn enkele soortgelijke uitspraken op gevolgd, van 18 april 2003, 19 maart 2004 en 9 april 2004 (genoemde arresten zijn in één *aflevering* van de *NJ* gepubliceerd, met annotaties van Asser, overigens een tegenstander van de regel). In de latere uitspraken wordt naar de tweeling-arresten van 29 november 2002 verwezen, die bekend geworden zijn als de ‘november-arresten’; deze zullen hier de meeste aandacht krijgen, ook wat de grondslag van de regel betreft. Een derde arrest, dat heel intrigerend, eveneens op 29 november 2002 gewezen is, dat evenwel van een geheel andere denkstijl getuigt, mag hier niet ontbreken: het *legionella*-arrest.⁸³

Wat de grondslag van de recente ‘omkeringsregel’-arresten betreft, als opmerking vooraf, het onophoudelijke gedram uit sommige kringen om de suprematie van de CSQN-grondslag te herstellen (het koor, met: Spier, Akkermans, Hartlief, Drion, c.s., en tenslotte ook Hartkamp) heeft in zover effect gehad, dat de hoge raad dat aspect uitdrukkelijk genoemd heeft, anders dan voor 2002 het geval was. Het behoeft geen betoog dat dit door mij betreurd wordt, maar het staat nog te bezien of daar bloed uit vloeit. Het heeft namelijk meer de schijn van een lippendienst aan het begrip en de aanhangers ervan – hetgeen, ‘in my humble submission’, niet getuigt van diepgaande kennis van het leerstuk en de wettelijke regeling - zonder dat het voor de toepassing van de regel of de uitkomst van betekenis is. De kans op nieuwe misverstanden is groot: de raad geeft niet aan wat hij onder CSQN verstaat. Zoals nog later uiteengezet zal worden, heeft de hoge raad naar mijn mening hier het oog op het sine qua non-verband als ‘negatief vereiste’, zoals dat door het merendeel van de schrijvers stilzwijgend gehanteerd wordt. Het zou mij niet verbazen wanneer Paul Scholten en Wolfsbergen, om een greep uit de groep grote, bijna vergeten juristen op dit gebied te doen, zich in hun graf zouden omkeren indien zij van deze dogmatisch zwakke uitspraken van de hoge raad zouden kennismaken. Laten wij maar eens naar het ‘omkeren’ van de bewijsregel in de recente rechtspraak gaan kijken.

In de vloed van uitspraken over de ‘omkeringsregel’ van de laatste jaren geeft de hoge raad daarbij meestal eerst een overzicht van de stand van zaken, met verwijzing naar eerdere rechtspraak. Dat gebeurde eind 2001 in een arrest inzake medische aansprakelijkheid, een *polsoperatie* die verkeerd afgelopen was.⁸⁴ De raad overweegt als volgt:

‘3.5.2. Aldus stelt onderdeel 1a de vraag aan de orde of in een geval als het onderhavige “de omkeringsregel” van toepassing is. Deze door de Hoge Raad in een reeks van arresten

83. HR 29 nov. 2002, *NJ* 2003, 549, nt JMBV.

84. HR 23 nov. 2001, *NJ* 2002, 386, nt JMBV onder 387, *polsoperatie (Gezondheidszorg Oostelijk Zuid-Limburg)*. Zie ook: HR 23 nov. 2001, *NJ* 2002, 387, nt JMBV, *dwarslaesie*. Deze ‘informed consent-arresten’ zijn besproken door A.J. Akkermans, *De ‘omkeringsregel’ bij het bewijs van causaal verband*, Boom, 2002 (uitwerking oratie VU), p.95 v.; A. Hammerstein, in: *Causaliteit*, Symposium LSA (Ver. van Letselschade Advocaten) 2003, SDU, p.8 v.

11. CAUSALITEIT

aanvaarde regel houdt in dat indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel gegeven is en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan (zie laatstelijk HR 19 januari 2001, *NJ* 2001, 524 en HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649).

De omkeringsregel wordt hier niet toegepast, aangezien de schending van de informatieplicht door de arts onvoldoende verband hield met het schaderisico (zie nader: Hfdst. 12, § 11, nr 3, medische aansprakelijkheid).

De lekkende container-zaak

Dan nu de twee ‘november-arresten’ uit 2002. Het eerste arrest van 29 november 2002 heeft betrekking op een lekkende container die bij het vervoer milieuschade veroorzaakt had.⁸⁵

De container had een lange reis gemaakt: in Italië geladen en door de italiaanse spoorwegen vervoerd tot de nederlandse grens, daar aan de NS ter transport overgedragen, en tenslotte in de Beneluxhaven in Rozenburg aangekomen, op het containerterrein van Transport Ferry Service (TFS, gelieerd aan P&O European Ferries), met als eindbestemming Engeland. De tankcontainer was gevuld met PCB's, uiterst giftige stoffen (verzegeld vervoerd), en dat was het probleem bij de lekkage die optrad: de Gemeente Rotterdam moest na afloop de bodem saneren, kosten f 1,2 mln, die verhaald worden op TFS als huurder/exploitant van het terrein, die op haar beurt de vervoerders en afzender aansprakelijk stelt (behalve NS, o.a. ook expediteur Vos, eigenaar van de container, en de italiaanse vervoerder en afzender). Na aankomst, op 18 okt. 1989, werd direkt met de lossing van de container begonnen; deze werd met een kraan vertikaal van de wagon gelicht, en begon toen hij 1 à 2 m gehesen was (volgens getuigen) spontaan ernstig te lekken. De container werd meteen op de wagon teruggezet en buiten het terrein van TFS gebracht, waar de brandweer gekomen is om de lekkage te verhelpen, door een klep te sluiten. Hoe kon dit gebeuren? Eiser TFS stelt zich op het standpunt dat de schade heeft kunnen ontstaan door een oorzaak die voor aankomst van de container op het terrein van TFS reeds bestond, zoals ondeugdelijkheid van de container, het niet functioneren van het kleppensysteem of de vergrendeling ervan, en tenslotte, het niet tijdig periodiek gekeurd zijn van de container. Dat werd de inzet van de procedure die volgde, in drie instanties.

In de procedure is na deskundigenonderzoek en getuigenverhoor onduidelijk gebleven wat de toedracht precies was, waarbij de lezer opvalt dat soms maar wat geroepen wordt. Het probleem voor TFS was namelijk dat deskundigenonderzoek, direkt na het ongeluk, aangetoond had dat alle kleppen van de container goed functioneerden. Er zijn twee kleppen in het spel: een

85. HR 29 nov. 2002, *NJ* 2004, 304, nt DA (onder nr 305), *Transport Ferry Service c.s. – NS c.s. (lekkende container)*; AA 2003, p.307, nt Rutgers. Zie over beide november-arresten ook: J.W. Hoekzema, De plaats van de ‘omkeringsregel’ in het bewijsrecht, *NTBR* 2003, p.232 en T.R. Hidma, G.R. Rutgers, Pitlo. Bewijs, 8^e dr., 2004, p. 56 v.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

bodemklep en een vlinderklep aan de achterkant (voor het koppelen van losslangen). Dan is er nog een stofkap of schroefkap, die op de uitloop van de vlinderklep zit, en die zoals de rechtbank heeft vastgesteld, niets met de lekkage van doen heeft (deze schroefkap 'hing los' bij het hijsen van de container, zeggen TFS-getuigen), maar daar lijkt het hof weer anders over te denken. Het Korps Controleurs Gevaarlijke stoffen heeft direkt na het voorval de verzegeling van de bodemklep intact aangetroffen (evenals die van de deksel bovenop de container). Wel was door deskundigen naderhand vastgesteld dat de as van de vlinderklep 45% getordeerd was, hetgeen echter geen invloed op de afsluitende werking had. Dat kan door een val van de container veroorzaakt zijn, bijvoorbeeld bij de behandeling op het TFS-terrein. Niettemin komt TFS met een amerikaans rapport waarin vastgesteld wordt dat alle kleppen niet functioneerden, een rapport dat jaren later opgesteld was, zonder inspectie van de container.

Tijdens het vervoer van Italië naar Rozenburg was lekkage of enige onregelmatigheid aan de container niet gebleken; gebruikelijk is dat door de verschillende vervoerders een container op vergrendeling en verzegeling telkens bij overname van het vervoer gecontroleerd wordt. Een punt dat eiser benadrukt heeft, en in cassatie een hoofdrol zal gaan spelen, is dat de container niet volgens schema gekeurd was. Nu had die keuring alsnog, een maand na het voorval, plaatsgevonden; daarbij was de container afgekeurd, echter niet vanwege de verdraaiing van de as van de vlinderklep, maar wegens interne corrosie, hetgeen niets met het lekkagevoorval te maken had.

TFS vangt bot voor rechtbank en hof; zij slaagt niet in het bewijs dat haar opgedragen wordt ten aanzien van eerder bestaande gebreken aan de container of de vergrendeling ervan. Het hof is van oordeel dat de wijze waarop het ongeval plaats vond niet slechts kon wijzen op gebreken aan de container, onjuiste handelingen konden daar evenzeer debet aan zijn. En dan komt TFS zelf in spel, die immers bij het van de wagon takelen van de container betrokken was. Op welke wijze dat plaats vond wordt niet duidelijk uit de stukken; een gedachte die bij de *NJ*-lezer opkomt is dat het zou kunnen dat het TFS-personeel de container bij het aftakelen op de grond heeft laten vallen, waardoor hij is gaan lekken.

Het hof zag in het 'enkele feit' dat NS c.s. gebruik gemaakt had van een container voor vervoer van gevaarlijke stoffen en dat dit gebeurd is na overschrijding van een keuringstermijn geen grond voor het onrechtmatig achten van hun handelen; het levert evenmin een rechtsvermoeden van schuld aan de ontstane schade op. Dat laatste wordt de inzet in cassatie. Het is mijns inziens een heel zwakke zaak. Bij zoveel onduidelijkheid over de feitelijke toedracht - de casus doet denken aan de motorrijder die de bocht uitvliegt en dat wijt aan een lekkende oliekoeler - getuigt het beroep op de omkeringsregel wel van groot optimisme bij eiser. De keuring, indien tijdig gedaan, zou immers geen gebrek aan het licht gebracht hebben dat iets uitstaande had met het schadevoorval. De schending van die veiligheidsnorm, containers tijdig laten keuren, wordt louter *pro forma* ingeroepen, om een onmogelijke bewijspositie te verlichten. Dat gaat wel heel erg ver. De hoge raad komt dan ook terecht niet aan de omkeringsregel toe, op de volgende wijze:

11. CAUSALITEIT

3.5.3. Het onderdeel stelt de vraag aan de orde of in een geval als het onderhavige de "omkeringsregel" van toepassing is. Hiermee wordt bedoeld de door de Hoge Raad in een reeks van arresten aanvaarde "regel" dat indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan (zie laatstelijk HR 19 januari 2001, *NJ* 2001, 524; HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649; HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386; HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387).

Deze met de "omkeringsregel" aangeduide rechtspraak behoeft, blijkens daarover in de doctrine gerezen vragen, verduidelijking. Ter toelichting en uitwerking van deze regel waarvan de toepassing niet is beperkt tot een duidelijk afgebakende groep van gevallen, diene het volgende.

(i) In de vorenvermelde rechtspraak wordt tot uitdrukking gebracht dat in de daarin bedoelde gevallen op grond van een bijzondere, uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende regel, een uitzondering dient te worden gemaakt op de hoofdregel van art. 150 Rv. (art. 177 oud) in dier voege dat het bestaan van causaal verband (in de zin van: *conditio sine qua non*-verband) tussen de onrechtmatige gedraging of tekortkoming en het ontstaan van de schade wordt aangenomen tenzij degene die wordt aangesproken, bewijst - waarvoor in het kader van het hier te leveren tegenbewijs voldoende is: aannemelijk maakt - dat de bedoelde schade ook zonder die gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan.

(ii) Voor het maken van de in (i) bedoelde uitzondering is alleen plaats als het gaat om schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen en als dit gevaar door de normschending in het algemeen aanmerkelijk wordt vergroot.

(iii) In dat geval is het immers, gelet op de bescherming die een dergelijke norm beoogt te bieden, redelijk, behoudens tegenbewijs, ervan uit te gaan dat, als het specifieke gevaar waartegen de norm beoogt te beschermen, zich heeft verwezenlijkt, zulks een gevolg moet zijn geweest van deze normschending.

Voor de toepassing van voormelde regel is dus blijkens het vorenstaande vereist dat is komen vast te staan dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade, en dat degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt.

Opmerking verdient nog dat het hier bedoelde vermoeden zich niet zonder meer uitstrekt tot de omvang van de schade die in beginsel door de benadeelde moet worden aangetoond of aannemelijk gemaakt.

3.5.4. Bij de beoordeling van onderdeel 1.1 dient uitgangspunt te zijn dat het Hof heeft geoordeeld dat de toedracht van het ongeval niet is komen vast te staan en dat op grond van de door het Hof vermelde omstandigheden voorshands ervan kan worden uitgegaan dat de container in deugdelijke staat op het terrein van TFS is afgeleverd. In deze oordelen ligt besloten dat vooralsnog onduidelijk is gebleven op welke wijze de schade is ontstaan. De overwegingen die het Hof tot deze oordelen hebben geleid, worden, zoals hierna in 3.5.5 zal blijken, tevergeefs bestreden.

Voorts moet het oordeel van het Hof dat het ter keuring aanbieden van de container geen bescherming had geboden tegen de oorzaak of de oorzaken van het ongeval, uitgaande van het vorenstaande, aldus worden verstaan dat de schending van de verplichting de container ter keuring aan te bieden niet een vermoeden oplevert dat het ongeval is ontstaan als gevolg van een gebrek aan de container. Dit oordeel is juist. Vooreerst rechtvaardigt de enkele omstandigheid dat deze keuring niet heeft plaatsgevonden, niet zonder meer het vermoeden dat de container gebrekkig was. Het Hof was bovendien van oordeel dat voldoende aanwijzingen bestonden om, integendeel, voorshands aan te nemen dat de container in deugdelijke staat was.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

Gelet op het in 3.5.3 overwogene is het Hof aldus op goede gronden tot de slotsom gekomen dat de omkeringsregel in het onderhavige geval niet van toepassing is. De klacht faalt derhalve.’

De dogmatische kant van deze beslissing vraagt nog onze aandacht. Het valt op dat de hoge raad, anders dan de ‘omkeringsarresten’ uit het verleden, zoals *Dicky Trading II* (1996) en *Sint Willibrord* (2000), bij ‘causaal verband’ (onder (i)) tussen haakjes toevoegt: ‘in de zin van: *conditio sine qua non*-verband’. Het heeft geen functie in het oordeel, ik houd mijn kommentaar nog even aan. Opvallend is verder dat de raad, onder (ii) spreekt van normschending waardoor het gevaar ‘*in het algemeen*’ aanmerkelijk wordt vergroot’. Annotator Asser verbaasde zich hierover; die verbazing is op zich weer verbazend indien men de wetsgeschiedenis van art. 6:98 BW kent, waar zoals wij hierboven zagen in de toelichting die term letterlijk voorkomt, evenals in de jurisprudentie van de afgelopen jaren. Het is de essentie van de risikoleer (‘gevaarzetting’, anno 1913), zoals in de jurisprudentie al een halve eeuw toegepast, hetgeen de tegenstanders daarvan maar niet duidelijk te maken is.⁸⁶ In casu was het verband tussen norm, normschending en het gevaar waarop de norm gericht was zoek, omdat zoveel zoek was in de feittendoedracht, met het bruine vermoeden dat eiser zelf boter op het hoofd had. De onzorgvuldige behandeling van een container kan immers evengoed de schadeoorzaak zijn als een intern gebrek van de container. Bij zo’n zoekplaatje moeten er heel goede gronden zijn om tot omkering van de bewijslast te besluiten.

Het tweede arrest van 29 november 2002 is evenmin een sterke casus voor toepassing van de omkeringsregel.⁸⁷ Bovendien is hier geen veiligheidsnorm en schending ervan in velden of wegen te bekennen, het gaat om onrechtmatig handelen van de overheid, die ten onrechte geweigerd heeft een Hinderwetvergunning te verlenen.

Kastelijn, pluimveehouder te Twijzel, vraagt bij de gemeente een vergunning aan tot wijziging van zijn bedrijf, behalve kippen wil hij ook fokzeugen gaan houden. Alle adviezen zijn gunstig, maar de gemeente weigert in 1984 de gevraagde vergunning. Kastelijn gaat in beroep bij de Kroon, met succes, en onder vernietiging van de beschikking krijgt hij alsnog een vergunning. Daarop krijgt hij van de gemeente een bouwvergunning, in 1986. Kastelijn krijgt echter de financiering niet rond, en de bedrijfswijziging gaat niet door; met als gevolg een inkomensschade die hij begroot op ruim f 1 mln, welk bedrag hij op de gemeente wil verhalen. Ten tijde van de afwijzing van de Hinderwetvergunning had hij namelijk wel krediet kunnen krijgen van een bank, zo stelt hij, en naderhand niet meer. De gemeente betwist dat en voert aan dat ook indien de vergunning niet was geweigerd Kastelijn met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid geen financiering had kunnen krijgen voor de beoogde investering. Kastelijn krijgt voor de rechtbank de bewijslast, waarin hij niet slaagt. In appel blijft het vonnis overeind, en dan volgt cassatieberoep van Kastelijn. De hoge raad wijst dat af, na de omkeringsregel toegelicht te hebben in een gelijkkluidende overweging als wij in de lekkende container-zaak tegen kwamen. In het onderhavige geval is voor de omkeringsregel geen plaats, oordeelt de raad. Het hof is er terecht van uitgegaan ‘dat, mede gelet op de aard van de schade, causaal verband tussen de weigering van de vergunning en het niet doorgaan

86. Zie Hfdst. 10, § 2, nr 7 v.

87. HR 29 nov. 2002, NJ 2004, 305, nt DA, *Kastelijn – Gem. Achtkarspelen*; AA 2003, p.298, nt Hartlief; *NTBR* 2003, p.111, nt Van Maanen.

11. CAUSALITEIT

van de verbouwing van het bedrijf en de daaruit voortvloeiende schade 'niet zonder meer voor de hand lag' (mijn curs.).

Het volgende arrest is interessanter, en aanzienlijk gecompliceerder. Hier is weer wel een veiligheidsnorm in het geding, in de ruime zin van het woord.⁸⁸ Het gaat namelijk om een beveiligingscontract, inzake een loods in het havengebied, en het beveiligingsbedrijf had in strijd met zijn contractuele verplichtingen gehandeld door bepaalde controlehandelingen achterwege te laten. Er wordt ingebroken in de loods, met aanzienlijke schade tot gevolg (grote partijen sigaretten worden gestolen). De precieze toedracht is weer onduidelijk, en de assuradeuren van de eigenaren van de in loods opgeslagen goederen zoeken omkering van de bewijslast wegens schending van de beveiligingsnorm uit het contract. Gaat dit lukken? Neen, en terecht.

De casus leest als een jongensboek; de feiten komen hierop neer. Fino Bewaking heeft met Mevi Internationaal Expeditiebedrijf BV een beveiligingsovereenkomst gesloten met betrekking tot een loods van Mevi die gebruikt werd als douaneloods voor goederen in transit. Volgens contract moest Fino ieder half uur surveilleren, tussen 19.00 en 07.00 uur, en daarbij rond de grote loods gaan, bij een alarmmelding onderzoek instellen, en dat voor een prijs van f 62.700 per jaar. Er wordt twee keer ingebroken, in de nacht van 15 op 16 mei 1995 en de nacht van 29 op 30 oktober 1995, waarbij grote hoeveelheden sigaretten gestolen worden. De Belastingdienst vordert na de eerste inbraak van Mevi een bedrag van bijna 8 ton aan verschuldigde invoerrechten, BTW en accijns voor de partij gestolen ongebanderolde sigaretten. De vordering van de fiscus na de tweede inbraak is ruim 3,5 ton, terwijl verder nog schade aan de loods is veroorzaakt (ruim f 120.000 bij de laatste inbraak). Assuradeuren, ACE en Nationale Nederlanden, keren vergelijkbare bedragen aan Mevi uit en zoeken verhaal op Fino, die beide keren tekortgeschoten was bij de bewaking. Zij stellen dat Fino op alle boven genoemde onderdelen van de bewakingsovereenkomst ernstig tekortgeschoten is, maar hebben grote moeite om het causaal verband tussen die wanprestatie en de inbraak en de daardoor veroorzaakte schade aan te tonen. Daarbij speelt niet alleen een rol dat de precieze toedracht niet geheel vast te stellen is: wel hoe het allemaal vrij zeker in zijn werk gegaan is, maar niet de exacte relatie tot de surveillance-werkzaamheden van Fino, dat wil zeggen, het nalaten van essentiële handelingen bij de bewaking. Het waren namelijk inbraken die zeer professioneel uitgevoerd werden, terwijl onopgehelderd gebleven is of de inbrekers hulp van personeel van Mevi gehad hebben (hetgeen bij dit type diefstal vaak schijnt voor te komen), en hoe hun waarschuwingssysteem werkte in geval de bewakingsdienst verscheen (uitkijkposten, communicatie per mobiele telefoon). Fino was inderdaad niet elk half uur komen kijken, en was bij rondes (per auto) niet geheel rond de loods gegaan, maar zoals zij stelt had dat niet uitgemaakt bij het gebruik van een professioneel waarschuwingssysteem, waarbij de inbrekers telkens het werk neerlegden als de mensen van Fino eraan kwamen. Het was heel wat werk dat verzet moest worden, alleen al het inbreken op zich: bij de eerste inbraak werd in

88. HR 18 april 2003, NJ 2004, 306, nt DA, ACE Insurance en Nat. Ned. – Fino Bewaking; NTBR 2003, p.448, nt Abas.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

de buitenmuur een gat van 60 bij 45 cm gemaakt, bij de tweede inbraak was het een gat van 70 bij 80 cm, waarbij behalve de buitenmuur ook de inmiddels binnen aangebrachte stalen platen met een slijptol doorgezaagd werden. Nu zou men zeggen, zo'n gat zie je toch wanneer je als bewaker een ronde doet. Dat lag echter niet voor de hand; in het eerste geval had de directeur van Mevi de dag na de inbraak zijn auto pal naast het gat in de muur geparkeerd, en bij klaarlichte dag het gat niet gezien; bij de tweede inbraak had na het afgaan van het brandalarm de brandweer met 24 man een onderzoek buiten de loods ingesteld, en niets gevonden, ook toen zij zich op 1 à 2 meter van het gat bevonden. En wat het adequaat reageren op alarmmeldingen betreft, Fino mocht de loods niet betreden en had bij de eerste inbraak na het afgaan van een trilalarm met camera's de binnenkant van de loods onderzocht en niets gevonden, en had verder de roldeur gecontroleerd die zich het dichtste bij de detector bevond. Nu gaf het systeem regelmatig vals alarm (soms enkele keren in één nacht). Bij de tweede inbraak had Fino-personeel met de brandweer ook de loods betreden, doch binnen geen onraad gevonden.

Dit is in grote lijnen het feiten-tableau waarop eisers in cassatie in arren moede de omkeringsregel op losgelaten hebben. Het hof had, de bovenstaande feiten en omstandigheden afwegende, echter geen grond gezien om wanprestatie van Fino aan te nemen die de schade veroorzaakt heeft. De hoge raad onderschrijft het oordeel van het hof, en ziet geen grond voor toepassing van de omkeringsregel. Bij de weergave van het afwijzen van wanprestatie door Fino in het arrest a quo valt op dat de rechtseconomische benadering van het hof alle aandacht krijgt. 'Niet is komen vastte staan dat Fino, mede gelet op de voor haar surveillances in rekening gebrachte prijs, niet heeft gedaan wat redelijkerwijs van haar mocht worden verwacht', zegt de cassatierechter. In Deel 1 van dit boek is uitvoerig gewezen op dit aspect van wanprestatie, in het kader van het beroep op exoneratiebedingen. Het speelt terecht in deze context een grote rol: Fino had de inbraken best kunnen signaleren wanneer zij vrijwel continue rondjes om de loods, liefst te voet en voorzien van sterke lampen, gemaakt had, maar dat kan men bij een dergelijke contractprijs te enen male niet verwachten.

Dan komt de omkeringsregel aan bod, ov. 3.8 v. Allereerst wordt een overweging gegeven die vrijwel letterlijk overeenkomt met die in de arresten van 29 november 2002 (*lekkende container* en *Gemeente Achtkarspelen*), waarnaar expliciet verwezen wordt. Dan volgt een verrassend kort oordeel:

'3.9 In het onderhavige geval heeft het Hof kennelijk geoordeeld dat Fino aannemelijk heeft gemaakt dat de als gevolg van de inbraken geleden schade ook zou zijn ontstaan als Fino met de overeengekomen frequentie en rondom de gehele loods had gesurveilleerd, zodat voor toepassing van de omkeringsregel geen plaats was. Blijkens het vorenoverwogene (zie hiervoor in rov. 3.8, slot) is het Hof daarmee niet uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Tegen de achtergrond van het partijdebat, zoals weergegeven in de conclusie van de Procureur-Generaal onder 11, is zijn oordeel ook niet onbegrijpelijk. De onderdelen kunnen dus niet tot cassatie leiden.'

Aldus beten assuradeuren in het zand.

11. CAUSALITEIT

De arresten van 2004: post mortem en fibromyalgie

In het voorjaar van 2004 werd de omkeringsregel wederom aan de hoogste rechter voorgelegd, in twee gevallen van letselschade (medische aansprakelijkheid en gevolgschade na een verkeersongeval), evenmin zonder succes. Ik ben het weer met de afwijzing van toepassing van de regel met de hoge raad eens. De zwakke schakels in de redenering voor hantering van de regel zijn tweërlei: in het arrest van 19 maart 2004, *post mortem-onderzoek*, is het probleem de vaststelling van het gevaar en de vergroting van dat gevaar door nalatig handelen van de contractant (arts). In het arrest van 9 april 2004, *fibromyalgie*, staat opnieuw de *aard van de schade* in het middelpunt, vanwege de onbekende veroorzaking van de ziekte (met de moeilijke naam, die binnenkort wel weer bekend zal zijn), met name de vraag of het ongeval tot het krijgen van de ziekte bijgedragen heeft. In beide zaken is een gebrek aan kennis van de ware toedracht van de schadeveroorzaking het grote probleem; in beide gevallen werd het risico voor het ontbreken van kennis niet bij de wanpresterende wederpartij (en gedaagde), c.q. onrechtmatig handelende verkeersdeelnemer gelegd. In de eerste zaak had post mortem-onderzoek bij de patiënt diens doodsoorzaak aan het licht kunnen brengen; dat was niet uitgevoerd, zonder dat dit de behandelende arts verweten kon worden (het stond namelijk los van zijn falen bij de behandeling), het kwam dus niet voor zijn risico (de weduwe had nagelaten daartoe opdracht te geven, en dat had op haar weg gelegen). In de tweede zaak kan de spierziekte fibromyalgie veel oorzaken hebben, en staat allerminst vast dat één daarvan het ondergaan van een verkeersongeluk is. In beide procedures had het slachtoffer geen sterk dossier: de patiënt leed aan keelkanker en had nog andere fysieke problemen die op zich wellicht reeds een fataal karakter hadden; het verkeersslachtoffer had voor het ongeluk al een dossier met veel onduidelijke kwalen en klachten en maakte soms gebruik van een rolstoel om voor haar positie aandacht te vragen (waar hebben wij dat ook al weer eerder gehoord?). Type 'querulant' denkt de *NJ*-lezer bij zichzelf. In dergelijke situaties wordt de omkeringsregel weer gebruikt als laatste redmiddel. Het is intussen leerzaam om te constateren waarom dat niet opgaat; in samenhang met de eerder besproken jurisprudentie zou toepassing van de 'nieuwe' regel (zo oud als de weg naar Rome, *res ipsa loquitur*) in kaart gebracht kunnen worden. Een poging daartoe volgt in de volgende subparagraaf (nr 7).

Het arrest van 19 mrt 2004, *NJ* 307, nt DA, had betrekking op de volgende casus. K., de man van mevr. B., is ernstig ziek. Twee jaar tevoren was keelkanker bij hem vastgesteld, na het innemen van enkele tabletten was hij niet meer wakker geworden, en sliep al 18 uur. Mevr. B. belt op de avond van 4 sept. 1996 de waarnemend huisarts, die niet direkt kan komen, en als hij om 20.30 uur langs komt en de patiënt onderzoekt, stelt hij vast dat bloeddruk, temperatuur, pols en reflexen niet zorgwekkend zijn. Hij deelt mevr. B. mee dat haar man naar zijn verwachting binnen enkele uren wakker zou worden, en wanneer dit niet het geval is, dat zij hem moest bellen, of degene die na 24.00 uur dienst heeft. B. heeft dat niet gedaan. De volgende ochtend haalt B. incontinentieluiers bij de eigen huisarts en vertelt aan hem dat haar man nog steeds niet bij kennis is. De huisarts, gealarmeerd, belt de ambulancedienst, die vaststelt dat K. inmiddels is overleden.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

De waarnemend huisarts J. wordt door het Medisch Tuchtcollege na een klacht van B. een waarschuwing opgelegd, die in hoger beroep voor het Centraal Tuchtcollege gehandhaafd bleef (J.'s advies aan B. was 'laakbaar onzorgvuldig en tuchtrechtelijk verwijtbaar'). Mevr. B. begint daarop een civiele procedure en vordert ruim f 65.000 van waarnemend huisarts J., terzake van gederfd levensonderhoud en shockschade. Zij heeft succes voor de rechtbank, die met de veroordeling door het Tuchtcollege civiele aansprakelijkheid als gegeven aanneemt: J. heeft zich niet als een redelijk handelend en redelijk bekwaam huisarts gedragen. Vervolgens past de rechtbank bij de vaststelling van het causaal verband de omkeringsregel toe, aangezien de wanprestatie van J. het risico van ontstaan van schade teweeggebracht heeft. In appel wordt dit door het hof vernietigd; J. mag allereerst tegenbewijs leveren tegen het in beginsel aannemen van wanprestatie als gevolg van de tuchtmaatregel; het hof ziet geen aanleiding voor toepassing van de omkeringsregel aangezien de doodsoorzaak niet kon worden vastgesteld omdat geen sectie plaatsgevonden heeft. Uitsluitend B. had de mogelijkheid om een post mortem-onderzoek te laten doen, waarvan zij geen gebruik gemaakt heeft. Daardoor is J. in bewijsnood gebracht en dat dient voor risico van B. te komen; op B. rust de normale bewijslast, namelijk aantonen dat de dood van haar man K., althans het risico voor het intreden van zijn dood, en de schade die daardoor ontstaan is het rechtstreeks gevolg zijn van het handelen of nalaten van de arts. Aldus het hof, om 'proceseconomische redenen' komt de laatste bewijsopdracht als eerste aan bod. Mevr. B. gaat hiervan in cassatie, en krijgt in ieder geval a-g Huydecoper mee. De hoge raad denkt daar echter anders over; na de langzamerhand bekende, algemene overweging over de omkeringsregel, dit keer in zeer beknopte vorm, met verwijzing naar het *lekkende container*-arrest, overweegt de raad als volgt:

'In het onderhavige geval heeft het hof wel geoordeeld dat in beginsel vaststaat dat de arts een hem toe te rekenen fout heeft gemaakt, maar het heeft niet, met het oog op een mogelijke toepassing van de omkeringsregel, in zijn arrest tot uitdrukking gebracht welke tot voorkoming van een specifiek gevaar strekkende norm de arts door zijn handelen of nalaten zou hebben geschonden. Kennelijk heeft het hof geoordeeld dat het niet mogelijk was een dergelijke norm aan te wijzen (vgl. hetgeen hierna wordt overwogen) en dat dit overigens ook niet noodzakelijk was op grond van zijn oordeel dat de omkeringsregel in dit geval geen toepassing kon vinden, reeds omdat niet kan worden gezegd dat zich een specifiek gevaar in de zin van voormeld arrest heeft verwezenlijkt. Volgens zijn in cassatie niet bestreden vaststelling heeft geen post mortem onderzoek plaatsgevonden en is daardoor de doodsoorzaak niet komen vast te staan, hetgeen in een geval als het onderhavige voor toepassing van de omkeringsregel wel noodzakelijk was geweest. Deze gedachtegang geeft niet blijk van miskening van de omkeringsregel. Anders dan het onderdeel betoogt, doet hierbij niet ter zake om welke reden het post mortem onderzoek achterwege is gebleven, nu in elk geval niet is vastgesteld en B. in de onderhavige procedure ook niet heeft aangevoerd dat het achterwege blijven van dit onderzoek voor risico van J. zou behoren te komen.

In dit verband verdient nog het volgende aantekening. Indien een arts een beroepsfout wordt verweten, zal in vele gevallen als norm die de arts zou hebben geschonden, slechts kunnen worden aangewezen de in art. 7:453 BW neergelegde algemene norm dat de arts bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht moet nemen en daarbij moet handelen in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid voortvloeiende uit de voor artsen geldende professionele standaard. Dit brengt mee dat met betrekking tot het bewijs van de stelling dat de fout tot een bepaalde schade voor de patiënt heeft geleid, in die zin dat tussen de fout en die schade *condicio sine qua non* verband bestaat, in die gevallen

11. CAUSALITEIT

geen plaats zal zijn voor toepassing van de omkeringsregel. Dit laat onverlet (a) dat de rechter in een gegeven geval op grond van gebleken feiten en omstandigheden tot het voorlopige oordeel kan komen dat, behoudens door de arts te leveren tegenbewijs, de eiser in het bewijs van causaal verband tussen de fout en de schade is geslaagd, en (b) dat op een arts die het causaal verband tussen de fout en de schade betwist, een informatieplicht rust die meebrengt dat van hem mag worden verlangd dat hij ter motivering van zijn betwisting aan de patiënt de gegevens verschaft waarover hij als arts de beschikking heeft of kan hebben (vgl. HR 7 september 2001, *NJ* 2001, 615). Het hiervoor overwogene sluit overigens ook niet uit dat zich de situatie kan voordoen dat wèl een norm bestaat die een patiënt tegen een specifiek gevaar beoogt te beschermen - zoals wanneer in een protocol gedragsregels zijn neergelegd - in welk geval de omkeringsregel wel toepassing kan vinden indien dit specifieke gevaar zich heeft verwezenlijkt (vgl. HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649).

Dit een en ander leidt tot de slotsom dat het hof met juistheid heeft geoordeeld dat de omkeringsregel in een geval als het onderhavige geen toepassing kan vinden, zodat onderdeel I tevergeefs is voorgesteld' (ov. 3.3).

[de aangehaalde arresten zijn resp. meniscus-, en trombose-arrest, beide behandeld in Hfdst. 12, § 11, nr 2, bewijs bij medische aansprakelijkheid].

In deze laatste overwegingen ten overvloede geeft de cassatierechter aan hoe met de schending van een norm met betrekking tot gevaarscheppend handelen moet worden omgegaan. Een kwestie die pas aan bod komt, in de optiek van de raad, indien de realisatie van het 'specifieke gevaar' waarop de norm gericht was bewezen is (in de zin van: 'aannemelijk gemaakt'). Door het achterwege blijven van het post mortem-onderzoek was dat bewijs onmogelijk geworden. Wat de norm in kwestie betreft, dat mag in de opvatting van de raad geen zeer algemene norm zijn, zoals de wettelijke norm over een zorgvuldig handelend arts (ex art. 7:453 BW). In de tegengestelde opvatting zou bij iedere wanprestatie van de contractant-arts de omkeringsregel gelden, en dat is gezien de aard van de overeenkomst en de aard van de schade wel de omgekeerde wereld, althans wat de hoofdregel van bewijslastverdeling betreft, 'wie stelt, bewijst'.

De hoge raad geeft hierbij aan dat er uitzonderingen zijn op dit uitgangspunt: de omstandigheden kunnen aanleiding geven voor een vermoeden in het nadeel van de arts, ook de informatieplicht van de arts kan een rol spelen. Verder kunnen er binnen de algemene zorgvuldigheidsnorm voor de arts normen gericht op specifieke gevaren bestaan, waarbij de raad wijst op bij protocol neergelegde gedragsregels.

Het fibromyalgie-arrest van 2004

Het tweede arrest, van 9 april 2004, *NJ* 308, nt DA, D. – Achmea Schadeverzekeringen, had betrekking op D., een vrouw van 27 jaar die op de bromfietstijdend in 1992 door een personenauto was aangereden, bestuurd door een verzekerde van Achmea, waaraan zij blijvend letsel overgehouden zou hebben: de reumatische ziekte 'fibromyalgie'.

Zij kwam ogenschijnlijk met de schrik vrij: de diagnose in het ziekenhuis had geen fracturen aangetoond, wel mogelijk een zeer lichte hersenschudding. D. had pijn aan nek, linker bovenbeen, knie en enkel en rechter elleboog. Later kreeg zij steeds meer klachten, aan schouders, armen, rug en benen; na verloop van tijd kwam daar nog bij: slaap- en concentratiestoornissen, prikkelbaarheid e.d., waarvoor zij verschillende keren onderzocht werd. Twee jaar later wordt

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

door een reumatoloog vastgesteld dat D. diffuse klachten heeft, passend bij een fibromyalgie-syndroom; er bestaan onvoldoende aanwijzingen voor een whiplash- of postwhiplash-syndroom. Fibromyalgie is een reumatische ziekte, ‘weke delen-reuma’, waarbij geen biologische schade optreedt maar de spieren, peesaanhechtingen en banden pijnlijk zijn, hetgeen tot algehele moeheid kan leiden. De oorzaak van de ziekte, die meestal vrouwen treft, is onbekend; het is een sluipend ziektepatroon, waarbij de klachten doorgaans op een leeftijd tussen 25 en 40 jaar beginnen. De vraag is nu, of de fibromyalgie van mevr. D. een gevolg is van het verkeersongeluk dat haar overkomen is; één van de drie deskundigen die door de rechtbank benoemd zijn ziet de mogelijkheid van een dergelijk verband. De overige deskundigen (en andere experts in aanvullende deskundigenverklaringen) zien geen grond voor een dergelijk verband: talloze stress-situaties, fysiek en psychisch, kunnen namelijk het ontstaan van de ziekte bevorderen (koortsige ziektes, operaties, echtscheidingen, sterfgevallen, auto- en ski-ongevallen, etc.). Een verkeersongeluk past is dat rijtje, maar het is maar één van de vele mogelijke oorzaken, de medische wetenschap geeft over de ziekte-oorzaak niet thuis. Daarmee is het kernprobleem van mevr. D. aangegeven, wat het aantonen van causaal verband tussen haar ziekte en het verkeersongeluk betreft. Daar komt nog bij dat zij een ziektegeschiedenis voorafgaand aan het ongeval had die te denken geeft: psychiatrische consultatie in 1984, jarenlang migraine-aanvallen, onverklaarbare functionele loopstoornissen en depressies in 1991. Enkele deskundigen tillen daar zwaar aan in hun rapport.

Het hof had, anders dan de rechtbank, geen aanleiding gezien om onder deze omstandigheden tot omkering van de bewijslast terzake van het causaal verband over te gaan. Dat wordt in cassatie aangevochten; de hoge raad onderschrijft echter het oordeel van het hof, conform de conclusie van a-g Spier. Terecht, het gaat hier om een waaier van mogelijke schade-oorzaken; toepassing van de omkeringsregel zou te ver doorschieten als vorm van slachtoffer-bescherming (in geval van bewijsnood). Voor het standpunt van eiseres pleitte echter dat in het *whiplash*-arrest (2001) de hoge raad onzekerheid over de opgelopen ziekte (na een kop-staart-botsing) voor rekening van de dader gebracht had.⁸⁹ De wijze waarop het gebeurt, met de CSQN-vlag in top, kan zoals duidelijk zal zijn mij niet bekoren; het kan weer een bron van misverstanden zijn. De cassatierechter geeft eerst een weergave van het oordeel van het hof, waarvan hier het slot volgt:

‘In rov. 4.17 heeft het hof geoordeeld dat het ontstaan van de fibromyalgieklachten van D. niet op basis van de (in elke geval deels op onjuiste veronderstellingen gebaseerde) bevindingen van de deskundigen Soerjanto en Vortman aan het ongeval kunnen worden toegeschreven. Naast de daarvan afwijkende oordelen van de andere deskundigen kunnen die bevindingen, aldus het hof, niet los gezien worden van de in de medische literatuur bestaande onzekerheid over oorzaken van fibromyalgie: "Voor zover bekend kan een ieder als fibromyalgie aangeduide klachten krijgen." Voorts zijn deze fibromyalgieklachten niet typische ongevasklachten. Het hof vervolgt:

"Voor zover verbanden worden gelegd, met name in chronologische zin, wordt geconstateerd dat fibromyalgie kan volgen na diverse soorten van lichamelijke of psychische stress. Dat maakt met name bij D. het leggen van een verband tussen het ongeval en de klachten hachelijk. Gebleken is immers dat vóór het ongeval in het leven van D. zich meer traumatische

89. HR 8 juni 2001, *NJ* 433, *Alg. Zwolsche – De Greef*; zie onder, Hfdst. 12, § 5, nr 3, in fine (verkeersschade).

11. CAUSALITEIT

gebeurtenissen hebben voorgedaan en bovendien dat zij een uitgebreide medische voorgeschiedenis had. Ook toen deden zich pijnen en andere klachten voor, waarvoor geen objectief medische oorzaak aanwijsbaar was, ook reeds toen presenteerde D. zich bij gelegenheid in een rolstoel, zoals zij bij latere onderzoeken na het ongeval heeft gedaan."

In rov. 4.18 heeft het hof geconcludeerd dat in dit geval onvoldoende is komen vast te staan dat de fibromyalgieklachten van D. een gevolg zijn van het ongeval en tevens dat voor het oordeel dat deze klachten zonder het ongeval niet of niet in dezelfde mate zouden zijn ontstaan, onvoldoende feitelijke grondslag bestaat. Nu D. geen gespecificeerd aanbod heeft gedaan om (nader) bewijs bij te brengen, betekent dit, aldus het hof, dat grief V van Achmea (welke grief de kernvraag aan de orde stelt of kan worden aangenomen dat de gezondheidsklachten van D. een gevolg van het ongeval zijn) slaagt' (ov. 3.3.2, in fine).

De hoge raad oordeelt hierover als volgt:

'3.4.1 Onderdeel 1 is gericht tegen de rechtsoverwegingen 4.7 tot en met 4.18.

Onderdeel 1a klaagt dat 's hofs oordelen in deze overwegingen rehtens onjuist althans niet voldoende (begrijpelijk) gemotiveerd zouden zijn omdat Achmea/Centraal Beheer de aansprakelijkheid voor de gevolgen van de aanrijding volledig heeft erkend; daarom zou het in dit geding nog slechts mogen gaan om de vraag of de gezondheidsklachten van D. in de zin van art. 6:98 BW aan het ongeval kunnen worden toegerekend.

Vooropgesteld zij dat erkenning van aansprakelijkheid voor de gevolgen van een bepaald ongeval (welhaast vanzelfsprekend) beperkt is tot hetgeen ook daadwerkelijk als ongevalsgevolg moet worden aangemerkt. Het hof heeft in deze zin geoordeeld: willen de fibromyalgieklachten van D. in de zin van art. 6:98 BW aan het ongeval toegerekend kunnen worden, dan moet eerst het *condicio sine qua non*-verband tussen deze klachten en het ongeval voldoende vaststaan. De vraag naar het *condicio sine qua non*-verband heeft het hof als kernvraag in de door de klacht bestreden rechtsoverwegingen aan de orde gesteld. In rov. 4.18 heeft het hof deze vraag uiteindelijk, na uitvoerige motivering, ontkennend beantwoord. Tegen deze motivering zijn op zichzelf geen klachten gericht. Het hof heeft bij dit een en ander geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het oordeel is niet onbegrijpelijk en voldoende gemotiveerd. De klacht faalt derhalve.

3.4.2 De onderdelen 1b en 1c bouwen voort op onderdeel 1a en gaan beide uit van de veronderstelling dat het door art. 6:98 BW vereiste toerekeningsverband tussen het ongeval en de fibromyalgieklachten van D. ook zou kunnen bestaan bij afwezigheid van het *condicio sine qua non*-verband tussen het ongeval en bedoelde klachten.

De in de onderdelen vervatte klachten miskennen dat van "zodanig verband" als bedoeld in art. 6:98 BW eerst sprake kan zijn, indien is voldaan aan de eis van het *condicio sine qua non*-verband. De klachten falen derhalve evenzo.'

Zoals men ziet, wordt de problematiek door de raad in de sleutel van het *conditio sine qua non*-verband geplaatst, en dat onder het oordeel van het hof geschoven, dat over dat begrip niet gerept had. In een overweging die nog volgt (ov. 3.5.3) spreekt het college er zelfs van dat het hof 'kennelijk' dat CSQN-verband op het oog had toen het over *causaal* verband sprak. Ik kom hieronder nog op dit woordgebruik van de hoge raad terug. Eerst het verdere verloop van het arrest, wat te doen met de omkeringsregel? De raad begint met de onderhand bekende *mantra* over die regel, met verwijzing naar het *lekkende container*-arrest van 29 november 2002, en vervolgt dan:

'3.5.3 In het onderhavige geval heeft het hof in rov. 10 kennelijk geoordeeld dat de omkeringsregel geen toepassing kon vinden, reeds omdat - in het algemeen - naar de huidige stand van de medische wetenschap een oorzakelijk verband tussen een ongeval en de als fibromyalgie te benoemen klachten niet aantoonbaar is en omdat - in het bijzonder -, nu de

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

oorzaak of oorzaken van fibromyalgie tot op heden niet zijn vastgesteld, er onvoldoende aanknopingspunten zijn om tot uitgangspunt te nemen dat het onderhavige ongeval het risico van de als fibromyalgie te benoemen klachten, zoals die zich bij D. voordoen, in het leven heeft geroepen. Derhalve kan het causaal verband, waarmee het hof kennelijk bedoelt het *condicio sine qua non*-verband, tussen het ongeval en die klachten niet als in beginsel gegeven worden aangenomen. Deze gedachtegang geeft niet blijk van miskenning van de omkeringsregel.

.....

3.5.5 Onderdeel 3 klaagt nog dat het hof miskent dat er voor toepasselijkheid van de omkeringsregel door het ongeval - "slechts" - een risico ter zake van het ontstaan van schade moet zijn en dat derhalve niet hoeft vast te staan dat de gezondheidsklachten veroorzaakt zijn door het ongeval. Deze klacht faalt op grond van hetgeen hiervoor onder 3.5.2 en 3.5.3 is overwogen.

3.5.6 Dit een en ander leidt tot de slotsom dat het hof met juistheid heeft geoordeeld dat de omkeringsregel in een geval als het onderhavige geen toepassing kan vinden, zodat de onderdelen 2 en 3 tevergeefs zijn voorgesteld.⁹

Voor een goed begrip van dit arrest dient men in het oog te houden dat eiser in cassatie een boude stelling voorgelegd had aan de raad, dat ook wanneer geen sprake van een CSQN-verband is volgens art. 6:98 BW causaal verband aangenomen kan worden. Dat gebeurt echter op een zeer zwakke, onsamenhangende wijze (onderdeel 1, cassatiemiddel). Het wordt van tafel geveegd door a-g Spier, groot voorstander van CSQN als drempelvereiste, zoals wij eerder zagen. Op de van dik hout zaagt men planken-wijze die hem eigen is, stelt de a-g dat 'algemeen wordt aangenomen dat het CSQN-vereiste een minimum-vereiste is' (sub nr 3.19). Ter ondersteuning verwijst hij daarbij naar de frase '*dientengevolge* lijden van schade' uit art. 6:162 BW (in de beste leidse traditie), hetgeen op CSQN-verband zou wijzen.⁹⁰ Ik laat daar dat Spier aldus enkele bekende vooroorlogse en naoorlogse schrijvers negeert, belangrijker is dat deze zienswijze in strijd is met de parlementaire geschiedenis van art. 6:98, die boven uitvoerig aan bod gekomen is (nr 4).

De hoge raad lijkt echter door dit betoog enigszins beïnvloed te zijn, en ruimt een belangrijke plaats in voor het CSQN-verband bij de causaliteitsvraag. Dat begrip kwamen wij ook al tegen in de twee 29 november 2002-arresten, in tegenstelling tot de eraan voorafgaande 'omkering'-arresten. Het is opmerkelijk dat de raad dit keer bij het zoeken naar wettelijke steun voor het *sine qua non*-verband niet het onderhand bekende beroep op de bewoording van art. 162 doet, maar rechtstreeks bij art. 98 te rade gaat, en daar de term 'zodanig verband' als indicatie van CSQN-verband aantreft. Dit is, zoals gezegd, in flagrante strijd met

90. Daarbij verwijst Spier naar Hartlief, *Verbindenissen uit de wet en Schadevergoeding*, 3e dr. 2003, nr 214. Opvallend is echter dat in Asser-Hartkamp I, nr 440a (vorige druk: nr 440) opgemerkt wordt: 'het causaliteitscriterium van art. 98 is immers zo soepel geformuleerd dat dit het aannemen van aansprakelijkheid ook toelaat zonder dat sprake is van CSQN-verband tussen daad en schade'. De passage die volgt, is even opmerkelijk, wat de aanvaarding van het ontbreken van CSQN-verband betreft, zie nog onder.

Evenals Spier is Asser een uitgesproken voorstander van CSQN als vereiste voor causaal verband, zie zijn *NJ*-noten, met name onder nr 305, sub 14. Op die grond is hij tegen het gebruik van de term 'omkeringsregel', een 'dubieuze naam', ook omdat daarmee het onderscheid tussen bewijslast en bewijsrisiko verward zou worden. Een weinig overtuigend betoog, zeker voor degene die opgegroeid is met het adagium: 'bewijslast is bewijsrisiko'.

11. CAUSALITEIT

de wetsgeschiedenis, met name met de toelichting die de wetgever gegeven heeft.

De overwegingen van de raad munten niet uit in helderheid; het CSQN-verband moet 'voldoende vaststaan', hetgeen ook de benadering van het hof was. Wat moeten wij hieronder verstaan? Eenzelfde graad van voldoende vaststaan als bij *Dicky Trading II* en *Sint Willibrord* het geval was? Indien de hoge raad zijn eigen jurisprudentie van het afgelopen decennium serieus neemt, moeten wij het CSQN-verband zo verstaan als dat in het verleden, ook in de genoemde arresten gehanteerd werd, namelijk als 'negatief vereiste' (zoals ook Wolfsbergen en Meijers voorstonden). Dat is iets heel anders dan een 'minimum-vereiste', nog wel in 'natuurwetenschappelijke zin' opgevat, zoals Spier, Hartlief c.s. de laatste jaren bepleit hebben, en sinds kort ook Hartkamp, geleid door Sieburgh, in zijn jongste bewerking van de Asser-serie.⁹¹ Het 'negatieve' CSQN-vereiste die de raad eerder hanteerde was de frase met betrekking tot het te leveren tegenbewijs van gedaagde na omkering van bewijslast, namelijk dat 'de schade ook zonder diens gedraging zou zijn ontstaan' (zie boven, nr 4, in fine). Anders dan a-g Hartkamp in zijn conclusie voor *Sint Willibrord*, maakte de raad daarbij geen gebruik van de term 'CSQN'; het ging erom of er 'een verhoogd gevaar voor enigerlei schade in het leven geroepen is' door de fout die gemaakt werd.

In het oer-arrest van de toerekening naar redelijkheid, *waterwingebied* (1970), waarmee het allemaal begonnen is bij de hoge raad, werd overwogen dat er 'niet een zo uitzonderlijke vorm van schade ten gevolge van een dergelijk ongeluk is, noch in een zo verwijderd verband daarmee staat, dat die schade naar redelijkheid niet – als veroorzaakt door het ongeluk -' ten laste van de aansprakelijke persoon gebracht zou mogen worden. In 1975, met het *Rijksweg 12*-arrest, toen ook Rutten omging wat TNR betreft (zij het eerst alleen nog inzake onrechtmatige daad, niet voor wanprestatie), werd de frase: dat de gevolgen van het verkeersongeval niet 'zó weinig karakteristiek zijn of in een zó verwijderd verband daarmee staan, dat zij in redelijkheid niet, als door het ongeval veroorzaakt, aan de voor het ongeval aansprakelijke partij kunnen worden toegerekend'. CSQN in gebruikelijke, strikte zin, is aldus in geen velden of wegen te bekennen, zeker niet als op de eiser rustende bewijslast. Ook valt de negatieve formulering op, de dubbele ontkenning: niet zó ..., dat zij niet, etc. Sommige schrijvers zien hierin het vereiste van 'een redelijke mate van zekerheid', die niet een CSQN in natuurwetenschappelijke, strikt logische zin inhoudt (vgl. Asser-Hartkamp I, nr 440a).

Ik ben geneigd te denken dat de hoge raad in het arrest van 2004, waarbij de term 'CSQN' wel, en expliciet gebruikt wordt, als redelijk oordelend hoogste rechter voor de inhoud ervan bij de genoemde eerdere jurisprudentie te rade is gaan, hetgeen de *NJ*-lezer ook zou moeten doen. Ik besef tegelijkertijd dat dit standpunt op de fervente aanhangers van het (natuurwetenschappelijke) CSQN-verband als 'minimum-vereiste' weinig indruk zal maken, gewend als zij zijn om juridische teksten letterlijk te nemen. Als illustratie van dat laatste,

91. Asser-Hartkamp I, 12e dr. (2004), m.m.v. C.H. Sieburgh, nrs 425; 426b. Zie echter ook, in tegengestelde zin, nr 437 (TNR is ook gericht op ontstaan van schade; CSQN moet als 'juridische, niet als natuurwetenschappelijke categorie worden gehanteerd'). Zie nog nader, onder.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

Akkermans wijdt in zijn uitgewerkte oratie veel aandacht aan de ‘letterlijke bewoording’ van de omkeringsregel in de jurisprudentie van de hoge raad, alsof een arrest louter om grammatikale uitleg vraagt.⁹² Dan is mij liever de kwalifikatie die Hartkamp in zijn jongste Asser-bewerking van de reeks arresten, met name de 29 november 2002-arresten, geeft: als in reactie op kritiek in de literatuur, de ‘omkeringsregel op omstandige, maar weinig heldere wijze uitgewerkt, toegelicht en samengevat’ (nr 436c). Het kan dus beter, en dat is in 2004 nog sterker het geval.

Daarmee komen wij op een analyse van hetgeen de jurisprudentie van de jaren 2001-2004 ons opgeleverd heeft op het gebied van causaal verband.⁹³ Hoe kan men hier helderheid in aanbrengen? Maar alvorens daartoe over te gaan, moet eerst nog het *derde* 29 november 2002-arrest besproken worden dat al in 2003 in de *NJ* verscheen, *legionella*-arrest, met noot van Vranken, en waarin de hoge raad uit een heel ander vat tapt.⁹⁴ Dit arrest mag in deze reeks niet ontbreken, het werpt een heel ander licht op het onderwerp. Zoals annotator Vranken terecht opmerkt, is het arrest een voortzetting van de lijn getrokken met *Cijsouw – De Schelde* (1993) en het *Schelde II*-arrest (1998, *NJ* 1999, 683); daarin wordt hij door Braams bijgevalen, die ook nog op het precedent van *dorpshuis Kamerik* (1982) wijst. Niets nieuws onder de zon dus. Het arrest kan niet ontbreken bij een beschouwing over causaliteit, in de zin van onzekerheid over causaal verband vanwege onbekende gevaren, of onbekende feitenconstellatie rond de schadetoedracht. In de uitvoerige noten van Asser in de *NJ* met betrekking tot de eerder besproken reeks van omkeringsregel-arresten, ontbreekt dit dwarsverband, waarmee door hem aan het onderwerp tekort gedaan wordt.⁹⁵ In het arrest van 1993 hield de raad werkgever De Schelde aansprakelijk die tekort geschoten was in het naleven van veiligheidsmaatregelen, in een qua causaliteit volstrekt onduidelijke situatie: er zweven wel meer asbestdeeltjes in de lucht, bij andere werkgevers of op straat. De kans dat Cijsouw het fatale asbestdeeltje op het werk bij de werf binnen zou krijgen is door De Schelde’s handelen (nalaten) aanmerkelijk verhoogd, hetgeen leidt tot haar aansprakelijkheid:

‘... ook al heeft die nalatigheid geleid tot de verwezenlijking van een haar toen niet bekend gevaar (mesothelioom). Zulk is slechts anders, indien De Schelde aannemelijk maakt dat het nemen van destijds vereiste veiligheidsmaatregelen de verwezenlijking van het gevaar van mesothelioom waarschijnlijk niet had kunnen voorkomen’.

92. T.a.p., 2002, *passim*; zie echter ook het alternatief voor de ‘formule’ die hij tenslotte bepleit, o.m. p.157 v. In zijn kritiek op de term ‘verwezenlijking van het risico/gevaar’ miskent schr. de bron uit het aansprakelijkheidsrecht (art. 6:173 v. BW) en de rechtsvergelijking (duits recht).

93. Van de toepassing van de omkeringsregel in lagere instanties in deze periode valt nog te noemen: Hof Leeuwarden 7 aug. 2002, *NJ* 2003, 207, *klapgijp*; Hof Den Bosch 22 juli 2003, *NJ* 2004, 367, *motorcross*.

94. HR 29 nov. 2002, *NJ* 2003, 549, nt JBMV, *legionella*; vgl. over dit arrest ook W.Th. Braams, Déjà Vu. Het voorzorgbeginsel en de aansprakelijkheid voor onbekende gevaren, *TMA* 2003, p.147, op p.148 v.

95. Het is goed om in het oog te houden dat Asser niet echt tot de voorstanders van omkering van de bewijslast behoort: in 1995 wilde hij dat slechts bij hoge uitzondering toestaan, en in 1997 bepleitte hij nog om dat enkel binnen contractsverhoudingen toe te staan. Zie hiervoor, met vindplaatsen, Goedmakers, *TMA* 1999, p.163 v.

11. CAUSALITEIT

Men ziet hier een omkering van de bewijslast, met CSQN in negatieve vorm als verweermogelijkheid van gedaagde. Het door handelen of nalaten doen ontstaan van ‘verhoogd gevaar voor enigerlei schade aan derden’ was in *Sint Willibrord* (2000) ook een kernelement bij de omkering van bewijslast.

Het legionella-arrest (2002): een bekende benadering

De *legionella*-zaak heeft betrekking op de in 1999 gehouden Westfriese Flora in Bovenkarspel, een bloemententoonstelling en consumentenbeurs bezocht door 80.000 mensen. Jong was daar een van de twee standhouders die whirlpools tentoonstelden. Zijn whirlpool (bubbelbad) stond direkt bij de ingang; aan het begin van de beurs was het bad gevuld met leidingwater en op een temperatuur van 37,5 graden Celsius gehouden. Het water heeft steeds overdag gebubbeld en is niet vervangen, noch getest of op een of andere wijze gezuiverd of ontsmet. Enkele weken later zijn 12 patiënten in het ziekenhuis in Hoorn opgenomen met een atypische pneumonie; 7 patiënten bleken legionella (veteranenziekte) te hebben. Ruim 200 bezoekers zijn ziek geworden; aan het eind van het jaar waren 28 bezoekers overleden. Onderzoek heeft aangetoond dat de whirlpool van Jong de meest waarschijnlijke bron van legionellabesmetting is geweest. Eisers zijn Hoogland, de weduwe van een overleden bezoeker, en Van Dam, een bezoeker die ziek geworden was. In kort geding vorderen zij een voorschot op de vergoeding van schade; de uitkomst hiervan is voor een grote groep mensen van belang.

De grondslag van de vordering van eisers is dat Jong nagelaten heeft om veiligheidsmaatregelen te nemen om te voorkomen dat de whirlpool een bron van legionellabesmetting zou worden, door het op de juiste temperatuur houden, chloreren en verversen van het water. Jong voert het verweer dat zij als eenvoudig whirlpoolhandelaar niet op de hoogte van dat gevaar was, waarover geen overheidsmaatregelen bestonden. Aldus vormt het *bekend zijn met het gevaar* het kernprobleem bij de aansprakelijkheid, evenals de *wijze van verwezenlijken van dat gevaar*. Het hof acht van belang dat in de handleidingen van whirlpools gewezen wordt op de noodzaak van zuiver houden van het water om bacteriegroei in het water te voorkomen, met chemische middelen of een ozon-generator, terwijl het water regelmatig gecontroleerd moet worden met een testset. Die kennis wordt Jong toegerekend. Jong heeft het water niet vervangen en ook niet gezuiverd of ontsmet met chloor, noch getest; de ozon-generator werd niet gebruikt omdat deze niet werkt wanneer het bad maximaal bubbelt en omdat na sluitingstijd de stroomtoevoer stopgezet werd. Jong is derhalve tekortgeschoten in het nemen van veiligheidsmaatregelen. Nu had Jong ook aangevoerd dat zij niet wist dat legionellabacteriën via aerosolen (zeer kleine waterdruppeltjes of stofdeeltjes die in de lucht zweven) verspreid worden en ingeademd kunnen worden; deze aerosolen ontstaan door het bubbelen van het water in het bad. Niet alleen het gevaar, maar ook de wijze waarop dit zich verwezenlijkt was aan Jong niet bekend. Het hof verwerpt dit, in de weergave van de hoge raad, als volgt:

‘3.3.8. In rov. 6.19 heeft het Hof geoordeeld dat ook als de hiervoor in 3.3.6 bedoelde nalatigheid van Jong heeft geleid tot verwezenlijking van een haar toen niet bekend gevaar,

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

zijnde het gevaar van groei van de aan Jong niet bekende legionellabacterie die zich via de haar onbekende weg van aërosolen heeft verspreid in de expositieruimte, zij niettemin aansprakelijk is voor het gevolg van haar nalaten de ozongenerator van de whirlpool gedurende enige tijd in werking te hebben en aan te houden alsmede haar nalaten om andere veiligheidsmaatregelen te treffen, waartoe in het bijzonder het chloreren van het water behoort en dat, nu Jong een dergelijke veiligheidsnorm heeft geschonden, voldoende is dat dit nalaten schade van een bepaalde soort - gezondheidsschade - kan veroorzaken. De specifieke aard van de schade en het causale verloop behoeft, aldus het Hof, niet kenbaar te zijn aan Jong.’

In cassatie wordt dit bestreden, zonder succes. De raad overweegt:

‘3.5.4. Ook dit onderdeel mist feitelijke grondslag omdat het uitgaat van een onjuiste lezing van het arrest. Het Hof heeft, blijkens zijn hiervóór in 3.3.6 weergegeven overwegingen, op grond van hetgeen ten tijde van het ontstaan van de schade in de kring van handelaars in whirlpools bekend was of behoorde te zijn over het gevaar van bacteriegroei in de whirlpool en de mogelijkheden en de noodzaak van de bestrijding ervan in verband met de ernst van het gevaar voor de gezondheid van mensen, geoordeeld dat te dezer zake een ongeschreven veiligheidsnorm bestond die meebracht dat Jong in elk geval met het oog op het voorkomen van dit gevaar de door het Hof genoemde, niet kostbare, maatregelen had behoren te nemen. Voorts heeft het Hof in rov. 6.19 geoordeeld dat Jong deze veiligheidsnorm ook had behoren na te leven als zij niet (specifiek) bekend was met het gevaar van groei van de haar niet bekende legionellabacterie en de haar onbekende weg van verspreiding via aërosolen onder bezoekers van de expositieruimte. Anders dan het onderdeel veronderstelt, heeft het Hof aldus niet een ter bescherming van gebruikers van whirlpools geldende norm mede van toepassing geacht ten aanzien van de onderhavige situatie waarin het gaat om bezoekers die alleen in de buurt van de whirlpool komen. Het Hof heeft een veiligheidsnorm aangenomen die, naar in zijn oordeel ligt besloten, in het algemeen in acht moet worden genomen als noodzakelijke maatregel ter voorkoming van een, door het Hof uitdrukkelijk als ernstig beschouwd, gevaar voor de gezondheid van mensen, met welk ernstig gevaar Jong bekend had behoren te zijn.’

Jong had nog een pijl op haar boog: het ontbreken van kennis ten aanzien van de precieze toedracht van de veroorzaking van de ziekte. Ook die treft geen doel:

‘3.6.2. Het onderdeel bestrijdt naar de kern genomen dat aan Jong onzorgvuldig handelen te dezer zake verweten kan worden als zij niet wist, en ook niet behoefde te weten, dat het gevaar van groei van de legionellabacterie zich ook, en op de wijze als is geschied, zou kunnen verwezenlijken ten opzichte van bezoekers van de Flora die - naar Jong blijkbaar bedoelt - niet als gebruikers met het water van de whirlpool in aanraking komen. Aldus stelt het onderdeel de vraag aan de orde in hoeverre het ontstaan, de aard en de omvang van de schade zoals deze zich in het onderhavige geval heeft voorgedaan, voor Jong kenbaar en voorzienbaar moeten zijn geweest.

3.6.3. Bij de beantwoording van deze vraag moet worden vooropgesteld dat het gaat om een veiligheidsnorm waarvan het Hof - zoals hiervoor al is overwogen - heeft vastgesteld dat zij moet worden nageleefd met het oog op het voorkomen en bestrijden van een - ernstig - algemeen gevaar voor de gezondheid van mensen. Het Hof heeft geoordeeld dat dit gevaar aan Jong bekend behoorde te zijn en dat zij maatregelen had dienen te nemen om te voorkomen dat dit gevaar zich zou kunnen verwezenlijken. Met dit een en ander heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat Jong alleen dan van het nemen van veiligheidsmaatregelen had mogen afzien, als in de gegeven omstandigheden het ontstaan van dit gevaar en de gevolgen daarvan voor de gezondheid van bezoekers van de Flora redelijkerwijze niet viel te verwachten. Uit de hiervóór in 3.3.5-7 vermelde overwegingen van het Hof blijkt dat en waarom het Hof van oordeel was dat Jong ook in de gegeven omstandigheden niet had mogen afzien van het nemen van vorenbedoelde veiligheidsmaatregelen.

11. CAUSALITEIT

3.6.4. In de eerste plaats heeft het Hof op grond van hetgeen hiervoor in 3.3.7 is vermeld over de mogelijkheid van verspreiding van de legionellabacterie, klaarblijkelijk de conclusie getrokken dat de gevolgen die zich in dit geval hebben voorgedaan, moeten worden gezien als gevolgen die naar objectieve maatstaven redelijkerwijze te verwachten zijn bij de schending van de door het Hof aangenomen veiligheidsnorm. In de tweede plaats heeft het Hof geoordeeld dat Jong in de omstandigheden als in 3.3.5 vermeld gehouden was ten minste de normale en weinig kostbare veiligheidsmaatregelen te nemen ter voorkoming van het ontstaan van een ernstig gevaar voor de gezondheid van mensen, met het bestaan van welk gevaar zij in elk geval bekend behoorde te zijn. Uit dit een en ander volgt dat het voor de te dezer zake in acht te nemen zorgvuldigheid naar het oordeel van het Hof niet van belang was in hoeverre Jong die (zoals hiervóór in 3.3.6 omschreven) nalatig is gebleven om de minimaal vereiste en ook doeltreffende zorg ter voorkoming van dit gevaar in acht te nemen, ervan op de hoogte was op welke wijze en met welke buitengewoon ernstige gevolgen dit gevaar zich in een situatie als de onderhavige zou kunnen verwezenlijken. Deze oordelen van het Hof geven niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Zij zijn ook niet onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd en kunnen in cassatie, verweven als zij zijn met waarderingen van feitelijke aard, verder niet op juistheid worden getoetst.⁹

Tenslotte werd nog een middel gewijd aan interessante vragen die met de schade-omvang van deze ‘massa-schade’ te maken hebben, maar die de hoge raad onbesproken laat vanwege het kort geding karakter van de procedure. Helaas kan er ook geen obiter dictum van af. Jong wijst op de discrepantie tussen haar verwijtbaar handelen en het geringe voordeel dat zij met haar deelname aan de expositie gehad heeft en anderzijds de omvang van de schade die niet door verzekering gedekt was (haar WA-polis ging maar tot f 2 mln). Zij beroept zich daarbij op de verkeersopvattingen.

De uitkomst van het arrest zet overigens weinig zoden aan de dijken voor de grote groep van slachtoffers; ik verwijs voor de pyrrus-overwinning die deze procedure oplevert naar de noot van Vranken, die ook de werking van schadefondsen bespreekt.

Het valt op dat de hoge raad naast het op de bekende wijze aannemen van causaal verband in een ondoorzichtige feitelijke situatie vanwege het schenden van een veiligheidsnorm (hetgeen vanwege geringe kosten en moeite niet achterwege gelaten hoefde te worden) in deze casus niet alleen geen behoefte aan CSQN-verband heeft, maar het aantonen van dat verband ook niet in negatieve zin, als verweer na omkering van bewijslast genoemd heeft. Al is het arrest een bevestiging van oudere rechtspraak, het vormt een opvallend contrast met de op dezelfde dag (29 november 2002) gewezen arresten over de ‘omkeringsregel’. En contrastwerking, dat weten wij uit de natuur- en scheikunde, is belangrijk voor het wetenschappelijk inzicht in de dingen.

Bij het ter perse gaan van dit boek verscheen in de *NJ Provincie Fryslân – Monsma c.s.*, inzake onroerend goed gelegen te Heereveen dat na grondwateronttrekking verschijnselen van zetting vertoont.⁹⁶ Hierin wijst de HR toepassing van de omkeringsregel af (helaas) maar wijst wel op de gewone mogelijkheden die art. 150 Rv in dat opzicht biedt, die ook op ‘omkering’ neerkomen (geen probleem dus). Het hof zou daarmee rekening gehouden hebben, overweegt de raad; ik zet daar een vraagteken bij, maar kan dat hier niet uitwerken. Een opgewekte noot onder het arrest van Asser, die hierin een teken

96. HR 7 mei 2004, *NJ* 422.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

ziet dat de HR de omkeringsregel 'weer terug in het hok jaagt'. Een kwestie van smaak dus.

7. *Analyse van de recente jurisprudentie inzake de omkeringsregel bij vaststelling van causaal verband.*

De verzuchtingen over de weerbarstigheid van het onderhavig onderwerp zijn haast een *clause de style*, en niet zonder reden. De 'hectoliters inkt' die volgens Vrankens eerder aangehaalde voorspelling zullen gaan vloeien beginnen aardig gebruikt te worden; ook Akkermans rept daarover in het voorwoord op zijn boek van 180 bladzijden over het onderwerp (uitwerking van zijn oratie, 2002). Het zal denk ik menigeen zo vergaan, na studie van het onderwerp, als de bekende dwaas uit Faust: 'Da bin Ich armer Tor, Ich bin so klug als wie zuvor'. Dat hoeft echter niet, indien men bereid is om de grote lijnen in het oog te houden. In zijn bijdrage aan het LSA-symposium 2003 over Causaliteit heeft Hammerstein, als ervaren rechter (lid van de hoge raad, *as he then was*) een aantal behartenswaardige opmerkingen gemaakt, zoals:

'In de eerste plaats is het een waarderingsoordeel in hoeverre de aard van de aansprakelijkheid meebrengt dat gevolgen kunnen worden toegeschreven aan de gedraging waarvoor aansprakelijkheid bestaat. Hierbij speelt vooral het beschermingskarakter van de overtreden norm een rol. Ik meen dat dit onderwerp nog niet voldoende uit de verf is gekomen' (p.11; zie ook p.6: 'er is niet één soort van causaal verband').

Hierboven zagen wij dat de engelse deskundigen op dat gebied, Hart en Honoré, een soortgelijke visie hadden, al in 1971: 'different criteria may be needed according to the type of case under consideration' (boven, nr 5, in fine). Dat was ook de insteek van Köster, de vader van TNR, in de jaren '60, die de ontwerpers van het NBW geïnspireerd heeft, zoals wij zagen, en in het bekende lijstje van Brunner uit de jaren '80 ook terug te vinden is. De sleutel zit mijns inziens in de criteria: *aard van de aansprakelijkheid*, naast de *aard van de schade*, waarin het beschermingskarakter van bepaalde normen in doorklinkt. Wat dat laatste betreft was *dorpshuis Kamerik* in 1982 al toonzettend: 'de norm voor in gevallen als deze in acht te nemen zorgvuldigheid brengt *naar haar aard mee*' dat voorzienbaarheid van de precieze veroorzaking er 'in beginsel niet toe doet'. Zoals ook in de toelichting op art. 98 gezegd wordt (MvA 1976), moet onderscheid gemaakt worden tussen letselschade, bedrijfsschade, aantasting in eer en goede naam, zaaksschade, e.d. Ten aanzien van het ontwerp uit 1961, nog op AQT gebaseerd, vindt men in de Toelichting nota bene de opmerkelijke uitspraak dat geen CSQN-verband vereist is tussen iedere oorzakelijkheidsfactor en schadepost (zie boven, voor citaten). Het eerder gegeven citaat van de MvA 1976, ter verklaring van de overgang op TNR in het Ontwerp vraagt om een herhaling op deze plaats:

'Men heeft vaak gezocht naar redeneringen om ook in geval van een geringe waarschijnlijkheid tot een redelijk resultaat te komen, zonder de voorzienbaarheidseis los te laten. Zo zijn er verschillende arresten waarin wordt overwogen dat geen verder onderzoek naar waarschijnlijkheid nodig is, wanneer maar de beweerde onrechtmatige handeling het gevaar voor het gevolg *in het algemeen heeft vergroot en dit gevaar zich heeft verwezenlijkt*,

11. CAUSALITEIT

men zie bijv. HR 30 okt. 1953, *NJ* 1954, 261; 12 febr. 1960, *NJ* 171; 18 dec. 1970, *NJ* 1971, 142. Maar het komt er in feite op neer dat hier een ander verband dan voorzienbaarheid wordt geëist' (zie boven, nr 4, in fine, mijn curs.).

Men ziet hier opmerkelijke overeenkomsten met de 'omkeringsregel'-arresten van het laatste decennium. De verbazing in de literatuur over die uitspraken lijkt gebaseerd te zijn op een gebrek aan kennis van het nieuwe recht. In het aangehaalde arrest van 1953 (boven reeds besproken, nr 3) vindt men overigens al de nadruk op de relatie: scheppen van *verhoogde kansen op schade* en de schade (als gevolg van ontploffing van door de staat in een huis opgeslagen munitie).

Causaliteit is een puzzel die er niet eenvoudiger op geworden is. Als de wetenschappers er al in vastlopen, zoals telkens weer blijkt, hoe moet het dan de arme praktijkjurist vergaan (om van de aankomend jurist, student-lezer, nog maar te zwijgen)? Ik heb getracht om een schema te maken waarin de diversiteit van het causaliteitsvraagstuk helderder gemaakt kan worden, dat hieronder volgt. Enkele opmerkingen vooraf.

Men dient een paar zaken in het oog te houden. Het gaat om de vaststelling van causaal verband, dat is een vraag van bewijs. De zekerheid die het recht daarbij vraagt is enkel een van waarschijnlijkheid, dat is dus, plat gezegd, een kans van 50 plus 1.⁹⁷ Dat wordt bij alle gepraat over CSQN doorgaans uit het oog verloren: de verhoogde kans op schade (normatieve vraag) loopt aardig parallel met de mate van waarschijnlijkheid (bewijsvraag). Ik verwijs hiervoor naar mijn uitvoerige beschouwingen in het volgende hoofdstuk (Hfdst. 12, § 1, nr 7).

Een tweede punt hierbij is, dat het bewijsrecht al jaar en dag het bewijs door vermoeden kent, met omkering van de bewijslast als gevolg. De relatie tot omkering van bewijslast op grond van redelijkheid en billijkheid is groot, en vaak moeilijk te onderscheiden. Met art. 177 Rv werd in 1988 ruim baan gemaakt voor de laatste zienswijze, waarbij met name ruimte gekomen is voor *regels* die omkering inhouden, voor specifieke gebieden. Die bestonden al in 1988 (Haardt heeft daarop gewezen) en zijn sindsdien nog pregnanter geworden: inbreuk op merken, verkeersschade, medische aansprakelijkheid, werkgeversaansprakelijkheid, etc. Het is goed om dat bij alle consternatie over de omkeringsarresten van de hoge raad hiermee rekening te houden: het is gewoon meer van hetzelfde, en vraagt om duidelijke onderscheidingen. Veel schrijvers hebben zich intussen afgevraagd of de hoogste rechter die duidelijkheid wel zelf voor ogen heeft, en dat is een veeg teken.

Dergelijke regels kunnen naar rechtsgebieden gemaakt worden, zoals: bijzondere overeenkomsten, typen onrechtmatig handelen, e.d., maar ook – als dwarsdoorsnee – aan de hand van een typologie van de omstandigheden en bewijsaspecten: wie heeft het *kennismonopolie* (inclusief archiefmateriaal, e.d.)? Een poging om dat in kaart te brengen heb ik eveneens elders gedaan (t.a.p.).

97. Zie in dit verband de opmerking van Peter Cane dat er weinig empirische gegevens zijn over de toepassing hiervan in de (engelse) praktijk: 'what matters is not whether the conduct more probably than not caused the outcome, but whether the court is satisfied that it did'. P. Cane, *Responsibility in law and morality*, Hart, Oxford, 2002, p.124 (Ch. 4, Responsibility and Causation).

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

Daar komt men ook categorieën tegen zoals het schenden van veiligheidsnormen, en gevaarzetting. De risikoleer, anno 1880, die Scholten in 1902 gebracht heeft tot een causaliteitsleer gebaseerd op de ‘verhoogde kans’, speelt in ons onderwerp op nadrukkelijke wijze mee; zie daarvoor het vorige hoofdstuk (Hfdst. 10, § 2, nr 7 v.; in nr 10 komt ook daar de omkeringsregel aan de orde). Indien een auteur daar niets van moet hebben, c.q. geen kennis van heeft (dat gaat vaak samen: conservatisme berust immers doorgaans op een gebrek aan informatie; orthodoxie op een gebrek aan de behoefte aan informatie) is Leiden in last, en heeft men ook geen boodschap aan omkeringsregels.⁹⁸

Een andere typologie, als dwarsdoorsnee, kan gevonden worden in het ‘missen van een kans’-element (‘perte d’une chance’, ‘loss of chance’), in ons recht nog rudimentair ontwikkeld in tegenstelling tot het buitenland, waar men in combinatie met een bepaalde contractuele relatie tot het hanteren van een soepel causaal verband is overgegaan.⁹⁹ Dit is met name het geval bij het verzaken van een contractuele verplichting tot het geven van informatie, door een arts, jurist, accountant, IT-adviseur, etc. De cliënt heeft schade opgelopen (denk aan de boven besproken ‘informed consent’-arresten) maar het staat niet vast dat hij van de niet verkregen informatie gebruik gemaakt zou hebben dat in zijn voordeel was (afzien van operatie, e.d.). In het franse, engelse, spaanse en duitse recht komen wij die figuur tegen, die in een recent proefschrift behandeld werd.¹⁰⁰ Het wekt geen verwondering dat Hartkamp hier niets van moet hebben; hij wijst toepassing van de omkeringsregel op dit terrein af, omdat met die regel wordt verondersteld dat *zeker* is dat schade geleden is, waarbij het CSQN-verband voorondersteld wordt. Dat is hier per definitie niet het geval: dat verband is onzeker, en ‘juist om die reden is het begrip “kansschade” ontwikkeld’, aldus Hartkamp met stelligheid.¹⁰¹ Merkwaardig dat men in het buitenland geen moeite met die figuur heeft, zou dat komen omdat daar CSQN niet als ‘minimum-vereiste’ geldt, zoals Hartkamp bepleit heeft?

Een ander aspect is, dat wij lijken op te schuiven in de richting van een benadering die in het duitse recht bekend staat als de *Schutzzwecktheorie*, die in de jaren ’70 en ’80 in ons land al in de belangstelling stond (o.m. bij Van

98. Zie ook de observatie van Hammerstein en Schaafsma-Beversluis, *NJB* 2003, p.504 (Kroniek van de rechtspleging), over de omkeringsregel, ‘die overigens al decennia lang wordt gehanteerd’. In de Kroniek in het *NJB* van 2002 had Asser aandacht gevraagd voor de nieuwe regel (p.497).

99. Kansschade werd door de HR erkend bij arrest van 24 okt. 1997, *NJ* 1998, 257, nt PAS, *Baijngs – mr H.* (fout advocaat), vgl. ook Asser-Hartkamp I, nr 436e. Hartkamp heeft daar moeite mee, aangezien het CSQN-vereiste op de tocht staat bij kansschade (‘een ingrijpende relativisering’ van dat vereiste).

100. Zie A. Pinna, *The obligations to inform and to advise*, diss. Tilburg 2003, p. 131 v. Op p.88 v. vindt men omkering van de bewijslast in geval van een contractuele verplichting tot het geven van informatie of advies in verschillende rechtsstelsels besproken, voor gewone gevallen van wanprestatie. Vgl. daarnaast ook p.139 v. Zie voor het duitse recht ook nog: A. Pohlmann, *Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten*, Berlijn 2002, pp. 118 v.; 181, 200 (‘Kausalitätsprinzip’). Het nieuwe Schuldrecht (per 1 jan. 2002) heeft de ‘Garantiehaftung’ op dit punt versterkt.

101. T.a.p., met een beroep op HR 20 sept. 1996, *NJ* 1997, 747, *Beurskens – B. Notarissen* (fout notaris bij pachtverlenging). Als Hartkamp ook: Sieburgh, *WPNR* 6450 (2001), p.590, nt 78.

11. CAUSALITEIT

Schellen en Neleman). Kötz is hier een goed leidsman.¹⁰² Na uiteengezet te hebben dat de Duitse causaliteitsleer van de ‘adäquate Kausalzusammenhang’ evident ‘mit Kausalität im naturwissenschaftlichen Sinne nichts zu Tun hat’, wijst hij op dat die leer bij toerekening van schade slechts een raamwerk geeft, waarbinnen de rechter ‘wertende Überlegungen’ geeft, normatieve toerekening dus. De arresten waar het om gaat werden aan het begin van dit hoofdstuk al door mij aangehaald, over toerekening naar redelijkheid (‘billigerweise zumuten’), vgl. § 1, nr 1, in fine. De adequatietheorie fungeert dus slechts als een ‘verbale Umrahmung für die *normativen* Überlegungen, die in Wahrheit für die Schadenszurechnung in jeder Gruppe typischer Fälle massgeblich sind’. Daarmee wordt de vraag opgeroepen of er geen algemeen beginsel is dat richting kan geven aan de normatieve afweging en die de traditionele juridische relevante causaliteit overbodig maakt. Dat is te vinden in het al door Rabel ontwikkelde en door Von Caemmerer herontdekte beginsel van het ‘Schutzzweck’ van de geschonden norm: slechts de schade die onder het beschermingsbereik van dat normdoel valt, dient vergoed te worden. Daarbij wordt in eerste instantie gedacht aan door de wetgever gestelde normdoelen. Bij de Nederlandse lezer zal een licht opgaan: is dit niet de *Schutznormtheorie*, die in ons recht overgenomen is, en nu in art. 6:163 BW is neergelegd? Ja en nee. Het vormde inderdaad de inspiratie voor onze relativiteitsleer, en werd op verkeerde wijze in ons recht getransplanteerd (zie boven, Hfdst. 10, § 4, nr 5). Belangrijker is echter, dat deze leer naar Duits recht onderdeel van de causaliteitsleer uitmaakt, hetgeen ook het bezwaar van weldenkende Nederlandse schrijvers al jaar en dag tegen onze relativiteitsleer geweest is (zie t.a.p.). Het illustreert dan ook de overbodigheid van die laatste leer.¹⁰³ Intussen is onze rechtspraak verder gegaan dan de Duitse, door het relativiteitsvereiste (al in 1937) ook te stellen voor *ongeschreven* normen. Het Duitse recht heeft de oplossing gevonden, dat men ook bij schending van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen (*Verkehrspflichten*) zoekt naar de ‘Verwirklichung gerade derjenigen Gefahr, die hinanzuhalten mit der Aufstellung jener Verkehrspflicht beabsichtigt war’. Juist die schade wordt de dader toegerekend (nr 160). Het gaat hier om de zogenaamde ‘Erstverletzung’, bij ons wel ‘vestigingsfase’ genoemd, te onderscheiden van de ‘haftungsausfüllende Kausalität’, de ‘omvangsfase’ van de schade. Bij dat laatste komt ook de vraag van de ‘algemene levensrisiko’s’ aan de orde, omstandigheden die voor rekening van de gelederde dienen te blijven, en niet meer aan de dader toegerekend kunnen worden, de ‘vallende dakpan op weg naar ziekenhuis’-casus (nr 166 v.).

Ik geef dit zo uitvoerig weer, aangezien de weergave in onze literatuur meestal mank gaat, zoals in de laatste druk van Asser-Hartkamp het geval is.¹⁰⁴

Dan nu het *schema*.

De vaststelling van causaal verband, door middel van *het vermoeden van een causale relatie*, wordt beheerst door twee invalshoeken, die elkaar ondersteunen

102. T.a.p., nr 153 v.

103. Hartkamp denkt hier anders over (of is hier weer Sieburgh aan het woord?), zie nr 436a.

104. De nieuwe passages in de 12e druk (2004), nrs 426a; 436a, zijn apert onjuist; ook wordt miskend dat CSQN uitsluitend als negatief vereiste geldt, en geen natuurwetenschappelijke lading heeft. Zie ook nog uitvoerig, onder.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

en nader beïnvloeden, dus niet los van elkaar gezien moeten worden: 1. het *normdoel*; 2. de complexe schadetoedracht: *meervoudige veroorzaking* ('multi-causaliteit').

Bij de eerste categorie wordt de vraag gesteld naar de *aard van de norm*, bij de tweede categorie naar de *aard van de schade*.

1. TYPE NORM: NORMDOEL

Van belang is hier:

- is het een *algemene* norm?, of
- een *bijzondere norm*, op het *specifieke gevaar gericht*?

Indien de norm te algemeen is, kan dit aan het vermoeden van causaal verband in de weg staan. In deze zin, bijv.:

- '*informed consent*'-arresten (*pols, dwarslesie*) 2001;
- *lekkende container* (2002);
- *Achtkarspelen* (2002).

Er kan hier ook sprake zijn van samenhang met een diffuse feitenconstellatie ('non liquet'). Aldus, bijv.:

- *oliekoeler* (2001);
- *post-mortem* (2004).

In geval van een *specifieke* norm is mede van belang:

de geringe belasting van te nemen preventiemaatregelen. Aldus:

- *legionella* (2002)
- (oudere rechtspraak: *ziekenhuis De Heel* (1995), e.d.).

Verder wegingsfactoren:

- ernst van de onrechtmatige handeling;
- element van gevaarstelling;
- mate van onzorgvuldigheid (schuld) van de dader;
- letselschade of zaaksschade;
- ernst van de gevolgen;
- maatschappelijk belang, preventie, e.d.

2. TYPE SCHADE: MEERVOUDIGE VEROORZAKING

Van belang is hierbij:

A. De relatie tot andere, mogelijke schade-oorzaken. Deze kunnen zijn:

- 1. *externe* oorzaken (van derden afkomstig, of buiten risikosfeer van dader liggende omstandigheden);
- 2. *interne* oorzaken bij geledeerde (predispositie, omstandigheden in zijn risikosfeer gelegen).

Voorbeelden van A 1 zijn:

11. CAUSALITEIT

- *lekkende container* (2002);
- *sigarettenloods* (2002);
- *post-mortem* (2004).

Voorbeelden van A 2 zijn:

- *lekkende container* (2002);
- *sigarettenloods* (2002);
- *post-mortem* (2004);
- *fibromyalgie* (2004).

- A. De andere, mogelijke oorzaak valt onder een zgn. *algemeen levensrisiko*, dat voor rekening van het slachtoffer dient te komen (archetype: 'vallende dakpan op weg naar ziekenhuis'). Aldus, bijv.:
- *informed consent*-arresten (2001);
 - *fibromyalgie* (2004).
- B. Tegenbewijs is mogelijk, dat wil zeggen: aantonen van *ontbreken van CSQN-verband* (d.i. CSQN als 'negatief vereiste'). Ook zonder de onrechtmatige handeling zou het slachtoffer de schade geleden hebben. Aldus reeds, bijv.:
- *Cijsouw – De Schelde* (1993);
 - *Fortes – Smits* (1996);
 - *Dicky Trading II* (1996);
 - *Sint Willibrord* (2000), etc.
- C. Aan regel C wordt niet toegekomen, wanneer vooralsnog geen duidelijkheid te verkrijgen is *welke rol* het onrechtmatig handelen van de dader heeft *in vergelijking tot overige mogelijke schade-oorzaken*. Met andere woorden: de feitenconstellatie is te diffuus ('non liquet'). Aldus, bijv.:
- *oliekoeler* (2001);
 - *lekkende container* (2002);
 - *sigarettenloods* (2002);
 - *post-mortem* (2004);
 - *fibromyalgie* (2004).

Zoals men ziet, kan een bepaalde casus op verschillende categorieën 'scoren'. Het is denkbaar dat wegingsfactoren ontwikkeld zouden kunnen worden voor bepaalde typen aansprakelijkheid.

Uit dit schema wordt duidelijk dat het CSQN-verband geen *positief vereiste* voor aanvaarding van causaal verband is, dus ook geen 'minimum-vereiste', een drempel die gepasseerd moet zijn voor men aan de TNR kan toekomen, zoals een aantal schrijvers hardnekkig volhoudt. Dat is in het duitse en engelse recht evenmin het geval. Het CSQN-verband speelt uitsluitend een rol in *tweede instantie*, als mogelijk *verweer van de dader/gedaagde*: hij mag aantonen dat de schade ook zonder zijn handelen ontstaan zou zijn bij geledeerde (als 'negatieve

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

vereiste').¹⁰⁵ Dat misverstand moet nu eindelijk eens de wereld uit. Het onderwerp is al moeilijk genoeg.

Ook is naar ik meen duidelijk dat het louter roepen dat de feitenconstellatie diffuus is ('non liquet', 'niet helder', zie bijv. Asser in zijn noten) op zich niet doorslaggevend is: het hangt van de uitkomst van toepassing van de andere categorieën af, of dat element relevant is. Het is een open deur wanneer men constateert dat de oorzakelijkheid niet helder is, dat is juist de reden dat het leerstuk van causaliteit zo gecompliceerd is. Meestal blijft de precieze veroorzaking van de schade immers in nevelen gehuld; ook Hammerstein wijst daarop, en in dit verband op het belang van het goed naleven van de stelplicht door eiser en de gemotiveerde weerlegging door gedaagde (t.a.p., p.2 v.).

Nog enkele opmerkingen over hetgeen Hartkamp in de laatste druk van zijn Asser-bewerking aan nieuwe inzichten gebracht heeft. Daarmee wordt het zojuist gestelde ook nog nader onderbouwd. Reeds werd vermeld dat door Hartkamp (en Sieburgh) in de 12^e druk (2004) voor het eerst de CSQN-eis als onderdeel van een twee stappen-plan gepresenteerd wordt. Die eerste stap, met betrekking tot *sine qua non*, is een test die nog wel van 'natuurwetenschappelijke aard' zou zijn (nr 425); aldus wordt het 'feitelijk causaal verband' vastgesteld (nr 426).¹⁰⁶ Daarop moet dan 'een op het recht toegesneden toetsing volgen'; deze vindt op grond van art. 98 plaats mede aan de hand van de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade, de tweede stap dus (nrs 425; 426b). Dat laatste wordt ook wel het 'normatieve causaal verband' genoemd (nr 436f). Er zijn uitzonderingen op het vereiste van CSQN-verband, die 'eraan herinneren dat het vereiste van CSQN-verband als juridische, niet als natuurwetenschappelijke categorie moet worden gehanteerd, en zich dus evenmin als andere onderdelen van het schadevergoedingsrecht aan aanvulling op grond van normatieve overwegingen onttrekt; zij rechtvaardigen niet dat het vereiste als onbruikbaar zou moeten worden opgegeven'. De mens is duidelijk de vader van de gedachte, bij dat laatste.¹⁰⁷ Even verder leest men dat de TNR op beide fasen, 'vestiging' en 'omvang van de schade' van toepassing is (nr 437), dat is kennelijk geen probleem. Of toch wel? Er wordt in ieder geval 'nogmaals erop gewezen' dat ook volgens de TNR-leer een CSQN-verband 'in beginsel vereist' is (idem).

105. Voor het duitse recht, zie Kötz, nr 147; voor het engelse recht, P. Cane, *Responsibility in law and morality*, Hart, Oxford, 2002, nr 4.3, *Factual causation*, e.v., over de 'but-for test' (=CSQN). Cane bespreekt ook de vergelijkbare 'NESS test' ('necessary element of a sufficient set'), die zijn voorkeur heeft, met name in gevallen van 'causal over-determination' (meervoudige causaliteit), de achilleshiel van de CSQN-leer.

Zie voor bewijslast die op dader rust, om ontbreken van CSQN-verband aan te tonen: Kötz, nrs 149; 253 v., en vooral: Esser/Schmidt, § 33 III, 2.

106. Zie daarentegen Cane, die opmerkt dat 'the term "factual causation" is misleading to the extent that it suggests that causal statements merely describe what happened', nr 4.3, met verwijzing naar nr 4.2.4, waar het normatieve karakter van causaliteit benadrukt wordt: 'causal interpretations of events are informed by the purposes for which the interpretation is being made'.

107. Hier, evenals op ander plaatsen, is een rudiment aanwezig van de Asser-bewerking van Rutten, die groot voorstander van CSQN als grondslag van causaal verband was, en tegenstander van TNR, zie de 6e druk (Asser-Rutten, 1981).

11. CAUSALITEIT

Intussen is algemeen erkend dat op het natuurwetenschappelijk karakter van een sine qua non-verband een uitzondering gemaakt moet worden voor handelen in de vorm van een *nalaten*, en daarvan is heel vaak sprake bij aansprakelijkheid uit onrechtmatig handelen. De bekende, ook door Hartkamp aanvaarde uitzondering is verder de meervoudige causaliteit, art. 99, e.d. (nr 440 v.). De uitzondering op de CSQN-regel wordt fraai verwoord: ‘Aan dit dilemma ontkomt men door het CSQN-vereiste niet in natuurwetenschappelijke, strikt logische zin op te vatten, doch genoeg te nemen met een redelijke mate van zekerheid die voldoende is om een veroordeling tot schadevergoeding te rechtvaardigen’.¹⁰⁸ Het geheel vormt een betoog vol tegenstrijdigheden die niet opgeheven worden (en ook niet kunnen worden) en is daarmee geen overtuigend pleidooi voor handhaving van het CSQN-vereiste, als eerste stap van toetsing, van natuurwetenschappelijke huize nog wel.

Het valt op dat Hartkamp, evenals zijn medestanders, geen rechtspraak noemt waarop die ‘eerste stap’ van CSQN gebaseerd zou zijn. Ik heb hun in het verleden wel eens uitgedaagd om dat te doen (Spier, c.s.), aangezien ik geen steun in de jurisprudentie kan ontdekken voor het ‘minimum-vereiste’-standpunt (het enige arrest dat in de richting komt, *Shellfish* (1998), biedt weinig steun, omdat bij kabelschade verbrekking van CSQN nu net de inzet van de procedure is, en niet ter discussie staat, zie boven, nr 4, in fine, en nr 5). Die handschoen is nooit opgenomen. Indien men de losbladige bundel *Schadevergoeding* raadpleegt (tegenwoordig: digitaal), waarnaar veelvuldig verwezen wordt door schrijvers, is evenmin steun uit de jurisprudentie te bespeuren (behalve de *Shellfish*, die rond zwemt).

Boonekamp, *Schadevergoeding I* (2003), Aant. 9, tekent aan dat ‘vrij algemeen aanvaard is’ dat CSQN een minimum-vereiste is (zie ook boven, nr 5, nt 59, mijn kritiek op de 2000-editie). Ik word daarbij als dissenter genoemd, met Goedmakers en Van Schellen, terwijl voor oudere schrijvers naar de voorgaande bundel *Onrechtmatige Daad I* verwezen wordt. Ook wordt a-g Koopmans, conclusie voor HR 1 juli 1993, *NJ* 667, *Haaglanden Nuts – Hofman*, met enige aarzeling genoemd als tegenstander (die inderdaad geen plaats ziet voor CSQN naast TNR).

Dan volgt de jurisprudentie ter ondersteuning van het ‘vrij algemeen aanvaard’ standpunt. Gezien het minimum-vereiste van CSQN, ligt voor de hand dat de rechter ‘vaak eerst zal onderzoeken of er CSQN-verband is’, stelt Boonekamp optimistisch. Als voorbeelden noemt hij twee arresten, uit 1979 en 1981, die echter door hem pas later besproken worden, onder de categorie uitspraken waarbij ‘niet altijd duidelijk is of de afwijzing van de vordering gebaseerd is op het ontbreken van CSQN-verband’ of op grond van, kortgezegd, TNR-verband van art. 98 (*sic!*). De enige andere uitspraak door Boonekamp genoemd is: HR 12 juni 1987, *NJ* 1988, 58, *fout advocaat*. Dit is een obscuur arrest van het simpele soort: schadeoorzaak die verweten werd was het niet overdragen van dossier door eerdere advocaat; de opvolgende advocaat beschikte echter over een schaduw dossier, dus geen causaal verband aanwezig. Nogal wiesdes.

108. Nr 440a. Verwezen wordt naar Hofmann-Van Opstall, die echter niets hierover op de aangeduide plaats zegt (en verder nog naar Von Bar).

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

Boonekamp geeft dan een reeks arresten weer in de categorie: rechter onderzoekt CSQN niet, want ‘het feit dat de schade niet zou zijn opgetreden zonder de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid op berust, is onvoldoende, wanneer die schade in de gegeven omstandigheden niet met toepassing van *art. 98* aan de veroorzaker kan worden toegerekend’. Kortom, indien er voor TNR geen plaats is, hoeft de rechter ook niet naar CSQN-verband te zoeken. En dat moet dan gelden als bewijs voor CSQN als *minimum-vereiste*? Kan men dit serieus nemen?

De arresten die hierbij volgen, uit 1991 en 1992, zijn verbazingwekkend; in het eerste arrest was de grief in cassatie dat de rechtbank causaal verband op grond van TNR had afgewezen, zonder in te gaan op aanwezigheid van CSQN-verband. De cassatierechter verwerpt die klacht, en overweegt dat de feitelijke rechter dat laatste niet had hoeven te doen (HR 2 nov. 1990, *NJ* 1991, 24, *woningruil door verhuurder*). Het tweede arrest, inzake een fout van een dierenarts bij het geven van een recept, had de feitenrechter TNR gehanteerd en causaal verband afgewezen, zonder het CSQN-verband in negatieve zin te onderzoeken (er was sprake van een dramatische overdosering bij het geven van het medicijn door de boer aan zijn kalveren). De hoge raad verwerpt de klacht, het hof hoefde dat niet te doen: het negatief CSQN-verband ‘laat zich in de gegeven omstandigheden niet vaststellen en moet dus in het midden blijven’ (HR 25 sept. 1992, *NJ* 751, *fout dierenarts bij recept*). Zo zit dat. Is hiermee CSQN als minimum-vereiste aangetoond?

Dan volgt een tiental arresten van het ‘onduidelijke’ soort, naar Boonekamps eigen maatstaven. Daarbij is dus per definitie geen sprake van het stellen van CSQN als minimum-vereiste, c.q. is onduidelijk wat de rechter precies doet. Vermelding verdient hier nog het wat bekendere arrest *Aalscholvers* (1991), waar slechts van ‘voldoende causaal verband’ gesproken wordt (curs. is van Boonekamp); *Shellfish* werd al genoemd. Soms gaat het over *negatief* CSQN-verband (bijv. HR 22 mrt 1991, *NJ* 420, *rolsteiger*).

Ik handhaaf dus mijn stelling dat voor CSQN als minimum-vereiste (‘eerste stap’), het *positieve sine qua non*-verband, te bewijzen door eiser, geen steun in de jurisprudentie te vinden is. Ik wacht wederom de weerlegging van die stelling door het *Conditio-sine-qua-non*nenkoor rustig af. Het is een puur dogmatisch vereiste, dat zijn oorsprong heeft in een hersendeel van de voorstanders van het begrip waar de vooroordelen huizen.

Intussen is daarmee ook gezegd dat de verwijzing naar CSQN bij het hanteren van de ‘omkeringsregel’ door de hoge raad in de recente jurisprudentie een louter academisch karakter heeft, een lippendienst aan de auteurs die dat de laatste tijd roepen (Akkermans, c.s.), zonder dat het naar positief recht een functie heeft voor de daadwerkelijke vaststelling van causaal verband.

Samenvattend, het CSQN-vereiste, in positieve zin (natuurwetenschappelijk verband) is achterhaald, eerst al door AQT, vervolgens door TNR. De ‘sine qua non’-relatie (keten van gebeurtenissen), zoals dat evident is of intuïtief aangenomen wordt, is daarmee niet uit het causaliteitsbeeld verdwenen, evenmin als dat met het element ‘voorzienbaarheid’ gebeurd is na invoering van de redelijke toerekening in de jurisprudentie van 1970. Niet meer en niet minder. Het van zolder halen van CSQN als minimum-eis, en daarmee als drempel voor

11. CAUSALITEIT

het aannemen van causaal verband, is de wereld op zijn kop zetten. Men heeft dan in ieder geval niet de jurisprudentie aan zijn zijde, ook in ons land.

Ik laat het oordeel verder aan de lezer over. Overigens hanteert ook Nieuwenhuis in een recent boekje CSQN als minimumvereiste; zodra hij echter concreter wordt, blijkt het over het negatieve vereiste te gaan.¹⁰⁹ Men komt regelmatig schrijvers tegen die van CSQN-drempel uitgaan in *positieve zin*, in de trant van: 'vast moet staan dat de schade zonder die omstandigheden niet zou zijn ingetreden'.¹¹⁰ Een andere benadering heeft Hammerstein, die erop wijst dat de 'medische causaliteit' (als 'strikt natuurwetenschappelijk verband') iets anders is dan de juridische causaliteit, en daar mee niet samenvalt (t.a.p., p.2). Opvallend is, nog even rechtsvergelijkend, dat de engelse hoogste rechter in het veel besproken *Fairchild*-arrest van 2002 bij aansprakelijkheid voor een beroepsziekte de CSQN links laat liggen, en zelfs tot de uitspraak komt: 'the law should treat a material increase in risk as sufficient to satisfy the causal requirements for liability'.¹¹¹ *Hear, hear.*

Het belang van de CSQN-kwestie is niet alleen van dogmatische, rechtstheoretische aard. Dat laatste zal degene ter harte gaan die vindt dat een leerstuk begrijpelijk moet zijn, evenals de jurisprudentie op dat terrein. Op beide punten zou enige verbetering niet misplaatst zijn, zoals wij zagen. Van groter belang is echter de betekenis van deze strijdvraag voor de praktijk. Assuradeuren staan erom bekend dat zij slechts in geval van een natuurwetenschappelijk hard CSQN-verband bereid zijn om aansprakelijkheid van een verzekerde te erkennen en diens verplichting tot schadevergoeding, en daarmee een verplichting tot uitkering onder de polis: alleen dan zou van een 'rechtstreeks en direct gevolg' sprake zijn. Indien het tot procederen komt, is in feitelijke instantie doorgaans

109. J.H. Nieuwenhuis, *Onrechtmatige daden. Délits, Unerlaubte Handlungen, Torts*, 2003. Zie p.82, CSQN als 'eerste stap', en p.55 anderzijds. Het boekje is gebaseerd op eerdere publikaties, o.m.: De neus van Cleopatra (redactioneel artikel, n.a.v. *Sint Willebrord*), *RnThemis* 2002, p.1; *Eurocausaliteit*, preadvies Ver. v. Vergelijkende studie recht van België en Nederland, verschenen in *TPR* 2002, p.1695. Op p.1704 wordt CSQN 'een triviale toets van feitelijke aard' genoemd, die echter 'zijn natuurlijke onschuld verloren heeft' in recente ontwikkelingen, en dan volgen gevallen van meervoudige causaliteit. Voor schr. 'is en blijft uitgangspunt dat eiser de aanwezigheid van CSQN bewijst'.

110. Aldus A.L.M. Keirse, *Schadebeperringsplicht*, diss. Groningen 2003, p.87 (nog met Nieuwenhuis als promotor). Zij beroept zich hierbij op Boonekamp, *Schadevergoeding I*, art. 6:101, Aant. 4. Deze auteur is een slechte leidsman, zoals wij eerder zagen. Hier beroept Boonekamp zich op de conclusie van a-g Hartkamp voor een arrest uit 1987, waarin echter door het hof CSQN in *negatieve zin* gehanteerd was, met instemming van a-g en HR. Vgl. HR 28 nov. 1987, *NJ* 507, *Nunumate – Oostermeijer* (bromfietser reed te hard, maar dat had geen oorzakelijk verband met fout automobilist).

W.H. van Boom stelt voor hoofdelijke aansprakelijkheid bij meervoudige veroorzaking CSQN als voorvereiste, het is de 'ingangsvoorwaarde voor hoofdelijkheid', met een beroep op Akkermans. Zie zijn bijdrage aan *Causaliteit*, LSA-Bundel 2003, p.92 v. 'Men is niet aansprakelijk voor schade die men niet heeft veroorzaakt', stelt hij lakoniek.

111. House of Lords 16 mei en 20 juni 2002, (2002) 3 *WLR* 89 HL, waarover Nieuwenhuis, t.a.p., p.69 v. en uitvoerig: Y.R.K. Waterman, De *Fairchild*-zaak: perikelen van het Engelse asbestslachtoffer, *TMA* 2003, p.151. Vgl. over dit arrest ook H.J. van Kooten, *Privaatrecht Actueel*, *WPNR* 6513 (2002).

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

veel tijd gemoeid (en kosten) met deskundigenberichten en –enquêtes om dat strikte CSQN-verband boven water te krijgen. Het komt regelmatig voor dat een rechter bij causaal verband denkt aan ‘de aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid’ die in de strafkamer gangbaar is (aldus bijvoorbeeld de rechtbank in de *Cijsouw – De Schelde-zaak*, 1993). Het hangt dan van het inzicht van de raadsheren in appel af, of hierin verandering komt, en of de cassatierechter eraan te pas moet komen (zie wederom de *Cijsouw-zaak*). Het is dus van groot maatschappelijk belang dat een ieder beseft dat CSQN geen positief vereiste van causaal verband is, te bewijzen door eiser (geledeerde), maar een negatief vereiste: een verweer dat gedaagde (dader) toekomt, waarbij de bewijslast (= bewijsrisiko) op hem rust.

Rechtsvergelijkende opmerkingen. De bijdrage van het duitse recht aan het causaliteitsvraagstuk

Voor de lezer met interesse in rechtsvergelijking nog enkele opmerkingen over de relevantie van het duitse recht voor ons onderwerp, en de opmerkelijke vertekening van dat recht in de jongste Asser-bewerking van Hartkamp (en Sieburgh), waardoor de meerwaarde van rechtsvergelijking (en daar gaat het steeds om) verloren is gegaan. Hoe kon het gebeuren dat het duitse recht zo slecht weergegeven werd? Dat heeft voor een deel te maken met problemen die zich bij iedere rechtsvergelijking kunnen voordoen: vooroordelen, miskennen van de eigen aard van het onderzochte rechtstelsel, en tenslotte: slordig lezen. Men wil graag de CSQN-eis, als natuurwetenschappelijk verband als ‘eerste stap’ zien, en bovendien dat verband in stand houden bij het doen van de ‘tweede stap’ (AQT) en tenslotte maar een beperkte rol aan TNR toekennen, voor de probleemgevallen, als correctie op AQT.

Men heeft allereerst niet in de gaten dat (ook) in het duitse recht CSQN alleen als correctiefactor, *in negatieve vorm* speelt (niet anders dan in het engelse recht, zoals wij zagen). Althans, men trekt daaruit geen consequenties. Ten tweede ziet men in het onderscheid ‘Haftungsbegründende Kausalität’ (alias: ‘Erstverletzung’) de ‘eerste stap’, en in de ‘Haftungsausfüllende Kausalität’ de ‘tweede stap’ op causaal gebied. Daarmee doet men het duitse rechtssysteem geweld aan; men mag niet uit het oog verliezen dat de onrechtmatige daad volgens § 823 BGB een gehele andere structuur heeft dan ons art. 6:162 BW. Volgens het eerste lid van § 823 dient namelijk uitsluitend sprake te zijn van *inbreuk op een subjectief recht*, en wel schending van: leven, lichaam, gezondheid, vrijheid of eigendom (of een vergelijkbaar recht), een schending die onrechtmatig (‘widerrechtlich’) moet zijn, op opzettelijke of onzorgvuldige wijze gedaan, hetgeen verplicht tot vergoeding van de schade die daaruit ontstaan is (het tweede lid heeft betrekking op handelen in strijd met een door de wet aan derden geboden bescherming). Aldus moet eerst komen vast te staan dat er van een schending van een recht sprake is, die onrechtmatig is aansprakelijkheid teweegbrengt. Eerst dan doet de vraag zich voor, naar de schadelijke gevolgen en omvang van schade die de aansprakelijke persoon toegerekend worden. Die eerste fase wordt beheerst door de *onzorgvuldigheid* van de handeling die tot een inbreuk op andermans recht geleid heeft, de ‘Rechtswidrigkeit’, of ‘Verschulden’. Het toebrengen van schade is immers op zich geen grond voor een verplichting tot schadevergoeding (wij brengen elkaar

11. CAUSALITEIT

constant schade toe): het handelen moet ook onrechtmatig geweest zijn. Een causaal verband in evidente, intuïtieve vorm is daarbij veelal een gegeven, met name bij schending van een eigendomsrecht, en de CSQN in negatieve vorm hanteert men hier als begrenzing van aansprakelijkheid: ook zonder de inbreuk zou de schade geleden zijn (huis verbrand, patient overleden, etc.). Het is hier 'Ursachenzusammenhang in seiner *negativ abgrenzenden Funktion*'.¹¹² Zoals gezegd, is dat een verweer dat de dader-gedaagde toekomt.

In deze eerste fase gaat alle aandacht derhalve naar het onrechtmatige karakter van de handeling uit; causaliteit is het probleem van de tweede fase, en dan eigenlijk alleen wanneer complicaties optreden (predispositie slachtoffer, meervoudige veroorzaking, e.d.). Op dat terrein, van de tweede fase, heeft men in het Duitse recht dezelfde weg afgelopen als in ons recht het geval was: de ontwikkeling van CSQN (Von Buri), via AQT (Von Kries, Traeger) naar TNR, daar gevangen onder het trefwoord: 'Normzweck', of 'Schutzzweck' (Rabel, Von Caemmerer), met mogelijkheden om zich bij de normatieve benadering door een te voeren beleid te laten leiden ('policy').¹¹³ Steeds is de nieuwe causaliteitsleer een verbetering, en tegelijkertijd vervanging van de oude leer (net als bij ons, betekent dat niet dat 'voorzienbaarheid' als criterium geheel afgeschaft zou zijn). Vergelijkbaar met onze ontwikkeling van causaliteit, zien wij de ene leer geruisloos in de andere overgaan: bij AQT hanteerde de Duitse hoogste rechter al de maatstaf van 'optimaler Beobachter' of wel de 'objektiv nachträgliche Prognose', waarbij (achteraf) de meest onwaarschijnlijke gevolgen (voor de top-deskundige) voorzienbaar blijken te zijn geweest (een bekend voorbeeld: statistisch verband van minder dan 0,01 procent van schade bij inenting). Dat heeft niet zoveel meer met 'voorzienbaarheid' in traditionele zin te maken, het is in wezen een vorm van toerekening naar redelijkheid, een beleid dat gevoerd wordt.

Intussen vinden wij geen beschouwingen over dit onderscheid in de jurisprudentie, het is aan de doktrine overgelaten om hierover te theoretiseren: 'the judges seem to follow a "natural" understanding of causation which combines logic, the well-known principles of natural science and some proximity between the respective links in the chain of causation', is de observatie van Magnus.¹¹⁴ Over de eerste stap, zegt dezelfde auteur: 'The

112. Aldus Esser/Schmidt, § 33 I; zie ook nr 2, inzake nalaten en veroorzaking, en ook: § 33 III, 2, waarbij de term 'Rechtswidrigkeitszusammenhang' gebruikt wordt. De bewijslast voor deze negatieve werking van CSQN ligt bij de dader, vgl. § 33 VI 2.

113. In geval van toepasselijkheid van lid 2 van § 823 BGB (schending van wettelijk beschermde belangen) is de Schutzzweck-leer al lang aanvaard. De ontwikkeling van 'Verkehrspflichte' onder lid 1 leverde een probleem op: hier bestaat geen wettelijke norm, maar een ongeschreven norm die nader geconcretiseerd moet worden in het voorliggende geval. Zie, licht kritisch, Kötz, nr 158. Von Caemmerer was van het begin af aan voorstander van een typologiseren, naar groepen gevallen.

114. U. Magnus, Causation in German Tort Law, in: J. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Causation*, 2000, p.64. Zie ook de vergelijkbare opmerking van Peter Cane over de common law-rechter, die eerder aangehaald werd. Ook in het Franse recht houdt de rechter zich dogmatisch op de vlakte wat het rechtskarakter van causaliteit betreft, vgl. Viney/Jourdain, nr 347.

Magnus steunt in zijn rapport op de bekende auteurs op dit gebied, zoals: Esser/Schmidt, Kötz, Lange, en Deutsch. In de conclusies van Spier en Haazen in het boek (p.127 v.), wordt geen

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

conditio-formula is a helpful starting point for most cases but fixes only the circle of conditions from which a further choice must be made' (p.67). Bij die keuze geldt AQT voor de simpele gevallen als afdoende, en komen bij de moeilijkere gevallen van causaliteit de 'policy considerations' om de hoek; Magnus ziet de Normzweck-benadering nog als te beperkt, en geeft de voorkeur aan een 'case-related policy considerations which finally rely on what would be a fair and reasonable apportionment of risks and chances in society'.¹¹⁵ Kortom: TNR op zijn duits.

De introductie van de Normzweck-gedachte door het Bundesgerichtshof in 1959, nota bene onder de vlag van AQT ('Adäquanztheorie'), spreekt boekdelen.¹¹⁶ Het gaat eigenlijk niet om een causaliteitsvraag maar een correctie van een logische oorzakelijkheid op grond van de billijkheid, een begrenzing van aansprakelijkheid door toerekening naar redelijkheid ('billigerweise zumuten'); het is een normatief oordeel ('wertende Beurteilung'), overweegt de hoogste duitse rechter.

De fase van 'Erstverletzung' heeft zoals gezegd een laag causaliteitsgehalte, het is *inbreuk* of niet, wat de klok slaat. De 'Rechtswidrigkeit' vormt hierbij de centrale norm; de meeste schrijvers zien hier een rol voor de Schutzzweck-leer, evenals in de tweede fase van de vaststelling van schade-omvang.¹¹⁷ Andere schrijvers zien in die eerste fase geen rol weggelegd voor enige causaliteitsleer, dus ook niet AQT, laat staan Schutzzweck-leer, aldus zeer uitgesproken Deutsch.¹¹⁸ De reden is, opmerkelijk genoeg, dat in het element 'Rechtswidrigkeit' (of 'Verschulden') de voorzienbaarheid al inbegrepen is.

Al met al zal duidelijk zijn dat men het duitse recht onrecht doet wanneer men de 'Erstverletzung' of 'Haftungsbegründende Kausalität' annexeert als 'eerste stap' met CSQN-karakter, zoals Hartkamp doet. Die eerste stap is naar duits recht van een geheel ander kaliber dan Hartkamp (c.s.) voor ogen staat, als drempel of minimumvereiste wat causaliteit betreft; zoals wij zagen heeft die eerste fase een eigen toets, waarbij men geen echte causaliteitsleer nodig heeft, aangezien de voorzienbaarheid al binnen de onrechtmatigheidstoets gehanteerd wordt. Daarbij komt ook al het 'normdoel' tot zijn recht. Ook wordt door Hartkamp geen recht gedaan aan de ontwikkelingen in normatieve richting van het causaliteitsbegrip in het duitse recht, al of niet onder de vlag van

recht gedaan aan het negatieve gebruik van het CSQN-verband in het duitse recht, met name wat de bewijslast betreft (die op de dader rust), en de betekenis van de 'two step approach' in het duitse rechtssysteem, zoals hier besproken.

115. Op p.68. Zoals gezegd, werd dit standpunt door Von Caemmerer al ingenomen (in 1956). De vergelijking met Kösters visie uit 1964 dringt zich op.

116. Het arrest, BGH 30, 154, 157 (1959) werd eerder geciteerd in § 1, nr 1, in fine (ontleend aan Kötz, nr 154), evenals het vergelijkbare *Edelweiss*-arrest van 1951.

117. Zie Kötz, nr 160 v., met verwijzing naar Stoll, Von Caemmerer, e.a. Aldus ook Larenz, § 75 II, 2b.

118. E. Deutsch, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, 2e dr. 1995, p.118 v. Opmerkelijk is zijn uitspraak: 'Nur die Verwirklichung einer Gefahr ist grundsätzlich zurechenbar'. Voor Deutsch is 'die kausale Adäquität Vorstufe zum Verschulden'. Aldus ook Esser/Weyers, § 55 II 2 v. De kritiek uit de Schutzzweck-hoek (Von Caemmerer, e.a.) evenals de ontwikkeling in de jurisprudentie in die richting wijst Deutsch af, als geen wezenlijk argument tegen zijn standpunt.

11. CAUSALITEIT

‘Normzweck’. Dat zou steun kunnen bieden bij de ontwikkeling van onze TNR-leer; dat is iets anders dan op de CSQN-rem trappen, of de normdoelen naar de zijlijn van relativiteitsvereiste (art. 163) te dirigeren, in plaats van deze te integreren in het causaliteitsdebat. Aldus heeft rechtsvergelijking geen meerwaarde, maar bestaat het enkel uit het winkelen om aanvullende argumenten voor een eigen standpunt aan te dragen (een variant op ‘forum shopping’). Op zich is daar natuurlijk niets mis mee - wie houdt niet van winkelen? - maar dan moet men het vreemde rechtstelsel wel in zijn waarde laten.

Tenslotte. Een reddingsboei toegeworpen aan de drenkeling

Het bovenstaande is knap ingewikkeld, een ‘woud van geleerde pennen’ zal de eenvoudige maar oprechte practicus verzuchten.¹¹⁹ Als uitsmijter, voor het laatste type lezer - waartoe ik mijzelf ook reken, in mijn goede momenten - een voorbeeld van het omgaan met causaal verband van de praktische rechtsgeleerde Hein Kötz (één van de vele die hij geeft, in nrs 142 v.; 150). Een casus beklijft beter dan veel diepzinnige rechtsgeleerde vertogen, weten wij sinds de Romeinen.

Het is het geval van de overboord springende passagier (niet die man uit het klassieke Roald Dahl-verhaal, die daarmee een weddenschap wilde winnen). Een man valt overboord in volle zee, en verdrinkt. De kapitein van het schip heeft een probleem, want er waren geen, althans te weinig (meer subsidiair: niet op de goede plaats aangebrachte) reddingsboeien aanwezig. Schending van een zorgvuldigheidsnorm door de kapitein, ongeschreven, of misschien wel geschreven? Op het eerste gezicht: ja. Maar, is hier dus sprake van onrechtmatig handelen jegens de verdronken passagier (‘Erstverletzung’)? - denkt de duitse jurist. Is hier sprake van toepassing van de ‘omkeringsregel’? - prevelt de nederlandse jurist hoopvol (of verontrust).

Dat zit nog, want stel dat de vrouw van de man het zag gebeuren, en verklaard heeft dat de drenkeling direkt in het zeewater wegzonk, om niet meer boven te komen. Ook al had er een reddingsboei op de bestemde plaats gehangen, het werpen ervan zou geen enkel nut gehad hebben, de schade (verdrinkingsdood man, eventueel ook shockschade vrouw, indien zij verdrietig was) zou toch plaats gevonden hebben. Stel, tweede mogelijkheid, dat niemand het voorval gezien heeft (het geval van Roald Dahls drenkeling). Dan had ook niemand de reddingsboei kunnen werpen, met gelijke uitkomst als in het eerste geval.

Hier ziet men, zo men wil, CSQN in haar negatieve gedaante in actie: het tekortschieten in het aanbrengen van reddingsboeien op het schip heeft niet bijgedragen aan de veroorzaking van de schade, was geen schakel in de keten van gebeurtenissen. De casus kan ook gebruikt worden om te demonstreren dat CSQN in haar positieve gedaante geen instrument is dat wij bij de causaliteitsvraag per se moeten hanteren. Stel dat een passagier ontdekt dat er geen reddingsboeien hangen, hetgeen hem in hoge mate verontrust omdat er een dreigende storm is. Hij spoedt zich naar de kapitein om daarvan melding te

119. Vrij naar G. van Daal, *Advocatenblad* 2003, p.256, boekaankondiging van oratie Akkermans, 2002.

§2. CAUSALITEITSTHEORIEËN

maken en daarover te klagen, struikelt in zijn haast daarbij over een dekstoel en breekt zijn been. Is er een CSQN-verband tussen het laakbaar niet aanbrengen van reddingsboeien en het letsel van de bezorgde passagier? Natuurlijk wel. Is dat juridisch relevant, voor de aansprakelijkstelling van de kapitein voor door hem veroorzaakte schade? Neen, de schade valt in de eigen risikosfeer van de passagier, die beter had kunnen uitkijken, of heeft gewoon pech gehad. Dit was aan het begin van de vorige eeuw precies de reden om van CSQN als grondslag voor causaal verband af te stappen en naar iets anders om te zien (gebrek aan beperkend vermogen van de CSQN-regel, en daarmee aan onderscheidend vermogen).

Het is een eenvoudig voorbeeld, om de gedachten te bepalen, en inzichten vast te houden. Zodra men gaat variëren op het thema, is dat vragen om moeilijkheden, en die wilde ik verder maar laten rusten.¹²⁰

120. Veel varianten vindt men bij Kötz. Bij de vaststelling van de omvang van de schade spelen predispositie van het slachtoffer en bijzondere omstandigheden daarbij een grote rol; ook hier is het CSQN-verband niet zaligmakend. Een uitzondering maakte het BGH in een uitspraak na de oorlog toen een man met een kunstbeen (als gevolg van hem, 8 jaar eerder, toegebracht letsel bij aanrijding) niet op tijd een schuilkelder kon halen bij een bombardement, en da met de dood moest bekopen. Dat gevolg werd wel voor rekening gebracht van de automobilist die hem ooit aangerezen had.

Hoofdstuk 12.

Bijzondere aansprakelijkheden

DEEL A. ALGEMENE ASPEKTEN VAN HET RECHTS- GEBIED

§ 1. De historische ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht. De grondslagenkwestie; risikoleer, bewijsvragen, solidariteit, nieuwe schadevormen

1. Inleiding. De slag om de grondslagen

In de klassieke opvatting is de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad gebaseerd op de aanwezigheid van ‘schuld’ bij de dader, in de zin van verwijtbaar onzorgvuldig handelen, terwijl bij de zogenaamde bijzondere aansprakelijkheden vaak sprake is van het risikobeginsel als grondslag voor de aansprakelijkheid. Daarbij geldt dat naarmate men sterker overtuigd is van de juistheid van de schuldgedachte bij de ‘normale’ aansprakelijkheid, de behoefte ontstaat om het uitzonderlijke van de risico-aansprakelijkheid bij de bijzondere aansprakelijkheden te beklemtonen. Die laatste categorie betreft schade toegebracht door o.a. werknemers, jonge kinderen, dieren, gebouwen, gevaarlijke zaken en produkten (artt. 6:170 v. BW/1403 v. oud-BW).

Hoe bijzonder zijn de bijzondere aansprakelijkheden eigenlijk? Op deze vraag zijn vele antwoorden mogelijk, waarbij geldt dat men niet om enkele voorvragen heen kan. Men zal het bijvoorbeeld eerst met elkaar eens moeten zijn, wat naar geldend recht de grondslag voor de ‘normale’ aansprakelijkheid uit art. 6:162 BW/1401 oud-BW is, wat heet vandaag-de-dag ‘schuld’? *Pour discuter il faut être d’accord*, zoals de Fransen dat zo mooi (dialektisch) zeggen. Gezien de bestaande gevoeligheden van emotionele en zakelijke aard, is dat nog niet eens zo’n eenvoudig punt om tot overeenstemming te komen. Ook zal men duidelijkheid moeten verschaffen wat onder ‘risiko-aansprakelijkheid’ verstaan wordt, dit begrip wordt nogal eens verward met ‘absolute aansprakelijkheid’, aldus bijvoorbeeld Vranken.¹ Bij die laatste figuur is, in tegenstelling tot de eerste, geen beroep op overmacht en andere verweermiddelen mogelijk, of is dat sterk beperkt. Als men vervolgens tot de eigenlijke beantwoording van de vraag overgaat, is een aantal varianten mogelijk. Men kan allereerst de naar geldend recht bestaande aansprakelijkheden, in BW, WvK en bijzondere wetgeving, gaan turven op schuld- of risico-grondslag. Verrassend is dan het overheersende aantal gevallen van risico-aansprakelijkheid, niet alleen als gevolg van recente wetgeving, die zoals bekend doorgaans op die aansprakelijkheidsvorm

1. J.B.M. Vranken, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging uit het verleden*, WPNR 5953-55 (1990). Het artikel van de tilburgse hoogleraar is een frontale aanval op de door mij verdedigde risico-aansprakelijkheid voor milieuschade.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

gebaseerd is. Verder kan men bij de beantwoording de wetenschappelijke discussie betrekken zoals die in de doktrine van de afgelopen honderd jaar gevoerd is, het thema is namelijk verre van nieuw. Tenslotte kan men een blik op omringende rechtsstelsels werpen, die, mede onder invloed van EEG-wetgeving en rechtsharmonisatie in het algemeen, steeds dichterbij komen. Alsof een paar uur rijden of vliegen niet dichtbij genoeg zou zijn.

Bij de behandeling die hier volgt zullen die voorvragen en varianten bij de beantwoording aan bod komen. Men kan zich natuurlijk afvragen of deze exercitie enige zin heeft, nu er een nieuw BW is waarin de bijzondere aansprakelijkheden toch keurig geregeld zijn, naast de gewone aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Dat laatste zit nog, er deden zich al voor de invoering van dit nieuwe recht problemen voor bij de interpretatie en afbakening van de aansprakelijkheidsvormen, *tenzij - ook - indien*, en zo. De wetgever heeft op de valreep hier en daar getracht wat verduidelijking aan te brengen, maar de problemen zijn de wereld nog niet uit. Dit nog afgezien van het feit dat elke wet, nieuw of oud, om interpretatie vraagt, al hebben figuren als Justinianus, Napoleon en hun navolgers dat nooit op prijs gesteld. Het blijft dus tobben, en dat is structureel, om een modewoord te gebruiken. Is dit een gegeven, dat alleen ontkend zal worden indien men 'plus loyalist que la loi' is, van niet minder belang is, dat zich in de ontwikkeling van het recht steeds nieuwe aansprakelijkheidsvragen zullen voordoen, in het spoor van de maatschappelijke ontwikkelingen, waarbij de prangende vraag naar de grondslag van die aansprakelijkheid gesteld zal worden: 'schuld of risico'? Een aktueel voorbeeld is de milieu-aansprakelijkheid, op welk gebied ik met Vranken, zoëven genoemd, de degens gekruist heb.² Nu is deze vorm van aansprakelijkheid in luttele jaren in het middelpunt van de belangstelling gekomen, maar er zijn nog veel meer schadevormen die ten dele nog achter de horizon liggen, en binnen afzienbare tijd hun plaats in de jurisprudentie en tenslotte wetgeving zullen vinden. Soms ziet men de voorboden daarvan in het buitenland, bijvoorbeeld de medische aansprakelijkheid (*medical malpractice*) die een enorme vlucht genomen heeft; verder kan men ook zonder de fantasie van een Jules Vernes voorspellen dat op het gebied van computergebruik, genetische manipulatie, het omgaan met de media, sport en recreatie, psychotherapie, etcetera, ons nog een en ander te wachten staat. Wat vandaag nog voor 'soft talk' doorgaat - op sommige gebieden is de term 'soft law' gangbaar - kan morgen 'hardgemaakt worden' en in de rechtszaal tot toewijzing van schadevergoeding leiden.

Het is dus een goede investering, een diepte-investering, om aandacht te geven aan de grondslagen-diskussie in het onrechtmatige daadsrecht. Dat vormt overigens de kern van het universitaire onderwijs: niet uitsluitend het leren van geldend recht, dat waarschijnlijk binnen vijf jaar verouderd is, maar vooral het zoeken naar de grondslagen van rechtsregels waardoor men zicht kan krijgen op de komende rechtsontwikkeling. Met het aanvaarden van de jurisprudentie als rechtsbron, hetgeen in ons land in 1919 zijn beslag kreeg, niet toevallig een arrest over de onrechtmatige daad, zou deze gedachte een open deur moeten zijn. Het onderwerp, 'schuld of risico', is bij uitstek geschikt voor zo'n fundamentele

2. Zie mijn reactie: Een kamikaze-actie op de Rotte. De visie van Vranken op de aansprakelijkheid uit art. 1401 BW, in het bijzonder bij bodemvervuiling uit het verleden, *WPNR* 5976 (1990). De problematiek is ook nog van (groot) belang voor het overgangsrecht.

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

beschouwing. Het is des te verwonderlijker dat hierover in onze handboeken, proefschriften en tijdschriftartikelen vrijwel niets te vinden is, in tegenstelling tot de situatie in ons omringende landen. Met name hetgeen aanhangers van de risikoleer, ook wel ‘gevaarzettingsleer’ genoemd, in de afgelopen eeuw voorstonden, is vrijwel niet tot onze handboeken doorgedrongen. Dat is nog enigszins begrijpelijk als het om tegenstanders van die leer gaat (bijv. Rutten in zijn Asser-bewerking, doorgaans gehandhaafd door Hartkamp), het is echter ook het geval bij voorstanders van die leer (zoals Pitlo). Hieronder zal dat nog uit de doeken gedaan worden.

Dat brengt ons op de indeling van deze paragraaf. Aan de bespreking van de bijzondere aansprakelijkheden gaan beschouwingen vooraf waarbij niet alleen, zoals onderhand te verwachten, de grondslagenkwestie aangesneden wordt, maar ook enkele andere aspecten, die van algemene aard zijn (Deel A). Het gaat daarbij om de relatie tussen (risiko-)aansprakelijkheid en causaliteit, verzekeringsaspecten, de verweermiddelen (overmacht, ‘state of the art’, e.d.), de bewijslastverdeling. Waar mogelijk, zal aan de hand van cijfers inzicht gegeven worden over de omvang van de problematiek, terwijl ook verwezen wordt naar de rechtseconomische discussie die, juist op dit terrein, internationaal op gang gekomen is, de laatste decennia. Meer gedetailleerde informatie volgt uiteraard bij de bespreking van de bijzondere aansprakelijkheden zelf (Deel B).

2. *Uitgangspunten bij de behandeling van de vraag ‘schuld of risico?’*

Zoals aangegeven, dienen eerst enige voorvragen behandeld te worden voor wij aan het eigenlijke onderwerp toekomen. Wat de vraag naar de betekenis van het schuld-begrip naar geldend recht betreft, kan onder verwijzing naar hetgeen in eerdere delen van dit boek betoogd werd, het volgende gesteld worden.³ In de rechtspraak van de laatste decennia is het schuldvereiste opgegaan in dat van maatschappelijke onzorgvuldigheid, als gevolg van de vergaande objectivering van het schuld-begrip. De ‘verwijtbaarheid’ van de handeling wordt afgemeten aan normen van zorgvuldigheid; aangezien dit in de loop der jaren met toenemende strengheid is gebeurd, viel het onderscheid in de praktijk weg. Veegens sprak in 1960 nog van ‘communicerende vaten’, het werd al gauw ‘één pot nat’. Van groot belang voor deze ontwikkeling was het standpunt dat de hoge raad sinds 1965 innam met betrekking tot normen van zorgvuldigheid bij gevaarssituaties, een reeks uitspraken beginnend bij een *kelderluik* en eindigend (voorlopig) bij een emmertje *natronloog*.⁴ Bij een mogelijk dreigend gevaar als gevolg van een handeling rust op de handelende persoon de verplichting tot het treffen van maatregelen: een onderzoeksplicht, een verplichting om in overleg te treden met degenen die mogelijk schade toegebracht kan worden, en een verplichting om maatregelen te nemen om die schade te voorkomen. Een volgend ‘communicerend vat’ werd hierbij het vereiste van *causaliteit*; dit werd mogelijk gemaakt door de vervanging van het oude criterium van ‘voorzienbaarheid’ door toerekening naar redelijkheid. Met als gevolg dat zeer onwaarschijnlijke scha-

3. Zie boven, Hfdst. 10, § 2, nrs 3 en 7; § 3, nr 4. Men zie aldaar voor de vindplaatsen van hetgeen hier in de tekst besproken wordt.

4. De reeks wordt voortdurend aangevuld. Zie boven, Hfdst. 10, § 2, nr 8.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

detoebrengring de zorgplicht tot het nemen van maatregelen niet wegneemt. Men ziet hier het risico-element doorwerken in de benadering van de hoge raad; ik noemde dit eerder *pseudo-risico-aansprakelijkheid*.⁵

Het is van belang om deze evolutie van het schuldbegrip in het oog te houden, die geleid heeft tot een vloeiende overgang naar het eigenlijke terrein van risico-aansprakelijkheid.⁶ Men kan hieraan nog toevoegen het hanteren van de processuele techniek van omkering van de bewijslast op grond van vermoeden van schuld, die de rechter al geruime tijd hanteert wanneer hij de stap van schuld- naar risico-aansprakelijkheid niet openlijk durft te zetten (zie nog onder, nr. 6). Het gaat derhalve niet om een zwart-wit tegenstelling, het zijn veeleer variërende tinten grijs. Niet saai, wel genuanceerd.

Is dit het algemene beeld van de moderne toepassing van 'schuld-aansprakelijkheid', ik zou nog een stap verder willen gaan: in een aantal uitspraken heeft de hoge raad de risikoleer aanvaard bij algemene aansprakelijkheid uit art. 1401 *oud*. Hieronder zal dat nog uitgewerkt worden, in de paragrafen die volgen.

Bij deze algemene beschouwingen past het om een schets te geven van de kenmerken van het moderne aansprakelijkheidsrecht. Indien men de ontwikkeling van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in deze eeuw in enkele begrippen tracht te vangen, kan men een overgang van het *vergelingsmodel* naar het *toedelingsmodel* signaleren. De verwijtbare gedraging, die om een sanktie vraagt, heeft plaats moeten maken voor het alloceren van aansprakelijkheid bij de partij die daartoe naar algemene maatschappelijke maatstaven het beste toegerust is. De ethische normen, standaard bij de schuld-aansprakelijkheid (verwijtbaarheid in moreel opzicht) zijn daarbij aangevuld met sociale en economische normen. Twee *Leitmotive* kan men daarbij onderscheiden: het afhandelen van de schade op een maatschappelijk aanvaardbare wijze, waarbij termen als 'verevening', 'spreiding', 'afwenteling' e.d. op hun plaats zijn, en, van toenemend belang, de *preventie-gedachte*.⁷ Een ongeluk komt zelden alleen; wat de eiser in kwestie in

5. Zie div. publikaties op gebied van milieu-aansprakelijkheid, zoals die genoemd in nt 2; vgl. ook onder, p. 560 v.

6. Dit is een internationale ontwikkeling die al geruime tijd plaatsvindt, zie de beschrijving van het Amerikaanse, Duitse, Franse, Zwitserse en Oostenrijkse recht in dit opzicht bij K. Zweigert en H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung, Band II*, 2e dr., 1984, p. 395 v. (Engelstalige ed. 1987 (1992): *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, by Tony Weir). Schr.'s wijzen niet alleen op het hanteren van zeer zware zorgvuldigheidsnormen ('utmost care', e.d.), maar ook op het eisen van de voor de beroepsgroep of handelingssituatie *typische* (vak)bekwaamheden. Zie voor het Duitse recht ook M.R. Will, *Kwart. Ber. NBW* 1987, p. 144.

7. Zie uitvoeriger boven, p. 318 v., en voor rechtseconomische aspecten: pp. 410, nt 21; 432, nt 50, en verder Esser/Weyers, *Schuldrecht II*, 1991, p. 526. Wat de 'vereveningsgedachte' betreft, Hugo de Groot spreekt in zijn *Inleiding tot de Hollandsche Rechts-Geleertheit* over de onrechtmatige daad ('misdaet') als een verbintenis tot 'wedergeving van de onevenheyt', vgl. Asser-Rutten II, 1968, p. 406.

Zie voor het moderne recht ook nog: H. Kötz, *Deliktsrecht*, 8e dr., 1998, nr 36 v.; J.F. Fleming, *The law of Torts*, 9th. ed. 1999, p. 8 v.; H.W.M. Dias and B.S. Markesinis, *Tort Law*, 2nd. ed. 1989, p. 31 v. En voor die rechtseconomische aspecten: M. Faure en R. van den Bergh, *Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsverzekering*, 1989 (bespr. in *TMA* 1990, p. 126 door E. Mackaay); idem, preadv. Ver. v. Burg. Recht 1990, *Verzekeringsaspecten van aansprakelijkheid*. Zie ook nog: R.W. Holzhauser, R. Teijl, e.a., *Inleiding Rechtseconomie*, 1989.

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

een gevaarssituatie is overkomen, kan morgen een ander gebeuren. *Hodie mihi, cras tibi* (heden ik, morgen gij). Rechtsvinding en rechtsvorming gaan immers in elkaar over.

Aldus een herformulering van hetgeen eerder door mij betoogd werd.⁸ Hieronder komt deze materie terug, bij de behandeling van de diverse bijzondere aansprakelijkheden, die veelal hun specifieke problematiek hebben. Tenslotte nog een enkel woord over de omschrijving van 'risiko-aansprakelijkheid', om de gedachten te bepalen. Als uitgangspunt is de beschrijving die Pitlo ervan geeft bruikbaar; de risikoleer of 'gevaarzettingsleer' wordt door hem aldus weergegeven: 'De leer van de gevaarzetting houdt in, dat ook hij, die een geoorloofd risico heeft genomen, aansprakelijk is voor de gevolgen daarvan, indien de kwade kans zich buiten zijn schuld om realiseert'.⁹

In het slot van de formulering herkent men de 'aansprakelijkheid zonder schuldgedachte', hetgeen in angelsaksische landen als 'no-fault liability' bekend staat. De nuances zullen later nog aangebracht worden, voorlopig kunnen wij met deze omschrijving uit de voeten. Zoals wij nog zullen zien, wordt deze vorm van aansprakelijkheid algemeen gecombineerd met de mogelijkheid van de aansprakelijke persoon om zich op overmacht, de stand van de wetenschap, en dergelijke te beroepen, terwijl vaak ook matiging van de schadevergoedingsplicht mogelijk is of wettelijke limieten gelden. Dat verweer gaat niet op bij de zgn. 'absolute aansprakelijkheid', die in uitzonderlijke gevallen, doorgaans door de wetgever, in geval van grote maatschappelijke risico's (kernenergie, bijv.) vastgesteld is. Daarbij gelden overigens wel weer wettelijke limieten. Die beperking van de risico-aansprakelijkheid is voornamelijk ingegeven door sociaal-ekonomische argumenten: de toedeling van een schadevergoedingsplicht moet voor betrokkene te dragen zijn, en af te wentelen zijn, door middel van verzekering en dergelijke. De belangenafweging, steeds meer de kern van het onrechtmatige daadsrecht, brengt dat met zich.

Alvorens naar het geldende, nederlandse recht te kijken, zou ik eerst terug in de geschiedenis willen, en een blik willen werpen op de ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht van de oudheid tot in onze tijd. Het leerzame daarvan is, dat de gangbare gedachte dat risico-aansprakelijkheid modern is, voornamelijk van deze eeuw - en dan nog van na de laatste oorlog - als reactie op het 19e eeuwse schuldbegrip, onjuist is. Niet alleen dat de risikoleer in de vorige eeuw ontstaan is, en toen al grote aanhang in de doktrine had, het is nog veel sterker: in de oudheid kwam risico-aansprakelijkheid vrij algemeen voor. Maar laten wij bij het begin beginnen.

8. Behalve naar de al genoemde literatuur (p. 2, nt 1) verwijs ik naar mijn bijdrage aan het Raio-boek *Met recht naar 2000*, 1990, p. 81, *Civiele aansprakelijkheid anno 2000*.

9. Pitlo-Bolweg, *Verbintenissenrecht*, 3e dr. 1979, p. 328. In deze zin ook de voorgaande edities. Zie ook de formulering in het baanbrekende boek van Esser ontwikkeld (*Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, 1941, 2e dr. 1969), die algemeen aanvaard is, aldus Kötz; *Archiv civ. Praxis (AcP)*, 1970, p. 20 v.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

3. *De historische wortels van risico-aansprakelijkheid. De oudheid*

Als wij het spoor terug volgen naar aansprakelijkheid in de oudheid, in wat wij nu 'primitieve rechtsstelsels' noemen, is daar veel verrassends te vinden. Tot de oudste vormen van aansprakelijkheid die wij tegenkomen, behoren behalve die voor het toebrengen van lichamelijk letsel, die voor schade als gevolg het ontsnappen van vuur en dieren. Wanneer de eerste nederzettingen komen zien wij de aansprakelijkheid voor gebouwen (vallende stenen) en voor putten (waarin men kon vallen) ontstaan. Als de eerste vormen van wetgeving en zelfs codificatie ontstaan, zoals de Codex Hammurabi van ong. 1750 v. Chr. en de joodse wetten van ong. 1150 v. Chr., vinden wij die aansprakelijkheden in de wet neergelegd, doorgaans in de vorm van *risiko-aansprakelijkheid*. Daarmee sloten de vroege beschavingen aan op de voorgaande rechtskulturen. In germaanse en angelsaksische rechtsstelsels en in het romeinse recht, de bakermat van ons huidige recht, zien wij hetzelfde gebeuren. In het oude romeinse recht van de Twaalf Tafelen kende men al de aktie *de pauperie* (slaven en dieren), *de pastu* (weidende dieren), en later de *actio de effusis et dejectis* (gebouwen). Het handelsverkeer deed de *Lex Rhodea de iactu* ontstaan, het recht van werping van deklading indien het schip in nood verkeerde. Ook in ons oudvaderlands recht werd risico-aansprakelijkheid aanvaard voor dieren en levenloze zaken, terwijl de Saksenspiegel verder nog zo'n aansprakelijkheid kende voor vallende bomen, werktuigen en handelingen van huisgenoten.¹⁰ Een vergelijkbare aansprakelijkheid van herbergiers en bewaarnemers is in dezelfde tijd tot ontwikkeling gekomen. Bij de behandeling van deze rechtsfiguren zullen die oude wetsbepalingen en akties besproken worden, tot lering en vermaak. Het strekt de huidige jurist of wetgever tot bescheidenheid indien hij zich realiseert wat soms duizenden jaren geleden aan wijsheid door de vakgenoten van toen opgebracht werd.

Men kan natuurlijk zoeken naar een verklaring voor deze merkwaardige voorliefde voor risico-aansprakelijkheid in vroege rechtsstelsels. Een gangbare verklaring is de volgende. In de primitieve samenleving maakte men geen onderscheid tussen schade veroorzaakt door onzorgvuldig of opzettelijk handelen enerzijds, en door toeval anderzijds. Causaal verband was bepalend en niet schuld, om het in de huidige terminologie uit te drukken. In de woorden van John Fleming: 'In times when life was both brutish and short, this may have been due not so much to a conscious refusal to link legal sanctions with moral blame as to an unwillingness or inability to conceive the *unintentional* infliction of harm'.¹¹ Het 'oog om oog, tand om tand', een rechtsregel die ook al in spijkerschrift en hebreuws vastgelegd was.¹² Bloedwraak was oorspronkelijk de normale reactie; na verloop van tijd kon deze afgekocht worden met

10. Het in de tekst gestelde is ontleend aan het eerder genoemde boek van Esser, en verder bijeen gesprokkeld uit handboeken uit verschillende landen. Voor het oudste recht werd te rade gegaan bij M. David, *Een nieuw ontdekte babylonische wet uit de tijd voor Hammurabi*, Publ. Stichting v. Niet-Westers recht nr. 3, Leiden 1949.

11. J.G. Fleming, t.a.p., p. 367, met verdere verwijzingen.

12. Zie voor die regel, met afbeelding in spijkerschrift, mijn diesrede EUR 1987, *De magie van het woord*, 1988, p. 18, ook opgenomen in: *De dialiectiek van rechtsvinding en rechtsvorming*, 1c, 1988, p. 136.

De bijbelse regel van 'oog om oog' vindt men in *Exodus* 21, vs 26 v.

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

‘zoengeld’. De afhandeling daarvan kon aan de overheid overgelaten worden (onder Hammurabi, bijv.) of aan de familie overgelaten worden (joodse wetten). Het dooreenlopen van *straf* en *boete* heeft lange tijd het rechtsdenken beheerst; in onze contreien besteedt Hugo de Groot er ruim aandacht aan het verschil naar oud-vaderlands recht uiteen te zetten. De ontwikkeling in het denken over aansprakelijkheid gaat verder, maar het duurt tot de 19e eeuw voor er een schuldbegrip ontwikkeld wordt, en de gedachte ‘geen aansprakelijkheid zonder schuld’ ingang gaat vinden. Dit paste wonderwel bij het toen heersende liberale maatschappijbeeld, gekenmerkt door de individuele vrijheid als huisfilosofie van een opkomende middenklasse. Bij vrijheid hoort verantwoordelijkheid, maar dan alleen indien men die vrijheid op onverantwoorde wijze gebruikt heeft, op verwijtbare wijze tekort geschoten is. De oude risico-aansprakelijkheden, voor dieren en zo, bleven gehandhaafd, maar werden toch beschouwd als barbaarse overblijfselen van een tijdperk waarin vrijheid nog geen algemeen gewaardeerd goed was. Toen in de loop van de 19e eeuw de industriële revolutie zich aandienende, was de nieuwe rechtsopvatting uiterst geschikt om de opkomende klasse van entrepreneurs een hand boven het hoofd te houden en bij het dienen van de maatschappelijke ontwikkeling te beschermen tegen schade als kwalijk bijverschijnsel van prille massaproductie en gevaarlijke produkten. Alleen indien een fabrikant zich aantoonbaar verwijtbaar gedragen had, was er grond voor aansprakelijkheid. Als het een nieuw produkt betrof, viel het niet licht hem iets te verwijten. Aldus kon aan industriële groei en maatschappelijke vooruitgang weinig in de weg gelegd worden. Het *laissez-faire* denken in de ekonomie vond een pendant in het rechtsdenken van die tijd.¹³

Diezelfde opkomst van de grootschalige industrie, die zo goed kon gedijen in de luwte van de schuld-aansprakelijkheid (en in het contractenrecht van die tijd: de *wilsleer*), is de oorzaak van een omslag in het rechtsdenken op dit gebied, zoals wij dadelijk zullen zien. Ik zou, alvorens die ontwikkeling te schetsen, enkele kanttekeningen willen maken. Ten eerste deze, dat veel van wat wij van het recht van de oudheid weten, tot ons gekomen is door geleerden die de schuldleer (en *wilsleer*) als ‘referentiekader’ hadden, om het sociologenbargoens te gebruiken. Eerder kwamen wij al tegen dat Van Oven aantoonde dat het klassieke romeinse recht het schuld-begrip niet hanteerde met de aktie *damnum iniuria datum*, het oude 1401.¹⁴ Dat werd later ‘hineininterpretiert’. Het schuldbegrip is dus niet van alle tijden, maar in de 19e eeuw uitgevonden omdat het bij de toenmalige maatschappelijke opvattingen leek te passen, aanvankelijk. De conclusie die hieruit getrokken kan worden, is dat de schuldleer in het huidige recht evenals elke andere leer, nader gemotiveerd en gefundeerd moet worden en geen bestaansrecht van zichzelf heeft. Zeker niet wanneer sprake is van enorme veranderingen in de samenleving van deze eeuw, vergeleken met die van de vorige. Het is geen toeval dat die schuldleer in nieuwe wetgeving steevast verlaten wordt. Ik sta hierbij stil omdat dit de laatste tijd uit het oog verloren

13. Voor een beschrijving van deze internationale ontwikkeling zie men o.m. Esser, t.a.p., p. 56; Esser/Weyers II. § 63; Zweigert/Kötz II, p. 393 v.; Fleming, p. 6 v.; B.S. Markesinis en C. von Bar, *Richterliche Rechtspolitik im Haftungsrecht*, 1981, *Serie Recht und Staat* 502/503.

14. Zie boven, p. 316. Dit inzicht is niet te vinden bij Zweigert/Kötz, p. 333.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

wordt door schrijvers, zoals Vranken en Nieuwenhuis, die een restauratie van het schuldbeginsel voorstaan.¹⁵

Mijn tweede kanttekening komt uit de leunstoel-filosofie. Als wij de rechtsontwikkeling van de afgelopen 4000 jaar overzien (bent u daar nog?), dan zou men kunnen stellen dat er een enorme kringloop-beweging plaatsvindt: het hanteren van het risico-beginsel als grondslag van aansprakelijkheid in het recht van de primitieve samenleving en van vroege culturen is in onze tijd wederom de gangbare opvatting. Uiteraard in een andere context, en op andere gronden (veel complexer en genuanceerder, naar wij menen), maar toch. Het doet denken aan de beroemde cirkel van Sir Henry Maine op het gebied van het contractenrecht: de beweging *from status to contract*, die in onze tijd weer andersom verloopt. Wij zijn weer terug bij *status* (consument, werknemer, etc.).¹⁶ Zo is wat de primitieve mens als beeld van aansprakelijkheid had niet te onderscheiden van de tegenwoordige *Erfolgshaftung* of *Kausalhaftung*, die het duitse en zwitserse recht op bepaalde gebieden (watervervuiling) kennen. Als je aan het begin van een causale keten staat die aan het eind schade opgeleverd heeft, hang je. Punt uit. 'Jij wilde toch zo nodig een fabriek die schadelijke stoffen loost, of zo'n kerninstallatie? Nou dan'. De benodigde logica is op het zelfde niveau van de 'oog om oog'-afweging van de Germaan of Kelt die zich opmaakt om de bloedwraak in gang te zetten, of iets verlichter, het zoengeld te innen (de communicatie daarbij is vergelijkbaar met die van tegenwoordig een *Rambo*-film: 'I'll kill you!'). Er is alle ruimte om deze cirkelbeweging positief of negatief te beoordelen, evenals bij Maines cirkel het geval is. Het zal duidelijk zijn dat maatschappelijke en politieke opvattingen hierbij de doorslag zullen geven.

Er is nog een cirkel te bespeuren, wat zwakker, alsof het een regenboog betreft. In onze tijd lijkt een ineenvloeien van strafrecht en privaatrecht niet ondenkbaar. Er zijn tekenen die erop wijzen: in het contractenrecht kwamen wij eerder de boetebedingen, *punitive damages*, en dergelijke tegen.¹⁷ In het onrechtmatige daadsrecht is het samengaan van straf- en privaatrecht in procedureel opzicht nog wat zwakjes, doch dat kan veranderen, als wij kijken naar de ontwikkelingen in Engeland, en vooral Frankrijk, waar de 'action civile' van groot belang is, bijvoorbeeld bij milieu-aansprakelijkheid.¹⁸ Als wij naar de grondslagen van aansprakelijkheid kijken, is die vervlechting al duidelijker zichtbaar. Indien men bij aansprakelijkstelling zich mede laat leiden door overwegingen van *preventie*, zit men al gauw in strafrechtelijk vaarwater, met gedachten van generale preventie, naast de geijkte speciale preventie. Wij zullen

15. Vgl. voor Vranken, p. 1, nt. 1; voor Nieuwenhuis, *Rm. Themis* 1988, p. 1; vgl. ook 1989, p. 193, als gelijkgestemde denkers vindt men Van Schilfgaarde en Spier aangehaald.

16. Zie voor die materie Deel 1, Hfdst.6, § 2, nr 6.

17. Vgl. Deel I.

18. Zie E.H. Hulst, *TMA* 1987, p. 92 v. Bij de 'action civile', waarbij de civiele partij zich voegt in een strafprocedure, is het OM verplicht om gehoor te geven aan het verzoek om tot vervolging over te gaan; er zijn geen limieten aan te vorderen schadevergoeding (bij ons f 1500), en deskundigenonderzoek is voor rekening van het OM. Leuke dingen voor de mensen. Vgl. voor dit onderwerp ook mijn opstel in de bundel *Dading in plaats van strafrecht*, 1993, p. 45. Sinds het rapport van de Commissie-Terwee wordt geëxperimenteerd met hogere limieten.

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

de tendens nog tegenkomen bij de behandeling van aansprakelijkheid voor zaken en produkten.

De moraal van dit verhaal is, niet zozeer dat rechtsgeschiedenis (in combinatie met rechtsfilosofie) best leuk is, maar vooral dat men moet oppassen de gegeven scheidingslijnen tussen vakgebieden als vanzelfsprekend te aanvaarden. Om met een anekdote te eindigen, het doet mij denken aan een voorval, jaren geleden, dat aan eerstejaars rechtenstudenten de vraag voorgelegd was (in de mentorgroep) wat men moest doen bij wanprestatie. Hierop kwam het antwoord: 'de politie erbij halen'. Men kan zich de hilariteit bij de staf voorstellen. Ik vertelde dit aan collega Hulsman - bekend abolitionist - in de trant van: 'moet je nou eens horen'. Tot mijn verbazing was hij in het geheel niet verbaasd: recent onderzoek had aan het licht gebracht dat bij het innen van huren regelmatig de politie erbij geroepen werd om de huisbaas een handje te helpen. Het recht der werkelijkheid ...

4. *De effecten van de industriële revolutie op de aansprakelijkheid*

De invloed die de industrialisatie van de vorige eeuw op het verbintenissenrecht in West-Europa gehad heeft is paradoxaal van karakter. Enerzijds, zoals wij zagen, de roep om bescherming van deze prille, veelbelovende loot aan de maatschappelijke stam door hantering van het schuldbeginsel, anderzijds riepen de uitwassen van de industriële revolutie tegenkrachten op, die zich bundelden rond het risikobeginsel. Hier doorheen speelt de vraag of de rechter wel bevoegd is dergelijke ingrijpende wijzigingen in het rechtssysteem aan te brengen, nu dit een typisch terrein van de wetgever betreft. Ieder geïndustrialiseerd land, en dus ieder rechtsstelsel heeft zijn eigen geschiedenis op dit gebied. Voor een groot gedeelte lopen deze historische ontwikkelingen parallel, hetgeen niet verwonderlijk is als men bedenkt dat de sociale problematiek dezelfde is, en men via rechtsvergelijking op de hoogte was van de ontwikkelingen in buurlanden (deze werden soms als afschrikwekkende voorbeelden voorgehouden, bijvoorbeeld aan het begin van de 20^e eeuw de franse risikoleer in ons land).¹⁹ Het is een leerzame periode, zowel wat de samenhang tussen maatschappelijke en juridische ontwikkelingen betreft, alsook wat de rol van de rechter bij de rechtsvorming aangaat. Beide kwesties zijn nog steeds van aktueel belang, en daarin zal voorlopig weinig verandering komen. Zoals wij zullen zien hebben op dit gebied de rechters in met name Frankrijk en Engeland (en verder ook België, Oostenrijk) blijk gegeven van *judicial activism* en grote vernieuwingen teweeg gebracht, in tegenstelling tot die in Duitsland, Zwitserland en Nederland, waar men zich doorgaans in de schaduw van de wet bleef ophouden (*judicial restraint*).²⁰ Die ontwikkelingen gingen meestal in golven, waarbij de rechter

19. Bijv. door Eyssell, raadsheer in de hoge raad, in 1913, vgl. G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad*, diss. Gron. 1986, p. 143. Eyssell was een van de haviken in de HR die de leer van Molengraaff heeft tegengehouden, tot zijn vertrek in 1912.

20. Vgl. Zweigert/Kötz II, p. 399-433; en voor het duitse recht ook Kötz, *Deliktsrecht*, nr 371 v. Het beleid van de duitse rechter om niet (openlijk) tot risico-aansprakelijkheid over te gaan, maar dit aan de wetgever over te laten, werd al aan het begin van de eeuw door het Reichsgericht gevestigd, toen het BGB net nieuw was, in de *Graf Zeppelin*-zaak. De graaf veroorzaakte

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

vaak weer op zijn schreden terugkeerde; soms ging de wetgever voor op verwante terreinen, soms liep hij achter, of was in het geheel niet te bekennen. Die golfbeweging is in onze tijd nog steeds kenmerkend voor dit onderwerp. Zo heeft de zogenaamde *tort crisis* in Amerika in de jaren '80 bij de produktenaansprakelijkheid veel tegenkrachten losgemaakt (een conservatieve president kan ook wonderen doen). Daarover later meer.

Hier volgt een korte schets van die ontwikkeling in een aantal Europese landen; de invloed hiervan, met name van de Duitse doktrine, op ons recht wordt nog verder uitgewerkt (sub nr. 5).

Met het reageren op nieuwe gevaarssituaties die de jonge industrie opgeroepen had, beet de Pruisische wetgever de spits af: er lag nog geen 100 km spoorlijn of er werd al een wet tot stand gebracht die de aansprakelijkheid regelde, nota bene risico-aansprakelijkheid, en dat in 1838!²¹ Het was een initiatief van de minister en zijn departement; in de doktrine werd deze vreemde eend in de schuld-bijt geruime tijd genegeerd. In ons land, waar in 1839 de eerste trein liep, als ik het goed onthouden heb, volgde ook wetgeving, die wat minder ver ging, maar toch ook omkering van de bewijslast kende (de Spoorwegwet van 1859, gewijzigd in 1875).²² Een bekend euvel uit die tijd was overigens het ontstaan van bosbranden door het ontsnappen van vonken uit de schoorstenen van de stoomlokomotieven (geregeld in de Boschwet van 1922). Er zijn nog maar ong. 2000 auto's in Duitsland als er weer een wet komt; in 1908, die risico-aansprakelijkheid voor eigenaren van auto's vestigt; ons art. 31 WvW is van 1935; de voorloper, art. 25 Motor- en Rijwielwet is van 1925. Frankrijk kende op grond van rechtspraak uit 1927/1930 al risico-aansprakelijkheid op dit gebied; toen na de laatste oorlog het Cour de Cassation steeds meer water in de wijn deed, werd alsnog wetgeving ingevoerd, in 1985.²³

Bedrijfsongevallen gebeurden er in veel nieuwe takken van industrie aan de lopende band - eerst figuurlijk, vervolgens letterlijk. Na een opzienbarende uitspraak van de Cour de Cassation in 1896, waarbij op de werkgever risico-aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen wordt gelegd, volgt de Franse wetgever met een Ongevallenwet, gecombineerd met een stelsel van sociale verzekering. Wij volgen in ons land in 1901 met een Ongevallenwet (die tot 1967 van kracht bleef), waarvoor progressief Nederland te hoop was gelopen. Ook hier lag Duitsland overigens voorop, met een door Bismarck omstreeks 1880 ingevoerde wet.

Het is de moeite waard om nog even stil te staan bij de Franse ontwikkelingen op dit gebied. Wij zien hier namelijk een staalkaart van de dogmatische worsteling van de rechter met de materie, hetgeen nog steeds op

in 1908 met zijn gelijknamige luchtschip een ongeluk waarbij een toeschouwer dodelijk gewond raakte toen het anker uitgegoid werd.

21. Kötz, nr 336. De regeling werd later opgenomen in het Reichshaftpflichtgesetz van 1871: risico-aansprakelijkheid voor alle 'bei dem Betriebe einer Eisenbahn' veroorzaakte schade aan personen.

22. Zie daarover Van Maanen, *Stoomtreinen en aansprakelijkheid*, WPNR 5742-43 (1985), p. 389 v.; 412 v. met veel literatuur en rechtspraak op dit terrein (en plaatjes).

23. Vgl. G. Viney, *Traité de droit civil IV, Les obligations. La responsabilité: conditions*, 1982, nr 628; J. Carbonnier, *Droit civil 4, Les obligations*, 16e dr. 1992, nr 109. Zie voor de historische ontwikkeling Viney, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, 2e dr., 1995, nr 49 v.

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

allerlei gebieden schering en inslag is, in onze tijd (zie onder, wat betreft gevaarlijke stoffen en milieu). Het werken in de fabrieken en trafieken van de 19e eeuw was erg romantisch als men de impressionistische schilders mag geloven (de expressionisten van de eerste helft van deze eeuw wisten het trouwens ook gevoelig weer te geven), in werkelijkheid was het er gewoon levensgevaarlijk en in ieder geval ongezond. Machines begaven het, ketels ontploften, en de beschadigde arbeider kon met zijn zware bewijslast (schuld van zijn werkgever) geen kant uit. Het beroep op de rechterlijke macht om deze maatschappelijke wantoestanden te keren werd veelal positief en met grote creativiteit beantwoord, geholpen door constructies die in de doktrine aangedragen werden. Aanvankelijk zocht men de oplossing in een contractuele ‘obligation de sécurité’, doch dat werd teniet gedaan door exoneratie-clausules van gewiekste werkgevers. Vervolgens bracht men de defekte machines en apparaten onder het begrip ‘gebouw’, doch dat kon als te weidse interpretatie in veel gevallen geen standhouden. Men rekte zelfs de schuldgedachte uit, door te stellen dat de werkgever de arbeider voor eigen onvoorzichtigheid moest beschermen, of schuld aan te nemen indien hij nog geen (onbekend) middel had gevonden om het gevaar te bezweren.²⁴ Saleilles ontwikkelde zijn ‘faute objective’, en de ‘risque professionnel’, het ondernemersrisiko daarin gevolgd door Josserand. In 1896 greep de franse hoogste rechter in, met het arrest *Teffaine*, waarbij aan art. 1384 CC (ons art. 1403 lid 1 BW) de betekenis werd gegeven van risico-aansprakelijkheid voor zaken, het zgn. *fait de la chose*. Het ging overigens om een ontplofte ketel. Een soortgelijk geval had zich in 1870 in België voorgedaan, waarbij tientallen doden en gewonden gevallen waren en dat geleid heeft tot een bekende procedure. Ik vermeld dit om dat hierdoor de grote belgische schrijver Laurent ertoe gebracht werd de risikoleer ten aanzien van art. 1384 CC te verdedigen, en daarmee aan de wieg stond van de doorbraak in de franse rechtspraak, die later door de belgische rechter gevolgd zou worden.²⁵ Lof voor de Belgen, die veelal de schijn wekken slechts het franse recht op de voet te volgen.

Als wij de verdere gang van de industriële en juridische ontwikkeling volgen, zien wij in 1922 resp. 1924 in Duitsland en Frankrijk risico-aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt bij vervoer door vliegtuigen in wetgeving neergelegd worden (vgl. ons art. 24 Luchtvervoerswet, 1936). In de jaren veertig volgen in beide landen aansprakelijkheid voor eigenaren van zweefbanen (leuk te weten voor de wintersporters), en van elektrische- en pijpleidingen. Dan doet de kernenergie haar intrede, vroeger nog ‘atoomenergie’ geheten; Duitsland kent sinds 1959 een Atomgesetz; in ons land volgen wij internationale verdragen met de Wet aansprakelijkheid kernongevallen (1979) en de Wet aansprakelijkheid nucleaire schepen (1973). Het Softenon-drama leidt in 1976 in Duitsland tot aansprakelijkheid van producenten van farmaceutische producten, het Arzneimittelgesetz. De milieuvervuiling, een bijverschijnsel van industriële

24. Esser, 1941, p. 50; Viney, 1982, nr 629.

25. Mazeaud/Chabas, *Leçons de droit civil II, Obligations: théorie générale*, 8e dr. 1991, nrs 514; 523, bijlagen. Het begon allemaal met een initiatief van ‘le substitut’ Faider (een soort plv.-officier v. Justitie) die de Rb. Brussel tot risico-aansprakelijkheid wist te bewegen, vonnis van 31 mei 1871, echter vernietigd door Hof Brussel. Laurent nam in 1876 de fakkel over in zijn handboek over burgerlijk recht, dat zijn weg naar Parijs vond.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

ontwikkeling, leidt ook tot wetgeving en risico-aansprakelijkheid in sommige landen; Duitsland nam in 1957 het Wasserhaushaltsgesetz aan, terwijl Zwitserland met het Gewässerschutzgesetz volgde (bij ons ligt sinds 1989 een ontwerp van die strekking, in het kader van Boek 6 BW).

Het engelse recht is maar ten dele een buitenbeentje, wat deze ontwikkelingen betreft. Het kent veel vergelijkbare wetgeving - het is een hardnekkige mythe dat common law-recht weinig wetgeving voortbrengt - en heeft wat de rechtspraak betreft een 'landslide case' te bieden uit 1868, *Rylands v. Fletcher*, waarbij risico-aansprakelijkheid geïntroduceerd werd in geval van 'inherently dangerous substances'.²⁶ Het betrof een breuk in een waterreservoir, waarbij water via een onbekende onderaardse verbinding in een naburige mijn liep. Het arrest heeft, na een aanvankelijk koel onthaal, in Amerika grote invloed gehad. De betekenis voor het engelse recht is niet eenvoudig weer te geven; in de latere rechtspraak en doktrine zijn zoveel uitzonderingen op deze regel aangebracht, dat men zich kan afvragen wat van de stoutmoedige uitspraak overgebleven is. Hierbij moet met name *Read v. Lyons* uit 1944 genoemd worden, waardoor de ontwikkeling een pas op de plaats is gaan maken.²⁷ Die lijn is wel voortgezet in de Verenigde Staten, waar in de *Restatement Second of Torts* een aansprakelijkheid voor 'ultra-hazardous activities' neergelegd werd. Deze materie kan echter hier niet uitgewerkt worden.

Tenslotte kan nog gewezen worden op de invloed van verdragen en de Europese wetgeving van de laatste tijd, waarbij steeds risico-aansprakelijkheid als uitgangspunt genomen wordt. Zo bijvoorbeeld behalve de al genoemde kernenergiewetgeving, de regeling van olievervuiling op zee, als reactie op de *Torrey Canyon*-ramp van 1968, en bij de produktenaansprakelijkheid de EEG-richtlijn van 1985, die in de meeste landen door de nationale wetgever overgenomen is, zo ook in ons land.²⁸ Wat de milieu-aansprakelijkheid betreft hadden de Europese ministers al in 1988 aangekondigd dat de grondslag daarvoor in risico-aansprakelijkheid gezocht wordt.

5. *De ontwikkeling van de leer van 'gevaarstelling' in de Nederlandse doktrine in de 20e eeuw*

Hierboven zagen wij dat de Nederlandse wetgever op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht de buitenlandse wetgevers in toenemende mate gevolgd is, in deze eeuw. Het is interessant om na te gaan of men in rechtswetenschappelijke kringen, gewoontegetrouw als 'doctrine' aangeduid, in ons land aansluiting gezocht heeft bij hetgeen zich in omringende landen afspeelde. Er blijkt namelijk sprake te zijn van een Nederlandse tak van de risico-

26. Zie o.a. Fleming, p. 334 v.

27. Fleming, p. 367 v. In *Read v. Lyons*, (1947) AC 156, werd de eis gesteld dat de 'dangerous substance' van het land van gedaagde 'escaped' moest zijn. Een explosie in een munitiefabriek valt daar niet onder. Dat is wel het geval met gasleidingen die lekken onder een weg, of lokomotieven die vonken uitstoten die brand veroorzaken. Ter vergelijking, de Duitse BGH nam geen analoge risico-aansprakelijkheid aan bij een gebroken gemeentelijke waterleidingbuis, BGH 25-1-1971 *BGHZ* 55, 229.

28. Zie voor dat laatste onderwerp onder, § 6. Het wetsontwerp (art. 1407a v. BW) is per 1 nov. 1990 ingevoerd, vgl. thans art. 6:185 BW.

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

of gevaarzettingenleer sinds het begin van de vorige eeuw, onder invloed van de franse en vooral de duitse literatuur. Deze ontwikkeling in ons recht is onder het stof geraakt en vindt men in de huidige handboeken, dissertaties en tijdschriftartikelen niet vermeld, waardoor vrij algemeen de indruk is ontstaan dat de schuldeur algemeen aanvaard is geweest van 1838 tot heden, en elke vorm van risico-aansprakelijkheid een uitzondering op de regel is, die met zwaarwegende argumenten bevochten moet worden. Het behoeft geen betoog dat hetgeen eerder door mij over de gangbaarheid van risico-aansprakelijkheid in de oudheid opgemerkt werd, eveneens *terra incognita* is. Als men het recht van de vorige eeuw al niet eens meer kent...

Voor een goed zicht op de beginselen waarop het geldend en komend recht gebaseerd is, is het nodig om die recente geschiedenis te schetsen. In mijn al genoemde polemiek met Vranken kwam deze materie ook aan de orde. Onder verwijzing naar die meer uitvoerige behandeling, volgt hier een kort overzicht van de ontwikkeling van de gevaarzettingenleer in ons recht.²⁹

In de jaren tachtig en negentig van de 19e eeuw is in de duitse literatuur een aantal schrijvers in opstand gekomen tegen de toen heersende schuldeur. In het middelpunt stonden daarbij de gevaren die de opkomende industrie in het leven riep, waarbij iedere schrijver zijn eigen accent aanbracht. Loening sprak in 1879 al van de op een gevaarlijke onderneming rustende garantieverplichting om schade te vergoeden, die tot de 'generalkosten des Unternehmers' behoren. Het is alsof wij de beroemde Justice Traynor horen, de californische rechter die de risico-aansprakelijkheid bij produktenaansprakelijkheid heeft gegrondvest, in de jaren veertig en zestig van de 20e eeuw: het zijn 'the costs of doing business'. Kosten die de producent moet spreiden en afwentelen op consumenten.³⁰ Die *Aha-erlebnis* is schering en inslag als men kennisneemt van deze oude duitse schrijvers. Zo legt Steinbach (1888) de nadruk op de voordelen die de ondernemer met zijn handelen behaald heeft als grondslag voor zijn aansprakelijkheid; Mataja (1888) wil de risico's op economische basis verdelen; A. en R. Merkel (1885, resp. 1895) gaan uit van de stelling dat 'Jeder die Kosten der Geltendmachung seiner Interessen tragen soll', waarbij doorslaggevend is de mogelijkheid *in abstracto* om schadebeperkende maatregelen te treffen. Grote invloed heeft vervolgens Unger met zijn boek *Handeln auf eigene Gefahr* (1891), die in rechtspraak en wetgeving een samengaan constateert van *erhöhte Gefahr* en *erhöhte Haftung*: het vergroten van een gevaar doet *aansprakelijkheid* ontstaan. Hieruit ontstaat het begrip *Gefährdungshaftung* dat zijn opmars begint, en later bij ons als *gevaarstelling* bekend zal worden. De *verhoging* van de schadekans door het gevaar wordt door Rümelin (1896) benadrukt.

Rond de eeuwwisseling vallen deze gedachten bij enkele nederlandse auteurs in vruchtbare bodem: Paul Scholten (1899), Bruins (1906), Ribbius (1906), Van Leeuwen en Hijmans (1913), sluiten, na een uitvoerige behandeling van de nieuwe duitse theorieën, zich daarbij aan. De amsterdamsse dissertatie van Scholten werd elders al door mij geciteerd, vanwege de ondogmatische kijk op het aansprakelijkheidsrecht: geen dogma's, doch de billijkheid, ethische en

29. Zie boven.

30. Justice Traynor gaf zijn visie in de beroemde cases *Escola v. Coca Cola Bottling Co.* (1944, concurring opinion) en in de leading case *Greenman v. Yuba Power Produkts Inc.* (1963, unanieme uitspraak). Zie voor dit onderwerp onder, § 6.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

sociaal-ekonomische opvattingen dienen de aansprakelijkheidsvraag te beheersen.³¹ Scholten bepleitte een aansprakelijkheid zonder schuld, onder verwijzing naar de talloze gevallen waarin de wet daarin voorziet (hij noemt behalve het burendrecht, uit het verbintenissenrecht de artt. 1403, 1404 en 1405 oud BW, en uit het handelsrecht o.m. de artt. 538 v. K). Hij meent dat hieruit een aansprakelijkheid voor de eigenaar van gevaarlijke zaken afgeleid moet worden, nu 'juist door de ontwikkeling van de moderne industrie het gevaar belangrijk vermeerderd is'. Interessant is, dat hij uitgaande van risico-aansprakelijkheid voor zaken ex art. 1403 lid 1 oud BW, het bestaande wettelijk stelsel, toch maar 'lapwerk' vindt:

'Voor een goede ontwikkeling zou erkenning van het begrip *onderneming* nodig zijn. Hierin ligt dan tevens de aanvulling van art. 1403 lid 3. Niet toch de zaken, die gebruikt worden of de personen die werkzaam zijn in de onderneming veroorzaken op zichzelf het gevaar, maar het complex van beide, de onderneming brengt dit teweeg. En van de gehele werking door die personen en zaken heeft de ondernemer het voordeel, hij personifieert alle belangen, die zich doen gelden. Alle schade die ontstaat door zaak of persoon is gevolg van de onderneming, zij is het noodzakelijke passief van de winst die deze als zodanig behaalt (ondernemerswinst). Zij verenigt in zich de elementen, die hier de aansprakelijkheid doen ontstaan - *belang* en *gevaar* - op haar dus moet deze rusten. Dit is de enige rationele oplossing'.³²

Deze visie, die men nader uitgewerkt vindt bij de andere genoemde auteurs, oogt bijna een eeuw later nog steeds modern: in onze tijd wordt in de Amerikaanse literatuur een *enterprise liability* bepleit, bij produkten- en milieu-aansprakelijkheid.

Nog enkele opmerkingen over die andere nederlandse schrijvers, Ribbius en Bruins; in hetzelfde jaar in Leiden gepromoveerd, en beiden later ook hoogleraar in Rotterdam aan de NEH (de voorloper van de EUR), bepleiten een aansprakelijkheid zonder schuld, op 'objektieve' grondslag. Hierbij is een *risiko-afweging* het uitgangspunt: 'Er bestaat grond tot schadevergoeding indien tegenover het risico, waartoe de schade is terug te voeren, geen of een minder groot risico van de zijde van de benadeelde staat' (Bruins). Het gaat erom 'wie van de beide partijen, door zijn handeling of gedraging het grootste risico voor de teweeggebrachte gevolgen heeft gelopen... schuld in eigenlijke zin speelt hier geen rol' (Ribbius). Overigens is het gevaarverhogende element als grondslag voor aansprakelijkheid in de visie van Bruins, ook voor Scholten de grondslag van zijn causaliteitstheorie die hij in 1902 verdedigde, en die in onze tijd weer door Van Schellen gevolgd is.³³ Op de samenhang van aansprakelijkheid en causaliteit wordt later nog teruggekomen, hier steekt zij de kop al op.

Het jaar 1913 is een mijlpaal voor de gevaarstelling-Afdeling Nederland: in de preadviezen NJV van Hijmans en Van Leeuwen komt de nieuwe leer uitvoerig en met instemming aan bod (de eerste was hoogleraar in Amsterdam-inderdaad, van het 'recht der werkelijkheid' en IPR - de tweede was raadsheer

31. Zie boven, Hfdst. 10, § 2, nr 7.

32. *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad*, diss. Amsterdam 1899, p. 145 v., mijn curs. Er is een verrassende overeenkomst tussen de geciteerde uitspraak en de gangbare naoorlogse opvatting in Duitsland, vgl. Kötz, *AcP* 1970, p. 21.

33. Zie voor die materie boven Hfdst. 11, § 1, nr 1. Voor een soortgelijke causaliteitsopvatting zie a-g Ten Kate, concl. voor *NJ* 1977, 340, ontleend aan Pitlo-Bolweg, p. 328.

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

Hof Den Bosch). Ook hier vindt men weer een fraai exposé van de duitse doktrine op dit punt. Van Leeuwen aanvaardt het gevaarzettingbeginsel op zeven terreinen, o.m. auto, spoor- en luchtverkeer, gevaarlijke bedrijven, voorlopige hechtenis en faillissementsaanvragen. Hij acht met name ook bedrijven met een Hinderwetvergunning (de wet is van 1875!) aansprakelijk voor schade van derden, met een beroep op Steinbach, die ook Scholten tot voorbeeld strekte.³⁴ Hijmans komt de verdienste toe de term 'gevaarzetting' in roulatie gebracht te hebben. Hij wil echter wel een grens aanbrengen, en zoekt die, in aansluiting op de (causalist) Von Kries in het volgende:

'Er moet in het algemeen aanwezig zijn een belangrijke mogelijkheid van schade, maar hoe groter de te vrezen schade is, des te geringer mogelijkheid zal in aanmerking komen en als gevaar worden aangezien' (p. 240).

Deze visie krijgt pas reliëf indien men haar afzet tegen de door Hijmans verworpen opvatting van Rümelin, die van een 'bijzonder' gevaar uitging, dat afwijkt van de 'gewone' gang van zaken. Degeen die het huidige BW kent, zal zien hoe aktueel deze kwestie is. Maar daarover later meer.

Opmerkelijk is nog dat in Hijmans' opvatting met de aansprakelijkheid uit gevaarzetting de causaliteit gegeven is, namelijk adequate veroorzaking, opgevat als 'objektieve mogelijkheid van nadeel' die aanwezig is. Dit doet denken aan het huidige duitse spraakgebruik om hier van *Kausalhaftung* te spreken, waaruit eenzelfde samenhang spreekt (ook wel bekend als *Erfolgshaftung*). Het doet ook denken aan de jurisprudentie van de hoge raad de laatste jaren voor schending van verkeers- en veiligheidsnormen en causaal verband, die in het vorige hoofdstuk ter sprake kwam (§ 2, nr 3).

Het is aardig, voor de tegenwoordige stand van de discussie op dit gebied, de inleiding van Hijmans' preadvies weer te geven:

'Absoluut heerser over het ganse gebied der schadevergoeding was tot voor ong. 25 jaar het begrip schuld. Alle landen, van wier recht het Romeinse min of meer grondslag was, stonden onder die heerschappij. Geen aansprakelijkheid buiten schuld, aldus luidde het dogma, door Jherings gezag met nieuwe luister bekleed. Schoorvoetend werd erkend het bestaan van een enkele uitzondering: meestal getracht deze als rechtsvermoeden, desnoods als onwederlegbaar rechtsvermoeden voor te stellen en aldus de schijn te redden.

Merkwaardig genoeg was de schuld niet alleen een tyran, maar een met zekeren schijn van heiligheid omgeven heerser. Niet te gewaagd is de vergelijking met vorsten, van welke de geschiedenis vermeldt dat niemand ze mocht aanschouwen. Nergens vindt men een scherp omlijnde beschrijving der schuld, zelfs niet bij Jhering. Ook andere juristen, als M. Rümelin, draaien als de kat om den schotel met hete brei. Scholten maakte nog in 1899 een knieval voor de schuld: geen duidelijker begrip was denkbaar. Maar hij vertelde niet wat het betekende. (...)

34. Op dat punt krijgt hij de vergadering van de NJV mee, die de betreffende vraag over aansprakelijkheidstelling met 'ja' beantwoord (*Hand. NJV* 1913, p. 80). Traditioneel zijn dergelijke stemmingen van de NJV gericht tot de wetgever. Deze is echter pas in 1989 in actie gekomen, met een wetsontwerp gevaarlijke stoffen (in het kader van Boek 6 NBW). De hinder in strikte zin is rechtersrecht gebleven, waarbij in de vaste jurisprudentie een hinderwetvergunning geen vrijwaring geeft tegen een schadevergoedingsakkie ex 1401. Zie o.m. *Vermeulen - Lekkerkerker (kraaien en roeken)*, HR 10 mrt 1972, NJ 278, nt GJS.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Nog is de schuld een machtig vorst. Maar zijn troon wankelt. In tal van landen wordt aansprakelijkheid buiten schuld aangenomen' (dan volgt een overzicht van de landen in West-Europa; p. 202 v.).

Na 1913 begint de opmars van de gevaarzettingsleer pas goed. Zij wordt door een groot aantal schrijvers aangehangen, ten aanzien van de aansprakelijkheid van rechtspersonen in het algemeen (en de staat), van ondernemingen, en vooral van eigenaren/gebruikers van zaken. Te noemen vallen onder meer: Kranenburg, Wertheim, Cavadino, J.H. Beekhuis, Marx, Van Brakel, Van der Ven, Suijling, Wolfsbergen, R.J. Polak, en Schut.³⁵ Met de laatste twee schrijvers zijn wij in de periode na de laatste wereldoorlog beland, waar zij in het illustere gezelschap zijn van Pitlo, de enige schrijver van een handboek verbintenissenrecht in onze tijd die een overtuigd aanhanger van die leer is. Zijn collega's Rutten en H. Drion (resp. Asser-, Hofmann-serie) zijn namelijk de schuldeleer met verve toegeedaan, zoals te verwachten is in de school van Meijers. Het opmerkelijke is nu, dat deze stroming van de gevaarzettingsleer in die handboeken (Pitlo inclusief) bijzonder slecht uit de doeken gedaan wordt, hetzelfde geldt voor de overige literatuur in onze tijd. In zo'n situatie is het niet verwonderlijk dat de gedachte kan postvatten dat Pitlo op dit punt een eenzame roepende in de woestijn is, waarbij men in gedachte moet houden dat Pitlo door leerlingen van Meijers toch al niet serieus werd genomen, als gevolg van een conflict, lang geleden, tussen Pitlo en Meijers.³⁶ Voeg daaraan toe Pitlo's standpunt tegen het Nieuw BW... Het recht blijft mensenwerk. Het doet soms wat aan circusfamilies denken.

Het is al met al curieus dat de gevaarzettingsleer in de naoorlogse literatuur zo onder het tapijt geveegd is. Op bepaalde punten, zoals de aansprakelijkheid voor zaken, kan men gerust van een heersende leer in die zin spreken, als men het tableau overziet. Wij komen nog hierop terug, als dat onderwerp aan bod komt. Wij zullen dan zien dat het Nieuw BW hier een remmende rol gespeeld heeft; de betreffende regeling was ontworpen door een andere leerling van Meijers, J. Drion (lid van het Driemanschap dat na de dood van Meijers in 1954 met het ontwerp belast werd en in 1961 Boek 6 publiceerde).

In het ontwerp wordt niet gekozen voor de pure risico-aansprakelijkheid, maar voor de door Meijers ontwikkelde *quasi-onrechtmatige daad*, die met behulp van de *fictie* gehanteerd wordt ('als ware... aan zijn fout te wijten').³⁷ Later is dit de beruchte 'tenzij-ook-indien'-formule geworden, waarbij men nog steeds de schuldaansprakelijkheid niet kan loslaten (vgl. onder, § 2, nr 6). Voor de produktaansprakelijkheid was in dat eerste ontwerp overigens geen risico-aansprakelijkheid aanvaard, maar gekozen voor een omkering van de bewijslast, een vorm van tegen de stroom oproeien. Intussen is het goed om erop te wijzen dat tegenstanders van de gevaarzetting, zoals H. Drion en Rutten in hun handboeken een oplossing zoeken in de omkering van de bewijslast bij aansprakelijkheid voor zaken. De eerste gaat daarbij uit van een *feitelijk* vermoeden, de laatste van een *wettelijk* vermoeden (zie verder onder, nr 6).

35. Zie voor een beschrijving van die stroming, mijn *WPNR*-artikel uit 1990 (boven, nr 1).

36. Vgl. de opmerkingen van Pitlo hierover in het interview in *Acht civilisten in burger*, red. J.M. van Dunné, A.J. Heerma van Voss en P. Boeles, 1977, p. 219. Wat Pitlo's visie op het Nieuw BW betreft, zie p. 226 v.

37. Zie boven, Hfdst. 10, § 2, nr 3.

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

Ik zou dit onderdeel willen afsluiten met een overzicht van de gevallen waarin de wetgever van het oud-BW het gevaarzettingsbeginsel gehanteerd heeft. Als men dat ziet, kan men zich afvragen wat nu eigenlijk uitzondering en wat regel is. Het gaat hierbij om gevallen met risico-aansprakelijkheid, en van omkering van de bewijslast op grond van vermoedens (zgn. ‘wettelijk vermoeden’). In theorie is die laatste vorm minder vergaand dan de eerste, in de praktijk gaat het om hetzelfde-laken-een-pak. Het overzicht is samengesteld op grond van hetgeen ik in de bovenvermelde oudere literatuur tegenkwam. Men kan hieraan nog de recente wetgeving toevoegen die boven (nr 4) ter sprake kwam.

oud BW

- art. 1403 lid 1 (zaken) (volgens heersende opvatting in de doktrine; ook lagere rechtspraak veelal in deze zin)
- art. 1403 lid 2 jo. lid 5 (ouders)
- art. 1403 lid 3 (werkgevers)
- art. 1403 lid 4 jo. lid 5 (onderwijzers)
- art. 1404 (dieren) (vóór 1915 en na 1980 risico-aansprakelijkheid, ook in visie HR; in de tussen-periode lagere rechtspraak en doktrine in die zin)
- art. 1405 (gebouwen)
- art. 1416 *a* en *c* (valse prospectus)
- art. 1669 (aanspraak vennoot)
- art. 1746 (bewaarneming, herbergiers)
- art. 1747 (idem, diefstal, beschadiging)
- art. 1765 (kosten bewaarnemer)
- art. 1846 (schadevergoeding lasthebber)
- art. 689 (gemene muur)
- art. 699 (steigerrecht)
- art. 715 (noodweg)

WvK

- art. 535/6 (‘schuld van het schip’)
- art. 540 (541) (vergaan na aanvaring)
- art. 544 (navigatiefout zonder aanvaring)
- art. 544 *a* (botsing met andere voorwerpen)
- art. 538 (sleepschip)
- art. 539 (fout loods)

- art. 321 (reder)
- art. 322 (onbekendheid verhuring)
- art. 780 (eigenaar binnenschip)
- art. 781 (gebruiker)
- art. 930 (sleepdienstondernemer)
- art. 937 (schuld binnenschip)
- art. 941 (eigenaar)
- art. 942 (loods)

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

- art. 949(botsing met andere voorwerpen)
- art. 91 (vervoerder)

Bijzondere wetten

- artt. 15, 43, 45 Mijwv 1810
- art. 1 Spoorwegwet 1859 (vgl. ook 1875)
- Div. andere spoorwegwetten, o.m. lokaalspoor
- Ongevallenwet 1901
- art. 28 Stoomwet 1896
- art. 6 Boschwet 1922
- art. 24 Luchtvervoerswet 1936 (vgl. ook Conventie van Rome 1952)
- art. 25 MRW ('schuld van de auto') 1925
- art. 31 WvW (idem) 1935/1951

6. *Schemertoestanden bij de receptie van het gevaarzettingsbeginsel: pseudo-risiko-aansprakelijkheid. Relatie tot causaliteit; verweermiddelen; bewijslastverdeling*

Indien men de invloed van de gevaarzettingsleer/risikoleer op ons aansprakelijkheidsrecht in de vorige eeuw beziet, blijft het een omzien in verwondering. Als men naar een verklaring zoekt, dient men de emotionele en psychologische aspecten die aan het schuldbeginnel verbonden zijn niet uit het oog te verliezen. Zij kwamen hierboven eerder al uitvoerig ter sprake, en ik zou die passage hier in herinnering willen brengen.³⁸ Alvorens enkele punten daarvan nog aan te stippen, dient in een adem gewezen te worden op de zakelijke aspecten van de omhelzing van de schuldaansprakelijkheid. Zoals wij hierboven zagen verheugt die vorm van aansprakelijkheid zich sinds het ontstaan van de industriële revolutie in de 19^e eeuw in grote populariteit in het bedrijfsleven en bij juristen die dat leven een goed hart toedragen. Of die voorkeur terecht is, ook zakelijk bezien, is overigens nog maar de vraag.

Zoals beschreven, heeft voor de oorlog een Gideonsbende het schuldbeginnel aangevallen, en gesteld dat het begrip 'schuld' opgegaan is in het begrip 'onbetamelijkheid' (o.a. J.C. van Oven, Van Nispen tot Sevenaer, Wolfsbergen). Men kan niet zeggen dat deze stroming in de handboeken en verdere literatuur een welwillend onthaal gekregen heeft. Zo vindt men in het huidige BW het schuldbeginnel gehandhaafd, *naast* het toerekeningsbeginnel (de 'oorzaak die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt'), art. 6:162 lid 3 NBW. Een schuld in de zin van verwijtbaarheid, zoals de Toelichting opmerkt. Deze regeling, die al eerder aan de orde kwam, Hfdst. 10, § 2, nr 3, was al voor invoering een anachronisme; in omringende landen, België, Frankrijk, Duitsland en Engeland, is het al jaar en dag zo dat men naast het begrip onzorgvuldigheid (*faute, Fahrlässigkeit, negligence*) geen afzonderlijk schuld-begrip hanteert.³⁹ Ik bepleitte indertijd om de term 'door

38. Zie Hfdst. 10, § 2, nr 6.

39. Zie Zweigert/Kötz II, p. 336 (duits recht), 352 (engels recht), 360 (frans recht). Voor het belgisch recht, in dezelfde zin, zie L. Cornelis, *RmThemis* 1987, p. 165. Het gebruik van het

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

wiens schuld' van art. 1401 oud BW te lezen als 'door wiens toedoen', als neutrale, 'blanco' term. Dit standpunt is in de 19^e eeuw al door Diephuis in zijn handboek ingenomen, de Pitlo van die eeuw.⁴⁰ Helaas lieten Meijers en zijn leerlingen zich leiden door Opzoomer, de Rutten van de 19^e eeuw, groot aanhanger van de wilsleer en schuldleer.

Als men de jurisprudentie van de 19^e eeuw beziet, met name de wijze waarop de rechter met de schuld-aansprakelijkheid omgaat, dan ziet men dat de natuur sterker is dan de leer. Onder de dekmantel van 'schuld' gaat een risico-aansprakelijkheid schuil, die vaak nauwelijks door die mantel bedekt wordt. Dit kan verschillende vormen aannemen; de objectivering van het schuldbegrip kan zo ver gaan, dat de grens met risico-aansprakelijkheid bereikt of overschreden wordt. Geëist wordt bijvoorbeeld dat men maatregelen had genomen om mogelijke schade te voorkomen, terwijl de rechter weet dat die maatregelen redelijkerwijs niet mogelijk waren of onbetaalbaar. Zonder dergelijke maatregelen, zo stelt de rechter lakoniek, moet men de handelingen in kwestie achterwege laten. De hoge raad heeft al in 1881 deze weg gewezen; in dezelfde tijd werd het aannemen van risico-aansprakelijkheid door de lagere rechter door de raad gecasseerd.⁴¹ Het lijkt soms wat schijnheilig, maar het doel heiligt hier kennelijk de middelen. Het systeem blijft uiterlijk in stand - schuld, verwijtbaarheid, en zo - en intussen worden zaken gedaan, dat wil zeggen de benadeelde derden worden beschermd.

De laatste decennia heeft de hoge raad deze benadering een nieuwe impuls gegeven met zijn rechtspraak inzake gevaarssituaties, die eerder uitvoerig aan de orde gekomen is (Hfdst. 10, § 2, nr 8). Deze rechtspraak heeft overigens voorlopers in de vooroorlogse jurisprudentie over gevaarlijke werkzaamheden.⁴² Daarin kwam de samenhang tussen onrechtmatigheid en causaliteit tot uitdrukking; dat hoeft niet als verrassing te komen, aangezien het hier steeds vragen van *toerekening* betreft, onder de aegis van de redelijkheid. Wij zagen, met name in de arresten *Boerenleenbank* (1973) en *dorpshuis Kamerik* (1982), dat bij het verrichten van 'mogelijk gevaarlijke' handelingen, bij het nalaten van het treffen van voorzieningen en voorzorgsmaatregelen *de voorzienbaarheid van de gevolgen niet meer getoetst hoeft te worden*. Die gevolgen mogen buiten de

begrip 'schuld' in het NBW ondervond ook zware kritiek van Van Maanen, diss. p. 225, evenals trouwens de overige onderdelen van het artikel. Vgl. in dit verband ook de kritiek van C.C. van Dam, *Zorgvuldigheid en aansprakelijkheid*, diss. Utrecht 1989, p. 84 v.; 191 v. Schr. geeft ook een rechtsvergelijkend overzicht.

40. G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt XI*, p. 80 v. In deze zin ook S. van Brakel, *Leerboek v.h. Ned. Verbintenissenrecht*, 3e dr. 1948, p. 605.

41. Vgl. Meijers, *Verz. Priv. Opstellen III*, 1955, p. 244, die stelt dat deze opvatting na 1881 niet meer uit de rechtspraak verdwenen is; het betreft hier onroerend goed, naburige erven, o.m. mijnschade. Meijers stelt: 'een lagere graad van waarschijnlijkheid dan de gewone kan verlangd worden, wanneer het recht aan een belang een zeer bijzondere bescherming meent te moeten verlenen'. Meijers is niet erg gelukkig met deze benadering, aangezien het veelal op *ficte* neerkomt, en 'op aansprakelijkheid buiten schuld gaat lijken'. Zie nog uitvoerig onder, § 8 (bodemschade).

42. Zie, over heilwerkzaamheden, HR 2 mei 1930, *NJ* 929, nt PS, waarover Asser-Scholten II, *Zakenrecht*, 8e dr., 1945, p. 121; Langemeijer, *WPNR* 3707 (1941), p. 11. Over een verzakking van een kademuur, HR 27 jan 1939 *NJ* 874, nt PS, *Gem. Rotterdam - Staatsspoorwegen*.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

lijn der verwachting liggen, dat 'doet er niet toe' zegt de raad in het laatste arrest huiselijk. In het *Versluis*-arrest (1979) wordt gesteld dat bij het overtreden van veiligheids- en verkeersnormen rekening gehouden moet worden met de mogelijkheid van ernstige gevolgen, *hoe deze zich ook in het concrete geval mogen voordoen*. Ik noemde dit *pseudo-risico-aansprakelijkheid*.

Men ziet hier de opvatting van Hijmans uit 1913, die eerder ter sprake kwam, overgenomen, of liever bevestigd, want Hijmans' visie was in wezen ook op de jurisprudentie gebaseerd. De *mogelijkheid* van schade als gevolg van de (gevaarlijke) handeling is essentieel, niet de *voorzienbaarheid*. Zoals dat in de literatuur door Esser genoemd wordt: het gaat niet langer om *onrecht*, maar om *ongeluk*. Een noodlottig toeval, dat plaatsvond in de sfeer van de handelende, waarvoor de laatste dient op te komen. Hij kan wel roepen onschuldig te zijn, maar daar hebben wij het niet over. Bovendien is het slachtoffer per definitie nog onschuldiger dan de dader (gesteld, uiteraard, dat hij het ongeluk niet uitgelokt of aanvaard heeft). Zoals men het in Engeland rond de vorige eeuwwisseling heel beeldend zei, maar wel wat plastisch: 'the cost of the product should bear the blood of the workman'.⁴³ Toerekenen en afwentelen, klaar uit. Als de litigieuze handelingen beroepsmatig verricht werden is er nog minder plaats voor consideratie met de onschuld van de dader/rechtspersoon. Het aspect van de verhoging van kansen op schade komt expliciet aan de orde in het arrest *Staat - Schoenmakers* (1954, eveneens besproken); het is geen toeval dat R.J. Polak in zijn bespreking van dit arrest wijst op de 'objektieve kansverhogende werking van de oorzaak'.⁴⁴ Dat paste uitstekend in zijn straatje, evenals in dat van zijn vele voorgangers.⁴⁵

In de al genoemde beschouwingen vindt men die samenhang tussen onrechtmatigheid en causaliteit nader toegelicht. Ik wees daarbij op de internationale tendens om, indien sprake is van *enig* gevaar bij een handeling, de handelende voor *alle* gevaar aansprakelijk te achten indien zich dat verwezenlijkt. Daar komt nog bij, dat het achteraf altijd makkelijk praten is, welk gevaar er te duchten was (de 'objektiv nachträgliche Prognose'). Ook hier verwijs ik voor een uitwerking van deze problematiek naar de behandeling van de aanspra-

43. In de woorden van Lloyd George, ontleend aan Zweigert/Kötz II, p. 395.

44. Vgl. nr 3; R.J. Polak, *WPNR* 4667 (1961) p. 107. Het arrest heeft ook de aandacht getrokken van de auteurs van Hofmann-Drion-Wiersma, en de ontwerpers van het NBW, zie de *Toelichting* Boek 6 (1961) en MvA gewijzigd Ontwerp 1976, die onder nog ter sprake komen.

45. In de latere jurisprudentie van de HR vindt men de risikoleer regelmatig toegepast, soms met een beroep op de 'maatschappelijke gerechtvaardigdheid'. Zo bijv. HR 16 nov. 1985, *NJ* 1985, 547, nt WHH en LWH, *Ciba Geigy*, executie van dwangsom in k.g. wanneer in bodemgeschil anders geoordeeld wordt. Dit arrest sluit nauw aan bij *Snel - Ter Steege* (*NJ* 1965, 331), beslaglegger handelt 'voor eigen risico', waarbij Pitlo steun zocht voor de gevaarzettingsleer. In dit arrest vindt men overigens ook al de 'maatschappelijke gerechtvaardigdheid' als grondslag genoemd. Voor recente rechtspraak op dat terrein, zie boven, Hfdst. 9, § 2, nr 4.

Bij de onrechtmatige overheidsdaad is de risikoleer eveneens door de HR aanvaard, vgl. HR 26 sept. 1986 *NJ* 1987, 253, nt MS; AA 1987, p. 164, nt v. Sch., *Hoffmann-La Roche*, inzake mededingingsrecht. En verder: HR 30 jan. 1987 *NJ* 1988, 89, nt MS, *Gem. Blaricum - Roozen c.s.*, en HR 30 jan. 1987, *NJ* 1988, 90, nt MS, *Nibourg - Gem. Zuidwolde*, beide inzake het onrechtmatig weigeren van een bouwvergunning door de gemeente. Zie ook boven, Hfdst. 10, § 2, nr 9.

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

kelijkheid voor zaken (§ 2, nr 1). Een laatste kanttekening op dit punt: indien men ten aanzien van de onrechtmatigheid het element van verwijtbaarheid laat vallen, is het consequent om op het aanpalende terrein van de causaliteit het element van voorzienbaarheid te schrappen, althans een ondergeschikte rol te geven. Aldus geschiedde. Naar het beeld van Veegens betreft het hier communicerende vaten. Hieruit blijkt trouwens, dat wanneer men op het gebied van de causaliteit de toerekening naar redelijkheid aanvaardt, het van inconsequentie getuigt om bij de onrechtmatigheid vast te houden aan schuld in de zin van verwijtbaarheid (aldus onlangs Vranken).⁴⁶ Zouden, zo vraag je je af, de ontwerpers van het nieuwe BW om die reden de 'TNR' maar half overgenomen hebben, namelijk *zonder* de 'redelijkheid'? (art. 6:98 BW) Het geeft te denken.

Al enkele keren werd er op gewezen dat de figuur van *gevaarzetting* nog steeds een ondergeschoven kindje in de nederlandse doktrine is, en dat nog wel ondanks dat het leerstuk al zo'n eeuw oud is, door schrijvers van naam aangehangen in het buitenland en vervolgens in ons land, en in een reeks van arresten van de hoge raad aanvaard is. Hierboven werd de ontwikkeling van de gevaarzettinggedachte in de doktrine geschetst, en daarbij kwam het probleem voren van de relatie tussen begrippen als *voorzienbaarheid* in relatie tot het gecreëerde gevaar, en het *van algemene bekendheid zijn* van bepaalde risico's.⁴⁷ Beide exercities zijn geen luxe; ik heb er weliswaar eerder over geschreven, om te beginnen in het debat met Vranken in 1990, maar dat heeft het voortduren van een aantal misverstanden over deze leer niet kunnen beletten. Zo stelt a-g Koopmans in zijn conclusie voor de bodemvervuilingszaken *Shell, Duphar* en *Fasson* (HR 30 sept. 1994, NJ 1996, 198, nt CJHB) dat bij aansprakelijkheid gebaseerd op gevaarzetting 'vragen van voorzienbaarheid blijven bestaan, bijvoorbeeld als element van het vereiste verband tussen gevaarzetting en schade', met verwijzing naar Castermans, *WPNR* 5976 (1990). Dit is onjuist, zowel wat doktrine als rechtspraak betreft; nu had de hoge raad de visie van a-g Koopmans in deze zaken, gebaseerd op gevaarzetting als eerste keuze, links laten liggen, zonder dat nader te motiveren, waarschijnlijk omdat deze niet overeenstemde met de politieke stellingname van de hoogste rechter ten aanzien van het verhalen van saneringskosten op het bedrijfsleven door de overheid.⁴⁸ Dat onjuiste beeld van de gevaarzetting leer wordt andermaal uitgedragen door Bolt en Spier, in hun preadviezen NJV 1996 (vgl. nog onder).

Het merendeel van de eerder genoemde auteurs die de gevaarzettinggedachte onderschrijven acht voorzienbaarheid van de schade of kenbaarheid van de gevaarlijke eigenschappen van de zaak in kwestie geen vereiste voor aansprakelijkheid. Paul Scholten spreekt zich duidelijk uit in zijn Asserdeel *Zakenrecht*, 8e dr. 1945, p. 121: bij inbreuk op de eigendom van een ander kan een verplichting tot schadevergoeding ontstaan ook indien die schade niet voorzienbaar was. 'Wij mogen niet zeggen dat steeds voorzienbaarheid der

46. Zie boven, nr 1.

47. Zie boven, Hfdst. 10, § 2, nr 7 v. (grondslagen o.d.); vgl. ook Hfdst. 11, § 2, nr 3 (causaliteit). Zie ook mijn noot onder het *taxusstruik*-arrest, AA 1994, p. 833, sub 4.

48. Zie daarvoor mijn artikel in *NJB* 4 nov. 1994 en mijn noot in *TMA* 1994, p. 166, vgl. onder, Hfdst. 12, § 7, nr 4.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

schade is vereist, het kan zijn dat een handeling wordt afgekeurd ook al was de in concreto ingetreden schade niet te voorzien, *omdat zij in het algemeen gevaarlijk was*' (mijn curs.). Dit vormt een goede overgang naar de bespreking van de jurisprudentie van de hoge raad inzake gevaarssituaties; wij zullen zien dat daarin een soortgelijke gedachtengang gevolgd wordt: de bekendheid van het gevaar van een zaak *in het algemeen* heeft tot gevolg dat aan voorzienbaarheid van de concrete schademogelijkheid - waardoor de handeling onzorgvuldig is - zeer lichte, of in het geheel geen eisen gesteld worden. Dat vraagt om nader onderzoek.

In de waterwingebied-zaak wees a-g Frankx voor de causaliteitsvraag naar het *haringstalletje*-arrest (NJ 1967, 42), dat sindsdien wat in vergetelheid geraakt is. Het geval van de autobestuurder die uitstapt om een harinkje te happen, en zijn contactsleuteltje in de auto laat zitten, tot vreugde van een passerende joyrider die de auto prompt total loss rijdt. Het hof was van oordeel dat 'van algemene bekendheid' is dat er joyriders bestaan ('talrijke tot rijden onbekwame en tot roekeloosheid geneigde personen', verzucht het hof); het hof mocht volgens de hoge raad dan ook volstaan met te beslissen dat de mate van waarschijnlijkheid dat de handeling (sleutel in auto laten) schade aan een ander zou veroorzaken 'groot genoeg was' om haar in strijd te doen zijn met de maatschappelijke zorgvuldigheid.⁴⁹

In het *waterwingebied*-arrest speelt het thema van algemene bekendheid ook een rol; het hof had aangenomen dat bij uitvloeien van olie over de grond schade aan die grond 'algemeen te verwachten was'; in zo'n situatie is 'niet van betekenis' of bij de weg waarop het ongeval plaatsvond duidelijk zichtbaar was aangegeven dat men zich bovenop waterputten bevond. De afloop is bekend: TNR aanvaard door de cassatierechter.

Na *waterwingebied* wordt dit thema uitgewerkt in een reeks arresten van de hoge raad, maar in de toerekeningsleutel geplaatst. In *Windmill* (NJ 1974, 453) ging het om schending van een veiligheidsvoorschrift, er ontbrak een trapleuning bij een trap in een fabriekshal, waarvan een werknemer een dodelijke val gemaakt had, onder niet opgehelderde omstandigheden. De hoge raad overwoog dat naar vaststelling van de rechtbank 'het in het algemeen door de wetgever geducht gevaar zich inderdaad in de onderhavige situatie voordeed'; de maatstaf die de rechtbank voor het causaal verband aangelegd had was daarmee juist. Wat was die maatstaf? Niet hoeft te worden vastgesteld 'op welk ogenblik en op welke plaats, alsmede door welke directe oorzaak Roelofsen ten val is gekomen'. De werkgever mocht bewijzen dat het ontbreken van de trapleuning geen invloed had gehad op het ongeval; bij voorbaat stond vast dat dit niet te bewijzen viel. Een soortgelijke beslissing wordt gegeven in *Beiler zandweg* (NJ 1976, 393): een kind dat plotseling een fietspad oprent wordt aangereden. Omdat in het algemeen voetgangers te verwachten zijn is de precieze wijze waarop het ongeluk gebeurde irrelevant.⁵⁰

In het *Versluis*-arrest (NJ 1980, 77) heeft de hoge raad deze regel een algemene formulering gegeven: indien 'verkeers- of veiligheidsnormen'

49. Onzuiver A.T. Bolt, preadv. NJV 1996, p. 164, die naar aanleiding van dit arrest in het algemeen over 'voorzienbaarheid' als criterium spreekt.

50. Zie voor de hier besproken jurisprudentie uitvoeriger: Hfdst. 11, § 2, nr 3 (causaliteit).

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

geschonden zijn, moet 'rekening gehouden worden met de mogelijkheid van ernstige gevolgen, hoe deze zich ook in het concrete geval mogen voordoen' (mijn curs.). Dat de mogelijkheid van het nemen van veiligheidsmaatregelen en in dat verband, de daaraan verbonden kosten of bezwaren, een faktor van gewicht is, bewijst het *bloedprik*-arrest (NJ 1982, 567). In *Cijsouw - De Schelde* (NJ 1993, 686) werd geoordeeld dat de werkgever die nagelaten heeft veiligheidsmaatregelen te treffen ex art. 7A:1638x BW (thans: art. 7:658 BW) aansprakelijk is voor een hem indertijd 'niet bekend gevaar' (mesothelioom, een dodelijke asbestziekte).

In deze serie passen ook enkele andere arresten, waarbij geen sprake is van in de wet neergelegde veiligheidsnormen. In *Boerenleenbank - Van de Reek* (NJ 1973, 464, schade aan het pand van de buurman veroorzaakt door heiwerkzaamheden) overweegt de hoge raad: 'dat het hof buiten beschouwing kon laten dat de schade niet opzettelijk is toegebracht en ook de mate van voorzienbaarheid van de schade niet nader behoefde te onderzoeken nu de Boerenleenbank zich er, naar het hof aannam, van bewust moet zijn geweest dat het heien de schade kon teweegbrengen' (mijn curs.). In dat oordeel lag besloten dat de bank een onderzoekplicht had, vervolgt de raad. In het *laadschop*-arrest (NJ 1982, 254, spelend kind aangereiden) vindt men een soortgelijke beslissing, oordeelde dat hij niet mocht achteruitrijden 'zonder maatregelen te nemen .. om te voorkomen dat zich een ongeval als het onderhavige voordoet'. 'De bestuurder dient immers rekening te houden met factoren als de onberekenbaarheid van jonge kinderen en de attractie die een voertuig als het onderhavige voor een kind kan hebben', met als gevolg dat het voorval 'niet ligt buiten de kring van gebeurtenissen waarop de bestuurder van een laadschop als de onderhavige bedacht behoort te zijn'. In *Ziekenhuis De Heel* (NJ 1997, 175), tenslotte wordt de lijn uit het *Versluis*-arrest doorgetrokken naar de schending van *ongeschreven* veiligheidsnormen.

Men moet niet denken dat deze jurisprudentie, voor het merendeel standaard-arresten, althans te Rotterdam, typisch is voor het moderne verbintenissenrecht van de laatste decennia. Ook tijdens en voor de oorlog gaven de hoge raad en lagere instanties blijk van dezelfde visie op gevaarzetting bij aansprakelijkheid voor zaken. Pitlo noemt *Synthese - Rubens (roerkoning)* (NJ 1940, 340) en *torenbout* (NJ 1942, 394). In zijn noot onder het *kademuur*-arrest (NJ 1939, 874) wijst Paul Scholten erop dat bij de aansprakelijkheid die de eigenaar van de kademuur opgelegd wordt het vereiste van voorzienbaarheid niet meer gesteld wordt. In het *Acetyleen-cylinder*-arrest (NJ 1933, 881) wordt gewerkt met het 'van algemene bekendheid zijn' dat een ondeugdelijk samengestelde cylinder groot gevaar oplevert, en wordt de verhuurder een onderzoekplicht opgelegd, waarvan tevoren vaststaat dat deze feitelijk en economisch gezien, niet uitvoerbaar is. Verkapte risico-aansprakelijkheid dus.

Verder valt nog te noemen, elders besproken: Rechtbank Amsterdam, *Van Klooster - Amst. Ballast Mij.* (NJ 1935, 955, inzake oppersen van grond) en *Staat - Schoenmakers* (NJ 1953, 261; bij opslag van munitie bestaat er verhoogde kans op schade; zie Hfdst. 11, § 2, nr 3).

Uit dit jurisprudentie-overzicht blijkt dat er vaste grond is voor de stelling dat indien het algemeen bekend is dat een bepaalde zaak gevaarlijke eigenschappen kan hebben, gezien de aard van de zaak, de rechtspraak geen moeite heeft met het vaststellen van causaal verband zonder dat vast is komen te

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

staan hoe het gevaar, en daarmee de schade, zich in concreto verwezenlijkt heeft. Men kan wel stellen dat de dader 'bekend' moet zijn met het gevaar dat de zaak in zich heeft, maar dat is slechts een bekendheid van een algemene aard, die los staat van het feitelijke causale verband. Een uitspraak waarin met zoveel woorden de gevaarzettingsleer aanvaard wordt is overigens het arrest van Hof Arnhem inzake botulisme te Zwartsluis (*NJ* 1985, 160). Het ging hier om kuikenkadavers die als mest op land gebracht, door kraaien worden verslept naar het land van de buurman, waardoor botulisme bij diens koeien veroorzaakt werd. Het gevaar van botulisme was niet van algemene bekendheid, maar dat mocht de kuikenmesters niet baten. Het hof vindt 'in hun handelwijze gevaarstelling gelegen': 'er is gevaar in het leven geroepen dat daardoor schade zou worden toegebracht aan de gezondheid van mens of dier'. Er is een 'geenszins te verwaarlozen risico' geschapen, hetgeen tot een schade leidt die de kuikenmesters hadden kunnen en moeten voorzien.

Tenslotte kan gewezen worden op het gebruik van bekendheid met gevaar in de regeling van aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen, art. 6:175 BW. Ook hier is sprake van een vorm van 'bekendheid in het algemeen', de waarschijnlijkheid of voorzienbaarheid van de concrete schade is ingevolge de vaste rechtspraak, waarmee de wetgever niet heeft willen breken, niet in het geding. In de toelichting op het wetsontwerp 21 202 wordt overigens gesproken van bekendheid van het gevaar 'in de kring van hen die in het maatschappelijk verkeer met de betreffende stof te maken hebben'.⁵¹

Zoals gezegd geven Bolt en Spier in hun preadviezen *NJV* van 1996 de gevaarzettingsleer op onderhand stereotype wijze verkeerd weer, als zou het specifieke gevaar bij de handelende persoon bekend (moeten) zijn; Spier is verder van mening dat na de arresten van 30 sept. 1994 (*Shell*, etc.) 'de gevaarzettingsdoktrine voor het milieurecht goeddeels naar de rechtshistorie verbannen' kan worden.⁵² Ik heb preadviseur Spier bij het debat daarover aan de tand gevoeld; in zijn repliek vindt hij mijn betoog over de gevaarzettingsleer slechts een herhaling van zetten, en een visie inhouden die slechts door weinigen aanvaard wordt: 'stokoude schrijvers moeten het hier afleggen tegen de latere rechtsontwikkeling', waarna door hem verwezen wordt naar het *taxusstruik*-arrest van 1994, dat eerder uitvoerig ter sprake kwam, men zal nu begrijpen waarom.⁵³ Een troost is dat hij zijn eerdere, en terechte kritiek op de 30 september 1994-arresten, waarover weinig meer terug te vinden was in zijn preadvies, uiteindelijk gehandhaafd heeft.⁵⁴

51. Zie voor die materie onder, Hfdst. 12, § 7.

52. Zie t.a.p., resp. pp. 164 v. (Bolt); 256 v. (Spier), met verwijzing naar Bloembergen, Van Dam, Vranken en Bauw. Het weergegeven citaat staat op p. 259, de verbanning van gevaarstelling betreft echter enkel gevallen van bodemvervuiling van vòòr 1 jan. 1975, waarbij sprake is van niet 'op deugdelijke wijze begraven' (zie *Shell*-casus, waarover onder, Hfdst. 12, § 7). Het valt dus nogal mee.

53. Vgl. *Hand. NJV 1996 II*, resp. pp. 37 v.; 60 v. Voor *taxusstruik* zie men boven, Hfdst. 10, § 2, nr 9.

54. T.a.p., p. 62; dat betrof vooral het *Duphar*-arrest (handelen in strijd met vergunningsvoorwaarden). Mijn pleidooi voor toepassing van het *DES*-arrest in milieu-zaken werd door Spier (andermaal) bestreden. Een half jaar later werd ik door de HR op mijn

7. *Bewijsrechtelijke aspecten van aansprakelijkheid*

Een andere bekende dekmantel voor risico-aansprakelijkheid in de rechtspraak is het gebruik van een bewijsrechtelijke constructie: het *vermoeden van schuld*. Niet alleen de wetgever werkt met dat middel, zoals bijvoorbeeld bij de aansprakelijkheid van ouders voor kinderen (art. 1403 lid 5 oud-BW, het zgn. ‘wettelijke vermoeden’), ook de rechter kan aan de feiten van het geval een vermoeden ontlenuen dat er van schuld bij de handelende sprake is (het zgn. *feitelijke vermoeden*). In beide gevallen kan dat vermoeden overigens ‘onweerlegbaar’ zijn, dat wil zeggen dat het niet voor tegenbewijs vatbaar is. In het eerste geval kan dat door de wetgever zo bepaald zijn - hetgeen ook door uitleg vastgesteld kan worden - in het tweede geval kan de rechter tegenbewijs passeren, op grond van de omstandigheden en de proceshouding van de tegenpartij. Van dat laatste zullen wij bij de produktenaansprakelijkheid nog fraaie staaltjes tegenkomen (o.a. *Jumbo II*). Het zal duidelijk zijn dat bij een onweerlegbaar vermoeden van schuld er sprake is van een naadloze overgang naar risico-aansprakelijkheid, en de schuld-aansprakelijkheid slechts een lippendienst bewezen wordt.

Intussen heeft de hantering van een vermoeden van schuld *sec* het gevolg dat de rechter op grond daarvan tot *omkering van de bewijslast* kan besluiten. En daar is het juist om te doen: de eiser van zijn zware bewijslast te ontheffen en de gedaagde met het tegenbewijs te belasten. Met name in gevaarssituaties, waarbij meestal moeilijk te reconstrueren is hoe de toedracht was waarbij het gevaar zich verwezenlijkte - vaak letterlijk een kwestie van brokken oprapen of scherven bij elkaar vegen - is het van doorslaggevend belang welke partij de bewijslast draagt: de beschadigde eiser of de handelende gedaagde. Het algemene adagium van het bewijsrecht geldt hier eens te meer: *bewijslast is bewijsrisiko*. Daarbij is niet alleen de complexiteit van de bewijsvraag in het geding, ook de hoge kosten; deskundigheid is schaars en dus duur; het kost veel tijd, en tijd is geld (Economie I voor juristen). Zelfs rechters begrijpen dat - voor advocaten is dit gegeven de grondslag voor hun broodwinning, lijkt het wel eens. ‘Wie pleit om een koe...’

Tenslotte nog een heel praktisch punt: het komt in de praktijk nog al eens voor dat wanneer er geprocedeerd gaat worden het bewijsmateriaal niet meer aanwezig is. Het is per ongeluk of ‘bij toeval’ weggegooid, zoekgeraakt of ‘verdwenen’. Zoals in de *Exota*-zaak (de springende limonadefles) de scherven keurig opgeruimd en weggegooid waren. Soms weten partijen tevoren al dat het leveren van het bewijs onmogelijk is, en dan valt met de toedeling van de bewijslast het doek. De rechter kan hierop anticiperen; vandaar dat omkering van de bewijslast vaak met risico-aansprakelijkheid gelijk staat. Bewijslast is hier echt *bewijsrisiko* geworden.

Tegen deze achtergrond valt licht in te zien dat het feitelijke karakter van het bewijs normatieve kanten heeft. Nu is dit natuurlijk een open deur voor de welopgevoede (rotterdamse) jurist, die weet dat feiten en normen niet los van

wenken bediend met het arrest *Moerman - Bakker* (1997), zie boven, Hfdst. 10, § 6, nr 9 v., een arrest waar Spier anders over denkt, overigens.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

elkaar gedacht en gehanteerd kunnen worden (*ave* Paul Scholten en Eggens), maar ik bedoel hier dat de rechter een grote vrijheid heeft om *de feiten* aldus vast te stellen, dat uitgegaan moet worden van een gevaarscheppende gedraging van gedaagde, de actor, of van een gevaarlijke eigenschap (gebrek) van een hem toebehorende zaak. 'Een goed onderhouden hijskraan valt niet om', tenminste niet bij deze windkracht; 'een deugdelijke opslagtank gaat niet uit zichzelf op de loop', en dergelijke. Ook hier heeft de hoge raad zelf leiding gegeven, onder meer met het arrest *zelfrijdende kraan* (*NJ* 1929, 1695), het zgn. 'gedrag van de zaak zelf', hetgeen de Fransen *fait de la chose* noemen. Deze rechtsfiguur heeft een grote vlucht genomen, aangezien zij in een grote behoefte voorzag; wij zagen dat ook fervente aanhangers van de schuldleer als Rutten en H. Drion zich in de jaren zestig bij deze constructie van de rechtspraak aangesloten hebben.

Deze bewijs-constructie is in het buitenland ook gangbaar. De Duitsers spreken van *Prima facie-beweis* of *Anscheinsbeweis*; angelsaksische landen kennen de regel van *res ipsa loquitur* ('de zaak spreekt voor zich'), hetgeen onze Veegens beeldend weergaf met de term 'spreekende feiten'.⁵⁵ Het engelse leerstuk werd in de vorige eeuw gevestigd met een arrest over een baal suiker die uit een grijper viel en een voorbijganger trof, hetgeen doet denken aan het rotterdamse vonnis inzake de bevroren baal vlees.⁵⁶ In de Verenigde Staten heeft de *res ipsa loquitur*-regel een belangrijke plaats in het aansprakelijkheidsrecht ingenomen, met name bij de produktenaansprakelijkheid.

Veegens had al eerder de toepassing van de *res ipsa*-regel in ons recht bepleit, in een mooie noot onder het *Naaldwijkse gasontploffing*-arrest van 1946, met verwijzing naar arresten uit 1920 en 1929: 'De toenmaals door de hoge raad eigener beweging gegeven wenk had in ruimer mate kunnen worden opgevolgd'. Köster merkt in 1980 in zijn aan dit onderwerp gewijde bijdrage in de Schadee-bundel op dat de *res ipsa*-regel in ons land sporadisch genoemd en meestal niet uitvoerig besproken wordt.

Veegens verwees in zijn boek uit 1973 (alsook in zijn noot uit 1946) naar vier standaardarresten, die niet alle de bekendheid hebben die ze verdienen, en die ook door Köster besproken worden: HR 31 dec. 1920, *NJ* 1921, 230, *Kasteel Strythagen* (inzake mijnschade); HR 14 nov. 1929, *NJ*, 1695, *zelfrijdende kraan* en HR 28 juni 1946, *NJ*, 723, nt DJV, *Naaldwijkse gasontploffing*; HR 28 febr. 1969, *NJ*, 366 (inzake slaafse navolging). Wij hebben dus niet bepaald met nieuwlichterij te maken. Ik laat op deze plaats een korte bespreking van deze jurisprudentie hier volgen, die ook elders in dit boek aan de orde komt.

55. D.J. Veegens, *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken*. 1973, p. 97. Vgl. ook H.K. Köster, in: *Recht door zee*, Schadee-bundel, 1980, p. 133; W.Th. Braams, *Buiten-contractuele aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen*, diss. Utrecht 1989, p. 321 v. A.J. Van, *Res ipsa loquitur: magische woorden of een loze kreet?*, Van Dummé-bundel 1997, p. 435. Voor het duitse recht: E. Schneider, *Beweis und Beweiswürdigung*, 4e dr. 1987, nr. 229 v. Zie verder nog: W.D.A. Asser, *Bewijslastverdeling*, Mon. Nieuw BW A24, p. 23 v.

56. *Scott v. London & St. Katherine Docks Co* (1865), 3 *H & C* 559, waarover Zweigert/Kötz II, p. 398; Rb. Rotterdam 4 jan.1980, *NJ* 597, *Bevroren baal vlees*, overigens een 1638x BW-zaak, waarbij de rb. tot omkering van de bewijslast kwam: 'op de werkgever rust het risico voor het bewijs dat hij zijn veiligheidsverplichtingen is nagekomen'. Hiermee werd vooruitgelopen op de rechtsontwikkeling, zie onder, §10.

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

De mijnschade-zaak uit 1920 is de grondslag voor de afwikkeling van mijnschade in Limburg in deze eeuw geweest, en is een sterk voorbeeld van het gebruik van de hier besproken bewijsregel (zie onder, § 8, nr 2). Er was schade door verzakking ontstaan waarvoor de eigenaar van een pand de mijnexploitant aansprakelijk gesteld had. Het hof had vanwege het ernstige gevaar dat aan een mijnbedrijf verbonden is aangenomen dat iedere tekortkoming van de mijnexploitant als schuld aan te merken is. Hierbij volgde het hof overigens de vaste rechtspraak van de hoge raad sinds 1881 bij inbreuk op eigendom door burenen; een jurisprudentie die door Meijers eens gekarakteriseerd werd als 'fictie' en door Scholten als 'het aanvaarden van risico-aansprakelijkheid in het kleed der schuldaansprakelijkheid'. Vervolgens had het hof, gebruikmakend van de ervaringsregel dat elke verzakking in de regel bij voldoende voorzorgen te vermijden is, dat wil zeggen voorzorgen waarbij met alle omstandigheden rekening gehouden is, daaraan het vermoeden ontleend dat dit ook in de onderhavige zaak het geval was en had de exploitant aansprakelijk geacht. Het beroep van de laatste op de gebruikelijke werkwijze werd daarbij afgewezen. De hoge raad ziet hierin het vaststellen van de aansprakelijkheid door middel van vermoedens en het aldus bewezen achten van hetgeen door eiser gesteld is; de raad onderschrijft het standpunt van het hof, en stelt dat het hof 'heeft beslist dat, in verband met de bijzondere zorg, die de mijnexploitant heeft in acht te nemen, de feiten, door de Naaml. Venn. te bewijzen aangeboden, ook al kwamen zij vast te staan, het reeds van de andere zijde geleverde bewijs niet zouden vermogen te ontzenuwen'. Een sterk voorbeeld van het passeren van het bewijsaanbod aan de verweerder door de rechter.

In het eerder al genoemde arrest van de zelfrijdende kraan uit 1929 wordt door de hoge raad gesproken van het 'gedrag van de zaak zelf'. De kraan was bij storm aan de loop gegaan toen de beveiliging het begeven had, waarbij onduidelijk was of hier van nalatigheid van de eigenaar sprake was en of deze op het remsysteem had mogen vertrouwen (hij was overigens op de garantie van de fabrikant afgegaan). Het hof had aangenomen dat dit gedrag van de zaak 'zonder meer dienst mag doen als feitelijke grondslag van een vermoeden van schuld', hetgeen de instemming van de cassatierechter gekregen heeft (zie ook onder, § 2, nr 2).

Het arrest van 1946 inzake gasontploffing is voor ons onderwerp eveneens van belang. Het betrof aansprakelijkheid van een beheerder van de gasleiding; er was tijdens strenge vorst een scheur in de leiding ontstaan, met noodlottig gevolg. De gasmaatschappij stelde dat constructie en onderhoud van de leiding van goede kwaliteit en deugdelijk waren; bewijslast met betrekking tot de oorzaak van de schade werd omgekeerd en op de gedaagde gelegd, de gasmaatschappij (zie ook onder, § 4, nr 4).

Met de invoering van het nieuwe bewijsrecht, in 1988, heeft de wetgever de rechter meer middelen geboden om tot omkering van de bewijslast te komen, ook zonder gebruikmaking van het hulpstuk van bewijs door vermoedens (deze figuur is in de nieuwe regeling naar de achtergrond gedrongen, maar is in de praktijk nog springlevend). Naar geldend recht, art. 177 Rv, kan de bewijslast toegedeeld worden op grond van *bijzondere bewijsregels* of op grond van *de redelijkheid en billijkheid*, en kan aldus afgeweken worden van de hoofdregel: 'wie stelt, bewijst'. Deze bijzondere regels kunnen van de wetgever afkomstig zijn, maar zullen doorgaans op het ongeschreven recht gebaseerd zijn, rechtersrecht dus (een terrein waar het beginsel van billijkheid grote invloed heeft).

De ontstaansgeschiedenis van dit artikel is zeer bewogen, zoals hieronder nog uiteengezet zal worden, en geeft een beeld van de verschillende stromingen die in het bewijsrecht te vinden zijn, met als twee kampen de *objektiefrechtelijke* tegenover de *processuele* of *billijkheidsleer*. Dit is echter niet van algemene bekendheid, hetgeen kan parten spelen bij lezing van dit artikel, een compromis dat bereikt werd naar goed hollands poldermodel: iedereen leest er dus in wat men erin wil lezen. De tekst van art. 177 is naar meest gangbare opvatting de

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

neerslag van de billijkheidsleer, met een rudiment van de objectiefrechtelijke leer in de zinsnede ‘tenzij uit enige bijzondere regel’ een andere bewijslastverdeling voortvloeit (in andere zin: W.H.D. Asser, en aarzelend: Schoordijk, die echter geen wet nodig heeft; zie nog onder). In de laatste jaren kennen sommige schrijvers, zoals Asser, aan bewijslastverdeling naar redelijkheid en billijkheid slechts een beperkte betekenis toe. Deze auteur heeft bepleit om de bewijslastverdeling naar redelijkheid en billijkheid slechts toe te passen in geval er tussen partijen sprake is van een door dat beginsel beheerste rechtsverhouding, zoals een overeenkomst. Deze zienswijze is duidelijk niet in overeenstemming met de opvatting van de aanhangers van de billijkheidsleer, in de afgelopen eeuw de ruime meerderheid van de bewijsrechtelijke auteurs, met onder meer Eggens, Haardt, Star Busmann, Pitlo, Schoordijk en Hammerstein in de gelederen (zie onder).

Bij de toepassing van art. 177 Rv dient men het volgende in het oog te houden. Uit het eerder gegeven voorbeeld van de *Haagse gasfabriek* blijkt, dat men niet altijd een beroep op de billijkheid hoeft te doen om de bewijslast van de eiser te verlichten. Zoals ook nog uit de hieronder te behandelen rechtspraak duidelijk wordt, is dat met name het geval wanneer sprake is van gevaarsituaties waardoor schade ontstaan is.

Van minstens evengroot belang is een ontwikkeling in de rechtspraak waarbij aan de wederpartij van de partij die met het bewijs belast is, de verplichting opgelegd wordt om haar *medewerking te verlenen aan de bewijsvoering* van de laatste. Ook langs die weg kan de bewijsnood van de zwakste partij gelenigd worden. Gezien de verwevenheid van aansprakelijkheid en bewijslastverdeling, en de relatieve onbekendheid van deze materie bij praktijkjuristen, is het goed om uitvoeriger bij deze materie stil te staan.

Art. 177 Rv, in 1988 van kracht geworden, luidt als volgt:

art. 177. ‘De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit’.

Het heeft heel wat voeten in aarde gehad voordat deze tekst in de wet stond, als gevolg van een scholenstrijd op het terrein van de bewijslastverdeling. Het artikel begint heel klassiek, met de oude regel van art. 1902 BW, ‘wie stelt moet bewijzen’, of zoals de Romeinen het al zeiden: *actori incumbit probatio* (op de eiser valt de bewijslast). Doch dit is slechts het uitgangspunt; wanneer is dit anders, en op welke gronden moet van de hoofdregel afgeweken worden? In de afgelopen honderd jaar zijn er in ons land, veelal naar buitenlands voorbeeld, vijf theorieën over de bewijslastverdeling verdedigd. Uiteindelijk zijn twee theorieën komen bovendrijven: de *objectiefrechtelijke leer*, en de *procesrechtelijke of billijkheidsleer*. De kampen waren sterk verdeeld en sterk bezet: de objectiefrechtelijke leer werd verdedigd door o.m. Scheltema, Thesingh, Wiersma, H. Drion, en met nuances, Verburgh en Veegens; de procesrechtelijke of billijkheidsleer werd aangehangen door o.m. Anema, Star Busmann, Eggens, Pitlo en Haardt, en later Schoordijk.

Het verschil tussen beide stromingen komt in hoofdlijnen hierop neer. De eerste groep schrijvers zoekt de sleutel van de bewijslastverdeling in de regels

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

van objectief recht (bijv. wanprestatie, onrechtmatige daad, e.d.). In die regels van materieel recht liggen de bewijsregels besloten, hoewel soms enige interpretatie nodig is; die regels geven zekerheid en vastigheid. De tweede groep laat zich leiden door regels van een goede procesorde, van *fair trial*, waarbij de houding van partijen in het geding en voor het geding zwaarder tellen dan de formulering van materieelrechtelijke bepalingen (Haardt). De rechter dient in concreto, naar de omstandigheden van het geval, de bewijslast naar billijkheid vast te stellen, waarbij vaste regels hoogstens als richtlijn dienst kunnen doen. Bij sommige schrijvers speelt mee dat bewijzen een proces van waarderende aard is en feiten zich slechts in een normatieve context laten plaatsen; de rechter is niet lijdelijk, maar bewijst mee (Eggens). Hun tegenstanders komen met het verwijt van de rechtsonzekerheid, die aldus geschapen wordt, daarbij vergetend dat de zekerheid die zij bieden slechts schijn is, zoals hun ook tegengeworpen wordt. Kenmerkend is de opmerking van Wiersma, dat de billijkheidsdepten doen denken aan een schooljongen die zijn opgave niet kan maken en deze dan maar verscheurt.

De wetsgeschiedenis is doortrokken van deze polemieken. De ontwerpen zwenken qua opzet heen en weer, afhankelijk van degenen die aan het roer staat: het ontwerp van de Staatscommissie van 1959, voorgezeten door Star Busmann, volgt onmiskenbaar de billijkheidsleer; na oppositie volgt een Regeringsontwerp in 1969 van de hand van Wiersma, waarin men de objectiefrechtelijke leer herkent. Dan volgen reacties, veelal in afwijzende zin, waarbij met name die van een commissie uit de rechterlijke macht en advocatuur (NVvR/NOVA) opvalt, waarbij om een terugkeer naar de billijkheidsleer en vertrouwen in de rechter gevraagd wordt. Dan volgt het gewijzigd ontwerp van 1985, dat in 1988 van kracht werd. In de frase 'uit enige bijzondere regel' herkent men nog wel een kniebuiging in de richting van de objectiefrechtelijken, doch het slot is, overheersend, in de zin van de billijkheidsleer. Wat de vele literatuur over dit onderwerp betreft, volsta ik met een verwijzing naar D.J. Veegens, *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken*, 1973, en meer recent, H.C.F. Schoordijk, *De bewijslastverdeling onder het nieuwe bewijsrecht*, WPNR 5937 (1989), p. 680; Hammerstein, *TvP* 1989, p. 1602.

Enkele kanttekeningen bij deze ontwikkeling, die voor het aansprakelijkheidsrecht van groot belang is. Het verzet tegen de billijkheidsleer komt erg gedateerd over. Op de eerste plaats heeft het beginsel van 'fair play' in het procesrecht sinds de jaren zestig een enorme bloei doorgemaakt, waarbij het bewijsrecht niet kon achterblijven, als nauw verweven met het processuele bedrijf. Het aftroeven van de wederpartij met formele trucs ('dagvaarding is nietig,' etc.) is verleden tijd. Ook hier moet men rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, zoals de goede trouw partijen als contractspartijen leert (of de maatschappelijke zorgvuldigheid, als zij vreemden voor elkaar zijn).

Een tweede opmerking is niet van procedurele, maar meer van materiële aard. Als men gevoelig is voor de moderne rechtsontwikkeling, zal men inzien dat het aanvechtbaar is om de billijkheid als tegenpool van de materiële rechtsregels te zien. Die laatste regels zijn vandaag de dag doortrokken van billijkheid; wat netter gezegd, à la Hegelianen als Larenz en Eggens, er is hier sprake van een *transcendente* billijkheid. Men hoeft een regel, bijvoorbeeld over aansprakelijkheid, maar tegen het licht te houden en de redelijkheid en billijkheid schijnen er doorheen. Het toerekenen van onrechtmatig gedrag en van

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

causaal verband, gebeurt nu eenmaal op grond van de redelijkheid. Niet valt in te zien, dat wanneer er sprake is van het verzilveren van een rechtsregel door middel van bewijs, die redelijkheid ineens van tafel verdwenen zou zijn. Het is een vloeiend, dynamisch geheel, waarin wel onderscheidingen, maar geen scheidingen aan te brengen zijn. Alles hangt met alles samen, ook hier. Op het terrein van het bewijsrecht was, als men de tekenen van de tijd kon verstaan, de opmars van de billijkheidsleer niet te stuiten, zoals dat ook op het gebied van het materiële recht het geval was, zoals wij zagen bij de totstandkoming van de gevaarzettingsleer, en de verwante causaliteitsleer van 'TNR'. In het contractenrecht zien wij trouwens eenzelfde ontwikkeling, denk aan de tot standkoming van overeenkomsten, de uitleg, wanprestatie, overmacht, e.d. De goede trouw, de oeroude naam voor wat redelijk en billijk is, geldt om het op z'n utrechts te zeggen, als *sol iustitiae* (de zon van rechtvaardigheid). Een hommage aan Star Busmann.

Wij lijken af te dwalen, doch dat is schijn. Want ons volgende onderwerp, de figuur dat de wederpartij van de partij die met de bewijslast opgepadeld is een verplichting heeft om van haar kant *medewerking te verlenen aan de bewijsvoering van de tegenstander*, is slechts te begrijpen tegen de geschetste achtergrond. Het gaat om een *fair trial*, ook in de rechtszaak wordt de verhouding tussen partijen door de goede trouw beheerst. Dat is wel iets anders dan het gangbare 'ik weet iets dat jij niet weet en zie maar dat je dat te weten komt!' - en verder met de armen over elkaar afwachten tot de tegenpartij met hangende pootjes komt melden dat zij niet in de bewijsopdracht geslaagd is.

Alvorens de stand van zaken op dit terrein te schetsen, dient vermeld te worden dat de rechter niet zo lijdelijk is als hij eruit ziet: er staan een paar klassieke middelen tot zijn beschikking waarmee hij de bewijsvraag op spectaculaire manier kan beslechten. Om te beginnen kan hij het verweer van de gedaagde, of zijn bewijsaanbod, als 'vaag' of 'onvoldoende gemotiveerd' terzijde stellen. 'Passeren', in het jargon van de magistratuur. Dan heeft die partij het nakijken, want dit houdt in dat de vordering van eiser zonder op te leggen (nader) bewijs toegewezen wordt. Op die wijze kan een sterke partij, die volstaat met botweg alles te ontkennen en geen enkele stap in de richting van de tegenpartij doet door aan te geven welke feiten vaststaan volgens haar gegevens, van de rechter de kous op de kop krijgen. Ook als het verweer van gedaagde inconsistent is of in algemeenheden blijft steken kan de rechter daartoe overgaan. Dan komt er dus geen enkele bewijstheorie aan te pas, enkel fatsoen en gezond verstand - via *fair trial* zijn wij dan eigenlijk weer bij de billijkheidsleer beland. De rechter kan ook op andere manieren uit zijn hokje komen, en de schijn van lijdelijkheid doorbreken. Hij kan ambtshalve de persoonlijke verschijning van partijen gelasten om van hen inlichtingen te verkrijgen (art. 19a Rv, in 1923 ingevoerd); hij kan openlegging van bedrijfsboeken en -correspondentie bevelen (art. 8 WvK), en verder kan hij getuigenbewijs, deskundigenonderzoek en plaatsopneming of bezichtiging bevelen.

De medewerkingsplicht bij de bewijsvoering van de tegenpartij is in ons recht gebaseerd op de jurisprudentie, waarbij de hoge raad krachtig leiding gegeven heeft. Het begon eigenlijk al in 1925 met het arrest *Batava - Salomonsky*, HR 18 dec. 1925, *NJ* 1926, 226, nt EMM. Een partij hield feiten achter, en bemoeilijkte daarmee de procespositie van de andere partij. Meijers

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

concludeert in zijn noot: ‘Men kan thans zonder twijfel constateren, dat in onze procedure een mededelingsplicht voor partijen bestaat, krachtens welke telkens als de rechter de overtuiging heeft, dat een partij meer van de geschilpunten afweet dan hij in zijn conclusie neerschrijft, hij de conclusie als onvoldoende gemotiveerd ter zijde schuift’.

Deze opvatting van de hoge raad komt ook duidelijk naar voren in *bloedonderzoek I*, HR 12 juni 1953, *NJ* 1954, 61, nt DJV, men zie Veegens’ noot. Als laatste voorbeeld een meer recente uitspraak, HR 18 mei 1979, *NJ* 480, nt LWH, *Maxis*; het betreft hier prijsontduiking, waarvan Maxis beticht was door een branche-organisatie van boekhandelaars. Het punt was dat aangetoond moest worden, door de laatste, volgens de vuistregel van 1902 oud BW, dat Maxis de vastgestelde prijs ontdoken had en de boeken in Nederland ingekocht had. Maxis beweerde dat zij de boeken in België gekocht had. Het hof, uitgaande van een ‘billijke bewijslastverdeling’ droeg Maxis op om aan te tonen waar zij de boeken gekocht had, hetgeen zij immers zonder veel moeite, aan de hand van facturen zou kunnen doen, terwijl dit voor de andere partij ‘uiterst bezwaarlijk, zo niet ondoenlijk zou zijn om aan te tonen dat de boeken in Nederland zijn ingekocht’. Hiermee heeft het hof geen rechtsregel geschonden, oordeelt de HR.

Nog opmerkelijker is het arrest, HR 6 april 1990, *NJ* 573, nt PAS, *Janssen - Nefabas (asbest-long)*. Het is een art. 1638z BW-procedure (thans: art. 7:611), waarbij naar geldend recht op de eiser de bewijslast rust ten aanzien van het gevaar in de werksituatie. In de onderhavige casus is dat een heel grote opgave. De HR durft de stap naar omkering van de bewijslast (net) niet aan, maar geeft een vervolg aan de zojuist geschetste lijn van de medewerkingsplicht, en gaat daarbij zelfs een stap verder dan het enkel ter beschikking stellen van voor de hand liggende informatie, zoals bij *Maxis* het geval was.

De casus was deze: Janssen had van 1948-1972 gewerkt bij Nefabas (dochter van het internationale Eternit-concern). In 1972 wordt Janssen arbeidsongeschikt wegens een ‘asbest-long’. Nefabas verweert zich met succes voor de lagere rechter met het argument dat hem niet het nalaten van het treffen van veiligheidsmaatregelen conform de toen geldende *wettelijke bepalingen* en algemene richtlijnen over stofverontreiniging verweten kan worden. De hoge raad zet, zoals gezegd, Nefabas als gedaagde aan het werk bij de bewijsvoering. Vervolgens wordt een *onderzoeksplicht* aangenomen, en wat de stand van de wetenschap betreft ook *buitenlandse informatie* van belang geacht. Ik laat die passage hier, met grote instemming, volgen:

‘Voorts zal er, met name wanneer, zoals hier, evenbedoelde regels ontbreken of onvoldoende zijn uitgewerkt, in beginsel op de werkgever - mede uit hoofde van zijn algemene verplichting, bedoeld in art. 1638z - een verplichting rusten om te onderzoeken welke gevaren door hem te verwerken of te produceren stoffen voor zijn werknemers kunnen opleveren en om zich tijdig op de hoogte te stellen van eventuele nadere gegevens die voor de voldoening aan zijn verplichtingen uit art. 1638z van belang kunnen zijn. Dit brengt mee dat hij, in geval van aantasting van de gezondheid van een of meer van zijn werknemers door een dergelijke stof, onder meer zal hebben aan te geven in hoeverre hij zich tijdig omtrent het aan die stof verbonden gevaar en de met het oog daarop te treffen voorzieningen heeft laten voorlichten, bijv. door deskundigen, onderscheidenlijk waarom een dergelijk onderzoek of dergelijke voorzieningen redelijkerwijs niet van hem konden worden gevegd. Naar gelang van de omstandigheden zal daarbij ook van betekenis kunnen zijn of informatie omtrent het betreffende gevaar buiten Nederland beschikbaar was, in het bijzonder wanneer die stof daar eer-

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

der dan in Nederland bedrijfsmatig gebruikt of geproduceerd werd. Tenslotte zal het in beginsel op de weg van de werkgever liggen om aan te geven wat naar zijn mening in het relevante tijdvak in soortgelijke bedrijven als het zijne als norm voor de veiligheid gebruikelijk was, 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'. (ov. 3.4).

Dit arrest is voor de produkten- en milieu-aansprakelijkheid van groot belang vanwege dat laatste, het beroep op de stand van de wetenschap (vgl. nog onder, § 6, nr 3).

Voor de figuur van de medewerkingsplicht bij bewijsvoering verwijs ik verder naar o.m. R.P.J.L. Tjittes, *Een mededelingsplicht voor een procespartij als tegemoetkoming aan een onredelijk bewijsrisiko voor diens wederpartij*, *NJB* 1988, p. 1128, en verder, ook voor bewijslastverdeling in het algemeen, naar J.G. Princen, *Fair trial, Serie Rechtsvinding, Dl 9*, 1990. Deze figuur staat tegenwoordig bekend als de 'aanvullende stelplicht' naar het woord van Haardt, in diens invloedrijke noot onder het *heupoperatie*-arrest van 1988, die hieronder nog ter sprake komt (vgl. ook Princen, p.35).

Dan is er nog een fraaie techniek, evenals de vorige nog veel te weinig gekend door praktijkjuristen, namelijk dat de rechter een partij 'aan haar eigen stellingen ophangt', dat wil zeggen, op haar eigen woorden pakt, om het populair te zeggen. Schoolvoorbeelden zijn hier bij de produktenaansprakelijkheid het arrest van het hof Amsterdam, *Jumbo I*⁵⁷, en dat van de hoge raad in *Haagse gasfabriek*⁵⁸. In de eerste zaak kreeg het hof na verwijzing door de hoge raad de moeilijke bewijsvraag op te lossen of de warmwaterkruik de fabriek met het gevaarlijke gebrek in de sluiting verlaten had en of de producent dit had kunnen waarnemen en vervolgens maatregelen had kunnen treffen om dit te voorkomen (dit alles in het kader van de schuldvraag, waarbij de hoge raad de bewijslast, in de zin van aannemelijk maken, op de fabrikant gelegd had). De Jumbo-fabriek had gesteld dat *alle* kruiken pas na controle ten aanzien van de aansluiting van schroefdop op de kruik bij haar de fabriek verlieten. Welnu, uit het feit dat TNO had vastgesteld dat bij de kruik waar het om ging de dop slecht op de kruik paste, leidt het hof af dat de controle gefaald had; een controle waarvan de fabrikant zelf had aangegeven hoe belangrijk deze was voor de veiligheid van het produkt (de dop kwam overigens van een toeleverancier).

In het tweede voorbeeld, *Haagse gasfabriek*, inzake de milieuvervuiling (bodem), had de gemeente als eigenares van de fabriek, gesteld dat de afvalprodukten van de gasfabrikage indertijd 'plachten te worden afgevoerd'. De reactie van het hof is: 'dat op de gemeente een plicht tot waakzaamheid rustte vloeit reeds voort uit haar eigen stelling, waaraan niet afdoet dat eertijds aan dit aspect minder aandacht werd besteed dan thans het geval is'. De hoge raad steunt het hof hierin, met de overweging dat het hof er kennelijk van uitgegaan is dat ten tijde van de stortingen bekend was dat dit soort afval schadelijk was voor de gezondheid.

In het geding was bodemvervuiling in het (verre) verleden, beweerdelijk veroorzaakt door de gemeente als exploitante van een gasfabriek, die in 1966 gesloten werd. Bodemonderzoek had aangetoond dat het terrein van de gasfabriek vermoedelijk als stortplaats gebruikt was, aangezien onder andere

57. Hof Amsterdam 1 maart 1974, *NJ*, 486, *Jumbo II*.

58. HR 13 november 1987, *NJ* 1988, 139, *Haagse gasfabriek*; *TMA* 1988, p.83, nt Van Dunné.

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

met cyanide verzadigde ibingkorrels aangetroffen waren, die typisch van gasproductie afkomstig zijn. Het Hof Den Haag leidt uit deze feiten, gevoegd aan de stelling van de gemeente dat de verontreiniging veroorzaakt moet zijn in de periode waarin de gasfabriek geëxploiteerd werd, af dat sprake is van zodanige vermoedens, niet alleen dat de verontreiniging van het perceel door toedoen van de gemeente als exploitante van de gasfabriek veroorzaakt is, maar ook dat de gemeente het perceel als stortplaats gebruikt heeft. Daarmee wordt door het hof dus vastgesteld, op grond van bewijs door vermoedens, dat de gemeente het terrein indertijd als stortplaats heeft gebruikt voor schadelijke stoffen die in de bodem aangetroffen werden.

Dit werd door de gemeente ontkend, hetgeen het hof tot de volgende overweging brengt:

‘de aard en omvang van de onderhavige ontkenning van bodemverontreiniging zijn zodanig dat deze ontkenning van de gemeente onvoldoende is gemotiveerd nu de gemeente niet heeft gesteld te beschikken over nauwkeurige gegevens waaruit voortvloeit dat de aangetroffen stoffen nimmer door of namens haar ter plaatse kunnen zijn gedeponneerd. Deze ontkenning vermag derhalve de in r.o. 4 bedoelde vermoedens niet te ontzenuwen’ (ov. 5).

Hier ziet men dus het ‘passeren’ van het verweer van de wederpartij, het afvoeren van de afvalstoffen (voor 1966) was namelijk niet teboek gesteld.

De herziening van het procesrecht per 1 januari 2002 heeft ook zijn invloed gehad op de bewijsvoering.⁵⁹ Met name de volgende artikelen, veelal een neerslag van de zojuist beschreven ontwikkeling in rechtspraak en doktrine, zijn hier van belang. Artikel 21 Rv, inzake de waarheidsplicht, luidt kernachtig:

‘Partijen zijn verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Wordt deze verplichting niet nageleefd, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht’.

Zie verder ook nog art. 22, inzake het verstrekken van bescheiden op bevel van de rechter:

‘De rechter kan in alle gevallen en in elke stand van de procedure partijen of een van hen bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen. Partijen kunnen dit weigeren indien daarvoor gewichtige redenen zijn. De rechter beslist of de weigering gerechtvaardigd is, bij gebreke waarvan hij daaruit de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht’.

In art. 88 wordt de inlichtencomparitie geregeld, waarbij de rechter inlichtingen kan vragen aan partijen, en partijen elkaar vragen kunnen stellen (art. 89 heeft betrekking op het overleggen van stukken voor comparitie). In de dagvaarding moeten de door gedaagde tegen de eis aangevoerde verweren en de gronden daarvoor aangegeven worden, terwijl ook de bewijsmiddelen vermeld moeten worden waarover eiser kan beschikken, evenals zijn getuigen (art. 111). Dat geldt ook voor gedaagde, bij conclusie van antwoord, art. 128; de rechter kan

59. Zie over het nieuwe procesrecht, o.m. W.H.D. Asser, *Kroniek van rechtspleging*, *NJB* 2002, p.490, op p.496 v.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

hem bevelen om de ontbrekende gegevens alsnog te verstrekken. Na antwoord beslist de rechter over comparitie van partijen (art. 131, jo. 87, 88), terwijl slechts repliek en dupliek volgt indien dat voor een goede instructie van de zaak noodzakelijk is. Pleidooi wordt overigens slechts toegestaan indien daartoe aanleiding is, gezien hetgeen bij comparitie al uiteengezet is door partijen (art. 134). Die laatste bepalingen zijn ingevoerd om het procederen te versnellen, hetgeen ook voor de bewijsvoering van belang is. Tijd heelt niet alleen wonden, maar dekt ook veel toe. En getuigen hebben al zo'n slecht geheugen (dat dan ook door de advocaat 'opgefrist' moet worden). Men ziet dat in de nieuwe regeling partijen veel eerder hun kaarten op tafel moeten leggen ten aanzien van hun bewijspositie, en niet, zoals eerder gebruikelijk was, hun kaarten zo lang mogelijk tegen de borst kunnen houden. De positie van de zwakke partij is op die wijze aanzienlijk versterkt. Aangezien de bewijspositie vaak doorslaggevend is bij een geschil, kan aldus bevorderd worden dat partijen eerder tot een schikking komen, al of niet daartoe bijgestaan door de rechter, bij comparitie. Op dat laatste punt wordt tegenwoordig druk geëxperimenteerd met ADR, de alternatieve geschillenbeslechting, die door de rechter opgelegd kan worden.

Nadere uitwerking. 'Bijzondere regels' van bewijs. Het karakter van het juridisch bewijs

Het bewijsrecht is, ondanks de belangstelling van de laatste jaren van een groeiend aantal auteurs, in ons recht een weinig ontwikkelde figuur gebleven, met als gevolg dat bij de behandeling ervan niet teveel kennis voorondersteld kan worden. Ik zou in kaart te willen brengen wat de stand van zaken op dit gebied is aan de hand van de jurisprudentie op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht, zoals milieu-aansprakelijkheid, produkten- en medische aansprakelijkheid. Wat wordt in art. 177 (150 nw) Rv onder 'bijzondere regels' van bewijs verstaan, en hoe verhouden deze regels zich tot het beginsel van de 'billijkheid'? Ook in het buitenland is veel van onze gading te vinden; als altijd, dient rechtsvergelijking om ons op gedachten te brengen. Alvorens dat te doen, moet eerst nagegaan worden wat eigenlijk het karakter van bewijzen is, wat verstaat de jurist daaronder? Een vraag die meest al overgeslagen wordt als voor de hand liggend, maar er volgt zoals wij zullen zien een verrassend antwoord op: het valt namelijk niet gelijk te stellen met natuurwetenschappelijk bewijs. Dat is bijvoorbeeld voor het bewijzen van causaal verband en het omgaan met deskundigen-bewijs, van groot belang.

Daarna zal onderzocht worden of er een structuur te ontdekken valt wanneer in de rechtspraak gebruik gemaakt wordt van de figuur van bewijs door vermoedens, of zelfs omkering van de bewijslast. Ik zou vier situaties willen onderscheiden:

1. Informatie-monopolie; kennis-voorsprong; de wederpartij (gedaagde) heeft als enige beschikking over informatie, vaak gebaseerd op een administratie of boekhouding die gevoerd is;
2. Gevaarstelling; de oorzaak van schade is in de risico-sfeer van de tegenpartij gelegen;
3. Schending van veiligheidsnormen of zwaarwegende zorgvuldigheidsnormen;

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

4. Een beroep op de omstandigheden van het geval.

Hoe verhoudt zich dit tot de ‘bijzondere regels’ van bewijs, genoemd in art. 177? Haardt heeft al in 1988, de inkt van art. 177 was nog nat, gewezen op de grote betekenis van de bijzondere regels van bewijslastverdeling, in zijn noot onder het *heupoperatie*-arrest, waarin de hoge raad die techniek volgde.⁶⁰ Zoals Haardt noteerde: ‘de bewijslast wordt verschoven naar de partij op wie een aanvullende stelplicht rust waaraan zij niet voldaan heeft’. Aldus kan de rechter de weg van de redelijkheid en billijkheid, alsook die van het feitelijk vermoeden, links laten liggen. De annotator wijst ook op bestaande jurisprudentie in de zin van bijzondere regels, op het terrein van merkenrecht en arbeidsrecht. Andere bekende rechtsgebieden met eigen bewijsregels zijn het verkeersrecht en de produktaansprakelijkheid, waaraan ik de milieu-aansprakelijkheid en medische aansprakelijkheid zou willen toevoegen, of liever: gevaarstelling in het algemeen. Indien daarbij veiligheidsnormen geschonden zijn, geschreven of ongeschreven, is dat a fortiori het geval. Hieronder zal dit uitgewerkt worden.

Op deze plaats vast de kanttekening, dat deze regels van ongeschreven recht, zoals in de rechtspraak tot ontwikkeling gekomen en geleidelijk aan tot de doktrine doorgedrongen, heel vaak in wezen gebaseerd zijn op het beginsel van de billijkheid. Een visie die door Eggens zo pregnant ontwikkeld is, maar die bij alle aanhangers van de billijkheidsleer (*nomen est omen*) het uitgangspunt van de rechtsvinding is, ook op bewijsrechtelijk terrein.

Dan nu eerst enkele algemene aspecten van het bewijsrecht die voor ons onderwerp van belang zijn.⁶¹ Wat is *bewijzen*?

Merkwaardig genoeg is er tamelijk weinig nagedacht en geschreven over wat juridisch bewijzen nu eigenlijk inhoudt, en waarin het privaatrechtelijk bewijs zich onderscheidt van het strafrechtelijk bewijs. Hieronder komen wij nog gevallen tegen waarbij door de civiele kamer van de rechtbank in het kader van causaliteit gesproken wordt over ‘aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid’ van veroorzaking van schade en ‘het rechtstreeks en dadelijk gevolg’ van een handeling, hetgeen *not done* is in civiele zaken en sterk aan de strafkamer doet denken.

Giesen heeft aandacht voor dit onderwerp gevraagd in een artikel in *Ars Aequi*, later gevolgd door zijn proefschrift, maar helaas is hij een minder goed leidsman op dit gebied, althans, ik kan mij niet in zijn betoog op dit punt vinden (overigens, met waardering voor het informatieve karakter ervan).⁶² Vrij algemeen is aanvaard dat onder bewijzen verstaan wordt het verkrijgen van ‘een redelijke mate van zekerheid’ ten aanzien van de juistheid van gestelde feiten (Pitlo-Hidma-Rutgers, *Bewijsrecht*, Wiersma, Scheltema en Asser); ook wordt

60. *NJ* 1988, 500; zie uitvoerig onder, § 11, nr 1, bij de medische aansprakelijkheid.

61. De hier volgende beschouwingen zijn ontleend aan mijn artikel in *TMA* 1999, p.145 v., over causaliteit en *res ipsa loquitur*.

62. I. Giesen, *De bewijswaardering in civiele zaken: vage noties of scherpe normen?*, *AA* 1999, p. 623. De invloed van zijn promotor, Barendrecht, die zoals bekend weinig van vage noties (als de redelijkheid en billijkheid) moet hebben, klinkt al in de titel door. In het hiervolgende wordt korthedshalve voor de vindplaatsen naar Giesen verwezen, met aanvulling wanneer het auteurs betreft die niet door hem besproken werden. Begin 2001 verscheen de dissertatie van Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, diss. Tilburg, Boom.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

wel gesproken van 'een redelijke mate van waarschijnlijkheid' (Thesingh, diss. 1961) of 'een zekere mate van waarschijnlijkheid' (Kan, diss. 1921).⁶³ Sommige schrijvers gaan nog verder, en aanvaarden 'meer waarschijnlijk dan niet' als maatstaf, aldus Elders, Nijboer, Leenders en Hartmann. Asser-Anema-Verdam spreekt daarentegen van een feitelijke zekerheid die 'tamelijk groot moet zijn', die een 'zedelijk verantwoord' oordeel kunnen dragen; daarbij is innerlijke overtuiging niet genoeg, maar onwrikbare zekerheid is niet vereist. Een afwijkend standpunt wordt ingenomen door Grünebaum (diss. 1904) die van 'een hoge graad van waarschijnlijkheid' spreekt, terwijl in Hugenholtz-Heemskerk het aantonen van de waarheid als uitgangspunt genomen wordt.

Dat de heersende opvatting, een mengeling van 'redelijke mate van zekerheid' en 'meer waarschijnlijk dan niet' van alle tijden is, bewijst het Wetsontwerp Bewijsrecht van 1804, dat door J. Wiarda besproken en door Giesen aangehaald wordt, waarbij als richtsnoer genomen wordt hetgeen voor de rechter 'het meest waarschijnlijk' is. Dit wordt bepaald door 'de gewoone loop der Zaken en de regelen van het Recht'; hetgeen daarmee in overeenstemming is moet als het meest waarschijnlijke gezien worden, waarmee dat de uiteindelijke maatstaf is bij bewijs. Deze heersende opvatting in ons recht, die Giesen overigens in twijfel trekt, is in overeenstemming met de franse en engelse rechtspraktijk, ik beperk mij hier tot de laatste.

In het engelse recht is de toon gezet door Lord Denning, die in een veel aangehaalde uitspraak uit 1947 de 'civil standard of proof' omschreven heeft als: 'if the evidence is such that the tribunal can say 'we think it more probable than not'.⁶⁴ Zoals Redmayne het stelt, kenmerkend voor het civiele bewijs is: 'The court can never be completely certain about what happened in the past, therefore this factual determination need only be made to a degree of probability. The concept of probability is the first important component of proof' (p. 167). Het is de bekende verzuchting van rechters of arbiters bij het raadkameren: 'Wij zullen nooit weten wat er echt gebeurt is'. Kortom, bewijzen is het vaststellen wat rechtens is, niet wat er daadwerkelijk gebeurt is, met het verstek-vonnis als meest extreme illustratie hiervan (de grondslag voor 'de grote leugen' in het

63. Veegens spreekt van 'de rechter de mate van zekerheid verschaffen die hij behoeft om de door het recht aan die feiten verbonden rechtsgevolgen te erkennen', Veegens, t.a.p. 1973, p. 47. Vgl. ook C.J.J.M. Stolker, die spreekt van 'voldoende waarschijnlijkheid' bij bewijs van causaal verband, *Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder bij mislukte sterilisaties*, diss. Leiden 1988, p. 126.

Veel in de tekst genoemde auteurs spreken van 'maatschappelijk bewijs', hetgeen volgens Veegens aangeeft 'dat de door de bewijsvoering te verschaffen zekerheid slechts betrekkelijk behoeft te zijn en wordt bepaald door de maatschappelijke betekenis van de handeling waarvan zij de grondslag moet vormen' (p. 48). Eggen gaat nog een stap verder, en stelt: 'bewijs in juridische zin is *waarde-oordeel*'; '... we zeggen dat het bewijs(-materiaal) het oordeel van den rechter bepaalt en dat (in wederkerigheid) het oordeel van den rechter het bewijs(-materiaal) en daarmee de rechtsbetrekking bepaalt', Preadvies NJV 1951, p. 12 v.

64. In: *Miller v. Minister of Pensions* (1947) 3 *All ER* 372; ik ga hierbij af op het instructieve artikel van M. Redmayne, 'Standards of Proof in Civil Litigation', 62 *MLR* 167 (1999), dat ook door Giesen aangehaald wordt.

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

echtscheidingsrecht in de rechtspraak van de hoge raad sinds 1881).⁶⁵ In het engelse recht zijn gangbare omschrijvingen van het civiele bewijs: ‘preponderance of probability’ (aldus Lord Denning in de even befaamde zaak *Bater v. Bater* uit 1950) en ‘balance of probabilities’, terwijl in het Amerikaanse recht ‘preponderance of evidence’ gangbaar is.⁶⁶ Lord Denning - overigens in 1999 overleden op 100-jarige leeftijd - gaf een belangrijke aanzet tot de verdere ontwikkeling van dit onderwerp door in de *Bater* case te betogen dat civiel noch strafrechtelijk bewijs uitgaat van een absolute maatstaf:

‘A civil case may be proved by a preponderance of probability, but there may be degrees of probability within that standard. The degree depends on the subject-matter. A civil court, when considering a charge of fraud, will naturally require a higher degree of probability than that which it would require if considering whether negligence was established’. In other words the degree of probability required should be ‘commensurate with the occasion’.

Enkele jaren later stelde Lord Denning eenvoudigweg: ‘the more serious the allegation the higher the degree of probability that is required’. Veel later nam de house of lords die gedachte over, bij monde van Lord Nicholls:

... the standard of proof is the balance of probabilities, but ‘when assessing the probabilities the court will have in mind as a factor ... that the more serious the allegation the less likely it is that the event occurred and, hence, the stronger should be the evidence before the court concludes that the allegation is established on the balance of probability’ (in: *Re H and others (minors)*, 1996).

Het betrof hier een kindermishandeling-zaak en is een illustratie van het type zaken waarvoor een verzwaarde maatstaf van bewijs aangenomen wordt: op het grensgebied van het strafrecht, met stigmatiserende connotaties (vaak in het familierecht, echtscheidingsrecht). Indien het om normaal bewijs gaat, met de ‘balance of probabilities’, wordt algemeen aangenomen dat het om een waarschijnlijkheidspercentage van iets boven 50% gaat.

Een aardig voorbeeld van de wijze waarop een common law-wetgever deze rechtsvisie, de ‘flexible standard of proof’, in de wet neergelegd heeft is de recente Australische Bewijswet, waarin deze bepaling voorkomt:

(1) In a civil proceeding, the court must find the case of a party proved if it is satisfied that the case has been proved on the balance of probabilities. (2) Without limiting the matters the court may take into account in deciding whether it is so satisfied: (a) the nature of the cause of action or defence; and (b) the nature of the subject matter of the proceeding; and (c) the gravity of the matter alleged.
(section 140 Evidence Act 1995 (no 2 of 1995)).

65. De meest fundamentele beschouwingen hierover zijn nog steeds die van Eggens uit 1951, die al even ter sprake kwamen. Zijn dialektische benadering, waarin het ‘maatschappelijk bewijs’ van Anema en Scheltema voor hem teveel ‘soft law’ is (in de huidige terminologie) springt er in elke bladzij van zijn NJV-advies van 1951 uit. Bijvoorbeeld: bewijs heeft ‘een specifiek *juridische* betekenis, welke alleen bepaald kan worden door doordenking van het verband en het doel waartoe dit bewijs heeft te geschieden’ (p. 15).

66. Zie voor het Amerikaanse recht, waarin uitgegaan wordt van de 51%-regel, als ‘more probable than not’: A.J. Van, diss. Rotterdam 1995, p. 87.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

In de VS kent men geen dergelijke regeling; voor bepaalde rechtsgebieden heeft men wel een strengere bewijsmaatstaf aanvaard, het vereiste van ‘clear and convincing evidence’; daarbij gaat het over opsluiting in een inrichting voor geestelijk gehandicapten, het verlies van burgerschap of ontzetting uit de ouderlijke macht.

In wezen werd dit voor ons recht in 1973 al bepleit door Veegens, waarbij hij het onderscheid maakt tussen ‘zwaar’ en ‘licht’ bewijs; een voorbeeld van het eerste is het bewijs van afstamming van een kind, van het tweede de opheffing van conservatoor beslag (‘summierlijk blijken’ van (on)deugdelijkheid van de vordering en noodzaak van beslag). Zoals hij stelt: ‘De rechter ‘zal zich *zoveel gegevens verschaffen en kennis verzamelen als hem straks, als hij handelen moet, moreel verantwoord doet zijn voor de beslissing die hij neemt*. Nooit is innerlijke overtuiging voldoende, nooit is onwrikbare zekerheid vereist. Steeds zal de vereiste mate van zekerheid tussen die beide uitersten liggen, soms meer dan de gemiddelde, soms minder’.⁶⁷

Giesen heeft zoals gezegd bezwaren tegen het hanteren van de ‘balance of probabilities’ in ons bewijsrecht, als 50 plus 1%-waarschijnlijkheid. Zijn voorkeur gaat uit naar het in een percentage vastleggen van de ‘redelijke mate van zekerheid’, hetgeen hij bepaald heeft op 75%. Giesen geeft echter tegelijkertijd aan dat een dergelijk percentage ‘de rechtspraktijk niet veel verder helpt’ en ‘niet direkt heel veel winst oplevert’, aangezien de rechter nu eenmaal niet in percentages denkt of werkt; wel zou zijns inziens een deugdelijke motivering door de rechter vereist zijn. Nu gaat dat laatste in tegen de zienswijze die onlangs door de hoge raad gevolgd is, hetgeen een realistische benadering lijkt te zijn;⁶⁸ het is trouwens ook vaste rechtspraak bij het vaststellen van medeschuld van partijen dat de rechter zich door zijn intuïtie mag laten leiden. In het Stad Rotterdam-arrest van 1997 was de cassatierechter de vraag voorgelegd of de rechter een verzwaarde motiveringsplicht heeft in geval van afwijzing van omkering van de bewijslast op grond van redelijkheid en billijkheid (ex art. 177 Rv). Naar aanleiding daarvan overweegt de hoge raad ten aanzien van de spiegelbeeld-situatie, het toewijzen van omkering van de bewijslast, als afwijking van de hoofdregel uit het bewijsrecht dat de eiser de bewijslast draagt, met een beroep op de parlementaire geschiedenis van het wetsartikel dat door de wetgever het standpunt ingenomen is dat een verzwaarde motiveringsplicht afgewezen moet worden ‘omdat een dergelijke afwijking zich vaak niet nader laat motiveren dan door een verwijzing naar de omstandigheden van het geval’. A fortiori dient een dergelijke bijzondere motivering niet verlangd te worden bij weigering om de omkeringsregel toe te passen, vervolgt de raad. Mijns inziens kan hieruit afgeleid worden, dat wanneer een afwijking van de bewijsregels al niet nader gemotiveerd hoeft te worden, de toepassing van de normale bewijsregels aan een nog lichtere motiveringseis hoeft te voldoen; het beroep op de omstandigheden van het geval zal dan zeker voldoende zijn.

Ook in ander opzicht verdient Giesens benadering geen bijval. Hij komt namelijk tot zijn zienswijze door categorieën op te voeren die om grensafbakening vragen ten opzichte van de reguliere bewijsvoering: het ‘aannemelijk maken’ zou een minder strenge vorm van bewijslevering zijn, die volgens schr. gangbaar is in kort geding-procedures en het beroep op overmacht in verkeerszaken. Daarnaast noemt hij ook nog het ‘voorshands aannemelijk

67. T.a.p., p. 49, curs. van de schr.

68. HR 31 okt. 1997, NJ 1998, 85, *Stad Rotterdam Verzekeringen - Zonneveld*, waarover Giesen in *NTBR* 1998, p. 87. In zijn proefschrift zegt Giesen over de bewijsstandaard dat ‘wij er eigenlijk niet omheen kunnen dat wij hier met een ‘open’ begrip te maken hebben dat moeilijk nader in te vullen is’ (p.59). Zijn eerdere beschrijving van de franse en duitse rechtspraktijk is een levendige illustratie daarvan, p.53 v. Een zeer academische exercitie vindt hier plaats.

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

maken', waarbij de rechter 'voorlopig genoeg' neemt met een mindere mate van waarschijnlijkheid', hetgeen met 'aannemelijkheid' gelijk te stellen is.⁶⁹ Dat alles als verwoede poging om de in ons land (en elders) heersende leer van 'more probable than not' op een zijspoor te kunnen zetten.

Giesen neemt een voorschot op iets dat allerminst vaststaat of algemeen aanvaard is. Ik weet dat sommige schrijvers voor 'aannemelijk maken' een aparte plaats inruimen in het bewijsrecht, ook buiten de kort geding-sfeer, maar ik heb het 'wishful thinking'-gehalte van een dergelijk betoog altijd tamelijk hoog gevonden. Toen de hoge raad bijvoorbeeld in 1973 in het arrest *Jumbo I* overging tot omkering van de bewijslast bij produktenaansprakelijkheid met de formulering dat het 'aannemelijk' moest zijn dat het in het verkeer komen van een gebrekkig produkt aan Jumbo te wijten was, stelde Van der Grinten zich op het standpunt dat het hier om een lichtere vorm van bewijslevering door de fabrikant ging.⁷⁰ In het licht van de internationale ontwikkelingen zou dat heel opmerkelijk geweest zijn, en het lag toen al niet voor de hand. In de recente jurisprudentie van de hoge raad met betrekking tot produktenaansprakelijkheid, die hieronder nog ter sprake komt, is in ieder geval niets van een lichtere bewijsvoering door de producent (overigens: na omkering van de bewijslast) te merken.

De tweede categorie aan de benedenkant van het normale bewijs, het 'voorshands aannemelijk maken' wordt door Giesen evenmin naar waarde geschat; met een gecompliceerde redenering stelt hij dat hierbij niet van gewoon tegenbewijs sprake is.⁷¹ Hij lijkt niet te beseffen dat de rechter die term vaak hanteert bij de bewijswaardering, met name in geval van bewijs door vermoedens, met daarop volgend de gebruikelijke omkering van de bewijslast. Ik verwijs hiervoor naar enkele vonnissen in milieu-zaken (bodemvervuiling in het verleden) die ik elders besproken heb.⁷²

Daarmee is in kaart gebracht wat eigenlijk onder juridisch bewijs verstaan wordt, in civiele zaken. Het lijkt geen overbodige luxe te zijn om zich dat te realiseren, voordat men zich op complexe zaken stort als alternatieve causaliteit, bewijs door vermoedens, en dergelijke. Hiermee zijn dacht ik ook de figuur van 'statistisch bewijs' en de daarmee verwante 'probabilistische causaliteit', evenals vragen van 'kansverhoging' en 'verlies van een kans' ('perte d'une chance') in de context geplaatst waar deze thuishoren, namelijk die van bewijs als het vaststellen van 'een zekere mate van waarschijnlijkheid'. Daarmee verliezen deze rechtsfiguren - met grote aantrekkingskracht op nederlandse promovendi - zeker iets van hun glans, en wordt het arrest van de hoge raad waarin statistisch

69. T.a.p., 1999, p. 629 v.; diss., p.56 v. Het zal niet verbazen dat Giesen voor die categorie aansluiting bij de engelse standaard van 'balance of probabilities' mogelijk acht. Overigens is het aannemen van de bovengrens van 75% door Giesen ingegeven door de gedachte dat er ook nog een zwaardere bewijsstandaard gereserveerd moet zijn, met name voor het strafrecht.

70. Zie zijn AA-noot onder HR 2 febr. 1973, AA 1973, p. 362. Omkering van de bewijslast was in het franse en duitse recht op dit gebied al veel eerder aanvaard.

71. Zie ook zijn eerdere beschouwingen hierover, waar hij de figuur van 'oneigenlijke' omkering van de bewijslast ontwikkeld heeft: *NTBR* 1998, p. 88 v.; *WPNR* 6265 (1997), p. 241 v. Giesen doet daarbij een beroep op schrijvers als Asser en Gras. Vgl. in andere zin: Snijders-Ynzonides-Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, 2e dr. 1997, nr 213 v.

72. Zie Rb. Den Haag 22 april 1987, *TMA* 1987, p. 54 (tussenvonnis); vervolg: 19 okt. 1988, *TMA* 1989, p. 100, nt Van Dunné, *Staat - Van Beelen*; Rb. Middelburg 14 sept. 1988, *TMA* 1989, p. 98, nt Van Dunné, (tussenvonnis), *Staat - De Schrijver*; 13 sept. 1989 (eindvonnis), Art. 21 IBS, *annotaties en jurisprudentie*, Red. N.S.J. Koeman, 1990, p. 181. Ook besproken in mijn preadvies NVIR 1991, p. 195 v. Zie over deze rechtspraak ook: Kottenhagen-Edzes, diss. p. 257 v. Vgl. voor bewijs in milieuzaken ook nog: Princen, t.a.p., p. 143 v.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

bewijs aanvaard werd iets minder spectaculair (*van Binderen - Kaya*, NJ 1983, 687), maar het grote voordeel is dat de nederlandse praktijkjurist misschien wat gemakkelijker ertoe overgaat om deze figuren toe te passen, zoals dat in andere landen (zoals de VS, Frankrijk) al jaar en dag gebeurt.⁷³

In de oudere bewijsrechtelijke literatuur wordt overigens het verschil tussen juridisch bewijs en natuur-wetenschappelijk bewijs breed uitgemeten, bijvoorbeeld bij Anema, Scheltema en Veegens. Men kan vaststellen dat die discussie de laatste jaren in een nieuwe context geplaatst is, waarbij juristen hun voordeel kunnen doen met de moderne theorieën met betrekking tot waarschijnlijkheids- en kansberekening. Ik moet dat onderwerp, hoe interessant ook, verder laten rusten.

Bewijs door vermoedens en omkering van de bewijslast. Bewijs van causaal bij verband bij schending van veiligheidsnormen in de recente rechtspraak

Het bewijs van causaal verband neemt bij aansprakelijkheidsvragen een centrale plaats in, die beheerst wordt door de aanvaarding van toerekening naar redelijkheid op grond van art. 98. De stand van zaken in de jurisprudentie inzake causaliteit is dat bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen een ruime toerekening van schade plaatsvindt in die zin, dat ook schade die buiten de normale lijn der verwachtingen ligt, aan de dader wordt toegerekend. Een aspect als de voorzienbaarheid van deze schade als gevolg van deze handeling speelt dan een ondergeschikte rol: de dader krijgt deze gevolgen toegerekend. Tot voor kort werd algemeen aangenomen dat de hoge raad hierbij het oog had op *geschreven* (wettelijke) normen, op grond van het arrest *Versluis* uit 1979.⁷⁴ De laatste jaren is de hoogste rechter tot een uitbreiding van die gedachte gekomen in enkele opzienbarende arresten, *Jumbo III* (1993) en *ziekenhuis De Heel* (1995), gevallen in de sfeer van medische aansprakelijkheid.⁷⁵ In het eerste geval ging het om onzorgvuldig handelen van een kraamverzorgster, die interne instructies van de kraamzorgvereniging geschonden had voor het gebruik van kruiken door kraamzusters. Het betrof de uitdrukkelijke en destijds gebruikelijke instructie om uitsluitend de eigen zogenaamde Jordense veiligheidskruiken te gebruiken (geheel afgesloten, met olie gevuld en 'au bain Marie' op te warmen). Het waren normen die zo obscuur waren dat annotator Brunner er zijn verbazing over uitsprak.⁷⁶

73. Zie voor deze materie o.m.: Van, diss. pp. 87 v.; 120 v.; Akkermans, diss. pp. 107 v.; 123 v.; Hulst, diss. p. 395 v.

74. HR 2 nov. 1979, NJ 1980, nt GJS.

75. Resp. HR 1 okt. 1993, NJ 1995, nt CJHB; HR 13 jan. 1995, NJ 1997, 386, nt CJHB. Zie voor deze materie ook mijn artikelen in AA 1995, p. 672; NJB 1995, p. 1137 v., waar het belang van deze rechtspraak voor de bewijslastverdeling in het algemeen naar voren gebracht wordt. Vgl. in dat verband ook: E.H. Hulst, TMA 1999, p. 9 v. Zie ook onder, § 11, nr 1.

76. Het arrest is het vervolg, na 24 jaar, op het voorval dat aanleiding gaf tot de eerdere *Jumbo*-arresten, dit keer een vordering ingesteld door Tamara Uitert zelf, die als baby de verwondingen opgelopen had. De HR acht de kraamzuster aansprakelijk, tenzij deze bij gemotiveerde betwisting bewijst dat er klemmende redenen bestonden voor het niet in acht nemen van de instructies en dat daarbij alle voorzorgsmaatregelen genomen zijn die naar toenmalig inzicht vereist waren om te voorkomen dat het gevaar verbonden aan het gebruik van warmwaterkruiken zich zou verwezenlijken.

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

Nu waren dit interne veiligheidsnormen, het zou een kleine, en logische volgende stap zijn om algemene zorgvuldigheidsnormen met betrekking tot de veiligheid van een patiënt als grondslag te aanvaarden voor een zeer vergaand regime van causaal verband en aansprakelijkheid. In de tweede zaak deed de raad inderdaad die volgende stap: de verpleegkundigen (waarvoor het ziekenhuis aansprakelijkheid droeg) hadden algemene, *ongeschreven regels* met betrekking tot de veiligheid van patiënten geschonden (ter voorkoming dat zij uit bed konden vallen bij ontwaken uit narcose). In beide gevallen werd causaal verband op eenvoudige wijze aangenomen. In een arrest uit 1992 heeft de hoge raad deze causaliteitsregel ook toegepast op zaaksschade, de uitspraak inzake de *Diemense bussluis*.⁷⁷ Dit aspect van dat arrest heeft nog weinig aandacht getrokken in de literatuur.

Veiligheidsnormen hoeven niet altijd van de nationale wetgever afkomstig te zijn. Voor bijvoorbeeld aansprakelijkheid voor milieuschade is van belang dat er veiligheidsnormen met betrekking tot het omgaan met het milieu bestaan in een aantal Europese richtlijnen en internationale verdragen. Men kan derhalve stellen dat bepaalde categorieën handelingen eigen toerekeningsfactoren hebben; op die wijze kan de toerekening, al naar gelang de handeling, worden gevarieerd.

Afgezien van de vraag of verkeers- en veiligheidsnormen zijn geschonden (die per definitie zijn gericht op het voorkomen van ongevallen) wordt veelal gesteld dat schade door dood of verwonding (kortom: letselschade) eerder wordt toegerekend dan zaaksschade, enige uitzonderingen in de 'huis-, tuin- en keukensfeer' daargelaten.⁷⁸ Dat is echter een vertekend beeld: ook bij zaaksschade neemt de rechtspraak in geval van gevaarzetting al vrij snel causaal verband aan; het *bussluis*-arrest werd al genoemd.⁷⁹

De kernvraag is derhalve of er normen bestaan die bij schending een onrechtmatige daad opleveren die, aangezien het om schending van een verkeers- of veiligheidsnorm gaat, tot een vereenvoudigde vorm van toerekening kunnen leiden. De medische aansprakelijkheid stond model voor deze ontwikkeling, het *wrongful birth*-arrest van 1997 is een exponent daarvan: risico-toedeling aangezien 'het gevaar zich verwezenlijkt heeft'. Deze rechtspraak is echter ook op andere terreinen te vinden, zoals - in de contractuele sfeer - aansprakelijkheid van werkgevers notarissen, en delictueel: produktaansprakelijkheid. Ter illustratie volgen hier enkele uitspraken op die gebieden; bij de behandeling van de risikoleer (gevaarzettingsleer) kwam deze jurisprudentie ook al ter sprake, zie Hfdst. 10, § 2, nr 10, en bij de bijzondere aansprakelijkheden wordt er nog dieper op ingegaan.

77. HR 20 mrt 1992, *NJ* 1993, 547, nt CJHB, *Gemeente Diemen - Rep-Tax*, m.b.t. medeschuld taxi-chauffeur, zie onder, Hfdst. 12, § 4, nr 4.

78. Zie onder meer de arresten van de Hoge Raad van 23 juni 1989, VR 1991, 154, nt H.A. Bouman, *Surfplank* en van 9 dec. 1994, *NJ* 1996, 403, nt CJHB, *Zwiepende tak*. In verband met deze gedingen was sprake van (ernstig) letsel, maar werd aansprakelijkheid voor deze letselschade niettemin afgewezen. Het ging hier om ongevallen in de privé-sfeer (in die zin dat geen beroepsmatige activiteiten werden ontplooid), en die door een noodlottig toeval plaatsvonden (terugzweepende tak na een schop ertegen, een surfplank die door een plotselinge windvlaag van het dak van een auto waait). Niettemin is de uitkomst van deze arresten buitengewoon onbevredigend, zie boven, Hfdst. 10, § 2, nr 11.

79. Zie voor deze materie boven, Hfdst. 11, § 2, nr 3.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Het schenden van veiligheidsvoorschriften door de werkgever leidt tot aansprakelijkheid indien het gevaar waartegen de voorschriften beogen te beschermen 'zich verwezenlijkt heeft'; het is aan de werkgever om te stellen en te bewijzen dat naleving daarvan het ongeval waarschijnlijk niet had kunnen voorkomen (HR 6 dec. 1996, *NJ* 1997, 398, *Fortes - Smits*; aldus reeds: HR 21 juni 1974, *NJ* 453, nt GJS, *Windmill*; zie onder, Hfdst. 12, § 10, nr 2). In geval van *ongeschreven* veiligheidsnormen, aldus ook: HR 1 juli 1993, *NJ* 667, nt PAS, *Hofman - Nuts*. In dezelfde zin, in geval van een notaris die laakbaar handelde: HR 18 dec. 1992, *NJ* 1994, 91, nt EAAL, *Dicky Trading I*.

Typend voor produktenaansprakelijkheid is het *Pepsi Cola*-arrest, HR 24 dec. 1993, *NJ* 1994, 214 (zie onder, § 6, nr 6). De consument-koper mocht bewijzen dat hij de gebrekkige fles op normale wijze geopend had; wanneer hij daarin zou slagen, ligt daarin besloten dat de schade veroorzaakt is door het gebrek, behoudens bijzondere omstandigheden, waaromtrent niets is gesteld, en behoudens tegenbewijs door de producent van de fles. De vragen of het gebrek reeds bestond toen de fles in het verkeer werd gebracht door de producent en of het gevaar niet eerder had kunnen worden ontdekt, zijn niet aan de orde, oordeelde de hoge raad, aangezien de producent die de bewijslast daartoe droeg geen feiten daaromtrent gesteld had. Ook in het arrest *Hoge drukketel II* wordt op grond van een vermoeden de bewijslast ten aanzien van de gebrekkigheid van het produkt omgekeerd en op de fabrikant ervan gelegd, HR 15 mrt 1996, *VR* 221.

De laatste tijd beweegt deze rechtspraak zich ook in de richting van gebouwen en bouwwerken, waarbij soms milieuschade veroorzaakt wordt. Het arrest HR 20 okt. 2000 inzake een damdoorbraak met wateroverlast tot gevolg is een exponent daarvan, terwijl een brand in een loods die letselschade veroorzaakte bij een werknemer tot een soortgelijke uitspraak van de HR van dezelfde datum geleid heeft.⁸⁰ Deze beschouwingen zijn vooral een signalement van een ontwikkeling die ook op andere terreinen plaatsvindt. De visie op causaliteit die hier in het geding is valt namelijk op steeds meer onderdelen van het aansprakelijkheidsrecht waar te nemen de laatste tijd; ik zal op die ontwikkelingen ingaan. Dit is geen luxe, gezien de revival van het *conditio sine qua non*-vereiste in sommige kringen de laatste tijd. Aan het slot zal ik ook aan die kwestie aandacht geven.⁸¹

Op allerlei terreinen heeft de wetgever van oudsher gebruik gemaakt van het instrument van omkering van de bewijslast. Bij Veegens (1973) is een aardig overzicht daarvan te vinden. In het aansprakelijkheidsrecht ging het naar oud-BW veelal om de overgang van schuld- naar risico-aansprakelijkheid: bewijslastomkering maakt het leven van slachtoffers dragelijker onder het schuld-regime.⁸² Op het gebied van milieu-aansprakelijkheid zijn in het buitenland tegenwoordig veel voorbeelden van wettelijke regelingen; deze zouden inspiratie kunnen geven, niet alleen aan onze wetgever, maar ook aan de rechter, die tot 'redelijke wetstoepassing' overgaat, zoals onze hoogste rechter zo

80. HR 20 okt. 2000, *NJ* 2001, 118, *TMA* 2001, p.16, *Gem. Eindhoven - Rentalease*, inzake damdoorbraak; HR 20 okt. 2000 *NJ* 700, *Foekens Reconditioning BV - Naim*, inzake brand in loods.

81. Voor een brede behandeling van dit onderwerp, met voorbeelden uit andere rechtsgebieden, verwijs ik naar mijn artikel: "Door de fout is een risico geschapen, dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt". Het schenden van veiligheidsnormen als grondslag voor causaal verband, in: *Aansprakelijkheid: gronden en grenzen*, Lustrum-bundel Grotius Academie, Red. S.C.J.J. Kortmann, 2001, p.63; en mijn artikel in *TMA* 2001, p.1. Zie ook nog: Asser-Hartkamp I, nr 434a; *Schadevergoeding* (Boonekamp), art. 98, nr 13.

82. Veegens, t.a.p., p. 52 v. Voor het duitse recht zie men E. Deutsch, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, 2e dr., 1995, § 417; Larenz/Canaris, § 79III, 1b.

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

vaak gedaan heeft. De Duitsers hebben daar de mooie uitdrukking van de ‘richterliche Fortbildung des Rechts’ voor.

Ik laat die voorbeelden van omkering van de bewijslast, met name uit het duitse en franse recht, hier volgen; ze worden elders in dit werk uitvoerig besproken. Allereerst een artikel uit de duitse Mijnwet van 1982 - die thans hoogst aktueel is, gezien het wetsontwerp van september 1998 (26 219) van de nieuwe Mijnbouwwet in ons land - § 120 Bundesberggesetz, 1982, de zogenaamde ‘Bergschadensvermutung’ (zie onder, § 8, nr 3). Een dergelijke *Ursachenvermutung* is ook aanvaard in de duitse Umwelthaftungsgesetz van 1991, § 6 lid 1, met betrekking tot milieuschade veroorzaakt door industriële installaties, evenals in enkele andere buitenlandse milieuwetten.⁸³ In het franse recht kent men in de nieuwe Mijnwet 1994 een voorbeeld van omkering van de bewijslast, in art. 75-1, hetgeen in overeenstemming was met het oude recht.

In geval van het hanteren van het vermoeden van causaal verband ten aanzien van de schade-veroorzakende handeling kan de wederpartij de gelegenheid geboden worden om dat vermoeden te weerleggen, namelijk door overmacht te bewijzen (met inbegrip van handelingen van derden). In dat geval is het aan de eiser om op zijn beurt die voorstelling van zaken te weerleggen. Daarbij is het van groot belang dat hij over meer technische informatie inzake de activiteiten van de gedaagde partij beschikt, dan deze heeft prijsgegeven bij het onderbouwen van zijn standpunt. De eiser als private persoon zou een recht op informatie moeten hebben. De al genoemde duitse Umwelthaftungsgesetz (1991) kent een voorziening daaromtrent, de zogenaamde *Auskunftsanspruch*, in § 8 (jegens exploitant van inrichting) en § 9 (jegens vergunningverlenende overheid). De exploitant heeft eenzelfde recht jegens de eiser/private persoon en jegens exploitanten van andere inrichtingen, § 10. Het recht op informatie is ook opgenomen in het Gentechnikgesetz van 1990, in § 35.

Dit recht op informatie is overigens ook neergelegd in het Verdrag van Lugano (1993) van de Raad van Europa, inzake milieugevaarlijke activiteiten, in art. 14. De Europese richtlijn 90/313 EG, inzake toegang tot informatie op milieugebied, ligt aan deze wettelijke regelingen ten grondslag. Ter implementatie van die richtlijn werd in ons land de Wet Openbaarheid Bestuur aangepast, met name de artt. 1g, 10 leden 3 en 4 (Stb. 1998, nr 180).

Conclusies ten aanzien van bewijslastverdeling in het aansprakelijkheidsrecht

Bij de behandeling van de problematiek van de bewijslastverdeling werd door mij getracht om een structuur aan te brengen bij de beschrijving van hetgeen de rechtspraak in het aansprakelijkheidsrecht te bieden heeft. Het ging daarbij met name om de vraag wanneer de rechter bereid is om bewijs door vermoedens te aanvaarden, of zelfs omkering van de bewijslast, met als voorbeeld de kernvraag

83. Zie hiervoor de dissertatie van Messer, p.172 v.; onder § 7. Vgl. ook: G. Landsberg en W. Lülling, *Umwelthaftungsrecht*, Köln, 1991, p. 133 v. Het vermoeden van causaal verband is ook te vinden in § 54 Boswet 1975, Oostenrijk (inzake luchtverontreiniging); § 3 lid 3 Milieuschadewet 1986, Zweden (in geval van ‘wesentliche Wahrscheinlichkeit’); § 22 Wasserhaushaltsgesetz, Duitsland (risiko-aansprakelijkheid voor waterverontreiniging) houdt volgens de duitse jurisprudentie ook een vermoeden van causaal verband in.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

in het aansprakelijkheidsrecht, de vaststelling van het causaal verband. De vraag wat bewijzen eigenlijk is, in juridische zin, bleek grote consequenties te hebben voor dat onderwerp, aangezien dit naar heersende opvatting omschreven kan worden als het verschaffen van een 'redelijke mate van zekerheid' of 'waarschijnlijkheid' ten aanzien van een bepaalde feitelijke toedracht. Zekerheid in natuurwetenschappelijke zin is niet vereist. Ook het rechtskarakter van het causaal verband bleek bij nadere beschouwing van betekenis voor ons onderwerp: het oorzakelijk verband in natuurwetenschappelijke zin is niet in het geding; de 'conditio sine qua non' is niet de inzet van het causaliteitsvereiste naar geldend recht, dat ingevolge art. 6:98 BW van 'toerekening naar redelijkheid' uitgaat.

De vier situaties die ik bij het causaliteitsbewijs onderscheiden heb, bleken in de praktijk op diverse gebieden van het aansprakelijkheidsrecht, geen scherp afgegrensde gebieden te zijn maar in elkaar over te lopen, en zelfs overlappingen te vertonen. Ik laat de vier categorieën nog even de revue passeren:

1. informatie-monopolie of kennis-voorsprong;
2. gevaarzetting;
3. schending van veiligheidsnormen;
4. omstandigheden van het geval.

De laatste categorie is duidelijk het meest algemeen (en daardoor weinig zeggend); zij is ontleend aan het arrest *Stad Rotterdam Verzekeringen - Zonneveld* van 1997 dat ter sprake kwam. Wat het overlopen van de categorieën betreft, degenen die (professioneel) gevaarlijke handelingen verricht (2) heeft veelal een kennis-voorsprong op dat gebied (1), en het scheppen van een gevaarssituatie, alias gevaarzetting (2) zal vaak het gevolg zijn van het schenden van veiligheidsnormen (3). Indien de laatste ongeschreven van aard zijn, hebben wij met de figuur van gevaarzetting te maken, zoals deze aan het eind van de vorige eeuw ontwikkeld werd.

De genoemde categorieën vinden hun oorsprong in het beginsel van redelijkheid en billijkheid: het is redelijk, noch billijk, om een geleede onder de omstandigheden van de vier categorieën met de bewijslast op te zadelen. Het algemene beginsel van de billijkheid, dat het gehele verbintenissenrecht beheerst (art. 6:2), vindt aldus nadere concretisering, in een samengaan van materieel recht en bewijsrecht. Voor de rechtsmethodologische aspecten daarvan kan men nog steeds het beste bij Eggens te rade gaan, of bij Paul Scholten, beiden aanhangers van een dialektische methode van rechtsvinding, op verschillende gronden.

Er is niet veel nieuws onder de zon; achter de horizon is dat niet veel anders, maar misschien is het nieuw om dezelfde ontwikkelingen in andere landen aan te treffen. De door mij gemaakte indeling zou bijvoorbeeld ook in het Duitse recht gemaakt kunnen worden, ondersteund door soortgelijke jurisprudentie als die welke aan ons recht ontleend werd. Omkering van de bewijslast vindt ook plaats in geval van kennis-voorsprong, met name wanneer sprake is van een 'Dokumentationspflicht' (deze bestaat in Duitsland bijvoorbeeld voor producenten van producten en artsen). In het Engelse recht valt het *McGhee*-arrest uit 1973 te noemen, met Lord Wilberforce in de hoofdrol, waarin de bewijslast ten aanzien van causaal verband omgekeerd wordt indien sprake is

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

van schending van een zorgvuldigheidsverplichting waardoor ‘materially increased the risk of injury’.⁸⁴ Voor het franse recht verwijs ik naar de door Goedmakers genoemde literatuur (Viney, Bénabent, e.a.).⁸⁵

Een slotopmerking. In ons land bestaat grote weerstand tegen de figuren van bewijs door vermoeden en omkering van de bewijslast in kringen van bedrijfsjuristen en zich daarmee verwant voelende auteurs. Dat blijkt telkens wanneer een wettelijke regeling van een nieuwe aansprakelijkheidsvorm zich voordoet, zoals de laatste jaren het geval was bij aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen en aansprakelijkheid van mijnexploitanten voor bodemschade (de nieuwe Mijnbouwwet). Men doet dan voorkomen of deze rechtsfiguren in ons aansprakelijkheidsrecht zo niet volslagen onbekend zijn, dan toch wel daarmee in flagrante strijd zijn, terwijl ze bovendien in het buitenland evenmin voorkomen. Nu is conservatisme doorgaans gebaseerd op een gebrek aan informatie - en orthodoxie op een gebrek aan de behoefte aan informatie. De bovenstaande beschouwingen dienen als een bijdrage aan de informatieverrijking; ik koester echter niet de gedachte dat het conservatisme onder juristen daarmee uit de wereld zal zijn. Zij staan niet bepaald als een erg progressieve beroepsgroep bekend.

Nog enkele opmerkingen over het recente proefschrift van Giesen, dat al enkele keren genoemd werd. Ondanks alle waardering voor het vele materiaal, met name ook rechtsvergelijkend, dat vergaard werd, is het naar mijn mening geen studie die ons heel veel verder brengt met de boven aangesneden vragen van bewijsrecht. Daartoe gaat de auteur te weinig diep en kritisch op de materie in, laat hij zich door vooroordelen leiden en heeft hij te weinig voeling met de rechtmethodologische aspecten van het onderwerp. Enkele illustraties om dit oordeel te onderbouwen, helaas ontbreekt de ruimte voor een uitvoeriger bespreking. Giesen is allereerst een voorbeeld van een schrijver die de ontstaansgeschiedenis van art. 177 Rv niet goed kent, althans niet tot zich heeft laten doordringen. Hoewel hij stelt dat de scholenstrijd ten onrechte gevoerd is - dan wordt het spannend - kiest hij toch onvervaard voor de objectiefrechtelijke leer (p. 87 v.). Ik heb op zich daarmee geen moeite - er zijn door mij hooggeschatte juristen als Veegens en Verburgh die uiteindelijk voor dat kamp kozen - maar de argumenten waarmee Giesen dat doet zijn van een opmerkelijke oppervlakkigheid, waarbij telkens iets met veel aplomb gesteld, en vervolgens direct weer teruggenomen wordt. Als voorbeeld: de grotere rechtszekerheid die de objectiefrechtelijke leer biedt, grotere voorspelbaarheid, controleerbaarheid, e.d., waarop dan volgt dat omdat de materieelrechtelijke regel nog onbekend is, de bewijslastverdeling niet altijd tevoren te geven is. Dit was precies de kritiek indertijd van aanhangers van de billijkheidsleer: het objectieve recht zegt meestal niets of weinig over bewijslastverdeling, dat moet door de rechter/wetsuitlegger ontwikkeld worden, hetgeen meestal aan de hand van de billijkheid gedaan wordt.

Zoals Giesen ook zegt, gaat het hier in wezen om de strijd tussen rechtszekerheid en billijkheid, vandaar alle emoties die hier spelen, ook bij deze auteur. Hij gaat zelfs zover te

84. Vgl. R. Goldberg, *Causation and Risk in the Law of Torts. Scientific Evidence and Medicinal Produkt Liability*, Oxford 1999, p. 7 v. Hierop is later e.e.a afgedongen in de rechtspraak met betrekking tot multi-causaliteit en medische aansprakelijkheid, zie p. 9 v.

Op het *McGhee*-arrest is een vervolg gekomen met de *Fairchild*-zaak, die ook in ons land aandacht getrokken heeft: House of Lords 16 mei en 20 juni 2002, (2002) 3 *WLR* 89 HL, zie o.m. Y.R.K. Waterman, *TMA* 2003, p.151, en nog onder, Hfdst.11, § 2, nr 7.

85. Zie zijn artikel in *TMA* 1999, p.159.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

verklaren dat de billijkheidsleer ook niet deugt als 'uitzonderingsleer' (op de hoofdleer).⁸⁶ Maar dan doemt 'een probleem' op: art. 177 dat toch expliciet toestaat om van de 'normale bewijsrisikoverdeling' af te wijken op grond van de redelijkheid en billijkheid (p.98). Giesen moet toegeven dat de billijkheidsleer naar geldend recht 'een plek heeft bij de verdeling van het bewijsrisiko', maar de uitzondering op de regel moet 'niet of zo weinig mogelijk benut worden', de rechter heeft de uitzondering ook niet nodig om 'de hoofdregel te omzeilen'. Hij komt tot deze keuze, zegt hij elders, omdat in art. 177 de redelijkheid en billijkheid 'niet voorop staat' (p.108, nt 211).

Het curieuze is dat, wanneer Giesen de bedoeling van de wetgever weergeeft, met betrekking tot de verhouding tussen de bijzondere regels en de billijkheid, hij erop wijst dat de ongeschreven regels mede afhankelijk kunnen zijn van de redelijkheid en billijkheid als bron van ongeschreven recht (p.100). Anderzijds noemt hij dat beginsel 'objektief recht dat niet in een regel is neergelegd'. Hij tekent nog aan dat volgens de wetgever dat laatste 'meer subsidiair' is, alleen van betekenis wanneer er niet reeds een bijzondere regel bestaat. Giesen is van mening dat de rechtspraak van de hoge raad 'nauw aansluit bij de objectiefrechtelijke theorie' ook al werd daarvoor nooit expliciet gekozen (p.107).

Het is jammer dat Giesen de billijkheidsleer zo verknipt weergeeft, als uitsluitend de toepassing van billijkheid in concreto voorstaand; hij doet daarmee uiteenlopende schrijvers als Eggens, Star Busmann, en in later tijd Schoordijk en Hammerstein, groot onrecht aan. Dit wringt temeer, nu Giesen bij de uitwerking van zijn model voor bewijslastverdeling (in zijn terminologie: 'bewijsrisikoverdeling') veel van Eggens' gedachtenwereld overgenomen heeft, kennelijk zonder het te beseffen. Ik verwijs daarvoor naar hetgeen ik hierboven over Eggens in de tekst en noten opgemerkt heb. Giesen had zijn voordeel met de methodologische benadering van genoemde auteurs kunnen doen, dan zou zijn bijdrage aan het omgaan met de vragen van bewijslastverdeling in het aansprakelijkheidsrecht, aanzienlijk aan kracht gewonnen hebben (pp. 410 v.; 445 v.; het zijn wel de aardigste passages van het boek, vooral door het samen laten gaan van materieel recht en bewijsrecht, een stokpaardje van Eggens). Het resultaat blijft te versnipperd, en te weinig in onderlinge samenhang gedacht, de 'argumenten' voor omkering van de bewijslast uit de rechtspraktijk.

Tenslotte kiest Giesen voor een 'leidend principe' (lees: beginsel), en neemt daarvoor: 'dat de verwezenlijking van de materiële norm mogelijk moet blijven', met het accent op 'doel en strekking' van de norm in kwestie, hetgeen niet het geval is bij 'strukturele bewijsnood' van een procespartij. Dan komen methodische vragen boven, die schr. onbeantwoord laat - hij slaat er Eggens en Scholten wel op na, dat is al weer meer dan Hesselink in zijn proefschrift deed. Wat is nu eigenlijk het verschil, zo vraag ik mij af, tussen de weduwe die in bewijsnood verkeert (beeldschoon, maar dat terzijde), haar manzaliger was op het dak aan het klussen met gebrekkig materiaal, enerzijds, en de strukturele bewijsnood van nabestaanden van slachtoffers van ongevallen met gebrekkige produkten voor de doe-het-zelver, anderzijds? In beide gevallen geldt dat er een persoon is die niet precies kan aangeven hoe het ongeluk gebeurde, en schadevergoeding zoekt. In het eerste geval wordt een beroep op de billijkheid in concreto gedaan, in het tweede geval een beroep op een bijzondere regel, nog wel van objektieve (zij het: ongeschreven) huize.

Helaas had Giesen het beginsel van de billijkheid al eerder met het badwater van de billijkheidsleer weggegooid (om de rechtszekerheid te redden), en dat komt hem nu duur te staan. Hoe een beginsel werkt, hoe zich regel en uitzondering tot elkaar verhouden, daarover zijn de afgelopen eeuw mooie dingen geschreven, die Giesen op de plank heeft laten staan (hij

86. Een wisseltruc hierbij is dat schr. het 'objektieve recht' laat opgaan in de (hoofd)regel: 'wie stelt moet bewijzen', terwijl de discussie er juist over ging of een eventuele afwijking van die regel - als uitgangspunt in het bewijsrecht sinds de Romeinen - op regels van objektief recht (inzake contractenrecht, onrechtmatige daadsrecht, zakenrecht, etc.) gebaseerd moeten zijn, of op de billijkheid. Overigens, in elk land zingt de jurist zoals hij gebekt is: de Duitsers noemen de romeinse hoofdregel het 'Angreifer-prinzip', de Engelsen spreken van de 'common sense'-benadering (Giesen, p.94).

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

laat zich wel leiden door allerlei onbekende duitse auteurs - *Stichwort*: 'heeft bloedhekel aan de billijkheid' - zoals ene Prötting). Aldus is van de integratie tussen de twee kampen, de objectiefrechtelijke en de billijkheidsleer, niets terecht gekomen. En het was zo hoog tijd dat dit eens gebeurde, na een eeuw kissebissen.

Verweermiddelen

Ten slotte moet er nog op gewezen worden dat met het aanvaarden van risico-aansprakelijkheid geen sprake is van een alles-of-niets-oplossing, in die zin dat bij aansprakelijkheid de kassa rinkelt en alle schade vergoed dient te worden. Dat staat nog te bezien. De dader kan nog steeds vrijuit gaan, of slechts met een gedeeltelijke schadevergoeding belast worden. Hij heeft namelijk *verweermiddelen* tot zijn beschikking; in de inleiding wees ik er op dat dit het grote verschil met de zogenaamde 'absolute aansprakelijkheid' is.

In de eerste plaats is er het beroep op *overmacht*. Het hangt van de specifieke aansprakelijkheidsvorm af, wat i.c. onder overmacht verstaan moet worden, als 'vreemde oorzaak' die niet in de risikosfeer van betrokkene ligt. Ook hier zijn er marges waarbinnen de wetgever, en vooral de rechter, kunnen opereren. Bij de behandeling van de bijzondere aansprakelijkheden zal deze materie nog aan bod komen. Een vrij recente verschijningsvorm van het beroep op overmacht is het beroep op de stand van de wetenschap en techniek, alias het 'ontwikkelingsrisiko', of *state of the art*. Bij de produkten-, en recentelijk de milieu-aansprakelijkheid is dit verweer in opmars; het zal in dat kader behandeld worden (vgl. §6, nr. 3). Op dit punt kan volstaan worden met het signaleren van dit verweer, dat inhoudt dat degeen die een gevaarlijke zaak bezit of in het verkeer brengt, naar de toenmalige wetenschappelijke inzichten zich niet van dat gevaar bewust kon, en dus hoefde te zijn. Zoals wij zullen zien, is het een beleidsvraag of, en in hoever, een dergelijk verweer toegelaten wordt.

Verder is er de mogelijkheid om de *schade te matigen*. Naar het oude recht kostte het enige energie om dat verweer te voeren, doch er waren voldoende schrijvers van naam die een lans voor deze rechtsfiguur gebroken hebben, zoals J.H. Beekhuis en Maeijer.⁸⁷ Het huidige BW heeft die mogelijkheid uitdrukkelijk in de wet opgenomen, art. 6:109. Intussen is het de vraag of men het op die matigingsbevoegdheid van de rechter moet laten aankomen. Immers, via de mechaniek van het *causaal verband* kan de rechter naar redelijkheid de omvang van de schadevergoedingsplicht vaststellen. Het onrechtmatige daadsrecht is in deze eeuw in toenemende mate een vraag van belangenafweging geworden, zoals wij elders zagen.⁸⁸ De sociaal-ekonomische positie van de tot schadevergoeding verplichte partij is een faktor van gewicht, hetgeen meer is dan enkel het verzekeringsaspect laten meewegen. Ik noemde dit eerder *richesse oblige*, de regel van 'de breedste schouders die de schade moeten dragen'; ik kwam onlangs de term van Ehrenzweig tegen: *assurance oblige* (al uit 1950, trouwens). Al met al heeft de rechter een grote beleidsvrijheid bij het vaststellen

87. J.H. Beekhuis, *Rechterlijke matiging bij de actie tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad*, oratie Groningen 1939; J.M.M. Maeijer, *Matiging van schadevergoeding*, diss. Nijmegen 1962 (vgl. ook AA 1985, p. 727), bespr. door Beekhuis, *RmThemis* 1963, p. 582; A.J.O. van Wassenauer van Catwijk, *WPNR* 5540 (1980), p. 809, met verwijzing naar Schoor-dijk.

88. Zie boven, Hfdst. 10, § 3, nr 1; Hfdst. 11, § 2, nr 1.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

van de omvang van de te vergoeden schade. In sommige rechtsstelsels kan hij er in dat kader een schepje bovenop doen door 'punitive damages' op te leggen, of 'peine privée' - wie niet horen wil moet voelen.⁸⁹ Een heel oude pedagogische regel, die - alles komt weer terug - in het privaatrecht herontdekt is.

Bij die afweging moeten natuurlijk de posities van beide partijen betrokken worden; in schuld-termen gedacht, gaat het hier om de vraag naar 'eigen schuld' of 'medeschuld' van het slachtoffer ('het was vragen om ongelukken'). In de risikoleer is sprake van een afweging van wederzijdse risico's, zoals de oude schrijvers al betoogden. Men zou hier kunnen spreken van 'eigen risico' of 'mede-­risiko'. Hier kan men ook de figuur van *risiko-aanvaarding* plaatsen, die behalve contractueel ook buiten-contractueel kan plaatsvinden.⁹⁰ Er is geen reden om, zoals wel in de literatuur aangenomen wordt, bij risico-aanvaarding *eo ipso* tot een algehele opheffing van de aansprakelijkheid van de andere partij te komen, dit in tegenstelling tot de hantering van eigen schuld.⁹¹ De jurisprudentie biedt geen steun voor die alles-of-niets-oplossing. In sommige gevallen kan de risico-aanvaarding niet onderscheiden worden van 'toestemming', een rechtvaardigingsgrond waardoor de onrechtmatigheid van de handeling weggenomen wordt. Voorbeeld: aannemer rijdt met zijn zware vrachtwagens een dijk van de provincie kapot; voor het gebruik van de dijkweg had de laatste toestemming gegeven. Meestal heeft de eigenaar aan de toestemming de verplichting verbonden dat mogelijke schade vergoed zal worden. Sommige schrijvers zullen hier een rechtmatige daad met verplichting tot schadevergoeding willen aannemen. Ik hou het erop, dat wij ons hier op het grensgebied van de onrechtmatige daad en de overeenkomst bevinden. 'Toestemming' is een eenzijdige rechtshandeling, waarvan de inhoud met behulp van normatieve uitleg vastgesteld dient te worden; dat is niet anders bij een 'aanbod' dat na aanvaarding tot een overeenkomst leidt. Streefkerk heeft dit uit het oog verloren bij het door hem zwaar aangezette onderscheid tussen de risico-aanvaarding en de toestemming.⁹²

Men zal vaak in dergelijke gevallen voor de tweesprong staan of men een onrechtmatige daad, of een overeenkomst construeert uit het feitenmateriaal. Schoolvoorbeeld: *Van Blaaderen - Van Dijk* (NJ 1969, 241), de burendienst met opgespoten zand in het Loosdrechtse, die uit de hand liep.⁹³ Vaak hebben wij te maken met een situatie van 'samenloop van acties': er is een contract, en een partij wil uit onrechtmatige daad jegens haar wederpartij ageren, en dan stuit men op de vraag van risico-aanvaarding. Een sprekend geval, waarbij niet de

89. Zie boven, Deel 1, Hfdst. 6, § 2, nr 6.

90. Vgl. C.A. Streefkerk, *Risiko-aanvaarding*, WPNR 5505-5508 (1980). Voor een overzicht van de literatuur, zie concl. a-g Biegman-Hartogh in NJ 1989, 729, en de noot van Brunner, *cirkusezel*. Vgl. ook HR 28 juni 1991, NJ 1992, 622, *Natrap-arrest*, waarin risico-aanvaarding verworpen werd.

91. Zie bijv. A.J.O. van Wassenaer van Catwijck, *Eigen schuld*, diss. Leiden 1971, p. 174, en *Eigen schuld en medeschuld*, 1985, p. 95.

92. Streefkerk acht bij risico-aanvaarding geen sprake van een rechtshandeling, aangezien daarbij geen 'wil gericht op een rechtsgevolg' aanwezig zou zijn (sic!), dit waarschijnlijk in navolging van Stoll (1961) die door hem aangehaald wordt. Brunner is daarentegen van mening dat sprake kan zijn van stilzwijgende toestemming. Men zie voor deze materie de betreffende hoofdstukken in Deel 1.

93. Zie laatstgenoemde werk, en nog Hfdst. 13, § 1, nr 2.

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

contractspartij, maar een derde, de eigenaar, ageert, is het *Okeanoporos*-arrest: een ruwe, gangbare manier van lossen heeft de scheepshuid beschadigd (zo'n grijper weegt op zich al een paar ton). Het kan ook voorzichtiger, maar langzamer, en in de rotterdamse haven is tijd geld, dus dat doen we niet. Toch aansprakelijkheid? De rechter gaf, terecht, een negatief antwoord.⁹⁴

Dan is er ten slotte de matigingsmogelijkheid die de wetgever kan hanteren, namelijk door *limieten te stellen* aan de aansprakelijkheid. Dat kan getalsmatig gebeuren, de grens wordt gesteld bij zoveel euro; het kan ook indirect gebeuren door naar AMvB's te verwijzen, zoals in het BW gebeurt. Nieuw is een dergelijke limitering overigens niet: de Romeinen kenden haar al bij de aansprakelijkheid voor dieren, waarbij de schadevergoeding in natura kon gedaan worden door het dier in kwestie over te dragen, of wel de waarde van het dier als schadevergoeding te betalen (*in noxam dedere/sarcire*). Het limiteringsmechanisme is al geruime tijd populair bij de wetgever, wij komen het tegen bij schepen, vliegtuigen, kernreactoren, etc.

Het is een interessante vraag of een dergelijke begrenzing van risico-aansprakelijkheid niet op principiële bezwaren stuit. Deze vraag werd door Kötz opgeworpen in 1970, als reactie op het pleidooi van Larenz, dat een risico te berekenen en te verzekeren moet zijn tegen een economisch verantwoord premie.⁹⁵ Het argument van Kötz is allereerst dat risico-aansprakelijkheid, zeker sinds het boek van Esser (1941!), niet zo'n uitzonderlijke vorm van aansprakelijkheid is dat op dit punt afgeweken zou moeten worden van de gewone aansprakelijkheid, die toch niet gelimiteerd is. Het betreft hier ook een toerekening, gericht op de verantwoordelijkheid van degenen die schade toebrengt. Economische ontwrichting hoeft niet gevreesd te worden, zoals sommige wetten zonder limitering leren (zoals § 22 Wasserhaushaltsgesetz uit 1957). Bij uitzonderlijk hoge schade zou de rechter kunnen matigen. Kortom, stof ter overdenking.

8. *De grondslag van het aansprakelijkheidsrecht: van slachtofferbescherming naar solidariteit. Kollektivering van aansprakelijkheid (mass torts). Solidariteit*

De laatste jaren gaat het goed met slachtoffers, ook in het recht.⁹⁶ Althans met de aandacht die zij krijgen, niet altijd met de oplossingen voor hun problemen, zoals schadevergoeding. Het beginsel van 'slachtofferbescherming' begint in het jargon van juristen door te dringen; in het spraakmakende arrest van de hoge raad van 9 oktober 1992 inzake de DES-dochters, dat hierboven al uitvoerig ter sprake kwam, wordt het zelfs met zoveel woorden gehanteerd, hetgeen grote

94. HR 6 mrt. 1953, NJ 791, nt PhANH. De reder sprak de stuwadoor aan, die de opdracht tot lossing van de lading-ontvanger gekregen had.

95. Kötz, AcP 1970, p. 36 v. Vgl. ook H. Stoll, Richterliche Fortbildung und gesetzliche Überarbeitung des Deliktsrechts, 1984, p. 23.

96. Het hier volgende is ontleend aan mijn bijdrage aan BW-Krant Jaarboek 1993, Beginselen van vermogensrecht, Arnhem 1993, p. 175: Het beginsel van slachtofferbescherming: zo oud als de weg naar Kralingen.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

gevolgen gehad heeft voor het bereikte resultaat.⁹⁷ De hoge raad wijst marktaandeel-aansprakelijkheid van de DES-producenten af - in afwijking van de conclusie van a-g Hartkamp - en aanvaardt hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van art.6:99 BW, alternatieve causaliteit; in zijn motivering wijst de raad op de 'niet bevredigende' en 'bezwaarlijke' aspecten van marktaandeel-aansprakelijkheid, namelijk het risico van geldelijk onvermogen van producenten dat op de slachtoffers gelegd zou worden, alsook het probleem om veel producenten aan te spreken en hun marktaandeel vast te stellen. Dan volgt de zin: 'Bovendien is er in een situatie als de onderhavige uit het oogpunt van slachtofferbescherming geen behoefte aan een marktaandeel-aansprakelijkheid, nu elk der producenten, zoals hiervoor is beslist, in beginsel voor het geheel aansprakelijk is' (mijn curs.). Eerder had het college zich bij de redelijke uitleg van art.6:99 laten leiden door de ratio van het artikel: het lenigen van de bewijsnood van de benadeelden, op grond van de billijkheid.

Voilà, slachtofferbescherming in optima forma, nog wel in handen van de hoogste rechter. Het ging hier om produktenaansprakelijkheid, voor gebrekkige medicijnen, maar is dit een novum in het aansprakelijkheidsrecht? Als men de samenstelling van de kamer beziet die dit arrest gewezen heeft, komt men al op de gedachte dat het hier oude wijn in nieuwe zakken betreft: de president van de kamer, Bloembergen, heeft in de jaren zestig en zeventig naam gemaakt als pleitbezorger van verkeersslachtoffers, met raadsheer Neleman in diens voetspoor.⁹⁸ Op dat terrein is het denken over slachtofferbescherming al geruime tijd bij juristen ingeburgerd, zij het dat de vooruitgang niet door snelheid gekenmerkt wordt. Er zijn nog andere rechtsgebieden te noemen waar slachtofferbescherming accepté is, zoals de bescherming van werknemers tegen bedrijfsongevallen, waarop elders wordt ingegaan (par. 10); ik wil ik even stilstaan bij de problematiek van de verkeersslachtoffers. Men zal zich wel realiseren dat deze problematiek niet van vandaag of gisteren is, maar minder bekend zal zijn dat de vragen waarvoor de jurist gesteld wordt, al zo'n eeuw geleden heel helder gesteld zijn, evenals mogelijke oplossingen.

Ik denk hierbij aan de bijdrage van de rotterdamse advocaat Th.A.Fruin aan het debat van de NJV in 1913, dat gewijd was aan de preadviezen van Van Leeuwen en Hijmans over aansprakelijkheid voor gevaarscheppend handelen, waarbij Hijmans de term 'gevaarzetting' in roulatie bracht (als vertaling van het in Duitsland rond 1880 ontwikkelde begrip 'Gefährdungshaftung').⁹⁹ Eén van de terreinen van gevaarlijk handelen was het verkeer, met name de uitwerking van het 'automobiel' in het verkeer, waarbij vooral voetgangers het haasje werden.

97. HR 9 okt. 1992, NJ 1994, 535, nt CJHB; NTBR 1992, p. 193, nt Spier; TMA 1993, p. 15, nt Van Dunné; AA 1993, p. 123, nt Hijma.

98. In het 'haagse circuit' was echter te horen dat Bloembergen in de DES-zaak een *dissenter* was; op een studiedag in Rotterdam enige tijd later, bepleitte Bloembergen een restriktieve uitleg van DES, dat een uitzonderlijk geval zou betreffen en dus niet op bijv. de milieu-aansprakelijkheid toegepast zou mogen worden (zoals door mij bepleit werd). Dat is anders gelopen, met *Moerman - Bakker* (1997), zie boven, Hfdst. 10, § 6, nr 9.

99. *Hand.NJV* 1913 I (2e stuk), p. 151 v.; II, p. 1 v. (debat); zie uitvoerig boven, nr 5. De vraagstelling was: 'Is het gewenst, hem, die door zijn niet onrechtmatig handelen gevaar voor schade doet ontstaan, aansprakelijk te stellen, indien de schade werkelijk intreedt? Zo ja, welke beginselen behoren daarbij richtsnoer te zijn; moet de regeling zijn algemeen, of is het verkieslijk haar te beperken tot bepaalde onderwerpen?'

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

De preadviseurs van 1913 hadden risico-aansprakelijkheid aanbevolen voor gevaarscheppend handelen, ook van automobilisten in het verkeer. De omringende landen hadden overigens vrijwel alle wetgeving in die zin, hetgeen bij ons nog tot 1925 zou duren, de voorloper van art. 31 WVV.¹⁰⁰ De voorstellen gingen Fruin niet vergenoeg, ze zouden het rechtsgevoel onbevredigd laten: 'Het vraagstuk zal slechts ten halve worden opgelost, wanneer men het automobielerkeer als zodanig niet aansprakelijk stelt ook voor ongevallen die ontstaan door de schuld van dengene die de schade lijdt, van de man die door de automobiel aangereden wordt' (p. 21). Dat wordt vaak door kleine fouten van de voetganger veroorzaakt; kleine fouten met grote gevolgen.

Deze opmerking heeft nog weinig aan aktualiteit ingeboet. André Tunc, het illustere voorbeeld voor Bloembergen en de zijnen in ons land, heeft dezelfde kwestie verschillende keren aangesneden. In 1965, in zijn voorwoord bij het proefschrift van Geneviève Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, geeft hij het voorbeeld van de man die plotseling van de stoep afstapt en door een auto gegrepen wordt. Het geval dient als illustratie van de onjuistheid van de opvatting dat de schuldeur op een morele waarde gebaseerd is: het is immers immoreel om als automobilist de familie van de man die plotseling van de stoep op de weg stapt zonder schadeloosstelling achter te laten? Tunc vindt het recht verkeren in 'un état de surprenante barbarie'.¹⁰¹ Enkele jaren geleden kwam hij wederom op dit voorbeeld terug. De voetganger die van het volle trottoir even op de weg stapt - hetgeen in een stad als Parijs een dagelijks beeld is - en vergeet achterom te kijken, verdient niet de dood door schuld, als hij door een auto overreden wordt. De civiele aansprakelijkheid schiet hier tekort; maar het behoort ook niet onder die categorie te vallen: 'c'est un problème de solidarité'.¹⁰² De oplossing ligt volgens Tunc, hamerend op hetzelfde aambeeld sinds de jaren zestig, in het combineren van de civiele aansprakelijkheid, niet alleen met verzekering, maar ook met sociale verzekering, als 'ménage à trois'. Ik veronderstel bekend op welke wijze Tunc, en bij ons Bloembergen c.s., voorgesteld hebben de verkeersaansprakelijkheid te hervormen, tot dusver zonder succes. In het buitenland hebben dergelijke plannen de wetgever wèl

100. Denemarken en Zweden hadden in 1906 al een automobielwet, Oostenrijk in 1908 en Duitsland in 1909. Zie verder boven, nr 4.

101. Opgenomen in: Jalons, *Dits et Ecrits d'André Tunc*, Soc. de Législation Comparée, Parijs 1991, p. 150. Een dergelijk plotseling handelen van een voetganger geldt naar Frans recht als overmachtsgrond ('fait de la victime'), indien dit voor de automobilist ('gardien' ex art. 1384 CC) 'imprévisible et irrésistible' was. Vgl. ons overmachtsbegrip van art. 31 WVV, thans art. 185, zoals in de rechtspraak nader verfijnd (rekening houden met fouten van anderen, e.d.). Tunc had in 1975 bepleit om alleen in geval van een 'faute inexcusable de la victime' overmacht aan te nemen, *D.* 1975, ch. p. 84.

Vgl. voor overmacht bij art. 1384 CC: E.H. Hulst, *Grondslagen van milieu-aansprakelijkheid*, diss. Rotterdam 1993, Arnhem, p. 425-477.

102. *Pour un droit des accidents*, in: Jalons, etc., p. 272, rapport colloquium Genève 1991. Tunc wijst erop dat voor de Loi Badinter van 1985, waarbij de risico-aansprakelijkheid van automobilisten wettelijk geregeld werd, in Frankrijk per jaar 100.000 procedures gevoerd werden over kwesties als overmacht en schuld van het slachtoffer in het verkeer. Zie voor de visie van Tunc ook: G. Viney, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, 2e dr., 1995, nr 55 v.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

overtuigd, met name in Noord-Amerika en Nieuw-Zeeland.¹⁰³ Het is eigenlijk meer een kwestie van de verzekeringslobby buiten de deur houden, als wetgever.

In het voorbeeld ging het om een kleine fout van de voetganger; hij keek ‘per ongeluk’ een keer niet om alvorens opzij te stappen, voor een charmante dame, stel ik mij zo voor. Men kan dit benaderen van uit de optiek dat het maken van kleine fouten, net als vergissen, menselijk is, en niet als ‘schuld’ gekwalificeerd zou moeten worden, met enorme gevolgen: het uitblijven van schadevergoeding door de dader. Vandaar dat Tunc slechts bij grove schuld (‘faute inexcusable’) die consequentie wil trekken, te vergelijken met opzet en roekeloosheid in de zin van onze oude Ongevallenwet. Men kan nog een stap verder doen: iedereen maakt fouten in het verkeer, ook - in ons voorbeeld - de automobilist. Over de fouten van die verkeersdeelnemer bestaan opmerkelijke cijfers: uit een Amerikaans onderzoek uit de jaren zeventig blijkt dat de gemiddelde goede chauffeur (die in geen 4 jaar een ongeluk gehad heeft) iedere 5 minuten ongeveer 9 rij-fouten maakt in 4 verschillende categorieën.¹⁰⁴ Ik zou niet willen volstaan met de constatering dat het een wonder is dat er niet meer ongelukken gebeuren (iedere automobilist weet dat trouwens uit eigen ervaring); de les die hieruit te trekken is, is dat het verkeer een gevarengemeenschap is, met gedeelde risico’s en een gedeeld foutenpatroon bij de deelnemers. Dat zou een les in solidariteit kunnen zijn, solidariteit met de tegenligger die het wat tegen ligt, op die dag gewoon iets meer pech heeft dan jijzelf. De geluksvogel en de pechvogel, etend uit hetzelfde voerbakje. Voer voor *social engineers*?

In deze casus van de voetganger-stoepganger vindt men in een notedop de problematiek van slachtofferbescherming: het civiele aansprakelijkheidsrecht schiet hier te kort bij het zoeken naar een bevredigende oplossing, het accent moet verlegd worden van schuld naar risico, en vervolgens naar *solidariteit*, en dit alles in het licht van de verzekeringsmogelijkheden, in de partikuliere en sociale sfeer.

Een belangrijke bijdrage aan de discussie over kollektieve aansprakelijkheid en solidariteit is geleverd door A.J. Van, die zowel de rechtsfilosofische aspecten onderzocht heeft als de privaatrechtelijke mogelijkheden belicht heeft.¹⁰⁵

Een analyse van het aansprakelijkheidsrecht brengt Van tot het onderkennen van twee grote stromingen: het *individualistisch* perspectief en het *kollektivistisch* perspectief. Beide hebben hun beperkingen uit maatschappelijk oogpunt, indien consequent toegepast; de weegschaal slaat door naar respectievelijk daderbescherming of slachtofferbescherming, vaak in extreme vorm. Van zoekt een tussenvorm waarin extreme oplossingen geweerd worden en daarentegen de krachten van beide benaderingswijzen gebundeld worden: het *integrale* perspectief, zoals hij dat noemt. Daarin worden begrippen ontwikkeld als ‘kollektieve rechtvaardigheid’ en ‘kollektieve schade’; een ruime interpretatie van bestaande regels van aansprakelijkheidsrecht (de

103. Voor een overzicht van deze stelsels, verkeersschadeverzekering (als ‘first-party insurance’) en de afschaffing van aansprakelijkheid in combinatie met sociale verzekering, zie onder, § 5.

104. Ontleend aan Dias and Markesinis, *Tort Law*, 2e dr. 1989, Oxford, p. 16.

105. A.J. Van, Kollektieve verantwoordelijkheid in het civiele aansprakelijkheidsrecht, R & R 1993, p. 102; Onzekerheid over daderschap en causaliteit, diss. Rotterdam 1995, Serie Aansprakelijkheidsrecht, Deel 3, Arnhem 1995.

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

artt. 6:99, 162 en 166 BW) op grond van de figuur van toerekening zijn hierbij zijn uitgangspunt, evenals het gebruik van 'probabilistisch causaal verband'. Het gebruik van die laatste methode slaat in de kollektivistische kamp te sterk door, naar zijn mening; dat geldt ook voor het uitgangspunt in die stroming, het *fait collectif*, dat leidt tot een kollektieve toedeling van aansprakelijkheid aan alle personen die tot het kollektief behoren dat voor de schadeveroorzaking de verantwoordelijkheid draagt. Kollektief daderschap dus, maar daarbij dreigt de wal het schip te keren: onbegrensde risico's van daders zijn onverzekerbaar geworden. Van zoekt een beperking van die risico's in zijn integrale model van aansprakelijkheid, waarbij belangen van daders en slachtoffers met elkaar in evenwicht gebracht zijn (evenals de rechtstheoretische begrippen die daarmee verbonden zijn). Hij ziet hierbij goede mogelijkheden voor het civiele aansprakelijkheidsrecht, naast het gebruik van publiekrechtelijke oplossingen (schadefonds, e.d.) voor een zeer beperkt aantal gevallen waarin het vinden van verhaal langs civiele weg problemen oplevert vanwege onzekerheid over daderschap en causaliteit.

De kollektieve aktie speelt in Vans zienswijze een belangrijke rol; hij bepleit, evenals Frenk eerder deed in diens dissertatie, de schrapping van de regeling van art. 3:305a lid 3 BW, waardoor kollektief schadeverhaal mogelijk zou worden.

Terug naar het meer gangbare aansprakelijkheidsrecht. Een andere, vermoedelijk even klassieke manier om een slachtoffer hulp te bieden om uit zijn netelige positie te komen is het versoepelen van de eisen van causaal verband. Als men met de brokken of scherven zit, veelal letterlijk, is het meestal niet eenvoudig om vast te stellen wat er gebeurd is en evenmin of de dader onzorgvuldig gehandeld heeft. De jurisprudentie is daaraan tegemoet gekomen: in de rechtsontwikkeling van onze tijd is causaliteit steeds meer opgegaan in onrechtmatigheid, dankzij de figuur van toerekening naar redelijkheid (TNR, in universitair jargon); nog belangrijker is de invoering van *Kausalhaftung* ('causaliteitsaansprakelijkheid' - Braams) op sommige gebieden. Nu is dat laatste een vrij extreme vorm van causaal verband, die voornamelijk in moderne wetten te vinden is (zoals de zwitserse *Gewässerschutzgesetz*), maar ook met de intussen 'gewone' TNR-causaliteit hebben wij in wezen met slachtofferbescherming te maken. Het slachtoffer, dat voor een zware opgave staat om aan te tonen dat zijn schade voor de dader naar ervaringsregels voorzienbaar was, kan nu betogen dat de schade aan hem redelijkerwijze toegerekend moet worden. Bijvoorbeeld, omdat deze in zijn risico-sfeer ligt, hij de breedste schouders heeft om de schade te dragen (uit eigen zak of via verzekering). Het geeft te denken dat de hoge raad de TNR-leer in de jaren zeventig overnam in enkele milieu-zaken (*waterwingebied*, *Rijksweg 12*); op dat terrein ziet men tegenwoordig rechters weer moeizaam opereren met causaliteit, door het relativiteitsvereiste op het verkeerde been gezet.¹⁰⁶ In 1993 sprak ik de hoop uit dat de cassatierechter hier weer orde op zaken zal stellen, zoals ook bij de *DES*-zaak gebeurd is, tot ieders verrassing; die wens is in 1997 vervuld met het arrest *Moerman - Bakker*, dat al genoemd werd.

Intussen is *Kausalhaftung* niet meer zo'n uitzonderlijke vorm van aansprakelijkheid als velen bereid zijn te denken; de hoge raad heeft haar in het *Versluis*-arrest (1980) aanvaard voor de schending van verkeers- en veiligheidsnormen (waarbij steeds een verzekeraar op de achtergrond aanwezig

106. Zie o.m. het haagse hof in *Shell Gouderak* en het amsterdamse hof in de *Volgermeer*-zaak, vgl. mijn noot in *TMA* 1993, p. 112.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

zal zijn). Met het arrest *Ziekenhuis De Heel* (1995) is de werking van deze regel uitgebreid tot het gebied van schending van *ongeschreven* veiligheidsnormen.

Een derde vorm van causaal verband ten gunste van slachtoffers gehanteerd, is het toelaten van *statistisch bewijs* in ruime zin. Dat geldt allereerst voor het vaststellen van causaal verband in de medische sfeer, bij enge ziektes en zo. In de Verenigde Staten is dit met succes gebeurd in procedures die betrekking hadden op Agent Orange (het ontbladeringsmiddel dat in Vietnam gebruikt werd en dat dioxine bevat), Swine flu, nucleaire straling, formaldehyde, asbest.¹⁰⁷ Het gebied is echter veel ruimer: ook de marktaandeel-aansprakelijkheid is in wezen 'probable causation'. Slachtoffers kunnen volstaan met het aangeven van het marktaandeel van de mogelijke dader als producent van het gewraakte geneesmiddel. Zoals bekend is dit de weg die in veel Amerikaanse Staten door de rechter gevolgd wordt in DES-zaken. Op het terrein van milieuschade wordt in de Amerikaanse rechtspraak al veel gebruik gemaakt van schade die forfaitair met computer-modellen opgesteld wordt, bijvoorbeeld ook in de *Exxon Valdez*-zaak. De gedaagde vervuiler kan tegenbewijs leveren van de werkelijke schade, maar daar is in de praktijk geen beginnen aan, vanwege de tijd en kosten die ermee gemoeid zijn. Ik kom hieronder nog terug op de vraag wie bij milieuschade eigenlijk slachtoffer is, in rechte.

Een typische variant van slachtofferbescherming via causaliteit is natuurlijk de figuur van alternatieve causaliteit. De hoge raad gaf zoals wij zagen in de *DES*-zaak een voor de dochters gunstige uitleg aan dat artikel, aan de hand van redelijke wetstoepassing (zoals dat vroeger in standaard-arresten heette); de dochters hoeven niet alle mogelijke daders te dagvaarden en aansprakelijk te stellen en evenmin de concrete onrechtmatige gedraging vast te stellen. Dat was in casu een uiterst moeilijke, zo niet onmogelijke opgave.¹⁰⁸ Ook verwierp de raad de visie van sommige schrijvers, waaronder a-g Hartkamp, dat wanneer één der daders een rechtvaardigingsgrond had voor zijn handelen, de gehele groep vrijuit zou gaan. Terecht, dat zou 'dadersbescherming' zijn, en de noodzaak daarvan is nog niet afdoende aangetoond, *n'en déplaise* de vele geluiden uit het bedrijfsleven van die strekking. De cassatierechter liet zich, anders dan de lagere rechters, leiden door de ratio van art.6:99: het vinden van een remedie voor de bewijsnood van de slachtoffers, op grond van de billijkheid.

Overigens werd de groepsaansprakelijkheid van art.6:166 BW niet door de hoge raad gehanteerd; bedoeld om eveneens slachtoffers ter wille te zijn, is het artikel slecht geredigeerd en volgens de toelichting niet echt op het recht der werkelijkheid gericht. In de huidige maatschappij is schade veroorzaakt door baldadige jongeren, al of niet in demonstratie bijeen, een randverschijnsel. Zoals eerder door mij betoogd, zou het artikel met behulp van redelijke uitleg toegepast kunnen worden op de echte kwalen van deze tijd: in groepsverband toegebrachte schade in de sfeer van producten-, milieu-, bestuurs- en medische

107. Zie voor dit onderwerp o.m. J. Makdisi, Proportional Liability: a Comprehensive rule to apportion tort damages based on probability, 67 North Carolina Law Review (1989), p. 1063. Zie ook onder, § 8.

108. Overigens is in de V.S. het probleem van de derde generatie DES-slachtoffers ontstaan, waarbij de rechtsvragen weer van voren af aan beginnen. Vgl. J.B. Maynard, *Third-generation-DES claims*, 27 *New England Law Review* (1992), p. 241.

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

aansprakelijkheid. In het buitenland heeft zoals wij zagen de rechtspraak in dergelijke gevallen al hoofdelijke aansprakelijkheid aangenomen, ter bescherming van slachtoffers van een dergelijk handelen van personen die in een moeilijk ontwarbare verhouding tot elkaar staan (zie t.a.p.).

Tenslotte zou ik nog willen wijzen op de figuur van *class actions* die dankzij het arrest *De Nieuwe Meer* (1986) geen academische figuur meer is.¹⁰⁹ De wetgever heeft de algemeen belang-actie in de wet neergelegd, maar de praktijk zal leren of deze mogelijkheid voor slachtoffers om gezamenlijk in rechte op te treden bij ons een grote vlucht zal nemen. Het is in ieder geval goed om kennis te nemen van de uitwassen en problemen die men in de V.S. op dit gebied kent. Bij grote milieurampen nemen advocaten (type: 'shark') de procedure van het slachtoffer over, waardoor zij belanghebbende geworden zijn. Bij de schikkingsonderhandelingen met het gedaagde bedrijf, zoals bijvoorbeeld in de Bhopal-zaak, waarover in de V.S. geprocedeerd is, laten zij zich door eigenbelang leiden. Ook het 'contingency-fee' systeem, waarbij de advocaat een percentage van de toegewezen schadevergoeding krijgt - hetgeen tot 40% kan oplopen - is hier een storende factor. In de Bhopal-zaak werd een schikkingsvoorstel van \$ 300 mln afgewezen, omdat de advocaten het dubbele bedrag wilden. Of de indische slachtoffers met het voorgestelde bedrag genoeg zouden nemen, was niet aan de orde.¹¹⁰

Een ander verschijnsel is, de vraag of de collectieve actie verplicht gesteld moet worden, om te voorkomen dat de gedaagde na enkele succesvolle procedures (met astronomische schadebedragen) kaalgeplukt is, zodat niets meer overblijft voor andere slachtoffers. De keerzijde hiervan is de bescherming van het gedaagde bedrijf, doordat de rechter gedwongen wordt alle claims tegelijk te behandelen, en de verhoudingen minder gauw zoek raken.¹¹¹ In sommige branches, zoals de asbest-industrie, zijn alle producenten als gevolg van procedures failliet gegaan. Hoezo, *tort crisis*? De nog lopende procedures worden tegenwoordig uitgevoerd op de beschreven, collectieve wijze; dit gebeurt *nolens volens*, aangezien de overgebleven asbest-producenten surséance van betaling gevraagd hebben. Wij staan in ons land nog aan de vooravond van de asbest-problematiek, omdat de industriële toepassing in ons land later op gang gekomen is dan in het buitenland, en de incubatietijd voor asbestose en

109. Zie Hfdst. 10, § 5, nr 6.

110. Het bedrijfsleven begint zich overigens aan te passen aan de praktijk; van een jurist van General Electric, een bedrijf dat veel met class actions geconfronteerd wordt, hoorde ik eens op een congres dat men bij het zoeken naar een schikking inzet op het bedrag dat de advocaat van de tegenpartij verwacht zelf aan de procedure over te houden, en doet hem dan een aanbod dat hij niet kan weigeren. De laatste legt vervolgens zijn clienten, de groep eisers, uit dat er niet meer inzet dan het door het gedaagde bedrijf geboden bedrag, gezien alle procesrisiko's en adviseert hen om het aanbod te accepteren. Aldus gebeurt.

111. Vgl hierover: K.H.Hudson, Catch-23(b)(1)(B): the dilemma of using the mandatory class action to resolve the problem of the mass tort case, 40 *Emory Law Journal* (1991), p. 665. Vgl. ook I.R.M.Irving and Th.E. Patton, Utilizing the class action device in mass tort litigation, 21 *Tort & Insurance Law Journal* (1986), p. 560.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

andere longziekten ongeveer 40 jaar bedraagt. Er is dus nog tijd om van het Amerikaanse voorbeeld te leren.¹¹²

De Amerikaanse rechtspraak ten aanzien van 'mass torts' wordt aardig omschreven in het volgende citaat:

'Traditionally, tort (personal injury) cases were generally regarded as essentially isolated disputes in which the law's role was simply to allocate losses between putative injurers and victims Today the court and jury in mass tort cases do not simply prescribe and apply familiar norms to discrete actions; they function as policy-oriented risk regulators, as self-conscious allocators of hard-to-measure benefits and risks, and as social problem solvers'.¹¹³

Zoals gezegd, dit beleid van de Amerikaanse rechters is niet altijd om over naar huis te schrijven, gezien de wijze waarop de belangen van de slachtoffers overmatig gewicht toegekend is en bedrijven tot de bedelstaf gebracht zijn, en sommige produkten en diensten, ook maatschappelijk wenselijke (vroedvrouwen!), vrijwel van de markt verdwenen zijn. Maar het kan ook anders.

Het wordt tijd dit overzicht van slachtofferbescherming, af te ronden. Ik zou enkele algemene beschouwingen aan deze figuur willen wijden, zonder meer te pretenderen dan de mogelijkheden die het bestek van dit boek biedt.

Kenmerkend voor slachtofferbescherming is naar mijn mening dat men het slachtoffer boven de eigen, individuele positie uittilt, en op het vlak van zijn mede-slachtoffers plaatst. Het van de mikro-sfeer naar de makro-sfeer gaan, kan zeer verhelderend werken bij het vaststellen van aansprakelijkheid op grond van een risico-verdeling. Het klassieke rechtssysteem kraakt dan in al zijn voegen: het is gebaseerd op het modale geval van één slachtoffer dat voor één dader staat. De maatschappelijke verhoudingen zijn aanzienlijk gecompliceerder dan dat romantische beeld: schade heeft, net als succes, vele vaders. Zowel het vaststellen van de toedracht van de schade als van de onzorgvuldigheid die de schade veroorzaakt heeft, stelt het individuele slachtoffer voor onoverkomelijke problemen. Het schuld-beginsel is zoals wij zagen daarbij een groot obstakel; de vervanging door risico bleek niet altijd voldoende, het komt tenslotte neer op solidariteit tussen de toevallige dader en het toevallige slachtoffer. De afwenteling van de schade is een chapter apart, ik kom daarop nog terug. Een goede voedingsbodem voor een moderne aanpak van de slachtofferproblematiek is de opvatting in de vaste jurisprudentie dat onrechtmatige daadsrecht gebaseerd is op belangenafweging. Ook bij nieuwe vormen van schade, zoals milieuschade, ziet men de cassatierechter die benadering volgen (vgl. de *Franse Kalimijnen*, 1988).

112. Zie voor de asbest-problematiek onder, § 7 (milieu-aansprakelijkheid); § 9, nr 2 (werkgeversaansprakelijkheid).

113. P.Schuck, *Agent Orange on trial: mass toxic disasters in the courts*, 1986, p. 4; ontleend aan Hudson, t.a.p., p. 666.

Zie over *mass torts*: Spier, preadv. NJV 1996, p. 341, met verdere lit. Voor recente literatuur, zie: Akkermans en Brans, red., *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, 2002 (o.m. Akkermans, p.303 v.); Faure, *Causaliteit*, LSA-Bundel, 2003, p.33 v. Zie ook nog het preadvies NJV van C.E. du Perron, *Hand. NJV 2003, Het opstandige slachtoffer. Genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht*, p.107; Asser-Hartkamp I, nr 436^c.

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

Een tweede kanttekening betreft het preventie-karakter van het tegenwoordige onrechtmatige daadsrecht; het gaat niet langer enkel om de vergoeding van toegebrachte schade, de rechter kijkt met een schuin oog ook naar het voorkomen van soortgelijke schade in de toekomst, zowel door de dader in kwestie als door mogelijke andere daders. In common law landen kent men de 'punitive damages' die daartoe gebruikt worden; een strijdpunt is daarbij of een dergelijke boete-schadevergoeding door verzekering gedekt mag zijn, vgl. bij ons een dergelijke discussie ten aanzien van strafrechtelijke boetes, bijvoorbeeld in de milieu-sfeer.¹¹⁴ In ons recht ligt de *deterrence* er minder dik bovenop, maar zal vaak een rol spelen; de spanning tussen de oplossing voor het concrete geval en de regel die voor de toekomst gesteld wordt.

De preventie in het concrete geval speelt een grote rol in de rechtsvinding. Dit gebeurt ook in de vorm van een belangenafweging: hoeveel inspanning en kosten zouden ermee voor de dader gemoeid zijn om de schade te voorkomen, en weegt dit op tegen de daadwerkelijk geleden schade? In de *kelderluik*-zaak (NJ 1965, 136) bijvoorbeeld, was het antwoord positief; in de *bloedprik*-zaak (NJ 1982, 567) was dit negatief. Het eerste geval betrof de Coca-Cola-employé Sjouwerman die kratten via een openstaand keldergat versjouwde, waarin de café-bezoeker Duchateau tuimelde; het tweede een ziekenhuis dat geen extra verpleeghulp had klaarstaan om bij een bloedprik in een zeldzaam geval de patiënt in een appelflauwte op te vangen. De kosten van deze voorzorgsmaatregelen waren respectievelijk: gering en aanzienlijk.

Wij hebben hier met rechtseconomie-avant la lettre te maken. Dat viel mij op toen ik het bij rechtsekonomen veel besproken criterium van de Amerikaanse rechter Learned Hand tegen kwam, dat uit een arrest van 1947 stamt. De zorgvuldigheidsplicht wordt bepaald door: 1. de waarschijnlijkheid dat het ongeluk zal plaatsvinden; 2. de ernst van de verwonding die opgelopen kan worden; 3. de kosten om voorzorgsmaatregelen te nemen ter voorkoming van een dergelijk ongeval.¹¹⁵ Het is of men het *kelderluik*-arrest leest!

Bij het in kaart brengen van gevarenkringen en het vaststellen of er sprake is van een gevarengemeenschap spelen de verhaalsmogelijkheden een belangrijke rol. Daarbij is het 'richesse oblige' vervangen door 'assurance oblige'. Niet alleen in het contractenrecht, ook in het onrechtmatige daadsrecht is de hamvraag: wie is de meest gereede partij om zich tegen het gevaar en de daaruit voortvloeiende mogelijke schade te verzekeren?¹¹⁶ Er is onder rechtsekonomen

114. Vgl. J.A. Maya, *Punitive damages and the mass tort: an insurance alternative to the consequences of multiple liability*, 42 *Syracuse Law Review* (1991), p. 1241. De Amerikaanse wetgever heeft intussen ingegrepen om de hoogte van punitive damages in te perken.

115. Vgl. de geschriften van Posner en Calabresi, opgenomen in: R.L. Rabin, *Perspectives of tort law*, Boston/Toronto, 1976, p. 19; 179 v.; M. Faure en R. van den Bergh, *Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsregulering*, Antwerpen/Apeldoorn, 1989, p. 56 v. Over Justice Learned Hand, een befaamde rechter in New York, is overigens enige tijd geleden een mooie biografie verschenen.

Zie ook L.T. Visscher en H.O. Kerkmeester, Kenbaarheidsvereiste en gewoonte als verweren tegen een aansprakelijkheidsactie: een rechtseconomische benadering, *TMA* 1996, p. 48.

116. Aan het fenomeen aansprakelijkheid en verzekering zijn in de aan mij aangeboden Jubileum-bundel interessante beschouwingen gewijd door enkele auteurs: L. Dommering-van Rongen, *Risico's met een lange staart*, p. 27; J. Spier, *De (on)verzekerbaarheid van*

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

in het internationale circuit een levendige discussie ontstaan wat wijsheid is: partikuliere verzekering, sociale verzekering, combinaties daarvan, fondsvorming, etc. Sommige schrijvers gaan zelfs zover te betogen dat schuld-aansprakelijkheid beter voor slachtoffers is dan risico-aansprakelijkheid.¹¹⁷ Dat lijkt mij weinig aannemelijk, maar dat kan hier niet uitgewerkt worden.

Hetzelfde geldt voor kritische kanttekeningen op de Posner-school, die ook in Nederland een groeiende aanhang heeft. Men is daar overigens al verder gekomen in de gedachtenontwikkeling dan de figuur van de 'cheapest cost avoider', uit de eerste dagen van deze stroming.¹¹⁸

De slachtofferbescherming heeft de laatste decennia baat gevonden bij de algemene ontwikkeling in het onrechtmatige daadsrecht, het de rug toekeren aan het stellen van de schuldvraag en overg aan tot het toerekenen van aansprakelijkheid - eigenlijk: toedelen van aansprakelijkheid - op grond van maatschappelijke opvattingen hoe gevaren in de samenleving en de schadelijke gevolgen ervan gealloceerd moeten worden. Het rechtssysteem wordt voor het probleem gesteld hoe de figuur van 'mass tort' op te vangen; dat kan zowel een groot aantal slachtoffers bij één gebeurtenis betreffen, als bij een aantal, in de tijd gescheiden, soortgelijke gebeurtenissen.

Het is te verwachten dat het rechtssysteem de soepelheid heeft om bevredigende oplossingen voor deze problemen van onze tijd te vinden, die in wezen problemen van alle tijden geweest zijn. Daarbij zal ook de vraag gesteld moeten worden, wat onder 'slachtoffer' verstaan moet worden, of dit altijd een persoon of rechtspersoon moet zijn? In de V.S. is de vraag al opgekomen of bomen 'standing to sue' hebben; meer in het algemeen doet de vraag zich voor, wie voor het milieu en de natuur mag opkomen, en in dit verband, of ekologische schade ook schade is. Het gaan interessante tijden worden, zoals altijd, ook voor de slachtoffers.

9. *Psychisch letsel als vorm van schade*

Degeen die een ernstig ongeval overkomt kan daar lichamelijk letsel aan overhouden, soms zelfs blijvend. Een ongeluk betekent meestal niet alleen een fysieke klap die toegediend wordt, maar ook het krijgen van een stevige emotionele tik. De aantasting van de integriteit van het menselijk lichaam komt altijd als een schok, hetgeen kan ontwaarden in een *shock*, en dan komen wij in de medische sfeer. De geestelijke schok van een ongeval kan even hard aankomen als de fysieke schok, en soms ook blijvende gevolgen hebben. Voor iemand die een ongeluk dat een ander overkomt voor zijn ogen ziet gebeuren, kan dat

aansprakelijkheden, p. 409; J.H. Wansink, *Hoe plotseling en onzeker is de verzekeringsdekking voor milieu-aansprakelijkheidsrisico's?*, p. 451 (Van Dunné-Bundel, 1997).

117. Vgl. Faure en Van den Bergh, t.a.p., p. 530 v.; vgl. ook hun preadvies Ver.v. Burgerlijk recht 1990, *De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid: een rechtseconomische analyse*, Lelystad 1990, pp. 15 v.; 36 v. Het privaatrechtelijke preadvies is overigens van Hartlief en Tjittes; *Privaatrechtelijke aspecten*, p. 55; zie vooral p. 65 v.

118. Zie ook boven, Hfdst. 10, § 2, nr 12, over rechtseconomische aspecten van het aansprakelijkheidsrecht.

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

behalve groot verdriet ook groot psychisch leed tot gevolg hebben. De kans daarop is groter wanneer het geen vreemde betreft die verongelukt, maar een dierbare persoon, partner, ouder of kind. Marietje mocht voor het eerst zelf oversteken naar school, en moeder kijkt van een afstand toe; het leed is niet te overzien als dat fout gaat. In zo'n situatie ontbreekt iedere combinatie met lichamelijk letsel bij de getroffen persoon, omdat men slechts toeschouwer was bij het drama dat zich voltrok. Tenslotte kan er ook sprake zijn van een bijna-ongeluk: men is 'met de schrik vrijgekomen'. Wanneer dat wat versnelde hartkloppingen oplevert, het klamme zweet dat uitbreekt en het happen naar adem, valt de schade te overzien - weer een mooi verhaal bij de borrel van wat die dag overkomen is - maar soms is er meer aan de hand en volgen er psychische klachten. Het voorval hoeft niet eens zo dramatisch te zijn en zich ook niet in een oogwenk af te spelen zoals bij het toeslaande noodlot doorgaans het geval is; er kan ook sprake zijn van een schade die in een geleidelijk proces toegebracht wordt, fysiek of ideëel, met slapeloze nachten en depressieve gevoelens tot gevolg. De fabriek om de hoek die vreemde gassen uitbraakt waarvan de kinderen zo moeten hoesten, het huis of het bedrijf dat langzaam maar zeker door toedoen van derden te gronde gaat, en dergelijke meer. En worden depressies niet binnenkort volksziekte nr 1?

Daarmee zijn wij *in media res*, psychisch letsel als gevolg van een traumatische ervaring, biedt dat mogelijkheden van schadeverhaal? Voor dit onderwerp is het centrale begrip dat van 'schade'; een probleem is hier dat dit een weinig vast omljnd begrip is, waarover bovendien nog de nodige misverstanden heersen. Een tweede begrip waar wij niet omheen kunnen, is dat van 'letsel', een begrip dat minstens zo problematisch is en de jurist naar hulpverleners in de medisch-psychiatrische sfeer doet omzien. Wij zullen het dus moeten hebben over het onderscheid tussen materiële en immateriële schade, en over dat tussen lichamelijk en psychisch letsel.

Het derde begrip dat ons denken hier bepaalt is dat van 'toerekening'; het zal op de achtergrond blijven, maar is niettemin steeds aanwezig. De toerekeningsvraag is van belang bij de vaststelling of een norm geschonden is, waardoor schadeverhaal mogelijk wordt; verder is zij aan de orde bij de vaststelling van de omvang van de schade door middel van de bepaling van het causaal verband, als toerekening naar redelijkheid. Tenslotte vinden wij haar terug bij de mogelijkheid van matiging door de rechter. Het beginsel van de billijkheid (het zusje van de redelijkheid, zoals bekend) komt bij ons onderwerp overigens ook ongeclausuleerd tot gelding, en wel bij de vaststelling van vergoeding van immateriële schade door de rechter, die op grond van art. 6:106, lid 1 BW naar billijkheid geschiedt.

Het is een onderwerp dat de laatste jaren in ons land aandacht krijgt, terwijl het in het buitenland al geruime tijd een grote vlucht genomen heeft.¹¹⁹ Het is

119. Zie voor dit onderwerp: A.T. Bolt, *Kan een shock recht geven op schadevergoeding?*, in: *Begroting van schade, verandering en verzekering*, Congres LSA (Ver. v. Letselschade-Advocaten), Lelystad 1994, p. 21; *Shockschade*, in: *CJHB*, Brunner-Bundel, 1994, p. 9; H.Th. Bouma, *Psychische schade, smartegeld en verplichting tot schadebeperking*, VR 1995, p. 207 (zie ook zijn bijdrage aan de Van Wassenaer van Catwijck-Bundel, 1994); R.J.P. Kottenhagen, *Shockschade: een rechtsgebied in beweging*, NTBR 1996, p. 119; R.P.J. Kottenhagen en P.A. Kottenhagen-Edzes, *Enkele nieuwe schadesoorten, ontstaan tengevolge van milieu-aantasting*,

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

nog volop in ontwikkeling, waarbij rampen (Bijlmer vliegtuigramp, treinongelukken, e.d.) tot een stroomversnelling leiden in het denken van juristen over dit onderwerp. De rechter deed moeilijk in het verleden en eiste een combinatie met lichamelijk letsel, de wetgever keek zuinig bij het ontwerpen van het NBW en zette de deur op een kier voor vergoeding van psychische schade en verzekeraars tenslotte keken de andere kant uit of, zoals altijd, hoogst zorgelijk vanwege de toename van claims die in de lucht zit. Die laatste sector wordt immers meestal de rekening gepresenteerd. Hier moet volstaan worden met een schets van het onderwerp dat, als de tekenen niet bedriegen, ook in ons land een grote ontwikkeling te wachten staat, zeker in de combinatie met medische aansprakelijkheid (beroepsaansprakelijkheid in het algemeen), producten-, milieu- en werkgeversaansprakelijkheid. Bij de verkeersaansprakelijkheid speelde het onderwerp al enige tijd een rol bij de afwikkeling van schade. Bij uitstek een terrein waar de jonge jurist zich op moet oriënteren; de toekomst is al begonnen.

Het begrip schade

Het is wonderlijk gesteld met het begrip schade: een kernbegrip van het verbintenissenrecht, maar stiefmoederlijk behandeld in de doctrine, niet alleen bij ons maar ook in omringende landen. Wij weten eigenlijk nauwelijks wat schade is, en doen maar wat in het verhaalsrecht. Ik overdrijf maar een klein beetje. Maar laten wij eerst eens naar de grondslag van schadeverhaal kijken; wat is het uitgangspunt: dat ieder zijn eigen schade draagt, of dat in beginsel schade verhaald mag worden, indien een dader aan te wijzen is? In ons recht is het uitgangspunt naar men algemeen aanneemt dat ieder zijn eigen schade dient te dragen; verhaal van schade op een ander is slechts mogelijk indien sprake is van een norm die geschonden is waardoor dit verhaal mogelijk wordt.¹²⁰ Een andere stelsel is ook denkbaar en wordt ook wel verdedigd, en soms in de praktijk gebracht, op beperkte gebieden. Een bekend voorbeeld is hier de Accident Compensation Act 1974 in Nieuw-Zeeland, een regeling voor alle vormen van schade als gevolg van ongevallen, waar ook overkomen (weg, ziekenhuis, werk, huis, etc.). In sommige landen of deelstaten kent men vergelijkbare stelsels voor het verkeersrecht (blikshade, soms gecombineerd met letselschade).¹²¹

Het uitgangspunt van ons recht ten aanzien van schadeverhaal heeft tot gevolg dat het verhaal van schade op derden uitzondering is, en het dragen van de eigen schade regel. Dat past ook goed bij onze wat Calvinistische volksaard (althans boven de rivieren), 'men moet niet klagen, maar dragen'. Daarin is overigens snel verandering aan het komen, bij schade is het een tweede natuur van de

in: Van Dunné-Bundel, 1997, p. 229. Men zie met name de laatste twee artikelen voor verdere lit.

De beschouwingen die hier volgen zijn een uitgewerkte versie van mijn gelijknamige bijdrage aan: *Bijzonder letsel. Aansprakelijkheid voor psychisch letsel en psycho-somatische gevolgen van letsel*, Congres LSA 1995, Lelystad 1995, p. 51.

120. Zie Deel 1, Hfdst. 6, § 2, nr 2. De begrippen schade en schadevergoeding vindt men behandeld in nr 1.

121. Voor een bespreking hiervan wijs ik naar de behandeling van verkeersaansprakelijkheid, onder § 5.

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

Nederlander geworden om om zich heen te kijken op wie hij zich kan verhalen, en indien niemand zich meldt, ontstaat een natuurlijk gevoel dat de overheid of een daarmee gelieerd fonds zich over het slachtoffer moet ontfermen. Het zijn hier niet alleen de ‘Amerikaanse toestanden’ die mogelijk inspiratie bieden; de verzorgingsstaat lijkt onderhand in het algemeen bewustzijn opgenomen te zijn. Ik constateer slechts een fenomeen, en onthoud mij hier van een oordeel. Wat hiervan zij, een gemakkelijk te trekken conclusie is dat de meeste schade onvergoed blijft, *niet-verhaalbare schade* is, ook wel ‘normale schade’ genoemd, of ‘een algemeen levensrisiko’. Dat kan aan de aard van de schade liggen, maar ook andere oorzaken hebben: er is geen derde aanwezig die verhaal biedt, of hij is er wel maar de geledeerde ziet om allerlei redenen van het zoeken van verhaal af. Meestal is er geen verzekeringsdekking aanwezig.

Ik geef het kenmerk van *verhaalbare schade*: er is bij het toebrengen van de schade een rechtsnorm geschonden die mogelijkheid tot verhaal biedt, en bovendien is er een partij te vinden die verhaal biedt. Hier is soms sprake van verzekeringsdekking, first party- of third party-verzekering. Ik zal van beide categorieën voorbeelden geven, die doorgaans met elkaar sporen. De moraal van het verhaal - ik geef die bij voorbaat, omdat wellicht het nut van deze exercitie niet direkt in het oog springt - is enerzijds dat het overgrote deel van schade die men kan ondervinden rechtens onvergoed blijft. Anderzijds blijkt uit dit overzicht dat sommige vormen van schade in de loop der tijd in de categorie verhaalbare schade terechtkwamen, om uiteenlopende redenen. Het is van belang om die dynamiek te signaleren in verband met ons onderwerp psychische schade, die traditioneel in de categorie niet-verhaalbare schade thuishoort.

Voorbeelden van niet-verhaalbare schade:

- (moordende) concurrentie
- ontslag dienstbetrekking
- ondeugdelijke medische ingreep
- opzegging duurovereenkomst
- beëindiging overeenkomst
- afgebroken onderhandelingen
- wanprestatie debiteur, met beroep op overmacht
- onrechtmatige daad, met beroep op overmacht/schulditsluitingsgrond
- bedrijfsongeval
- belediging, aantasting goede naam
- schending privacy
- verbreking relatie (‘trouwbelofte’).

Het laatste onderwerp, als curiositeit vermeld, is in ons recht al lang geleden uit de wet verdwenen, in het franse recht gebeurde dat echter pas in de jaren vijftig. Hier volgt een lijstje van de andere categorie.

Voorbeelden van verhaalbare schade:

- oneerlijke concurrentie
- onredelijk ontslag
- medical malpractice

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

- opzegging in strijd met goede trouw
- wanprestatie
- onrechtmatige daad
- onrechtmatig afgebroken onderhandelingen
- bedrijfsongeval, art. 7:658 BW (art. 7A:1638x oud BW)
- belediging, aantasting goede naam, art.6:162/106 lid 1 BW
- schending privacy, idem.

Vergelijking van beide lijsten leert allereerst dat in de eerste categorie veel ‘dingen van de dag’ staan, die nu eenmaal gebeuren en men te nemen heeft zoals het is. ‘De één zijn brood, is de ander zijn dood’, heet het niet voor niets, waarbij men zowel aan de supermarkt kan denken die het bakkertje op de hoek wegdrukt, als aan de bedrijfsongevallen die letterlijk en figuurlijk gebeuren en slachtoffers eisen. In de tweede categorie biedt het recht wel verhaalsmogelijkheden aan de gelederde, die soms de wet achter zich heeft, maar meestal een beroep op jurisprudentie moet doen die voor zijn verhaalsaktie steun biedt. Daarmee doemt het procesrisiko op: ‘gelijk hebben is nog niet gelijk krijgen’. De gelederde moet de bereidheid hebben om dat risico te nemen, en ook de middelen hebben om het te dragen, en bovendien moet de derde goed voor zijn geld zijn, dat wil zeggen: verhaal bieden (of voldoende verzekerd zijn). Sommige vormen van aansprakelijkheid worden duur bevochten in procedures tot voor de hoge raad, en leiden vervolgens tot de ontginning van een geheel nieuw rechtsgebied, zoals bijvoorbeeld medische aansprakelijkheid. Was een fout van een arts voor een vorige generatie een gegeven dat bij het leven hoorde - waar gehakt wordt vallen nu eenmaal spaanders - in deze tijd ligt dat bepaald anders en wordt steeds vaker de arts voor zijn fout aansprakelijk gesteld.

Er zijn nog andere oorzaken te noemen voor de omstandigheid dat door een gelederde geen verhaal gezocht wordt in gevallen die daartoe naar geldend recht wel aanleiding zouden geven. De procesdrempel die niet genomen wordt, uit onkunde of lijdzaamheid; overwegingen van coulance, het instandhouden van relaties, in de persoonlijke of zakelijke sfeer, men heeft immers nog langer met elkaar te maken. ‘Je moet de hand die je voedt niet bijten’. De hoge proceskosten staan vaak niet in verhouding tot het belang van gelederde, ‘wie pleit om een koe, legt er één op toe’ (en vaak veel meer dan één). Verder kan men ook denken aan de invloed van de no-claim korting op het gedrag van verzekerden.

De slotsom is derhalve, dat indien men psychisch letsel naast fysiek letsel en vermogensschade in het algemeen stelt, het op zich niet uitzonderlijk zou zijn wanneer men het standpunt zou innemen dat psychisch letsel onvergoed dient te blijven in ons recht. Dat is om uiteenlopende redenen in de praktijk met de meeste overige schade ook het geval. Uiteraard is dit geen argument om te betogen dat psychisch letsel buiten schadeverhaal moet vallen, maar het stemt toch wel tot enige behoedzaamheid bij de beoordeling van de vraag of dat type letsel voor vergoeding in aanmerking dient te komen. Meer werd met deze exercitie niet beoogd.

Bij het bepalen van hetgeen als schade aangemerkt kan worden gaat het derhalve om beleidsvragen, om een ‘policy’, zoals dat tegenwoordig heet. Het woordenboek kan daarbij weinig hulp bieden, tenzij daarin toevallig een

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

betekenis staat die men om rechtspolitieke redenen wil onderschrijven. Met betrekking tot nieuwe vormen van schade, zoals psychisch letsel - en trouwens ook milieuschade, etc. - zal men tevergeefs bij een woordenboek of het spraakgebruik te rade gaan.

De consequentie van de normatieve visie is dat het een vraag van rechtspolitiek is of een bepaald nadeel als schade gekwalificeerd wordt. Een goed voorbeeld is hier het smartegeld, eerst in 1943 door de hoge raad als schadevorm aanvaard (*Van Kreuningen - Van Bessem, NJ 1943, 455*), in navolging van omringende landen waar dit al lang het geval was. Dat gebeurde op grond van de overweging dat vergoeding van ideële schade als 'redelijk en billijk' moet worden beschouwd, hetgeen bij de uitleg van art. 1407 BW bepalend geacht wordt.

Daarmee komen wij op de figuur van immateriële schade, als vorm van schade naast de van oudsher bekende materiële schade. De immateriële schade, ook wel ideële, morele schade, smartegeld of onstoffelijke schade, niet-ekonomische schade genoemd, is de tegenhanger van materiële schade, ook wel bekend als stoffelijke, ekonomische schade, al sinds Romeinse tijden gemeten naar geleden verlies en gederfde winst. De laatste vorm van schade kan een persoon of een zaak betreffen; de eerste slechts een persoon, wij zijn nog niet zover dat een boom die op onrechtmatige wijze omgehakt wordt smartegeld kan vorderen, zij het dat er stemmen zijn opgegaan om bomen ontvankelijk te verklaren in schadeprocedures (het befaamde: 'Do trees have standing?', natuurlijk in de U.S.A.).¹²² Misschien maken de kistkalveren en leghennen ook nog eens iets dergelijks mee, of ondergelopen oude boerderijen. In dit verband dient nog vermeld te worden dat in sommige rechtsstelsels aangenomen wordt dat zaaksschade tot ideële schade kan leiden (vgl. nog onder).

Indien er ruimte zou zijn voor het honoreren van psychisch letsel als schadevorm, zou deze opgenomen kunnen worden in de afdeling immateriële schade. Dat brengt ons op de vraag hoe een dergelijke schade vastgesteld moet worden. Welke criteria zouden hier gehanteerd kunnen worden? Geleden verlies en gederfde winst laten zich op het eerste gezicht niet direkt toepassen. Of keren die oude begrippen hier terug in de vorm van het verlies van bepaalde vermogens waarover men beschikte (zintuigen, verstandelijke vermogens), en het derven van levensvreugde? Dat staat nog te bezien; ik zou allereerst een merkwaardig iets aan de orde willen stellen, namelijk dat het gangbaar is om de scheidslijn tussen materiële en immateriële schade te trekken langs het begrip vermogensschade. Bij materiële schade moet sprake zijn van schade in het vermogen geleden, terwijl dit bij immateriële schade niet het geval is. De paradox is echter, dat in dat laatste geval de schade wel op geld waardeerbaar moet zijn. Dat wordt dan ook vlijtig gedaan, met het curieuze resultaat dat smartegeld tot achter de komma vastgesteld wordt, tot in dubbeltjes en centen. Van Kreuningen vorderde in het arrest van 1943 al ter vergoeding van geleden pijn en gederfde levensvreugde *f* 17.329,20, de rechtbank wees *f* 11.957,56 toe

...

Wij stuiten hier op een typisch trekje van het nieuwe BW, het zeer materialistische beeld dat de wetgever heeft van vermogen en vermogensrecht, in de

122. Zie de bijdrage van E.H.P. Brans, aan Van Dunné-Bundel II, 1997.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

voetsporen van de eerste ontwerper, Meijers. Van hem is de omschrijving afkomstig dat vermogensrecht ertoe strekt om de rechthebbende *stoffelijk* voordeel te verschaffen (art. 3:6 BW). Ook op andere onderdelen van het vermogensrecht treedt die materialistische benadering aan het licht, waarin Meijers sterk afweek van zijn tijdgenoten Scholten en Suijling. Deze aanvaardden al voor de oorlog de maatschappelijke betekenis van zaken, zoals de affektieve waarde die een zaak voor de eigenaar kan hebben.¹²³ Ook het vermaledijde onderscheid tussen goed en zaak, waarop het hele bouwwerk van het huidige BW (Boeken 3 en 5) gebaseerd is, een novum in ons recht dat in 1954 in het Ontwerp-Meijers als volstreekte verrassing kwam, gaat terug op Meijers' voorkeur voor de harde materie. De figuur van 'onlichamelijke zaak' werd door hem in de ban gedaan, hetgeen leidde tot een nieuwe definitie van een 'zaak': namelijk een *stoffelijk* objekt, scherp te onderscheiden van een 'goed', dat onstoffelijk is, namelijk de rechten op zaken omvat. Van Oven heeft al direct in 1955 aangetoond dat dit onderscheid niet deugt: men heeft niet een stoffelijk objekt, bijvoorbeeld een huis, maar *een recht* op dat objekt (huis). Dat leken dat anders zien en juristen dat spraakgebruik gemakshalve overnemen, wil nog niet zeggen dat dit dogmatisch correct is (zie boven Hfst. 8, §1, nr 3).

Tegen deze achtergrond zal het geen verbazing wekken dat de regeling van immateriële schade in art. 6:106 BW weinig bij de tijd is, zoals wij hieronder nog zullen zien. In art. 6:95 BW werd immateriële schade al als 'ander nadeel', naast de normale figuur van 'vermogensnadeel' geplaatst. Of affektieve waarden tot dat 'ander nadeel' behoren zal aan de hand van verkeersopvattingen vastgesteld moeten worden; daarbij geldt dat indien dergelijke waarden in de commerciële sfeer getrokken zijn, ze tot de categorie van immateriële schade gaan behoren. Een vakantie kan plezierig zijn of niet - hetgeen naar nederlandse maatstaven vooral met het weer te maken heeft - maar indien deze vakantie voor veel geld 'gekocht' werd, ligt dit anders. In het engelse recht heeft Lord Denning hier historie gemaakt in het geval van een engelse vakantieganger die een relaxed verblijf met charmante gastvrouwen in Dirndlkleid voorgespiegeld was, dat een afknapper geworden was; de immateriële schade van de vakantieganger werd vergoed. Weer eens een andere vorm van smartegeld.¹²⁴ Ook andere genoegens dienen zich bij krenking voor vergoeding aan: woongenot, gezond milieu, en dergelijke, naast de wat klassiekere genietingen van gezondheid en levensvreugde. Dit is geen gesloten reeks; in Duitsland kent men bijvoorbeeld de figuur van 'Jagdfreude', om maar wat te noemen (een wat antropocentrisch begrip, overigens).

De paradox dat immateriële schade herleid wordt tot op geld waardeerbare schade (niet te verwarren met vermogensschade!) in klinkende munt, brengt ons tot het verschil in normen om beide schadevormen vast te stellen. Is het inderdaad zo dat de 'harde' categorie van materiële schade vergezeld gaat van 'harde' normen, terwijl dit bij de softe sector van immateriële schade om typisch 'zachte' normen zou gaan? Gaat het om concrete schade tegenover *ex aequo et*

123. Zie voor deze materie mijn opstel in de Schoordijk-Bundel, *In het nu wat worden zal*, 1991, p. 45: *Het zakenrecht als open systeem (van verbintenissen)*. Zie ook boven, Hfdst. 8, § 1, nr 6.

124. *Jarvis v. Swan Tours Ltd* (1973), 1 *All ER*, 71. Zie Deel 1, Hfdst.6, §2, nr 2. Het arrest vond in veel common law-landen navolging.

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

bono (met de natte vinger, zeiden de Romeinen) vast te stellen schade? Indien men het terrein van materiële schade overziet, valt direkt in te zien dat dit onderscheid niet in die vorm bestaat, en slechts vloeiend is. Ik wijs slechts op enkele bekende onderdelen van materiële schade: de abstracte schadeberekening (waarbij schade in het vermogen naar gangbare opvatting aan de hand van bestaande marktwaarde bepaald wordt, met in andere zin soms de hoge raad, *Meerstool II*-arrest, 1985)¹²⁵; de berekening van gederfde winst en bedrijfsschade (op het onzekere karakter ervan werd door Barendrecht gewezen¹²⁶); de berekening van inkomstenderving bij invaliditeit, etc., en de kapitalisatie daarvan; de berekening van toekomstige schade. Deze gevallen zijn vaak niet meer dan met veel rekenwerk en formules gelardeerd natte vingerwerk. Daarnaast valt op allerlei oneigenlijke algemene factoren bij de schadeberekening te wijzen, zoals de vergoeding van de kosten van maatregelen om schade te beperken, maatregelen om dreigende schade te voorkomen; de mogelijkheid om onrechtmatig verkregen winst 'af te romen', vergelijk art.6:104 BW.¹²⁷ Dit is een vorm van 'punitive damages' (of 'peine privée' in het franse recht), ook al onder het oude recht bekend. Stel dat een boulevardblad een amoureuze escapade van een lid van het Koninklijk huis met op onrechtmatige wijze verkregen beelden vastgelegd heeft, dan kan de schadevergoeding bestaan in de omvang van de extra winst die het blad met die oplage gemaakt heeft. Hier is dus sprake van 'gederfde winst' in de vorm van af te geven winst, door de dader, wel te verstaan. Dit alles tot meerder heil van de preventiegedachte, die ook al in de schade-omvang te vinden is.

Het begrip letsel

Het begrip letsel vraagt nu onze aandacht. Net als bij 'schade' hebben wij bij 'letsel' te maken met een begrip waarvan men denkt dat bij gebruik een nadere toelichting overbodig is. Men is geschramd, gekneusd, er is bloed gevloeid of iets gebroken, een verwonding van het fysieke gestel die door waarneming te constateren is; de enige vraag die rest betreft de aard en wijze van medisch herstel. Een traditioneel jurist zou zich op het standpunt stellen dat in geval van zuiver psychologische schade geen sprake is van het veroorzaken van letsel.¹²⁸ In veel rechtsstelsels is dat het uitgangspunt, vaal al neergelegd in arresten uit de vorige eeuw: letsel is *fysieke* schade, zichtbaar en aantoonbaar. Het is echter de vraag of dat juist is: kan men niet, evenals in het fysieke vlak, geestelijk een schram, kneuzing of zelfs verwonding oplopen? Heet zo'n verwonding niet in goed grieks een *trauma*, als gevolg van een gebeurtenis die een 'traumatische ervaring' was? Indien men een lidteken in het gezicht krijgt leidt dat tot een verplichting tot schadevergoeding bij de dader, zou wanneer sprake is van een lidteken dat mentaal toegebracht wordt de dader vrijuit gaan? Dat valt niet goed in te zien.

125. Zie Deel 1, Hfdst. 6, § 2, nr 3.

126. J.M. Barendrecht, *Privaatrecht Aktueel*, WPNR 6164 (1995), p. 21. Vgl. ook J.M. Barendrecht en H.M. Storm, *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle, 1995.

127. Zie daarvoor Deel 1, Hfdst. 6, § 2, nr 2, in fine.

128. Zo stelt Bolt het vereiste dat schrikschade slechts voor vergoeding in aanmerking komt indien sprake is van bepaalde *lichamelijke klachten*, t.a.p. (1994); vgl. ook Kottenhagen, t.a.p., p. 120 v.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

De canadese (vrouwelijke) rechter Southin heeft deze gedachte enkele jaren geleden mooi verwoord:

‘What is the logical difference between a scar on the flesh and a scar on the mind? If a scar on the flesh is compensable although it causes no pecuniary loss, why should a scar on the mind be any the less compensable? In both cases, there are serious difficulties of assessment. That has not been allowed to stand in the way of the courts making awards for non-pecuniary losses. Nor has it prevented awards for pain caused by physical injury which is a “bad memory”.’¹²⁹

In het voorliggende geval had een jong meisje bij een auto-ongeluk de dood van haar ouders in de stoelen voor haar meegemaakt; zij was zelf licht gewond geraakt, en kreeg daarvoor \$ 5.000,- schadevergoeding, en voor geestelijk letsel (‘emotional pain’) als gevolg van deze ervaring: \$ 20.000,-.

Wij kunnen dus onderscheid maken tussen *lichamelijk* letsel en *psychisch* letsel; steeds moet daarbij een verder onderscheid gemaakt worden tussen niet-verhaalbare en verhaalbare schade. Het trekken van de grens is ook hier weer de kunst; in beide gevallen gaat het om drie typen schade, in toenemende mate van ernst, namelijk schade als gevolg van:

- stress;
- het rouwproces;
- ‘Post-Traumatic Stress Disorder’ (PTSD).

Van deze schadevormen is de eerste het meest algemeen van aard, men kan van allerlei gebeurtenissen stress-verschijnselen krijgen; in het huidige jachtige bestaan is het werkwoord *stressen* gangbaar geworden (een typisch ‘werkwoord’, trouwens). Niet zo bijzonder dus, tenzij het uitzonderlijke afmetingen aanneemt. Dat geldt ook voor een rouwproces, dat veel onaangename gebeurtenissen begeleidt. Dat kan tot een ‘dip’ leiden, maar ook een langdurige depressie tot gevolg hebben, en dan doemt de schadevraag weer op. Bij het overlijden van dierbare personen is dit een veel voorkomende problematiek, waarbij de gebruikelijke gang van zaken versterkt kan worden indien het overlijden onder traumatische omstandigheden gebeurde. Indien dat laatste niet aan de orde is, kan zo’n rouwproces al zeer ingrijpend zijn. In een NRC-bijlage uit 1995 stond het relaas van Blake Morrison, een engelse dichter die na het overlijden van zijn vader, met wie hij een redelijke goede verhouding had, in een diepe crisis stortte. Hij heeft die crisis weggeschreven in een boek dat een bestseller werd, dus de schade viel wel mee, zou men zeggen. Het curieuze was echter wel dat hij na zijn depressie weliswaar een gelouterd mens was die zijn

129. In: *McDermott v. Ramadanovic Estate*, (1988) 27 *BCLR* (2d) 45, at 53 (Rb. British Columbia); bevestigd door het Court of Appeal in *Rhodes v. Canadian National Railway*, (1990) 75 *DLR* (4th) 248, eveneens door Justice Southin. Het standpunt van Lord Denning in *Hinz v. Berry* (1970) dat slechts ‘recognisable psychiatric illness’ grondslag van schadevergoeding kan zijn (vgl. nog onder) werd in de eerste uitspraak expliciet verworpen.

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

relatie tot zijn vader op orde gesteld had, maar dat zijn dicht-ader dichtgeslibd was: hij zou als proza-schrijver verder door het leven moeten gaan.¹³⁰

Indien stress of een rouwproces uit de hand lopen zijn wij eigenlijk al aanbeland bij de Post-Traumatic Stress Disorder, PTSD, en wordt het menens, ook wat schadeverhaalsmogelijkheden betreft. Ook hier gaat het om grenzen die vloeiend zijn, wat is 'normaal' en wat 'abnormaal'? Een even moeilijk onderscheid als dat tussen 'gestoord' en 'prettig gestoord'. Het is onderhand vrij bekend dat indien men enige tijd aan veel stress-invloeden blootgesteld is, de kans dat men een ernstige ziekte krijgt aanmerkelijk vergroot wordt. Ik herinner mij dat in de jaren zeventig in Californië lijsten bestonden van stress-factoren in het voorafgaande jaar, voorzien van een puntenaantal (verhuizing, ontslag, afbreken van relatie, overlijden van familielid, etc.) en als men bij invulling een bepaald aantal punten scoorde was het vrij zeker dat men binnen een jaar een enge ziekte zou krijgen (ik begrijp van Bakker dat dergelijke lijsten nog steeds gangbaar zijn bij psychiatrisch onderzoek). Het verband tussen psychische en somatische aandoeningen ligt aan een dergelijk onderzoek(je) ten grondslag.

Voor een beschrijving van de figuur van Post-Traumatic Stress Disorder verwijs ik naar Bakker, die overigens van 'Post-Traumatic Stress Syndrome' spreekt, maar het gaat om hetzelfde.¹³¹ In de juridische sfeer kreeg PTSD met name in common law landen grote betekenis, aangezien de rechter voor verhaalbaarheid van psychische letselschade het vereiste stelde dat het moest gaan om een 'recognisable psychiatric illness'. Het engelse standaard-arrest, in veel common law-landen gevolgd, is hier *Hinz v. Berry* (1970). Het opnemen van PTSD in de Amerikaanse Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM) in 1980, en naderhand ook in de International Classification of Diseases (ICD) van de World Health Organisation was in dat verband een belangrijke stap om tot erkenning van dergelijke schade te komen.¹³² In de laatste jaren is echter de regel van *Hinz v. Berry* in de canadese en australische rechtspraak verlaten; de canadese jurisprudentie kwam eerder al ter sprake.¹³³ Daarbij zien wij dat de ontwikkeling in de rechtsopvatting over schade loopt via de erkenning van de

130. Vgl. NRC 20 jan. 1995, het boek heet: *And when did you last see your father?*, Granta Books (Ned. vert. R. Cohen, Nijgh & Van Ditmar). Het werd een bestseller in Engeland omdat veel lezers hun eigen rouwproces bij het overlijden van ouders herkenden.

131. J.B. Bakker, *Psychiatrische aspecten*, in: *Bijzonder letsel*, 1995, p. 17. Voor de juridische betekenis van PTSD zie men: Nicholas J. Mullany and Peter R. Handford, *Tort liability for psychiatric damage*, Sweet & Maxwell, London, 1993, p. 33 v. Dit boek geeft een mooi overzicht van 'The law of 'Nervous Shock'' in common law landen. PTSD, als verschijnsel al honderden jaren bekend, werd pas in 1980 onder deze benaming bekend, en heette tevoren 'post-traumatic neurosis' of 'post-accident syndrome', e.d. Zie ook F.C. Schirmeister, *Amerikaanse toestanden in het schadevergoedingsrecht?*, diss. VU Amsterdam 1996, Lelystad 1996, p. 340 v.

132. De Vietnam-oorlog is hierbij van invloed geweest; geschat wordt dat tussen 500.000 en 1,5 miljoen Vietnam-veteranen lijden aan PTSD. Ook bij rampen ziet men dat 50-80% van de overlevenden PTSD ontwikkelen; bij reddingswerkers is de score ook hoog.

133. Zie voor die ontwikkeling Mullany and Handford, p. 19 v. In de *Hinz v. Berry* zaak ging het overigens om een vrouw die met haar familie op een parkeerstrook langs de kant van de weg een stop gemaakt had voor een picknick. Zij was met een kind aan de overkant van de weg bessen aan het plukken, hoorde een botsing, keek op en zag dat haar man en de meeste van haar acht kinderen overreden werden door een auto (Jaguar), met dodelijke afloop.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

vergoeding voor het lijden van pijn bij lichamelijk letsel naar de vergoeding van het lijden van geestelijke pijn, ook indien geen sprake is van fysiek letsel. Een soortgelijke ontwikkeling is in ons recht te onderkennen. Dat brengt ons op de figuur van 'schrikschade'.

Vergoeding van schrikschade. 'Pre-impact emotional distress'

De vraag of schade als gevolg van een ernstige 'nervous shock' naar nederlands recht vergoed kan worden is niet van recente datum. In de dissertatie van Bloembergen uit 1965 vindt men deze vraag al bevestigend beantwoord, evenals in het proefschrift van Van Schellen uit 1972, met verwijzing naar buitenlandse rechtspraak.¹³⁴ Het is niet mijn bedoeling om uitvoerig op deze rechtsfiguur in te gaan. Slechts enkele kanttekeningen, in het verlengde van de voorgaande beschouwingen.

Het recht ontwikkelt zich aan de hand van rampen, ook op dit gebied, en dat gaat schoksgewijs. De Bijlmer-ramp, het El AL Boeing vrachtvliegtuig met onduidelijke lading dat in 1992 op enkele flatgebouwen in de Amsterdamse Bijlmer neerstortte, is een goed voorbeeld daarvan. Die ramp is nog steeds niet afgewikkeld wat de schadelijke gevolgen betreft en staat nog regelmatig in het nieuws (een greep uit 1997: vrachtbrieven nog niet boven water; staartstuk bleek uranium te bevatten, hetgeen de RLD bekend was, met gevaar voor hulpverleners direct na de ramp, veel bewoners en hulpverleners lijden aan mysterieuze ziekten, etc.). De schade van slachtoffers (bewoners van flats) werd met Boeing en El AL naar maatstaven van Amerikaans aansprakelijkheidsrecht afgewikkeld, waarbij overeengekomen was dat de schadesom naar Nederlands recht op 1/4 van dat bedrag vastgesteld zou worden.

De hoogste schadevergoeding voor psychisch letsel werd, naar ik uit betrouwbare bron vernomen heb, uitgekeerd aan de moeder van twee kinderen die met hen aan tafel zat toen de ramp gebeurde. De kinderen knoeiden met eten en waren echter net voor straf naar de keuken gestuurd om daar hun bord leeg te eten. Na de klap komt de moeder de keuken binnenrennen en ziet dat de achtergevel weggeslagen is, terwijl haar kinderen met brandende kerosine overgoten voor haar ogen in de diepte vallen (schadevergoeding ong. f 1 mln).

In Engeland en de meeste common law-landen werd aan de vergoeding van schrik-schade (*emotional distress*) tot voorkort het vereiste van eigen lichamelijk letsel gesteld. In de V.S. is dat vereiste in toenemende mate verlaten: Mullany en Handford noemen het aantal van 15 staten die in 1988 omgegaan zijn op dat punt.¹³⁵ Opmerkelijk is dat men in Engeland op het gebied van *zaaksschade* heel flexibel is: daar bij voorkomend 'psychiatric damage' wordt wel vergoed, sinds *Attia v. British Gas Plc* uit 1988.¹³⁶ In de Amerikaanse jurisprudentie werd de

134. A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, diss. Utrecht 1965, nr 151; J. van Schellen, *Juridische causaliteit*, diss. Amsterdam 1972, p. 200 v.

135. T.a.p., p. 48 v. Zie ook Kottenhagen, en Schirmeister, t.a.p.

136. Zie Mullany and Handford, p. 47; het ging hier om schade aan eisers huis die leidde tot 'shock and mental distress'. De rechters in Australië en Nieuw-Zeeland volgden dit voorbeeld. Een idee voor huiseigenaren in Limburg of het Land van Maas en Waal bij de watersnoodramp van 1995? Of bij bodemdaling en aardbevingen in het Noorden des lands? Zie voor dit onderwerp: Kottenhagen en Kottenhagen-Edzes, t.a.p., pp. 231 v.; 239, met vermelding van buitenlandse en nederlandse jurisprudentie (o.m. *Steendijkpolder*-arrest (1992) en reeds *Voorste Stroom III* (1937)).

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

regel voor vergoeding van schrikschade van 'bystanders' nader uitgewerkt; dit wordt ook wel weergegeven als de 'nearness, heariness and dearness rule'. De derde die met een ongeluk geconfronteerd wordt dat tot een traumatische ervaring geleid heeft moet in de nabijheid ervan geweest zijn, hij mag het echter ook slechts gehoord hebben, maar het moet iemand betreffen die geliefd is. Dit alles met PTSD tot gevolg. Deze jurisprudentie werd in eerste instantie ontwikkeld in gevallen van verminkte telegrammen met ijselijke boodschap en het onzorgvuldig omgaan met stoffelijke overschotten.¹³⁷

Naar Nederlands recht moeten wij voor de vergoeding van schrikschade te rade gaan bij art. 6:106 BW. Op het eerste gezicht verklaart lid 1 sub *b* van dit artikel dat het ondervinden van lichamelijk letsel vereist is; aan het slot van dit lid wordt echter gesteld: 'of op andere wijze in zijn persoon is aangetast'. Daaruit blijkt dat ook het toebrengen van geestelijk letsel tot vergoeding van immateriële schade kan leiden.¹³⁸ Een probleem levert echter art. 6:108 BW, dat bepaalt dat geen vergoeding van immateriële schade van het slachtoffer of nabestaanden kan gevorderd worden bij overlijden. Hartkamp stelt dat het hierbij irrelevant is of de dood en de daardoor veroorzaakte immateriële schade opzettelijk veroorzaakt werd, de situatie van art. 6:106 lid 1 sub *a*. Naar zijn mening prevaleert art. 108 boven die bepaling (t.a.p., nr 481). Dit komt mij weinig aannemelijk voor; zie in andere zin reeds Bloembergen, t.a.p. Deze materie kan echter hier niet uitgewerkt worden.

Een bijzonder geval van schrikschade doet zich voor wanneer een onheilspellende boodschap overgebracht wordt die naderhand onjuist blijkt te zijn, wat men in de V.S. 'pre-impact emotional distress' noemt.¹³⁹ Een beeldend geval is dat van de californische zaak *Molien v. Kaiser Foundation Hospitals* uit 1980¹⁴⁰; een vrouw krijgt het bericht dat zij aan syphilis lijdt, een diagnose die later onjuist bleek te zijn. Intussen heeft zij ernstig psychisch lijden doorgemaakt en is haar huwelijk stukgelopen. Een vraag die men hier kan stellen, is of het huwelijk niet toch al gedoemd was uiteen te vallen; 'for better and worse' aangegaan, zou het toch tegen een stootje bestand moeten zijn. Hoewel, in Amerika ...

De problematiek van de vergoeding van immateriële schade als gevolg van *zaaksschade* werd aangesneden in het al genoemde arrest *Ontvanger - Bos* (1995)¹⁴¹; de Ontvanger werd aansprakelijk gesteld voor de gevolgen van een door hem gelegd executoriaal beslag dat naderhand ten onrechte gelegd blijkt te zijn, waarbij risico-aansprakelijkheid aangenomen werd. Het beslag op onder meer een pand in de Dorpsstraat te Zorgvlied en een recreatie-bungalow

Onze hoge raad heeft onlangs ook die stap gezet, en vergoeding van psychisch letsel bij zaaksschade in beginsel erkend: HR 13 jan. 1995, *NJ* 1997, 366, nt CJHB, *Ontvanger Dir. Bel. - Bos*, zie nog onder.

137. Men zie voor dit onderwerp Mullany and Handford, p. 48 v.; 267 v.

138. Zie ook Asser-Hartkamp I, nr 466. Zie ook Kottenhagen t.a.p.

139. Die schade kan zich ook voordoen bij een dreigend ongeluk (vliegcrash, bijvoorbeeld) dat door een wonder voorkomen wordt.

140. Mullany and Handford, p. 48 v.

141. Zie boven, nt 135. Het arrest werd door mij besproken in mijn *Kroniek van het vermogensrecht*, *NJB* 1995, p. 1142, waaraan deze passage ontleend is.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

genaamd 'Het Haasje' te Wateren, hetgeen geleid heeft tot verkoop, grijpt de eigenaar zo aan dat hij vergoeding van het door hem ondergane geestelijk letsel vordert. Het Hof Leeuwarden wijst deze vordering af met de overweging dat het psychisch onbehagen van Bos, samenhangend met het lijden van vermogensschade, niet als immateriële schade kan worden aangemerkt. Een handeling waardoor iemand in zijn vermogensrechten wordt aangetast 'zal veelal door het slachtoffer worden ervaren als een aantasting van zijn persoonlijke waardigheid en gepaard gaan met een zich persoonlijk gekwetst voelen, doch zulke verschijnselen van psychische aard kunnen niet worden beschouwd als een aantasting van de persoon, die aanspraak op schadevergoeding geeft'. Een standpunt, zo ruim geformuleerd dat het rijp voor cassatie lijkt, maar het loopt anders. De hoge raad stelt dat het hof niet miskend heeft dat geestelijk letsel van een benadeelde onder omstandigheden aangemerkt kan worden als een aantasting van zijn persoon, doch in casu dat niet aannemelijk geacht heeft. Daarbij is het hof ervan uitgegaan dat in de regel in gevallen als de onderhavige wel sprake zal zijn van 'meer of minder sterk psychisch onbehagen, van zich gekwetst voelen', maar het heeft 'klaarblijkelijk' geoordeeld dat Bos er niet in geslaagd was om, 'in afwijking van deze door het hof aangenomen ervaringsregel', aannemelijk te maken dat het door hem geleden geestelijk letsel grond gaf voor vergoeding van immateriële schade. Het oordeel van het hof, als met feitelijke waarderungen verweven, was niet onjuist of onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering (ov. 5). Uit de weergave in de *NJ* is niet op te maken of men zich over dat laatste moet verbazen (en het EHRM achter de horizon opkomt), maar een kanttekening lijkt wel op zijn plaats.¹⁴²

Het belangrijkste van dit arrest is dat de hoge raad vergoeding van immateriële schade bij vermogensschade (dus geen letselschade) in beginsel toestaat. Dat is een hele stap, en ook rechtsvergelijkend bezien geen voor de handliggende zaak. Niettemin kan men bij de 'ervaringsregel' van het hof een vraagteken zetten, want ook hier zal toch ook de regel van toepassing zijn dat 'de dader het slachtoffer heeft te nemen als hij het aantreft'? Dat wil zeggen: de predispositie van de gelederde voor psychisch letsel komt niet voor zijn eigen rekening, maar voor die van de schadetoebrengeende partij. In het arrest *Ziekenhuis De Heel* (1995) had het hof dat adagium toegepast ten aanzien van de predispositie van Korver voor arbeidsongeschiktheid; in cassatie verwijst de hoge raad bij zijn bespreking van dit onderdeel naar het arrest *ABP - Van Stuivenberg* (*NJ* 1989, 751) waar die regel neergelegd is, maar komt aan de behandeling van de klacht om technische redenen niet toe. Terug naar de Ontvanger-zaak, gezien het bestaan van deze regel lijkt het mij zeer de vraag of de feitelijke rechter, wanneer de gelederde aan zijn stelplicht voldaan heeft, diens beroep op vergoeding van immateriële schade zonder motivering kan verwerpen. Indien het om de gedwongen verkoop van dierbare zaken gaat, en men de risée van het dorp geworden is, is het niet ondenkbaar dat iemand hier een geestelijke klap van oploopt.

142. Bos had zelfmoordpogingen gedaan en was twee keer in een ziekenhuis opgenomen geweest.

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

Een uitstekend voorstel om psychisch letsel te regelen werd onlangs gedaan door Kottenhagen. Ik laat zijn voorstel hier volgen, hetgeen ook als samenvatting van dit onderdeel kan gelden.

‘Schrikschade komt voor vergoeding in aanmerking, indien aan de volgende voorwaarden is voldaan:

1. Schrikschade dient vergoed te worden, ook in die gevallen waarbij er voor het slachtoffer geen sprake is van angst voor het oplopen van lichamelijk letsel. Confrontatie met de directe gevolgen van de calamiteit kan onder omstandigheden voldoende zijn. Dit beginsel beoogt te voorkomen, dat het ‘zone of danger’ criterium in de rechtspraak gehanteerd gaat worden. Overigens dient hierbij niet de eis gesteld te worden dat het om een dodelijk ongeval gaat.
2. Wanneer eiser een tweede graad slachtoffer is, komt schrikschade voor vergoeding in aanmerking als hij kan bewijzen dat er een nauwe band van genegenheid bestaat tussen hem en het slachtoffer. Het lijkt niet zinvol om in dit verband een limitatieve opsomming van eventueel gerechtigden te hanteren, zoals dat bijvoorbeeld in Louisiana en Australië gebeurt, maar dat van geval tot geval nagegaan wordt in hoeverre aan deze eis wordt voldaan. Recentelijk is deze opvatting ook in Nederland verdedigd door zowel Bolt als Bouma.
3. Wanneer eiser het gestelde onder 2. niet kan bewijzen, dan kan schrikschade toch voor vergoeding in aanmerking komen onder de volgende voorwaarden:
 - a. wanneer eiser een toevallige passant is, dan dient schrikschade vergoed te worden indien deze het redelijkerwijze toe te rekenen gevolg is van de confrontatie met de calamiteit;
 - b. wanneer eiser als reddingswerker opgetreden is en in die kwalificatie bedoelde schade heeft opgelopen, dan dient deze schade vergoed te worden indien deze het redelijkerwijze toe te rekenen gevolg is geweest van de confrontatie met de calamiteit; hierbij kan rekening worden gehouden met de vraag of eiser als vrijwilliger of als professionele reddingswerker is opgetreden;
 - c. wanneer eiser onvrijwillig zelf betrokken raakt bij het verongelukken van een ander of op redelijke gronden aanneemt dat de ander verongelukt is, dan komt schrikschade voor vergoeding in aanmerking indien deze redelijkerwijze aan een ander is toe te rekenen.
4. Wanneer schrikschade ontstaat bij eiser bij het vernemen van het ongeval van iemand met wie hij een nauwe band van genegenheid bezit door een derde, dan kan hiervoor aansprakelijkheid ontstaan voor de veroorzaker van de calamiteit. De berichtgever kan zelf aansprakelijk worden gesteld door het doen van onjuiste mededelingen of door het op onzorgvuldige wijze van presenteren van het bericht.¹⁴³

Vergoeding van gederfde levensvreugde

Tenslotte nog enkele opmerkingen over de problematiek van de vergoeding van gederfde levensvreugde, die vaak zo problematisch is. Hoe bepaalt men eigenlijke wat bij geestelijk letsel precies gederfd wordt aan levensvreugde? Is dit een vorm van abstracte schadeberekening? In hoeverre spelen factoren als aanleg en omstandigheden een rol, en wat is de plaats van kansberekening hier?

143. Kottenhagen, t.a.p., p. 125 v. Zie voor een kritisch commentaar hierop: S.D. Lindenberg, *Schrik, onrechtmatigheid en schade*, *RmTh* 1997, p. 178. Vgl. ook: Kottenhagen: *Vergoeding van immateriële schade: een rechtsgebied in stroom-versnelling?*, *NTBR* 1998, p.13; *Recente rechtspraak inzake Shockschade, Letsel & Schade* 2000, p.4.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Uit het genoemde artikel van Bakker blijkt dat ook in zijn discipline weinig harde normen beschikbaar zijn (vgl. de AMA-richtlijn en de vier klassen die genoemd worden).¹⁴⁴ Als dat de situatie in de psychiatrie is, hoeven de juristen zich niet zo te generen over de ‘soft law’ die zij te bieden hebben.

In het bestek van dit boek is geen ruimte om dit thema uit te werken. In omliggende landen worstelt men eveneens met de wijze van vaststellen van de ‘préjudice d’agrément’, alias de ‘loss of amenities of life’.¹⁴⁵ Ik zou willen wijzen op de toepassing van de figuur uit het franse aansprakelijkheidsrecht van ‘perte d’une chance’, die met name bij medische aansprakelijkheid tot ontwikkeling gekomen is.¹⁴⁶ Men zou kunnen nagaan welke kansen het slachtoffer voor een voortzetting van zijn beroep gehad zou hebben gedurende een bepaalde tijdsperiode, en kunnen berekenen welke kansen verloren zijn gegaan als gevolg van de traumatische gebeurtenis die hij onderging bij het ongeval dat zich voorgedaan heeft. Een kans is immers in rechte op geld te waarden; wij kennen die zienswijze bijvoorbeeld bij afgebroken onderhandelingen - de kans op het welslagen ervan, het sluiten van het contract - en waarom zou men op het terrein van onrechtmatige daad niet een soortgelijke gedachtengang kunnen volgen? Hier liggen naar mijn gevoel nog interessante mogelijkheden.

Conclusie

Ter afronding een citaat uit het boek van Mullany en Handford, dat zo’n bron van informatie op dit gebied bleek te zijn:

‘Broken minds have always been greeted with a scepticism which contrasts sharply with the sympathy generated by broken bones. To many, the fact that an injury does not manifest itself overtly or exhibit outward signs of its effects casts serious doubts on its existence’ (p. 21).

Ik hoop aangetoond te hebben dat voor het gebied van psychisch letsel geldt, in de woorden van Lord Macmillan in een arrest uit 1943: ‘there are elements of greater subtlety than in the case of an ordinary physical injury’.

Recente ontwikkelingen

De problematiek van psychische schade lijkt de laatste jaren alleen maar in een stroomversnelling gekomen te zijn. De rechtspraak heeft met sprekende gevallen heel wat los gemaakt ten aanzien van het onderwerp shockschade. Zo bijvoorbeeld in 2002 het *taxibus*-arrest, het voorval van een vijfjarig kind dat op

144. Zie Bakker, t.a.p., pp. 18 v., 22 v; Schirmeister, t.a.p., p. 338.

145. Zie voor het franse recht G. Viney, *Traité de droit civil V, Obligations, Responsabilités: effets*, Paris, 1988, nr 144 v. Voor het duitse recht: Esser/Schmidt, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, Heidelberg, § 31. Voor het engelse recht: Kemp and Kemp, *The quantum of damages*, London, 1986, 3-001.

146. Zie voor die materie: Viney, *Traité de droit civil IV, Responsabilité: conditions*, Paris, nr 370 v.; E.H. Hulst, *Grondslagen van milieu-aansprakelijkheid*, diss. Rotterdam 1993, p. 395 v. A.J. Van, *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit*, diss. Rotterdam 1995, p. 261 v. A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, diss. Tilburg 1997, p. 107.

§1. DE GRONDSLAGENKWESTIE

een woonerf door een achteruit rijdende taxibus gegrepen wordt en haar gealarmeerde moeder in shock geraakt wanneer zou het kind van straat optilt en onverwacht met de afgrijselijke verwonding van het meisje geconfronteerd wordt. Zij kan die schok niet van zit afzetten en heeft van het ongeluk blijvend psychisch letsel opgelopen.¹⁴⁷ Het onderwerp heeft veel aandacht gekregen met als thema's 'wrongful life' en 'wrongful birth', zaken die doorgaans herleidbaar zijn tot medische fouten. Een wetsvoorstel affectieschade is verschenen, als een reactie op de maatschappelijke commotie op dit gebied. Ik verwijs voor deze materie naar de behandeling van medische aansprakelijkheid, in Hoofdstuk 12, § 11, nr 3.

147. HR 22 febr. 2002, *NJ* 240, *taxibus*, waarover Kottenhagen, Vergoeding van shock schade *NTBR* 2002, p.182.

DEEL B. DE BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN NAAR GELDEND EN WORDEND RECHT

§ 2. Aansprakelijkheid voor zaken naar het oude recht, art. 1403 lid 1 oud BW, en naar geldend recht, art. 6:173 BW

A. HET OUDE RECHT

1. *Het standpunt van de doktrine inzake art. 1403 lid 1 oud BW*

Allereerst een schets van de in de literatuur gangbare opvattingen over het karakter van de aansprakelijkheid voor zaken ex art. 1403 lid 1 oud BW. Na hetgeen al in § 1 naar voren gebracht werd, kan de behandeling hier kort zijn. Wij zagen dat sinds het begin van deze eeuw het overgrote deel van de schrijvers zich voor risico-aansprakelijkheid uitgesproken heeft, veelal in navolging van de franse rechtspraak en doctrine. De rechtspraak van de hoge raad was, nadat in 1859 nog uitgegaan was van een vermoeden van schuld, op de gewone schuld aansprakelijkheid gebaseerd, en het college heeft dat standpunt in 1979 nog eens bevestigd (vgl. nog onder).¹ Niettemin bleef de meerderheid van de schrijvers de risico-aansprakelijkheid voor zaken aanhangen. In de vooroorlogse handboeken was dit het algemene standpunt, aldus Van Brakel, Suijling en Asser-Scholten (*Zakenrecht* - naar gangbare opvatting valt ook onroerend goed onder art. 1403)²; van de naoorlogse handboeken verbintenissenrecht valt Pitlo te noemen, terwijl Rutten in zijn bewerking van de Asser-serie het tussenstandpunt van omkering van de bewijslast inneemt, evenals H. Drion in diens bewerking van Hofmann.³ Zoals al eerder opgemerkt werd, is in de handboeken niet uit de verf gekomen hoe groot het aantal voorstanders van de gevaarzettingsleer op dit punt is. Het is in ieder geval zeer opmerkelijk dat de hoge raad, bij een dergelijk tableau van de doktrine, in 1979 zijn kop in de wind gooide en de oude schuld-aansprakelijkheid bleef omarmen, nog wel zonder enige argumentatie. In zo'n geval verdient een dergelijk arrest om die reden reeds geen gezag, en dient het uiterst zorgvuldig geanalyseerd te worden, en strikt uitgelegd te worden. Dat zal hieronder nog gebeuren.

Intussen had de lagere rechtspraak met de leer van de hoogste rechter leren leven door, zoals zo vaak, zijn toevlucht in een feitelijke waardering van de omstandigheden te zoeken, die een grondslag bood voor een vermoeden van schuld, met als consequentie omkering van de bewijslast.⁴ De hoge raad had, zoals wij zagen, zelf die weg gewezen, in 1881 (voor onroerend goed) en vooral in 1929 (voor roerende zaken), de zaak van de hijskraan die op de loop ging. Bij die rechtspraktijk sloten Rutten en Drion zich aan, en trouwens ook de ontwerpers van Boek 6 (NBW), in 1961. Een mooie tussenweg tussen de franse en de nederlandse jurisprudentie, merkt Rutten op.⁵ De laatste schrijver stelt niet

1. Men zie voor die oudere rechtspraak Asser-Rutten II, 1968, p. 499 v.; 6e dr. (1983), p. 166 v.

2. Vgl. Asser-Rutten II, 1983, p. 170.

3. Hofmann-Drion-Wiersma, 1959, p. 244.

4. Zie boven, § 1, nr 5. Vgl. al Hugo de Groot's omschrijving van deze figuur als 'misdaet door Wet-duydingh'.

5. Asser-Rutten II, 1968, p. 500; 1983, p. 167.

§2. AANSPRAKELIJKHEID VOOR ZAKEN

het vereiste van een intern gebrek aan de zaak, en haalt daarmee Schut links in, aangezien deze voorstander van gevaarstelling in het algemeen, het vereiste van 'schuld van de zaak' stelde.⁶ Een *vermolmde* boom zou in die optiek onder de regeling van 1403 lid 1 oud BW vallen; hiertegen brengt Rutten in, terecht, dat ook een *gezonde* boom onder dit artikel moet vallen (vermoeden van schuld, weliswaar). Ook Pitlo voert overigens de omgevallen boom als voorbeeld op, maar de crux is bij hem het *niet kenbare gebrek* aan de boom, waarvoor de eigenaar heeft in te staan, als zijn risico.⁷ In 1870 heeft de hoge raad zich al eens over deze casus uitgesproken, in de donkere periode van rechtsvorming, en toen het vereiste gesteld dat de schade een gevolg moet zijn van verzuim of nalatigheid. In veel gevallen valt daarmee hout te hakken, met die benadering bedoel ik, aangezien de vermolming meestal kenbaar zal zijn, bij goed onderhoud. Er vallen in onze tijd nog steeds bomen om, zware stormen zijn geen uitzondering, zoals begin 1997 weer bleek. Toch zijn het in de sfeer van art. 1403 lid 1, 'de zaken die men onder zijn toezicht heeft', zelden natuurproducten maar meestal industriële producten of constructies. Uit de bespreking van de jurisprudentie zal dat blijken.

2. De rechtspraak inzake aansprakelijkheid voor zaken

Wat de oudere jurisprudentie betreft, is voor sommige schrijvers het *graan-silo*-arrest uit 1918 een baken.⁸ In deze zaak ging het om giftige gassen die uit een lading graan vrijgekomen waren; de hoge raad hanteerde hierbij een subjectief schuldbegrip. Er is echter door Pitlo en anderen op gewezen, dat hier de aansprakelijkstelling niet het bedrijf, maar de arbeiders in kwestie betrof. Als het eerste het geval was, zou het zeer de vraag zijn of de procedure dezelfde afloop gehad zou hebben.

Een beter uitgangspunt daarentegen, althans in mijn optiek, is het *acetyleen-cylinder*-arrest uit 1933. De casus was deze. Loos had in het kader van zijn bedrijf een tweedehands acetyleen-cylinder verhuurd, die bij gebruik ontploft was, vanwege een ondeugdelijke vulmassa. Een lasser, Zootjes, raakt daarbij ernstig gewond. Het gebrek was een inwendig gebrek van de zaak, dat pas na een ingrijpend onderzoek aan het licht zou kunnen komen. Loos verweert zich met het argument dat hij de cylinder niet kon onderzoeken, aangezien daardoor het apparaat verder onbruikbaar zou worden. Slechts de fabrikant kan dat, steekproefsgewijs, bij een serie apparaten doen. Dit verweer maakt geen indruk op de hoge raad. Loos mist de 'waarborg omtrent de deugdelijkheid van de vulmassa in de cylinder', aangezien hij

'de reeds gebruikte cylinder van een onbekende kocht, waardoor hij niet alleen zichzelf in de onmogelijkheid bracht controle door het nemen van steekproeven toe te passen, maar hij ook in de persoon van de verkoper niet de minste waarborg bezat, dat de cylinder tot een behoorlijk

6. Schut, diss. p. 181; Asser-Rutten II, p. 502, resp. p. 169.

7. Pitlo-Bolweg, 1979, p. 345.

8. HR 7 juni 1918 *NJ* 709. Zie over dit arrest ook Pitlo-Bolweg, p. 324, en in dezelfde zin J.J.M. van der Ven en Meijers. Het arrest staat hoog aangeschreven bij aanhangers van een klassiek schuldbegrip, zoals Dooyeweerd en Hommes, vgl. de eerste, *Speculum Langemeijer*, 1973, p. 43 (een kritiek op mijn normatieve uitlegmethode).

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

gecontroleerde serie had behoord en dat redelijkerwijze mocht worden aangenomen, dat de vulmassa nog deugdelijk was;

dat verweerder, die het bedrijf uitoefent van fabrikant van zuurstof- en autogenisch las- en snijapparaten, zijnde, naar van *algemene bekendheid* is, voorwerpen die bij ondeugdelijke samenstelling *groot gevaar opleveren* voor hem die zich daarvan bedient, door onder zodanige omstandigheden de acetylenecilinder ten gebruike af te staan, in strijd heeft gehandeld met de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijke verkeer betaamt ten aanzien van een anders persoon of goed, en eiser terecht aan verweerder schuld heeft verweten, *bestaande in de aflevering van de cilinder aan eisers werkgeefster zonder zich vooraf te vergewissen, dat de cilinder van een behoorlijke vulmassa was voorzien* (mijn curs.; HR 6 april 1933 NJ 881, nt EMM).

Het is niet voor niets dat vele auteurs op dit arrest de gevaarzettingsleer of risikoleer doen steunen. Wat is het anders dan iemand een risico toerekenen als hem verweten wordt geen controle uitgeoefend te hebben, die hij niet had *kunnen* uitoefenen omdat het voorwerp dan verloren zou zijn gegaan? Met het in het verkeer brengen van een gevaarlijk voorwerp door een professionele handelaar zonder dat voorwerp op zijn deugdelijkheid te controleren, staat de schuld vast, en daarmee de onrechtmatigheid. Aanhangers van de risikoleer zouden het hoogstens iets anders geformuleerd hebben, zoals wij boven zagen.⁹ In het *moffenkit*-arrest (NJ 1966, 279) neemt de hoge raad hetzelfde standpunt in met betrekking tot de levering van ondeugdelijk moffenkit, vgl. nog onder.¹⁰ Schut leidt uit het *acetyleen-cilinder*-arrest de algemene regel af 'dat het onrechtmatig is zaken in het verkeer te brengen waarvan men niet weet of ze bij normaal gebruik voldoende veilig zijn'. Men ziet hieraan dat dit arrest voor de produktenaansprakelijkheid eveneens van groot belang is, al was dat woord in 1933 nog niet uitgevonden. Een dergelijke regel wordt door velen uit een ander arrest uit dat jaar afgeleid, namelijk het *meerboei*-arrest.¹¹ Meijers gaat zelfs in zijn noot zo ver, als regel te stellen 'dat ieder zich ervan dient te onthouden een ander een voorwerp ten gebruike te geven, dat gevaar voor diens persoon of goederen oplevert'.

Hierboven werd het arrest inzake de *zelfrijdende kraan* al genoemd, uit 1929.¹² Het is goed een nadere blik op dat arrest te werpen. In het geding was het gedrag van de *zaak zelf*, met name de vraag of dat gedrag 'zonder meer dienst mag doen als feitelijke grondslag van een vermoeden van schuld', dat wil dus zeggen, zonder dat schuld van de gebruiker van de zaak vastgesteld is. Veelal wordt gesteld dat de hoge raad die benadering van het hof overgenomen heeft;¹³ op de keper beschouwd, heeft de raad dat 'daargelaten', maar in latere arresten is die grondslag wel met zoveel woorden aanvaard, zoals in de gasontploffingszaak uit 1946.¹⁴

9. Vgl. § 1, nr. 3. Zie over dit arrest: J.J.M. van der Ven, *De zorgvuldigheidsnorm krachtens art. 1401 BW toegepast door den Hoogen Raad*, diss. Nijmegen 1941, p. 121; Schut, *Produktenaansprakelijkheid*, 1974, p.234, en recenter: Van Maanen, Spier en Sterk, *Van schuld naar risico?* In: *Aansprakelijkheden*, NGB-Bundel, 1990, p. 65, op p. 123.

10. Zie § 6, nr. 5, *Produktenaansprakelijkheid*.

11. HR 5 mei 1933 NJ 875, nt EMM; vgl. ook Van der Ven, t.a.p.

12. HR 14 nov. 1929 NJ 1695, zie § 1, nr. 6.

13. Aldus bijv. Veegens, nt NJ 1946, 723, *gasontploffing*, en *Het nieuwe bewijsrecht*, 1973, p. 97.

14. In deze zin ook Schut, diss. p. 174, vgl. ook nog Veegens wat *gasontploffing* betreft.

§2. AANSPRAKELIJKHEID VOOR ZAKEN

Dat de cassatierechter in 1929 al sympathiek tegenover die grondslag staat, blijkt uit het feit dat hij zijn goedkeuring hecht aan de wijze waarop het hof schuld aangenomen heeft. De windstoot, waardoor de kraan op drift was geraakt, had een kracht die in geen 20 jaar voorgekomen was; de fabrikant van de kraan had een weerstandsvermogen op een nog hogere druk gegarandeerd, de machinist had de kraan niet met een ketting vastgelegd omdat hij geen slecht weer verwachtte. Toch gebod de voorzichtigheid om wegens de opkomende wind voorzorgsmaatregelen te treffen, meende het hof.¹⁵

Het arrest van 1929 is toonaangevend geweest; er is heel veel rechtspraak waarin het feitelijk vermoeden van schuld gehanteerd wordt. Hierboven wees ik al op de treffende omschrijving die Veegens eraan gaf: 'sprekende feiten'. Van deze auteur was in haagse cassatiekringen de bijnaam in omloop - n.a.v. zijn initialen 'DJV' - 'De Juiste Visie'. Ook dit had hij scherp gezien.

In de handboeken wordt weinig aandacht aan deze jurisprudentie gegeven, toch loont bestudering de moeite.¹⁶ Men ziet bijvoorbeeld nogal eens een *onderzoeksplicht* aangenomen, in de geest van *acetyleen-cylinder*. Aldus het geval van de *giek* uit 1962, waarbij een gevaarlijke manoeuvre met de giek van een dragline uitgehaald was.¹⁷ In een gevaarssituatie wordt aan het vereiste van voorzienbaarheid van de schade geen betekenis gehecht, zie het arrest van 1967, *beveiliging kraan*.¹⁸ In de lagere rechtspraak van de jaren zestig vindt men deze lijn nog doorgetrokken, eveneens in de traditie van *acetyleen-cylinder*, doordat men namelijk een vermoeden van schuld aanneemt, hoewel vastgesteld wordt dat de gebruiker het gebrek in de zaak *niet had kunnen of moeten constateren*. Aldus bijvoorbeeld het Hof den Bosch in *kabelbreuk dragline*.¹⁹ In een ander geval werd de gebruiker aansprakelijk gesteld omdat hij 'niet kon zeggen welke controle *precies* ten aanzien van het onderwerpelijke instrument plaatsgevonden had', Hof Amsterdam in *grindtrechter*.²⁰

Een opmerkelijk geval van omkering van de bewijslast is verder het arrest van Hof Den Haag, *mandfles zoutzuur*, dat elders al besproken werd.²¹ Dat geldt ook voor het arrest waarmee de hoge raad in 1982 de kroon op het werk zet, namelijk *dorpshuis Kamerik (natronloog)*.²² Zoals bekend, ging het hier om een emmertje met onbekende vloeistof, die naderhand natronloog blijkt te zijn, en

15. Zie over dit arrest ook D. Knijff, *Gebrekkige zaken*, diss. Leiden 1973, p. 51; J.H. Beekhuis, *WPNR* 4293 (1953).

16. Zie voor die rechtspraak, behalve de proefschriften van o.m. Wertheim en Cavadino, ook Van Brakel, 1939, p. 82; Schut, diss. p. 174 v.; Knijff, diss. p. 48-58; idem, aansprakelijkheid behoudens bewijs van overmacht, p. 58-62. Zie ook nog *Onr. daad IV* (Brunner), nr 6 v.

17. HR 13 april 1962 *NJ* 1964, 394; vervolg: HR 26 juni 1964 *NJ* 496.

18. HR 31 mrt 1967 *NJ* 197, nt GJS. Vgl. ook HR 26 mrt 1982, *NJ* 1983, 335, *IBC - Slokkers*.

19. Hof Den Bosch 15 mrt. 1962 *NJ* 491.

20. Hof Amsterdam 13 april 1960 *NJ* 1962, 534; vgl. ook Schut, t.a.p., p. 175.

21. Hof Den Haag 13 april 1973 *NJ* 439, zie boven, Hfdst.11, §2, nr 3.

22. HR 8 jan. 1982 *NJ* 614, nt CJHB, zie uitvoerig boven, Hfdst.11, §nr 3; Hfdst. 10, §2, nr 8. Een voorloper is Rb. Alkmaar 12 juli 1962 *NJ* 1963, 114, *carbid*. Gedaagde had nog niet geheel uitgewerkte carbid in een gesloten emmer aan de vuilnisdienst meegegeven. In de vuilniswagen komt het tot een ontploffing, waardoor een fietser gewond raakt. Onderzoeksplicht door rb. aangenomen. Een nog eerdere uitspraak is Rb. Middelburg 16 juni 1943 *NJ* 1944, 53, *emmer vergif*, m.b.t. een emmer calciumarsenaat (bestrijdingsmiddel) langs de kant van de weg, waarvan een koe gedronken had die daaraan gestorven is.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

schade veroorzaakt bij de vuilnisman die het emmertje in de vuilniswagen werpt. De uitspraak staat in het teken van de aangescherpte zorgvuldigheidsplicht van degeen die een emmertje met onbekende vloeistof klaarzet voor de vuilnisophaaldienst. Vereist wordt het weten of een gegronde reden hebben om aan te nemen dat de vloeistof ongevaarlijk is - met andere woorden, een *onderzoeksplicht* - of anders de emmer onder controle houden en waarschuwen voor een 'mogelijk gevaarlijke vloeistof' - met andere woorden een *waarschuwingsplicht*. Dit zijn niet anders dan eisen gesteld aan de gebruiker/eigenaar van een zaak, namelijk het emmertje met vloeistof. Daarmee is dit arrest naar mijn mening ook een uitspraak over *aansprakelijkheid voor zaken*. Men is immers nog eigenaar/gebruiker van de zaak in kwestie, tot het moment dat ze overgenomen wordt door de vuilnisdienst. Gesteld dat men hierover anders zou oordelen, en de zaak reeds als een *res derelicta* zou willen aanmerken wanneer het op de stoep gezet wordt, dan zou men kunnen betogen dat de opvatting van de hoge raad, gegeven voor een zaak waarvan men afstand gedaan heeft, *a fortiori* zou gelden voor een zaak die zich nog wèl in de macht van de eigenaar/gebruiker bevindt, in zijn tuin of huis. Daar is immers de band tussen hem en de zaak veel sterker, evenals zijn verantwoordelijkheid in verband met die zaak.

Het arrest is een van de meest geciteerde precedents op het terrein van de milieu-aansprakelijkheid geworden, en is door enkele lagere rechters overgenomen, zoals vrijwel letterlijk in de *Shell Gouderak-zaak*.²³ Daarmee heeft het *dorpshuis Kamerik*-arrest een veel ruimere betekenis gekregen dan een uitspraak over het omgaan met huisvuil dat afgegeven wordt aan de gemeente.

Ik sta hier zo lang bij stil, omdat velen van mening zijn dat de hoge raad met het arrest van 1979, *Van der Lee-Broere*, de risico-aansprakelijkheid voor zaken, en zelfs de omkering van de bewijslast, in de ban heeft gedaan. Aldus indertijd, met nadruk (stemverheffing, haast), Vranken.²⁴ De tilburgse hoogleraar neemt niet alleen het standpunt in, dat naar geldend recht, *vide* het arrest van 1979, bij aansprakelijkheid voor zaken het schuldbeginnsel geldt, en zelfs geen omkering van de bewijslast, maar is bovendien van mening dat in het gehele onrechtmatige daadsrecht slechts sprake is van aansprakelijkheid indien het om een *kenbaar gebrek en gevaar* ging, waarbij kennen gelijk gesteld dient te worden met 'kunnen kennen', en dus behoren te kennen. Die regel aanvaardt hij niet alleen voor het recht in het verleden - milieuvuiling in de jaren zestig, bijvoorbeeld - maar ook voor het heden, en zelfs voor de toekomst. Ga er maar aan staan! Dat heb ik gedaan in mijn repliek, die echter, blijkens Vrankens naschrift, weinig indruk op hem gemaakt heeft.²⁵ Ik refereer hier, zoals wel meer,

23. Rb.Rotterdam 9 okt. 1987 TMA 98, nt Van Dunné, *Staat/Gem Gouderak - Shell*. Vgl. ook Rb.Amsterdam 31 mei 1989 TMA 1990, 59, nt Koeman, *Staat - Duphar* (Volgermeerpolder); deze zaak was de inzet van de polemiek tussen Vranken en mij, vgl. § 1, nt 1 v. De beperkte lezing die Vranken aan *dorpshuis Kamerik* geeft, wordt bestreden door Van Maanen c.s., 1990, p. 126. Voor hof en HR liep het anders af, zie: HR 30 sept. 1994, waarover onder, § 7, nr 7.

24. Zie boven, p. 1, nt 1; in dezelfde zin ook zijn boek *Mededelings- informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, 1989, p. 157. Als Vranken overigens ook Brunner, in *Onr. daad IV*, en div. schrijvers van de jongere generatie, zoals Braams, diss. 1989 p. 311 v. Daarentegen achten Van Maanen c.s. (p. 34, nt 2), p. 117; 125 v; het arrest van 1979 'weinigzeggend'.

25. Zie de al genoemde polemiek, § 1, nt 2.

§2. AANSPRAKELIJKHEID VOOR ZAKEN

aan het oordeel van de oplettende lezer. Gezien het uiterst principiële karakter van dit debat, en het maatschappelijk belang dat ermee gemoeid is - alleen al voor de milieu-aansprakelijkheid vele miljarden euro's - leek het mij goed hieraan aandacht te geven.

3. *Vervolg. Het arrest Van der Lee-Broere (1979). Een 'misleading case'*

Dan nu een bespreking van het arrest *Van der Lee-Broere*, alias *vinylacetaat*. Het betreft een kettingbotsing op de grote weg waarbij een tankauto van Broere betrokken is, die met het zeer ontvlambare vinylacetaat geladen is, welke vloeistof als gevolg van de botsing tot ontbranding komt. Van der Lee lijdt daarvoor schade, en spreekt Broere tot vergoeding daarvan aan, in diens kwaliteit van iemand die een gevaarlijke zaak onder zich heeft. Op die wijze wil hij als eiser profiteren van de risico-aansprakelijkheid die op Broere zou rusten, subsidiair van de omkering van de bewijslast. Gezien de gecompliceerde toedracht van de botsing was het namelijk niet eenvoudig om de schuld van Broere (of diens chauffeur) aan te tonen.

Van der Lee krijgt nul op het rekest. De hoge raad overweegt, na uitvoering de andere cassatiemiddelen besproken te hebben, het volgende:

'In onderdeel IV 2 ... wordt het bestaan van een rechtsregel ingeroepen welke zou inhouden dat degeen die een bijzonder gevaar opleverende zaak - i.c. vinylacetaat - onder zijn opzicht heeft, aansprakelijk is wanneer dat gevaar zich verwezenlijkt, als ware het verwezenlijken van dat gevaar aan zijn fout te wijten. Het bestaan van een zodanige rechtsregel kan naar huidig Nederlands recht niet worden aangenomen. Ook bij schade veroorzaakt door bijzonder gevaar opleverende zaken die iemand onder zijn opzicht heeft, moeten onrechtmatigheid en schuld worden vastgesteld wil aansprakelijkheid kunnen worden aangenomen. Ook de minder vergaande regel van onderdeel IV 3, inhoudende dat degeen die de zaak onder zijn opzicht heeft bewijs zou moeten leveren dat de schade niet door zijn onrechtmatige daad is veroorzaakt of dat hem ter zake geen verwijt treft, kan niet worden aanvaard'.

Men ziet dat eiser de formulering van het middel aan het Nieuw BW, Ontwerp-Meijers, ontleend heeft ('als ware ... aan zijn fout te wijten'). Opvallend is dat de hoge raad geen enkele motivering van zijn standpunt geeft, en volstaat met de mededeling dat 'zodanige rechtsregel naar huidig recht niet kan worden aangenomen'. In een land met een ontwikkeld rechtstelsel zou een dergelijke uitspraak om die reden al weinig gezag hebben. Het is in dit verband van belang, of de conclusie van de a-g meer licht op de zaak werpt, wellicht vindt men daar de argumentatie, waarnaar de raad stilzwijgend verwijst (hetgeen hij tegenwoordig ook uitdrukkelijk doet). Hier wreekt zich, dat a-g Berger een uiterst mager beeld geeft van de stand van rechtspraak en doktrine op dit gebied. Wij zagen al dat de handboeken hem daarbij weinig steun gaven, hetzelfde geldt voor de bundel *Onrechtmatige Daad IV* (Brunner), waarnaar de a-g expliciet verwijst. Onder aanhaling van die bron stelt a-g Berger dat art. 1403 lid 1 oud BW 'algemeen als een uitwerking van art. 1401 beschouwd wordt', zodat schuld en onrechtmatigheid bewezen moeten zijn voor de aansprakelijkheid. 'Art. 1403 lid 1 mist zelfstandige betekenis'; 'ook voor een wettelijk schuldvermoeden is in ons recht geen plaats'. Dat was de voorlichting die de hoge raad kreeg! Ik volsta

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

voor de bestrijding hiervan met een verwijzing naar het literatuuroverzicht en het rechtspraakoverzicht hierboven.

In de literatuur is volop gespeculeerd naar de achtergrond van deze, in wezen niet gemotiveerde, uitspraak van de raad. In zijn noot wijst G.J. Scholten erop, dat de reden van het niet anticiperen op het NBW zal zijn dat de aansprakelijkheidslimieten nog niet vaststaan, en eerst bij AMvB neergelegd zullen worden. In de discussie die hierover is ontstaan na het *stierkalf*-arrest, wordt voor het omgaan/anticiperen in dat laatste arrest doorgaans een argument gezocht in het noemen van artt. 1406 en 1407 oud BW in de *stierkalf*-zaak, waardoor de rechter al de mogelijkheid geboden wordt om te matigen. In zijn conclusie voor *dorpshuis Kamerik* zoekt a-g Franx het verschil tussen beide uitspraken echter in de 'ontwikkeling van opvattingen'. Dat argument wordt alleen maar versterkt door de uitkomst van de zaak waarvoor Franx concludeerde, waaraan ik hierboven zoveel betekenis hechtte: aansprakelijkheid voor onbekende gevaarlijke eigenschappen van een zaak die men onder zijn opzicht heeft, onderzoeks- en waarschuwingsplicht. Inderdaad een nog verder gaande ontwikkeling van opvattingen waarvan de hoge raad in dat arrest blijk gaf.

Dan is er nog iets. Een belangrijke faktor bij de totstandkoming van het arrest van 1979 was de tijd waarin dit gebeurde, met name wat de stellingname ten aanzien van het naderende Nieuw BW betreft. Een arrest hoort nu eenmaal in een tijdsbeeld, daar kan men niet omheen. Het gaat niet aan dat enige jaren, of vele jaren later, uit het oog te verliezen of zelfs bewust naar de achtergrond te dringen. In het onderhavige geval is naar mijn mening van groot belang, dat in de periode rond 1979 een groot optimisme heerste over een spoedige invoering van het nieuwe wetboek. De invoeringsdatum stond geruime tijd op 1980/81; toen ik in 1980 schreef dat men de invoering minstens 5 maar eerder 10 jaar later moest stellen, verklaarden velen mij voor gek (evenals thans trouwens weer het geval is, dat went wel).²⁶ De regeling van de Algemene voorwaarden werd nog echt als een 'voortrein' gezien, mijn scepticisme daarover in diezelfde tijd werd door Hondius kritisch ontvangen. Die trein heeft nooit gereden, zoals men weet, evenmin als andere voortreinen; nu kennen wij 'natreinen' (zoals de regeling van gevaarlijke stoffen). Waar het mij om te doen is, is dat in deze context het heel wel denkbaar is dat de hoge raad, gezien de spoedig op handen zijnde invoering van het NBW, de wetgever niet voor de voeten wilde lopen met invoering van risico-aansprakelijkheid op dit terrein, toch al een gevoelig onderwerp bij tegenstanders van het nieuwe recht in het bedrijfsleven en de balie. Temeer, aangezien de regeling van het NBW voorzien was van limieten, aan te brengen door middel van AMvB's.

De hoge raad heeft geen argumentatie gegeven voor zijn uitspraak, wij kunnen dus niet met enige zekerheid stellen wat de beweegredenen voor de raad zijn geweest om een dergelijk arrest te wijzen. Het is dus een speculatieve

26. Zie mijn opstel in *NJB* 1980, p. 669 (ook in: *Dialektiek rechtsvinding en rechtvorming*, dl 1a, 1984, p. 209). In 1987 stelde ik dat de toen aangekondigde datum van 1990 ook weer met een korrel zout genomen moest worden, minstens 1992 of 1994. (*Advoc. Blad* 1987, p. 125, ook in *Dialektiek r. en r.*, dl 1c, 1988, p. 39). Het werd de invoering per 1992 - weer zo'n magisch jaar, na 1984 (Big Brother), 1988 (150 jaar BW), nu dan het Europese 1992. Zie voor de financiële knelpunten: Van Dunné, Luijten en Stein, *Kosten en tekortkomingen van het Nieuw BW* (Boeken 3, 5 en 6). (Rapport Tweede Kamer), 1990, *Serie Rechtsvinding*, Deel 7.

§2. AANSPRAKELIJKHEID VOOR ZAKEN

beschouwing, die echter opgeroepen is door het ondoorgroendelijke karakter van de uitspraak. Ik laat in het midden, dat naar geldend recht voldoende mogelijkheden bestaan om tot matiging van de omvang van de schadevergoedingsplicht over te gaan, rechtstreeks, of via de weg toerekening in het kader vaststelling van het causaal verband.²⁷

4. *Samenvatting*

Het geheel overziende, kan gesteld worden dat naar het oude recht, gebaseerd op de creatieve toepassing van art. 1403 lid 1 oud BW, in alle geledingen van de rechterlijke instanties, en onder de bezielende leiding van de hoge raad, de aansprakelijkheid voor zaken als *risiko-aansprakelijkheid* gekenmerkt kan worden. Indien men deze uitspraak te ver vindt gaan - op vele terreinen hanteert de hoogste rechter overigens 'redelijke wetstoepassing', dus die is ook hier aan de orde - dan kan men voor 'risiko' lezen: 'bewijs-risiko'. Met andere woorden, omkering van de bewijslast, als grondslag. Maar dat is toch wel het minste, het minimale standpunt dat in de doctrine, handboeken inclusief, al vele decennia's werd ingenomen.

Die aansprakelijkheid vindt haar grens in het beroep op overmacht, zoals standaard is bij risico-aansprakelijkheden in ons recht (aldus overigens ook het franse recht). Daarbij gaat het om overmacht in de zin van *vremde* oorzaak, dat wil zeggen, echt 'vreemd', buiten de risico-sfeer van de gebruiker vallend. Hetgeen de Romeinen al *vis maior* noemden, de Duitsers 'höhere Gewalt', en de Engelsen - steeds hoger - 'Acts of God' en - meer op aarde - 'the King's Enemies'. Men kan de verdere uitwerking hier gerust aan de rechtspraak overlaten, zoals bij overmacht in het algemeen gebruikelijk is. Als de rechter daarbij die risico-gedachte in het oog houdt - excuses voor deze beeldspraak - komt dat wel goed. Indianenverhalen over het franse recht (zie nog onder) zijn ongegrond; als de rechtspraak daar wisselvalligheden laat zien, is het vanwege het de kop opsteken van het schuldbeginsel, naar mijn indruk. Doch dit zijn uitzonderingen in het gehele systeem, en onze jurisprudentie geeft weinig aanleiding om soortgelijke confusie te verwachten. Zie bijvoorbeeld de zaak van de *hijskraan* uit 1929. Hoe streng de rechter hier is, is een kwestie van beleid. Evenals het geval is bij contractuele overmacht,²⁸ kan men daarbij niet om de verzekeringsvraag heen. Hopelijk stond die deur voor de lezer reeds open.

Ook op dit gebied speelt het bewijsrisiko mee, met name bij hetgeen naar frans recht het derde verweermiddel is: handelingen van derden. Als men dat al toestaat - hier geldt immers ook de risico-sfeer - is het aan de gebruiker om dat feit te bewijzen, hetgeen vaak ondoenlijk is. Indien men de overmachtsvraag bij aansprakelijkheid voor zaken in samenhang ziet met die voor dieren en gebouwen, kan men constateren dat in onze rechtspraak het bewijsrisiko meestal bij de eigenaar/gebruiker gelegd wordt (zie nog onder).

Het Nieuwe BW kwam al ter sprake, dan wordt het nu tijd om te inventariseren wat het geldende recht ons op dit gebied gebracht heeft.

27. Zie boven, § 1, nr 6.

28. Voor die materie, zie Deel 1, Hfdst. 6, § 3.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

B. DE AANSPRAKELIJKHEID VOOR ZAKEN NAAR GELDEND RECHT

5. *Overzicht van art. 6:173 BW. De 'tenzij'-formule*

De regeling van de aansprakelijkheid voor zaken naar het nieuwe BW, art. 6:173 BW, was al geruime tijd één van de meest omstreden artikelen van titel 3, onrechtmatige daad. Sinds 1961 hebben wij vier versies gekregen, en nog is de kritiek allerminst verstomd. Het artikel is nog steeds een wangedrocht: alles zit fout en scheef, de grondslag, de uitwerking, de formulering. Het theoretische uitgangspunt is gebaseerd op een anachronistische kijk op het aansprakelijkheidsrecht, afkomstig van de oorspronkelijke schepper, J. Drion, in de stijl van zijn leermeester Meijers. Er is door de ontwerpers geen of onvoldoende rechtsvergelijkend onderzoek gedaan; het was de expliciete bedoeling om te leren van de fouten in andere rechtsstelsels, maar men tuimelde in bekende kuilen. Tenslotte is men oost-indisch doof geweest voor het groeiende koor van critici, ook uit België en Duitsland, en houdt men het been stijf. De Kamer geeft tenslotte weer eens blijk de juridische discussie niet te kunnen volgen en stelt de laatste tekst vast, waarin de meest kromme formulering ('tenzij ook indien') wat gefatsoeneerd was ('tenzij ... indien'). Een tamelijk gênant staaltje van wetgevend onvermogen. In 1989 heeft dit artikel een even curieus broertje gekregen, de opvolger van art. 6.3.2.6, aansprakelijkheid voor 'gevaarlijke stoffen', waarover vele schrijvers al in de pen geklommen zijn: art. 6.3.2.7a NBW (thans art. 6:175), Aanvullend voorstel (en 'na-trein' van het NBW). Het stemt evenmin tot vreugde dat Hartkamp, die het afgelopen decennium deel uitmaakte van het departementale NBW-team, in zijn Asser-bewerking geen afstand kan bewaren en de nieuwe regeling *à tort et travers* verdedigt, en daarbij schrijvers van naam tracht de oren te wassen.²⁹

Men zou kunnen menen dat ik overdrijf, waarschijnlijk uit *dépit*. Wat dat laatste betreft, ik heb mij niet in het koor van tegenstanders gemengd - nog niet - en voel mij niet tekort gedaan. Wat het eerste betreft, refereer ik aan het oordeel van de lezer na kennisname van hetgeen hier volgt. De vakbladen hebben er overigens bol van gestaan in die jaren, met als voorlopig sluitstuk het proefschrift van Braams uit 1989, wiens kritiek een stevige rechtsvergelijkende grondslag heeft.

Het omstreden artikel luidt als volgt:

Art. 173 - 1. De bezitter van een roerende zaak waarvan bekend is dat zij, zo zij niet voldoet aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan de zaak mag stellen, een bijzonder

29. Men zie ook de recensie met die teneur van Van Maanen. *Kwart.Ber.NBW* 1988, p. 24, op p. 28. Schr. acht 'het ontbreken van een kritische houding ten aanzien van de lang niet altijd vlekkeloze bepalingen van het nieuwe recht' een 'verarming'; hij sluit zich aan bij de opmerking van Schut dat de wetenschap niet met handen en voeten gebonden hoort te zijn aan het nieuwe BW zoals dat nu luidt. *Rm Themis* 1987, p. 265, hetgeen niet naar de zin is van Snijders (regerings-commissaris NBW), *NJB* 1987, p. 1315. De recensie van Bloembergen van een vorige druk viel ook kritisch uit, zie *NJB* 1987, p. 631 v. Dat was trouwens niet anders toen Eggens de eerste bewerking van Rutten gerecenseerd had, in de jaren vijftig. Er lijkt een traditie te zijn bij Asser-*Verbintenissenrecht* van een behoudende visie en het niet verstaan van de tekenen des tijds. Nu doet handboek wel aan 'handhaven' denken, maar toch jammer. In het buitenland is dit bepaald anders.

§2. AANSPRAKELIJKHEID VOOR ZAKEN

gevaar voor personen of zaken oplevert, is, wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt, aansprakelijk, tenzij aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling zou hebben ontbroken indien hij dit gevaar op het tijdstip van ontstaan daarvan zou hebben gekend.

- 2. Indien de zaak niet aan de in het vorige lid bedoelde eisen voldoet wegens een gebrek als bedoeld in afdeling 3 van titel 3, bestaat geen aansprakelijkheid op grond van het vorige lid voor schade als in die afdeling bedoeld, tenzij

a. alle omstandigheden in aanmerking genomen, aannemelijk is dat het gebrek niet bestond op het tijdstip waarop het produkt in het verkeer is gebracht of dat het gebrek op een later tijdstip is ontstaan; of

b. het betreft zaakschade ter zake waarvan krachtens afdeling 3 van titel 3 geen recht op vergoeding bestaat op grond van de in die afdeling geregelde franchise.

- 3. De vorige leden zijn niet van toepassing op dieren, motorrijtuigen, schepen en luchtvaartuigen.

Een duitse jurist, hoogleraar en op dit onderwerp gepromoveerd, heeft opgemerkt dat dit artikel nogal 'kompliziert formuleert' is, en dat men als men alleen op de tekst moet afgaan 'eigentlich kapitulieren muss'.³⁰ Het kan de lezer dus vergeven worden, zeker de student-lezer, indien bovenstaande tekst voor hem abracadabra is. Ik zou mij op het eerste lid willen concentreren; het tweede lid beoogt een ingewikkelde afstemming te geven op de regeling van de produktenaansprakelijkheid, art. 6:185 v. BW.

Het gaat om *gebrekkige* zaken, hetgeen niet direkt, maar indirekt gezegd wordt door de wetgever; er is sprake van een gebrekkige zaak, indien bekend is (1) dat die zaak wanneer ze niet voldoet aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden daaraan mag stellen (2) een *bijzonder gevaar* voor personen of zaken oplevert (3), dat zich verwezenlijkt heeft (4). Ik gaf de vereisten voor deze vorm van aansprakelijkheid met cijfers aan. Verdere vereisten zijn dat het om *roerende* zaken gaat, en dat de *bezitter* van de zaak aansprakelijk gesteld wordt. Vrijwel al deze vereisten zijn omstrede, en werden in het verleden bestreden, meestal omdat niet duidelijk is waarom de wetgever afwijkt van de rechtspraktijk in omliggende landen. Zo is naar belgisch en frans recht niet de bezitter, maar de houder, de feitelijke beheerder ('bewaarder'/'gardien', zegt de Belg) aansprakelijk, met interessante varianten wie als 'gardien' beschouwd kan worden.³¹ De aansprakelijkheid kan in die rechtsstelsels ook voor onroerende zaken bestaan (bomen, vloeren, en zelfs wegen en havens). Dit werd trouwens in ons land onder het oude recht (art. 1403 oud BW) eveneens aangenomen in

30. M.R. Will, Einige Bemerkungen zur Reform der Haftung für gefährliche Sachen und Stoffe im künftigen Zivilgesetzbuch der Niederlande, *Kwart. Ber.* NBW 1987, p. 144, op p. 146 (Will is auteur van *Quellen erhöhter Gefahr*, diss. München 1980). Het artikel is een preadvies voor een symposium in Utrecht, dat samen met de andere preadviezen van Braams en Cornelis, en de bespreking door Van Maanen in dat nummer opgenomen is. L. Cornelis, auteur van *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door zaken*, diss. Brussel 1982, struikelde ook over de tekst van het NBW. Zie ook zijn kritiek in De aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken in België en Nederland (art. 6.3.2.5 NBW), *RmThemis* 1987, p. 165, op p. 179. Zware kritiek werd eerder geleverd door J.H. Nieuwenhuis. De grenzen van de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken, *WPNR* 5666 (1983); Nieuws over de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken en produkten, *WPNR* 5771 (1986).

31. Men zie Cornelis, t.a.p., en voor het duitse recht Will. t.a.p. De nederlandse kritiek, o.m. van Beekhuis en Schut, vindt men bij Cornelis besproken.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

doktrine en jurisprudentie.³² Ik laat die zaken rusten, en beperk mij tot de hoofdzaken (genoemde zaken steeds in niet-juridische zin). De echte problemen zitten namelijk veel dieper: waarom is gekozen voor 'gebrekkige' zaken (wat is een 'gebrek'?); niet het gebrek, maar het *gevaar* moet 'bekend' zijn, maar waarom is dat zo? (en wat is hier 'bekend' zijn? Inclusief 'stand van de wetenschap'?). Waarom moet van een 'bijzonder gevaar' sprake zijn (en wat is dat)?

En dan zijn wij er nog niet, het meest omstreden onderdeel van het eerste lid volgt nog: de formule die met 'tenzij' begint: 'tenzij aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling zou hebben ontbroken (1) indien hij dit gevaar op het tijdstip van ontstaan daarvan (2) zou hebben gekend (3)'. Ik gaf weer de vereisten van dit onderdeel met cijfers aan, aangezien de nietsvermoedende lezer er overheen zou lezen. Met die 'vorige afdeling' wordt de gewone aansprakelijkheid uit art. 162 BW bedoeld.

Waar te beginnen in deze rijstebrijberg? Waarom niet bij het eind, de 'tenzij'-formule. De wetsgeschiedenis is hier verhelderend; in de eerste versie (J. Drion) werd hier gesproken van 'als ware het gebrek hem bekend'. Hierboven kwamen wij dit al tegen, en wees ik erop dat hier een 'quasi-onrechtmatige daad' in het geding is, en het hulpmiddel van de fictie. Wij redeneren terug naar de 'gewone' onrechtmatige daad, maar trekken het schuldvereiste daarvan af, en verpakken het geheel in mooi, fictief pakpapier. Niets om van te schrikken, die risico-aansprakelijkheid, het is eigenlijk een soort gewone, schuld-aansprakelijkheid in feestverpakking. Maar ficties staan steeds meer in een slechte reuk - Esser sprak al van de fictie als 'die Krücken des Denkens' - je moet soms roeien met de krullen die je hebt, maar het kan toch beter. In het Gewijzigd Ontwerp van 1976 komt Snijders (regeringscommissaris-NBW) met de constructie: 'tenzij ook indien hij dit gevaar op het tijdstip van ontstaan ervan zou hebben gekend, aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling zou hebben ontbroken'. Geen docent zou zo'n zin in een scriptie laten staan ('onleesbaar, zeg toch wat je bedoelt!'), maar de wetgever heeft zo zijn eigen maatstaven. Na een spervuur van kritiek, van de zijde van onder andere Bolt, Nieuwenhuis en Van Maanen, door de Kamer beleefd aan de minister voorgelegd, komen de ontwerpers met een kleine tekstuele aanpassing, door 'ook' te schrappen en 'tenzij' en 'indien' wat uit elkaar te plaatsen.³³ Maar de kritiek betrof niet slechts de vorm, doch vooral de inhoud van deze zinsnede. Die kritiek werd door de ontwerpers afgewimpeld, maar staat evenwel nog recht overeind.

Wat was de kern van de bezwaren tegen deze 'tenzij'-formule? Zoals Van Maanen, Will en Cornelis in koor opmerken, houdt het artikel aldus geen risico-aansprakelijkheid in, maar een 'in beginsel weerlegbaar vermoeden van schuld/onrechtmatigheid'.³⁴ Door het hypothetische gedrag van de aan-

32. Zie Asser-Rutten II (1968), p. 502 (vgl. ook Asser-Hartkamp III, nr 169 v.).

33. Zie voor de literatuur, ook die inzake de 'tenzij'-regel bij aansprakelijkheid voor dieren, o.m. A.T. Bolt, *Tenzij - ook - indien*, *WPNR* 5729 (1985) en, eveneens kritisch, L. Bier, *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten*, diss. Utrecht 1988, p. 260, onder verwijzing naar Braams en Hondius, *Kwart.Ber. NBW* 1986, p. 43.

De minister houdt de Kamer voor dat men de 'tenzij'-formule 'verkeerd begrepen' heeft, aangezien het hier niet om een fictie, maar om een 'hypothetisch geval' ging (!). Bier merkt op dat zij de formule niet eens verkeerd begrepen heeft, maar helemaal niet begrepen.

34. Zie Cornelis, *RmThemis* 1987, p. 179; Will, t.a.p., p. 146 v.; Van Maanen, t.a.p., p. 148 v.

§2. AANSPRAKELIJKHEID VOOR ZAKEN

sprakelijke bezitter erbij te betrekken geeft de wetgever geen autonome aansprakelijkheidsregel voor gebrekkige zaken. Er is niet langer sprake van een *kwalitatieve* aansprakelijkheid, dat wil zeggen in kwaliteit van bezitter van een zaak, maar van een gewone persoonlijke aansprakelijkheid. Dat was overigens een bewuste keus van de ontwerpers, die deze regeling wilden 'enten' op de algemene onrechtmatige daad. Nieuwenhuis merkt terecht op dat zo'n geënte regeling geen rijpe vruchten kan dragen; om in de beeldspraak te blijven, het is een 'wilde loot', die van onder de entplaats omhoog schiet, en iedere tuinman zal wegsnoeien. Van Maanen sprak van 'op twee gedachten hinken' door de wetgever; bij nader inzien gaat het hier om een doorhinken op één gedachte, namelijk van klassieke schuldaansprakelijkheid als maat der dingen. Op het verkeerde been hinken, derhalve. Uit het eerder betoogde mag blijken dat het hier een tegen de stroom van de tijd oproeien van de wetgever is, nog wel met krukken, zoals wij zagen. Dat blijkt direkt al uit de via lid 2 ingevoegde regeling van de produktaansprakelijkheid, die - ons internationaal opgedrongen - op risico-aansprakelijkheid gebaseerd is. Nu die regeling van kracht is (afd. 3), is het zo wel een vrolijk allegaartje geworden. Bovendien is, zoals Van Maanen terecht aangaf, die afstemming behalve uiterst gecompliceerd, ook innerlijk tegenstrijdig.³⁵

Het verweer van Hartkamp in zijn Asser-bewerking van 1990, kan allerminst overtuigen.

6. *Kritiek op de 'tenzij'-formule. Een alternatieve regeling*

Hartkamp besteedt in zijn laatste druk vele pagina's aan deze problematiek (nrs 158-186), waarbij hij de critici van de nieuwe regeling uitvoerig weerwerk geeft. Hartkamp vereenzelvt zich met het nieuwe BW, om begrijpelijke redenen overigens, maar maakt daarbij dezelfde fouten. De rechtsvergelijkende oriëntatie schiet te kort in diepgang en berust op onjuiste premissen. Dat geldt voor het franse, het belgische en het duitse recht. Wat het eerste rechtsstelsel betreft, maakt Hartkamp al direkt een Freudiaanse misser, door te stellen dat de franse jurisprudentie met de 'fait de la chose'-constructie de risico-aansprakelijkheid aanvaard heeft, die 'de franse doktrine slechts aarzelend heeft willen erkennen' (nr. 159, in fine, met verwijzing naar drie franse handboeken: Mazeaud-Tunc (1970), Weill-Terré (1986) en Viney (1982). Het is echter andersom: de doktrine is vrijwel unaniem pro risico-aansprakelijkheid, met Mazeaud als *dissenter*, en de jurisprudentie is soms wankelmoedig en leunt af en toe tegen de schuldgedachte aan (in geval van gestolen auto's). Zie Viney, nr. 705 (en niet 628 v. waar Hartkamp naar verwijst), die over de gebroeders Mazeaud opmerkt dat hun 'opinion est aujourd'hui isolée' (vgl. ook nr. 660). Zie ook de recentere druk van Mazeaud, bewerkt door Chabas, 7e dr. 1985, met name nr 523, in fine (8e dr., 1991).

Het Freudiaanse in deze uitgljider zit in het vervolg, wanneer Hartkamp opmerkt: 'De aarzeling hield verband met het feit dat ook de notie van schuld een rol is blijven spelen, m.n. bij de uitleg van het begrip 'garde'; zie hierna nr. 183'. In de passage waarnaar verwezen wordt vindt men een bespreking van het

35. Idem. In dezelfde zin Will, t.a.p.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

onderscheid 'garden de la structure' tegenover 'garden du comportement' dat de franse rechtspraak in navolging van de doktrine (Goldman) ontwikkeld heeft. Hartkamp heeft die figuur niet begrepen; zij heeft juist *niet* met het schuldbegrip te maken. Wat daarvan zij - wij komen nog terug op die materie - bij Hartkamp was de wens vader van de gedachte; uit het vervolg van zijn betoog blijkt namelijk dat hij, met de ontwerpers-NBW, de schuldgedachte niet wil loslaten bij de beoogde risico-aansprakelijkheid voor zaken (evenals voor dieren, etc.). Ik weet het, als hem (het NBW) dat verweten wordt, speelt hij de vermoorde onschuld, en meent hij dat niemand het goed begrepen heeft, waarop hij bereid is het stelsel van het nieuwe BW nogmaals uit te leggen. Het blijft echter een langs elkaar heenpraten. De tegenstanders hebben het stelsel best begrepen, zij zijn het er echter *niet mee eens*, aangezien zij, zoals Will het in navolging van Esser noemde, van een 'tweesporige' aansprakelijkheid uitgaan: een zelfstandige, autonome, risico-aansprakelijkheid *naast* de algemene schuld-aansprakelijkheid. Hartkamp kan nu wel met het nieuwe BW hard roepen dat er 'geënt' moet worden, maar die gedateerde visie wordt door alle scribenten niet gedeeld. Wel begrepen, maar niet geslikt.

De kern van de controverse is mijns inzien dat de ontwerpers/Hartkamp enerzijds heel flink roepen dat in deze moderne regeling geen beroep op overmacht/schuld van een derde toegestaan wordt, zoals in het franse en duitse recht, waar het in de rechtspraak dan ook tobben is, anderzijds benadrukken dat er toch een begrenzing moet zijn ('Van Maanen is toch niet in de war met absolute aansprakelijkheid?'). Dat laatste vindt nu plaats via de 'tenzij'-formule, namelijk door de koppeling aan de gewone art. 162-aansprakelijkheid, met haar rechtvaardigingsgronden-verweer, zoals noodweer of overmacht (sic!), regels over schade en causaliteit (p. 152; zie voor de overmacht ook p. 151). Die laatste regels zouden toch wel gelden, zo geeft Hartkamp toe - de crux van het betoog van Nieuwenhuis - maar de mooie 'tenzij'-formule stelt dat 'buiten twijfel', en 'brengt op dit punt zekerheid'. Onze eerbiedige dank, Vader Wetgever! Het is alleen spijtig dat de justitiabelen zo dom zijn dat zij deze milde gift van de wetgever niet begrijpen. En als ze het begrijpen is het lastig dat zij dat niet weten te waarderen. Geen benijdenswaardig beroep, wetgever.

De kritiek op deze regeling zou ik, aanhakend bij genoemde critici, als volgt willen formuleren:

Wetgever, zeg niet op indirecte ('tenzij') maar op directe wijze wat de bedoeling is. In de trant van: 'op deze aansprakelijkheid zijn de (volgende) regels van de algemene aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (art. 162) van toepassing' (aldus o.a. Will).

Wetgever, indien je inziet dat bovenstaande regel overbodig is, schrap hem dan (o.a. Nieuwenhuis).

Wetgever, indien je geen onbegrensde aansprakelijkheid voor zaken wilt aanvaarden, zeg dat dan niet indirect (via 'tenzij' naar rechtvaardigingsgronden-verweer, e.d.), maar direct, door een beroep op overmacht op te nemen.

Wetgever, indien je een algemeen beroep op overmacht teveel ontsnappingsmogelijkheden vindt geven aan de bezitter van een gebrekkige zaak, beperk dan dat beroep door nadere voorwaarden op te nemen. Pleeg

§2. AANSPRAKELIJKHEID VOOR ZAKEN

daarbij eerst wat rechtsvergelijking, het is namelijk een misverstand dat het beroep op overmacht (incl. handelen van derden) niet streng geclausuleerd is in bijvoorbeeld de franse rechtspraak en doctrine.

Wetgever, heb vertrouwen in de rechter bij de toepassing van het artikel, die rechter is niet van gisteren. Hij moet trouwens toch, met grote vrijheid, de causaliteit, schade-omvang, e.d. vaststellen. Hetgeen een bezigheid is die zowel feitelijk als normatief van aard is.

Wetgever, zorg in elk geval voor een leesbare, begrijpelijke wetsbepaling. En Professor Will vraagt of het ook voor buitenlanders begrijpelijk mag zijn, die toch ook met nederlands recht te maken hebben.

Dit verlanglijstje zou ik in mijn schoen bij de haard zetten. Zou de Goede Sint wel komen? Het blijft een kwestie van geloven - hoewel we de hoop en de liefde niet moeten vergeten.

Nog enkele meer concrete kanttekeningen bij het betoog van Hartkamp, als *bouche de la loi*. In zijn betoog struikelt men over stellingen die niet nader geadstrueerd worden en die op z'n zachtst gezegd omstrede zijn. Zo is de hele 'tenzij'-regeling erop gericht dat de schadevergoeding bij deze aansprakelijkheidsvorm in ieder geval *niet hoger* mag zijn dan bij gewone aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad het geval zou zijn (nr. 178). Met Cornelis (*RmTh* 1987, p. 177) begrijp ik niet waar dit op slaat. Ook ontgaat mij waarom de regels van causaliteit en matiging door de rechter eerder ten gunste zullen werken van degenen die buiten schuld aansprakelijk is dan degenen die gewoon onrechtmatig handelt (nr. 181, in fine). In het buitenland is het meestal andersom (*Kausalhaftung*). Als Hartkamp gaat illustreren hoe de 'tenzij'-regeling werkt als begrenzer van de aansprakelijkheid voor zaken door niet *elke* oorzaak van het gebrek voor risico van de bezitter te brengen, neemt hij het voorbeeld van de ontwerpers, de omgewaaide fabrieksschoorsteen. Een fraai voorbeeld, waarover Nieuwenhuis ook al gestruikeld was, terecht. Het mooie van het voorbeeld is, behalve dat het demonstreert dat de ontworpen regeling onwerkbaar is in de praktijk, dat hieruit blijkt dat de ontwerpers/Hartkamp niet aan de risikogedachte kunnen wennen, dat wil zeggen, het centraal stellen van de *kwaliteit* van de bezitter van de gebrekkige zaak, die voor bepaalde risico's heeft op te komen, maar nog steeds het accent leggen bij *het gedrag* van die bezitter. Hier volgt het voorbeeld, met Hartkamp's commentaar:

'Ik citeer de Parl. Gesch. t.a.p.: 'Zo zal bij omwaaien van een fabrieksschoorsteen - ook bij een windkracht die in het algemeen een beroep op overmacht zou kunnen rechtvaardigen - altijd wel een gebrek zijn aan te wijzen dat door de wind aan de schoorsteen is toegebracht, eer zij volledig omstortte. De vraag of de schade door een gebrek van de zaak of door de wind is veroorzaakt, is dan niet zonder nadere maatstaf te beantwoorden. In de hier bedoelde wending ligt een zodanige maatstaf opgesloten: de aansprakelijkheid ontbreekt, als het gebrek zo kort voor de schade is ontstaan dat de aangesprokene ook bij onmiddellijke bekendheid met het gebrek deze schade niet had kunnen voorkomen'. Bij het voorkomen van de schade denke men niet alleen aan het verhelpen van het gebrek zelf, maar ook aan het nemen van maatregelen die het intreden van de schade kunnen voorkomen, zoals het plaatsen van waarschuwingsborden, het afzetten van de omgeving of het buiten gebruik stellen van een defecte machine. Hierbij zal het verschil kunnen maken of de aansprakelijkheid rust op iemand die de zaak onder zich heeft of op een bezitter die de zaak niet zelf gebruikt' (p. 179).

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

De kritiek van Nieuwenhuis was allereerst van praktische aard: het is bijzonder moeilijk om aan te geven wat die 'korte tijd' is, welke maatregelen genomen zouden moeten worden, en wat daarbij als overmacht geldt (zie nader zijn *WPNR*-artikelen uit 1983 en 1986, het laatste als reactie op de MvA). Die onzekerheid leidt tot een hausse in procedures; niet valt in te zien waarom een gebrek enkele seconden voor het omwaaien niet gewoon meeverzekerd zou kunnen zijn voor de bezitter. Zijn meer principiële bezwaren zijn dat dit soort vragen niet aan de orde is bij risico-aansprakelijkheid, 'volkomen misplaatst'. Het gaat om de eisen die men aan een bepaalde zaak mag stellen, als derde, en niet om de vraag of de bezitter het gevaar heeft gekend en had kunnen vermijden.

Hartkamp gaat niet op deze bezwaren van Nieuwenhuis in, en volstaat ermee Nieuwenhuis' beroep op het belgische recht onderuit te halen, met een beroep op Cornelis en op Mazeaud-Tunc (1970!) waarin naar belgisch recht verwezen wordt. Dit kan niet echt overtuigen, alleen al omdat Cornelis zelf het tegendeel betoogt, vgl. *RmTh* 1987, p. 167, 178.

Tot zover een bespreking van het slot van lid 1 van art. 6:173 BW, de 'tenzij'-story. Wij zijn er nog niet, het begin van dit lid is even problematisch: het *bekend* zijn met een *gebrek* in een zaak dat *een bijzonder gevaar* oplevert, ook hier liggen vele voetangels en klemmen bij toepassing van dit artikel.

7. Art. 6:173 BW. 'Gebrekkige zaken' en 'bijzondere gevaren'. Of: de bijzondere gevaren van een gebrekkige regeling

De wetsgeschiedenis van het ontworpen art. 6:173, te beginnen met de Vraagpunten voorgelegd aan de Kamer in 1953, biedt wat de omschrijving van de 'zaken' waarom het hier gaat het beeld van een zigzagkoers, als gold er duikbootgevaar. Inderdaad liggen er gevaren op de loer, die de ontwerpers aanvankelijk onder ogen gezien hebben en getracht hebben te ontlopen. Een mooi overzicht hiervan is te vinden bij Braams.³⁶

Bij de behandeling van Vraagpunt 15, de nieuwe regeling voor aansprakelijkheid voor zaken, is alles nog vrij overzichtelijk, en wordt in samenspraak met de Kamer een koers uitgestippeld. Het vraagpunt luidde:

'Dient de bijzondere aansprakelijkheid, die thans op eigenaars van automobielen rust, op overeenkomstige wijze te worden gelegd op eigenaars van andere gevaarlijke voorwerpen (licht ontvlambare stoffen, wapenen, machinerieën, enz.)?'

Het standpunt van de Kamer werd duidelijk beïnvloed door Beekhuis, die gezien de franse praktijk afraadde om de term 'gevaarlijk' te hanteren bij de omschrijving van zaken. Zijn voorkeur gaat uit naar een algemene regeling waarbij het bewijs van schuld geschrapt wordt terwijl de verdere uitwerking aan de rechtspraak overgelaten zou kunnen worden, gecombineerd met een bijzondere regeling voor bepaalde categorieën van zaken. Een visie die

36. Diss. 1989, p. 15 v., alwaar vindplaatsen.

§2. AANSPRAKELIJKHEID VOOR ZAKEN

opmerkelijk overeenstemt met hetgeen in latere tijd door Stoll naar voren gebracht is in Duitsland.³⁷ De Kamer neemt de suggestie over en geeft de minister in overweging een meer aanvaardbare term te zoeken ter vervanging van de 'gevaarlijke zaak'. Er moet ook een begrenzing komen, een Kamerlid noemt als voorbeeld van zaken die erbuiten zouden moeten vallen de bloempot die van een hoge vensterbank valt of de dakpan die op iemands hoofd valt. Meijers neemt die suggestie over; hij geeft als omschrijving een 'voorwerp dat bij een normaal gebruik een groter gevaar voor derden oplevert dan men redelijkerwijs van het gebruik van een voorwerp mag verwachten'. Als na Meijers' dood het Driemanschap het roer overneemt is er in de ontworpen tekst een verschuiving waarneembaar: in art. 6.3.15 Ontwerp-Meijers (de voorloper van art. 173) wordt gesproken van een zaak, waarvan 'het gebruik een bijzonder gevaar voor personen of zaken oplevert bij aanwezigheid van een of meer bepaalde *gebreken*' (idem art. 6.3.16, inzake stoffen). De ontwerpers stellen hierbij uitdrukkelijk niet uit te gaan 'van het bestaan van een bepaalde categorie zaken die men met 'gevaarlijk' zou kunnen omschrijven'. Als reden wordt gegeven;

'De ervaring in Frankrijk en Engeland heeft geleerd dat deze omschrijving onvoldoende houvast biedt aan de rechtspraktijk, mede omdat in vele gevallen alleen van de begeleidende omstandigheden afhangt of een zaak al dan niet 'gevaarlijk' kan worden genoemd'.

Men herkent in dit laatste de bloempot en de dakpan, waarmee de Kamer kwam aandragen. Niettemin hebben de ontwerpers op hun constructie een schijnbeweging uitgevoerd. Immers, men heeft niet rechtstreeks het begrip 'gevaarlijke zaak' gehanteerd, maar het begrip 'gebrek' ertussen geschoven, en wel een gebrek dat een 'bijzonder gevaar' oplevert. Geen wonder, dat de problemen die men in de franse en engelse rechtspraktijk signaleert, niet uit de wereld zijn. Bij Gewijzigd Ontwerp (1976, Snijders) wordt de huidige tekst voorgesteld, waarin de term 'gebrek' indirect omschreven wordt met 'de zaak die zo zij niet voldoet aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan de zaak mag stellen, een bijzonder gevaar oplevert'.

Bij de introductie van het begrip 'gebrek' in het Ontwerp-Meijers werd gewezen op het overeenkomstige belgische recht, zij het dat daar de regeling voor alle zaken geldt, en niet de 'bijzonder gevaar'-formule gehanteerd wordt.

Het probleem hier is, dat het begrip 'gebrek' even omstreden is als dat van 'gevaarlijke zaak', dat lost dus niets op. Bovendien hebben de ontwerpers beide problematische begrippen gecombineerd. Bij het begrip 'gebrek' stuiten wij namelijk op hetzelfde euvel dat het 'gevaar' kenmerkt: als men het in een technische zin gaat definiëren, is het direct al te beperkt; als men het daarentegen ruim uitlegt is het onbruikbaar omdat het geen grenzen meer aangeeft. Toonaangevend is de uitspraak in het Amerikaanse recht van Justice Traynor:

37. J.H. Beekhuis, Het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Aansprakelijkheid voor gevaarlijke voorwerpen, Vraag 15, *WPNR* 4293 (1953), op p. 209. Een zienswijze die sterk overeenkomt met die van H. Stoll, *Richterliche Fortbildung und gesetzliche Überarbeitung des Deliktsrechts*, 1984. Beekhuis heeft grote invloed op Braams gehad, vgl. diens diss. p. 208, 214, waar hij zich bij Beekhuis aansluit. Zie verder ook nog van Beekhuis, Het ontwerp voor het zesde Boek van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, *Onrechtmatige daad (Titel 6.3)*, *WPNR* 4791-93 (1963), op p. 537 v.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

'No single definition of the defect has proved adequate to define the scope of the manufacturer's strict liability in tort for physical injuries'. Een Amerikaanse auteur leidt hieruit af dat de term gebrek 'has generally not been found susceptible of any general definition'. Men vindt dit aangehaald door Schut, twee jaar voordat het Gewijzigd Ontwerp verscheen.³⁸ Misschien dat Snijders daarom de term weglief en met een omschrijving volstond? Dat lost natuurlijk niets op. Schut wijst er ook op, dat de ruime uitleg van 'gebrek' in de Amerikaanse rechtspraak gangbaar is; een goed produkt kan door een slechte gebruiksaanwijzing van de fabrikant een 'defect' krijgen (idem, p. 14). De zaak kan dan op een verkeerde wijze of voor een verkeerd doel gebruikt worden. Verder ontstaat het probleem dat een produkt naar de gangbare maatstaven van (onvolkomen) techniek niet gebrekkig is, maar niettemin toch gevaarlijk kan zijn (voor sommige categorieën gebruikers). Schut concludeert hieruit dat voor de produktaansprakelijkheid de termen 'gevaar' en 'gebrek' gemeden moeten worden.³⁹ Wij kunnen van die specifieke vorm van aansprakelijkheid voor zaken leren (ik wees eerder al op de samenloop-problemen, naar huidig BW).

Bij een 'gebrekkige zaak' die 'bijzonder gevaar' oplevert, zullen het meestal *de omstandigheden* zijn die licht werpen op de veroorzaking van de schade. Denk aan de bloempot: keurige bloempot, fleurig, niets gebrekkigs mee aan de hand; wel een gevaarlijk projektiel als het van een hoogte naar beneden valt en een schedel treft - de eierschaal-schedel laten wij maar buiten beschouwing, die is voor het strafrecht. Men kan natuurlijk opmerken, dat een bloempot op een dergelijke plaats vastgezet had moeten zijn; er schiet iets tekort aan de plaatsing van dat objekt. Men heeft dan twee mogelijkheden: zoeken naar een gedrag/handeling die onrechtmatigheid vertoont (schuld?); men kan ook het gebrek 'uitbreiden' tot de omgeving, en het omringende onroerend goed/installatie daarbij betrekken. Dat laatste gebeurt met name in het belgisch recht: gemorst ijs op het terras, olievlek op de weg, e.d.⁴⁰ De ontwerpers/Hartkamp willen daar niet aan, hetgeen niet direkt overtuigt. Het zou om een inwendig gebrek van de zaak moeten gaan, dat tegennatuurlijk is, niet om een *plaats* die ongebruikelijk en daardoor gevaarlijk is, zo stelt men.⁴¹

38. G.H.A. Schut, *Produktaansprakelijkheid*, 1974, p. 139; aangehaald wordt Hursh, die zich baseert op Traynor. In dezelfde zin Prosser (idem).

39. Zie echter ook zijn opmerking in *Onrechtmatige daad*, 1985, p. 149, dat zaken *gebrekkig* moeten zijn om onder de NBW-regeling te vallen, want zaken die zonder gebrek al gevaarlijk zijn, vallen buiten de regeling. In dezelfde zin Nieuwenhuis, t.a.p. (1983), p. 587, die het voorbeeld geeft dat cirkelzagen niet onder de regeling vallen, maar gebrekkige cirkelzagen wel. Zie voor een kritische bespreking ('wanneer is een cirkelzaag gebrekkig?' - ik denk zelf in het geval van 'vijf bier voor de zagerij', maar dit terzijde), Bier, diss. 1988, p. 265.

40. Zie voor het belgische recht Cornelis, t.a.p., *RmThemis* 1987, p. 168 v.; hij noemt verder nog gevallen als achtergelaten granaten, winkelwagentjes op parkeerterrein, waterplas op de weg, onder water drijvende balk in een dok. Doorslaggevend voor het overleven van cassatie is het feitelijke oordeel van de rechter, met name dat de abnormale plaats van het voorwerp aanleiding gaf tot een abnormaal kenmerk van de samengestelde zaak.

Het franse recht komt overeen met het belgische; vereist is een plaatsing die 'anormale et irrégulière' is, waarbij de zaak de 'cause génératrice du dommage' is, vgl. Carbonnier IV, nr 108, in fine, en nog Cornelis, diss. 1980, p. 379 v.; 400 v.

41. Asser-Hartkamp III, nr 172. Ten onrechte stelt Hartkamp dat het NBW overeenstemt met het belgische recht, onder verwijzing naar Cornelis. De laatste zegt het tegendeel, zie vorige noot. Zie ook al zijn diss. 1980, p. 75 v., 91 v., 675.

§2. AANSPRAKELIJKHEID VOOR ZAKEN

Wij hebben hier te maken met een variant op het goede produkt met de tekortschietende gebruiksaanwijzing. De zaak is op zich veilig, maar niet op die plaats en onder die omstandigheden. Het mooiste voorbeeld vind ik nog altijd het stuk *zeep*. 'Is zeep een gevaarlijke zaak?' Een negatief antwoord ligt voor de hand, even afgezien van allergische reacties, en zo. Toch is een Amerikaanse astronaut, dus geen oude van dagen, indertijd in de badkamer over een stuk zeep uitgegleden en zo voor vele jaren uit de roulatie geraakt, als een geheel invalide. 'Is zeep een gevaarlijke zaak?' 'Ja, het kan zelfs levensgevaarlijk zijn'. Het is namelijk per definitie 'slippery when wet' - naar zijn aard, anders zou je je er niet mee kunnen inzepen. Als je er dan op trapt, op een plaats die je niet verwacht, of waar de zeep vlak van te voren toevallig terecht kwam, dan ga je onderuit. Ook de eigenaar van de badkamer, indien aangesproken? In Amerika zeker, zegt u intuïtief, maar waarom?, en waarom ook niet? (terzijde: is zeep een 'gevaarlijke stof', omdat het naar zijn aard een 'bijzonder gevaar' oplevert? Doordenkertje).

Een soortgelijk geval, dat al enkele keren tot procedures geleid heeft in een aantal landen, is de spreekwoordelijke *bananeschil* in de winkel of het warenhuis. Ook zo'n zaak die alleen maar gevaarlijk is als zij op een verkeerde plaats ligt. Wat als een bezoeker die schil heeft weggegooid, en het niet een banaan is die uit het schap gevallen is? Is de eigenaar/exploitant van de winkel - wat de Belgen zo mooi de 'uitbater' noemen - aansprakelijk? Degeen die *au fait* is wat het aansprakelijkheidsrecht in omliggende landen betreft, weet dat de rechter deze vraag heel vaak voorgeschoteld krijgt als *causaliteitsvraag*: was het voorzienbaar voor de eigenaar van het warenhuis dat een bezoeker over die schil zou kunnen uitglijden? Men hoeft niet veel fantasie te hebben om dat voorzienbaar te noemen, terwijl bij toerekening naar redelijkheid men kan zeggen dat dit een gevaar is dat redelijkerwijze de exploitant toegerekend kan worden (het winkelend publiek kijkt naar de uitgestalde waren, en niet naar de grond, vergelijk de *kelderluik*-casus op sanitair gebied).⁴² De conclusie moet luiden dat het warenhuis de pisang is.

In Duitsland heeft de hoogste rechter een zelfde gedachtengang gevolgd en geoordeeld dat deze 'Gefahrenquelle' aan het 'Gefahren- und Organisationsbereich des Warenhauses zugerechnet' moet worden.⁴³ Opmerkelijk is dat daarbij van een precontractuele verhouding uitgegaan wordt, met als gevolg dat een aan het contractenrecht ontleende omkering van de bewijslast gehanteerd wordt. Indien gedaagde niet de twijfel kan wegnemen dat alle benodigde voorzorgsmaatregelen door haar personeel getroffen zijn, zo besluit het BGH, komt die twijfel te harer laste.

Bij hantering van het toerekeningsmodel in causalibus niet zo'n ingewikkeld probleem dus; zou dat niet om eenzelfde oplossing vragen bij toerekening bij de aansprakelijkstelling zelve? Dat ligt naar mijn mening nogal voor de hand, mits men bereid is om in risikosferen te denken, en bovendien in het oog houdt wat de doeleinden van het moderne aansprakelijkheidsrecht zijn. Het gaat immers

42. *Kelderluik*, NJ 1966, 136, zie boven, p. 326. In het nog te noemen duitse arrest zegt het BGH met zoveel woorden dat men in een warenhuis niet naar de grond kijkt.

43. Zie BGH 26 sept. 1961 NJW 1962, 31, *Bananenschale*. In deze uitspraak klinkt de leer van Larenz door, 'Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen', *Schuldrecht I*, 1976, p. 303, in ons land door Schoordijk gepropageerd, vgl. BR 1969, p. 69 v.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

niet alleen om het rechtzetten van onrecht door een schadevergoeding aan het slachtoffer toe te wijzen; de *preventie* van mogelijke schade staat even hoog in het vaandel. Het toedelen van risico's op voorhand, kan leiden tot maatregelen bij de bezitters van potentieel gevaarlijke zaken, enerzijds door het nemen van maatregelen om schade te voorkomen, anderzijds door naar een financiële dekking om te zien, door middel van verzekering, waarvan de *kosten weer gespreid* of *afgewenteld* kunnen worden. Het lijken onderhand open deuren die hier met een zwaai geopend worden; aangezien deze deuren niet open lijken te staan - en daardoor geen frisse wind kan waaien - in betogen als dat van Hartkamp, zet ik toch maar wat open.

Simpel gezegd, als men een warehouse aansprakelijk stelt voor schade veroorzaakt door bananeschillen en andere glijstoffen (gevallen ijsjes en wat dies meer zij) zal het bedrijf wel overgaan tot een meer efficiënte schoonmaak, als de verzekeraar dat niet al zal eisen. En als de schil nu net een paar seconden tevoren door een onverlaat weggegooid is? Dat is nu het risico van het vak en daar hebben we nu verzekering voor. Trouwens, in het andere geval zal toch elk warehouse verweer kunnen voeren dat vlak tevoren de betreffende vloer nog schoongemaakt was of dat er gecontroleerd was (naar de mededeling van getuige Ali, respectievelijk de heer De Vries), daar moeten wij niet aan beginnen, als wij niet de aantallen procedures uit de hand willen laten lopen. Zie ook de eerder gemelde casus van de omgevallen schoorsteen en Nieuwenhuis' reactie daarop. Men dient bij dit alles niet uit het oog te verliezen dat extreme schades gematigd kunnen worden, door de werking van 'TNR', 'eigen risico', en dergelijke.

8. *Rechtsvergelijkende opmerkingen*

Ik hield een belangrijke steun voor het hier ingenomen standpunt nog achter de hand, namelijk de visie van de Franse cour de cassation in het standaardarrest op dit gebied, *Jand'heur II*, in 1930 door de gezamenlijke kamers beslist (op zich uniek, omdat iedere kamer zijn eigen jurisprudentie voert). Ik laat die cruciale overweging hier volgen:

'La présomption de responsabilité établie par l'a. 1384, al. 1 à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose inanimée qui a causé un dommage à autrui ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable; il ne suffit pas de prouver qu'il n'a commis aucune faute ou que la cause du fait dommageable est demeurée inconnue; ... la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme; il n'est pas nécessaire qu'elle ait un vice inhérent à sa nature et susceptible de causer le dommage, l'a. 1384 rattachant la responsabilité à la garde de la chose, non à la chose elle-même.'⁴⁴

44. Vgl. Carbonnier IV, nr 107; Braams, diss. p. 72 v.; 79 v.; 205 v., waar men ook de verdere ontwikkelingen in rechtspraak en doktrine behandeld vindt; ondanks oppositie bleef het arrest van 1930 overeind, waarmee de cour de cassation 'het doek heeft laten vallen over dezelfde gevaarlijke zaak 'waarnaar de Nederlandse nieuw BW-wetgever nog steeds streeft', merkt Braams op (p. 205).

§2. AANSPRAKELIJKHEID VOOR ZAKEN

Het gaat vooral om het slot: niet bepalend is het gebrek dat aan de zaak inherent is, naar haar aard, maar de *garde* van de zaak, het onder zijn macht hebben (onze wetgever sprak in art. 1403 oud BW van ‘onder zijn opzicht’). Daarop is die aansprakelijkheid voor zaken gebaseerd, en precies daarom hebben wij geen boodschap aan het hoe en waarom van inwendige gebreken van de zaak, of aan al dan niet bijzondere gevaren die aan de zaak kleven.

Enkele kanttekeningen hierbij. Het ging hier om een aansprakelijkheid voor auto's. Men zou kunnen zeggen, dat dat toch een andere *chose* is dan de algemene aansprakelijkheid voor zaken die hier aan de orde is. Ik zou hier tegenin willen brengen, dat blijkens het Vraagpunt indertijd de automobiel-aansprakelijkheid juist model heeft gestaan voor deze regeling, zoals wij zagen. Een tweede opmerking is, dat de door Hartkamp benadrukte wankelmoedigheid van de franse jurisprudentie inzake risico- en schuldgrondslag van aansprakelijkheid voor zaken, nu juist de aansprakelijkheid van autobezitters betref, te beginnen met de zaak *Franck*, voor de oorlog. Het ging vrijwel steeds om de problematiek van de gestolen auto. Het cour de cassation vond het te ver gaan om de bezitter in zo'n situatie met risico-aansprakelijkheid op te zadelen.⁴⁵ Op de nederlandse jurist mag dit geen grote indruk maken. Onze hoge raad ging al met het *haringstalletje*-arrest van 1968 van een tegengesteld standpunt uit, via de weg van causaliteit. Overigens nog niet in de moderne ‘TNR’-vorm, maar aan de hand van een streng gehanteerd begrip van voorzienbaarheid.⁴⁶ De franse jurisprudentie inzake verkeersaansprakelijkheid zwenkte na de oorlog overigens aanzienlijk heen en weer, vgl. ook de zaak *Desmares* van 1982, waarbij het beroep op eigen schuld van het verkeersslachtoffer verworpen werd.⁴⁷ In 1985 vond men het tijd om dit rechtsgebied in te polderen en werd een wet inzake verkeersaansprakelijkheid van kracht, meer dan een halve eeuw later dan in omringende landen het geval was. Over rechtensrecht gesproken!

Men kan hieruit leren hoezeer de problematiek van risico-aansprakelijkheid verknocht is met die van causaliteit. Wij zagen eerder dat de oudere nederlandse schrijvers, Scholten, Hijmans, en anderen, het gevaarsaspect van een zaak omschreven als de ‘boven het gewone uitkomende kans op nadeel’ of ‘verhoogde kans op nadeel’. In onze tijd is die weg gevolgd door onder meer Schut en recentelijk Braams, terwijl in het buitenland ook Cornelis en Will die richting opgaan.⁴⁸ Tekenend is in dit verband het hanteren van de term ‘causali-

Zie i.h.a. ook nog G.J. Nanas, *La réparation des dommages causés par les vices d'une chose*, 1982.

45. Men zie de beschrijving bij o.m. Carbonnier, nrs 109, sub *b*, 110 sub *f*.

46. HR 2 dec. 1966 *NJ* 1967, 42, nt GJS, het geval van de man die even een harinkje ging happen en zijn auto, met contactsleuteltje erin, neergezet had, tot vreugde van een joyrijder. Bepalend achtte de HR de mate van waarschijnlijkheid die groot genoeg moest zijn om de handeling onrechtmatig te maken, af te leiden uit de omstandigheden.

47. Men zie voor die zaak behalve Carbonnier en Braams, t.a.p., ook Overeem, *Verkeersrecht* 1984, p. 49. In 1987 kwam de franse hoogste rechter overigens al weer terug op *Desmares*, zie de eerstgenoemde schr.'s. Geen echte *démarrage* dus. Zie voor dit onderwerp ook E.H. Hulst, *Grondslagen van milieu-aansprakelijkheid*, diss. Rotterdam, 1993, p. 470.

48. Zie Braams, diss. p. 46 v., 213; Will en Cornelis, t.a.p.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

teitsaansprakelijkheid' door Braams, een echo van de duitse *Kausalhaftung*.⁴⁹ Ik breng in herinnering de vuistregel die in de oudere literatuur en jurisprudentie gehanteerd werd: hoe groter de mogelijke schade die de zaak kan veroorzaken, hoe geringer causaal verband vereist is.⁵⁰ Ook Cornelis geeft veel aandacht aan de relatie tussen gevaar en causaliteit. Hij geeft een sprekend citaat van Deutsch: *Gefahr ist erwartete Kausalität wie umgekehrt Kausalität verwirklichte Gefahr darstellt*.⁵¹

Maar het wordt hoog tijd om af te ronden, en alle kwesties als 'cause génératrice' en het 'fait passif' van de zaak verder aan de liefhebbers over te laten. Wel moet nog ingegaan worden op de vraag welke *begrenzing* aan de aansprakelijkheid voor zaken aangebracht kan worden. Men kan het aan het beleid van de rechter overlaten, zoals Beekhuis al betoogde, waarbij naar modern recht ook gedacht kan worden aan de redelijkheidsnorm van de TNR. Men kan ook, in een poging meer richting aan deze ontwikkeling te geven (en zekerheid?) de begrenzing zoeken in het toelaten van een beroep op overmacht. De bestaande vormen van risico-aansprakelijkheid in de wet kenden dat onder het oude recht als standaardverweer, ook bijvoorbeeld de verkeersaansprakelijkheid van art. 185 WWV (art. 31 oud), die model stond voor de ontworpen regeling, en art. 1405 oud BW, gebouwen. Wij zouden daarbij lering kunnen trekken uit het franse recht, dat namelijk niet zo afschrikwekkend op dit punt is als sommigen menen (zoals Hartkamp).

Het franse recht kent bij de aansprakelijkheid voor het 'fait de la chose' drie verweermiddelen: overmacht, eigen schuld van de geledeerde en handeling van een derde. Het overheersende element, dat wil zeggen, de resterende verweren bepalend, is het overmachtsberoep. Dat wordt zeer eng uitgelegd, veel strikter dan bij de gewone aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Het moet niet alleen omstandigheden of feiten betreffen die *imprévisibles et irrésistibles* zijn, het moeten ook *externe* factoren zijn, die dus niet inwendige eigenschappen van de zaak betreffen. Een echt 'vreemde' oorzaak, derhalve. Zoals gezegd worden dezelfde maatstaven gehanteerd bij de eigen schuld van het slachtoffer en de handeling van derden.⁵² Het doet al met al denken aan de overmachtsgronden van art. 31 WWV: ook daar geen beroep op 'schuld van de auto' (intern gebrek), en men moet rekening houden met onzorgvuldig handelen van het slachtoffer *Jan de Waard*, o.a.). Het gaat erom, vast te stellen welke factoren buiten de risikosfeer van de bezitter van de zaak liggen. In een algemene regeling, zoals die van art. 173 BW, kan men dit algemeen houden; in de bijzondere regelingen die volgen, had men dit voor het specifieke geval van aansprakelijkheid nader kunnen uitwerken. Wat is typisch voor de risikosfeer van een eigenaar van een gebouw (opstal), van een dier, of van een producent? Hierbij zal het niet alleen om de eigenaardigheden van de zaak in kwestie gaan, maar ook om de verzekeringsmogelijkheden of andere dekkingsperspektieven, regres, en derge-

49. Deze term wordt overigens al op de NJV van 1913 gebruikt. Men vindt die causaliteitstheorie behandeld en bestreden door Slagter, *De rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, diss. Leiden 1952, waarbij enkele duitse en franse auteurs de revue passeren, p. 143 v.

50. Zie boven, § 1, nr 5.

51. Diss. p. 669.

52. Vgl. Carbonnier, nrs 108, 110, sub II; Hulst, diss. p. 428.

§2. AANSPRAKELIJKHEID VOOR ZAKEN

lijke. In die laatste categorieën zal men trouwens ook niet zonder het rechtersrecht kunnen, zoals nu al in de praktijk blijkt.

Hieronder komen die aansprakelijkheidsvormen nog aan bod, inclusief het overmachtsberoep. Wat de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen betreft, art. 6:175 v. BW (in 1995 van kracht geworden), de bovenstaande kritiek heeft ook betrekking op die regeling, voor zover die een weerspiegeling is van de onderhavige, art. 173.⁵³ Voor de afwijkende kanten van de gevaarlijke stoffenregeling - onder meer het aanhaken bij de lijst van stoffen ex art. 34 Wet milieugevaarlijke stoffen - wordt naar Braams verwezen.⁵⁴

9. Conclusies

Indien men de regeling die het nieuwe BW geeft voor aansprakelijkheid voor zaken vergelijkt met die van het oude recht, valt die vergelijking niet gunstig uit voor het nieuwe recht. Art. 173 BW roept meer vragen op dan het oplost, en is terecht door veel schrijvers onder vuur genomen. De praktijk wordt met dit artikel voor grote problemen gesteld, waarbij veel vragen door de (hoogste) rechter opgelost zullen moeten worden. Geen aantrekkelijk vooruitzicht als men van het nieuwe recht rechtszekerheid en duidelijkheid verwacht. Bovendien lopen wij zeer uit de pas vergeleken met ons omringende rechtstelsels, in een Europa waar de harmonisatie van het privaatrecht een steeds realistischer idee wordt. Tenslotte is hetgeen het BW biedt inhoudelijk aanvechtbaar en geen verbetering van het bestaande recht, zoals hierboven betoogd werd.

Curieus is, dat naar Nieuw BW de omgewaaide boom niet onder de aansprakelijkheid voor zaken valt, aangezien een boom onroerend is, en bovendien geen opstal.⁵⁵ Daardoor ontstaat een breuk met het oude recht, dat zoals wij eerder zagen tot het oud-vaderlandse en het germaanse recht teruggaat. En waarom eigenlijk? Dat wordt, zoals zoveel in het huidige BW, niet duidelijk.

53. Zie Asser-Hartkamp III, nr 192a v.

54. Men zie Braams' breed opgezette dissertatie, die aan dit onderwerp gewijd is, en verder nog zijn artikel in *Kwart.Ber.NBW* 1990, p. 3, en de artikelen van Wansink en Spier in *Tijdschrift voor Milieu Aansprakelijkheid (TMA)* 1990, p. 65 v.; 73 v. Zie ook E.A. Messer, *Risico-aansprakelijkheid voor milieuverontreiniging in het BW*, diss. Utrecht 1994, dat geheel aan de regeling van art. 6:175 v. gewijd is; meer algemeen, en rechtsvergelijkend: C.H.W.M. Sterk, *Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht*, diss. Tilburg 1994.

55. Zie boven, nr 7; Asser Hartkamp III, nr 169.

§ 3. Aansprakelijkheid voor dieren naar het oude en het nieuwe recht

1. Inleiding. Historische kanttekeningen

Hierboven werd er al op gewezen, dat de aansprakelijkheid voor dieren tot de oudste vormen van aansprakelijkheid behoort die een wettelijke regeling gevonden hebben. Die regelingen worden gekenmerkt door de grondslag van aansprakelijkheid zonder schuld en een limitering van de schadevergoeding. Er zijn opmerkelijke punten van overeenkomst met het moderne recht wat die grondslag betreft; dat lijkt in onze juridische genen opgeslagen te zijn. Als men onze hoge raad, in navolging van het NBW, ziet spreken van ‘het gevaar dat schuilt in de *eigen energie* van het dier en het onberekenbare element dat in die energie ligt opgesloten’ (o.a. *besmette zeug*), dan zijn wij in wezen niet zo ver verwijderd van het romeinse recht dat uitging van een demon die in het dier huisde wanneer het zich *contra naturam* (tegennatuurlijk) gedroeg. Alleen al om die reden is het interessant een blik in het verleden te werpen - ons laagje beschaving is dunner dan wij denken - maar ook om te zien dat deze problematiek van de ‘stotige stier’ of ‘hoornwoeste koe’ en dolle hond van alle tijden is. Het lijkt een wat landelijke materie, *Klaaswaalse koe*, en zo, die via rekreatie en verkeer wat dichterbij de stadsmens gekomen is, maar dankzij bouwvier, dobermann en niet te vergeten pitbull, is deze aansprakelijkheidsvorm tegenwoordig geen provinciaal gebeuren meer.

In de rechtsgeschiedenis is het romeinse recht een betrekkelijk jong rechtsstelsel. In de oudste bekende wetten uit de oud-babylonische beschaving vindt men de aansprakelijkheid voor dieren ook al geregeld. Tot voor kort werden de Wetten van Hammurabi, koning van Babylon (1792-1750 v. Chr.) als oudste codificatie aangemerkt, tot men in 1947 ten zuiden van Bagdad de stadswetten van Eshnunna op kleitabletten vond, uitgevaardigd door koning Bilalama, 250 jaar ouder, dus de 20e eeuw v. Chr. Dergelijke wetten bestonden toen al uit honderden paragrafen, dus niet alleen de bekende regel: ‘oog om oog, tand om tand’, een regel die in die contreien nog steeds in ere gehouden wordt, naar het schijnt. Zie voor die materie mijn Diesrede 1987, in: *De magie van het woord*, ook in: *Dialektiek van rechtsvinding en rechtsvorming*, lc. 1988, p. 136 v., met verwijzing naar M. David, aan wie ook het volgende ontleend wordt.

Aan de ‘stotige stier’ worden bepalingen gewijd in zowel de Wetten van Eshnunna als in die van Hammurabi; zij vertonen grote overeenkomst met de bijbelse wetten die 600 jaar jonger zijn dan de Codex Hammurabi (Exodus XXI). In de eerste wet vindt men in par. 53 de regel: ‘Indien een stier de stier (van een andere man) stoot, zodat die sterft, dan zullen beide eigenaren de waarde van de levende en van de dode stier (onder elkaar) verdelen’. De joodse wet stelt in dit geval dat de eigenaren ‘de levende stier moeten verkopen en zowel de opbrengst als het dode dier verdelen’ (Exodus XXI vs 35). In het volgende artikel wordt verschil gemaakt of de stier voor het eerst stoot of als stotig bekend staat. In dat laatste geval geldt dat de eigenaar van de stotige stier verplicht is de volle waarde te vergoeden.

De wet van Eshnunna zegt vervolgens, par. 54: ‘Wanneer een stier stotig is en de wijkhoofden hebben zijn eigenaar hiervan op de hoogte gesteld, doch zijn stier is door hem niet tot bedaren gebracht en heeft een man gestoten, zodat hij sterft, dan moet de eigenaar van de stier tweederde mine (dat is 40 sikkel) zilver betalen’. Par. 55: ‘Wanneer (de stier) een slaaf gestoten heeft, zodat hij sterft, dan moet hij 15 sikkel zilver betalen’. De Codex Hammurabi is ongeveer in de zelfde zin, terwijl de bijbelse wet daarvan afwijkt; de stier die een mens doodt, moet zelf ter dood gebracht worden evenals de eigenaar van de stotige stier, behalve wanneer de familie van de gedode persoon met een zoengeld genoeg neemt (vs 28-32). Hierbij wordt verschil gemaakt voor het geval de stier voor de eerste keer stoot, dan heeft dit geen gevolgen

§3. AANSPRAKELIJKHEID VOOR DIEREN

voor de eigenaar persoonlijk (aldus ook par. 250 C.H.). Volgens de bijbelse wet moet de stier gedood worden en mag zijn vlees niet gegeten worden. Soortgelijke regels vindt men in de wet van Eshnunna voor schade toegebracht door een dolle hond (par. 56 v.).

Men ziet dat er een verzwaarde aansprakelijkheid is indien het schadelijke karakter van het dier bekend was; indien dat onbekend was, wordt de eigenaar toch aansprakelijk gesteld. Hij draagt het risico voor het gedrag van zijn dier, niet *im Frage* is kennelijk of hem een verwijt gemaakt kan worden wat zijn toezicht betreft. Met de schade staat de aansprakelijkheid vast.

Uit het oude griekse recht is ook een 1404-achtige regel bewaard gebleven, uit het stadsrecht van Gortuna, op Kreta. De wetsteksten waren in muurblokken van de openbare gebouwen gegrift, zoals de gerechtsplaats. Zij dateren uit 450 v. Chr. en zijn maar gedeeltelijk behouden gebleven:

‘... heeft degene, die schade heeft geleden, het recht (degene, die voor de schade verantwoordelijk is,) zijn eigen dier te geven en dat van de ander te nemen. Wanneer degene (die schade heeft geleden) dat echter niet wil, kan hij zich eenmaal de waarde laten vergoeden. Indien hij echter het gekwetste dier niet voorleidt of het dode niet aandraagt of niet toont volgens het wettelijk voorschrift, heeft hij geen vordering. Wanneer echter een zwijn een hoefdier gekwetst of gedood heeft, behoort het zwijn aan de eigenaar van het hoefdier, en het ...’ (dan volgen regels over paarden, ezels, honden, en het getuigenbewijs; ontleend aan: J. Groenendaal, *Inleiding tot de wetgevingstechniek*, diss. Amsterdam 1956, p. 46).

Tenslotte het romeinse recht; het primitieve recht van de Twaalf Tafelen (waarin het ‘oog om oog’ ook te vinden is overigens) kende de *actio de pauperie* als algemene schadevergoedingsactie, waarbij het dier als schadevergoeding overgedragen werd, hetgeen later de waarde van het dier in geld geworden is (*in noxam dedere/sarcire*). Ook kende men in het oude recht al de *actio de pastu*, schade toegebracht door een dier te laten weiden op andermans land. Zoals al opgemerkt werd, moest het om gedrag gaan dat *contra naturam* was, onder demonische invloeden. Vgl. Carbonnier, nr. 106; E. Deutsch, *Jur. Schulung*, 1987, p. 673, met vindplaatsen.

In het oude franse, duitse en ons oud-vaderlandse recht kende men eveneens een risico-aansprakelijkheid voor dieren, vergelijkbaar met het romeinse recht (zie: idem).

2. De regels van oud BW en BW. Uitgangspunten: (a) Wat zijn dieren?

Dan nu het oude recht, en het nieuwe recht, de artt. 1404 oud BW en 179 BW. Deze luiden als volgt:

Art. 1404 oud. De eigenaar van een dier, of degene die zich van hetzelfde bedient, is, zo lang hetzelfde tot zijn gebruik verstrekt, aansprakelijk wegens de schade welke het dier heeft veroorzaakt, hetzij hetzelfde onder zijn toezicht en bewaring, dan wel verdwaald of ontsnapt zij.

Art. 179. De bezitter van een dier is aansprakelijk voor de door het dier aangerichte schade, tenzij aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling zou hebben ontbroken indien hij de gedraging van het dier waardoor de schade werd toegebracht, in zijn macht zou hebben gehad.

Vier vragen komen hierbij aan de orde:

- Wat verstaat men onder *dieren*?
- Wie is aansprakelijk voor dieren?

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

- Op welke wijze moet de schade door dieren ontstaan?;
- Wat is de *grondslag* van de aansprakelijkheid en hoe wordt die uitgewerkt?

De antwoorden op deze vragen lopen ten aanzien van beide bepalingen niet geheel parallel, zoals wij zullen zien. Verder is er een stijgende moeilijkheidsgraad bij de vragen.

De vraag wat dieren zijn lijkt de eenvoudigste, doch ook hier is het zo dat schijn bedriegt. Allereerst gaat het hier enkel om dieren waarbij een eigenaar (resp. bezitter, huidig BW) of gebruiker aangewezen kan worden. Wilde dieren zijn *res nullius*, en vallen er dus buiten. Wat onze vaderlandse wilde dieren betreft, konijnen, reeën, etc. ('grof wild', jawel) kan toch voor schade aansprakelijkheid ontstaan op grond van de Jachtwet. Dan nog de bijenzwerm - die gehouden kan worden - en dan hebben wij het wel gehad. Ook hier staan echter de ontwikkelingen niet stil, wat de invloed van de mens op de natuur betreft. De vraag is namelijk opgeworpen of een bacterie- of viruskweek onder de aansprakelijkheid voor dieren valt. Het Nieuw BW en dus Hartkamp wijzen dit af, met de lakonieke mededeling dat dit geen dieren zijn.¹ Dat is echter een allerminst uitgemaakte zaak, biologisch noch juridisch. In Duitsland is een groeiende groep auteurs van mening dat de risico-aansprakelijkheid voor dieren op mikro-organismen van toepassing is (§ 833 BGB), onder aanvoering van Deutsch.²

Ik zou mij bij deze stroming willen aansluiten. Er staan hier grote risico's op het spel, alleen al als men denkt aan de genemanipulatie, waarover de laatste jaren een intensieve discussie is ontstaan. De gevaren bij ontsnapping van mikro-organismen uit een laboratorium waar ze gekweekt en gehouden worden zijn groot, zowel voor de volksgezondheid als het milieu.³ Als de wetgever gevaarlijke stoffen, die ontsnappen, wel aan een regeling onderwerpt, valt niet in te zien waarom dit niet het geval zou zijn met deze organismen. Er is trouwens sprake van een toenemend inzicht bij beoefenaars van fundamenteel natuurwetenschappelijk onderzoek, dat de grens tussen levenloze en levende materie haast niet meer aan te geven is. Denk aan de beschouwingen van Capra; de oude griekse filosofen zijn weer uiterst aktueel geworden, met hun visie op geest en materie.

Dan nog een andere variant uit de duitse sfeer. Kort na invoering van het duitse BW (BGB) heeft een agrarische lobby gedaan gekregen dat een wijziging werd aangebracht in § 833

1. Vgl. Asser-Hartkamp III, nr 194. Zie ook: L.J. Smale, Is het aannemen van aansprakelijkheid even besmettelijk als een virus of bacterie?, in: '... maar dit geheel terzijde', Van Dunné-Bundel II, Lelystad, 1997, p. 123.

2. Zie R. Overeem, *Aansprakelijkheid voor dieren in binnen- en buitenland, Verkeersrecht (VR)* 1988, p. 451. Vgl. Staudinger, *Kommentar BGB*, 12e dr. 1986, 833, nr 9. Het artikel van Deutsch is in *Juristische Schulung*, 1987, p. 674; vgl. ook *NJW* 1990, p. 751. Een tegengesteld standpunt is ingenomen door G. Brüggemeier, *Deliktsrecht*, 1986, 934 en F. Niklisch, *NJW* 1986, p. 2287. Vgl. ook Abeltshausen, *NJW* 1991, p. 366.

3. De duitse discussie, zie vorige noot, is wat verstomd door het wetsontwerp, en vervolgens wet, inzake genemanipulatie, 'zur Regelung von Fragen der Gentechnik', 11/5622. Hierin is een risico-aansprakelijkheid neergelegd (Kausalhaftung), zonder limieten. Vgl. hierover R. Damm, *JZ* 1989, p. 561; Niklisch, *BB* 1989, p. 1.

§3. AANSPRAKELIJKHEID VOOR DIEREN

BGB, in die zin dat een dier dat beroepsmatig of voor onderhoud gehouden werd niet onder de risico-aansprakelijkheid valt, maar slechts onder schuldaansprakelijkheid met omkering van de bewijslast. Sinds 1908 onderscheidt men derhalve 'Nutztiere' en 'Luxustiere'. Dit privilege is al geruime tijd achterhaald, oordeelde het Bundesgerichtshof in 1986, maar de Duitse hoge raad vond dat het niet op de weg van de rechter ligt om door 'richterliche Rechtsfortbildung' tot een 'Korrektur' van de wet te komen, maar dat dit des wetgevers is, die verzuimd heeft om bestaande voorstellen tot wetswijziging te realiseren (vgl. *N/W* 1986, 2501 v., en Kötz, 7e dr., nr 355). Het Duitse legisme speelt hier parten, dat bij onze burens een veel grotere rol speelt dan bij ons - de 'Paragrafenidioten' zoals dat meesmuilend genoemd wordt. Ook bij de kwestie van de mikro-organismen is dit van invloed; ondanks de consensus die bestaat dat de wetgever van 1900 het probleem nog niet kon kennen, weigeren veel schrijvers de wet ruim uit te leggen, hetgeen onze hoge raad al jaar en dag een 'redelijke wetstoepassing' noemt, in talloze standaardarresten, ook op het onderhavige gebied (*ingeschaarde vaars*). Overigens weegt hierbij voor diezelfde behoudende schrijvers mee, dat een recentere publiekrechtelijke wet, het Bundesseuchengesetz (inzake o.m. het kweken van bacillen en bacteriën) niet voorziet in een civiele aansprakelijkheid. Men zie, pro en contra, de genoemde auteurs. Vgl. voor ons recht nog art. 6:181 BW: de 'bedrijfsmatige gebruiker'.

Indien sprake is van genetisch gemanipuleerde dieren (en planten: sojabonen!) is ook een beroep op art. 6:185 v. BW mogelijk, produktaansprakelijkheid.⁴ Denk aan de stier 'Herman' en het gekloonde schaap 'Dolly'.

Sinds kort, met de invoering van art. 6:175 BW (gevaarlijke stoffen) bestaat er een aansprakelijkheid voor mikro-organismen op grond van die bepaling, in geval van gebruik in beroep of bedrijf. Die materie kan hier niet verder uitgewerkt worden.⁵

3. *Wie is aansprakelijk voor het dier (b)?*

De vraag *wie* aansprakelijk is, betreft vooral de situatie dat het dier bij het toebrengen van de schade niet in handen van de eigenaar/bezitter is, doch van derden. Dat kunnen zijn, om het geval van een paard te nemen: de knecht die het dier voor zijn baas gebruikt (zoals het nog steeds in de handboeken staat), de huurder, bruiklener, bewaarder (stalhouder), behandelende dierenarts, hoefsmid. De rechtspraak en doktrine waren verdeeld en onduidelijk, tot de hoge raad in 1963 licht op de zaak werpt, in het *ingeschaarde vaars*-arrest: aansprakelijk is degeen die het dier *in feite en te eigen nutte gebruikt* terwijl *het dier tot zijn beschikking blijft*. Volgens dit criterium zijn uit het bovenstaande rijtje, waarbij man en paard genoemd werden, alleen de huurder en de bruiklener aansprakelijk. De overige personen zullen alleen aansprakelijk zijn, indien zij ingevolge de normale regels van aansprakelijkheid (1401/162) onrechtmatig gehandeld hebben. Er zijn echter vele varianten wat de personen betreft die met het dier in kwestie omgaan, zoals uit de onderstaande rechtspraak blijkt: de vaars die 'ingeschaard' is, het meisje dat in de manege helpt en een pony mag berijden, en dergelijke.

4. Zie Messer, diss. 1994, p. 199.

5. Zie Messer, diss. 1994, p. 22. In de parlementaire geschiedenis wordt gesproken van 'bacterie- of viruskweken'. Zie ook: Verdrag van Lugano (Raad van Europa, 1993).

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

In de zaak van de *ingeschaarde vaars* HR 31 mei 1963 *NJ* 1966, 338; AA 1969, p. 38, nt Köster, betrof het een oude rechtsfiguur die vragen opriep op dit punt. Een vaars is een jonge koe die in casu 'ingeschaard' was, d.w.z. op het land van een ander mocht weiden, tegen een vergoeding. Nu heeft de eigenaar van het land nog verdere voordelen in de vorm van bemesting en afgrazing van het land, terwijl de eigenaar van de koe het beest dikker ziet worden, en dus meer waard. De vaars was ontsnapt uit het land van de gastheer en had een verkeersongeluk veroorzaakt, blikshade *f* 938. De vraag was, wie zich hier van het dier 'bedient' en tot wiens 'gebruik het strekt' (1404 oud BW).

De hoge raad doet niet meer dan de rb. volgen; deze was van oordeel dat het doel van het inscharringscontract was de waardevermeerdering van de vaars voor de eigenaar, en de mest, afgrazing en vergoeding slechts 'bijkomende voordelen waren voor de gastheer'. De vaars bleef ter beschikking van de eigenaar, en werd niet in feite en te eigen nutte door de gastheer gebruikt. De hoge raad deelt deze visie op 1404. Ten onrechte wordt in de weergave van deze uitspraak doorgaans weggelaten, een niet onbelangrijk detail, dat het dier *ter beschikking* van de eigenaar bleef, waarnaar de hoge raad verwijst met de woorden 'onder die omstandigheden'. Bij het volgende arrest is dit element eveneens van belang.

In het *pony*-arrest wordt een verdere uitwerking van het criterium gegeven, HR 29 nov. 1985 *NJ* 1987, 291 nt CJHB. In deze zaak had de 17-jarige Jolanda Steiger (*nomen est omen*) een paard aan de hand, de pony *Brown Beauty*, dat zich losrukte en een ernstig verkeersongeluk veroorzaakte, waarbij een bromfietser blijvend invalide werd (schade ruim 4 ton). Jolanda werkte in de manege zonder betaling, en mocht als tegenprestatie de pony berijden; zij was lid van een pony-club, had de M-klasse bereikt en deed met de pony mee aan wedstrijden. Niet is komen vast te staan of het paard ook voor rijlessen door anderen gebruikt werd, en ook niet of het paard kreupel was ten tijde van het ongeval (eiser was in het bewijs daarvan niet geslaagd). Rb., hof en a-g Franx zijn van oordeel dat Jolanda de pony 'te eigen nutte' gebruikte en 'zich daarvan bediende'. De a-g verwijst naar de figuur van huur en bruikleen, die gekenmerkt worden door een (eigen) *recht* op gebruik te eigen nutte, hetgeen de essentie van 'het zich bedienen' (met verwijzing naar de literatuur, in deze zin).

Verrassend is dat de hoge raad een andere mening is toegedaan. Het hof heeft de strekking van art. 1404 miskend: 'mede in verband met de aard van de aansprakelijkheid die uit dit artikel voortvloeit en waaraan de aansprakelijke persoon zich niet kan onttrekken door te bewijzen dat hij niet is tekort geschoten in de zorg en waakzaamheid die van hem konden worden gevergd, moet worden aangenomen dat de in het artikel bedoelde aansprakelijkheid eerst dan op een ander dan de eigenaar komt te rusten, indien het dier duurzaam tot het gebruik ten eigen nutte door die ander strekt in dier voege dat deze, en niet de eigenaar, over dat gebruik en over de zorg voor het dier *de zeggenschap heeft*. De bewijslast te dier zake rust in beginsel op de eigenaar' (mijn curs.).

Men ziet dat de term 'tot zijn beschikking hebben' vervangen is door 'zeggenschap hebben over'. De hoge raad zoekt kennelijk aansluiting bij het franse recht, met zijn *pouvoir de commandement*. Het betreft een beheersmacht; Brunner wijst er in zijn noot op dat dit ook de opvatting van Suijling is.

Opmerkelijk is dat in de weergave van dit arrest in de Asser-serie wederom de hoge raad half geciteerd wordt: enkel het 'duurzaam gebruik te eigen nutte' wordt genoemd (Asser-Hartkamp III, nr. 193 en 199). De kern, de zeggenschap over gebruik en verzorging, wordt kennelijk van ondergeschikt belang geacht. Naar mijn mening is dat juist andersom: het zeggenschapsaspect is van groter gewicht dan de duurzaamheid van het gebruik. Dat laatste criterium heeft in het buitenland al tot veel discussie geleid; men komt er alleen uit, indien men een combinatie van beide elementen zoekt, hetgeen de hoge raad gedaan heeft, ook in het voorgaande arrest. Zie voor het duitse recht, Staudinger, Komm.BGB (Schäfer), II, 1986, nr. 51 v. Bij een vermenging van belangen komt het BGH tot een verdeling van de aansprakelijkheid, *NJW* 1977, 2158 (bewaarnemer mocht het paard voor rijlessen gebruiken). Het duitse recht werkt overigens met het begrip 'Tierhalter', niet met dat van eigenaar/bezitter.

§3. AANSPRAKELIJKHEID VOOR DIEREN

Samenvattend kan men zeggen dat in de jurisprudentie van de hoge raad de aansprakelijkheid voor dieren gelegd wordt op de eigenaar, of op degeen die het dier duurzaam *en te eigen nutte gebruikt en daarbij over dat gebruik en de zorg van het dier de zeggenschap heeft*. De vraag kan gesteld worden, of het hier een keus betreft, dan wel een gezamenlijke aansprakelijkheid tot de mogelijkheden behoort.

Het verdelen van de aansprakelijkheid tussen eigenaar en houder/gebruiker is door onze hoge raad verworpen; een oud arrest van die strekking werd in 1982 bevestigd, *bouvier*-arrest. HR 8 okt. 1982 *NJ* 1984, 2, nt CJHB (de eigenaar was hier niet verzekerd, de vrouw met wie hij ten tijde van het ongeval samenleefde, en die het dier volledig verzorgde, wèl). In de *pony*-zaak had de W.A.-verzekeraar van Jolanda een deel van de schade in der minne vergoed, en werd de eigenaar voor het restant aangesproken. Het betrof dus de facto een gedeelde aansprakelijkheid. Ik zou een dergelijke verdeling van aansprakelijkheid indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven, naar geldend recht willen verdedigen, op grond van 'redelijke wetstoepassing'. Ook kan, bij sprekende omstandigheden, *hoofdelijkheid* aangenomen worden.⁶ Uitgangspunt voor de ontwerpers van het NBW is geweest dat de aansprakelijke persoon makkelijk te vinden moet zijn voor het slachtoffer. Hoofdelijkheid, c.q. gedeelde aansprakelijkheid kan een goede stap in die richting zijn.

De keus van de *bezitter* door de ontwerpers-NBW als de aansprakelijke persoon heeft in de literatuur kritiek ondervonden, van Rutten, Schut en Overeem.⁷ Het Nieuw BW wijkt hier af van het recht in Frankrijk, Duitsland en Zwitserland, zonder deugdelijke redenen. Zoals wij zagen is het geldende recht ook in andere zin: de huurder en de bruiklener van een dier zullen, indien de zeggenschap over gebruik en zorg bij hen ligt, aansprakelijk zijn, en niet de bezitter/eigenaar.⁸

Naar het oude recht was een beroep op overmacht mogelijk voor de aangesproken eigenaar/houder (evenals op eigen schuld van het slachtoffer); naar huidig BW is dit afgeschaft, wederom in afwijking van ons omringende rechtsstelsels, en zonder overtuigende redenen.⁹ Wel is daarvoor de 'ten-zij'-formule in de plaats gekomen, waarover dadelijk meer.

4. *Op welke wijze moet schade veroorzaakt zijn (c)?*

De derde vraag betrof de *wijze* waarop schade door het dier veroorzaakt werd. Op het eerste gezicht ook een eenvoudige kwestie; het gaat niet om schade waarbij het dier het verlengstuk van zijn baas is, zijn instructies volgt en niet sprake is van een 'eigen beweging'. Dat wil zeggen, dat als het dier zich aan die leiding onttrekt, volgens de rechtspraak wel schade in de zin van 1404 *oud*

6. In deze zin, Overeem, t.a.p., p. 454 v., met verwijzing naar Duits en Zwitsers recht. Zie, in andere zin, het Franse recht, Carbonnier, nr 104.

7. Zie t.a.p. Bij de keus van de aansprakelijke persoon is van belang wie voor een dergelijk risico verzekerd is, aldus terecht Overeem.

8. Naar huidig BW kan ook een aansprakelijkheid voor dieren voor een bedrijf ontstaan (evenals i.g.v. zaken en opstallen), zie art. 181 (6.32.10) BW, en voor het oude recht Asser-Rutten II, 1968, p. 507; 1983, p. 174.

9. Vgl. Asser-Hartkamp II, nr 199.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

mogelijk is.¹⁰ De schade mag ook indirect veroorzaakt zijn, bijvoorbeeld doordat een automobilist een overstekend dier tracht te ontwijken en een botsing veroorzaakt. Als men gaat doordenken, ontstaan ook hier echter problemen. (De gedachte dat denken nergens goed voor is, heeft toch een kern van waarheid).¹¹ Bij aansprakelijkheid voor zaken kennen wij dezelfde problematiek: als iemand met een mes een ander neersteekt, is dat dan aansprakelijkheid voor zaken? Vandaar de behoefte in het franse recht aan het begrip 'rôle passif de la chose' tegenover de 'cause génératrice'. Door sommige nederlandse auteurs misprijzend behandeld, maar bij de aansprakelijkheid voor dieren stilzwijgend overgenomen (aldus bijv. Asser-Hartkamp). Extreem geval uit het franse recht inzake aansprakelijkheid voor zaken op dit punt: man raakt in zwijm in een badkamer, valt tegen een verwarmingsbuis aan en brandt zich daaraan; eigenaar van de buis (badhuis) wordt niet aansprakelijk geacht.¹²

Het Nieuw BW en de hoge raad werken bij dieren met het begrip *eigen energie* van het dier, waaruit de risico's voortvloeien, en daarmee de schade. Aangezien deze materie sterk samenhangt met de 'tenzij'-formule, lijkt het raadzaam om bij de behandeling daarvan op deze kwestie terug te komen.

5. De grondslag van aansprakelijkheid (d). Stierkalf (1980)

Tenslotte de laatste vraag, naar de *grondslag* van aansprakelijkheid. Het nederlandse recht biedt hier een afwisselend beeld, als men deze eeuw overziet, zeker in vergelijking tot het buitenland, waar de risico-aansprakelijkheid al in de vorige eeuw of bij de eeuwwisseling de heersende leer werd. In ons land was tot 1915 in rechtspraak en doktrine die laatste vorm van aansprakelijkheid eveneens algemeen aanvaard. In dat jaar sprak de hoge raad zich echter, op wethistorische gronden - ontleend aan een artikel van (raadsheer!) Segers uit 1890 - uit voor schuldaansprakelijkheid, zij het in de vorm van een vermoeden van schuld, tot op tegenbewijs (HR 15 okt. 1915 W 9937, nt EMM). Merkwaardig is dat in Frankrijk, het land van herkomst, die bezwaren niet bestonden; sinds een arrest uit 1885 wordt van een wettelijk, onweerlegbaar vermoeden van schuld uitgegaan, hetgeen op den duur verwoord werd als 'présomption de responsabilité' - tot verdriet van fjnslippers en taalpuristen. In het franse recht wordt de aansprakelijkheid voor zaken en dieren in een adem genoemd.¹³ Het is in dit verband niet te begrijpen dat Meijers in zijn noot meent dat de franse rechtspraak en doktrine overheersend in de zin van ons arrest van 1915 is; een soortgelijke aanvechtbare opmerking maakt G.J. Scholten in zijn noot onder *stierkalf*, waarover Overeem zich al verwonderde.

Opmerkelijk is het vervolg: na 1915 bleven in ons land de schrijvers pro risico-aansprakelijkheid op dit gebied, zelfs Rutten, die bij aansprakelijkheid voor zaken niet verder dan een vermoeden van schuld wilde gaan. Ook de lagere

10. Vgl. Asser-Rutten II (1968), p. 506; 1983, p. 173 v.

11. Wat is bijv. het geval indien een hond overreden wordt, en de achterop rijdende automobilist een ongeluk krijgt doordat hij tegen het hondenlijk aanrijdt? De eigenaar van de hond nog steeds aansprakelijk? In het duitse recht wordt hierop een negatief antwoord gegeven. Zie: Kötz, *Deliktsrecht*, 8e dr., 1998, nr 360.

12. Carbonnier, nr 108.

13. Zie o.m. Viney, nr 629; Carbonnier, nr 104.

§3. AANSPRAKELIJKHEID VOOR DIEREN

rechtspraak zag er meestal geen been in om van de hoge raad af te wijken, een fenomeen dat vooral rechtsvinders tot opwinding brengt. De hoge raad begon zich kennelijk steeds minder gemakkelijk te voelen; je kunt je de gesprekken in de raadkamer voorstellen: ‘moet je meemaken, zelfs Rutten is voor risico-aansprakelijkheid, lopen wij nu niet echt achter?’

Toch ging het eerst nog heel zuinig, met een klein stapje in die richting, hetgeen Köster een ‘bres’ in de schuldaansprakelijkheid noemde, namelijk in het *ingeschaarde vaars*-arrest van 1963. De raad roept wel heel moedig ‘redelijke wetstoepassing’, maar doet het wel zachtjes aan, zodat het lijntje - met 1838 - niet breekt. Typisch hollands; even typisch de reactie wanneer de hoogste rechter in 1980 eindelijk echt omgaat, en dat dan met grote zendingsdrang doet, in *stierkalf*. Zelfs de boetedoening ontbreekt niet. De motivering die de hoge raad daarbij geeft, is zeer ongebruikelijk naar hollands (lees: frans) model; uitvoerig, gedocumenteerd, open, en principieel. Jammer genoeg nog steeds een uitzonderlijk fenomeen in de rechtspraak van de cassatierechter; de lagere rechters slaan wat dit betreft in toenemende mate een beter figuur.

Het is een episode in de rechtsontwikkeling waarvan de betekenis boven het geval, en de rechtsvraag, uitstijgt. Voor een goed begrip van de wijze waarop de rechter in ons land zijn taak opvat bij de rechtsvorming - als element van de rechtsvinding - is dit hoofdstuk uit de jurisprudentie verplichte kost voor iedere (aankomende) jurist. En *gefundenes Fressen* voor degenen die zich in de theoretische aspecten van de rechtsvinding interesseert. Juist omdat het *stierkalf*-arrest door sommige schrijvers afgedaan wordt als enkel een ‘anticiperen op het NBW, hoezee!’ is het goed om ruim aandacht aan deze materie te geven. Dit leidt tot een dubbelportret van vaars en stierkalf.

In de zaak van de *ingeschaarde vaars* had de hoge raad allereerst traditioneel gesteld dat op de eigenaar van een dier of degenen die zich daarvan bedient ex art. 1404 *oud* de plicht rust ‘om ervoor te waken dat het dier geen schade veroorzaakt’. Men kan de zorg van het dier aan een ander toevertrouwen, en vervolgt de raad:

‘dat een redelijke wetstoepassing meebrengt, dat in dit geval de eigenaar - of degene die zich van het dier bedient - ter afwering van een vordering tot vergoeding van door het dier veroorzaakte schade, niet kan volstaan met het bewijs, dat hem persoonlijk geen schuld treft, doch tevens zal moeten aantonen, dat de schade niet is te wijten aan degene aan wien hij het dier heeft toevertrouwd’.

Zoals Köster in zijn *AA*-noot opmerkt (sub 14), heeft de hoge raad hier de eigenaar belast met het risico voortvloeiend uit fouten van degene die met de zorg over het dier wordt belast. De term ‘te wijten’ is zijns inziens ruim en houdt geen verwijtbaarheid in, louter een veroorzaken. Hij vindt dit een zuiver geval van risico-aansprakelijkheid, vergelijkbaar met die van art. 1403 lid 3 *oud*, werkgeversaansprakelijkheid, door de hoge raad in 1955 aanvaard (*Noorden – Noord Hollandsche*).

In de *stierkalf*-zaak wordt de standaard geplaatst, HR 7 mrt 1980, *NJ* 353, nt GJS. Het klassieke geval van de ‘stotige stier’, dat juristen al enkele duizenden jaren bezig houdt. In deze uitspraak wordt ons recht weer in overeenstemming gebracht met het recht van de oudheid, na een onderbreking van 65 jaar, als

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

gevolg van de schuldleer en Segers. De casus was deze: Van de Witte loopt op 12 aug. 1971 in Wittersum door een weiland dat bij Bosch in gebruik is, waar deze een dozijn jonge stierkalven heeft, bijna 8 maanden oud. De plaatselijke APV verbiedt dit voor stieren ouder dan 1 jaar. Hij had, evenals enkele andere omwonenden, het recht van overpad door het weiland, en zoals in de stukken staat: 'door het weiland liep een reed' (overpad). Hij liep over de reed, en werd aangevallen door een van de stieren, met als gevolg blijvende invaliditeit. Het zou kunnen dat de plaatselijke situatie het ongeval bevordert heeft, althans dat stelt eiser (voor het anker van de schuld-aansprakelijkheid liggend): tussen de reed en de afrastering van het land was een smalle strook grond waarop de 11 stierkalveren als een soort 'erewacht' stonden. Ze konden zich aldus ingesloten voelen, hetgeen zoals bekend bij stieren terstond agressiviteit oproept, elke toreador kan dat getuigen (zie Hemmingways *Death in the afternoon*). Van de Witte wordt door een van de stierkalveren aangevallen en loopt ernstige verwondingen op die leiden tot blijvende invaliditeit. Schade: f 98.684. Het Ziekenfonds had ter zake van dit ongeval kosten vergoed, en heeft in een tweede procedure getracht die kosten op Bosch te verhalen, maar ving bij rb. en hof bot. Het hof baseerde zich hierbij op een deskundigenrapport, dat inhield dat de eigenaar van de stierkalveren geen verwijt gemaakt kon worden; dit rapport speelt in de onderhavige procedure een grote rol: wederom doet het hof een beroep op dat rapport bij de afwijzing van eisers vordering.

Het cassatiemiddel, van de hand van Blauw, windt er geen doekjes om en stelt de hoge raad voor de keus: wel of geen risico-aansprakelijkheid. Ik laat dat middel, en het oordeel van de cassatierechter hier volgen:

'Het Hof is bij zijn oordeel over die vraag, evenals pp. en de Rb., van de opvatting uitgegaan dat, wanneer een dier schade veroorzaakt, niet meer dan een vermoeden van schuld aan de zijde van de eigenaar/houder van het dier bestaat, welk vermoeden door (tegen-)bewijs zijdens de eigenaar/houder kan worden weerlegd.

Die opvatting is onjuist. De heersende opvatting als ook neergelegd in art. 6.3.11 Ontwerp NBW (art. 6.3.2.8 Gewijzigd Ontwerp NBW) - welk artikel het thans en in 1971 reeds (op dit punt) geldende Nederlands recht weergeeft - is dat op de eigenaar/houder van een dier een risico-aansprakelijkheid rust voor door het dier veroorzaakte schade, dat wil zeggen dat hij (in principe) ook aansprakelijk is voor de schade die het dier veroorzaakt wanneer hem ter zake geen (enkel) verwijt te maken valt. Het Hof had ambtshalve, ook al gingen pp. (ten onrechte) uit van slechts een schuldvermoeden aan de zijde van Bosch, van diens risico-aansprakelijkheid uit moeten gaan en de vordering van Van de Witte in het licht van die risico-aansprakelijkheid moeten beoordelen (en toewijzen). Door dat niet te doen heeft het hof het Nederlands recht geschonden;

'O. omtrent dit middel:

Het eerste onderdeel bestrijdt de opvatting van het hof dat art. 1404 BW voor het geval dat schade wordt veroorzaakt door een dier, niet méér doet dan een wettelijk vermoeden van schuld aan de zijde van de eigenaar van het dier of van degene die er zich van bedient in het leven te roepen.

De door het onderdeel bestreden opvatting is in overeenstemming met een reeks van uitspraken van de hoge raad, te beginnen met het arrest van 15 okt. 1915, *NJ* 1915, 1071. Deze rechtspraak heeft van het begin af aan een vrij algemene kritiek ondervonden, en in een aantal in eerste aanleg gewezen uitspraken is de opvatting van de hoge raad dan ook niet gevolgd. In het door de Tweede Kamer van de St.-Gen. aangenomen wetsontwerp tot vaststelling van Boek 6 NBW voorziet art. 6.3.2.8 in aansprakelijkheid voor de door een dier aangerichte

§3. AANSPRAKELIJKHEID VOOR DIEREN

schade, zonder dat de aansprakelijke persoon zich aan die aansprakelijkheid kan onttrekken door te bewijzen dat hem ter zake van de veroorzaking van de schade geen schuld treft.

Bij een heroverweging van het tot dusver door de hoge raad ingenomen standpunt dient voorop te worden gesteld dat de tekst van art. 1404 geen aanwijzing bevat, laat staan ertoe dwingt, om aan te nemen, dat de eigenaar, resp. degene die zich van het dier bedient, zich van aansprakelijkheid voor door het dier veroorzaakte schade kan bevrijden door te bewijzen dat hem ter zake daarvan geen verwijt kan worden gemaakt. In het eerder genoemde arrest 1915 heeft de hoge raad zijn beslissing dan ook gebaseerd op argumenten van wets- en rechtshistorische aard. Aan zulke argumenten kan echter thans met betrekking tot een aansprakelijkheidsregel als waar het hier om gaat, een regel die in het begin van de vorige eeuw tot stand is gekomen, geen beslissende betekenis worden toegekend. Belangrijker is de ontwikkeling van de opvattingen met betrekking tot de vraag bij wie het risico behoort te liggen voor schadetoebrenging door dieren die door mensen worden gehouden, een ontwikkeling die is uitgemond in de totstandkoming van het eerder vermelde art. 6.3.2.8 NBW.

Op grond van deze overwegingen moet worden aangenomen dat de eigenaar van een dier, die uit hoofde van art. 1404 wordt aangesproken voor door het dier veroorzaakte schade, zich niet aan aansprakelijkheid kan onttrekken door te bewijzen dat hij niet te kort is geschoten in de zorg en waakzaamheid met betrekking tot het dier die van hem konden worden gevergd.

Het voorgaande doet niet af aan de mogelijkheid voor degeen die uit hoofde van dat artikel aansprakelijk wordt gesteld, om zich te beroepen op eigen schuld van de benadeelde partij en, in geval van dood of letsel, op de wederzijdse stand en fortuin der pp. en op andere omstandigheden die krachtens artt. 1406 en 1407 van belang kunnen zijn voor de waardering van de te vergoeden schade.'

De 'redelijke wetstoepassing' die in het *dwarse vaars*-arrest van 1963 al aan de orde was, ziet men hier wederom gehanteerd, zij het in veel bredere zin, zowel qua argumentatie en motivering, als qua resultaat waartoe de hoogste rechter komt. De wetshistorische/rechtshistorische wetsuitleg is dood en begraven, de redelijke, dat wil zeggen normatieve wetsuitleg, is aanvaard. Dat wil natuurlijk niet zeggen dat wets- of rechtshistorische elementen voortaan niet meer in tel zijn; ze blijven van gewicht, zeker als het een recente wet is (NBW!), maar zijn *op zich* niet doorslaggevend. Aldus reeds Paul Scholten in zijn *Algemeen Deel*, waar men de *sociologisch-teleologische* wetsuitleg bepleit vindt (al in 1931).

Nog enkele opmerkingen over de betekenis van dit arrest, dat naar men zich kan indenken, groot opzien gebaard heeft. Door een aantal auteurs wordt de schrikschade beperkt door het arrest in de sleutel te plaatsen van 'anticiperend op het NBW', punt uit. Naar mijn mening berust die visie op een eenzijdige lezing van dit genuanceerde arrest. De raad vermeldt immers de 'algemene kritiek' op het arrest van 1915, de afwijkende lagere rechtspraak, de 'ontwikkeling van de opvattingen' die belangrijker is dan wetshistorie, een ontwikkeling die 'uitgemond' is in de regeling van het NBW. Het cassatiemiddel had hetzelfde veel korter gezegd: de risico-aansprakelijkheid is al geruime tijd *heersende leer*. Daar sluit de hoge raad zich bij aan, de regeling in het NBW dient als bijkomend argument (in dezelfde zin: Schut, *Onrechtmatige daad*, 1985, p. 158). Vgl. ook a-g Mok, *NJ* 1984, 415.

Het omgaan van de hoge raad is des te opmerkelijker, aangezien a-g Franx een conclusie in tegengestelde zin had gegeven, onder verwijzing naar het kort te voren gewezen arrest *Van der Lee - Broere* en het ontbreken van een aansprakelijkheidsbeperking à la art. 6.3.2.12 NBW (vgl. boven, nr. 7). In dat licht moet men de laatste overweging van de raad lezen, waar de mogelijkheid van matiging aan de hand gedaan wordt, op grond van eigen schuld van de

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

geledeerde of ex artt. 1406/1407 BW, dood en letsel. Ook naar geldend recht is er geen sprake van een alles of niets-regeling, en is matiging mogelijk, zoals hierboven al herhaaldelijk betoogd werd.

6. De 'tenzij'-formule in besmette zeug. *Kritiek*

De loftrumpet die voor de hoge raad geheven wordt voor de doortastende wijze waarop een nieuwe koers ingeslagen wordt op het terrein van aansprakelijkheid voor dieren verstomt wanneer het college enkele jaren later een uitwerking van deze aansprakelijkheidsvorm geeft die rechtstreeks ontleend is aan het Nieuw BW. Het speelt zich weer af op het boerenland, de zaak van het *besmette zeug*, uit 1984.¹⁴ Het is de test-case van de 'tenzij'-formule die wij hierboven bij de aansprakelijkheid voor zaken tegenkwamen. 'De hoge raad slikt het NBW thans met huid en haar', merkt Nieuwenhuis op; Van Maanen spreekt van een 'politieke boodschap' die de raad met dit arrest uitdraagt, namelijk dat het NBW een realiteit is en invoering een noodzakelijke formaliteit, dat het NBW goed in elkaar zit en de kritiek daarop, in het algemeen en op onderdelen, ongegrond is.¹⁵ De observatie lijkt mij juist; in die tijd hing het NBW (voor de zoveelste keer) aan een zijden draad, hetgeen leidde tot Schoordijks reddingsactie in het *NJB* op de vooravond van een beslissende vergadering van de Kamer-commissie.¹⁶ Wat daarvan zij, de zoëven genoemde schrijvers, waaraan toe te voegen Bolt, zijn unaniem in hun felle kritiek op dit arrest, met name op de hantering van de 'tenzij'-formule. Voor een goed begrip van het stelsel van het Nieuw BW dient het onderhavige arrest, met het commentaar erop, uitvoerig aan de orde te komen. Daarbij komt ook Hartkamp aan het woord, die als enige het arrest in combinatie met het NBW, in bescherming neemt. Terecht verwijt Van Maanen hem een gebrek aan 'kritische distantie ten opzichte van de hoge raad en deze uitleg van art. 6.3.2.8', hetgeen aanleiding is voor een polemische reactie in de erop volgende druk van Hartkamps Asser-bewerking.¹⁷ Het gelijk is naar mijn mening duidelijk aan de zijde van de critici. Dat daarbij gesproken wordt van 'hersengymnastiek', waartoe het Nieuw BW aanleiding geeft, is zoals zal blijken nog een milde omschrijving van de brokken waarmee wij in het nieuwe recht komen te zitten.

14. HR 24 febr. 1984, *NJ* 415, nt G; *AA* 1984, p. 479 nt Nieuwenhuis. Veel commentaar volgde, o.m. Bolt, t.a.p.; Van Maanen, *Kwart.Ber.NBW* 1984, p. 77.

15. Vgl. Nieuwenhuis, t.a.p., p. 480; Van Maanen, t.a.p., p. 79.

16. H.C.F. Schoordijk, Naar een spoedige invoering van het Nieuw BW, *NJB* 1984, p. 161; hierop verscheen van mijn hand Naar een spoedige invoering van het Nieuw BW? Liever snel recht dan goed recht? Een reactie op Schoordijk, *NJB* 1984, p. 669. (ook in: *Dialektiek rechtsvinding en rechtsvorming*, 1a, 1984, p. 209). De vergadering van de vaste Kamercommissie, verzet naar april 1984, had de verrassende uitkomst dat de datum van invoering op 1990 gezet werd, het voorstel van de minister was 1986. Zoals bekend is het nieuwe BW in 1992 ingevoerd.

17. *Kwart.Ber.NBW* 1988, p. 28; Asser-Hartkamp III, nr 199a. Hartkamp miskent in die passage dat juist kenmerkend voor risico-aansprakelijkheid is, dat *geen wetenschap* ten aanzien van het gevaar vereist wordt (en evenmin verondersteld, wat hij Van Maanen aanwrijft). Eveneens haaks op het karakter van risico-aansprakelijkheid is het zoeken naar een *gedraging* van de eigenaar, zoals Hartkamp doet. Men zie de hieronder aangehaalde literatuur.

§3. AANSPRAKELIJKHEID VOOR DIEREN

De casus is als volgt. Swinkels en Bardoel zijn burens, die in Son en Breugel ieder een agrarisch bedrijf hebben (zoals tegenwoordig een boerderij heet), waarin zij voornamelijk varkens houden. Op 18 sept. 1978 heerst op het bedrijf van Swinkels een besmettelijke ziekte onder de varkens, met als symptoom het 'verwerpen', dat wil zeggen dat dragende zeugen hun biggen voortijdig en levenloos ter wereld brengen - een variant op het romeinse recht van werping dus. Op die dag ontsnappen enkele varkens van het erf van Swinkels; één daarvan is wat avontuurlijker van aard, het zeug met oornummer *geel-113* (*nomen est omen*: men ziet hoezeer de boerderij een bedrijf geworden is). Buurman Bardoel treft dit zeug achter zijn bedrijf op een bospad aan en brengt het in zijn eigen zeugenwei, waarschijnlijk omdat hij het voor een eigen zeug aanzag. Dit detail zal in deze procedure van groot belang zijn, omdat Geel-113 niet 'uit eigen beweging' het terrein van Bardoel betreden heeft, c.q. het causaal verband questieus is. Het gevolg laat zich raden: zeug Geel-113 besmet de varkens van Bardoel met genoemde ziekte met het bekende gevolg en dus schade voor Bardoel. De laatste stelt zijn buurman Swinkels voor die schade aansprakelijk (overigens zijn beiden voor die schade verzekerd, het is dus een onderonsje van verzekeraars).

Rb. en hof wijzen de vordering af, de eerste omdat de 'eigen beweging' niet bewezen was, de tweede omdat het vereiste causaal verband ontbrak. Het bossche hof acht de 'eigen beweging' van het dier niet relevant voor aansprakelijkheid uit art. 1404 *oud* en concentreert zich op de causaliteitsvraag. Aldus ook a-g Mok, die echter de causaliteitsketen niet verbroken acht, in een moderne benadering op grond van TNR, die in Den Bosch kennelijk nog niet doorgedrongen was. De a-g volgt Langemeijer, onderscheidt typen gevaren en in het licht van *Amer-centrale* (1405 *oud* BW) 'typische gevolgen' van het houden van gevaarlijke zaken/dieren. Een mooie conclusie, de zaak lag voor cassatie gereed, zoals wel meer met arresten van het hof Den Bosch het geval is, denkt de *NJ*-lezer. De verrassing is des te groter wanneer dit niet het geval blijkt. De reden daarvoor is, dat de hoge raad, ongetwijfeld onder bezielende leiding van raadsheer-regeringscommissaris NBW Sniijders, aanleiding ziet om art. 6.3.2.8 NBW (thans art. 179) tot geldend recht te verklaren. Met nog wel als gevolg dat het bossche arrest in stand blijft. Op beide punten heeft de hoge raad zware kritiek gekregen.

Het politieke karakter van het arrest van de hoge raad blijkt al uit de opbouw: begonnen wordt de aansprakelijkheid voor dieren naar NBW uiteen te zetten, een passage die niet goed te volgen is als men het NBW met aanvullende literatuur niet bij de hand heeft, met name de parlementaire stukken. Ik laat die overwegingen hier volgen:

'3.2. Vooropgesteld moet worden dat art. 1404, voor zover hier van belang, een risico-aansprakelijkheid bevat voor schadetoebrenging door dieren die door de mens worden gehouden, in dier voege dat de eigenaar van het dier - in de bewoordingen van art. 6.3.2.8. NBW - aansprakelijk is voor door het dier aangerichte schade. De grondslag van deze aansprakelijkheid moet worden gezocht in het gevaar dat schuilt in de eigen energie van het dier en het onberekembare element dat in die energie ligt opgesloten. Dit brengt mee dat de in art. 1404 vervatte aansprakelijkheid in beginsel niet mede het geval omvat dat een dier op andere dieren of op mensen een besmettelijke ziekte overbrengt. Dit neemt niet weg dat aansprakelijkheid uit art. 1404 zich kan uitstrekken tot besmettingsschade als deze het gevolg is van een gedraging van het dier, die afgezien van het overbrengen van de ziekte, kan worden aangemerkt als een verwezenlijking van het gevaar waarop art. 1404 betrekking heeft. Dit zal onder meer het geval zijn indien aansprakelijkheid krachtens art. 1404 bestaat voor aan een ander dier of aan een mens toegebracht letsel en de besmetting een bijkomend gevolg van dat letsel is, dat als zodanig aan de eigenaar van het dier kan worden toegerekend. Van letsel is in het onderhavige geval echter geen sprake.

Buiten het geval van letsel kan een aansprakelijkheid uit art. 1404 ter zake van besmetting evenwel niet worden gegrond op de stelling van Bardoel dat de zeug, na uit het bedrijf van Swinkels te zijn ontsnapt, 'uit eigen beweging' op het bedrijf van Bardoel is gekomen. De aansprakelijkheid uit dit artikel gaat immers niet zo ver dat zij ook bestaat in het geval van gedragingen van het dier, voor de gevolgen waarvan de eigenaar, zelfs indien hij die

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

gedragingen in zijn macht zou hebben gehad en aldus bewust zou hebben toegelaten, niettemin naar de gewone regels betreffende onrechtmatige daad niet aansprakelijk zou zijn geweest. Dit geval doet zich hier voor: zou Swinkels de zeug bewust met de varkens van Bardeel in contact hebben laten komen, dan zou hij ter zake van de besmetting immers slechts uit onrechtmatige daad aansprakelijk zijn geweest, indien hij het besmettingsgevaar kende of had behoren te kennen en hij met het oog daarop dit contact had behoren te voorkomen. Maar in dit geding moet ervan worden uitgegaan dat Swinkels een zodanige wetenschap niet bezat. De Rb. heeft immers, in verband met haar opvatting van de grondslag van de vordering van Bardeel, geoordeeld dat wetenschap van Swinkels ter zake van besmetting van zijn bedrijf vóór de ontsnapping - een wetenschap die Swinkels heeft ontkend te hebben gehad - niet van belang was, waartegen in hoger beroep niet is opgekomen. De vraag of Swinkels die wetenschap had, kan in dit geding dus door Bardeel niet meer aan de orde worden gesteld.'

Het laatste punt, de bekendheid van Swinkels met de ziekte, is om proces-technische redenen niet meer aan de orde. In feite was Swinkels overigens wél op de hoogte van de ziekte, ondanks ontkenning voor de rb. Aldus Van Maanen, die afgaat op utrechtse studenten die de boer opgegaan zijn (vgl. *Kwart.Ber.NBW* 1988, p. 43). Maakt dit de benadering van de hoge raad nogal academisch, dat is nog sterker het geval bij hetgeen tevoren over de aansprakelijkheid-nieuwe stijl overwogen wordt. De bespreking daarvan, en van de kritiek die van vele kanten aangedragen is, kan bekort worden door te verwijzen naar hetgeen hierboven al over de vermaledijde 'tenzij'-formule bij aansprakelijkheid voor zaken naar voren gebracht werd. Ook hier is de teneur van de kritiek dat de hoge raad ten onrechte het NBW volgt op het pad van de 'uitgehohde' risico-aansprakelijkheid, het ten onrechte 'enten' op de (schuld-)aansprakelijkheid van art. 162 BW resp. 1401 oud BW kortom, de twee verschillende vormen van aansprakelijkheid en hun grondslagen door elkaar haalt (letterlijk en figuurlijk).

Toch zal op die materie ingegaan moeten worden, aangezien de aansprakelijkheid voor dieren naar het nieuwe BW op enkele punten afwijkt van die voor zaken (vgl. ook Asser-Hartkamp, nr 199). Maar laten wij eerst de syllabus van het NBW, die de hoge raad geeft, nalopen.

Uitgangspunt voor de hoge raad is de 'grondslag' (waarover kritisch Nieuwenhuis) van deze aansprakelijkheid, die gelegen is in de 'eigen energie van het dier' en het 'onberekenbare element dat in die energie ligt opgesloten'. Ik wees er al eerder op dat hier het romeinse recht uit het stof gehaald wordt, compleet met de 'demon' die in het dier zou huizen. De raad ontleent deze kennis niet aan de wet, maar aan de Toelichting-Meijers, uit 1961. De ontwerpers verwijzen daarbij naar het duitse en zwitserse recht. In het duitse recht is dit criterium echter aan toenemende kritiek onderhevig, met name na het arrest van het BGH uit 1976 in zake een chow-chow die door een bastaardreu gedekt was. Men zie Nieuwenhuis, nt AA 1984 p. 480; Overeem, t.a.p., p. 452, met verdere literatuur en rechtspraak. Terecht zegt de eerste schr. dat eigen energie en daaraan verbonden onberekenbaarheid typische gevaren zijn bij dieren, maar dat dit zeker niet de enige zijn. Hij acht het een 'onfortuinlijke consequentie' van dit arrest als voortaan bij een 1404-geschil een debat over de eigen energie etc. zou ontstaan. Dat is inderdaad gebeurd en ik acht dat met Nieuwenhuis onfortuinlijk, om het netjes te zeggen. Ik ben het alleen niet zo eens met mijn vroegere leidse collega (hij heeft jaren geleden de gelederen van de hoge raad versterkt - niet zo'n slecht idee trouwens, in dit verband...-en is in 2001 via Groningen, weer in Leiden teruggekeerd) dat die eigen (kinetische) energie nu juist het verschil is tussen 'een dier en een zak cement'. Ook zaken kunnen immers een eigen energie hebben, denk aan het geval van *zelfontbrandende ondertapijt*, in de sfeer van produktaansprakelijkheid. (Rb. Zwolle 18 febr. 1976 *NILR*, 364).

Ik vervolg nog even de weg van de hoge raad. De consequentie van het voorgaande is, dat een *gedraging* van het dier vereist is, ook in geval van besmetting. Een bijkomend vereiste is echter, dat het een gedraging moet betreffen die het gevaar verwezenlijkt waarop 1404 betrekking heeft, namelijk *letselschade*. Waaróm dit zo is, zegt de hoge raad niet, het is gewoon zo. Nieuwenhuis vertaalt dit als volgt: besmettingsschade als gevolg van bijten of krabben is verhaalbaar, niet die als gevolg van snuffelen of likken. Voor de leuke casus die te

§3. AANSPRAKELIJKHEID VOOR DIEREN

bedenken zijn rond dit thema en de scholastiek die dan ontstaat, verwijs ik naar genoemde auteurs. Schade door het paren van dieren heeft in dit verband ook de aandacht van juristen getrokken, dat is trouwens meestal een zakelijke affaire.

Het komt allemaal niet zo overtuigend over, het stelsel van hoge raad en NBW. Dat geldt ook voor de consequentie van de eigen energie-grondslag, dat een dier in ruste of een dood dier (een stap verder) geen aansprakelijkheid ex art. 1404 *oud*/art. 179 BW teweeg kan brengen. Terecht bestreden door Nieuwenhuis c.s. Zou een op straat slapende hond, of een kort tevoren overreden hond, geen risico-aansprakelijkheid rechtvaardigen? Is er iemand die dat kan uitleggen? Dat wil zeggen, ècht uitleggen, niet met een Toelichting uit 1961 (en nog oudere geciteerde literatuur) zwaaien, en een apodictisch citaat plegen.

Alvorens mijn standpunt over deze materie samen te vatten, volg ik de hoge raad op zijn weg, naar de 'tenzij'-formule. Indien geen sprake van letsel is (*conditio sine qua non* in de ogen van de raad) kan een aansprakelijkheid ex 1404 niet gebaseerd worden op de eigen beweging van het dier stelt de hoge raad, en dan volgt een parafrasering van de 'tenzij'-formule van art. 179. De aansprakelijkheid bestaat immers niet indien, in het hypothetische geval, de eigenaar naar gewone regels van onrechtmatige daad niet aansprakelijk zou zijn voor schade veroorzaakt door het dier wanneer hij het in zijn macht gehad zou hebben. En dat geval doet zich hier voor, vervolgt de hoge raad: als Swinkels bewust het zeug in contact met de varkens van Bardoel zou hebben laten komen zou hij niet aansprakelijk ex 1401 zijn indien hij het besmettingsgevaar niet kende of behoorde te kennen. En in casu moeten wij ervan uitgaan dat hij die wetenschap niet had of behoefde te hebben.

Terecht zijn hieraan vele kolommen van kritiek gewijd in de vakpers. De kern is - ook hier weer - dat de hoge raad/het NBW vergeet dat wij hier met risico-aansprakelijkheid te maken hebben, en juist niet met de 'gewone' schuldaansprakelijkheid. Van der Grinten noemt dit in zijn *NJ*-noot 'een rechtspolitieke vraag'. Inderdaad. Van der Grinten heeft geen moeite met de keuze die hoge raad maakt, omdat zijns inziens het NBW *schuldig* onrechtmatig handelen als uitgangspunt genomen heeft. Ik ben dit niet met Van der Grinten eens (zie boven); doorslaggevend vind ik hier dat de hoge raad zelf van risico-aansprakelijkheid is uitgegaan, in 1980, en nota bene in de aanhef van het onderhavige arrest. Een contradictie die niet te rechtvaardigen is, en niet toegedekt kan worden met een mistige 'tenzij'-formule.

Tot welke zonderlinge hersenspinsels het stelsel van het NBW leidt, vermeldt Bolt; in een NBW-cursus wordt als hulpmiddel aan de hand gedaan, het stellen van de vraag of de eigenaar aansprakelijk zou zijn als hij *zelf* het slachtoffer gebeten zou hebben. Een ezelsbruggetje dat wel vaker nodig is als men enigszins uit de voeten wil met het nieuwe wetboek. Gevraagd: ezels!

7. *Conclusies uit besmette zeug-arrest. Een alternatieve regeling*

De conclusie moet luiden, zoals al door veel auteurs met klem naar voren is gebracht, dat het *besmette zeug*-arrest de rechtsontwikkeling geen goede dienst bewezen heeft. De receptie van het Nieuw BW evenmin. Qua gecompliceerdheid, onduidelijkheid en onhanteerbaarheid wedijvert deze regeling van aansprakelijkheid voor dieren met die voor zaken. Het zou toe te juichen zijn geweest, indien de hoge raad deze vorm van anticiperen terzijde schuift, door allereerst het criterium van 'eigen energie' cum annexis te laten vallen. Het staat niet in de nieuwe wet, maar in een verouderde toelichting. Een tweede stap zou zijn om de 'tenzij'-formule tot dode letter te verklaren, zich tot de causaliteitsvraag te beperken (aldus ook hof en a-g) en zoals in de rest van de wereld een normaal, rechtstreeks overmachtsberoep toe te laten. Want er zijn tenslotte grenzen, ook aan aansprakelijkheid. In een eenwordend Europa getuigt het van onvoorstelbare pretentie om een regeling als de onderhavige, die door

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

alle auteurs als onaanvaardbaar verworpen wordt (met Hartkamp als *dissenter* q.q.) en afwijkt van de regeling in nabuurlanden, bij wet in te voeren, c.q. daarop te anticiperen. Het ligt in de bedoeling van de ontwerpers om het Nieuw BW internationale bekendheid te geven, in de hoop dat wij navolging zullen krijgen. De oude droom van Meijers: Nederland gidsland. De reacties in het buitenland lijken mij echter voorspelbaar. Als men daar de literatuur in ons land een beetje bijgehouden heeft, weet men dat zelfs Schoordijk in 1984 de titel over onrechtmatige daad (6.3) niet rijp voor invoering achtte, maar een wetboek zonder die afdeling kon nu eenmaal niet. Terug naar de dieren (vrij naar Rousseau).

De aansprakelijkheid voor dieren hoeft helemaal niet zo ingewikkeld te zijn. Bovendien hebben wij juristen onderhand ruim 4000 jaar ervaring met regels op dit gebied. Zoals bij elke regel, zeker een afkomstig van een wetgever, zijn er enkele voorvereisten. Zij moet zijn:

- duidelijk;
- eenvoudig;
- consistent;
- passen in het geheel van de regeling;
- aansluiten bij de maatschappelijke opvattingen daaromtrent.

Aldus de cursus Wetgeving I voor juristen. Als wij deze vuistregels voor de wetgever (inclusief de rechter als 'wetgever-plaatsvervanger' (Verburgh)), hanteren bij aansprakelijkheid voor dieren, dan leidt dit tot het volgende. Hierbij zou ik achteraan willen beginnen.

Nationaal en internationaal is risico-aansprakelijkheid op dit terrein het algemeen aanvaarde uitgangspunt. Die grondslag - dit keer een echte grondslag - moet men serieus nemen en niet slechts met de mond belijden. Dus geen (ingewikkelde) koppeling naar gewone aansprakelijkheid. Niet zeuren over 'gedragingen' en dergelijke, het gaat hier om een aansprakelijkheid *in kwaliteit*, namelijk van houder (evt. eigenaar, bezitter) van het dier. Indien men dat in het oog houdt - de veel genoemde 'tweesporigheid' van de aansprakelijkheid - wordt de regel vanzelf consistent, eenvoudig en duidelijk. Men kan dat nog bevorderen door de overmachtsgronden in de wet aan te geven, hetgeen betekent: keuzen maken. Niet valt in te zien waarom het beroep op overmacht bij dieren beperkter zou moeten zijn dan bij zaken, zoals in het nieuwe BW het geval is.¹⁸ Alles is te verdedigen, maar ik heb nog geen argumenten gehoord.

De duidelijkheid wordt ook bevorderd door het normale leerstuk van art. 162 van toepassing te laten zijn, inzake causaliteit, schade, matiging, en dergelijke.¹⁹ Er is geen reden om bij elke bijzondere aansprakelijkheidsvorm - er zullen er nog vele komen - opnieuw iets 'bijzonders' in elkaar te sleutelen, dat al vrij snel niet te begrijpen is voor iemand die het gebaande pad van de 'gewone' onrechtmatige daad verlaat en in deze contreien terecht komt.

18. Vgl. Asser-Hartkamp III, nr 199. Een voorstander van handhaving van het beroep op overmacht is ook Overeem, t.a.p., p. 453 v.; zie ook zijn rechtsvergelijkende opmerkingen, p. 455.

19. In deze zin ook Bolt, Nieuwenhuis en Van Maanen, t.a.p.

§3. AANSPRAKELIJKHEID VOOR DIEREN

In dit kader dient de vraag zich aan of besmettingsschade leidt tot aansprakelijkheid van de houder van het dier dat die schade veroorzaakt heeft. Een vraag die in Engeland en Frankrijk in de heersende leer positief beantwoord wordt, in Duitsland door een toenemend aantal gezaghebbende schrijvers.²⁰ Wij kunnen dus een keus maken; het gaat niet om een vanzelfsprekende of logisch dwingende zaak - hetgeen trouwens in het recht zelden of nooit het geval is. Bij de beantwoording van deze vraag zou ik naar de basis willen teruggaan. Het houden van een dier, hetgeen de houder maatschappelijk nut oplevert (inclusief plezier, in geval van een 'Luxustier') kan gevaren met zich brengen, in de zin van verhoogde kans op schade. Men kan van 'typische' gevaren spreken, maar ik denk dat dat ons in wezen niet veel verder brengt (vgl. ook de aansprakelijkheid voor zaken en gebouwen, boven, § 2, en onder, § 4). Juist omdat wij de houder in kwaliteit aanspreken, en dus niet naar een tekortschieten in de verzorging of begeleiding van het dier zoeken, is het mijns inziens niet zo relevant om een post-scholastische speurtocht naar 'typische' gevaren te beginnen. De 'eigen energie' is ook al niet zo'n succes gebleken. Als het te dol wordt - niet de hond, maar de mate van toeval bij de schadeveroorzaking - dan zijn er voldoende correctiemogelijkheden. Ik noem ze nog maar eens: overmacht, causaliteit, 'eigen risico'/risiko-aanvaarding, matiging. Dat komt wel goed, bij gebruik van gezond verstand, hetgeen altijd beter dan scholastiek is. Men herinnert zich de theologische disputen uit vroegere eeuwen, hoeveel engelen er op een speldepunt kunnen zitten. Liever niet dergelijke discussies over dieren, in onze tijd. 'Is het *typisch* iets voor een golden retriever om onder de gegeven omstandigheden een peuter in het gezicht te bijten?' Is er een deskundige in de zaal? De hercodificatie had ooit tot doel de rechtszekerheid te bevorderen, en de 'overwoekering' van het wetboek en de jurisprudentie tegen te gaan. Dat doel lijkt door deze regeling niet bevorderd te worden, evenmin door die voor aansprakelijkheid voor zaken, trouwens.

Ten slotte nog, wat Nieuwenhuis noemt 'het paradenummer van de tenzij-clausule', het optreden van de hond die 's nachts op eigen initiatief een inbreker de wacht aanzegt en vervolgens bijt. De Toelichting en Hartkamp komen met dit voorbeeld als illustratie van de situatie waarin aansprakelijkheid van de eigenaar ex artt. 1401/162 ontbroken zou hebben indien hij de aktie van de hond bewust toegelaten zou hebben. Hij had zich immers op *noodweer* kunnen beroepen, als rechtvaardigingsgrond. Bolt heeft er al op gewezen dat men eenzelfde resultaat met meer gangbare middelen kan bereiken, namelijk door eigen risico bij de inbreker aan te nemen, of risico-aanvaarding. Inderdaad, hij mocht immers helemaal niet inbreken, bovendien was hij het stuk worst vergeten (of het teefje), en die omissie is voor zijn risico. Verder is daar nog de mogelijkheid om de schadevergoeding te matigen of ten dele toe te wijzen - Bello beet dit keer wel een beetje erg door. Men zie ook de andere genoemde schrijvers, die op dezelfde lijn zitten.

20. Zie hierover Nieuwenhuis en Overeem, t.a.p., en verder ook Köster, nt AA 1965, *ingeschaarde vaars*. Indien men de virussen die het dier meedraagt en verspreidt, ook als dieren zou beschouwen - zie de discussie boven, nr 2 - zou het probleem langs die weg opgelost zijn: men is aansprakelijk voor de dieren van zijn dieren.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Die lijn geldt natuurlijk niet voor Hartkamp, in zijn al genoemde jongste Asser-bewerking. Na hetgeen al gezegd is, volsta ik verder met een verwijzing naar die passage, de nrs. 195 v.

8. *Meer recente rechtspraak: de dansende koe*

Het bange vermoeden van de ‘onfortuinlijke consequenties’ van de rechtspraak van de hoge raad zijn voor een deel uitgekomen. Men zie het *dansende koe*-arrest, begin 1990 gewezen, toen het weer eens spannend was of de invoering van het Nieuw BW uitgesteld zou worden tot na 1992.²¹ Niet toevallig een uitspraak waarin de raad de anticipatie op het nieuwe wetboek voortzet, en zich dieper in zijn stellingen lijkt in te graven. Het betreft weer het criterium van de eigen energie van het dier en het onberekenbare element als gevolg daarvan. Dit keer valt het accent op het ‘als instrument handelen van de persoon die hem berijdt of leidt’.

De casus is deze. Zengerle rijdt met zijn auto in de bebouwde kom van Eperheide, gem. Wittem, en komt in botsing met een koe van Blezer die uit de stal van links de weg oploopt, blikshade bijna f 5000 (over de koe geen nieuws). Nu maakte die koe deel uit van een kudde die door Blezer en zijn broer gedreven werd. Kantonrechter en Rb. Maastricht kennen de jurisprudentie van de hoge raad en het NBW en wijzen de vordering tot schadevergoeding van Zengerle af. Het argument is dat de schade hier niet ontstaan is door de eigen energie van de koe (ktg), terwijl de Rb. dit aldus uitwerkte, dat de koe deel uitmaakte van een kudde, die gedreven werd door de Blezers, en dat ‘een onverwachte of onberekenbare gedraging’ van de koe gesteld noch gebleken was. Derhalve is er geen sprake van een eigen gedraging van de koe, hetgeen voor toepassing van art. 1404 oud BW vereist is. Eiser stelt weliswaar dat de koe ‘uit de rij gedanst is’ (hetgeen nogal limburgs klinkt), maar dat heeft hij op geen enkele wijze feitelijk onderbouwd of geadstrueerd, stelt de Rb., zodat zij aan die stelling als volstrekt onvoldoende gemotiveerd kan voorbij gaan. Goed dat er cassatie is, denk je dan. Je rijdt in je auto op de openbare weg, een koe loopt de weg op en veroorzaakt een botsing en schade; moet ik als automobilist dan bewijzen wat er voor bijzonders met die koe aan de hand was, waarom hij uit het gelid stapte? Kom nou toch! Als er sprake is van overmacht aan de zijde van de koe en haar houder (jongen geeft een klap, zoals bij die koe die door de winkelruit sprong), dan hoor ik dat wel.

De hoge raad zorgt ook hier weer voor een verrassing. De cursus-NBW wordt door het college voortgezet, het beoordelen van de concrete casus blijft achterwege, als te feitelijk gekleurd voor de cassatierechter. Het recht van het diepe zuiden blijft aldus overeind. Hier volgen de overwegingen.

‘3.2. Zoals de hoge raad ook in zijn arrest van 24 febr. 1984, *NJ* 1984, 415, heeft beslist, is de grondslag voor de risico-aansprakelijkheid krachtens art. 1404 voor door het dier aangerichte schade het gevaar dat schuilt in de eigen energie van het dier en het onberekenbare element dat in die energie ligt opgesloten. Dit brengt mee dat voor toepassing van het artikel nodig is dat de schade veroorzaakt is door een eigen gedraging van het dier, waarbij het dier dus niet ‘als instrument handelt van de persoon, die hem berijdt of leidt’ (Toelichting-Meijers op art. 6.3.2.8 NBW). Zolang het dier optreedt overeenkomstig hetgeen de begeleider van hem verlangt, mist art. 1404 toepassing.

3.3. De rechtbank heeft haar oordeel dat art. 1404 in deze niet van toepassing is, kort gezegd, erop gegrond dat er geen sprake van is dat de schade is ontstaan door een eigen

21. HR 23 febr. 1990 *NJ* 365, *Zengerle - Blezer*.

§3. AANSPRAKELIJKHEID VOOR DIEREN

gedraging van de koe nu deze deel uitmaakte van een door Blezer en diens broer geleide kudde en gesteld noch gebleken is dat de koe een onverwachte of onberekenbare gedraging heeft vertoond.

Klaarblijkelijk heeft de rechtbank het hiervoren onder 3.2 vermelde, juiste, criterium voor toepassing van art. 1404 aangelegd. Haar oordeel is voor het overige zozeer verweven met waarderingen van feitelijke aard dat het in cassatie niet op zijn juistheid kan worden getoetst. Het is niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering.’

Ik heb er de Toelichting-Meijers (1961) op nagelezen; interessant is met name de verwijzing daar naar Wolfsbergen en Asser-Rutten, als spreekbuizen van de heersende leer in ons land. Het loont de moeite de bronnen te lezen, dat beeld is namelijk aanmerkelijk genuanceerder dan dat van het NBW en thans de hoge raad. Zoals hierboven al aan de orde kwam wordt inderdaad naar het oude recht onderscheid gemaakt tussen het zelfstandig optredende dier en het bestuurde, geleide dier. Wolfsbergen vermeldt dat niettemin in de rechtspraak in de laatste categorie herhaaldelijk 1404 toegepast is. Verder is in die situatie een beroep op overmacht mogelijk, maar lang niet altijd, indien het dier bijvoorbeeld op hol slaat of schrikt, met andere woorden, zich aan de invloed van de bestuurder onttrekt (p. 270 v.).

Dat wordt bedoeld, gezien de verwijzing in de Toelichting, met als ‘instrument’ handelen. Over ‘eigen energie’ en ‘onberekenbaar element’ komt men niets bij deze vertegenwoordigers van de vaderlandse heersende leer tegen. Het is wel te vinden in de oude duitse literatuur waarnaar verwezen wordt (waarover Nieuwenhuis in zijn AA-noot van 1984). Wij worden hier (weer eens) opgezadeld met een oude duitse theorie - die bij onze burens steeds meer bestreden wordt - onder het mom van geldend nederlands recht! Het tegendeel is het geval, het geldend recht was ten tijde van de hercodificatie ook voor het niet-zelfstandige dier (bereden, gestuurd) een risico-aansprakelijkheid, subsidiair pseudo-risicoaansprakelijkheid, met een zeer beperkt beroep op overmacht. Ook Nieuwenhuis wijst er in zijn noot op dat het enkele feit dat het dier wordt bereden of geleid de toepasselijkheid van art. 1404 *oud* niet uitsluit (p. 482, het paard dat door de korenvelden draaft als kortste weg naar de stal, zijn berijder negerend). In dezelfde zin trouwens ook Pitlo, p. 355; Hofmann-Drion-Wiersma, p. 267, nt 1.

Het is nog enigszins te begrijpen dat een maastrichtse rechter niet de moeite neemt om een boek erop na te slaan als toepassing van een regel tot wat Welfremde resultaten leidt - Limburg grenst tenslotte bijna aan Bourgondië. Als een hoogste rechter zich er met een Jantje-van-Leiden lijkt af te maken (de woordspeling was niet bedoeld, maar Freud wil ook wat), is dat bedenkelijker. Het lijkt erop dat de reprimande die J.C. van Oven (de ‘Oude’ van Oven) de hoge raad gaf voor zijn vasthouden aan de leer van 1915 (schuld) in 1931, *Klaaswaalse koe*, nog steeds aktueel is. Men vindt haar met instemming door Wolfsbergen geciteerd; zoals de hoge raad toen verstokt bleef vasthouden aan de wetshistorie van art. 1404 *oud* BW, is nu de wetshistorie van art. 179 in het geding, die eveneens gecanoniseerd wordt door de raad. Van Oven meent dat de hoge raad aan de historie teveel eer bewijst door bij dieren ‘schuld’ te blijven eisen. ‘Kennis van de historie onzer bepalingen is nodig om ze te begrijpen maar de historie dwingt ons niet tot toepassing in een geest die niet meer de onze is...’. Waar zouden wij dan blijven met ‘de rechtsvorming door wetstoepassing, zich aansluitend aan de behoeften van ons eigen leven’ (*NJB* 1931, p. 260).

Even aktueel is de verzuchting van Van Oven, dat hij de hoop niet zal opgeven dat ‘de hoge raad eenmaal zijn rechtspraak zal wijzigen en de opvatting van bijna al onze schrijvers zal omhelzen’. Het blijft tobben, in het recht, zoals men ziet.

9. *Circusezel (1988). Risico-aanvaarding en aansprakelijkheid*

In een minder recent arrest doet de hoge raad een uitspraak inzake een dier dat bereden wordt, maar op een wijze die de ‘besturing’ of ‘begeleiding’ tot een lachwekkende affaire maakt: de zaak van de *circusezel*, HR 21 okt. 1988, *NJ*

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

1989, 729, nt CJHB. De kwestie van 'eigen energie' contra 'instrument' van de berijder spelen in dit arrest echter in het geheel geen rol; het nieuw BW blijft op de plank, inclusief ezelsbruggen. Een verademing trouwens; vermoedelijk is de oorzaak te zoeken in de omstandigheid dat de gedaagde in eerste instantie geen verweer voerde en in appel en cassatie niet verschenen was. Het betrof circus Mullens, dat in faillissement geraakt was. In ieder geval was de meeste aandacht gericht op het element van risico-aanvaarding dat in deze casus besloten lag. De hoge raad komt tot een afweging van de blootstelling aan het gevaar door het dier ter berijding aan te bieden enerzijds, en de risico-aanvaarding door de circusbezoeker die op dat aanbod ingaat, anderzijds. Aangezien de circusexploitant, die de risico's even goed kende als de bezoeker, die risico's *uitgelokt* heeft, acht de raad eerstgenoemde aansprakelijk voor de schade, zowel als eigenaar/gebruiker van het dier, als uit hoofde van 'gewone' onrechtmatige daad.

Spekman uit Zevenhuizen bezoekt een voorstelling van het circus Mullens; als 'laatste stunt' worden vrijwilligers uit het publiek in de gelegenheid gesteld een ongezadelde ezels zonder tuig te berijden, waarbij men zich niet aan de oren mocht vasthouden en de ezels niet met schoppen de wil mocht opleggen. Spekman meldt zich en tijdens de rit wordt hij plotseling door de ezels afgeworpen, hij komt ongelukkig ten val, en heeft een gecompliceerde heupbreuk. Spekman eist geleden en nog te lijden materiële en immateriële schade, op te maken bij staat, van Mullens - na enige tijd van de curator van Mullens. Rb. en hof wijzen zijn vordering af, aangezien hij 'willens en wetens en in volle vrijheid de risico's verbonden aan een rit op een ongezadelde ezels heeft aanvaard, welke risico's van algemene bekendheid zijn te achten'; hem komt derhalve geen beroep toe op de artt. 1401, 1403 en 1404 oud BW.

De hoge raad casseert het arrest van het hof Den Bosch, met de volgende overwegingen:

'Onder de hiervoor weergegeven omstandigheden, waarvan Rb. en hof zijn uitgegaan, brengt de enkele omstandigheid dat Spekman zich vrijwillig had blootgesteld aan een risico dat naar 's hofs oordeel van algemene bekendheid is, niet zonder meer mee dat Mullens niet aansprakelijk is voor de door Spekman geleden schade.

Het gaat hier immers, naar de onweersproken stellingen van Spekman, om schade veroorzaakt door een dier waarvan Mullens - als circusexploitant - zich bediende om het 'ter opluistering van de voorstelling' ongezadeld door onervaren lieden als Spekman te doen berijden, terwijl Mullens wist dat dat 'uitermate grote risico's in zich hield'.

Dan is de circusexploitant, zowel als eigenaar van het dier of degene die zich daarvan bedient, omdat het in strijd met de maatschappelijk betamende zorgvuldigheid is een ander aan een dergelijk gevaar bloot te stellen, voor die schade aansprakelijk, en kan hij zich niet aan die aansprakelijkheid onttrekken door zich erop te beroepen dat de bezoeker van zijn voorstelling de aan het berijden van dat dier verbonden risico's heeft aanvaard, nu immers de circusexploitant, die de risico's minstens evengoed kende, zulks heeft uitgelokt.

Ten hoogste is dan plaats voor een vermindering van de vergoedingsplicht indien de rechter op grond van de omstandigheden van het geval mocht oordelen dat de schade mede aan de bezoeker is toe te rekenen.'

Het standpunt van de hoge raad lijkt redelijk; bij de afweging van de genomen risico's en de rechtsgevolgen daarvan slaat het gewicht door ten nadele van het circus. Beide partijen kenden de risico's die in het spel waren (het circus kende die 'minstens evengoed', zegt de hoge raad), maar het circus heeft de gevaarsituatie *uitgelokt*. Het is inderdaad van belang bij wie het initiatief ligt, en wie 'gelegenheid geeft' tot de gevaarlijke daad. Indien Spekman de ezels in de wei van boer Mullens beklommen zou hebben om rodeootje te spelen, zonder toestemming van de laatste, ligt het anders. Dan komt de schade volstrekt voor zijn risico. Dat wil zeggen,

§3. AANSPRAKELIJKHEID VOOR DIEREN

in beginsel; er zijn altijd omstandigheden denkbaar dat het risico voor de eigenaar komt, of door hem gedeeld wordt. Bijvoorbeeld indien het spelende kinderen betreft, de afrastering onvoldoende is, in het verleden stilzwijgend toestemming gegeven is, het gedrag van de ezel zeer ongebruikelijk is, e.d.

Er zijn toch nog wel wat kanttekeningen te maken. Het gaat hier om het toedelen van risico-sferen; daarbij is het element van initiatief nemen niet het enige dat van belang is. Zoals steeds bij aansprakelijkheid voor het scheppen van gevaarsituaties, moet ook gewicht toegekend worden aan aspecten als: wie het (meeste) maatschappelijk nut (profijt) heeft van de handeling of situatie, wie het beste maatregelen kan treffen om schade te voorkomen of te beperken, wie het beste in de gelegenheid is om eventuele schade te dragen of af te wentelen (verzekering). Denk aan het geval van het warenhuis en de bananeschil. In de circus-casus valt het hanteren van deze criteria toch voornamelijk in het nadeel van het circus uit. Ook rechts-ekonomisch lijkt dat de 'cheapest cost-avoider' te zijn. Spekman wordt meeverzekerd met de leeuwentemmer, en de premie wordt door alle bezoekers, die zo om Spekman hebben moeten lachen, opgebracht. Maar dan moet je natuurlijk niet failliet gaan.²²

Natuurlijk valt op alles af te dingen, dat is het leuke van het recht - al ben ik bang dat alleen juristen dat vinden. Alles heeft zijn keerzijde; voor het standpunt van het hof pleit dat ook Spekman maatschappelijk nut bij zijn wilde aktie had. Bij een geslaagde rodeo-rit zou zijn status bij vrienden en vrouwvolk aanzienlijk gestegen zijn, in Zevenhuizen en omstreken. Hij wilde zo nodig een deuk maken, en die heeft hij gemaakt. Wat de preventie betreft, als men het risico bij de waaghalzen legt, weerhoudt dat wellicht de 'accentprone' lieden - zeer onhandig/onsportief, broze botten enzo - van deelname. Dit is echter zeer akademisch gedacht, een circus-bezoeker is geen *NJ*-lezer, en heeft op dat moment trouwens andere dingen aan zijn hoofd. Al met al lijkt het circus de meest gereede partij om bij een dergelijke stuntaktie het schaderisico te dragen. Indien de kosten te hoog worden, moet naar een andere stunt uitgekeken worden. Misschien iets met een brandende hoepel en een motorfiets?

Intussen kan men de risico-factoren aan de zijde van de geleederde mee laten wegen bij de uiteindelijke vaststelling van de schadevergoeding, zie de slotoverweging van de hoge raad. Ook in het *stierkalf*-arrest werd in die mogelijkheid voorzien (eigen schuld en de matiging van de artt. 1406/1407 oud BW). In het onderhavige arrest is 'eigen risico' aan de orde, c.q. risico-aanvaarding.²³

Ook bij risico-toerekening is het vaak een kwestie van nuances. Als uitsmijter het geval van *Rakker*, Ktg. Meppel 14 sept. 1989 *Praktijkids* 1990, nr. 26. De Wolde exploiteert bij zijn boerderij een kampeerterrein; zijn loslopende hond Rakker komt ook regelmatig op het kampeerterrein. De kampeerdere weten dat zij hem geen eten mogen geven. Jeroen Fidom (bijna 6 jaar) kampeert met zijn grootouders op het terrein, en krijgt terwijl Rakker in de buurt is van zijn grootmoeder een koekje. Direkt daarna wordt hij door Rakker in de kin gebeten. De

22. Vgl. ook M.E. Franke, noot in *Kwart.Ber.NBW* 1989, p. 90, die wijst op de financiële vruchten die het circus plukt van het ezel-nummer.

23. Zie voor die rechtsfiguren, boven § 1, nr 6, nt 2 v.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

schade bedraagt f 451 voor hechtingen en f 800 smartegeld (naar vaststelling van de kantonrechter).

De kantonrechter acht het los laten rondlopen van de hond op een terrein waar kleine kinderen zijn het scheppen van een gevaarssituatie; anderzijds wisten kampeerders dat je met Rakker 'een beetje voorzichtig moest zijn'. Het is dan 'de kat op het spek binden' indien oma aan Jeroen een koekje geeft terwijl Rakker in de buurt is. De schade wordt 50-50 verdeeld.

Een aardige casus voor de student-lezer om zijn geest te scherpen, en na te gaan of hij het met de kantonrechter eens is. Uit het vonnis blijkt dat de hond al eerder een kind gebeten had. Voor mijn standpunt volsta ik met te refereren aan het eerder gevoerde betoog. Aan de hand van deze casus laat zich illustreren hoe de diverse criteria toegepast kunnen worden. Ook moet men zich afvragen of de 'uitlokking' die de hoge raad als criterium hanteert, niet een te smalle basis is.

10. Conclusies

Uit de bespreking van de regeling van het huidig BW voor de aansprakelijkheid voor dieren is gebleken dat naar mijn mening, en die van een aanzienlijk aantal schrijvers, het nieuwe recht geen verbetering van het oude recht inhoudt. Doordat de hoge raad op het nieuwe recht is gaan anticiperen, verkeren wij in de gelukkige omstandigheid dat de nieuwe regeling al voor invoering uitgetest is. Dat viel behoorlijk tegen, sterker nog, er is een eenstemmig koor van auteurs - Hartkamp even terzijde gelaten - dat zware kritiek naar voren gebracht heeft. Evenals bij de aansprakelijkheid voor zaken, waar de 'tenzij'-formule verwarring en ontsteltenis gezaaid heeft, kan men voor de toepassing in de praktijk van deze regeling geen hooggestemde verwachtingen hebben.

Het oude recht van art. 1404 in rechtspraak en doktrine, wat de hoge raad betreft vanaf 1980, was zo slecht nog niet. Het stierkalf is door de hoge raad, met het NBW in de hand, verdrongen. De put was al gedempt, en nu loopt er een besmet zeug los rond. De tijd zal het leren hoe wij uit de problemen komen.

§ 4. Aansprakelijkheid voor gebouwen/opstallen, wegen, waterwegen en gevaarlijke stoffen

1. Aansprakelijkheid voor gebouwen en opstallen. Inleiding en achtergronden

Tot de oudste aansprakelijkheidsvormen die het recht kent behoort die voor gebouwen. Zowel voor de oudheid als voor onze tijd geldt dat een gebouw uiteindelijk tot bouwval wordt, in welk woord de zwaartekracht al verwerkt is. Vallende stenen, dakpannen en muren zijn een kenmerkend bijkomend verschijnsel van het bouwen. Hierboven werd al gewezen opromeinsrechtelijke regelingen, de *actio de effusis et dejectis*, hetgeen niet alleen vallende voorwerpen maar ook weggeworpen zaken betrof, en de *cautio damni infecti*. Indien het bouwwerk van de buurman bouwvallig is en gevaar voor instorting dreigt, werd de buurman die gevaar te duchten had het recht gegeven om het bouwwerk in bezit te nemen, om maatregelen te kunnen nemen. In de babylonische tijd kende men een nog drastischer maatregel; § 58 van de Wet van Eshnunna luidt:

‘Wanneer een muur dreigt in te storten en de wijkhoofden hebben dit de eigenaar der muur medegedeeld, doch hij heeft zijn muur niet steviger gemaakt en ze stort in en doodt een burger, dan is dit een misdrijf, dat met de dood gestraft kan worden en valt onder de rechtspraak van de koning’.¹

Het instorten is ook de kern van de regeling van de wetgever uit 1838, blijkens de wetstekst:

Art. 1405 oud BW. De eigenaar van een gebouw is verantwoordelijk voor de schade door deszelfs gehele of gedeeltelijke instorting veroorzaakt, indien deze door verzuim van onderhoud, of door gebrek in de bouwing of inrichting, is teweeg gebracht.

Voor de goede orde volgt hier meteen de regeling van het huidige BW:

Art. 174. 1. De bezitter van een opstal die niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, en daardoor gevaar voor personen of zaken oplevert, is, wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt, aansprakelijk, tenzij aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling zou hebben ontbroken indien hij dit gevaar op het tijdstip van het ontstaan ervan zou hebben gekend.

- 2. Bij erfpacht rust de aansprakelijkheid op de bezitter van het erfpachtsrecht. Bij openbare wegen rust zij op het overheidslichaam dat moet zorgen dat de weg in goede staat verkeert, bij leidingen op de leidingbeheerder, behalve voor zover de leiding zich bevindt in een gebouw of werk en strekt tot toevoer of afvoer ten behoeve van dat gebouw of werk.

- 3. Onder opstal in dit artikel worden verstaan gebouwen en werken, die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken.

- 4. Degene die in de openbare registers als eigenaar van de opstal of van de grond staat ingeschreven, wordt vermoed de bezitter van de opstal te zijn.

- 5. Voor de toepassing van dit artikel wordt onder openbare weg mede begrepen het weglichaam, alsmede de wegwitruiming.

1. Vgl. M. David (boven p. 439, nt 10), p. 25.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Het oude recht. Wat is een 'gebouw'?

Allereerst een bespreking van het oude recht. Al jaar en dag werd in rechtspraak en doktrine art. 1405 oud BW aldus gelezen dat het een *risiko-aansprakelijkheid* inhoudt.² Hierbij geldt, zoals de hoge raad het in 1925 formuleerde, het vermoeden dat de instorting het gevolg is van verzuim in onderhoud of een gebrek in de wijze van bouwen van de inrichting; onverschillig is echter of de eigenaar enig verwijt in dat opzicht treft - het watermerk voor risico-aansprakelijkheid. Toch aarzelt Rutten vanwege de tekst der wet, en neemt een grondslag aan die zowel op schuld als risico gebaseerd is; hij wordt daarvoor terecht door Schut op de vingers getikt.³ De eigenaar wordt slechts door overmacht van zijn aansprakelijkheid bevrijd, hetgeen hij uiteraard heeft te bewijzen. Overmacht in de zin van 'vreemde' oorzaak, namelijk van buiten komend. In dezelfde zin het franse recht, dat werkt met een onweerlegbaar vermoeden van schuld. Sommige schrijvers in ons land zijn van mening dat op de eiser een stelplicht en bewijslast van het inwendig gebrek van het gebouw rust, maar dat de rechter uit de feiten een vermoeden daarvan mag afleiden, hetgeen slechts wijkt voor een geslaagd beroep op overmacht.⁴ Naar mijn mening wordt aldus de wetstekst teveel eer bewezen en doet dit erg gedateerd aan. Maar het betreft hier slechts de vorm, en niet de inhoud, want in de praktijk komt het op hetzelfde neer.⁵

Is dit vergeleken met de toepassing van art. 1404 oud BW een opmerkelijk aspect van de jurisprudentie van de hoge raad, ook wat de overige elementen van de bepaling betreft is ruim denken troef. De begrippen 'instorting' en 'gebouw' werden in de rechtspraak ruim uitgelegd, waarbij de lagere rechter, zoals wel meer, voorop ging. Het hoeft dus geen echte instorting te betreffen, een onderdeel dat naar beneden valt wordt ook onder dat begrip gebracht - hetgeen trouwens door de wetgever beoogd was met de toevoeging 'gedeeltelijke' instorting - zodat ook, behalve de spreekwoordelijke dakpan, een tuimelraam (merkwaardig woord), een plafond, een hijsbalk, een zolderplank en dakgrind geaccepteerd werden. De creativiteit bij de omschrijving van een gebouw gaat echter nog verder, en doet frans aan. De rechtspraak had geen moeite om als gebouw te aanvaarden: een schutting, muur, damwand, brug, laadsteiger, olieopslagtank.⁶ Wolfsbergen noemt ook nog een dijk en een gedenkteken, en is zelfs van mening dat een stapel stenen ook als gebouw aangemerkt zou kunnen worden.⁷

2. Pitlo-Bolweg, p. 256; Hofmann-Drion-Wiersma, *Verbintenissenrecht*, p. 268. Vgl. HR 29 mei 1925 *NJ* 750, *Haarlemmerdijk*.

3. Asser-Rutten II, 1968, p. 509; Schut, diss. p. 206. Vgl. thans Asser-Hartkamp III, nr 186, 187a. Hartkamp vindt het arrest van 1925 niet zo duidelijk en verwijst naar *Amer-centrale* (*NJ* 1975, 509) voor de risico-grondslag.

4. Vgl. Schut, diss. p. 206; in dezelfde zin Asser-Hartkamp III, nr 187a.

5. Zie de rechtspraak, besproken in de aangehaalde literatuur, en verder nog Schut, *Onrechtmatige daad*, p. 164 v. Hierbij gaat het natuurlijk om een juiste toepassing van art. 1405 in de rechtspraak. Dat dit soms niet het geval is, althans naar mijn mening, blijkt uit het hieronder te bespreken geval van het schoolhek *Tilburg*.

6. Zie voor die rechtspraak Schut, diss. p. 209; *o.d.* p. 166; en verder nog *Bundel Onrechtmatige daad* (Brunner), nr 55.

7. A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden 1946 (postuum), p. 275. Merkwaardig is dat Schut (diss. p. 210) de dakpan niet tot het gebouw wil rekenen, hetgeen Hartkamp tot aarzeling brengt, 'wellicht ook een dakpan' (en ander los goed), nr 187a. Naar mijn mening is voor die

§4. AANSPRAKELIJKHEID VOOR GEBOUWEN

De vlieger gaat niet altijd op; in de rechtspraak is een feesttent niet als een gebouw aangemerkt, evenmin een caravan en een rijdende hijskraan. Meer vastigheid leek gewenst bij de begripsbepaling, en die werd gebracht in het *Amercentrale*-arrest van 1975 (*NJ* 1975, 509). Het haagse hof hanteerde hierin de omschrijving: ‘een kunstmatig door bouwing gevormd en met de grond verbonden werk’; de hoge raad ging hiermee akkoord, maar scherpte het nog iets aan: ‘een bouwsel dat naar haar aard en inrichting bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven, waarbij niet van belang is of technisch de mogelijkheid zou hebben bestaan om het te verplaatsen’. In casu was de olie-opslagtank, met een gewicht van 400 ton, verplaatsbaar. In het huidige BW vindt men een afspiegeling daarvan in art. 6:174 lid 3: ‘duurzaam met de grond verenigd’, hetgeen ‘rechtstreeks’ het geval kan zijn of ‘door vereniging met andere gebouwen of werken’. Dat laatste is de nieuwe term, ‘gebouwen of werken’, die overeenkomt met de ruime uitleg van ‘gebouw’ naar geldend recht.

Een poging van de hoge raad, omstreeks dezelfde tijd, de omschrijving in zakenrechtelijke richting uit te werken, ondervond zware kritiek in de literatuur. De term ‘onroerend door bestemming’ werd een ongelukkige greep geacht.⁸ De omschrijving van het *Amer-centrale*-arrest kan men als de heersende opvatting aanhouden. Intussen zal duidelijk zijn dat de motivatie bij de rechter om zijn creatieve genen in beweging te zetten was, dat aldus een maatschappelijk gewenste aansprakelijkheidsvorm gevonden werd. Dit was temeer nodig, gezien de twijfels ten aanzien van de koers van de hoge raad met betrekking tot de aansprakelijkheid voor zaken ex art. 1403 lid 1 oud BW. Indien men daar zonder koudwatervrees risico-aansprakelijkheid zou aanvaarden, zouden veel van de vermelde cerebrale exercities overbodig zijn.⁹ Geen *gebouw*, goed, dan in ieder geval een *zaak*. Zaken zijn zaken, naar het oude recht althans.

De aansprakelijkheid voor gebouwen is tenslotte een vrij overzichtelijk deel van het aansprakelijkheidsrecht geworden, naar oud recht. Het nieuwe BW codificeert dit recht ten dele (omschrijving van gebouw), breidt het iets uit (bezitter in plaats van eigenaar), maar draait het ook voor een heel stuk terug. Ook bij deze aansprakelijkheidsregeling vindt men namelijk het simpele beroep op overmacht verworpen en daarvoor de curieuze figuur van de ‘tenzij’-formule in de plaats gesteld. Mijn kritiek daarop loopt parallel aan die hierboven bij de zuster-bepalingen naar voren werd gebracht. Op deze plaats is dit omzien naar de schuld-formule nog merkwaardiger, nu de hoogste rechter al in 1925 die gedachte hier verlaten heeft, en de grondslag van risico-aansprakelijkheid zonneklaar is.¹⁰ Een zienswijze die door vrijwel alle schrijvers gevolgd is,

aarzeling geen grond en is het standpunt van de lagere rechtspraak geldend recht, zoals dat ook al in de romeinse tijd, en nog eerder, was.

8. Vgl. Schut, *o.d.* p. 166 v.; zie ook de noot van G.J. Scholten onder *Amer-centrale*, *NJ* 1975, 509.

9. Dat is overigens ook de reden voor Schut om de dakpan niet onder art. 1405 te brengen; wel zou men bij 1403 van risico-aansprakelijkheid moeten uitgaan. Ook in dat laatste geval heb ik er weinig moeite mee om dakpannen, stenen, grind en andere zaken tot onderdelen van het gebouw te rekenen. Ik zie geen voordelen in een afsplitsing.

10. Dit is alleen anders indien men in de wethistorische grondslag van een artikel blijft wroeten, zoals bijv. Ph.A.N. Houwing doet, noot *NJ* 1952, 557. Men zie, als contrast, de hartekreet van J.C. van Oven tegen de wets- en rechtshistorische interpretatie, in geval van art. 1404, *NJB* 1931, p. 260, die al eerder aangehaald werd.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Rutten wat sputterend, en soms met gebruik van wat achterhaald jargon. Ook hier biedt het nieuwe wetboek dus geen winst voor de rechtsontwikkeling.

Tenslotte nog enkele opmerkingen over mogelijke complicaties op dit terrein. Ik bedoel niet de varianten die ik onvermeld liet en die de geïnteresseerde lezer in de aangehaalde literatuur wel kan vinden (loszittende brandladders, en zo, het hoeft niet allemaal te *vallen*). Soms kan het causaal verband parten spelen, waardoor onduidelijk wordt of de eigenaar in zijn kwaliteit van eigenaar aansprakelijk zou zijn. Schut noemt onder meer het geval van de *Vijzelstraat* in Amsterdam waar een overbelaste pijler van de winkelgalerij niet alleen een intern gebrek vertoonde, maar ook een ingreep van buitenaf (inhakken op last van de aannemer) tot het instorten had bijgedragen.¹¹ Aangezien de eigenaar zich niet achter de aannemer kan verschuilen (aldus reeds de HR in 1925) blijft de aansprakelijkheid ex art. 1405 oud BW overeind.¹² Dat was anders in het geval van het spelende zesjarige jongetje in Tilburg dat door een vallend ijzeren hek getroffen werd op een schoolplein en blijvend hersenletsel opliep.¹³ Rb. Breda en Hof Den Bosch waren van oordeel dat niet is komen vast te staan op welke wijze het hek op het jongetje terecht gekomen is, en wel of dit ‘zonder direct menselijk toedoen’ gebeurd is. Er werd geen grond voor een feitelijk vermoeden van een gebrek aanwezig geacht. De hoge raad komt aan de rechtsvraag die hier in het geding is niet toe. In het licht van de moderne jurisprudentie inzake causaliteit en het scheppen van gevaarssituaties niet alleen naar 1405, maar gewoon naar 1401, kan men bij deze uitspraak van het bossche hof vraagtekens zetten. Toerekening naar redelijkheid en omkering van de bewijslast zijn in zo’n situatie niet vergezocht. Zo er sprake zou zijn van overmacht, is het aan de eigenaar om dat te bewijzen. Indien men de brabantse rechtsvisie volgt, zou men de kwalitatieve aansprakelijkheid van de eigenaar kunnen ontcrachten door steeds te eisen dat de geledeerde moet bewijzen dat het van het gebouw afkomstige voorwerp niet door een derde naar hem geworpen werd, ook als vaststaat dat de zaak van het gebouw afkomstig is (de dakpan, bij storm of bouwwerkzaamheden). Een niet aanvaardbare benadering.

Aansprakelijkheid en causaliteit. Amer-centrale (1975)

De causaliteit werd genoemd, ik breng in herinnering dat de hoge raad bij de ontwikkeling van de ‘TNR’ in de jaren zeventig een nuancering heeft aangebracht bij causaliteit in geval van risico-aansprakelijkheid, in de *Amer-centrale*.¹⁴ De raad eist vanwege het ‘uitzonderlijke karakter’ van deze

11. Hof Amsterdam 28 juni 1962 *NJ* 1964, 27; de eigenaar was verantwoordelijk voor de uitvoering van de herstelwerkzaamheden, evt. fout van de aannemer raakt zijn aansprakelijkheid uit 1405 niet.

12. De eigenaar kan natuurlijk regres zoeken op de aannemer, indien deze onrechtmatig handelde; daarbij geldt art. 1645 BW indien sprake is van geheel of gedeeltelijk ‘vergaan’ van het gebouw, dan geldt gedurende 10 jaar het vermoeden van schuld van de aannemer. Deze omkering van de bewijslast werd aangenomen in de *Mook - Sap*-arresten, HR 14 nov. 1929, *NJ* 776, nt EMM; 13 nov. 1930 *NJ* 1931, 247, nt EMM.

13. HR 19 dec. 1975, *NJ* 1976, 574, nt. WHH. *Tilburgs schoolhek*. Het betrof hier een akte uit 1405 tegen de gemeente als eigenaar van de school, en uit 1401 tegen een stichting die de school beheerde.

14. *NJ* 1975, 509. Zie voor die materie, boven, Hfdst. 11, § 2, nr 3, in fine.

§4. AANSPRAKELIJKHEID VOOR GEBOUWEN

aansprakelijkheid 'een nauwer verband tussen de schade en de gebeurtenis' dan bij 1401-aansprakelijkheid. Met als gevolg dat 'de uit art. 1405 voortvloeiende aansprakelijkheid moet worden beperkt tot die vormen van schade welke als *typische gevolgen van instorting van het desbetreffende gebouw* kunnen worden beschouwd en mitsdien behoren tot het *normale voor een eigenaar aan een dergelijke gebeurtenis verbonden risico*'. In casu viel de olieverontreiniging van water en land daaronder, indien een olietank het begeeft. Ik ben nooit zo onder de indruk geweest van het onderscheidend kenmerk van dit causaliteitskriterium. Wat is nu 'typisch' aan schade veroorzaakt door een gebouw met een gebrek dat gevaar oplevert? Of, liever gezegd, wat is nu a-typisch? Let wel, het moet gaan om schadelijke gevolgen die wij met de TNR-formule niet zouden kunnen bestrijken. Wie het weet mag het zeggen. Ik weet het in elk geval niet. Ik heb zo het vermoeden dat 'typische' schadelijke eigenschappen met hetzelfde gebrek behept zijn als 'gebrekkige' of 'gevaarlijke' zaken, wanneer men een nadere omschrijving zoekt: die is niet te geven, want zij is òf te ruim, òf te eng.¹⁵ Onbegonnen werk dus.

De grens die de cassatierechter daarmee tracht aan te brengen aan de causaliteit bij risico-aansprakelijkheid voor gebouwen is derhalve een schijnrens. Dat is niet zo verwonderlijk in het licht van de boven gesignaleerde vloeiende grenzen tussen risico-aansprakelijkheid en 'gewone' aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Eenheid in verscheidenheid.

Als afronding van dit onderwerp is de overweging van de hoge raad die voorafgaat aan de zoëven geciteerde, zeer geschikt. Het is een fraaie weergave van de essentie van aansprakelijkheid voor gebouwen:

'dat voor de beantwoording van de vraag hoever de aansprakelijkheid van de eigenaar gaat voor de gevolgen van de gehele of gedeeltelijke instorting van een gebouw ingevolge art. 1405, enerzijds moet worden bedacht dat de tekst van het artikel geen beperking tot bepaalde gevolgen inhoudt en dat ook de strekking van het artikel eerder voor een ruime dan voor een enge opvatting aangaande de omvang van de aansprakelijkheid van de eigenaar pleit; dat die aansprakelijkheid immers geacht moet worden zijn grond te vinden in de omstandigheid dat, indien door verzuim van onderhoud of door een gebrek in de bouw of inrichting van een gebouw een instorting ontstaat waardoor schade aan derden wordt toegebracht, het veelal voor die derden moeilijk zo niet ondoenlijk zal zijn om degene op te sporen die voor het verzuim of het gebrek de schuld draagt; dat het artikel derhalve tot doel heeft om te voorkomen dat de benadeelden als gevolg van bedoelde moeilijkheid van schadevergoeding verstoken zouden blijven, en daarom de eigenaar aanwijst als degeen tegen wie de benadeelden in ieder geval hun desbetreffende vorderingen kunnen richten'.¹⁶

15. Zie boven, aansprakelijkheid voor zaken, § 2. Het hier ingenomen standpunt is ook dat van Klaassen, diss. 1991, p. 270, die daarin gevolgd wordt door Messer, diss. 1994, p. 130.

16. Met dit arrest kan men stellen dat het *Prill-toren*-arrest achterhaald is, HR 6 dec. 1963 *NJ* 1965, 9, nt GJS. (Waarover ook Nieuwenhuis, *WPNR* 5666 (1983, p. 589). Hier was bij een gebouw in aanbouw een hulpconstructie onder een vloer aangebracht, die het begaf, waardoor de vloer instortte. De HR was van oordeel dat die instorting niet aan een gebrek van het gebouw te wijten was, maar aan noodzakelijke veiligheidsmaatregelen die niet of ondoeltreffend genomen zijn. Het merkwaardige is, dat volgens vaste jurisprudentie een gebouw in aanbouw ook als gebouw in de zin van art. 1405 beschouwd werd.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Aansprakelijkheid voor dijken, dammen en sluisen.

De aansprakelijkheid voor gebouwen is in 1995 enkele malen aan de orde gesteld met betrekking tot *dijken*. De dreigende watersnoodramp begin van dat jaar inspireerde enkele schrijvers de pen te grijpen om de aansprakelijkheid van de staat naar geldend BW uit de doeken te doen: vgl. J. de Boer, Hartlief en De Jong van Lier, *NJB* 1995, pp. 212, 311 en 315. De zwarigheden die zij bij de toepassing van art. 6:174 BW signaleren als hobbels om de overheid aansprakelijk te stellen zijn een goede illustratie van de tekortkomingen van de nieuwe regeling. De ‘tenzij indien’-constructie roept namelijk vragen op naar het *moment* waarop het gebouw gevaar oplevert, en of de overheid daarvan *op de hoogte* was. Verder vraagt één auteur zich af of een dijk wel onder een gebouw (‘opstal’) in de zin van de bepaling valt, en heeft de laatstgenoemde auteur de briljante gedachte dat niet de dijk gevaarlijk is, maar de *rivier*, die zo nodig buiten zijn oevers moest treden. Je moet er maar opkomen. In ieder geval demonstreren dergelijke verhandelingen waarom al voor 1992, zoals wij zagen, alle auteurs zich fel tegen deze bepaling verzet hebben, met Hartkamp als eenzame verdediger en ‘bouche de la loi’, menend dat men de bepaling niet begrepen had (quod non). Ik zie minder problemen voor aansprakelijkheid van de overheid naar art. 174, de hier volgende jurisprudentie biedt ondersteuning voor die opvatting.

In een uitspraak uit 2000 kwam de aansprakelijkheid voor een bouwwerk in de vorm van een *dam* aan de orde, nog onder het oude recht, maar ook van belang voor het huidige recht op dit terrein. Het arrest van 20 okt. 2000 had betrekking op de volgende casus.¹⁷

In het kader van bouwwerkzaamheden wordt een dam van zand en slib aangelegd in het Eindhovens Kanaal, bij een tijdelijke drooglegging van het kanaal ten behoeve van werkzaamheden aan de kademuur; de dam bezwijkt op een kwade septembernacht in 1990, waardoor in een nabijgelegen pand wateroverlast ontstaat. Rentalease, de verhuurder van een kopieermachine die in de ondergelopen kelder van dat pand was geplaatst, vordert een bedrag van bijna twee ton van de Gemeente Eindhoven, als opdrachtgever van de aannemer die met de bouwwerkzaamheden belast was, en tevens als eigenaar van het bouwwerk. Het Hof Den Bosch, uitgaande van het oud-BW, is van oordeel dat art. 1405 niet van toepassing is aangezien het hier niet om een bouwsel gaat dat naar aard en inrichting bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven, een eis van duurzaamheid die het huidige art. 6:174 lid 3 ook stelt. Daar is in het verleden ook wel anders over gedacht, zoals wij boven zagen, en terecht; dat geldt ook voor het huidig recht. Het hof handelt de zaak af op grond van de gewone onrechtmatige daad, dus zonder risico-aansprakelijkheid, en daarmee wordt de uitspraak alleen maar interessanter.

Het probleem was, zoals zo vaak, dat de oorzaak van schadetoebrengende gebeurtenis, de damdoorbraak, niet bekend was. De verhuurder, Rentalease, stelt dat zij niet in het bezit is van onderzoeksrapporten naar de oorzaak van het bezwijken van de dam (het hof spreekt steeds van damwand, maar volgens de a-g, die de tekeningen gezien heeft, gaat het om een dam van zand en slib). De gemeente legt drie rapporten over, met drie onderscheiden mogelijke oorzaken voor de dambreuk: Hettema & Disselkoen achten vandalisme het meest aannemelijk, DHV concludeert dat de dam door 3 oorzaken te zwak was, afzonderlijk of in combinatie, te weten: uittreding van water uit het achtertalud van de dam, opdrukken van de kanaalbodem en piping (het ontstaan van zandmeevoerende wellen). Grondmechanica Delft acht de oorzaak

17. HR 20 okt. 2000, *NJ* 2001, 118, nt ARB; *TMA* 2001, p.16, *Gem. Eindhoven – Rentalease*.

§4. AANSPRAKELIJKHEID VOOR GEBOUWEN

zeer aannemelijk dat sprake is van onvoldoende aansluiting van de dam op de gording van de damwand langs de kanaaloever. Wie het weet mag het zeggen.

Het hof overweegt allereerst dat het niet op de weg van Rentalease als eiser ligt om zelfstandig onderzoek te doen naar de oorzaak van de damdoorbraak: zij kon volstaan met ter voldoening aan haar stelplicht 'eenvoudig te stellen dat er fouten zijn gemaakt'. Het hof vervolgt dan met de overweging:

'dat in het algemeen, wanneer een damwand bezwijkt voor de druk van het water dat de wand verondersteld wordt tegen te houden, er van uit dient te worden gegaan dat de damwand om de een of andere reden niet deugdelijk was, tenzij blijkt van een van buiten komende oorzaak waarvoor de Gemeente niet aansprakelijk is. Een fout van het bedrijf dat de damwand heeft aangelegd heeft in dit verband te gelden als een de Gemeente toe te rekenen fout' (ov. 4.14).

Als enige van buiten komende oorzaak (en daarmee buiten de risikosfeer van de gemeente) ziet het hof de mogelijkheid van vandalisme, en de gemeente wordt in de gelegenheid gesteld om daartoe bewijs te leveren. De hoge raad ondersteunt het hof in deze zienswijze, met de overweging dat dit oordeel erop neerkomt dat:

'indien een dam bezwijkt onder de druk van water dat door die dam moet worden tegengehouden, in het algemeen ervan dient te worden uitgegaan dat de dam niet deugdelijk is, en dat, nu aanwijzingen voor het tegendeel ontbreken, vooralsnog ook in dit geval reeds op grond van het enkele feit van de doorbraak het oordeel gerechtvaardigd is dat de schade haar oorzaak vindt in ondeugdelijkheid van de dam. Gegeven laatstvermeld oordeel, dat in het licht van de gedingstukken geenszins onbegrijpelijk is, is het oordeel van het hof, dat Rentalease met betrekking tot de oorzaak van de damdoorbraak aan de op haar rustende stelplicht heeft voldaan, juist'.¹⁸

Met andere woorden, een dam moet water keren, wanneer dat niet gebeurt, is de dam ondeugdelijk. Daarmee is, in de terminologie van het huidige art. 174, sprake van een gevaar voor personen of zaken, *een gevaar dat zich verzevenlijkt heeft*. Hier is een veiligheidsnorm geschonden die gelegen is in het betreffende wetsartikel, namelijk dat een opstal moet 'voldoen aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen'. De verkeersopvatting dus, verkeerseisen en veiligheidseisen gekombineerd. Bij schending van zo'n norm, kan men concluderen, kan een geledeerde als eiser volstaan met het voldoen aan zijn stelplicht, die nog in beginsel uiterst sober geformuleerd mag zijn: 'de dam was geen dam', zoals uit het doorstromende water gebleken is. Het leven van een procespartij is nog niet zo moeilijk als het eruit ziet (intussen zijn wij bij deze uitspraak van de hoge raad al tien jaar verder, met nog verwijzing naar een ander hof ter afwikkeling, brabantse toestanden).

Het is intussen opvallend dat in dit arrest de gewone aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in het geding is, die tot de hantering van een strenge maatstaf geleid heeft, en niet een verzwaarde aansprakelijkheid in de vorm van risico-aansprakelijkheid voor bouwwerken, waarbij men die benadering eerder

18. Ov. 3.4. Het loopt dan toch nog verkeerd af, cassatie volgt, want de HR acht de opvatting van het hof onjuist (althans onvoldoende gemotiveerd) dat de gemeente aansprakelijk is voor fouten van de aannemer op de enkele grond van haar positie als opdrachtgever. Men zie concl. a-g Langemeijer voor de uitwerking van dat thema.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

zou verwachten. Het arrest sluit daarmee aan bij een ontwikkeling op het terrein van waterbeheer die hieronder nog aan de orde komt (nr 3), en die in 1999 tot een uitspraak geleid heeft die goed aansluit bij het onderhavige arrest, beter gezegd, erop vooruitloopt, de zaak van het *Waterschap Zuiveringschap Limburg en de Oude Molen aan de Geul*, HR 21 april 2000, het betrof een soortgelijke casus.¹⁹

Ten behoeve van werkzaamheden wordt het water van de Geul verlegd, waardoor dit door de Molentak stroomt, met verhoogde watertoevoer als gevolg. Die toevoer werd geregeld door bediening van een sluis, waarvoor het waterschap verantwoordelijkheid droeg, evenals voor grofvuilvoorziening die bijdroeg aan de verwerking van de verhoogde watertoevoer. Er ontstaat schade aan de kade van eisers door erosie van de bedding van de Molentak, maar onduidelijk is hoe dat veroorzaakt werd.

Volgens onderhand vaste rechtspraak, wordt een onderzoekplicht aanvaard voor het waterschap (WZL), het had moeten onderzoeken in hoever verhoogde waterafvoer tot schade zou kunnen leiden voor de eisers, terwijl maatregelen genomen hadden moeten worden om schade te voorkomen. Belangrijker is nog hetgeen door de hoge raad overwogen wordt ten aanzien van de schadetoedracht, waaruit een risico-toedeling spreekt:

‘De omstandigheid dat de erosie van de bedding van de Molentak is veroorzaakt door de verhoogde waterafvoer, kan – zoals door A.M.T.C. Plantaz is gesteld – een gevolg zijn van de wijze waarop WZL de sluis heeft bediend. Zonder nadere motivering, die ontbreekt, valt immers niet in te zien waarom WZL bij de bediening van de sluis niet had kunnen en moeten voorkomen dat de verhoogde wateraanvoer tot een te sterke erosie van de bedding zou leiden en daarmee de ondermijning van de kademuur tot gevolg zou (kunnen) hebben. Aan de eventuele aansprakelijkheid van WZL kan niet afdoen dat partijen een en ander niet hebben voorzien. Subonderdeel 1c dat klaagt dat het andersluidende oordeel van het hof onbegrijpelijk is, slaagt’ (ov. 3.6).

Zoals men ziet is de omstandigheid dat het veroorzaken van de schade niet voorzienbaar was geen beletsel om aansprakelijkheid en het causaal verband tussen het handelen van de waterbeheerder en de schade aan hem toe te rekenen. Dat alles gebeurt in het kader van een gewone verplichting van maatschappelijke zorgvuldigheid. Zoals men weet is de waterbeheerder buiten de bijzondere aansprakelijkheid van art. 174 gehouden, in tegenstelling tot de wegbeheerder (die hieronder nog in beeld komt, nr 2), maar dat levert niet bepaald een vriendelijker aansprakelijkheidsregime op voor waterschappen en andere waterbeheerders. Hiermee wordt intussen weer gedemonstreerd dat het veelbesproken onderscheid tussen schuld- en risico-aansprakelijkheid een achterhaald debat is over een verkeerd onderwerp; zoals ik begin 2000 noteerde in de rubriek *Actualiteiten Milieu-aansprakelijkheid* van het blad *TMA*, is het wat de Amerikanen noemen: een *red herring* (een ‘afleider’).

De verbrande loods en aansprakelijkheid van de gebruiker/werkgever.

In het arrest van dezelfde datum als dat van de *damdoorbraak*, van 20 okt. 2000, is explicieter sprake van het schenden van veiligheidsnormen, terwijl het ook

19. *NJ* 2000, 564; *TMA* 2000, p.171, *De Oude Molen BV en Plantaz – Waterschap Zuiveringschap Limburg*. Zie ook onder, nr 3.

§4. AANSPRAKELIJKHEID VOOR GEBOUWEN

een eigenaar/gebruiker van een gebouw betreft.²⁰ Het woord ‘opstal’ had mijns inziens naar het 19de-eeuwse archief gebracht kunnen worden door de wetgever, die toch ooit naar begrijpelijkheid voor de gewone burger zocht; overigens worden in lid 2 van art. 6:174 terloops wegen en leidingen onder het begrip ‘opstal’ gebracht.

In deze casus had Foekens Reconditioning BV een loods in gebruik die toebehoorde aan Hoogovens Metals BV, waar werkzaamheden verricht werden aan treinstellen. Er werd asbest verwijderd, waarbij met snijbranders gewerkt werd. Als gevolg van het autogeen snijden ontstaat brand; de loods was bekleed met brandbaar isolatiemateriaal, waardoor de brand zeer snel om zich heen greep. Werknemer Naim kon zich niet snel genoeg uit de voeten maken toen het vuur zich onverwacht snel uitbreidde, en heeft als gevolg daarvan letsel opgelopen. Hij zoekt verhaal op zijn werkgever Foekens, in haar hoedanigheid van gebruiker van een gebouw dat gevaar opgeleverd heeft (art. 181 jo. 174). Foekens beroept zich erop dat het gebouw voldeed aan de eisen gesteld door Arbeidsinspectie en Brandweer (overigens niet overgelegd), er was algemeen gangbaar isolatiemateriaal toegepast dat aan alle veiligheidsvoorschriften voldeed. Rechtbank en Hof Amsterdam stellen zich op het standpunt dat door Naim ingenomen was, namelijk dat bij de herbouw van de loods na de brand een ander, niet brandbaar materiaal gebruikt was, ‘hetgeen het vermoeden oplevert dat in ieder geval minder brandbaar materiaal in de loods had kunnen worden toegepast’. Voor een dergelijke toepassing bestond alle aanleiding, vervolgt het hof, aangezien in de loods autogene snijwerkzaamheden plaatsvonden en ‘het van algemene bekendheid is dat deze brandgevaar opleveren’. Daaraan doet niet af dat er brandpreventiemaatregelen getroffen waren en brandbestrijdingsmiddelen aanwezig waren. Het hof besluit met de overweging:

‘Onder deze omstandigheden moet ervan worden uitgegaan dat de loods niet voldeed aan de eisen, die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen. Daaraan doet, gelet op de veiligheidsnorm die hier in het geding is, niet af de door Foekens gestelde doch door Naim betwiste omstandigheid, dat de loods zou hebben voldaan aan alle vereiste veiligheidsvoorschriften van de brandweer en de arbeidsinspectie ten tijde van de brand.’

Overigens was de toedracht van het ongeval dat Naim overkomen was onduidelijk gebleven; hij was door een brandende dakplaat getroffen, en zijn werkgever stelt dat de andere werknemers wel op tijd weg waren en hij de loods niet snel genoeg verlaten had. Naim zou getracht hebben de brand nog te blussen (hetgeen door hem betwist wordt). Het hof legt dit verweer van Foekens terzijde met de overweging dat ook al zou hij getracht te hebben de brand te blussen hij geen rekening behoefde te houden met het onverwacht snel om zich heen grijpen van het vuur, als gevolg van het bewuste isolatiemateriaal.

De hoge raad onderschrijft dit oordeel van het hof, en geeft het verkort weer. Interessant is nog dat Foekens probeert de uitspraak van het hof onderuit te halen door erop te wijzen dat het hof niet vastgesteld heeft dat minder brandbaar isolatiemateriaal beschikbaar was en in de loods toegepast had kunnen worden. De raad stelt dit terzijde door erop te wijzen dat bij het voldoen aan de stelplicht door Naim (‘de loods voldoet niet aan de te stellen eisen’, *tout court*), het op de weg van Foekens zou hebben gelegen om bij haar verweer aan te voeren dat ander isolatiemateriaal voor de brand niet beschikbaar was. Foekens had dit echter nagelaten, en uit deze proceshouding en het gebruik van onbrandbaar materiaal bij de herbouw had het hof tot zijn conclusie mogen komen, die ook al in de stellingname van Naim besloten lag. Ten slotte benadrukt het college nog

20. HR 20 okt. 2000, NJ 700, *Foekens Reconditioning BV – Naim*.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

dat het voldoen aan alle gestelde veiligheidseisen van brandweer en arbeidsinspectie, niet wegneemt dat het gebouw moet voldoen ‘aan de eisen die men daaraan *in de gegeven omstandigheden* mag stellen’ (curs. van de raad).

Men ziet dat de *ongeschreven* veiligheidsnormen hier weer de dienst uitmaken; de precieze toedracht van de gebeurtenis - mogelijke roekeloosheid of nalatigheid van de werknemer - doen niet terzake. Opvallend is ook dat de strenge eisen opgelegd worden aan de gebruiker van het gebouw, die niet de eigenaar is, en derhalve geen invloed gehad heeft op de inrichting ervan. Hieraan zal niet vreemd zijn dat het in casu ook om werkgeversaansprakelijkheid gaat, via de band van het gebouw waarin gewerkt wordt. Ik weet niet of dat een trend gaat worden; wanneer men het echter houdt op de traditionele weg van de werkgeversaansprakelijkheid (via art. 7:658), komt men dezelfde jurisprudentie tegen. De omtrekkende beweging lijkt daarom niet echt noodzakelijk. Een maand na dit arrest, in een uitspraak van 17 nov. 2000 is dat bijvoorbeeld weer het geval, inzake *Unilever – Dikmans*, een geval van door oplosmiddelen veroorzaakte beroepsziekte waarvoor de werkgever aansprakelijk gesteld wordt.²¹

Deze ontwikkeling kan gezien worden als exponent van het denken over causaliteit in onze tijd, maar kan ook in de context van de bewijslastverdelingsproblematiek in algemene zin geplaatst worden (zie boven, § 1, nr 7). Ik teken hierbij aan dat met de causaliteitsregel die hier besproken wordt, de hoge raad invulling geeft aan de mogelijkheid die art. 177 Rv biedt om op grond van een ‘bijzondere regel’ tot omkering van de bewijslast over te gaan, een mogelijkheid die geboden wordt *naast* die welke gebaseerd is op de redelijkheid en billijkheid, waar zoveel over te doen is.

Het arrest van de *verbrande loods* heeft navolging gevonden in een arrest van het Hof Den Bosch uit 2002, dat in een geheel andere context speelde. Een violist van een zigeunerorkest valt na afloop van een bruiloftsfeest op de hooizolder van kasteel Mheer in Margraten, Limburg, met vioolkist en al door een trapgat.²² Het is een *kelderluik*-arrest casus: het ging om het oude trapgat op de zolder, zonder trap en zonder afscherming (er was een nieuwe trap aangelegd), het gat was slechts afgezet met kisten, met – in toenemende mate lege – flessen wijn. Onduidelijk is hoe de val in zijn werk gegaan was. De violist wist van de aanwezigheid van het trapgat, had wijn gedronken, was vermoeid na een middag en avond spelen, maar diens eigen schuld kwam niet vast te staan, getuigen spreken elkaar tegen. Het hof acht van een gebrek aan het gebouw sprake, vanwege alle eisen die men juist vanuit een oogpunt van veiligheid in de gegeven omstandigheden, gezien de aard van het gebruik dat van het gebouw wordt gemaakt, mag stellen (met verwijzing naar het *verbrande loods*-arrest). Het ontbreken van een afdoende afscherming van het trapgat is dan een gebrek; niet bewezen was dat de geïmproviseerde afzetting van het trapgat adequaat was geweest.

21. HR 17 nov. 2000, *NJ* 2001, 596; zie onder, § 10, nr 3, aansprakelijkheid werkgevers.

22. Hof Den Bosch 29 okt. 2002, *NJ* 2003, 547, *Kalkman – Campo Mere c.s.*

§4. AANSPRAKELIJKHEID VOOR GEBOUWEN

2. *De civiele aansprakelijkheid van de wegbeheerder: verscherping van aansprakelijkheid, causaliteitsvragen. Bussluis (1992) en Annema (1996)*

Met betrekking tot de aansprakelijkheid van de wegbeheerder heeft de hoge raad de aansprakelijkheid van de laatste in enkele recente arresten aanzienlijk aangescherpt, en is deze dichter bij risico-aansprakelijkheid gekomen. Het betreft hier met name de waarschuwingsplicht van de wegbeheerder.

In het *bussluis*-arrest van 1992 ging het om een verkeersgevaarlijke situatie die door de Gemeente Diemen was gecreëerd met de aanleg van een zogenaamde bussluis, dit is een in het wegdek aangelegd gat met rondom stalen constructies die het autobussen wel, maar personenauto's niet mogelijk maken te passeren, omdat deze vanwege hun smallere wielbasis in het gat terecht komen.²³ Een taxi was in het gat terecht gekomen, met letsel voor een inzittende als gevolg (er waren al zo'n 40 eerdere ongelukken gebeurd!), en het taxi-bedrijf spreekt de gemeente aan tot schadevergoeding wegens schade aan de auto. Ten tijde van het ongeval, 1984, was een bussluis geen bekend verschijnsel; er was een inrij-verbodsbord aangebracht en een waarschuwingsbord: 'bussluis'.

De hoge raad overweegt als volgt:

'Vooropgesteld moet worden dat in het algemeen op de gemeente die moet zorgen dat een openbare weg in goede staat verkeert, de plicht rust ervoor te zorgen dat de toestand van de weg de veiligheid van personen en zaken niet in gevaar brengt. Hieruit vloeit voort dat, wanneer de gemeente ter fysieke ondersteuning van verkeersmaatregelen een weg zodanig inricht dat deze zonder beveiligingsmaatregelen gevaar oplevert voor personen of zaken, zij door deugdelijke beveiligingsmaatregelen, zoals waarschuwingen, ervoor zorg behoort te dragen dat de veiligheid van personen en zaken voldoende gewaarborgd blijft, waarbij de gemeente mede in aanmerking heeft te nemen dat niet alle verkeersdeelnemers steeds de nodige voorzichtigheid en oplettendheid zullen betrachten.

Indien deze veiligheid niet voldoende kan worden gewaarborgd, dient de gemeente van een zodanige inrichting van de weg af te zien' (ov. 3.3).

Het hof had terecht geoordeeld dat het scheppen van de gevaarlijke situatie door de gemeente onrechtmatig was jegens het taxi-bedrijf, en niet gerechtvaardigd werd door het verkeersbelang dat gediend werd. Het loopt toch niet goed af voor eiser, aangezien het hof het beroep op eigen schuld aan de zijde van Rep-Tax verworpen had. Dit gebeurde volgens de hoge raad ten onrechte aangezien het voldoende is dat de bestuurder van de verkeersovertreding (negeren van verkeersbord) een verwijt gemaakt kan worden; in zo'n situatie geldt de leer van de hoogste rechter inzake causaliteit, die hier ook bij zaaksschade (voertuig) toegepast wordt. Indien namelijk een veiligheidsvoorschrift overtreden is worden de schadelijke gevolgen daarvan de overtreder toegerekend, ook als deze in het concrete geval buiten de lijn der normale verwachting liggen.

23. HR 20 mrt 1992 NJ 1993, 547, nt CJHB, *Gem. Diemen - Rep-Tax*. Zie voor dit onderwerp: M.L.M. Renckes c.s., *Aansprakelijkheid van de wegbeheerder*, Den Haag 1996, met op p. 75 v. afbeeldingen van bussluizen. Vgl. ook Hof Amsterdam, 30 dec. 1993, VR 1994, 151 (eveneens inzake bussluis).

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Deze regel werd eerder aanvaard bij overlijdens- en letselschade.²⁴ Het resultaat is intussen zeer onbevredigend, en ook weinig logisch consistent: de gemeente had immers òòk een veiligheidsnorm overschreden met het verzaken van de waarschuwingplicht, en zou derhalve ook moeten opkomen voor schadelijke gevolgen die minder in de normale verwachtingssfeer lagen (hetgeen bij een gat in de weg overigens moeilijk voorstelbaar is - het *Ferwerderadeel-syndroom*; de 40 autowrakken bewijzen het).

Het onbevredigende aspekt van dit arrest is niet terug te vinden in een recente uitspraak in een overeenkomstig geval.²⁵ Bij werk in uitvoering, het aanbrenge van een laag split op het wegdek dat met bitumen besproeid was en het vervolgens walsen, was niet direkt daarna geveegd. Ter rechterzijde van de rijbaan lag als gevolg daarvan aan de bermzijde een laag van door het verkeer opgereden split met een dikte van enkele centimeters. Er was een verkeersbord aangebracht met de afbeelding opspattende stenen, en er gold een snelheidsbeperking (50 km p/u). Annema rijdt in haar auto ter plaatse, er is geen verlichting, en raakt in de dikke laag split terecht, slijpt en komt tegen een boom tot stilstand, met een ernstige verwonding als gevolg. Zij stelt dat de staat een gevaarsituatie gecreëerd heeft en onvoldoende daarvoor gewaarschuwd heeft; zij was er niet op verdacht dat split op het wegdek ook slipgevaar kan opleveren.

Het hof wijst Annema's vordering af, onder verwijzing naar het *bussluit*-arrest: de risico's van het rijden op een dergelijk wegdek kunnen bekend verondersteld worden, afgezien van geplaatste verkeersborden.

De hoge raad overweegt, naar aanleiding van een klacht dat het hof zijn beslissing onvoldoende gemotiveerd had:

'Deze klacht treft doel. Hetgeen het hof in rov. 7 van zijn arrest heeft overwogen kan wel verklaren waarom het hof oordeelde dat voldoende beveiligingsmaatregelen waren getroffen tegen het door het hof in rov. 6 aangenomen potentiële gevaar dat een met een laag split bestrooide weg oplevert, in het bijzonder voordat er is geveegd, doch is - mede gelet op de omstandigheden dat de weg niet verlicht was en de wegdekmarkering ontbrak - ontoereikend als motivering van het in 's hofs arrest besloten liggende oordeel dat die maatregelen óók voldoende waren als beveiliging tegen het door Annema gestelde bijzondere gevaar dat voortvloeide uit de aanwezigheid van een splitrand van enkele centimeters dik. Het hof heeft laatstbedoeld oordeel dan ook niet genoegzaam gemotiveerd.

Onderdeel 2.2 - onderdeel 2.1 bevat geen klacht - keert zich tegen 's hofs van de rechtbank overgenomen oordeel dat het een feit van algemene bekendheid is dat met de waarschuwborden voor opspattende stenen (model 85) ook op slipgevaar wordt gewezen.

Het bestreden oordeel moet klaarblijkelijk aldus worden begrepen dat het naar 's hofs oordeel van algemene bekendheid is dat in een situatie waarin het gevaar van opspattende stenen bestaat, steeds ook het gevaar van slippen over losliggende stenen bestaat, zodat het voor eerstvermeld gevaar waarschuwend borden tevens (voldoende) voor slipgevaar waarschuwt. Daargelaten of het inderdaad juist is dat in bedoelde situatie steeds of in de regel slipgevaar bestaat, valt in elk geval niet in te zien dat dit zo algemeen bekend is dat de bestuurder van een auto bij het zien van een bord voor opspattende stenen waarschuwt op de wijze waarop bord 85 (oud) respectievelijk bord J 20 (nieuw) dit doet, terstond dient te beseffen dat

24. Zie HR 9 juni 1972 *NJ* 1972, 360, *neurotische depressie*; HR 21 mrt 1975 *NJ* 1975, 372, *hartpatiënt*; zie onder, Hfdst. 11, § 2, nr 3 (causaliteit).

25. HR 6 sept. 1996, *NJ* 1998, 415, nt CJHB, *Annema - Staat*. Zie over dit arrest ook mijn artikel in WPNR 6273 (1997): Gevaarzettingstheorie: de lelijke eend begint een zwaan te worden (Privaatrecht Aktueel).

§4. AANSPRAKELIJKHEID VOOR GEBOUWEN

hij ook voor slipgevaar wordt gewaarschuwd. Het onderdeel klaagt dan ook terecht over onbegrijpelijkheid van het bestreden oordeel' (ov.3.3.2; 3.4.1).

De hoge raad gaat in dit arrest uit van een streng regime van voorzienbaarheid met betrekking tot onvoorzichtigheid of onoplettendheid van verkeersdeelnemers, en een versterkte waarschuwingsplicht die daarop gericht is, anders dan in de *bussluit*-zaak het geval was.

Het stellen van lichte eisen aan het causaal verband tussen onzorgvuldig handelen en de schade die (op hoogst onwaarschijnlijke wijze) veroorzaakt wordt is overigens in lijn met de rechtspraak van de hoge raad op het gebied van het overtreden van veiligheidsnormen in het algemeen. Deze lijn loopt via schending van geschreven veiligheidsnormen (*Versluit*-arrest, 1979), geschreven interne veiligheidsinstructies (*Jumbo III*, 1993) naar ongeschreven veiligheidsnormen (*Ziekenhuis De Heel*, 1995).²⁶

Overigens is met art. 6:174 lid 2 BW een vorm van risico-aansprakelijkheid voor de beheerder van openbare wegen ingevoerd (dit geldt niet voor waterwegen), waarbij de gecompliceerde 'tenzij ...indien'-formule tot hoofdbrekens leidt. Er is op dit moment slechts lagere rechtspraak over ondergeschikte problemen van wegbeheer (olievlek op wegdek, e.d.) bekend; de hoge raad heeft zich over deze materie nog niet uitgesproken. De problematiek van art. 6:174 BW laat ik hier verder rusten; zie daarvoor nog uitvoerig onder, Hfdst. 12, § 2, nr 5; § 4.²⁷

Men zie voor de (lagere) rechtspraak *Onrechtmatige daad 3*, III.3 (Bouman), aant.138; I (Oldenhuis), art.174, aant.55-67; 101-108. Het valt op dat in verschillende uitspraken het zich op het wegdek bevinden van een uitlaatdemper, autoband, olievlék, niet tot aansprakelijkheid ex art.174 leidt, terwijl meestal art.162 niet aangevoerd werd of daarvoor te weinig gesteld was. Deze beperkte uitleg, afwijkend van hetgeen in omringende landen gebruikelijk is, lijkt voor bestrijding vatbaar; ik verwijs naar de bespreking van die materie elders in dit boek, t.a.p.

Het is echter de vraag of hiermee een trend in de rechtspraak aangegeven is. De indruk bestaat namelijk dat door invoering van art. 174 de aansprakelijkheid van de wegbeheerder in het algemeen aanzienlijk verzwaaard is. Volgens de jaarcijfers van de grote verzekeringsmaatschappijen werd in 1996 door assuradeuren namens de gemeenten ongeveer 4 keer zoveel aan schadevergoeding uitgekeerd als in 1990 het geval was. Deze stijging is mede toe te schrijven aan de invoering van risico-aansprakelijkheid van de wegbeheerder.²⁸ Spier, preadv.

26. Zie voor deze materie boven, Hfdst. 12, § 1, nr 6; en onder § 11, nr 2.

27. In dezelfde zin als het *Annema*-arrest eerder reeds: Hof Den Bosch 13 mrt 1951, *NJ* 682, in een vergelijkbaar geval. Door uitwaseming van een koeltoren van een kolenmijn was het wegdek plaatselijk glad; de beheerder had een bord 'slipgevaar' geplaatst. Het hof overwoog dat weggedeelten waarbij zo'n bord staat alleen onder speciale, de weggebruiker kenbare omstandigheden slipgevaarlijk zijn. Indien dat gevaar ook zonder zulke omstandigheden bestaat, is het bord onvoldoende en is de mijn aansprakelijk aangezien zij onvoldoende maatregelen genomen heeft.

28. Volgens gegevens van Centraal Beheer (dat 60% van de gemeenten verzekert) is na invoering van het NBW de schadelast meteen verdubbeld: van f 1,5 mln in 1991 naar f 3,3

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

NJV 1996, p. 38, wijst erop dat de aansprakelijkheid van gemeenten in 1994 sterk gegroeid is. Steeds stijgende premies en verslechtering van voorwaarden heeft de Vereniging van Nederlandse Gemeenten ertoe gebracht om een Aansprakelijkheids-Onderlinge voor Gemeenten op te richten, die januari 1996 in werking getreden is met 170 gemeenten.

Zie ook nog: A.W. van Leeuwen en O.L. Nunes, *Een nieuwe aansprakelijkheid voor de wegbeheerder?*, VR 1994, p. 189, die weinig aanleiding voor een gewijzigd aansprakelijkheidsregime zien omdat art. 174 zou uitgaan van een inspanning van de wegbeheerder en de beschikbaarheid van voldoende financiële middelen. Hun betoog kan mij niet overtuigen.

Ook Van Dam gaat niet verder dan een verzwaarde zorgplicht voor onderhoud en controle van de wegbeheerder; de financiële armslag van de beheerder acht hij van belang, met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van art. 174, zij het dat dit niet betekent dat het onderhoudsniveau 'bij gebreke aan financiële mogelijkheden beneden een aanvaardbaar peil zal mogen dalen, of dat men bekende gevaarlijke situaties zal mogen laten voortbestaan' (*Parl. Gesch. Boek 6*, p. 1394). Zie: *Aansprakelijkheid voor nalaten*, preadv. Ned. Ver. v. Rechtsvergelijking 1995, p. 58. Dit alles heeft echter weinig meer met risico-aansprakelijkheid te maken, zoals dat in ons land en omringende landen al jaar en dag opgevat wordt, maar is gewoon schuld-aansprakelijkheid. En dat is toch iets anders, ook al wordt het vaak streng toegepast.

Recente rechtspraak: fietspad Scheemda (2000)

In een arrest van 17 nov. 2000 heeft de Hoge Raad een soortgelijk standpunt ingenomen ten aanzien van *aansprakelijkheid voor wegen*, eveneens art. 6:174 BW.²⁹

De Gemeente Scheemda werd als beheerder van een openbare weg aansprakelijk gesteld door Olsder, die op een fietspad fietsend ten val was gekomen en letsel opgelopen had. Nu was het ongeluk in de berm naast het fietspad gebeurd; het Hof Leeuwarden had vastgesteld dat de berm behoorde tot de 'weg', hetgeen niet zo opmerkelijk is aangezien in lid 5 van art. 174 gesproken wordt van het 'weglichaam'. Olsder komt ten val, wanneer hij van het pad geraakt en in de steil aflopende berm terechtgekomen, zijn weg wil vervolgen (al fietsend vanuit de berm) en ten val raakt doordat hij een hoekige, zeer steile betonnen rand van het fietspad niet ziet die door begroeiing aan het zicht onttrokken was. Hij valt ongelukkig op zijn elleboog waardoor hij arbeidsongeschikt geworden is. Gezien de toedracht stelt het hof de gemeente voor $\frac{3}{4}$ aansprakelijk, en legt $\frac{1}{4}$ bij Olsder als toe te rekenen causale omstandigheid, vanwege diens gevaarsverhogend gedrag (door de gemeente geringschattend aangeduid als 'rare streken').

In cassatie is voor ons onderwerp slechts van belang dat de hoge raad het standpunt van het hof onderschrijft dat bij het vaststellen of een weg gevaar oplevert, dat wil zeggen voldoet aan de daaraan qua veiligheid te stellen eisen: van belang is om rekening te houden met het gedrag van de weggebruikers, dat niet altijd van voorzichtigheid getuigt. Na de feitelijke vaststelling door het hof weergegeven te hebben, overweegt de hoge raad dat het hof terecht geoordeeld heeft dat:

mln in 1992. Stand 1996: f 4,25 mln. Het eigen risico is sinds 1995 f 5.000,- per geval (was: f 1.000,-).

29. HR 17 nov. 2000, NJ 2001, 10, *Gem. Scheemda – Olsder*.

§4. AANSPRAKELIJKHEID VOOR GEBOUWEN

‘met name bij smalle fietspaden de wegbeheerder er rekening mee dient te houden dat aan het fietsen inherent is dat fietsers ten gevolge van bijvoorbeeld zijwind, tegenliggers of wegens jeugdige onbezonnenheid, niet steeds een koersvaste lijn volgen en dat de mogelijkheid bestaat dat fietsers in de berm raken (rov. 12). Bij zijn oordeel dat de ‘weg’ niet voldeed aan de daaraan onder de gegeven omstandigheden te stellen eisen heeft het hof derhalve niet alleen de functie van de onderhavige weg – een fietspad – en de fysieke toestand van dat fietspad in aanmerking genomen, maar tevens de wijze waarop het fietspad door weggebruikers gebruikt wordt. Aldus oordelende heeft het hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het bepaalde in art. 6:174 BW. Zijn oordeel is voorts zozeer verweven met waarderingen van feitelijke aard, dat het in cassatie niet op zijn juistheid kan worden getoetst. Het is ook niet onbegrijpelijk.’³⁰

De conclusie die hieruit valt te trekken is dat bij het vaststellen of veiligheidsnormen geschonden zijn, het onvoorzichtig gedrag van het slachtoffer als voorzienbare omstandigheid en risikofactor betrokken moet worden bij de toerekening van aansprakelijkheid aan degeen die met zijn activiteiten een gevaarssituatie totstandgebracht heeft, en daarmee bij de vaststelling van het causaal verband. De ‘toerekening van causale omstandigheden’, zoals het hof het genoemd had.

Aansprakelijkheid voor onduidelijk waarschuwbord: Jetblast (2004)

In een recente uitspraak werd door de hoge raad voortgebouwd op het *Annema*-arrest, waar het een gevaarssituatie betrof op terrein grenzend aan de openbare weg, bij de afscheiding van een vliegveld.³¹ Hier was de vraag, behalve de *kelderluik*-criteria inzake het nemen van voldoende veiligheidsmaatregelen, of een waarschuwbord voldoende op dreigend gevaar wees. De raad acht bij de beantwoording van die vraag van belang of het publiek op die waarschuwing op een wijze zal reageren dat het gevaar gemeden wordt. Kortom, is het bord duidelijk genoeg, als waarschuwing?

Mevrouw Hartmann staat op Sint Maarten, Antillen, op een parallelweg van achter een afscheidingshek met het vliegveldterrein naar het vertrek van een vliegtuig te kijken, een Boeing 747 van Air France, op 50 m. afstand. Bij het vertrek van dat toestel ontstaat een zogenaamde ‘jetblast’ waardoor zij door de lucht wordt geblazen, tegen rotsen wordt geworpen en letsel opgelopen heeft. Op het hek was een bord geplaatst met de tekst: ‘Warning!’, en het onderschrift: ‘low flying and departing aircraft blast can cause physical injury’. De Airport (PJIAE) stelt dat het bord voldoende duidelijk was, en dat zij geen zeggenschap had over het openbare weggedeelte, en krijgt daarbij het hof mee. De hoge raad denkt daar echter anders over; ik verwijs verder naar de volgende overweging van de raad:

‘3.4.3. Aan zijn voormelde oordeel heeft het hof, behalve de omstandigheid dat PJIAE geen zeggenschap had over de plaats waar Hartmann de jetblast heeft ondervonden, mede ten

30. Toch volgt vernietiging van het arrest, aangezien het hof voorbij gegaan is aan de door de gemeente gestelde toedracht van het ongeluk en betwisting van de door Olsder gestelde toedracht, een motiveringsgebrek derhalve.

31. HR 28 mei 2004, RvdW nr 76, *Hartmann – Princess Juliana International Airport Exploitatie Mij.(Jetblast)*, een Antillenzaak.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

grondslag gelegd dat Hartmann gezien de tekst op de door PJIAE aan het hek aangebrachte waarschuwborden op de hoogte kon zijn van het gevaar waaraan zij mogelijk zou worden blootgesteld. Indien het hof, aldus overwegende, tot uitdrukking heeft gebracht dat, wil een waarschuwbord kunnen worden aangemerkt als een afdoende maatregel om het publiek tegen een gevaar te waarschuwen, voldoende is dat het publiek door dit bord op de hoogte kan zijn van dit gevaar, is het hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Voor het antwoord op de vraag of een waarschuwing kan worden beschouwd als een afdoende maatregel met het oog op bescherming tegen een bepaald gevaar, is van doorslaggevende betekenis of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden. Als het hof deze maatstaf niet heeft miskend, heeft het zijn kennelijke oordeel dat aan deze maatstaf is voldaan, in het licht van de in dit geval vaststaande omstandigheden ontoereikend gemotiveerd. Het hof heeft immers, in cassatie niet bestreden, vastgesteld dat PJIAE kon verwachten dat het publiek zich zou opstellen in de zeer directe omgeving van het aan de zijde van Maho Beach geplaatste hek (rov. 4.4, derde gedachtestreepje), en Hartmann heeft in appel gesteld - welke stelling door PJIAE niet is bestreden en door het hof niet onjuist is bevonden - dat toeristen ondanks de waarschuwborden in groten getale vanaf die plaats naar vliegtuigen kijken. Voorts heeft het hof niet in zijn oordeel betrokken de door Hartmann aangevoerde stelling dat uit de tekst van de waarschuwborden niet duidelijk blijkt om welk concreet gevaar het gaat. Ook in zoverre heeft het hof onvoldoende inzicht gegeven in de gedachtegang die heeft geleid tot zijn oordeel dat Hartmann op de hoogte kon zijn van het gevaar waaraan zij zou kunnen worden blootgesteld.

De onderdelen 2.b1 en 2.b2, die hierover klagen, treffen derhalve doel.’

3. *Aansprakelijkheid van de waterbeheerder (zoals waterschappen). Administratieve rechtspraak en civiele rechtspraak vergeleken.*

Wanneer de vraag zich voordoet of het handelen van een waterschap, als bestuursorgaan in eerste instantie belast met het beheer van de in ons land zo overvloedige oppervlaktewateren, schade veroorzaakt heeft die voor vergoeding in aanmerking komt, werd die vraag tot voor kort vrijwel steeds ter beoordeling aan de bestuursrechter voorgelegd. Degeen die zijn schade trachtte te verhalen kreeg daarbij meestal nul op het rekest, zo lang het waterschap kon aantonen zich voldoende ingespannen te hebben om schade te voorkomen, men binnen de marges van het door de provincie goedgekeurde peilbesluit gehandeld had, terwijl bovendien sprake is van een grote beleidsruimte, de schade niet voorzienbaar was, en de schade tot het normale levensrisiko in een polder hoort. Indien het gaat om schade aan funderingspalen die zijn droog komen te liggen door peilverlaging, wordt al vrij snel aangenomen dat dit een gebrek van het gebouw in kwestie is, althans niet voorzienbaar was voor de waterbeheerder. Geen wonder dat een schadelijgende partij de laatste jaren steeds vaker de weg naar de burgerlijke rechter weet te vinden, indien ten minste zijn advocaat van wanten weet. Men kan de aansprakelijkheid van waterbeheerders niet behandelen zonder het grensgebied te verkennen, de bestuursrechtelijke aansprakelijkheid. In die kringen kan men veelal vernemen dat de burgerlijke rechter op dat terrein niets te zoeken heeft en aansprakelijkheidsvragen aan zijn bestuursrechtelijk collega's moet overlaten, gezien het wettelijk stelsel van bestuursrecht. Het debat over die vraag, dat al enige jaren in volle hevigheid duurt en de schrijvers verdeeld houdt, is met het arrest van de hoge raad van 17 december 1999 inzake *Gemeente Groningen – Raatgever* in een nieuwe fase

§4. AANSPRAKELIJKHEID VOOR GEBOUWEN

gekomen, namelijk die waarbij de burgerlijke rechter een belangrijke plaats toegewezen gekregen heeft bij de beoordeling van aansprakelijkheid van waterbeheerders. Die bestuursrechtelijke verkenning vond hierboven plaats, in Hoofdstuk 10 (zie § 5, nr 5).

Ook afgezien daarvan, is met het toenemende belang van ‘interne rechtsvergelijking’, dat wil zeggen, die tussen bestuursrecht en privaatrecht, en bovenal gezien de noodzaak van integratie van beide rechtsgebieden, een behoefte ontstaan om het civiele aansprakelijkheidsrecht op dit terrein in kaart te brengen. Daarbij is het interessant te weten voor private partijen die met schade door wateroverlast of grondwaterdaling geconfronteerd worden, dat een beroep op de burgerlijke rechter aanzienlijk meer mogelijkheden geeft om een bevredigende vorm van schadevergoeding te verkrijgen.³²

Het is een deel van het recht dat nog volop in ontwikkeling is, en waarover de meningen zeer verdeeld zijn, met grosso modo een scheidingslijn tussen beoefenaren van het bestuursrecht en het privaatrecht. Ook hier geldt het inzicht van Heraclitus, de grote dialecticus: ‘Ge kunt niet tweemaal in dezelfde rivier stappen, want er vloeien altijd weer andere wateren over u heen’.

Bij de vraag of een waterschap als waterbeheerder naar burgerlijk recht tot schadevergoeding gehouden kan worden wegens onrechtmatige daad, kan men allereerst denken aan het peilbesluit dat genomen werd en dat tegenover derdenbelanghebbenden onrechtmatig kan zijn. In de leer van de hoge raad kan zelfs een maatregel van (materiële) wetgeving een onrechtmatige daad zijn³³. Hierboven is gebleken dat wanneer een waterschap een besluit zou nemen waarvan de goedkeuring door GS vervolgens na beroep vernietigd wordt door de afdeling bestuursrechtspraak van de raad van state, de provincie (en eventueel ook het waterschap) naar burgerlijk recht schadeplichtig is jegens belanghebbenden, ook al werd dat besluit tot goedkeuring indertijd op goede gronden genomen (bijvoorbeeld met inachtneming van toen geldende provinciale richtlijnen of een goedgekeurd waterbeheerplan). Dat kan ook het geval zijn indien sprake is van een uitspraak de hoogste administratieve (of civiele) rechter in een analoge zaak, zoals uit de rechtspraak blijkt.

Het ligt echter meer voor de hand om het daadwerkelijk handelen bij het handhaven van het peilbesluit, waardoor bijvoorbeeld een grondwaterverlaging veroorzaakt is, als uitgangspunt te nemen van onrechtmatig handelen, in het geval dat schadebeperkende maatregelen nagelaten werden. Met andere woorden, de feitelijke beïnvloeding van het waterpeil door het waterschap is hierbij aan de orde.³⁴ Het is hierbij van belang om vast te stellen dat de burgerlijke rechter op allerlei terreinen van overheidshandelen strenge maatstaven aanlegt bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van dat handelen, en vaak van pseudo-risico-aansprakelijkheid sprake is (bodemvervuiling, wegenbeheer, e.d.), evenals bij de vaststelling van het causaal verband

32. Hetgeen hier volgt is grotendeels ontleend aan mijn artikel Aansprakelijkheid van waterschappen naar burgerlijk recht voor schade als gevolg van onzorgvuldig waterbeheer, *TMA* 2000, p.32.

33. Vgl. HR 14 jan. 1969, *NJ* 316, *Pocketboek*-arrest; HR 26 sept. 1986, *NJ* 1987, 253, nt MS, *Hoffmann La Roche*; zie boven, Hfdst. 10, § 5, nr 2.

34. Die mogelijkheid vindt men beschreven door E. van der Schans in een bijdrage, met vermelding van rechtspraak die hieronder nog aan bod zal komen, aan: *De schadevergoedingsplicht in bestuurs- en waterstaatspraktijk*, 1995, p. 21 v., op p. 34 v.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

het geval is. Met name dat laatste ligt bepaald anders wanneer de bestuursrechter geroepen wordt om over aansprakelijkheid van een overheidslichaam te oordelen.³⁵

Dan nu allereerst een beschrijving van de stand van zaken in het bestuursrecht ten aanzien van schade als gevolg van waterbeheermaatregelen. Daarna zal het civiele recht op dit stuk in kaart gebracht worden.

Aansprakelijkheid van waterbeheerders in het bestuursrecht.

Bij het waterbeheer kan de waterbeheerder ertoe genoodzaakt worden om maatregelen te treffen, zoals tot peilaanpassingen over te gaan. Wanneer daardoor schade ontstaat aan eigendom van derden (waaronder begrepen schade aan natuurgebieden) doet de vraag zich voor of de waterbeheerder daarvoor aansprakelijk gesteld kan worden door eigenaren of belanghebbenden.³⁶

De waterbeheerder is in de eerste plaats het waterschap, en op een hoger niveau, de daarbij betrokken provincie. Het peilbeheer van het oppervlaktewater kan in het algemeen twee aspecten hebben: indien peilverlagingen aangebracht worden kan dit schade veroorzaken als gevolg van daling van het grondwater; handhaving van het peil of nalaten van de verlaging ervan kan tot schade leiden doordat op laaggelegen percelen wateroverlast ontstaat. Dat laatste kan zijn oorzaak vinden in overvloedige regenval die zich de laatste jaren voorgedaan heeft, in ons land of in het stroomgebied van rivieren die hier uitmonden. Voor het tegengestelde probleem, peilverlagingen, kan de aanleiding gelegen zijn in de uitoefening van de landbouw (toegankelijk maken van landbouwgrond voor zware machines, e.d.), maar kan ook genoodzaakt zijn door bodemdaling die optreedt als gevolg van de gas- en zoutwinning.³⁷ Een veel voorkomende schadevorm is schade van partikulieren aan funderingen van woningen en gebouwen, indien funderingspalen door verlaging van het grondwaterpeil komen droog te staan en verrotten. De peilverlaging, teweeggebracht door de waterbeheerder, het waterschap, kan overigens ook toe te rekenen zijn aan externe factoren, in veengebieden voornamelijk het inklinken van de bodem (veenoxidatie).

Allereerst wordt een kort overzicht gegeven van de rechtspositie van de waterbeherende lichamen op grond van het bestuursrecht; een peilaanpassing is immers gebaseerd op een peilbesluit dat door een waterschap genomen, en door de provincie vervolgens goedgekeurd is. Daarbij staat de Waterschapswet (1992)

35. Zie voor wegenbeheer, de vorige sub-paragraaf, nr 2. Voor enkele sprekende gevallen van (beperkte) aansprakelijkheid van waterschappen door de afdeling bestuursrechtspraak van de raad van state beslist (1997), wordt verwezen naar boven, Hfdst. 10, § 5, nr 5.

36. Bij deze beschouwingen wordt gebruik gemaakt van een Rapport dat in 1997 door mij uitgebracht werd aan de Provincie Friesland, waarin deze materie uitvoeriger aan de orde gesteld is: J.M. van Dunné, *Aansprakelijkheid van waterbeheerders voor schade voortvloeiend uit het tot standbrengen van peilverlagingen (diepontwatering)*, Instituut voor Milieuschade, EUR, mei 1997. De Unie van Waterschappen heeft zich in een Nota van 28 juli 1997 aan GS van Friesland afgezet tegen het rapport. De hoofdlijnen ervan werden (eveneens kritisch) besproken door A. van Hall, *Stedelijk grondwaterbeheer*, BR 1998, p.989, op p.999 v.

37. Zie voor de Provincie Friesland: J.M. van Dunné, *Bodemdaling in Friesland: aansprakelijkheidsvragen*, Rapport uitgebracht aan G.S. van Fryslân, Instituut voor Milieuschade, EUR, 1996, p.34 v.

§4. AANSPRAKELIJKHEID VOOR GEBOUWEN

en de Wet op de waterhuishouding (1990) centraal, naast algemene regels van geschreven (Awb) en ongeschreven bestuursrecht (nadeelcompensatie).

Een beheersmaatregel in de vorm van een peilaanpassing (c.q. nalaten daarvan) zal, zoals gezegd, meestal op een peilbesluit gebaseerd zijn dat door een waterschap genomen is; bestuursrechtelijk is het beeld als volgt.³⁸ De provincie draagt de verantwoordelijkheid voor het algemene beleid op het gebied van het waterbeheer; zij stelt een provinciaal waterhuishoudingsplan op en een waterschapsreglement. Ook kan er sprake zijn van door de provincie opgestelde richtlijnen op dit gebied.³⁹ Het waterschap maakt een waterbeheersplan voor 4 jaar, dat goedgekeurd wordt door de provincie; ingevolge art.151 Waterschapwet kan men daarvan in beroep gaan bij de rechtbank.

Het waterschap stelt peilbesluiten vast; in het waterschapsreglement kan worden bepaald dat de peilbesluiten goedkeuring van gedeputeerde staten van de provincie behoeven (art.16 Wwh; art.148 Wsw). In een provinciale verordening waterhuishouding kan bepaald worden dat altijd peilbesluiten genomen worden door het waterschap, ook indien sprake is van zogenaamde peilaanpassingen (de aanpassing aan de zakking van het maaiveld). Belanghebbenden kunnen van zo'n goedkeuring door GS in beroep gaan bij de rechtbank en vervolgens eventueel bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (vroeger: de Kroon).⁴⁰ De toetsing door de administratieve rechter gebeurt op grond van onder meer de algemene beginselen van behoorlijk bestuur; ook geldt er een motiveringseis voor de provincie (art.156 Wsw).

Van de goedkeuring van een peilbesluit kan men in beroep gaan bij de rechtbank ex art.151 Wsw. De Wet op de waterhuishouding voorziet in de mogelijkheid van schadevergoeding in geval van schade ontstaan als gevolg van het vaststellen (of wijzigen) van het peilbesluit, art 40 Wwh. Het gaat daarbij om schade die 'redelijkerwijze niet ten laste van degeen die schade lijdt behoort te blijven en waarvan de vergoeding niet of niet op andere wijze is verzekerd'. Op schriftelijk verzoek van degeen die schade lijdt wordt door het gezag dat het besluit genomen heeft (waterschap) een naar billijkheid te bepalen schadevergoeding toegekend, in geld of op andere wijze. Deze regeling vertoont grote gelijkenis met die van de Grondwaterwet (art. 41), de Wet op de ruimtelijke ordening (art. 49) en de artt. 15:20 en 15:25 Wet milieubeheer. De mogelijkheid bestaat om in het waterschapsreglement een compensatieregeling op te nemen; soms gebeurt dit in het peilbesluit zelf.⁴¹

De Unie van Waterschappen heeft een concept-compensatieregeling opgesteld⁴²; de status van een dergelijke regeling is nog onduidelijk. In september 1999 is de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Awb)

38. Vgl. J.F. van den Berg en A. van Hall, *Waterstaats- en waterschapsrecht*, 2e dr., Deventer, 1997; J.J.I. Verburg, *De Waterschapswet*, 2e dr., Zwolle 1995; H.J.M. Havekes en W.G.M. Heldens, *De Wet op de waterhuishouding*, Lelystad 1990; Van Hall, *BR* 1998, p.996 v.

39. Vgl. voor het rechtskarakter van dergelijke richtlijnen: RvSt 7 nov. 1991 *AB* 1992, 474, *Alblasserwaard*.

40. Art. 42 Wwh. Vgl. ook *AB* 1995, 499, nt Van Hall, *funderingspalen De Meern*.

41. Zie bijv. KB 19 jan. 1989 *AB/NJ* 1990, 355, *Woerden*, een uitspraak van voor de invoering van de Wwh.

42. Het Unie-model (1994) kent in art. 12 een omschrijving van de schadevergoeding die grote overeenkomst vertoont met art. 40 Wwh.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

verschenen, waarin een algemene regeling van aansprakelijkheid voor rechtmatige overheidsdaad opgenomen is voor uit *wettelijke* voorschriften voortvloeiende betalingsverplichtingen, waarvan art. 40 Wwh, nadeelcompensatieregeling, een voorbeeld is. Blijkens de toelichting is deze regeling niet van toepassing op beslissingen die voortvloeien uit zelfstandige schadebesluiten die volgens de rechtspraak op een bestuursrechtelijk rechtsbeginsel gebaseerd zijn. Die kwestie is met de regeling van het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht doorgeschoven naar de vijfde tranche.⁴³

De rechtspraak dient zich in de tussentijd op grond van art. 3:4 lid 2 Awb te ontwikkelen. Bij de vaststelling van een peilbesluit dient het waterschap met alle betrokken belangen van ingelanden rekening te houden en aan de hand van een zorgvuldige belangenafweging tot het besluit te komen.⁴⁴ Dit wordt algemeen gezien als een *inspanningsverbintenis*; in de praktijk is het dan ook niet eenvoudig om schadevergoeding te krijgen.⁴⁵ Indien schade behoort tot het 'normaal maatschappelijk risico' van betrokkenen, dient deze voor hun rekening te blijven. Aangezien sommige betrokkenen een hoger, anderen juist een lager peil willen op grond van persoonlijke belangen, heeft het waterschap een vrije beleidsruimte bij de belangenafweging die geboden is. Het waterschap heeft wel een motiveringsplicht bij het nemen van een peilbesluit, waaruit moet blijken dat alle betrokken belangen zorgvuldig tegen elkaar afgewogen zijn; dat geeft soms aanleiding tot vernietiging van een peilbesluit.⁴⁶

Het aanbieden van maatregelen om schade te verhelpen (op kosten van het waterschap) doet de toetsing door de administratieve rechter vaak in het voordeel van het waterschap uitvallen.⁴⁷

43. Zie voor deze materie J.M. Polak, *NJB* 2000, p.317, met verdere literatuur. Polak ondersteunt de oproep van Ravels (in *NTB*, dec. 1999) tot ingrijpen door de wetgever op dit gebied.

44. Zie voor meer algemene aspecten van die belangenafweging: A. van Hall, *Het specialiteitsbeginsel in het waterstaatsrecht. Over kringen van belangen*, oratie Utrecht 1995, Zwolle, 1995. Zie voor de rechtspraak op dit gebied: Van Hall, *BR* 1998, p.997 v.

45. Aldus Van den Berg/Van Hall, pp. 184, 190. Zie ook: Havekes/Heldens, p.114; I. Poortvliet, *Het Waterschap*, 1995, p.240; Van Hall, noot *AB* 1996, 64; Van Hall, *BR* 1998, p.998; Havekes, *TMA* 2000, p.9 v.; vgl. ook: *Peilbeheer en peilbesluit. Een bestuurlijk-juridische verkenning*, Unie van Waterschappen, 1985, p.9 v., waar gesproken wordt van een 'zorgplicht' die uit het peilbesluit voortvloeit.

Men zie ook de rechtspraak op dit punt, waarbij het waterschap meestal in het gelijk gesteld wordt: KB 19 jan. 1989 *AB/NJ* 1990, 355, *Woerden*; RvSt 28 juli 1995 *AB* 549, *Ouderkerk a/d Amstel*; RvSt 31 juli 1995 *AB* 489, *Schagerkogge*; RvSt 1 febr. 1996 *AB* 166, *Luxwoude*; KB 22 dec. 1995 *AB* 1996, 147, *Noorder Vechtdijken*.

46. Zie bijv. *AB* 1992, 474, *Alblasserwaard*.

47. Zie bijv. RvSt 1 febr. 1996, *AB* 166, *Luxwoude* (drainage t.b.v. veepad); RvSt 31 juli 1996, *AB* 433, *Tholen* (verfijning peilen en aanvullende voorzieningen drainage). In de zaak RvSt 3 aug. 1995, *AB* 499, *De Meern* (funderingspalen) werd overwogen dat geen extra hoogwatervoorzieningen geboden waren, aangezien was komen vast te staan dat de funderingspalen van eisers niet waren komen droog te staan als gevolg van het aangevochten peilbesluit. In de al genoemde uitspraak inzake *Woerden* (1989) ging het o.m. over schade aan funderingspalen door peilverlagingen, waardoor verzakkingen aan woonhuizen en bijgebouwen opgetreden waren. Het besluit van GS om peilbesluiten goedkeuring te

§4. AANSPRAKELIJKHEID VOOR GEBOUWEN

In beginsel blijft de meeste schade die ontstaat daarbij voor de betrokkenen. Bij calamiteuze situaties is sprake van overmacht voor het waterschap; bovenmatige schade kan voor vergoeding in aanmerking komen, mits geen sprake is van een normaal maatschappelijk risico. Het waterschap dient betrokkenen wel te wijzen op de mogelijkheid van schadevergoeding of compenserende maatregelen.

De vrije beleidsruimte die het waterschap heeft bij het vaststellen van een peilbesluit heeft tot gevolg dat de toetsing die door administratieve rechter gedaan wordt de zogenaamde marginale toetsing, of redelijkheidstoets is: heeft de beheerder in redelijkheid tot de gemaakte ordening en weging van belangen kunnen komen zoals in het peilbesluit neergelegd?⁴⁸ Het pleit wordt dan doorgaans in het voordeel van het waterschap beslecht, blijkens de jurisprudentie.

De rechtspositie van de provincie als goedkeurende instantie ten aanzien van peilbesluiten van waterschappen vraagt nog om uitwerking. Het dagelijks bestuur van een waterschap dient alvorens tot een peilbesluit over te gaan onderzoek te doen naar de hydrologische gevolgen van het besluit en naar de effecten op de waterkwaliteit, ingevolge de provinciale verordening. Daarbij dienen de richtlijnen van GS in achtgenomen te worden. Voor het aan het peilbesluit voorafgaande beheersplan van het waterschap geldt doorgaans hetzelfde, waarbij rekening gehouden dient te worden met de toegekende functies en met de bij de uitvoering van het plan te verwachten sociale en economische gevolgen. Het laat zich aanzien dat GS van de provincie bij de toetsing van het peilbesluit zich laten leiden door de genoemde aspecten, en daarop aangesproken kunnen worden door derden-belanghebbenden indien deze toetsing kennelijk tekortgeschoten is. Het zou een punt van nader onderzoek zijn, in hoever concrete schade aan de natuur te herleiden is tot het niet in acht nemen van de criteria die de Provinciale verordening en het Waterhuishoudingsplan genoemd zijn; deze criteria vormen in ieder geval een algemene ondersteuning voor een actie van belanghebbenden die op onzorgvuldig handelen van de waterbeheerder gebaseerd is.

Het standpunt dat door de Unie van Waterschappen ingenomen wordt in haar brochure van 1985 lijkt van een geheel andere gedachte uit te gaan, die naar mijn mening zeer aanvechtbaar is. Daar wordt betoogd dat het formaliseren van een peilvaststelling in een beheersplan, en het opnemen van streefpeilen, een zorgvuldigheid bij de peilvaststelling zal waarborgen (p.17). Ook wordt er vrij gemakkelijk van uitgegaan dat in geval van peilaanpassing door inklink van de bodem, de eigenaar van een gebouw bij het aanbrengen van een fundering rekening had moeten houden met de bodemgesteldheid; een daarop afgestemde peilaanpassing 'behoeft niet als verrassing te komen', leest men op p.17. Dit alles in tegenstelling tot peilverlaging met het oog op produktie-omstandigheden in de landbouw. Uit hetgeen nog volgt, zal blijken dat de problematiek aanzienlijk genuanceerder is.

onthouden wordt door de Kroon vernietigd, met verwijzing naar de in de peilbesluiten en het waterschapsreglement opgenomen schaderegeling.

48. Vgl. o.m. Van Hall, noot onder AB 1996, 64, *vaargeul Urk*. Zie ook nog: AB 1996, 433, *Tholen*; AB 1995, 489, nt Van Hall, *Schagerkogge*; AB/NJ 1990, 354, nt Verburg, *Woerden*; en verder nog AB 1990, 355 en 426, nt Verburg.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Wat de betekenis van de beschreven criteria voor de waterhuishouding betreft, kan nog gewezen worden op de jurisprudentie van de hoge raad met betrekking tot het veronachtzamen van veiligheidsnormen en de gevolgen daarvan voor de vaststelling van het (questieuze) causale verband. Ook indien de provincie geen verwijt gemaakt kan worden bij de uitvoering van de toetsing van het peilbesluit, hoeft dat niet te betekenen dat zij aansprakelijkheid kan ontlopen volgens de geldende rechtspraak, zoals wij elders gezien hebben.

Indien de provincie aansprakelijk gehouden zou kunnen worden, zou zij overigens verhaal kunnen zoeken op het waterschap, voor diens aandeel in de onzorgvuldige voorbereiding van het peilbesluit in kwestie.

Aansprakelijkheid van waterbeheerders naar burgerlijk recht

De aansprakelijkheid van een waterschap als waterbeheerder wordt in sterke mate beheerst door hetgeen de hoge raad in enkele arresten bepaald heeft; een ouder arrest is dat inzake *Bargerbeek* (1981), dat bevestigd werd in het arrest van 8 januari 1999 inzake *Waterschap West-Friesland*. Daarnaast is er een arrest uit 1994 met betrekking tot *Waterschap de Vechtlanden*, dat echter weinig toevoegt aan de stand van de jurisprudentie, terwijl in enkele uitspraken van lagere colleges een uitwerking gegeven wordt van de hoofdlijnen.

Deze jurisprudentie is na inwerkingtreding van het Nieuw BW in 1992 nog steeds van belang aangezien in art. 6:174 lid 2 een risico-aansprakelijkheid voor beheerders van wegen ingevoerd die echter niet geldt voor beheerders van waterwegen. Hier volgt allereerst een bespreking van die jurisprudentie, die spoort met enkele uitspraken van de bestuursrechter, *Luxwoude (veepad)* en *De Meern* (funderings-palen).⁴⁹

Er is weinig rechtspraak waarbij een waterschap voor de burgerlijke rechter uit onrechtmatige daad aansprakelijk gesteld wordt voor schade van derden die door het waterbeheer veroorzaakt is. De Rechtbank Den Bosch kreeg in 1994 te oordelen over een vordering tot schadevergoeding van eigenaren en gebruikers van percelen grond langs de oevers van de Dommel, die regelmatig buiten haar oevers trad met schade aan landerijen en gewassen tot gevolg.⁵⁰ Eisers stellen dat het aan onrechtmatig handelen van het waterschap te wijten was dat de rivier vaker dan vroeger overstroomde; er zou sprake zijn van onvoldoende onderhoud (uitbagging). Het verweer van het waterschap, gebaseerd op de invloed van besluiten, plannen en maatregelen van andere overheidslichamen wordt door de rechtbank verworpen:

‘het hiermede verband houdende verweer van het Waterschap dat het niet verantwoordelijk is voor de handhaving van het waterpeil, moet in zijn algemeenheid worden verworpen. Dit verweer is slechts gegrond voor zover natuurlijke oorzaken aan de wortel liggen van een verhoogd waterpeil. Maar de aan het Waterschap opgedragen waterbeheersingstaak sluit in zijn algemeenheid niet uit dat het, voor zover dat redelijkerwijs in zijn vermogen ligt en de concrete omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven, gehouden kan worden om

49. Resp. RvSt 1 febr. 1996, AB 166; 1 febr. 1995, AB 499, nt Van Hall, zie boven.

50. Rb. Den Bosch 18 mrt 1994, rolnr 327/90, *De Haas c.s. - Waterschap De Domme*, besproken door Van der Schans, t.a.p. (nr 4, nt 1), p. 34.

§4. AANSPRAKELIJKHEID VOOR GEBOUWEN

maatregelen te nemen om onevenredige nadelen van hoge waterstanden te voorkomen, bijvoorbeeld als die mede worden veroorzaakt door beleid van het Waterschap zelf.

Toch wordt de vordering van eisers afgewezen; de rechtbank oordeelde dat overstromingen van oudsher tot de normale risico's van oevereigenaren behoorden, dat het uitbaggeren op ernstige financiële en milieutechnische bezwaren bleek te stuiten en dat de toename van overstromingen in hoofdzaak kon worden toegerekend aan neerslaghoeveelheden die tot de hoogste behoorden in 40 jaar.

Met het argument van de beperkte financiële middelen die het waterschap ten dienste staan, lijkt de rechtbank aansluiting te zoeken bij een wat oudere uitspraak van de hoge raad inzake de *Bargerbeek*.⁵¹ In die zaak was een beek verstopt geraakt door overmatige plantengroei waardoor benedenstrooms overstromingen veroorzaakt werden met schade aan landbouwgewassen tot gevolg. Het hof Leeuwarden had de vordering van de grondgebruiker toegewezen, en daarbij een waarborgplicht van het waterschap aangenomen die de sloot in beheer had; de hoge raad vindt dat echter te ver gaan:

‘Het eerste middel is gegrond in zoverre het betoogt dat een zó vergaande waarborg van het Waterschap jegens de gebruikers van gronden, bij ontbreken van voorzieningen dienaangaande in het reglement van het Waterschap of in andere wettelijke bepalingen, niet kan worden gebaseerd op het feit dat de sloot bij het Waterschap in onderhoud was.

Hoever de onderhoudsplicht van het Waterschap gaat ter vermindering van het onder water lopen van laag gelegen gronden door verstopping van waterwegen, hangt van verschillende factoren af, zoals in het bijzonder: a. het aantal, de aard en de lengte van de waterwegen waarvan het onderhoud ten laste van het waterschap komt, b. het aantal gronden binnen het gebied van het Waterschap, waarvan het Waterschap weet of behoort te weten dat zij door hun lage ligging bijzonder kwetsbaar zijn voor wateroverlast, c. de middelen - financiële en andere - die het Waterschap voor het nakomen van zijn verplichtingen ten dienste staan, d. in hoeverre de aan het lage peil van de betreffende grond verbonden bezwaren (mede) veroorzaakt zijn door de eigenaar of gebruiker van die grond. Welke betekenis aan deze en dergelijke factoren in een gegeven geval moet worden toegekend, zal veelal slechts met behulp van deskundigen kunnen worden vastgesteld, terwijl dienaangaande een zekere marge van beleidsvrijheid aan het Waterschap niet kan worden ontzegd’ (ov. 2).

Het hof had vastgesteld dat het waterschap niet had voldaan aan zijn stelplicht jegens de wederpartij; het had moeten aangeven waarom van hem geen inspanningen gevergd konden worden die afweken van het normale beheersysteem in het beekgebied. De hoge raad verwerpt die benadering, die op een onjuiste premisse berust. In zijn noot neemt Brunner het voor het hof op; een waterschap dient zijns inziens allereerst voldoende feiten te stellen waaruit kan worden opgemaakt dat het zich gekwetten heeft van zijn onderhoudsplicht. Hij gaat nog een stap verder: in geval van schade die prima facie veroorzaakt is door onvoldoende onderhoud van een sloot berust de bewijslast van voldoende zorg voor het onderhoud op de overheid. Dat is met name het geval wanneer sprake is van inbreuk op een subjectief recht, maar ook in geval van schending van de maatschappelijke zorgvuldigheid. Brunner komt derhalve tot een omkering van de bewijslast als gevolg van een feitelijk vermoeden van onvoldoende onderhoud.

51. HR 9 okt. 1981 *NJ* 1982, 332, nt CJHB, *Waterschap Bargerbeek* - *Juurlink*.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

In zijn noot geeft Brunner aan dat de hoge raad in dit arrest aansluiting gezocht heeft bij de aansprakelijkheid van de wegbeheerder, die volgens de toen gangbare jurisprudentie gebaseerd was op een zorgplicht, de arresten *Ferwerderadeel* (1942) en *Merwedekanaal* (1955). Hierboven zagen wij dat op dat gebied de hoge raad tot een veel strenger regime van aansprakelijkheid gekomen is (nr 2). Daarmee heeft de precedentwaarde van het arrest inzake de Bargerbeek aanzienlijk aan belang ingeboet; dat de aangegeven factoren gewicht in de schaal leggen, is niet zo opzienbarend, en eigenlijk standaard op vele onderdelen van het onrechtmatige daadsrecht.⁵² Overigens is de faktor financiële mogelijkheden voor de overheid in de recente rechtspraak naar de achtergrond gedrongen; zelfs bij bestuurscompensatie speelt dat argument geen rol van betekenis meer, zoals Van Wijmen opmerkt.⁵³

In 1994 deed de hoge raad een uitspraak in een geschil van een landbouwer met een waterschap dat een te hoog waterpeil in een afwateringsleiding had toegelaten, waardoor vernatting van landbouwgrond plaatsvond en een pootaardappelooft verloren was.⁵⁴

De rechtbank had het waterschap aansprakelijk gesteld, gezien het te hoge waterpeil in leiding 37 in de betreffende periode en vervolgens in het Ommerkanaal. De hoge raad casseert echter, aangezien de rechtbank één mogelijke gebeurtenis bij voorbaat aangewezen had als enige oorzaak van de schade, met voorbijgaan aan door het waterschap gestelde andere mogelijke oorzaken daarvan, die voor rekening van de eisers dienden te komen. Dat betrof met name de toestand op de percelen van eisers en de detailwaterbeheersing op die percelen (geen onderbemaling). De rechtbank was aan het verweer van het waterschap voorbijgegaan, maar de cassatierechter oordeelde dat het de rechtbank in die situatie niet vrijstond om uit de verschijnselen van vernatting en natrot af te leiden dat de oorzaak daarvan gelegen is in een te hoog waterpeil; zij had de mogelijke andere oorzaken die in de risikosfeer van eisers lagen moeten onderzoeken, althans het waterschap in de gelegenheid moeten stellen om het verweer te staven.

Door deze procedurefout van de rechtbank is niet aan de orde gekomen in hoeverre de omstandigheden op het perceel van eisers daadwerkelijk voor hun risico dienden te komen, en bijvoorbeeld geen maatregelen van de zijde van het waterschap geboden waren.⁵⁵

Na verwijzing heeft het Hof Arnhem in 1996 de zaak beslecht.⁵⁶ De vordering werd afgewezen aangezien het hof van oordeel was dat het slechts om een kleine afwijking van het

52. Bij de waterhuishouding spelen overigens ook gemeenten een rol, naast de waterschappen; hierbij dient echter in het oog gehouden te worden dat de taak van de gemeente de ontwatering is, terwijl de afwatering een taak van het waterschap is. Ook op dit terrein is er rechtspraak: de Rb. Almelo heeft onlangs de aansprakelijkheid van de gemeente (als erfverpachter) voor een aanvaardbare grondwaterstand afgewezen: op de gemeente rust geen publiekrechtelijke zorgplicht, en evenmin een zorgplicht als eigenaar voor het op peil houden van grondwater. Vgl. Rb. Almelo 6 dec. 1995 *NJ* 1996, 723, *Beter Wonen - Gem. Almelo* (wateroverlast wegens te hoge grondwaterstanden).

53. Zie zijn bijdrage aan de bundel van 1995 (nt 32), p. 43: 'gezien de huidige stand van de jurisprudentie mag men veilig aannemen, dat noch de draagkracht van het laederend overheidslichaam noch die van de gelaedeerde burger een rol speelt bij het toekennen van nadeelscompensatie of bij het bepalen van de hoogte daarvan'. Vgl. ook Drupsteen, t.a.p., nt 26.

54. HR 7 jan. 1994 *NJ* 320, *Waterschap De Vechtlanden - Otter c.s.*

55. Vgl. in dit verband het hierboven genoemde geval van het ondergelopen veepad, *Luxwoude* (1996).

§4. AANSPRAKELIJKHEID VOOR GEBOUWEN

beleid ging hetgeen niet kan leiden tot aansprakelijkheid van de peilbeheerder. Bovendien gebeurde dat slechts gedurende korte tijd: 2 dagen in de zomer van 1982; de vernatting en rotting van de aardappelen van belanghebbende kunnen niet daardoor veroorzaakt zijn, concludeerde het hof. Als gevolg hiervan had het hof geen belangstelling voor mogelijke alternatieve oorzaken die door het waterschap naar voren gebracht werden (die door de rechtbank ten onrechte genegeerd waren, volgens de hoge raad in zijn arrest van 1994).⁵⁷

In een vergelijkbaar geval ging de Rb. Den Haag in op de verplichtingen tegenover een landbouwer (kweker) wiens oogsten herhaaldelijk verloren gingen door te hoge grondwaterstanden.⁵⁸ Het waterschap beriep zich erop dat het steeds de vastgelegde peilen gehandhaafd had. De rechtbank overweegt daaromtrent:

‘Blijkens het Waterbeheersplan (paragraaf 1.5) hanteert het Waterschap als hoofddoelstelling: *‘Het voeren van een zodanig beheer dat alle in het geding zijnde belangen zo goed mogelijk worden gediend’*. Het peilbesluit is hiervoor één van de beheersinstrumenten. In dit peilbesluit is een peil vastgesteld met inachtneming van deze belangen. Hetzelfde peilbesluit bepaalt echter ook dat in bijzondere situaties van de vastgestelde peilen mag worden afgeweken. Ook heeft het Waterschap erkend dat in het verleden, dat wil zeggen voor de inwerkingtreding van het geautomatiseerde bemalingssysteem, in bijzondere situaties in het belang van de ingelanden in sterke mate kan worden afgeweken van de vastgestelde peilen. Het voorgaande brengt naar het oordeel van de rechtbank mee dat niet zonder meer gezegd kan worden, dat het Waterschap reeds geacht kan worden aan zijn verplichtingen te hebben voldaan, indien het zich aan de in het peilbesluit vastgelegde peilen heeft gehouden.

De rechtbank overweegt dat de taak van het Waterschap - en de doelstelling alle in het geding zijnde belangen zo goed mogelijk te dienen - ook meebrengen dat het Waterschap actie dient te ondernemen, indien en zodra het door een ingeland wordt gewaarschuwd dat het peil op diens perceel zodanig hoog is, dat deze daardoor aanzienlijke schade dreigt op te lopen. Indien andere belangen zich daar niet tegen verzetten, mag van het Waterschap bovendien worden verwacht dat het de noodzakelijke stappen neemt om voor die betreffende ingeland de situatie zo snel mogelijk te verbeteren, ook al betekent dit een tijdelijke (sterke) afwijking van de in het peilbesluit vastgelegde peilen. Het Waterschap heeft niet weersproken, dat dit in het verleden met enige regelmaat naar ieders tevredenheid zo geschiedde, en heeft naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende duidelijk kunnen maken welke concrete belangen zich in de in het geding zijnde periodes tegen het nemen van dergelijke maatregelen verzetten’.

56. Hof Arnhem 22 okt. 1996, *Het Waterschap* 1997, p.250, nt Poortvliet.

57. Ten onrechte stelt Poortvliet in zijn noot dat de essentie van het arnhemse arrest is dat een waterschap een beleidsvrijheid heeft, en dat een kleine afwijking van dat beleid in het algemeen niet tot aansprakelijkheid van de peilbeheerder leidt. Zie voor Poortvliets beperkte visie op de aansprakelijkheid van waterschappen ook zijn artikel in *Het Waterschap* 1995, p.240 v. De door hem genoemde rechtspraak ter ondersteuning van de beperkte aansprakelijkheid van waterschappen is niet overtuigend. HR 10 febr. 1984, *NJ* 1985, 102, nt MS, *Piershil*, betreft slechts het karakter van de Ruilverkavelingswet als zelfstandige schaderegeling (zie ook Scheltema's noot). De uitspraken van Rb. Breda 5 mrt 1991, *Waterschapsbelangen* 1991, p.583, en Hof Den Bosch 16 nov. 1994, *NJ* 492, geven slechts voorbeelden van niet en wel aansprakelijk zijn van waterschappen onder de gegeven omstandigheden (wateroverlast door resp. verstopping van een stuw die niet schoongemaakt was, en abnormale regenval, die geen overmacht vormt), derhalve uitspraken van feitelijke aard.

58. Rb. Den Haag 10 april 1996, rolno's 94/3360, 95/2011, *Van den Berg - Waterschap De Oude Rijnstromen* (niet gepubl.). Zie ook het arrest Hof Den Haag, 16 dec. 1999, *TMA* 2000, p.52.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Vervolgens gaat de rechtbank de feitelijke situatie in de jaren 1992 tot en met 1994 na. Het verweer dat de drainage op het perceel van eiser tekortgeschoten is, wordt verworpen, aangezien het waterschap daarvoor onvoldoende gesteld heeft, terwijl eiser een gemotiveerde betwisting gedaan heeft.⁵⁹

In het arrest van 8 jan. 1999 inzake *Waterschap West-Friesland* heeft de hoge raad zijn standpunt zoals neergelegd in het arrest *Bargerbeek* van 1981 bevestigd; daarbij wordt vermeld dat in dat arrest een niet-uitputtende opsomming gegeven is van de factoren die van belang zijn. Het arrest van 1999 betrof een andere casus, namelijk het geval van een klacht van een ingeland bij het waterschap, waarop geen actie ondernomen was door het waterschap. De hoge raad overwoog daaromtrent als volgt, ik laat de gehele overweging hier volgen, waarbij de laatste alinea voor ons onderwerp van het meeste belang is:

‘3.6. Onderdeel 3a betoogt dat de door het hof in r.o. 4.4 aangelegde norm het Waterschap eerder aansprakelijk doet zijn dan onder de werking van de door de Hoge Raad in zijn arrest van 9 oktober 1981, nr. 11 775, NJ 1982, 332 geformuleerde rechtsregel het geval is. Onderdeel 4 voegt daaraan de klacht toe dat het hof ten onrechte niet ervan heeft blijk gegeven dat het de in voormeld arrest opgesomde factoren in aanmerking heeft genomen.

In dat arrest ging het om de vraag of en in welke gevallen een waterschap aansprakelijk kan worden gesteld voor schade aan het gewas door het onder water lopen van een laag gelegen stuk grond binnen het gebied van dat waterschap, als gevolg van het door plantengroei verstopt raken van een sloot waarvan het onderhoud bij het waterschap berust. Dienaangaande heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de vraag hoever de onderhoudsplicht van het waterschap gaat in dergelijke gevallen afhangt van verschillende factoren, van welke factoren de Hoge Raad vervolgens een niet uitputtende opsomming heeft gegeven. Dienaangaande kan, aldus de Hoge Raad, een zekere beleidsvrijheid aan het Waterschap niet worden ontzegd.

In het onderhavige geval gaat het om de vraag wat het Waterschap te doen staat indien aldaar een klacht binnenkomt over het waterpeil. Door voor dat geval van het Waterschap te eisen dat het adequaat op deze klacht dient te reageren door naar aanleiding van die klacht een onderzoek in te stellen en zo nodig, afhankelijk van de uitkomst daarvan, de noodzakelijke en mogelijke maatregelen te treffen, heeft het hof een juiste maatstaf aangelegd. Het hof heeft voorts daarbij blijkens het vervolg van zijn arrest niet miskend dat ook in een situatie als de onderhavige aan het Waterschap een zekere beleidsvrijheid toekomt. In zoverre falen derhalve de onderdelen 3a en 4.’

Men ziet hier nog eens bevestigd door de hoogste civiele rechter dat de verplichtingen van waterschappen als waterbeheerder, door hen steevast als een inspanningsverplichting gekenmerkt, inhouden: *het doen van onderzoek naar*

59. Hierop is een tussenvonnis gevolgd van 12 febr. 1997 waarin op grond van getuigenverhoor de feitelijke gang van zaken bepaald is. Vastgesteld wordt dat het waterschap niet onmiddellijk actie ondernomen heeft om aan de hoge waterstand medio 1994 een eind te maken en derhalve aansprakelijk is. De zaak werd naar de rol verwezen voor de schadevaststelling. Het waterschap was in het vonnis van 1996 voor de schade in 1992 wel, voor die in 1993 niet (wegens overmacht) aansprakelijk gesteld. In 1996 was het weer raak met wateroverlast bij eiser, die tot een nieuwe procedure geleid heeft; bij vonnis van 27 okt. 1999, werd in die zaak het waterschap tot vergoeding van 50% van de schade veroordeeld, aangezien eiser ook zelf putbemaling had kunnen toepassen op zijn perceel.

§4. AANSPRAKELIJKHEID VOOR GEBOUWEN

*veroorzaking van schade voor derden en het nemen van de noodzakelijke en mogelijke maatregelen.*⁶⁰

Het Hof Den Haag heeft een uitspraak gedaan in de zaak *Van den Berg – Waterschap De Oude Rijnstromen*; daarin werden enkele aspecten verder uitgediept, met name wat het doen van onderzoek en het nemen van maatregelen betreft.⁶¹ Het hof ondersteunt de benadering van de rechtbank door een onderzoeksplicht voor het waterschap aan te nemen, met verwijzing naar het arrest *West-Friesland*; daarbij wordt uitdrukkelijk de grondwaterstand van een ingeland betrokken: het waterschap kan zich niet verschuilen achter de zorg voor uitsluitend het beheer van het peil van het oppervlaktewater. Bij een klacht over een te hoge grondwaterstand dient het waterschap maatregelen te treffen, gezien de samenhang tussen grondwater en oppervlaktewater. Indien het vermoeden bestaat dat de betrokken ingeland problemen heeft doordat zijn perceel gebrekkig gedraineerd was, kan dat de verplichting tot onderzoek en maatregelen treffen niet opheffen. Dat is evenmin het geval indien het slechts om wateroverlast van een enkele ingeland gaat, en niet een groot aantal ingelanden.

Toch brengt het hof beperkingen aan ten aanzien van de omvang van de zorgplicht van het waterschap: het hoeft slechts te reageren op klachten van ingelanden en niet zelfstandig onderzoek te doen of maatregelen te treffen. Het hof lijkt inspiratie gevonden te hebben in het *West-Friesland*-arrest, dat zoals wij zagen de casus betrof van het niet reageren door het waterschap op een ingediende klacht. Het is echter een redenering a contrario om bij ontbreken van een klacht geen onderzoeks- en handelingsplicht van een waterschap aan te nemen. Het hof oordeelde dat het waterschap bij de beoordeling van de effectiviteit van de genomen maatregelen (pomp niet meteen op volle kracht gezet toen zware regen dreigde), een grote beleidsvrijheid toekomt.⁶² Ik verwijs verder naar het hof. Daar vindt men ook de overweging van de rechtbank weergeven wat het beheer met betrekking tot de grondwaterstand betreft: volgens het eigen waterbeheerplan behoorde het waterschap de gewenste grondwater stand voor een bepaald type grondgebruik in acht te nemen. Dit is een aanknopingspunt om het waterschap schending van de eigen beheernorm te verwijten, hetgeen het in het civiele recht gemakkelijker maakt om de aansprakelijkheid vast te stellen, evenals het causaal verband.

60. Het arrest *Waterschap West-Friesland* heeft toepassing gevonden in HR 30 jan. 2004, *NJ 270, Boomkwekerij Poppelaars – Waterschap Mark en Weerij*; het hof werd door de raad op de vingers getikt omdat het geen juiste toepassing van het eerstgenoemde arrest had gegeven, althans in zijn motivering tekortgeschoten was. Het hof had de waarschuwingen die aan het waterschap gedaan waren onvoldoende gewicht toegekend.

61. Hof Den Haag 16 dec. 1999, *TMA 2000*, p.52.

62. In casu was het probleem dat de klacht van eiser in 1994 niet vaststond, integenstelling tot die in de andere jaren, en hij een bewijsprobleem had. Hier lijkt toch voldoende ruimte voor een wettelijk vermoeden, gezien de 'course of dealing'. Wat de beleidsvrijheid betreft, geeft het te denken dat de problemen eerst ontstonden toen het waterschap in 1991 op automatische bemaling vanuit Leidschendam overgegaan was, terwijl tevoren de molenaar/machinist van het waterschap controle en handhaving van het peil uitvoerde; het perceel van Van den Berg ligt in Lisse. Voor die datum had Van den Berg 17 jaar lang nooit wateroverlast op zijn perceel gehad (zie tussenvonnissen Rb. Den Haag 20 mei 1998, niet gepubl.).

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

In 1999 is weer een arrest van de hoge raad in de reeks *Bargerbeek* en *West-Friesland* verschenen, een uitspraak van 19 nov. 1999 inzake *Waterschap De Dommel*.⁶³ Het arrest is een bevestiging van de eerdere uitspraken, die aangehaald worden door de hoge raad. Gezien het feitelijk karakter van de uitspraak van het Hof Den Bosch kon er in cassatie slechts marginaal getoetst worden.

Het betrof een uitzonderlijk geval van wateroverlast, als gevolg van overstromingen van de rivier de Dommel, onder beheer van het gelijknamige waterschap. Dat gebeurde in 1984 als gevolg van neerslaghoeveelheden die tot de hoogste in 40 jaar behoorden; verder was de waterbodem ernstig vervuild met toxische stoffen hetgeen baggeren problematisch maakte, en was het waterschap bij het nemen van maatregelen tot normalisering van de Dommel – kanalisering - afhankelijk van de medewerking van andere instanties (provincie en gemeenten) die als gevolg van gewijzigde planologische en ecologische inzichten weggevallen was. Voegt men daaraan toe dat de nadelen van de overstromingen voor de eisers afzonderlijk relatief beperkt waren, en dat het waterschap (tevorens) een compensatieregeling (uitkoopregeling) vastgesteld had, dan valt in te zien dat de hoge raad, marginaal toetsend vanwege het feitelijke karakter van de klachten, het *Bargerbeek*-lijstje (o.m. ter beschikking staande financiële en andere middelen) hanterend tot het oordeel kon komen dat het hof kon menen dat het waterschap niet tot schadevergoeding aangesproken kon worden door eisers.

Ik keer weer terug naar het arrest *Bargerbeek*, waarop waterschappen zich doorgaans beroepen. Zoals reeds opgemerkt werd door de hoge raad in dat arrest steun gezocht bij de aansprakelijkheid van de wegbeheerder, die in die tijd gebaseerd was op schuld-aansprakelijkheid (aldus ook Brunner in zijn noot, met kritiek daarop). Intussen is die aansprakelijkheid ingevolge art. 6:174 lid 2 BW op risico-aansprakelijkheid gebaseerd; bovendien is het denken van de hoge raad op het terrein van de klassieke aansprakelijkheid van de wegbeheerder (naar oud recht) geëvolueerd in de richting van gevaarzetting en risico-aansprakelijkheid. Dat gebeurde in het arrest *Annema – Staat* van 1996.⁶⁴

De analogie die door mij voor aansprakelijkheid van de waterbeheerder gezocht wordt in de aansprakelijkheid van de wegbeheerder heeft Van Hall niet kunnen overtuigen (zie *BR* 1998, p.999. Hij stelt allereerst dat water onvoorspelbaarheden kent die een weg als vast en 'voorspelbaar' object niet kent; bij wegbeheer is sprake van een door een ieder onderschreven verplichting om de wegen in zodanige conditie te houden dat gevaarzetting voor mens en goed zoveel mogelijk wordt voorkomen, waarbij het allesoverheersende belang is: veiligheid. Dat ligt zijns inziens anders bij waterbeheer, aangezien 'daar niet één, vrij helder te duiden veiligheidsbelang is'. De waterbeheerder moet bij peilstellingen verschillende belangen afwegen, in het besef dat nooit aan ieder belang volledig recht gedaan kan worden. Daarom is pseudo-risico-aansprakelijkheid bij waterbeheer niet op zijn plaats, concludeert Van Hall.

Zijn betoog heeft mij niet kunnen overtuigen. Wegen kunnen ook een onvoorspelbaar gedrag vertonen: door verloren voorwerpen of lading, ijsafzetting kunnen wegen plotseling gevaarlijk worden; bij het beheer moeten ook keuzes gemaakt worden en kan evenmin ieders belang beschermd worden. Anderzijds kan ten aanzien van wateroverlast gesteld worden dat

63. *De Haas c.s. – Waterschap De Dommel*, NJ 2000, 234, nt ARB; het vonnis Rb. Den Bosch 18 mrt 1994 is besproken door Van der Schans, t.a.p., p.,34, nt 11; vgl. ook Van Hall, *BR* 1998, p.1000, nt 57.

64. HR 6 sept. 1996, NJ 1998, 415, nt CJHB; vgl. ook mijn bespreking in *WPNR* 6273 (1997), *Privaatrecht aktueel*, en onder.

§4. AANSPRAKELIJKHEID VOOR GEBOUWEN

veiligheid van have en goed ook een centrale doelstelling is, die eveneens 'vrij helder te duiden' is als allesoverheersend belang.

Dat de wetgever bij waterbeheer niet voor risico-aansprakelijkheid gekozen heeft in art.6:174 is een gegeven dat vooral wetshistorisch interessant is en ook de belangstelling van rechtssociologen zal opwekken (hadden de waterschappen zo'n goede lobby in Den Haag?). Maar zoals al eerder opgemerkt werd – en hieronder nogmaals ter sprake zal komen – is de grens tussen schuld- en risico-aansprakelijkheid in de praktijk heel moeilijk aan te geven, en daarom van minder belang. Het zojuist aangehaalde arrest *Annema – Staat* was daarbij *the proof of the pudding*.

Indien sprake is van een gecompliceerde feitelijke toedracht bij de aantasting van eigendom door grondwaterpeilverlaging, waarbij onduidelijk is wat het aandeel van andere factoren is, zoals: bodemdaling ter plaatse, bodemgesteldheid (klink), achterstallig onderhoud, e.d., doen zich vragen van multi-causaliteit en meerdaderschap voor. Hierbij kan gedacht worden aan de toepassing van de regel van alternatieve causaliteit van art. 6:99 BW, zoals gehanteerd in het *DES*-arrest van 1992: indien sprake is van schade veroorzaakt door een aantal mogelijke daders kan het slachtoffer, dat in bewijsnood verkeert en niet kan aantonen welke dader zijn schade veroorzaakt heeft, ieder van hen voor de gehele schade aanspreken.⁶⁵ Dit heeft tot gevolg dat in geval van toepassing van art. 6:99 BW bij milieu-aansprakelijkheid, in casu een vordering ingesteld door een eigenaar van een verzaakt gebouw, indien onduidelijk is wie de daadwerkelijke veroorzaker van zijn door grondwaterdaling toegebrachte schade is, de eigenaar naar keuze, de mijn-exploitant, het waterschap of de provincie kan aanspreken uit onrechtmatige daad.

Wat de toepassing van het *DES*-arrest in milieuzaken betreft, er zijn auteurs die erop gewezen hebben dat men dat arrest niet buiten de specifieke problematiek van de *DES*-dochters (slachtofferbescherming) en aansprakelijkheid van farmaceutisch producenten kan toepassen (Bloembergen, Spier, e.a.). Dat standpunt is achterhaald met het verschijnen van het arrest van de hoge raad van 17 januari 1997, waarbij de *DES*-formule toegepast wordt op een geval van vervuiling van oppervlaktewater.⁶⁶

Er is ook nog een ander aspekt dat van belang kan zijn. Indien een waterschap door zijn beheer van de waterstand de funderingen van gebouwen schade toebrengt waardoor instortingsgevaar ontstaat, is denkbaar dat dit door de rechter gezien kan worden als het overtreden van veiligheidsnormen, waardoor ook oorzakelijke gevolgen die niet in de lijn der verwachting liggen voor rekening van het waterschap gebracht kunnen worden. Hierbij dient men in het oog te houden dat het strenge causaliteitsregime van de hoge raad ook geldt voor zaaksschade, blijkens het *bussluis*-arrest (zie nog onder, nr 6).

Ik kom tot een afronding. De rechtspositie van een waterschap als waterbeheerder, en van de provincie als goedkeurende instantie, in geval van vorderingen tot

65. HR 9 okt. 1992 *NJ* 1994, 535, nt CJHB; *TMA* 1993, p. 15, nt Van Dunné. Zie voor deze materie onder, § 6, nr 4.

66. *NJ* 1997, 230, *Moerman - Bakker*; *TMA* 1997, p. 48, nt Van Dunné, zie onder, § 6, nr 9. Overigens heeft ook Krijgsman er in de genoemde bundel uit 1995 op gewezen dat zijns inziens art. 6:99 BW van toepassing kan zijn in waterhuishouding-procedures, waarbij zowel de invloed van peilbesluiten als grondwateronttrekkingen in het geding zijn (t.a.p., p. 51).

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

schadevergoeding, bijvoorbeeld wegens peilverlagingen, is bezien vanuit het bestuursrecht niet zo problematisch. Doorgaans worden vorderingen tot schadevergoeding door de administratieve rechter afgewezen. Er is sprake van een inspanningsverbintenis voor het waterschap; vaak wordt de schade geacht tot het 'normaal maatschappelijk risico' van betrokkene te behoren. Bij de vaststelling van een peilbesluit geldt een vrije beleidsruimte, die doorwerkt in de toetsing door provincie en bij een eventuele beoordeling door de bestuursrechter leidt tot marginale toetsing.

Het is bepaald anders indien wij de positie van het waterschap vanuit het privaatrecht bezien, in geval van vorderingen die op onrechtmatige daad gebaseerd zijn. Men dient dan rekening te houden met aansprakelijkheid ook in geval van niet-verwijtbaar handelen, gezien de rechtspraak van de hoge raad ten aanzien van verwante aansprakelijkheidsvormen (beheer van wegen, inbreuk op eigendom in het algemeen, e.d.). Het gevolg is dat het civiele aansprakelijkheidsregime in het voordeel is van eisers die schadeverhaal zoeken, ook indien het causaal verband en de omstandigheden waaronder de schade plaatsvond niet helder zijn.

Een waterschap kan voor de burgerlijke rechter niet volstaan met een beroep op een peilbesluit ter rechtvaardiging van het uitgevoerde waterbeheer; het waterschap dient een actief beleid te voeren om schade bij derden te voorkomen.

Een schadelijgende partij heeft de mogelijkheid om voor een gang naar de burgerlijke rechter te kiezen, met alle voordelen van dien, ook al staat het beroep op de bestuursrechter voor haar open.

4. Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen, art. 6:175-177 BW

Opzet van de wettelijk regeling; stof, gevaar, bekendheid

De regeling van aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen en verontreiniging van lucht, water en bodem met die stoffen (artt. 6:175-177 BW) heeft heel wat voeten in aarde gehad. Voor zij in 1995 van kracht werd (de invoering van het NBW in 1992 werd niet gehaald) was er heel wat inkt gevloeid, aangezien het bedrijfsleven (en daarvoor opkomende auteurs) en sommige Kamer-fracties het ergste vreesden van de nieuwe vorm van risico-aansprakelijkheid die ingevoerd zou gaan worden. Het wetsvoorstel (21 202) dateerde van 1989, een nader gewijzigde voorstel werd in 1992/1993 ingediend (het 'Aanvullingswetsvoorstel'); inmiddels waren in het buitenland soortgelijke regelingen van kracht geworden: de Duitse Umwelthaftungsgesetz van 1991 en het Verdrag van Lugano van de Raad van Europa inzake milieugevaarlijke activiteiten, door ons land in 1993 ondertekend, terwijl ook de gewijzigde EG-richtlijn Afvalstoffen van 1991 genoemd moet worden.⁶⁷

67. Zie over dit onderwerp, met name ook de samenhang met de genoemde buitenlandse wetgeving: E.A. Messer, *Risico-aansprakelijkheid voor milieuverontreiniging in het BW*, diss. Utrecht 1994. Vgl. ook mijn recensie in *RmThemis* 2001, p.147. Zie voor het wetsontwerp van 1989 de eerder aangehaalde dissertaties van Braams, Utrecht 1989, en Klaassen, Nijmegen 1991.

Mij is overigens nog steeds niet geheel duidelijk hoe de beïnvloeding over en weer tussen de ontwerpers van de regelingen geweest is, ik weet dat in onze vakpers hoog opgegeven

§4. AANSPRAKELIJKHEID VOOR GEBOUWEN

In de regeling van art. 175 e.v. gaat het om stoffen waarvan bekend is dat zij zodanige eigenschappen hebben dat zij ‘een bijzonder gevaar van ernstige aard’ voor personen of zaken opleveren en schade veroorzaken. De wetgever heeft bij de omschrijving van die stoffen aansluiting gezocht bij de Wet milieugevaarlijke stoffen, in die zin dat stoffen die op een ingevolge die wet (art. 34) vastgestelde lijst voorkomen in ieder geval gevaarlijk geacht worden; in de jaren 1994, 1997 en 2000 heeft de wetgever daaraan nadere invulling gegeven. Het is echter een open systeem, zodat ook andere gevaarlijke stoffen onder de werking van art.175 e.v. kunnen vallen. Het is een voorbeeld hoe in de wetgeving van de laatste jaren omgegaan wordt met het vereiste van het bekend zijn van risico’s in verband met het aannemen van aansprakelijkheid: onbekendheid met het gebrek geldt niet als vreemde oorzaak; er zijn maar weinig mogelijkheden om aan aansprakelijkheid te ontkomen.

Verder kennen wij, wanneer het om bodemverontreiniging gaat, naast lid 4 van art.175 ook nog aansprakelijkheid uit art. 75 lid 6 Wet bodembescherming (‘de veroorzaker die de ernstige gevaren van de stoffen kende’), waarbij de wetgever naar art. 175 verwezen heeft. Hierbij is niet doorslaggevend of de gebruiker van de stof zelf met het gevaar bekend was. Indien niet van algemene bekendheid is dat een stof gevaarlijke eigenschappen bezit, is bepalend of die kennis in de ‘eigen kring’ van de gebruiker van de stof bekend was; indien dat niet het geval is, kan de gebruiker nog steeds aansprakelijk zijn wanneer men zich redelijkerwijs van die eigenschap op de hoogte kon stellen. In dit verband is het goed te verdedigen dat er voor de gebruiker een onderzoekplicht bestaat. Ten aanzien van het moment van de bekendheid met het gevaar geeft de wetsgeschiedenis weinig uitsluitel en heeft de rechter dus grote vrijheid. Het standpunt is verdedigbaar dat dit moment de schadeverwekkende gebeurtenis moet zijn, en niet het tijdstip van de verwezenlijking van het gevaar, van de schade (vgl. ook de verjaringsregeling van art. 3:310 BW). Bij milieuschade kan er een aanzienlijk tijdsverloop tussen gebeurtenis en schade zijn (vgl. Messer, diss. p.95, terecht Klaassen en Braams bestrijdend).

Het gevaar-kriterium door de wetgever in art. 175 neergelegd, de stof met een bekend *bijzonder gevaar van ernstige aard* voor personen of zaken, heeft zware kritiek van Braams in diens proefschrift opgeroepen, zonder dat dit de wetgever tot andere gedachten heeft gebracht. Braams zag in dit criterium onvoldoende onderscheidend vermogen om daaraan een risico-aansprakelijkheid te verbinden; het gevaar werd zijns inziens meer door de omstandigheden van het geval opgelegd; *iedere* stof kan onder omstandigheden een bijzonder gevaar van ernstige aard opleveren (zie ook onze bespreking van aansprakelijkheid voor zaken, boven, § 2, nr 7). Zijn voorstel was om een aantal maatstaven op te nemen voor de zorgvuldige omgang met stoffen. De wetgever koos echter voor de *inherente* gevaarlijkheid van de stof. Desgevraagd, werd bij de parlementaire behandeling door de minister opgemerkt dat de stof ‘mest’ niet tot de stoffen van art. 175 gerekend kan worden, ook al levert deze stof in grote concentratie gevaar op. Ik verwijs verder naar de bespreking hiervan bij Messer.⁶⁸

wordt over het gidsland-aspect van onze gevaarlijke stoffen-regeling van art. 175 e.v., (aldus bijv. De Boer, *NJB* 1993, p.226) maar ik lees ook wel andere berichten en heb zo mijn aarzelingen. Den Haag ziet zichzelf wel vaker als de navel van de wereld.

68. Op p.26 v.; Messer geeft zelf nog voorbeelden van stoffen die van deze regeling zijn uitgesloten: melk (in sloten geloosd, bijv.) en zout (in rivieren geloosd), p.30. Zijn kritiek op Braams is niet overtuigend.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Over de bekendheidseis, een stof ‘waarvan *bekend is* dat zij zodanige eigenschappen heeft ..., etc.’, valt ook het nodige te zeggen. Met dit vereiste wordt een verband gelegd met het beroep op de stand van de wetenschap als verweer. Het is echter de vraag in hoeverre deze wettelijke regeling afwijkt van die ten aanzien van de aansprakelijkheid voor (gebrekkige) zaken van art. 173 en de algemene aansprakelijkheid van art. 162. Aangezien door de wetgever werd uitgegaan van een gekanaliseerde en gesegmenteerde aansprakelijkheid in art. 175 e.v. (gericht op degenen die de stof beroepshalve gebruikt of onder zich heeft; de bezitter is in de laatste fase van wetgeving onder aandrang van de Kamer geschrapt), is een samenloop met een actie op grond van die andere artikelen niet denkbeeldig (vgl. lid 5). Ook het al genoemde art. 75 lid 6 Wet bodembescherming (‘de veroorzaker die de ernstige gevaren van de stoffen kende’) komt daarbij in beeld.

Dit brengt ons tot de vraag of de wettelijke regeling van art. 175 niet reeds bij invoering gedateerd was, en of de gewone aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad niet al meer biedt dan wat wij in deze bijzondere regeling aantreffen. Het buiten boord houden van de kritiek van Braams door de wetgever (en anderen) komt daarmee in een merkwaardig licht te staan: *Aimez-vous Braams?* Wij hebben hier immers te maken met de oude gevaarzettingssleer (risikoleer), waarbij het bekend zijn van een algemeen gevaar ten aanzien van een bepaalde toestand aansprakelijkheid teweegbrengt voor het bijzondere gevaar zoals zich dat verwezenlijkt heeft, een gevaar dat in concreto niet bekend, en daarmee niet voorzienbaar was. Scholten schreef het in zijn *Zakenrecht* aldus neer - al voor de oorlog - met betrekking tot inbreuk op eigendom van een ander die tot schadevergoeding verplicht: ‘Wij mogen niet zeggen dat steeds voorzienbaarheid der schade is vereist, het kan zijn dat een handeling wordt afgekeurd ook al was de in concreto ingetreden schade niet te voorzien, *omdat zij in het algemeen gevaarlijk was*’.⁶⁹

In de rechtspraak is die gedachte, die al sinds de jaren ‘80 van de 19e eeuw gold bij schade toegebracht aan naburige erven, in de laatste decennia ook toegepast bij aansprakelijkheid voor onbekende gevaren, zoals natronloog in het emmertje van het dorps huis Kamerik, en het gevaar van de nog onbekende asbestziekte mesotheliom, wanneer de werknemer aan asbeststof blootgesteld is op het werk, zoals Cijssouw bij De Schelde overkwam. In het arrest van 1998 inzake Wijkhuizen heeft de hoge raad dat laatste arrest bevestigd en beslist dat voor de verjaringsvraag ‘de aard van de stof in beginsel beslissend is, zodat het niet gaat om de concrete omstandigheden’.⁷⁰ Tekenend is dat de wetgever bij de behandeling van art. 75 Wbb erop wees dat bij ernstig gevaar opleveren het erom gaat ‘of de stoffen een verhoogde kans op schade voor personen of zaken met zich brachten’. Dat is geheel in lijn met hetgeen in de MvA in 1976 in een weinig gekende passage over de causaliteit volgens art. 98 opgemerkt werd (waarbij de toerekening naar redelijk in de plaats van de voorzienbaarheid gesteld werd), verwijzend naar de jurisprudentie uit de jaren ‘50 en ‘60, dat geen

69. Asser-Scholten, 8e dr., 1945, p.121, mijn curs.; zie ook mijn bespreking van het *taxusstruik*-arrest, boven, Hfdst. 10, § 2, nr 9 (en AA-noot).

70. Vgl. resp. HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686, *Cijssouw – De Schelde* (zie onder, § 10, nr 2); HR 2 okt. 1998, NJ 1999, 862; TMA 1999, p.15, nt Van Dort, *Kon. Schelde Groep – Wijkhuizen*.

§4. AANSPRAKELIJKHEID VOOR GEBOUWEN

onderzoek naar waarschijnlijkheid vereist is, ‘wanneer maar de beweerde onrechtmatige handeling het gevaar voor het gevolg in het algemeen heeft vergroot en *dit gevaar zich heeft verwezenlijkt*’.⁷¹ In art. 175 gebruikt de wetgever precies dezelfde bewoording, evenals trouwens in de artt. 173 e.v., een visie die de laatste jaren door de hoeg raad overgenomen is in gevallen van gevaarstelling (zie boven, Hfdst. 10, § 2, nr 10).

Deze problematiek is nog niet door de rechter in het kader van de art. 175 e.v. getoetst; de omstandigheid dat deze regeling slechts geldt ten aanzien van schade die na de invoering ervan in 1995 ontstaan is, zal hier grotendeels debet aan zijn.

De van aansprakelijkheid bevrijdende omstandigheden die in art. 178 opgenomen zijn, vormen een gecompliceerde materie, aangezien internationale verdragen de hofleverancier geweest zijn en daarmee de vraag opkomt hoe deze bevrijdingsgronden zich verhouden tot die van de overige aansprakelijkheden in deze en de voorgaande afdeling. Voor een heldere uiteenzetting van de ontstaansgeschiedenis van deze regeling, de invloed van de assuradeuren (molestschade!), en dergelijke, wordt naar de dissertatie van Messer verwezen (p.75 v.). Ik beperk mij hier tot de problematiek van de ‘tenzij - indien’-formule die in art. 178f neergelegd werd.

Met de formulering van sub *f* is de wetgever bewust afgeweken van die welke in de artt. 173, 174 en 179 gevolgd werd (aansprakelijkheid van zaken, bouwwerken/wegen en dieren): aansprakelijkheid ex art. 175-177 ontbreekt indien er ook bij *bewuste* veroorzaking van hinder, verontreiniging of andere gevolgen door gevaarlijke stoffen, geen aansprakelijkheid uit art. 162 zou bestaan. Blijkens de Toelichting is de strekking hiervan dat de genoemde schadegevallen die door de omgeving moeten worden geduld, buiten de aansprakelijkheid gehouden worden. Met de term ‘bewuste veroorzaking’ wordt door de wetgever voorondersteld dat de aansprakelijke persoon bekend is met de gevaarlijke eigenschappen van de stoffen; de ‘tenzij’-formule mag niet zo opgevat worden, dat geen aansprakelijkheid bestaat wanneer schuld in subjektieve zin ex art. 162 lid 3 ontbreekt (aldus ten onrechte, Klaassen, diss. p.85). Dit is overigens een wijd verbreid misverstand dat ook ten aanzien van de andere gevallen van risico-aansprakelijkheid bestaat, dat met de ‘tenzij’-formule de hele santenkraam van schuldaansprakelijkheid uit art. 162 binnengehaald zou zijn. Het gaat enkel om de rechtvaardigingsgronden – kort gezegd (en begrijpelijker voor de praktijkjurist): overmacht, in de zin van een vreemde oorzaak, zoals dat vroeger heette, een van buiten komende oorzaak. Onbekendheid met het gebrek geldt dus niet als vreemde oorzaak. Wat daarvan zij met betrekking tot de rest van afdeling 2, bij de artt. 175-177 wordt het landschap van vreemde oorzaken bepaald door de verdragen die hier gelden, en dat betekent een behoorlijke beperking van het aantal bevrijdingsgronden. Dat geldt overigens ook bij de regeling van de produktaansprakelijkheid in art. 185, waar de EG-richtlijn 1988 bepalend is. Als gevolg daarvan zijn er bij de artt. 175-177 maar weinig mogelijkheden om aan aansprakelijkheid te ontkomen.

71. MvA 1976, TK 1975-1976, 7729, nrs 6-7, p.91 v., mijn curs.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Ik teken nog aan, dat sommige schrijvers van oordeel zijn dat bij de artt. 175-177 vanwege de risico-aansprakelijkheid in het algemeen het vragen van een verbod of bevel niet mogelijk is. De reden daarvoor zou zijn dat uit risico-aansprakelijkheid, als foutloze aansprakelijkheid, geen rechtens bindende norm voor behoorlijk handelen kan worden afgeleid, dus dan valt er niets te bevelen of verbieden. Aldus Van Acht, daarin gevolgd door Messer. Voor een bestrijding van dat standpunt verwijs ik naar de boekbespreking van Messers proefschrift door Klik.⁷² In elk geval weet Messer de schade te beperken door de omweg van *onrechtmatige* hinder, die via art. 178f binnengehaald wordt, te bewandelen, waardoor toch in zo'n geval een verbod of bevel mogelijk wordt in die context. Maar het doel heiligt niet altijd de middelen, zeker wanneer die niet al te fraai zijn.

Het is interessant om de regeling van art. 175 e.v. met de Umwelthaftungsgesetz, de ontwerp-richtlijn afvalstoffen en het Verdrag van Lugano te vergelijken; ik stip enkele zaken aan, onder verwijzing naar het boek van Messer dat daaraan gewijd is. Het bewijs van causaal verband heeft in onze wet geen aparte regeling gevonden voor gevaarlijke stoffen. Het is de vraag of dat betreurd zou moeten worden. De 'Ursachenvermutung' die in de Duitse Umwelthaftungsgesetz neergelegd is, als verlichting voor de bewijspositie van de eiser die schade tracht te verhalen, heeft weinig enthousiasme teweeggebracht in de Duitse literatuur. De reden daarvoor is dat de Duitse rechter het causaliteitsbewijs reeds 'bis zum Umkehr erleichtert' heeft, zodat de nieuwe wet weinig winst biedt. Messer ziet eenzelfde situatie in onze rechtspraak met de toepassing van *res ipsa loquitur* in milieuzaken, en acht een nog verder gaande reducering van de bewijslast niet aantrekkelijk, aangezien dat tot een causaal verband kan leiden dat ieder realiteitsgehalte zou missen (p.178).

Ik weet niet of ik dit met Messer eens kan zijn: de academicus in mij kan hem op dit punt heel goed volgen, de practicus in mij echter zou grote behoefte aan leiding door de wetgever hebben, gezien de talloze procedurele bedrijfsongevallen (niet alleen in het noorden en oosten van het land) die hem onder ogen komen waarbij de rechter draconische eisen aan causaal verband stelt, alsof het strafrecht gold. Dan is er ook een aantal schrijvers) dat uit het *Amercentrale*-arrest van 1975 (ten onrechte) afgeleid heeft dat voor risico-aansprakelijkheid een strengere regime van causaliteit zou gelden.⁷³

72. P. Klik, *M & R* 1996, p.193, op p.195. Klik wijst terecht erop dat het hier niet zozeer om onrechtmatig handelen gaat, maar om een toestand die niet geduld hoeft te worden, die – zo voeg ik toe – de aansprakelijk gestelde persoon toegerekend wordt, aangezien deze daarvoor het risico draagt.

73. Messer, p.129 v., Messer noemt: Neleman, G.J. Scholten, Vranken en Schut, een opvatting die terecht door Messer verworpen wordt, in navolging van Klaassen. Schut wijst overigens in de laatste druk van zijn *Onrechtmatige daad* (p.139) erop dat het *Amer*-arrest 'vermoedelijk' naar huidig recht anders geluid zou hebben, gezien art. 98. Intussen zijn er nog steeds schrijvers die de oude visie aanhangen, zoals Hartlief. Onlangs is Hartlief echter omgegaan, zie zijn hoofdstuk in: Spier, c.s., *Verbindenissen uit de wet en schadevergoeding*, 3^e dr. 2003, nr 220, waar hij zich afzet tegen Klaassen en Boonekamp, als aanhangers van het oude standpunt.

§4. AANSPRAKELIJKHEID VOOR GEBOUWEN

Het is opvallend dat Messer, wanneer hij het systeem van het vermoeden van causaal verband van de Umwelthaftungsgesetz beschrijft, dat verkeerd weergeeft aangezien hij zich door een nederlands vooroordeel laat leiden. Hij stelt namelijk, in navolging van Schut, dat er ook bij risico-aansprakelijkheid een feitelijk verband moet bestaan tussen de gestelde oorzaak en de schade, een 'bodemvereiste' van het *conditio sine qua non*-verband. Dat is iets, de zogenaamde 'vestigingsfase' (in tegenstelling tot de 'omvangsfase' van de schade) dat de laatste jaren wel meer voorgestaan wordt, maar geen steun in de wet (art. 98) vindt, en met aanvaarding van de toerekening naar redelijkheid naar zolder gebracht leek te zijn. Wat daarvan zij, men kan in ieder geval die vestigingsfase niet gelijkstellen met de 'haftungsbegründende Kausalität', zoals Messer, wederom in navolging van Schut doet. Wel is juist dat de Ursachenvermutung volgens de UmweltHG voor die eerste fase geldt, maar het gaat in de eerste fase om het schenden van 'eine konkrete Verhaltenspflicht', waarbij sprake moet zijn van een *Schutzzweck* van de zorgvuldigheidsnorm in kwestie (hetgeen enigszins doet denken aan de oudere Schutznorm-theorie die door ons indertijd overgenomen is en verkeerd toegepast wordt in de relativiteitstheorie, art.163).⁷⁴ Dat is heel iets anders dan de *conditio sine qua non*-eis, nog wel in natuurwetenschappelijke zin, waarop door sommigen nog steeds getamboereerd wordt.

Rechtsvergelijking op het gebied van verschillende oorzakers van milieuschade is heel interessant, waarbij met name het Verdrag van Lugano veel te bieden heeft: de situatie van art. 6 (één activiteit waarbij meer dan één operator betrokken is) en die van art. 11 (meer dan één schadelijke activiteit), in vergelijking tot onze wettelijke regeling. In beide gevallen wordt hoofdelijke aansprakelijkheid aangenomen, met dien verstande dat een 'operator' die aansprakelijkheid kan ontlopen indien hij kan aantonen slechts *een deel* van de schade veroorzaakt te hebben, in welk geval hij enkel voor de door dat deel veroorzaakte schade aansprakelijk is (het systeem dat onlangs ook in het EG Witboek milieu-aansprakelijkheid aangenomen werd).⁷⁵ Hierbij is dan niet langer van *hoofdelijkheid* sprake, zoals dat in alle Europese rechtsstelsels aangenomen wordt, een bekend misverstand bij wetgevingsambtenaren. De regeling van art. 11 Verdrag van Lugano is van belang voor gevallen van 'synergistic pollution', waarbij milieuschade door een combinatie van samenwerkende elementen veroorzaakt wordt: de vaststelling van het casuaal verband tussen een gebeurtenis en een *deel* van de schade is voldoende voor hoofdelijke aansprakelijkheid van de betrokken persoon. Een aantal auteurs neemt het standpunt in dat dit naar ons recht anders is, aangezien elk schadedeel *conditio sine qua non* moet zijn voor de *gehele* schade, een opvatting die niet door mij gedeeld wordt. Ik verwijs voor die materie, waarbij het arrest *Moerman – Bakker* van 1997 de inzet van een heftige discussie is, naar elders in dit werk (onder, § 6, nr 9).

Tenslotte is de causaliteitsregel van het Lugano-verdrag, art. 10, nog het vermelden waard. In geval van gevaarlijke activiteiten op milieugebied dient de rechter rekening te houden met het verhoogde risico van schade, dat aan die gevaarlijke activiteit verbonden is, geheel in de traditie van de (internationale) gevaarzettingsleer. Het is wat wollig geformuleerd, niet ongebruikelijk bij verdragen, waar compromissen behaald moeten worden:

Article 10

When considering evidence of the causal link between the incident and the damage or, in the context of a dangerous activity as defined in Article 2 (...) of this Convention, between the activity and the damage, the court shall take due account of the increased danger of causing such damage inherent in the dangerous activity.

74. Men zie hiervoor Kötz, nr 156 v. Kloepfer wijst erop dat volgens de UmweltHG bij omkering van de bewijslast de gedaagde de volle bewijslast treft voor het tegenbewijs, zij het dat daarbij genoeg genomen wordt met het bewijzen van een andere oorzaak die de schade teweeggebracht kan hebben (niet zijnde een andere inrichting), vgl. *Umweltrecht*, 2e dr. 1998, § 6, nr 91 v.

75. Messer, p.206 v.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Voor de literatuur over deze bepaling verwijs ik naar Messer en Carette; doorgaans wordt aangenomen dat hier van 'een verlichting' van de bewijslast sprake is, en niet een omkering.⁷⁶ Het kost echter geen moeite om hierin een rechterlijk vermoeden te herkennen, dat grond geeft voor omkering van de bewijslast, zoals in de meeste Europese landen vaste jurisprudentie is, ook op milieugebied.

76. Messer, p.210; A. Carette, *Herstel van en vergoeding voor aantasting van niet-toegeëigende milieubestanddelen*, diss. UIA, Antwerpen, 1997, nr 609.

§ 5. Aansprakelijkheid voor motorrijtuigen

*'Steh Wanderer still und denk ans Ende,
Weils dir wie mir geschehen könnte.
Ich, Peter Pautz von Dinkelfing,
Hier ruhig meines Weges ging.
Als ich ganz weit 'ne Wolke sah,
Da war sie aber auch schon da.
Und ich war tot. Willst's anders haben
So wandre stets im Strassengraben.'*

1. Inleiding. Historische ontwikkelingen

Met het voortschrijden van de techniek ontstaan nieuwe vormen van schade, en daarmee van aansprakelijkheid. Na de verschijning van de trein doet de auto zijn intrede, met alle gevolgen van dien (het kleinere motortuig laat ik verder buiten beschouwing, het wordt onder de term 'motorrijtuig' begrepen). Na de eeuwwisseling begint het aantal auto-ongelukken zo'n omvang aan te nemen dat in allerlei westerse landen juristen op middelen zinnen om de slachtoffers te hulp te komen en de wetgever te mobiliseren. In Duitsland vonden in het jaar 1906 bij een getal van 36.022 auto's en motorfietsen 4.864 ongelukken plaats (13,5%), waarbij 145 personen de dood vonden en 2419 gewond raakten. In de praktijk waren de slachtoffers niet in staat de schuld van de bestuurder te bewijzen en bleven dergelijke schaden meestal onvergoed. De remedie was het aanvaarden van risico-aansprakelijkheid, onder de benaming 'gevaarstelling', hetgeen leidde tot 'causaliteitsaansprakelijkheid'. Zweden en Denemarken aanvaardden een dergelijke wetgeving in 1906, Oostenrijk in 1908 en Duitsland in 1909. En in Nederland ... wees de regering in 1912 op het wetsontwerp inzake art. 1401 (dat in tweede versie overgenomen werd door de hoge raad in 1919), de gewone schuldaansprakelijkheid.

In 1913 vergaderde de Nederlandse Juristenvereniging onder meer over deze vorm van aansprakelijkheid; de vergadering volgde beide preadviseurs, Van Leeuwen en Hijmans, en stemde in overgrote meerderheid voor wetgeving op basis van gevaarstelling voor schade veroorzaakt door automobielen. De bijzondere gevaren van de auto anno 1913 werden in de preadviezen breed uitgemeten. Zo schrijft Hijmans:

'Automobielen onderscheiden zich van spoorwegen door hare ongebondenheid aan voorgeschreven wegen. De gemakkelijke bestuurbaarheid is op zichzelf bron van gevaar: de zorgvuldigste voetganger kan niet vooruit berekenen wat een door hem geziene automobiel zal doen. Slechts op het voetpad is zij buiten haar sfeer, maar vaak dringt zij ook daar binnen. Het enorme gewicht maakt schade eerder mogelijk en ernstig (verschil met rijtuig, overeenstemming met spoorweg). Gebreken in de constructie kunnen voor het publiek de ernstigste gevolgen hebben. Het gevaar van ontploffing of brand is bij het gebruik van benzine niet gering te schatten. Door het dreunen der motoren schrikken vaak paarden.' (p. 257).

De glimlach vergaat, indien men bedenkt dat in bijna een eeuw niets veranderd is, ondanks alle technische vooruitgang, die geleid heeft tot de computer-ge-

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

stuurde rem, exploderende luchtzak, en wat dies meer zij. Op initiatief van enkele kamerleden kwam in 1925 wetgeving tot stand, art. 25 Motor- en Rijwielwet, gevolgd in 1935 door het vrijwel gelijklopende art. 31 Wegenverkeerswet, welke wet pas in 1951 in werking getreden is. De grondslag, aanvankelijk nog wat onduidelijk gezien de parlementaire stukken, werd al vrij gauw algemeen als risico-aansprakelijkheid aangemerkt (vgl. nog onder). De slachtofferbescherming stond hierbij echter voorop: de regel is gericht op schade, geleden door personen, die door motorrijtuigen aangereden zijn. Bij botsing tussen motorrijtuigen onderling is uitsluitend art. 162 BW (art. 1401 *oud*) van toepassing. Art. 31 WVV is in het kader van het Nieuw BW blijven bestaan, doch is in 1995 hernummerd tot: art. 185 WVV.

Ik merkte al op dat het met het gevaar van het wegverkeer in onze tijd weinig beter gesteld is dan aan het begin van de eeuw het geval was. Het kan geen kwaad, zeker voor de student-lezer, om wat cijfers te noemen. De CBS-statistieken van 1995 zijn omineus: er waren in dat jaar, 11 437 verkeersongevallen (d.w.z. ongevallen waarvan één of meer personen gedood of opgenomen in het ziekenhuis werden) - die riem is niet alleen voor de grote weg, zie je maar weer. Het aantal doden in dat jaar was 1334, het aantal gewonden opgenomen in het ziekenhuis bedroeg 11 688. Wij hebben het dus niet over blikshade, maar alleen over letselschade. Als men hiervan schrikt, wat ik hoop, het kan nog erger. Een voorbeeld daarvan is de USA; een bekende uitspraak is dat auto's sinds 1900 meer Amerikanen gedood hebben dan alle oorlogen bij elkaar sinds 1775. De statistieken van 1966 zijn huiveringwekkend: 24 miljoen autobotsingen, waardoor 4 miljoen mensen gewond raakten, 1,9 miljoen (tijdelijk) invalide werden en 53 000 mensen gedood werden.¹ Dat laatste is iets meer dan het dodenaantal van de Vietnam-oorlog in vier jaar. Vandaar dat men in sommige landen omziet naar andere schadevergoedingsvormen, en de risico-aansprakelijkheid een onvoldoende remedie vindt om de schadevergoedingsproblematiek te bedwingen (zie nog onder).

2. *Het systeem van verkeersaansprakelijkheid. Jurisprudentie*

Het grote aantal ongelukken waarbij motorrijtuigen betrokken zijn - vrijwel alle verkeersongevallen - heeft ook in ons land geleid tot een enorm uitgebreid geheel van literatuur en jurisprudentie. In de losbladige bundel *Onrechtmatige Daad* vindt men vele honderden bladzijden daaraan gewijd, waarbij de

1. Ontleend aan R.M.S. Gibson, 3 *Anglo-Am. Law Rev.* (1974), p. 493 v. Atiyah noemt voor Engeland de volgende cijfers: in 1983 was het aantal doden en zwaar gewonden in het wegverkeer 15.9 per 100 000 voor personen van 30-39 jaar, 80.9 voor kinderen van 5-9, en 55 voor personen boven 70 jaar. Zie P.S. Atiyah and P. Cane, *Accidents, Compensation and the Law*, 4e dr. 1987, p. 120. Het aantal verkeersgewonden is in Engeland 290 000 per jaar (Fleming, 1987, p. 372). De algemene cijfers zijn voor Engeland: 20 000 doden per jaar als gevolg van ongevallen, en 3 mln gewonden (4 dg. of langer arbeidsongeschikt). Vgl. Winfield and Jolowicz, *On Tort*. 1989. p. 18. De claims van verplicht verzekerden vormen overigens 88% van het totaal aan letselschadeclaims.

In Duitsland zijn de cijfers van 1992 voor het verkeer: ong. 516.000 gewonden en 10.643 doden, uit 2,4 mln verkeersongevallen (Kötz, nr 374). Ook in Frankrijk zijn de cijfers dramatisch, met name als gevolg van alcohol-gebruik.

§5. AANSPRAKELIJKHEID VOOR MOTORRIJTUIGEN

problematiek tot in detail gesplitst is.² Men moet hierbij goed in het oog houden het tweedelig stelsel van de verkeersaansprakelijkheid: risico-aansprakelijkheid indien bij de schade personen betrokken zijn die *niet* aan het gemotoriseerd verkeer deelnemen (voetgangers, fietsers), schuld-aansprakelijkheid indien de schade personen betreft die *wel* tot het gemotoriseerd verkeer behoren (inzittenden). Populair gezegd, *personen-in de open lucht*: risico-aansprakelijkheid; *personen-in blik*: schuld-aansprakelijkheid. Een geheugensteun hierbij is, dat art.25 MRW/31 WVV als slachtofferbescherming is opgezet, en voetgangers en fietsers vormen een zeer kwetsbare groep. Ze zijn vogelvrij, en verdienen dus bescherming, mits ze al slachtoffer geworden zijn (preventieve bescherming is te duur, zoals men weet). Zodra voetgangers en fietsers zich ook met blik omhullen, valt die bescherming weg, en worden ze op gelijke voet behandeld als andere motorische weggebruikers. Ze hebben het gevaar immers zelf gezocht. Aldus de filosofie van de wetgever. De bekende handboeken, zoals Asser-Rutten en -Hartkamp, zijn niet erg duidelijk op dit punt.³

Intussen is deze tweedeling steeds meer schijn aan het worden, aangezien ook hier de erosie van het schuldbeginsel toegeslagen heeft, al voor de oorlog. ‘Schuld’ wordt hier opgevat als onvoorzichtigheid van de dader en voorzienbaarheid van het gevolg. Belinfante werkt dit in 1936 als volgt uit.⁴ Onvoorzichtigheid is iedere gedraging van de auto en dus ook van de bestuurder, die afwijkt van wat in het verkeer gebruikelijk is, die het verkeer voor een *abnormale gedraging* stelt. Of dit zo is, hangt af van de feitelijke omstandigheden ten tijde van de aanrijding, waarbij het concrete geval de doorslag geeft. De auteur stelt het zo: stel dat een auto slipt en het trottoir oprijdt, de oorzaak is onbekend. Dan is er schuld bij de bestuurder, omdat de auto abnormaal rijdt; slechts het bewijs van overmacht kan hier bevrijdend werken.⁵ Indien er sprake is van een defekt aan het voertuig, wordt voor de oorlog al door enkele schrijvers aangenomen dat ook bij het ontbreken van schuld het aanvaardbaar is om aansprakelijkheid aan te nemen; aldus behalve Belinfante ook Suijling.⁶ Indien men de ontwikkeling van de aansprakelijkheid voor zaken gevolgd heeft, zal deze gedachtengang niet onbekend voorkomen.

2. *Onrechtmatige daad V* (Bouman), nrs 1-272.

3. Vgl. Asser-Rutten II, 1968, p. 514 v. Bij het overzicht van aansprakelijkheid naar art. 31 ontbreekt de materie van lid 7, ander motorrijtuig in beweging etc., dat wordt pas op p. 523 behandeld. Idem, latere drukken, en tegenwoordig Asser-Hartkamp III, nr 216, resp. nr 228. Dit is verwarrend, zeker voor de lezer die het systeem nog niet kent.

4. A.D. Belinfante, *De burgerrechtelijke gevolgen van de aanrijding met automobielen*, p. 34 v.

5. Idem, p. 60. Minder ver gaat J.H. Ekering, *Motorrijtuig en aansprakelijkheid naar Nederlandsch burg. recht*, diss. Amsterdam 1941. Schr. is van mening dat in de rechtspraak in verkeerszaken ‘schuld’ weinig meer gemeen heeft met (subjektieve) 1401-schuld, en ‘maatschappelijke schuld’ geworden is (p. 53), en in de richting van het schuldvermoeden gaat (p. 84).

6. Suijling, *Burgerlijk recht, 2e stuk II*, 2e dr. 1936, p. 232 v. Ekering, p. 99, vindt de uitkomst wenselijk, maar durft toch niet om de subjektieve schuld-eis van 1401 heen. Zie echter ook p. 80 v. met terechte kritiek op het arrest van *NJ* 1937, 490, waarbij Meijers zich wilde neerleggen. *Torenbout* was nog niet geweest (pas in 1942). Suijling verwijst naar rechtspraak die zijn opvatting steunt (ook bij Ekering vermeld); deze ontbreekt ten dele bij het overzicht van *Onrechtmatige Daad V*, nr 13b.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Dat geluid is in onze tijd slechts versterkt; in 1983 geeft Brunner echter tegengas, en bestrijdt dat de rechter steeds vaker schuld aanneemt waar deze ontbreekt en in feite van risico-aansprakelijkheid in het verkeer uitgaat.⁷ Maar als de rechter zegt, in een geval waarbij een voorruit van een auto plotseling verbrijzeld werd en de scherven een andere auto treffen waardoor een ongeluk ontstaat, dat hier aan het vereiste van schuld in de zin van 1401 *oud* voldaan is ten aanzien van eerste auto, dan hebben wij toch met gevaarstelling te maken?⁸ En dergelijke uitspraken zijn schering en inslag. Van Dam wijst in 1985 op een drietal recente arresten waarbij het schuldvereiste zo gereduceerd is, dat dit neerkomt op *het min of meer bewuste* toedoen van de dader.⁹ De objectivering van het schuldbegrip is zijns inziens zo ver gegaan, dat het handelen van de 'perfekte mens' als norm gehanteerd wordt; aldus wordt aan het schuldbegrip nog maar een lippendienst bewezen. Ook R.J. Polak ziet in het verkeersrecht naar geldend recht geen functie voor een afzonderlijk schuldvereiste naast dat van onrechtmatigheid.¹⁰

In HR 26 mrt 1982 *NJ 292, schuimplastic*, was sprake van een gevaarsituatie die tot een verkeerde manoeuvre van de bestuurder leidt. Wenmakers rijdt in het donker op een onverlichte autosnelweg en ziet na het inhalen van een auto plotseling een groot voorwerp op de weg liggen, dat later een groot stuk schuimplastic blijkt te zijn. Hij stuurt naar links, remt, slipt en slaat over de kop. Twee passagiers, waaronder Smeets, raken zeer ernstig gewond. Wenmakers voerde, vanwege het inhalen, geen groot licht, en reed ong. 100 km per uur. Het hof komt tot omkering van de bewijslast, en draagt hem op aan te tonen 'dat hij redelijkerwijs niet anders heeft kunnen reageren dan hij gedaan heeft en het tevens *in geen enkel opzicht* aan hem geweten kan worden dat hij dat voorwerp te laat heeft opgemerkt' (mijn curs.). De HR keurt deze zienswijze goed, en voegt nog toe dat het op de weg van Wenmakers had gelegen om feiten te stellen waaruit zou volgen waarom er voor hem een beletsel bestond om groot licht te ontsteken. Het 'geen enkel verwijt' gemaakt kunnen worden, gaat heel ver, en is een term die vaker in de rechtspraak voorkomt (in casu was trouwens het voeren van dimlicht bij inhalen op de linkerbaan een normaal rijgedrag, vgl. ook a-g Ten Kate).

Het is goed te bedenken - Van Dam wijst er ook op, t.a.p. - dat de aansprakelijkstelling niet Wenmakers persoonlijk betreft, maar drie verzekeraars: zijn WA-verzekeraar, de bedrijfsvereniging van Smeets (zijn verloofde) en het Waarborgfonds, aangezien het schuimplastic mogelijk van een niet geïdentificeerd motorrijtuig gevallen was. Het is dus een kwestie van toedeling van het risico.

Interessant is in dit verband, ook met het oog op de jurisprudentie die nog volgt, de opmerking van a-g Ten Kate over het schuldbegrip. Dat is 'een begrip dat mede bepaalt, of er een goede reden bestaat om schade die de een heeft geleden, op een ander af te wentelen. Daarbij kunnen grote abstracties een rol spelen - al wordt in het kader van art. 1401 *oud* BW risico-aansprakelijkheid niet aanvaard - o.m. in het licht van de verplichtstelling van de

7. C.J.H. Brunner, *De rechter, de auto en de schuld*, VR 1983, p. 139.

8. Ktg. Rotterdam 15 febr. 1967 *NJ 448, gesprongen voorruit*. Dit vonnis is niet opgenomen in *Onrechtmatige Daad V*, nr 13b; zie ook nr 110.

9. C.C. van Dam, *De Hoge Raad op zoek naar de perfekte automobilist*, VR 1985, p. 261. Besproken worden de arresten *schuimplastic* (1982), *overstekende ree* (1983) en *Bernhard - Dröge*; vgl. ook nog diens diss. 1989, p. 150 v.; 190. Deze arresten komen hieronder aan de orde, op verschillende plaatsen.

10. R.J. Polak, *Inleiding tot het Wegenverkeersrecht II*, 2e dr. 1987, p. 20 v. Schr. acht geen principieel verschil aanwezig tussen de begrippen schuld en risico; deze verhouden zich als *genus* (risiko) tot *species* (schuld). Aldus reeds zijn oratie, *Verkeer en risico*. UvA 1959, p. 15 v., er is slechts sprake van het 'opschuiven van een norm', de rechtsgrond is dezelfde (p. 18).

§5. AANSPRAKELIJKHEID VOOR MOTORRIJTUIGEN

verzekering van de wettelijke aansprakelijkheid van bestuurders van motorrijtuigen voor verkeersongevallen en de redenen die daartoe hebben geleid'. Terecht verbindt Van Dam hier de conclusie aan dat de schuldvraag beheerst wordt door de vraag wie de schade het beste kan dragen.

Een slippartij door onverwachte gladheid is de inzet van *Berhard - Dröge*, HR 10 juli 1984 *NJ* 1985, 56. Hier ging het overmachtberoep van de bestuurder op, en wilde de HR niet van een omkering van de bewijslast weten. Het betrof een 'niet tijdig tevoren visueel waarneembare, extreme gladheid' op een weggedeelte waar niet in het bijzonder met gladheid rekening moest worden gehouden en er werd 65 km per uur gereden, waar 70 was toegestaan. Er waren volgens het hof geen verwijtbare gedragingen in het spel, hetgeen de HR een oordeel van feitelijke aard acht, en dus niet toetsbaar in cassatie.

Van Dam vermoedt dat de HR tot zijn oordeel kwam aangezien enig 'toedoen' van de bestuurder ontbrak. Hij is van mening dat er geen bezwaar bestond om de oorzaak van de slippartij voor rekening te laten komen van de bestuurder (onder verwijzing naar art. 6:162 NBW. Dat lijkt mij juist; bij een niet opgehelderde toedracht van het ongeluk (er was die ochtend verder niemand geslipt op die plaats), komt het bewijsrisiko van overmacht voor de bestuurder, indien men die omstandigheid (extreme, onverwachte gladheid) niet al direkt in zijn risikosfeer plaatst. De rechtspraak over schade bij slippen is verdeeld, Van Dam signaleert 26 uitspraken *pro* en 26 *contra* overmacht. Bij het doorhakken van deze knoop lijkt het aantal procedures gereduceerd te kunnen worden.

Een sprekend geval is verder het arrest HR 15 febr. 1985 *NJ* 425, *ziekenauto*. De casus is deze: Van Gameren staat bij een T-kruising voor het rode licht te wachten. Als het licht op groen springt slaat hij links-af de andere weg in; op dat moment komt een ziekenauto bestuurd door Van de Wardt met een patient met een hartaanval aan boord hem achterop, door het (voor de ziekenauto) rode licht, en rijdt hem van achteren aan. De ziekenauto had met onverminderde snelheid het rode licht gepasseerd, maar partijen verschillen van mening of daarbij geluids- en lichtsignalen gehanteerd werden. Indien dat het geval was, heeft de ziekenauto in gevolge o.m. art. 110 RVV vrije doorgang en voorrang. Wie moet nu de precieze toedracht bewijzen, met name het voeren van licht- en geluidssignalen? Volgens het boekje (van 1401) moet de eiser, Van Gameren, schuld stellen en bewijzen. Het hof kwam hier tot omkering van de bewijslast, aangezien de feitelijke toedracht, het met onverminderde snelheid door het rode licht rijden en de personenauto van achteren raken, 'voorshands' de conclusie wettigen dat de bestuurder van de ziekenauto 'door zijn wijze van rijden de veiligheid van het verkeer in gevaar heeft gebracht en schuld aan de aanrijding heeft'. In cassatie onderschrijft de HR het standpunt van het hof, dat heeft geen regel met betrekking tot de verdeling van de bewijslast geschonden. De raad gaat zelfs zo ver het beroep op de RVV-artikelen te verwerpen, met het betoog dat die artikelen inzake vrije doorgang en voorrang

'niet uitsluiten dat het weggedrag van een bestuurder die met ingeschakelde signalen door een rood licht rijdt en vervolgens een andere auto aanrijdt, onrechtmatig is, noch dat zulk een onrechtmatigheid als voorshands - tot op tegenbewijs door de bestuurder van die ziekenauto - als bewezen wordt aangemerkt'.

Een zeer vergaande uitspraak - dat wil zeggen: in de richting van risico-aansprakelijkheid gaand - aangezien de HR er hier van uitgaat dat ook indien vaststaat dat de signalen gevoerd werden (!) de feitelijke, gevaarzettende toedracht aanleiding kan geven tot omkering van de bewijslast (= bewijsrisiko).

In het licht van de bovenstaande jurisprudentie is het de vraag of het veel geciteerde arrest inzake het *motorkap Daffe*, met betrekking tot een intern gebrek van het voertuig, nog steeds geldend recht is (HR 7 april 1967 *NJ* 282). Het geldt vaak als schoolvoorbeeld van schuld-aansprakelijkheid ex 1401 tegenover risico-aansprakelijkheid ex art.31, *torenbout*-arrest (*NJ* 1942, 394), aldus bijv. Schut, *Onrechtmatige daad*, p. 173, Brunner, t.a.p., p. 140. In die zaak stond de bestuurder van de Daf heel sterk, indien men van het zuivere schuldbeginsel uitgaat. Het ongeluk was veroorzaakt doordat tijdens een inhaalmanoeuvre de motorkap plotseling omhoog

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

schoot, waardoor alle zicht ontnomen werd. De bestuurder wijkt naar links, komt op de andere baan en botst tegen een tegenligger op. De Daf was enkele uren voor de rit opgehaald bij de garage na een reparatie- en servicebeurt, de kap zat toen dicht. Ook al zou de bestuurder de kap voor vertrek gecontroleerd hebben, dan zou dat niet geholpen hebben aangezien hij van de 'hoogst ongebruikelijke constructie' van de vergrendeling en de daaraan verbonden gevaren voor zover gebleken niet op de hoogte was.

Indien men niet zozeer aan het verwijten, maar aan het toerekenen is, zal men minder onder de indruk zijn. Valt een eventuele fout van het garagebedrijf niet in de risikosfeer van de Daf-eigenaar (met mogelijkheid van regres)? Trouwens, in het uitwijken naar links spelen zoveel persoonlijke factoren een rol, dat er ook wat dat betreft grond is om de gevolgen van dat handelen aan de Daf-bestuurder toe te rekenen, en niet aan het slachtoffer. De onzekerheid over de juiste toedracht zou ook voor zijn bewijsrisiko dienen te komen.

Wat dat laatste betreft, denkbaar is dat de Daf-bestuurder een paniecreactie gaf, of een beoordelingsfout maakte. Dan zou sprake kunnen zijn van een *zgn. error in extremis*, die voor zijn rekening komt (vgl. nog onder). Op het punt van niet kenbare defekten aan het voertuig is de lagere rechtspraak zeer verdeeld; wat de in de bundel *Onrechtmatige daad* gepubliceerde uitspraken betreft - die onvolledig is, en geen inzicht geeft in de mateloze niet-gepubliceerde rechtspraak - is de verhouding bijna 50-50 (nr. 110). Het is dus een allerminst uitgemaakte zaak.

Een verdere inperking van de schuldgrondslag van verkeersaansprakelijkheid ex art.1401 *oud* is ook te vinden in de visie van de hoogste rechter op de waardering van het handelen in een plotselinge gevaarssituatie, waar nu eenmaal een marge van menselijk falen is dat niet echt verwijtbaar genoemd kan worden. Een gebied, dat bekend staat onder de technische term *error in extremis* (hetgeen doet denken aan noodweer-exces, maar dan het spiegelbeeld): in een gevaarssituatie geeft men een verkeerde reactie, in plaats van de berm in te schieten, wijkt men naar links uit, en daar zijn tegenliggers. Vergissen is menselijk, niet koelbloedig zijn ook, maar het gaat niet aan om de derde daarvan het slachtoffer te laten worden, niet alleen fysiek maar ook juridisch. Dat is temeer het geval, indien men op het gevaar verdacht had kunnen of moeten zijn, waarbij ook risico-factoren toegerekend worden. Aldus, geparafraseerd, de hoge raad in het arrest van de *overstekende ree*, HR 11 nov. 1983, *NJ* 1984, 331.

Vos rijdt op de weg Meppel-Eursinge, een drukke eenbaans autoweg, 7 m breed, waarop een snelheid van 100 km is toegestaan. Het is kort na zonsondergang op een dag in mei, Vos rijdt 80 km p/u, en 90 m voorbij een bord dat voor overstekend groot wild waarschuwt, steekt 'in een flits' een ree vlak voor zijn auto de weg over, van links naar rechts. In zijn reactie om de ree te ontwijken gaat Vos naar links, de rijbaan van het tegemoetkomend verkeer op, in plaats van naar rechts, waar zich een 5 m brede berm bevond, en een sloot van 3 m breed. Op dat moment reed Lanting op die linker baan en dan volgt een fatale frontale botsing, waarbij Vos en een zoon van Lanting het leven verliezen en Lanting en zijn verdere gezin zwaar gewond worden.

Het Hof Leeuwarden is met de rb. van oordeel dat hier geen sprake van schuld is aan de zijde van Vos, omdat 'de achteraf bezien, onjuiste en fatale reactie van Vos geenszins onbegrijpelijk is en hem niet als schuld is aan te rekenen'. *Error in extremis*, derhalve.

Ondanks het feit dat Vos verzekerd is (WAM) hoeft zijn verzekeraar Lanting en zijn gezin niet schadeloos te stellen, dat alles vanwege de schuld-aansprakelijkheid en het oordeel daaromtrent van rb. en hof. Hij wordt de dupe van een tegenligger die in paniek verkeerd reageert op een gevaarssituatie. Blackstone wijdt een geëmotioneerd cassatiemiddel aan deze zaak, en heeft succes voor de HR.

§5. AANSPRAKELIJKHEID VOOR MOTORRIJTUIGEN

De raad begint met te stellen dat een andere reactie, zoals remmen en naar rechts uitwijken, mogelijk was, en ook door het hof aangenomen is gezien zijn term 'error in extremis' (een fout onder uitzonderlijke omstandigheden). Verder acht de HR van belang dat dat gevarenbord Vos verplichtte zich in te stellen op de mogelijkheid van vlak voor zijn auto overstekend wild, en concludeert dan: 'onder deze omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat Vos van zijn wijze van rijden - hoezeer zijn reactie op de plotselinge kritieke situatie menselijkerwijs ook begrijpelijk moge zijn - rechtens geen enkel verwijt valt te maken. Het hof heeft dan ook ten onrechte aangenomen dat Vos ter zake van het ongeval geen schuld treft' (ov. 3.3, in fine).

3. *Conclusies uit de jurisprudentie. Rekening houden met fouten van anderen. Schending van verkeersregels en causaal verband. Tegendraadse fietser (1999)*

De rechtspraak overziend, kan men vaststellen dat er een duidelijke ontwikkeling in de richting van risico-aansprakelijkheid bij een verkeersschade-vordering uit 1401 *oud* is, soms met behulp van het middel van de omkering van de bewijslast. Dit geeft grond voor het standpunt dat interne gebreken in het motorvoertuig voor risico van de gebruiker zijn. Ik zou dat voor het geldend recht willen verdedigen; de falende stuurinrichting of remmen, de klapband, het plotseling verbrijzelen van de voorruit ('blindslaan', meestal door een opspringend steentje), het zijn factoren die in de sfeer van de bestuurder liggen indien hem dit overkomt, en niet in die van het slachtoffer, die slechts tegenligger was, bijvoorbeeld. Ook hier gaat het immers niet om het verwijten van handelingen, maar het toerekenen van aansprakelijkheid. Aldus zou er een eenheid ontstaan tussen dit rechtsgebied en dat van art. 185 WVV (*toren-bout*-arrest, vgl. onder). Bij deze categorie zou ik ook het slippen willen onderbrengen, het oude voorbeeld van Belinfante; de lagere rechtspraak is verdeeld op dit punt.

Een extra argument voor dit standpunt is, dat er bij dergelijke schade-oorzaken altijd mede een persoonlijk, gendividualiseerd element meespeelt, namelijk de wijze waarop de bestuurder in kwestie op de plotselinge gevaarssituatie reageerde. De één maakt in paniek een fatale manoeuvre, de ander houdt het hoofd koel en maakt een 'noodlanding'. Die faktor is de bestuurder-gedaagde mijns inziens wel toe te rekenen (vgl. de *overstekende ree*-zaak) en bij onduidelijkheid over de toedracht, die vaak niet meer te bewijzen is, is het bewijsrisiko voor die bestuurder. Men komt tot hetzelfde resultaat, met minder omhaal van woorden en onnodige procedures, door het risico direct bij de gebruiker van het gevaarlijke vervoersmiddel te leggen. Zoals wij trouwens bij gevaarlijke zaken gewend zijn.

Men zou kunnen tegenwerpen dat men hier van een gevarengemeenschap zou kunnen spreken, waaraan de 'tegenligger' toch ook deelgenomen heeft door in een gevaarlijke automobiel te stappen. Prachtig, maar dan dient diezelfde gemeenschap ervoor gezorgd te hebben dat een slachtoffer zijn schade afdoende vergoed krijgt, en daar schort het juist aan (vgl. nog onder, nr. 8). Zolang die ideale wereld nog niet bestaat dient de aansprakelijkheid bij de bron van de gevaarstelling te liggen.

Hetzelfde standpunt zou ik willen innemen ten aanzien van de vergelijkbare problematiek van het slippen op de weg, waarbij een verwijtbare gedraging van

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

de bestuurder niet aangetoond kan worden, of de toedracht onopgehelderd blijft (zie ook het boven betoogde, naar aanleiding van *Berhard - Dröge*).

Een interessant aspect van deze verschuiving van schuld naar risico door een zware objectivering van het schuldbegrip is het element van rekening houden met fouten die *anderen* maken. Dit ligt in het verlengde van de vereiste zorg voor belangen van anderen, het voorzien van gevaar en het als gevolg daarvan treffen van maatregelen om die schade te voorkomen of te beperken.¹¹ Via de medeschuld (of -risiko) kan men tot een schadeverdeling komen, waarbij de omstandigheden gewicht in de schaal leggen, en aldus de verdelingsbreuk bepalen. De hoge raad heeft op dit terrein al geruime tijd leiding gegeven; na voorlopers uit 1947 en 1951, is dit in de jaren '50 en '60 vaste jurisprudentie geworden.¹² Een modaal geval betreft het naderen van een voorrangskruising: de automobilist die voorrang heeft moet rekening houden met het feit dat anderen hem (ten onrechte) geen voorrang zullen geven, en zijn snelheid daaraan aanpassen. De hoge raad overwoog in 1958:

'op een bestuurder van een motorrijtuig, die een voor hem als zodanig kenbare onoverzichtelijke kruising van wegen nadert, rust de plicht om zich te gedragen in overeenstemming met de bijzondere gevaren, die de situatie ter plaatse schept, zowel voor hemzelf als voor het hem van links komende verkeer, dat hem ten onrechte geen of onvoldoende voorrang verleent, en wel teneinde de mogelijke fouten van andere weggebruikers, waarop nu eenmaal een iegelijk op een voor hemzelf en voor anderen onoverzichtelijk kruispunt bedacht moet zijn, zoal niet geheel te voorkomen, dan toch zo min mogelijk ernstig te doen zijn' (*NJ* 1959, 11).

Men kan zich de varianten voorstellen: het geven van lichtsignalen in het donker, het handelen bij slecht zicht, etc. Dit moet men nu ook weer niet te ver uitrekken, anders zou men niemand meer links kunnen inhalen, omdat de ingehaalde auto altijd plotseling naar links kan gaan (*NJ* 1963, 310). Alles in redelijkheid. Bij de overmachtsproblematiek zullen wij dit element van rekening houden met de fouten van anderen weer tegenkomen.

Het 'heer in het verkeer' zijn kan ook zover gaan dat men, correct rijdend, een handeling verricht om schade voor een ander te vermijden, maar aldus wel zelf schade oploopt. Het altruïsme in het recht, waaraan bij ons de naam van Schoordijk verbonden is; meer klassiek gesproken, kan men aan zaakwaarneming denken.¹³ In een bindend advies werd het belangeloos hulpbe-toon door een gestrande auto met alarmlichten te 'beschermen' als zaakwaarneming opgevat.¹⁴

In het verkeersrecht wordt al geruime tijd een bijzondere causaliteitsregel toegepast, een vereenvoudigde wijze van toerekening aangezien een gevaar

11. Men zie in deze zin al p-g Langemeijer, concl. *NJ* 1958, 68, *Bello - Huyskamp*.

12. Men zie *Onrechtmatige Daad V*, nr 8 sub 2. R.J. Polak vroeg in zijn oratie van 1959 al aandacht voor deze benadering.

13. Schoordijk, *Zelfopoffering in het wegverkeer* (vooral naar Nieuw BW), VR 1985, p. 97; De verbintenis uit en de verplichting tot altruïsme, *Meded. Kon. Ned. Akad. Wetenschappen, Afd. Letterk.*, 1987. Zie verdere literatuur en rechtspraak, *Onr. Daad V*, nr 8a.

14. Bindend advies 25 mei 1989 *VR* 1990, nr 27.

§5. AANSPRAKELIJKHEID VOOR MOTORRIJTUIGEN

waartegen verkeersnormen bescherming trachten te bieden, zich verwezenlijkt heeft. Dat staat in die kring bekend als het ‘vermoeden van causaal verband’. Een recent voorbeeld, waarbij de hoogste rechter ook naar oudere rechtspraak verwijst, is een arrest van 24 december 1999, *Lutz – Zorgverzekering Gouda*, inzake de tegendraadse fietser.¹⁵ Een paar fietsers rijden op een rotonde in de verkeerde richting en één van hen komt met een tegemoetkomende, hard rijdende racefietser in botsing, die daardoor een fractuur oploopt. Ik volsta met de weergave van de kernoverweging van de hoge raad, het arrest kwam eerder uitvoeriger aan de orde:

‘Het onderdeel is gegrond. Het op een fietspad rijden in de verboden rijrichting is een onrechtmatige gedraging die in het algemeen het gevaar voor verkeersongevallen vergroot. Indien dit gevaar zich in de vorm van een ongeval verwezenlijkt, is daarmee het causaal verband tussen de gedraging en het ongeval in beginsel gegeven; het is dan aan de overtreder om te stellen en te bewijzen dat het ongeval ook zonder dat verkeersgedrag zou zijn voorgevallen (vgl. HR 16 november 1990, *NJ* 1991, 55). Dit heeft het hof klaarblijkelijk miskend, zoals in het bijzonder blijkt uit zijn overweging dat het feit dat Lutz in de voor haar verboden rijrichting reed, niet eraan afdoet dat het ontstaan van het ongeval te wijten is aan het verkeersgedrag van Hemelaar’ (ov. 3.4.2).

Het is geen opmerkelijke uitspraak wanneer men de jurisprudentie op dit terrein gevolgd heeft. De hoge raad verwijst zelf al naar het arrest van 1990, *Visser – Engelen*; in het cassatiemiddel was ook nog een beroep gedaan op het arrest *IZA – Waarborgfonds*, *NJ* 1995, 95, inzake rijden onder invloed en het veroorzaken van een ongeval. Deze causaliteitsregel, typisch voor het verkeersrecht en lange tijd daarbuiten niet bekend – het viel mij pas op toen ik Eykman daarover eens hoorde spreken, begin jaren ‘90 – is de laatste jaren als een olievlek over andere terreinen van het aansprakelijkheidsrecht gespoeld: de ‘omkeringsregel’, niet tot vreugde van verzekeraars en hun aanhang, zoals men zich kan voorstellen.¹⁶

Een recente toepassing van deze causaliteitsregel is het *whiplash*-arrest van 2001.¹⁷ Hier wordt onzekerheid omtrent het bestaan van schade, in casu een ziekte die vaak gesimuleerd wordt en moeilijk aan te tonen is – een nachtmerrie voor verzekeraars – toegerekend aan degene die onrechtmatig gehandeld heeft en aansprakelijkheid toegerekend gekregen heeft. Dit keer geen tegenligger, maar een achterligger, die niet tijdig remt, een type botsing dat bij het slachtoffer vaak nekklachten veroorzaakt.

De Greef staat voor een rood stoplicht te wachten wanneer zijn auto van achteren geramd wordt door een auto met snelheid van ongeveer 50 km per uur. De Greef raakt voor 50% arbeidsongeschikt en zoekt verhaal voor zijn schade (hij is buschauffeur). De deskundigen komen er niet uit of hier van *whiplash* sprake is (geweest), dat wordt dus procederen. Het hof stelt zich op het volgende standpunt:

‘Ofschoon iemand die stelt schade te lijden in het algemeen die schade aannemelijk dient te maken, brengt de omstandigheid dat het gaat om een syndroom – post *whiplash* – waarvan

15. *NJ* 2000, 428, nt HJS. Zie voor dit arrest uitvoeriger boven, Hfdst. 10, § 2, nr 10, inzake gevaarstelling; idem, nr 3, over art. 162, lid 3, verkeersopvatting.

16. Zie voor die materie, Hfdst. 11, § 2, nr 4, causaliteit, en dit Hfdst., § 1, nr 7, bewijs.

17. HR 8 juni 2001 *NJ* 433, *Zwolsche Algemeene Schadeverzekering – De Greef* (*whiplash*).

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

algemeen bekend is dat dit moeilijk of slechts in beperkte mate tot concreet waarneembare medische stoornissen valt te herleiden, met zich mede dat de eisen die aan het bewijs kunnen worden gesteld niet al te hoog dienen te zijn. Het komt dan – tot op zekere hoogte – voor risico van de veroorzaker van het ongeval dat het oorzakelijk verband tussen ongeval en klachten zich niet rechtstreeks laten aantonen en dat de klachten evenmin te herleiden zijn tot medisch vaststelbare afwijkingen' (ov. 3.3, HR).

Het hof benoemt een drietal deskundigen; daarbij blijkt dat de medicijnmannen en de juristen/rechters langs elkaar heen gepraat hebben. De medisch deskundigen kunnen geen 'stoornis' vinden in de zin van medisch waarneembare beschadigingen, afwijkingen of gebreken (van orthopedische of neurologische aard). Het hof had echter ook oog op 'het bestaan van 'klachten' die weliswaar naar hun aard subjektief van aard zijn, doch waarvan niettemin objectief vastgesteld kan worden dat zij aanwezig, reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend, en niet overdreven zijn'. Dat kwam in de rapportage van de deskundigen onvoldoende uit de verf, oordeelt het hof.

Voor de hoge raad is er veel cassatietechnisch gesteggel, waaraan wij voorbijgaan; de zojuist aangehaalde overweging van het hof wordt door de raad onderschreven, en levert een aardige *one-liner* op. Het hof heeft, 'in overeenstemming met zijn in cassatie niet bestreden uitgangspunt dat in een geval als het onderhavige niet al te hoge eisen aan het bewijs van het oorzakelijk verband tussen het ongeval en de gezondheidsklachten kunnen worden gesteld, tot uitdrukking gebracht dat het ontbreken van een specifieke, medisch aantoonbare verklaring voor de klachten in die zin voor risico van de veroorzaker van het ongeval komt, dat dit niet in de weg staat aan het oordeel dat het bewijs van het oorzakelijk verband geleverd is (ov.3.5.1, in fine).

4. *De problematiek van kosteloos meerijden*

Een onderwerp dat verwantschap vertoont met het vorige, maar tot veel meer rechtspraak en literatuur geleid heeft, is dat van het kosteloos meerijden. Dat kan variëren van liften tot gezamenlijke vakantietochten, terwijl ook de vrienden-dienst, de carpool en de autorally in het beeld passen. Een bekend probleem is hier of wij met een *overeenkomst* te maken hebben of niet; het feit dat er geen tegenprestatie afgesproken is, of een zeer geringe, staat er niet aan in de weg een overeenkomst aan te nemen, dat wil zeggen een overeenkomst om niet. De vraag hierbij is, - zoals wij nog zullen zien - welke invloed het rechtskarakter van de verhouding tussen partijen heeft op de aansprakelijkheid.

Het kernprobleem is hier, of de belangeloosheid aan de zijde van de bestuurder bij het meenemen van de gratis passagier, de aardige geste, niet van invloed is op zijn aansprakelijkheid indien hij brokken in het verkeer maakt. Sommige schrijvers, zoals Hoogenraad in 1946, nemen het standpunt in dat in zo'n geval de bestuurder tegenover zijn passagier slechts aansprakelijk is in geval van opzet of grove schuld. Bij lichte verkeersfouten gaat hij vrij uit.¹⁸ Daartoe hanteert hij overigens de constructie van de vervoersovereenkomst om niet. Het is vooral een gevoelsmatig argument: je maakt een aardig gebaar, en dan word je daar nog voor gepakt ook! (even terzijde: het is niet altijd altruïsme

18. D.A. Hoogenraad, De aansprakelijkheid bij kosteloos meerijden, diss. Utrecht, 1946.

§5. AANSPRAKELIJKHEID VOOR MOTORRIJTUIGEN

dat hier speelt, uit mijn studententijd herinner ik mij de automobilist die alleen lifters meenam bij hevige wind, om een betere wegligging te krijgen, terwijl vaak ook de behoefte aan aanspraak en afleiding een rol speelt - over verleiding spreken wij maar niet). Laten wij eerst eens zien wat de hoge raad, in een viertal arresten, te berde gebracht heeft.

In *Bello - Huyskamp* uit 1957 verwierp de hoge raad de zojuist genoemde regel over opzet en grove schuld, aangezien aansprakelijkheid uit 1401 in beginsel ook bestaat voor gevolgen van lichte verkeersfouten.¹⁹ Wel is er plaats 'voor een onderzoek of de bijzondere omstandigheden van het gegeven geval - waaronder ook het kosteloos meerijden - medebrengen dat de voor hem schadelijke gevolgen van zekere fouten door de gratis passagier de bestuurder niet kunnen worden verweten of op hem mogen worden verhaald'. *Bello* bestuurde een huurauto waarin Huyskamp meereed, reed met gladde achterbanden te hard in de sneeuw en kwam tegen een boom tot stilstand. Kort daarop werd *Nukoop - Saalfeld* gewezen, dat een vakantiereisje naar Portugal betrof.²⁰ De hoge raad overwoog dat een dergelijke afspraak tussen kennissen een overeenkomst kan zijn, ook al zou het meenemen kosteloos geschieden. Het ging echter te ver om hier slechts van een inspanningsverplichting van de bestuurder te spreken; wel was er grond om de aansprakelijkheid van de bestuurder minder streng te beoordelen dan bij een vervoersovereenkomst tegen beloning het geval zou zijn, waarbij verwezen wordt naar het analoge geval bij lastgeving en bewaargeving om niet (artt. 7: 400 v.; 600 v. BW; 1743 v., 1838 oud BW).

In de jaren zeventig komt de cassatierechter op deze materie terug; de *Bello - Huyskamp*-formule ondergaat een wijziging in *Groningen - Kerssies*.²¹

De belangeloze dienstverlening wordt gezien als een omstandigheid in het kader van art. 1407 oud BW, 'waarmee ten gunste van degenen die de dienst heeft verleend rekening moet worden gehouden, maar alleen voorzover diens vermogenstoestand van dien aard is, dat het mede in aanmerking genomen het feit van de belangeloze dienstverlening, niet gerechtvaardigd zou zijn hem de veroorzaakte schade volledig te doen vergoeden; dat hiervan geen sprake kan zijn, indien de desbetreffende aansprakelijkheid door verzekering was gedekt'.

De casus was deze. Nijboer had de bus naar huis gemist en Kerssies bewees hem een vriendendienst door hem achterop zijn scooter te laten meerijden. Het was dichte mist; Kerssies reed te hard of reageerde te laat en botst tegen een trolleybus van de Gemeente Groningen die net een halte verlaten had en de weg overstak. Nijboer raakt gewond.

Enige tijd later wijst de hoge raad een arrest in dezelfde zin; de variant is hier dat de kosteloos meerijdende inzittende van de auto de moeder van de bestuurder is (HR 11 april 1975 *NJ* 373, nt GJS). Het betrof overigens een vakantiereis. De nauwe familierelatie is volgens de raad geen reden om af te wijken van de eerder gevestigde regel.

Men ziet in de laatste twee arresten het verzekeringsaspect een rol spelen; indien de bestuurder verzekerd is wordt geen gewicht toegekend aan het belangeloze karakter van de relatie tussen de bestuurder en zijn passagier die het slachtoffer werd. Ganz modern; ethiek moet het afleggen tegen zakelijkheid,

19. HR 20 dec. 1957 *NJ* 1958, 68, nt LEHR; *Bello - Huyskamp*.

20. HR 11 april 1958 *NJ* 467, nt LEHR; *Nukoop - Saalfeld*. Zie over deze materie ook Asser-Hartkamp III, nr 218.

21. HR 3 dec. 1971 *NJ* 1972, 144, nt GJS; AA 1972, 201, nt G, *Groningen - Kerssies*.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

verzekering dekt immers de schade. Naar ik meen terecht, het gevoelsmatige argument van goed nabuurschap dat ‘beloond’ wordt met een schadevergoedingsvordering, speelt alleen indien de goede buur in zijn eigen vermogen aangetast wordt, hetgeen dan pijn doet. Bij enig doordenken stamt het argument - een variant op ‘ondank is ‘s werlds loon’ - uit de denkwereld van het schuldbeginsel, de verwijtbaarheid van het optreden van de goede buur, terwijl hij toch zo goed was voor zijn naaste. Zodra men niet meer in die termen, en nog minder in die van vergelding denkt, maar zich laat leiden door toerekening en risikoverdeling, is er voor dat argument en sentiment geen plaats. In beginsel dan; het is denkbaar dat buitengewone hulpvaardigheid toch meeweegt, maar dat lijkt mij gewoon tot één van de omstandigheden van het geval te behoren.

Ten slotte dient men in het oog te houden dat het element van risico-aanvaarding aan de zijde van de passagier bij dit onderwerp ook een rol kan spelen. De bestuurder rook wat naar alcohol of reed altijd al als een dweil, toch ging de passagier met hem mee; je wist dat de rally door de Sahara ging, maar je vond het toch een mooi avontuur. Indien men ook dergelijke omstandigheden laat meewegen bij het oordeel over de aansprakelijkheid van de bestuurder, kan men een en ander tegen elkaar afwegen. Het is maar de vraag of men daar bijzondere leerstukken voor nodig heeft, aangezien bij de causaliteit, op grond van toerekening naar redelijkheid, de genoemde elementen tot hun recht kunnen komen.

Er is in de literatuur opgemerkt dat met de arresten van de jaren zeventig die aan de orde kwamen, de constructie uit *Nukoop - Saalfeld* als afgedaan kan worden beschouwd, omdat zij geen praktische betekenis heeft.²² Soms wordt, ten onrechte, betoogd dat de contractuele weg minder mogelijkheden zou bieden om rekening te houden met de hier besproken omstandigheden. Op het eerste gezicht lijkt het inderdaad lood om oud ijzer of men hier uit wanprestatie of uit delict ageert, zoals trouwens in het algemeen ook het geval is. Toch wil ik op een belangrijk praktisch punt wijzen: veel van dergelijke ongelukken komen in het buitenland voor, op vakantiereizen. Voor de vraag naar het toepasselijk recht kan het naar regels van internationaal privaatrecht verschil uitmaken of wij met een overeenkomst of een onrechtmatige daad te maken hebben. In het moderne ipr is dat verschil weliswaar voor een groot deel uitgewist, maar het klassieke uitgangspunt is nog steeds dat bij een onrechtmatige daad het recht van de plaats van handeling (*lex loci delicti*) het toepasselijk recht is, bij een overeenkomst het recht dat door partijen of door het wegen van aanknopingspunten aan dat contract verbonden is (*lex contractu*).²³ In bijvoorbeeld het geval van *Nukoop - Saalfeld* zou dat respectievelijk portugees of nederlands recht zijn. Indien men, vanwege inhoudelijke verschillen op het gebied van onrechtmatige daadsrecht, er belang bij heeft om bijvoorbeeld een beroep op nederlands recht te doen, zou het aannemen van een overeenkomst de voorkeur verdienen.

22. Vgl. Rutton, in: *2000 weken rechtspraak*, Bisdomebundel, 1978, p. 40; in dezelfde zin, Asser-Hartkamp III, nr 218.

23. In de laatste decennia is in veel landen de *lex loci*-regel op losse schroeven gezet, en mag de geleerde kiezen tussen het recht van het land van het ‘Handlungsort’ (waar de o.d. gepleegd werd) en dat van het ‘Erfolgsort’ (waar de schade geleden werd). Hij kan dus het voor hem meest gunstige recht uitkiezen, Vgl. Th.M.de Boer, *Beyond lex loci delicti*, diss. UvA 1987, en verder B.M. M. Weiffenbach, *TMA* 1989, p. 1 v.

§5. AANSPRAKELIJKHEID VOOR MOTORRIJTUIGEN

5. *Blinde passagier. Altruïsme*

Onder de varia op dit gebied valt de figuur van de kosteloos meerijsende passagier wiens aanwezigheid de bestuurder onbekend is, de verstekeling of blinde passagier. De hoge raad moest over het geval oordelen dat een dergelijk persoon zich in de laadruimte van een bestelauto had verstopt en vervolgens gewond raakte bij een verkeersongeluk.²⁴ Is de bestuurder aansprakelijk? De hoge raad steunde het hof in diens negatieve antwoord hierop, want de bestuurder hoefde niet bedacht te zijn op de aanwezigheid van mensen in zijn laadruimte en hoefde in zijn verkeersgedrag dus geen rekening te houden met eventueel daaraan verbonden gevaren voor het welzijn van hen. Dit standpunt zal grote bijval ondervinden van aanhangers van de schuldgedachte, enige aarzeling oproepen bij voorstanders van de risikoleer, en tegenstand bij degenen die naar absolute aansprakelijkheid neigen. Het slachtoffer is, wat in de angelsaksische wereld een 'unforseeable plaintiff' heet, op wie de 'duty of care' niet gericht hoeft te zijn.

Daar is veel voor te zeggen, maar de aarzeling zit in het feit dat de hoge raad in andere uitspraken, terecht, heel ver gaat in het rekening houden met de belangen van personen die men niet kent, maar wier bestaan men kan vermoeden of welke wetenschap men eenvoudigweg toegerekend krijgt (bijvoorbeeld het rekening houden met fouten van anderen, in het verkeer en in de produktenaansprakelijkheid). De pure voorzienbaarheid is immers bij de toerekening verlaten, en vervangen voor de redelijke toedeling, waarbij kennis, macht en draagkracht een rol spelen.

Ten slotte is daar, eveneens ter overdenking, de situatie van het spiegelbeeld van de welwillende automobilist die een lifter meeneemt, degeen die juist geen lifter laat instappen. Kan dat onrechtmatig zijn? Inderdaad, dat kan het geval zijn, indien die lifter kennelijk in nood verkeert en hulp nodig heeft waarvan hij op deze manier verstoken blijft. Behalve het algemene vereiste van 6:162 BW, is er ook de regel van art. 450 Sr die dit de burger inscherpt: het achterwege laten van hulp aan mensen in nood is strafbaar. Dat dit niet zo eenvoudig kan liggen bewijst het geval dat zich in Duitsland eens heeft voorgedaan. Langs de snelweg in de sneeuw, op een godverlaten uur, staat een man poedelnaakt te liften. Automobilist rijdt door; lifter vriest dood en wordt de volgende dag gevonden. De automobilist wordt later opgespoord en vervolgd: de lifter was een automobilist die door struikrovers uitgeschud en uitgekleeft was en aan zijn lot overgelaten. Dat laatste was hem niet gunstig. En je mocht van je moeder geen enge mannen meenemen? Het leven is nog niet zo simpel, dat blijkt weer.

Over liften gesproken, dit als echte uitsmijter - neen niet over eigen ervaringen, hoewel, mijn langste lift als student was van Salt Lake City naar San Francisco - ik hoorde van een Amerikaanse collega eens een aardig verhaal in dit verband. Zij deed onderzoek naar rolopvattingen en -gedrag van mannen en vrouwen als rechters, met name of de laatste groep daarin afweek van de mannelijke vakbroeders. Tot de testcases behoorden uitspraken inzake verkrachtingen e.d.

24. HR 27 jan. 1984 NJ 536, nt G, *verstekeling*.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

van jonge vrouwen als liftsters. Vraag: wie zouden nu strenger oordelen, qua strafmaat bijvoorbeeld, mannelijke of vrouwelijke rechters? Antwoord: de *mannelijke* rechters. Met als reden: de vrouwelijke rechters vonden desgevraagd, dat zij hun dochter nooit toestemming zouden geven om te liften, en dat die meisjes dus het gevaar over zich afgeroepen hadden. (Risiko-aanvaarding, zou de civilist dat noemen). *Remarkable*.

6. *Aansprakelijkheid uit art. 185 Wegenverkeerswet. Het systeem van art. 185. Overmacht*

Dan nu de bespreking van dit uiterst belangrijke artikel voor het verkeersrecht, dat in een wetseditie doorgaans achter art. 1401 oud BW opgenomen werd.²⁵ De regeling van art. 185 WVW is van aanvullend karakter t.o.v. die van art. 1401, welk artikel van kracht blijft. Een oorspronkelijk voor Boek 6 NBW geschreven artikel is geschrapt; het wachten is op een bijzondere regeling in Boek 8. Het bijzondere aan art. 185 is allereerst dat niet de bestuurder, maar de *eigenaar* of *houder* aansprakelijk gesteld wordt. Terecht maakt Rutten hieruit al op dat wij niet met een schuld, maar met een risico-aansprakelijkheid te doen hebben; Meijers meende indertijd dat slechts van een omkering van de bewijslast sprake was en het artikel verder in de pas liep met 1401.²⁶ In onze tijd spreekt Schut merkwaardigerwijze van een ‘vermoeden van aansprakelijkheid’ dat slechts door het aannemelijk maken van overmacht ontzenuwd kan worden, kennelijk onder franse invloed (‘*présomption de responsabilité*’, vgl. boven).²⁷

Een uitvoerige bespreking is hier niet op haar plaats, ik verwijs daarvoor naar de vakliteratuur en de uitbundige jurisprudentie. De grote lijnen zijn de volgende (zie ook het artikel zelf).

Voor aansprakelijkheid ex art. 185 moet sprake zijn van:

- een botsing, aanrijding of overrijding;
- schade toegebracht door een *motorrijtuig* (d.i. ieder motorisch voortbewogen voertuig dat niet over een rails rijdt, dus ook de bromfiets);
- een *rijdend* motorrijtuig (dus niet in ruste; stilstaan in het verkeer staat echter gelijk met rijden);
- een rijden dat *op de openbare weg* plaatsvond;
- schade aan *personen of zaken* (bij de laatste categorie geldt een beperking tot de waarde van het motorrijtuig, minimaal f 500).

Er is géén aansprakelijkheid ex art. 185 indien:

- het een schade betreft, toegebracht aan een ander *motorrijtuig in beweging* en de daarin vervoerde *personen en zaken*;

25. Voor de literatuur en rechtspraak over art. 31 zie men *Onr Daad V*, (Bouman) nr 189 v; J.H. Wansink, *Schaderegeling Motorrijtuigen*, 1990, nr 220; nr 300 v. (WAM).

26. Zie de noot van Meijers onder HR 16 april 1937 *NJ* 490, ook kritisch besproken bij Ekering, diss. p. 80 v. Vgl. ook Asser-Rutten II, 1968, p. 516.

27. Schut, *o.d.*, p. 170; voor het franse recht, zie boven, § 2, aansprakelijkheid voor zaken.

§5. AANSPRAKELIJKHEID VOOR MOTORRIJTUIGEN

- het schade aan *loslopende dieren* betreft;
- door het motorrijtuig zelf vervoerde personen en zaken schade hebben opgelopen;
- overmacht aan de zijde van de eigenaar/houder *aannemelijk gemaakt* kan worden.

Verder is nog van belang dat de kentekenhouder vermoed wordt de eigenaar of houder van het motorrijtuig te zijn; men is (ook) aansprakelijk voor degenen die men doet of laat rijden; de rechter de schadevergoeding kan beperken indien er sprake is van schuld van iemand waarvoor de eigenaar niet aansprakelijk is; de vordering verjaart na 3 jaar.

Aldus een schematisch overzicht van een wetsartikel dat weinig overzichtelijk is en op al zijn onderdelen veel literatuur en rechtspraak uitgelokt heeft. En dan nog alle ‘normale’ interpretatie-problemen, zoals: wat is ‘rijden’? Ook het geval dat kinderen in afwezigheid van de bestuurder de handrem losgemaakt hebben en de auto dan in beweging komt? Vandaar die vloed aan rechtspraak.

Bij één onderdeel zou ik nog willen stilstaan, het beroep op overmacht. Dit onderwerp is ook van belang voor verwante aansprakelijkheidsvormen. Allereerst het vereiste van ‘aannemelijk maken’, en niet *bewijzen* van het overmachtsfeit. Doorgaans wordt het standpunt ingenomen dat de wetgever hiermee lichtere eisen heeft gesteld, aangezien iets nu eenmaal eerder ‘aannemelijk’ is, dan ‘bewezen’. De precieze betekenis van eerstgenoemde term is onzeker; algemeen wordt aangenomen dat de rechter een grotere vrijheid heeft en niet aan gewone bewijsregels gebonden is (de ‘vrije overtuiging’ van de rechter).²⁸ In deze zin ook, met zoveel woorden, de hoge raad in 1971 (*NJ* 1971, 354). In dat geval werd aangenomen dat de rechter op grond van de verklaring van één getuige overmacht mocht aannemen.

Ik heb altijd al aarzeling bij deze kwestie gehad; immers ook bij de normale bewijsvoering heeft de rechter een grote mate van vrijheid bij de beoordeling van de bewijskracht van feiten (zie boven, § 1, nr. 6). Met de komst van het nieuwe bewijsrecht in 1988 is deze discussie geheel academisch geworden; één getuige is tegenwoordig voldoende, een partij kan als getuige optreden, en *last but not least*, de billijkheidsleer is gecodificeerd.

Wat is ‘overmacht’ in het kader van art. 185? Al geruime tijd geleden heeft de hoge raad uitgemaakt dat een intern, onbekend gebrek van het motorrijtuig geen overmacht oplevert, en daarmee de grondslag van risico-aansprakelijkheid bevestigd. Dit is de bekende zaak van de *torenbout*, HR 16 april 1942 *NJ* 394; een fietser wordt aangereden door een auto waarvan de stuurinrichting plotseling defekt geraakt was doordat een torenbout gebroken was. Dit levert voor de bestuurder geen overmacht op, aangezien men dit de ‘schuld van de auto’ kan noemen, naar analogie van de ‘schuld van het schip’ in het zeerecht (door de hoge raad eerder aangenomen in het geval van een gebroken roerkoning, *Synthese - Rubens*).²⁹

28. Zie Asser-Hartkamp III, nr 225; *Onr Daad V*, nr 202.

29. De HR overwoog in *torenbout*: ‘dat, gezien de omstandigheid, dat art. 25 (MRW) berust op de overweging, dat het gevaar, dat het verkeer met motorrijtuigen op de openbare weg voor

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Wat indien er sprake is van een intern gebrek van de *bestuurder*? Het geval dat hij plotseling onwel wordt, vanwege een hartaanval, of een black-out vanwege suikerziekte krijgt en de macht over het stuur verliest. De literatuur is over deze vraag verdeeld; de meeste schrijvers nemen hier geen overmacht aan, met H. Drion, Wolfsbergen en Schut als *dissenters*. De rechtspraak is verdeeld.³⁰ In geval van 1401-aansprakelijkheid is de rechtspraak trouwens ook verdeeld, hetgeen eveneens het geval is bij defekten aan het voertuig als overmachtsgrond (zie boven).

Naar mijn mening is er alle grond om bij een intern gebrek van de bestuurder in een art. 185-geval geen beroep op overmacht toe te staan. Die omstandigheid valt in zijn risico-sfeer, evenals het geval is bij niet kenbare gebreken in zijn auto. Ook van uit het oogpunt van slachtofferbescherming valt niet in te zien waarom op dit punt een onderscheid gemaakt zou moeten worden. In de 1401-sfeer is er mijns inziens evenmin aanleiding een tegensteld standpunt in te nemen; ook in die sfeer is immers geen sprake van schuld in de zin van verwijtbaarheid, maar van het toerekenen van aansprakelijkheid.

7. Overmacht en fouten van derden

In de rechtspraak over overmacht in de zin van art. 185 is een belangrijke verfijning aangebracht, die erop neerkomt dat men bij zijn verkeersgedrag rekening moet houden met fouten van andere weggebruikers. Dit betreft met name het verkeersgedrag van jonge kinderen, die plotseling voor een auto opdoemen en het voor de bestuurder onmogelijk maken een ongeluk te voorkomen. Overmacht voor de bestuurder? Een baanbrekend arrest is hier *Jan de Waard*, uit 1971.³¹ Een wapenfeit van de cassatieadvocaat Martens, *as he then was*, die tegen de stroom van een gevestigde mening en het feitelijk karakter van de materie oproeiend, de cassatierechter voor zijn standpunt wist te winnen. Waarmee ook nieuw recht gevormd werd.

Jan de Waard was een jongetje van 9½ jaar dat op zijn fiets over een brug reed en toen door een vrachtautokombinatie ingehaald werd. Het wegdek was 6 m breed en de truck met oplegger, in totaal 18 m lang, haalde Jan in, waarbij hem een ruimte van 80 cm tussen de vrachtauto en de stoerprand gelaten werd. Tijdens deze inhaalmanoeuvre - Jan ziet een gigantische muur van een vrachtauto naast zich opdoemen - kijkt Jan om en begint te slingeren. Vervolgens wordt hij door de aanhangwagen gegrepen en raakt ernstig gewond en blijvend invalide. Het argument van de eigenaar van de vrachtauto is, dat als Jan niet

anderen oplevert, een aansprakelijkheid rechtvaardigt verder gaande dan die van het gemene recht, aannemelijk is, dat onder overmacht in de zin van art. 25, eerste lid, niet is begrepen hetgeen op het voetspoor van art. 536 K schuld van het motorrijtuig zou kunnen worden genoemd'.

HR 5 jan. 1940 *NJ* 340, nt PS, *Synthese-Rubens*. In zijn noot noemt Scholten de term 'schuld van het schip' van art. 536 K geen 'beeldspraak' (aldus de HR), maar een 'gelukkige aanduiding van een nieuw gevormd begrip'. De 'risikoleer', die hier in het geding is, werd overigens ook aangehangen door Molengraaff, de schepper van het WvK, wiens opvatting via historische uitleg voor de HR van groot gewicht bleek. Zie de noot van PS.

30. Zie *Onr Daad V*, nrs 109, 197.

31. HR 26 mrt. 1971 *NJ* 262; *VR* 266, nt Harmsen, met pleitnota van S.K. Martens. In de jaren '70 is Martens tot de hoge raad toegetreden.

§5. AANSPRAKELIJKHEID VOOR MOTORRIJTUIGEN

omgekeken zou hebben en zijn gaan slingeren - met name daarbij niet naar links uitgeweken was - er niets gebeurd zou zijn, aangezien 80 cm voldoende ruimte voor hem als fietser was. In zijn pleitnota rekent Martens uit dat Jan, met een stuur van ong. 42 cm toch 51 cm ruimte nodig heeft om te fietsen (20 cm van de stoep), zodat slechts 30 cm speling overbleef tussen hem en de vrachtauto-kombinatie. Met overvloed van rechtsvergelijkend en statistisch materiaal toont hij aan dat 80 cm volstrekt onvoldoende is, en een passerende bestuurder bedacht moet zijn op een schrik- en slinger-reaktie onder die omstandigheden. Men zie de monumentale pleitnota.

De HR begint met te stellen dat in geval van een beroep op overmacht ex art. 185 aannemelijk moet zijn dat de bestuurder in de gegeven omstandigheden 'geen verwijt kan worden gemaakt' van de wijze waarop hij aan het verkeer heeft deelgenomen. De raad vervolgt dan:

'dat voor de beantwoording van de vraag of zulks het geval is, eventuele fouten begaan door andere weggebruikers - daaronder begrepen het slachtoffer zelf - alléén van belang kunnen zijn, indien zij voor de bestuurder van het motorrijtuig waarmee de aanrijding is veroorzaakt, zo onwaarschijnlijk waren, dat deze bij het bepalen van zijn verkeersgedrag met die mogelijkheid naar redelijkheid geen rekening behoefde te houden'.

In casu wordt de fout van het slachtoffer, namelijk het slingeren als gevolg van omkijken, niet zo onwaarschijnlijk geacht dat de bestuurder van de vrachtauto daarmee geen rekening behoefde te houden.

In enkele meer recente arresten heeft de HR zijn standpunt herhaald, vgl. HR 24 jan. 1986, *NJ* 377, 35, *Tulp - Habing*; HR 23 mei 1986 *NJ* 1987, 482, nr. CJHB, nr. 113, *Frank van Holsteijn*, HR 20 febr. 1987 *NJ* 483, nt CJHB, *Marcel Woestenburg*. In de laatste twee arresten benadrukt de HR dat het de strekking is van art. 185 om kinderen te beschermen tegen de 'extra risico's die het gemotoriseerde verkeer voor hen meebrengt'. Men moet rekening houden met het impulsief handelen van jonge kinderen in het verkeer, zoals plotseling de weg oplopen, of op de fiets naar de verkeerde kant uitwijken in een onverwachte situatie. In dezelfde zin, m.b.t. medeschuld (of eigen schuld), HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 720, *Ingrid Kolkman*. Zie ook nog i.h.a. over medeschuld van kinderen, HR 8 dec. 1989, *NJ* 1990, 778, nt CJHB, *Lars Ruröde*, waarover A.T. Bolt, *WPNR* 5960 (1990), *Eigen schuld en billijkheidscorrectie*.

Zie verder ook nog: HR 22 mei 1992, *NJ* 527, *ABP - Winterthur* (bromfietser passeert voetganger die plotseling stap opzij doet; overmacht aangenomen); HR 4 okt. 1996, *NJ* 1997, 147, nt CJHB, *Dijksma - Klaverblad* (fietser stak i.s.m. verkeersregels weg over, reed zonder licht; geen overmacht aangenomen).

Het voor rekening van de veroorzaker laten van een onbekend gebleven oorzaak van verkeersletsel is ook aan de orde in een arrest dat in 2000 gewezen werd, waarbij het ging om een beroep op overmacht in het kader van art. 185 WVV (art. 31 oud), aanrijding van fietser(tje) door (vracht)auto, een casus die sterk op die van het *Jan de Waard*-arrest van 1971 lijkt.³² Indien het om een jeugdig slachtoffer gaat, is het laatst genoemde arrest nog steeds geldend recht, gezien een reeks van uitspraken. In het arrest van 2000 was ook sprake van een jongetje van 9 jaar: Hermen Buurman, die op zijn fiets op een klinkerweg van 6 m breed in Bolsward door een vrachtwagen ingehaald wordt, gaat slingeren en ten val komt, met dramatische gevolgen. Voor een geldig beroep op overmacht is niet alleen vereist dat de automobilist geen enkele verwijt kon worden gemaakt, maar ook dat de fouten van het slachtoffer zo onwaarschijnlijk waren dat hij daarmee geen rekening behoefde te houden. Indien nu niet komt vast te staan wat eigenlijk

32. HR 17 nov. 2000, *NJ* 2001, 260, nt CJHB, *Hermen Buurman*.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

gebeurd is, is dat bewijsrisiko voor de automobilist; dat was ook al in 1997 door de hoge raad beslist (*NJ* 1998, 209) en werd in dit arrest bevestigd. In casu waren onvoldoende feiten gesteld door de (verzekeraar van) de automobilist, zodat het beroep op overmacht ongegrond is; het arrest van het hof in andere zin wordt derhalve vernietigd.

Het rekening houden met fouten van fietsers (onbetrouwbaar volkje) werd door de hoge raad van ook belang geacht wanneer de fietser 29 is, en geen auto maar een *tram* bij de aanrijding betrokken is (die niet onder art. 185 *WVW* valt).³³ Dat laatste wordt door middel van analoge wetstoepassing gedaan, en dan loopt het volgens de vaste jurisprudentie. Het hof dacht daar anders over, en vond het gedrag van Geertsema te onwaarschijnlijk om voorzienbaar te zijn voor de trambestuurder (links afslaan vlak voor tram die hem inhaalde, die slechts kort gebeld had), anders dan de rechtbank, die kennelijk vaker op de fiets zit, althans de onbetrouwbaarheid van fietsers normaal vindt, en dus van invloed op de norm. De raad casseert het arrest a quo, en geeft een obiter dictum over een rechtsvraag die na verwijzing aan de orde zal komen: of de 50%-regel van *IZA – Vrerink* hier opgaat (hetgeen de rechtbank negatief beantwoord had, niettemin de regel de facto toepassend). Het antwoord van de hoge raad is bevestigend, gezien de analoge situatie en de veronderstelling dat trambedrijven zich ook zonder wettelijk verplichting plegen te verzekeren.

Deze jurisprudentie van de hoge raad heeft tot gevolg dat het beroep op overmacht in het kader van art. 185 sterk ingeperkt is, dit alles onder de aegis van de slachtofferbescherming.

De overmachtsvraag komt ook nog op een indirecte wijze aan de orde bij een kwestie waaraan de hoge raad enkele jaren later een arrest wijdde, de zogenaamde ‘reflex-werking’ van art. 185. Het betreft hier de vraag, oorspronkelijk door J. Drion opgeworpen, of het art. 185-risico niet doorwerkt indien het slachtoffer (alle) schuld aan het ongeval heeft, met als gevolg dat de schade aan de zijde van de automobilist (grotendeels) voor zijn rekening blijft. Dit is de problematiek van het *Saskia Mulder*-arrest uit 1987, waar Bloembergen de hand in gehad heeft, en de hoge raad tot een positieve beantwoording wist te brengen.

Het voorbeeld van J. Drion (*WPNR* 4786 (1963)) was de auto met onverwacht falende remmen welke een fietser aanrijdt die een verkeersfout maakt; beide pp. lijden schade. Uit de regel, dat de auto-eigenaar zich niet op overmacht kan beroepen leidt Drion af dat de fietser niet gehouden is de gehele schade door de auto-eigenaar geleden, te vergoeden. Bloembergen legt deze kwestie als waarnemend a-g voor aan de HR in een geval van cassatie in het belang der wet, HR 6 febr. 1987 *NJ* 1988, 57, nt CJHB, *Saskia Mulder*, AA 1987, p. 638, nt Kortmann, en krijgt de HR mee.

Bij een aanrijding tussen een auto en een fietser, te wijten aan de schuld van de fietser, wordt aan de auto schade toegebracht. De fietser vergoedt slechts de helft van die schade, met een beroep op art. 185, inhoudend dat de overige schade voor rekening van de auto-eigenaar moet blijven. Dit werd door het ktg. verworpen, aangezien art. 185 hier niet van toepassing is, aangezien deze schade onder de werking van art. 1401 *oud* valt.

In navolging van de wnd. a-g neemt de HR een tegengesteld standpunt in. Na uiteengezet te hebben dat art. 185 een bijzondere bescherming geeft aan niet-gemotoriseerde personen,

33. HR 14 juli 2000, *NJ* 2001, 417, nt JH, *Geertsema – De Niet en HTM*.

§5. AANSPRAKELIJKHEID VOOR MOTORRIJTUIGEN

geeft de raad daaraan een uitbreiding door het artikel van overeenkomstige toepassing te verklaren bij het hanteren van regels van het 'gemene recht'. Dat is met name het geval indien aan de zijde van de auto-eigenaar geen sprake is van 'overmacht' in de zin van art. 185; van overmacht is sprake, vervolgt de HR, indien de fouten van de fietser voor de eigenaar zo onwaarschijnlijk waren dat hij bij zijn verkeersgedrag met deze mogelijkheid geen rekening hoefde te houden (*Jan de Waard*). In geval geen overmacht bestaat voor de auto-eigenaar, blijft diens schade voor een gedeelte voor zijn rekening. Hoe groot dat gedeelte is, hangt in het bijzonder af van de mate waarin van de fout van de fietser enerzijds en van de in het licht van art. 185 'aan het motorrijtuig toe te rekenen omstandigheden anderzijds tot de schade hebben bijgedragen'. Moet de 'bijdrage' van de fout van de fietser op meer dan 50% gesteld worden, dan heeft de fietser van de overige schade (de resterende 50%) nog een deel te vergoeden, besluit de raad.

Zoals men ziet, een echt eenvoudig leerstuk zal deze 'reflexwerking van art. 185' niet worden. De Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf gaf in een uitspraak aan dat de (door de HR genoemde) 50% niet als vast percentage opgevat mag worden (zie *O.D. V*, nr. 189a, en voor een uitwerking bij een schuldverdeling tussen pp., Van Wassenaar van Catwijk, nt onder Hof Den Haag 10 dec. 1986 VR 1989, p. 125, *beslagen voorruit*).³⁴

Van de rechtspraak uit de laatste jaren is het arrest *IZA - Vrerink* uit 1992 ongetwijfeld het meest spectaculair.³⁵ Dat is niet alleen het geval ten aanzien van de kwestie van de afweging schuld - medeschuld (in de traditionele terminologie), in het verlengde van de al genoemde arresten, maar ook vanuit de optiek van de methode van rechtsvinding bij onrechtmatige daad. Kortom: toerekening van aansprakelijkheid in optima forma. De hoge raad komt op principiële gronden tot een aansprakelijkstelling van de automobilist die een (bejaarde) voetganger aanrijdt voor 50% van de schade van het slachtoffer, indien deze zijn schade niet kan afwentelen, bijvoorbeeld op diens verzekeraar. Een visie op de aansprakelijkheid, die op ander terrein tot het *DES-dochters*-arrest geleid heeft, waarbij het beginsel van slachtofferbescherming de leidraad vormt.³⁶

Mevrouw Vrerink rijdt op een donkere, regenachtige avond in haar auto over de Violierstraat in Almelo, een voorrangsweg. Zij nadert met een snelheid van ongeveer 40 km/uur een kruispunt, door gele knipperlichten aangegeven, waar een voetgangersoversteekplaats is, en bij het passeren van dat zebrapad rijdt zij de 67-jarige mevrouw Van Duiven aan, die doende was van rechts naar links over te steken en door haar niet tijdig opgemerkt werd. Van Duiven raakt daarbij ernstig gewond; haar verzekeraar, Instituut Ziektekostenvoorziening Ambtenaren Overijssel (IZA), vergoedt de schade ad f 65.000,-, en zoekt daarvoor verhaal op Vrerink, die onzorgvuldig gereden zou hebben en schuld draagt aan het ongeval. De laatste voert het verweer dat zij slechts voor 20% aansprakelijk zou zijn, aangezien Van Duiven op een dermate ongelukkige wijze plotseling overgestoken is, dat zij de schade vrijwel geheel aan zichzelf te wijten heeft.

De Rb. Almelo stelt Vrerink in het gelijk, en evenzo het Hof Arnhem. Van Duiven is haar oversteek begonnen op een moment dat Vrerink een aanrijding redelijkerwijze niet meer

34. Zie voor een bespreking van de reflexwerking in verband met de verzekeringsproblematiek en het leerstuk van eigen schuld, T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, *De invloed van verzekeringen op de civiele aansprakelijkheid; privaatrechtelijke aspecten*, preadv. Ver. Burg. Recht 1990, p. 77 v.

35. HR 28 febr. 1992 NJ 1993, 566, nt CJHB; AA 1992, p. 497 v. nt Hijma.

36. Zie voor die problematiek boven, § 1, nr 7, en mijn bijdrage aan het leidse *BW-Krant Jaarboek* 1993, p. 175, *Het beginsel van slachtofferbescherming: zo oud als de weg naar Kralingen*.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

vermijden kon, zodat haar een beroep op overmacht in de zin van art. 185 WVV toekomt. Als er al schuld bij Vrerink aanwezig is, dan is deze toch niet hoger te waarderen van 1:4 in verhouding tot de eigen schuld van Van Duiven.

IZA gaat in cassatie. Het verdere verloop van deze procedure wordt duidelijk uit de hier volgende overwegingen van de hoge raad.

‘(3.6) De ... samengenomen klachten komen erop neer dat het hof had dienen te onderzoeken - en zijn arrest op dit punt nader had dienen te motiveren - of de billijkheid wegens de uiteenlopende ernst van de over en weer gemaakte fouten en de andere omstandigheden van het geval, een andere verdeling van de schade over Vrerink en Van Duiven, onderscheidenlijk IZA, eist dan 1:4. Daarmee bedoelt het middel kennelijk in de eerste plaats aan de orde te stellen de invloed op deze schadeverdeling, die moet worden toegekend aan de leeftijd van Van Duiven die ten tijde van het ongeval 67 jaar was en in de zienswijze van het middel klaarblijkelijk tot de bejaarden moet worden gerekend.

De hierop stoelende klachten falen. Deze klachten beogen kennelijk aansluiting te zoeken bij HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 721 (*Marbeth de Backer*, v.D.), waarin wordt voortgebouwd op HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 720 (*Ingrid Kolkman*, v.D.). In deze rechtspraak is geoordeeld dat bij aanrijdingen tussen een motorrijtuig en een niet door dat motorrijtuig vervoerd kind beneden de leeftijd van veertien jaar, zowel in het kader van de overmachtsvraag als in dat van de vraag of vermindering van de schadevergoeding wegens ‘eigen schuld’ van het kind op haar plaats is, gedragingen van het kind slechts in aanmerking mogen worden genomen, wanneer, mede gezien de leeftijd van het kind, niet anders kan worden geoordeeld dan dat zij opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid ter zake van de aanrijding opleveren. De in r.o. 5.3 van het arrest van 1 juni 1990 gebruikte argumentatie geldt evenwel niet op het terrein van aan het verkeer deelnemende bejaarden. In de eerste plaats zijn de daar gebezigde argumenten voor de groep van bejaarden hoe men deze groep ook omlijnt, voor een belangrijk deel op zichzelf reeds minder sprekend. In de tweede plaats biedt de wet hier, anders dan bij kinderen, geen aanknopingspunt voor een vaste leeftijdsgrens, die aan een bepaalde vaste regel ten grondslag zou kunnen worden gelegd. In de derde plaats laat deze groep zich ook op andere wijze niet goed afgrenzen, nu bejaarde verkeersdeelnemers aanzienlijk minder dan kinderen een eenheid vormen ter zake van de eigenschappen die voor een veilige deelneming aan het verkeer vereist zijn, terwijl zij voorts voor andere verkeersdeelnemers in de regel op enige afstand nauwelijks als zodanig herkenbaar zijn.

(3.7) Het voorgaande neemt evenwel niet weg dat de rechtsontwikkeling die in evenbedoelde arresten tot uitdrukking komt, ook van belang is voor de afwikkeling van de schade die als gevolg van een aanrijding met een motorrijtuig door een volwassen fietser of voetganger wordt geleden. De aanvaarding van de hiervoor vermelde regels ten aanzien van kinderen berust onder meer op de strekking van art. 185 WVV fietsers en voetgangers zo veel mogelijk te beschermen tegen de gevaren van het gemotoriseerde verkeer. Die strekking is eveneens van belang als het gaat om de schade van een volwassen fietser of voetganger, waarbij opmerking verdient dat ook deze verkeersdeelnemers kwetsbaar zijn, dat ook hun schade ingrijpend kan zijn en dat ook daarvoor een verplichting van het gemotoriseerde verkeer tot verzekering bestaat.

Een en ander leidt tot het volgende. Wanneer de eigenaar van het motorrijtuig in beginsel krachtens art. 185 WVV aansprakelijk is, omdat hij niet overmacht aannemelijk heeft gemaakt, doch er wel een fout van de fietser of voetganger is, zonder dat evenwel sprake is van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid, eist de billijkheid bij de verdeling van deze schade over de betrokkenen dat tenminste 50 percent van de schade ten laste van het motorrijtuig wordt gebracht wegens de verwezenlijking van het daaraan verbonden gevaar. Dit brengt mede dat deze eigenaar in ieder geval aansprakelijk is voor de helft van de schade van de fietser of voetganger. Ten aanzien van de andere helft is in beginsel beslissend in hoeverre de - foutieve - gedragingen van de eigenaar en de fietser of voetganger tot de schade hebben bijgedragen.

§5. AANSPRAKELIJKHEID VOOR MOTORRIJTUIGEN

Dit geldt ook, wanneer de aansprakelijkheid van de eigenaar niet op art. 185 WVV wordt gegrond, doch slechts op de algemene regels betreffende onrechtmatige daad.

(3.8) Voor zover de hiervoor in 3.6 omschreven klachten op deze gedachtengang stoelen, zijn zij derhalve in beginsel gegrond. Zij kunnen evenwel niet tot cassatie leiden.

De vordering in de onderhavige zaak is ingesteld door IZA ter zake van hetgeen deze aan Van Duiven uit hoofde van verzekering heeft vergoed. Dat brengt mee dat het hiervoor in 3.7 overwogene in dit geval toepassing mist. De daar omschreven afweging berust immers op de billijkheid in de verhouding van de tegen aansprakelijkheid verzekerde of verzekeringsplichtige deelnemer aan het gemotoriseerde verkeer ten opzichte van de fietser of voetganger die slachtoffer van dat verkeer werd en die anders de schade grotendeels persoonlijk zou moeten dragen. Dat billijkheidsargument verliest evenwel zijn gewicht in geval de schade van het slachtoffer ten laste van een verzekeraar is gekomen, omdat het risico aan de zijde van het slachtoffer, zij het tegen betaling van premie, reeds door middel van een verzekering was gespreid. Dit strookt ook met de gedachte die aan art. 6: 197 ten grondslag ligt en die erop neerkomt dat uitbreidingen van aansprakelijkheidsgronden met het oog op de belangen van de slachtoffers niet zonder meer ook voor de regresrechten van hun verzekeraars behoren te gelden.

Een en ander brengt mee dat niet kan worden gezegd dat het hof door de voormelde schuldverdeling van 1:4 blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting, terwijl dit oordeel, dat in het licht van het voorgaande als van feitelijke aard moet worden opgevat, geen nadere motivering behoeft.

Daarmee is een nieuw hoofdstuk aan de verkeersaansprakelijkheid toegevoegd, dat in de literatuur tot zeer veel commentaar geleid heeft.³⁷ Daarop zal hier niet ingegaan worden; ik volsta met de constatering dat de hoge raad de slachtofferbescherming serieus neemt, dat wil zeggen, in de gevallen dat het slachtoffer geen mogelijkheid heeft zijn schade af te wentelen op een derde of een verzekeraar. Dit is in het verkeersrecht een beperkte groep van gevallen, maar zou wel van belang kunnen zijn voor schade die niet of niet volledig door verzekering gedekt wordt (immateriële schade, bijvoorbeeld; verder valt in de marginale sfeer te denken aan schade aan het gebit bij het vallen, die vaak niet gedekt is). Of de verzekeringswereld gelukkig is met deze uitspraak laat ik in het midden; als men als reactie eenvoudigweg de WAM-premies kan verhogen, wordt het afwentelingswiel een slag verder gedraaid. Daarmee zijn alle weggebruikers solidair geworden met de categorie verkeersslachtoffers waarvan hier sprake is, de zwakke verkeersdeelnemers, oud en jong. Dat is op zich geen slechte zaak, en goed verdedigbaar. Het voorbeeld dat door de franse hoogleraar Tunc gesteld wordt met zijn beroep op *solidariteit* in het verkeersaansprakelijkheidsrecht is daarmee een stapje dichterbij gekomen.³⁸ Maar daarbij moet men de handel en wandel van de assuradeuren wel scherp in de gaten houden; het zal niet de eerste keer zijn dat in deze branche krokodilletranen geplengd

37. Zie daarvoor: Hulst, *Grondslagen van milieu-aansprakelijkheid*, diss. Rotterdam, 1993, p. 504 v. Voor de principiële vraag, of de hoge raad in een uitspraak over een concreet schade-geval tot het aannemen van een algemene regel mag komen, hetgeen doorgaans des wetgevers is - een zgn. *arrêt de règlement* - zie men het redactionele commentaar van Schut, *RmThemis* 1992, p. 153. Schr. wijst die mogelijkheid af in deze zaak, in tegenstelling tot een soortgelijke uitspraak in *Akzo Resins*-arrest van hetzelfde jaar, waar de hoge raad eveneens als wetgever optreedt, en een forfaitaire datum voor aansprakelijkheid wegens milieuvervuiling in het verleden vaststelt (1 jan. 1975), vgl. onder, p. 567 v. Naar mijn mening wordt dit door Schut in dat eerste geval ten onrechte afgewezen, in het laatste geval ten onrechte toegestaan.

38. Vgl. daarvoor boven, § 1, nr 7; Hulst, diss. 1993, pp. 494 v., 512 v.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

worden over de smalle winstmarges voor de verkeersverzekeraars. Verder is het te hopen dat een arrest als *IZA - Vrerink* nieuw voedsel geeft aan de discussie of wij niet naar een ander aansprakelijkheidsstelsel in het verkeer moeten.³⁹ Maar zoals nog besproken zal worden, is dat een bochtige weg met vele kuilen, en kan het nog even duren voordat die verkeerssituatie verbeterd is.

Het stof dat door *IZA - Vrerink* opgeworpen werd was nog nauwelijks opgetrokken toen de hoge raad opnieuw voor een verrassing zorgde: in een arrest van 24 december 1993 (*Anja Kellenaers*) werd bepaald dat de uitleg die vrijwel unaniem aan de 50%-regel gegeven werd, onjuist was.⁴⁰ Men had namelijk in de literatuur aangenomen dat de regel uit *IZA - Vrerink* inhield dat 50% van de schade in ieder geval voor rekening van de automobilist kwam, en de resterende 50% ('de andere helft', zoals de hoge raad dat noemde) verdeeld moest worden naar rato van de bijdragen aan de veroorzaking van de schade door automobilist, respectievelijk voetganger/fietser ('causaliteitsbijdragen').⁴¹ Dat is een onjuiste lezing van het arrest, oordeelde de hoge raad. Hier volgt de uitspraak inzake *Anja Kellenaers*:

3.1. Het gaat in deze zaak om een aanrijding die op 5 juli 1985 heeft plaatsgevonden op de Jacob Poelsweg te America in de gem. Horst tussen een over die weg rijdende, door Sikes bestuurde personenauto en de toen 14 jaar en 8 maanden oude Anja Kellenaers, die op haar fiets van de oprit van het erf van haar ouderlijk huis voormelde weg rechtsaf opreed en daarbij frontaal in botsing kwam met de auto van Sikes. De Jacob Poelsweg is gelegen buiten de bebouwde kom en heeft een breedte van ongeveer 4.1 m. Het uitzicht ter plaatse was slecht, doordat zich aan beide zijden van de oprit coniferen bevonden. Er geldt op de weg een maximumsnelheid van 80 km/u. Vóór de aanrijding reed Sikes met een snelheid van ongeveer 50 km/u. Anja heeft als gevolg van de aanrijding ernstig blijvend letsel opgelopen.

De moeder van Anja heeft in haar hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordigster van haar dochter Sikes tot vergoeding van de door Anja geleden en te lijden schade aangesproken, primair op grond van art. 31 WVV en subsidiair op grond van art. 1401 (oud) BW.

De rechtbank heeft het beroep van Sikes op overmacht aanvaard en heeft op die grond de primaire vordering afgewezen. De subsidiaire vordering heeft zij afgewezen op grond dat niet was komen vast te staan dat Sikes enige (mede)-schuld aan het ongeval had.

Het hof heeft daarentegen het beroep van Sikes op overmacht verworpen. Voorts heeft het hof naar aanleiding van het beroep van Sikes op eigen schuld van Anja geoordeeld dat de gedragingen van Anja niet tot enige vermindering van de schadevergoedingsplicht van Sikes kunnen leiden, 'nu hier niet kan worden gesproken van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid".

(...)

In de overwegingen die volgen gaat de HR in op de klachten van Sikes dat het hof ten onrechte zijn beroep op overmacht en op eigen schuld van Anja Kellenaers verworpen heeft, welke klachten verworpen worden. Dan komen de kernoverwegingen van het arrest:

39. Vgl. A. Nentjes en J. Dijkstra, *NJB* 1993, p. 951, een rechtseconomische visie op de problematiek. Zie ook het interview met Van Wassenae van Catwijck in *VR* 1996, p. 249 (Renckes en Van Leeuwen), kort voor zijn overlijden.

40. HR 24 dec. 1993, *NJ* 1995, 236, nt CJHB, *Sikes - Kellenaers*; AA 1994, 445, nt Hijma.

41. Zie de lit. vermeld door Brunner in zijn noot, en eerder Hartlief, *NJB* 1994, p. 353.

§5. AANSPRAKELIJKHEID VOOR MOTORRIJTUIGEN

3.4.3. Subonderdeel I van onderdeel II is daarentegen terecht voorgesteld.

Uit de formulering van de overweging waarin het hof nagaat of in het onderwerpelijke geval plaats is voor enige vermindering van de schadevergoedingsplicht van Sikes in verband met de door deze ingeroepen eigen schuld van Anja aan het ongeval, blijkt dat het hof heeft gemeend dat in de omstandigheden van dit geval aanleiding bestond dienaangaande de regel toe te passen, welke in de rechtspraak van de Hoge Raad is aanvaard voor aanrijdingen tussen een motorrijtuig en een niet door dat motorrijtuig vervoerd kind dat de leeftijd van veertien jaar nog niet heeft bereikt (HR 1 juni 1990, NJ 1991, 720 en HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721). Uit de motivering voor en de formulering van deze regel blijkt evenwel dat het daarbij gaat om een vaste regel (vgl. ook HR 28 febr. 1992, NJ 1993, 566). Met dit karakter strookt niet deze regel, zoals het hof heeft gedaan, ook toe te passen in het geval dat het betrokken kind de leeftijd van veertien jaar heeft bereikt, maar zich qua ontwikkeling niet wezenlijk onderscheidt van een kind beneden de leeftijd van veertien jaar.

3.4.4. Het voorgaande betekent echter niet dat aan 's hofs vaststelling dat Anja zich destijds qua ontwikkeling niet wezenlijk onderscheidde van klasgenootjes die de leeftijd van veertien jaren nog niet hadden bereikt, in dit geding geen betekenis zou toekomen. Na verwijzing zal immers opnieuw moeten worden beoordeeld of en in hoeverre in dit geval plaats is voor vermindering van de vergoedingsplicht van Sikes in verband met de door hem ingeroepen eigen schuld van Anja aan het ongeval. Volgens HR 28 febr. 1992, NJ 1993, 566, zal daarbij op grond van de in art. 6:101 lid 1 BW bedoelde billijkheid ten minste 50% van de schade ten laste van Sikes moeten worden gebracht. Ingevolge dat arrest - zoals dit moet worden verstaan - zal vervolgens nog moeten worden nagegaan of wellicht naar de maatstaven van die bepaling meer dan 50% van de schade ten laste van Sikes moet worden gebracht, hetzij omdat zijn gedragingen in verhouding tot die van Anja voor meer dan 50% tot de schade hebben bijgedragen - wat in de vaststaande omstandigheden weinig voor de hand ligt -, hetzij omdat de in art. 6:101 lid 1 bedoelde billijkheid, in het licht van alle omstandigheden van het geval, een zodanige verdeling eist dan wel eist dat de schade geheel ten laste van Sikes komt. Bij deze billijkheidsafweging dient ook te worden gelet op de voormelde door het hof vastgestelde omstandigheid betreffende de ontwikkeling van Anja.

De regel van *IZA - Vrerink* moet volgens de raad aldus toegepast worden dat de automobilist *ten minste* 50% van de schade toegerekend krijgt, welk percentage kan toenemen op grond van de twee genoemde criteria: de automobilist heeft meer dan 50% van de schade veroorzaakt, of de billijkheid gebiedt toerekening van een groter aandeel aan de automobilist (of zelfs de gehele schade). Hier is dus de verdeling van de *gehele* schade tussen betrokken partijen in het geding, in één totale toerekening, en niet trapsgewijs: eerst ongezien 50%, en dan nog een stuk van de resterende 50%, afhankelijk van het aandeel van de automobilist in de veroorzaking van de schade. Het kan aanzienlijk schelen welke berekening men volgt, zoals Hartlief aangetoond heeft; de hoge raad heeft echter, wederom als pseudo-wetgever, aangegeven welke berekening hier gevolgd moet worden. Daarmee wordt intussen minder sterk afgeweken van de gangbare wijze van schade-toerekening in het (verkeers-)aansprakelijkheidsrecht. Was de hoge raad toch gevoelig gebleken voor het verwijt dat hij tezeer op de stoel van de wetgever was gaan zitten? De apodictische wijze van motiveren van de uitspraak door de raad (het arrest van 1992 'zoals dit moet worden verstaan'), die vrij korszelijke reacties van gekapittelde auteurs uitgelokt heeft, zou een aanwijzing in die richting kunnen zijn.

Hiermee zijn nog lang niet alle problemen rond dit onderwerp opgelost.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Op 2 juni 1995 deed de hoge raad een serie (vrijwel) uniforme uitspraken over de problematiek van verkeersschade in geval van aanrijding van jonge kinderen door automobilisten, waarbij de *regresvordering van de verzekeraar* in het geding was. Eén van de procespartijen was dezelfde IZA, die in 1992 de hoge raad tot een landverschuiving bracht met de 50%-regel ten aanzien van bejaarde voetgangers/fietsers. De arresten *Klaverblad - IZA (Marloes de Vos)*, *Zwolsche Algemeene - Ziekenfonds Midden Ned. en Van Keulen - Trias*.⁴² De hoge raad had in de voorafgaande jaren de regel aanvaard dat, afgezien van opzet of roekeloosheid, de gevolgen van een aanrijding niet ten laste behoren te komen van kinderen onder 14 jaar, zelfs indien zij in belangrijke mate hebben bijgedragen aan het ontstaan van de aanrijding. Daarbij had de raad in het midden gelaten of dit ook voor regresvorderingen van een verzekeraar geldt. Het hof had die vraag bevestigend beantwoord en in het cassatiemiddel wordt dit bestreden met een beroep op *IZA - Vrerink*. De hoge raad acht het middel gegrond, en overweegt daarbij dat de 100%-regel (kinderen) en de 50%-regel (bejaarden) beide op billijkheidsgronden berusten, als resultante van eenzelfde rechtsontwikkeling. Over de afweging op grond van artikel 6:101 lid 2 BW wordt opgemerkt dat dit een ‘causaliteitsafweging’ inhoudt, waarbij het niet op verwijtbaarheid van de gedragingen aankomt (bij kinderen kan het gedrag immers hoogst gevaarlijk zijn, maar niet verwijtbaar vanwege leeftijd en inzicht). De verwijtbaarheid kan wel aan de orde komen in het kader van de billijkheidscorrectie van het 1e lid van het artikel. De overwegingen van de cassatierechter zijn gelijklopend in de arresten, zij het slechts ten dele in het laatste arrest (waarin ook motiveringseisen aan de orde zijn).

In het eerder besproken arrest *Ziekenhuis De Heel - Korver* (1995) was eveneens een regresvordering aan de orde van het ABP, ter verhaal van invaliditeitspensioen, en van de staat wegens doorbetaald loon. Eiseres tot cassatie had betoogd dat in geval van een regresvordering de aard van de schade geen ruime toerekening van aansprakelijkheid wegens schending van veiligheidsnormen met zich brengt. Dit wordt verworpen door de hoge raad met de overweging: ‘reeds omdat veiligheidsnormen als waarvan hier sprake is, naar hun aard strekken ter voorkoming van ongevallen en daaruit voortvloeiend letsel, en geen goede grond bestaat daarbij een verschillende maatstaf voor causaliteit te hanteren al naar gelang het gaat om een vordering van het slachtoffer zelf dan wel een regresvordering’ (ov. 2.4.1, in fine). Qua soberheid kan deze motivering elke blaas test doorstaan, zou ik zeggen. Onze nieuwsgierigheid wordt in ieder geval wel geprikkeld waarom dit zo is: er zijn best wel vragen te stellen over het toestaan van een dergelijk verhaal van pensioenfondsen en de staat ten laste van de gezondheidszorg.

De vraag naar de reflex-werking van de 50%-regel werd de hoge raad enige tijd later voorgelegd, hetgeen leidde tot een arrest van mei 2001, *fietspad Deventer*, met overwegingen die direkt de compendia en andere studiewerken in kunnen gaan als syllabus van de jurisprudentie op dit gebied.⁴³ De nederlandse rechter heeft de lastige gewoonte om bij het citeren van rechtspraak niet de naam van

42. *NJ* 1997, 700, *NJ* 1997, 701, *NJ* 1997, 702; *AA* 1996, 35, nt Hijma; *NTBR* 1996, p. 31, nt Hartlief/Tjittes. Zie ook Hartlief, *NJB* 1996, p. 1047.

43. *HR* 4 mei 2001, *NJ* 2002, 214, Chan-a-Hung – Maalsté (fietspad Deventer).

§5. AANSPRAKELIJKHEID VOOR MOTORRIJTUIGEN

het arrest of de partijen te noemen, anders dan zijn duitse of engelse collega gewoon is te doen, zodat de lezer steeds die verwijzingen moet opzoeken om de draad van het rechterlijk verhaal te kunnen volgen, op het ijzere repertoire na dat hij bij *NJ*-nummer of datum kent. Dit nadeel heeft zijn voordeel voor de student-lezer die aan het repeteren van de stof (en zijn kennis) toe is: indien men de namen bij de meeste van de door de hoge raad aangehaalde arresten kan noemen, zit het met die kennis wel goed.

Het gaat hier om een aanrijding tussen een bromfietser, Anthony Maalsté (16), en een fietser, Angelita Chan (33); beiden hadden boter op hun hoofd als verkeersdeelnemer. Op een donkere decembernacht in 1993 even buiten Deventer reed Chan tegen de richting in op een fietspad, zonder licht in regen, hagel en sterke wind; het fietspad, naast de rijbaan gelegen, was 2 m breed en verlicht. Maalsté had onvoldoende rechts gehouden en rekening kunnen houden met tegemoet komend fietsverkeer ter plaatse. Bij de botsing blijft Chan ongedeerd, Maalsté raakt echter gewond aan zijn knie en zal blijvend arbeidsongeschikt zijn voor 14%; hij was echter niet, althans niet volledig, verzekerd, en Chan wel. Rechtbank en hof verdelen de aansprakelijkheid op grond van de wederzijdse 'causale bijdragen' aldus: 90% voor Chan, 10% voor Maalsté.

In cassatie gaat het zoals gezegd om de vraag naar reflex-werking van de 50%-regel. Ik laat hier de edukatieve overwegingen van de hoge raad volgen:

3.6. Bij de beoordeling van deze vraag moet het volgende worden vooropgesteld. (1) Bij een aanrijding tussen een motorrijtuig waarmee op een weg wordt gereden - één en ander in de zin van art. 31 lid 1 (oud) *WVW* - en een fietser waarbij schade wordt toegebracht aan het motorrijtuig, is art. 31 lid 1 (oud) in verbinding met art. 31 lid 6 (oud) (thans: art. 185 lid 1 *WVW* 1994 in verbinding met art. 6:101 lid 1 *BW*) in die zin van overeenkomstige toepassing dat, behoudens overmacht in de zin van art. 31 lid 1 (oud), de aan het motorrijtuig toegebrachte schade - hoewel de fietser schuld heeft aan de aanrijding - in beginsel voor een gedeelte voor rekening blijft van de eigenaar van het motorrijtuig. Het antwoord op de vraag voor wèlk gedeelte, hangt in het bijzonder af van de mate waarin de fout van de fietser enerzijds en de in het licht van art. 31 aan het motorrijtuig toe te rekenen omstandigheden anderzijds tot de schade hebben bijgedragen. Deze reflexwerking heeft de Hoge Raad erop gegrond dat de aansprakelijkheid van art. 31 lid 1 (oud) voor schade door - kort gezegd - botsing, aan- of overrijding met een motorrijtuig waarmee op een weg wordt gereden, toegebracht aan niet door dat motorrijtuig vervoerde personen of goederen, tot strekking heeft aan deze personen, onderscheidenlijk de personen aan wie deze goederen toebehoren een bijzondere bescherming te geven tegen de gevolgen van het zich verwezenlijken van de gevaren die het rijden met een motorrijtuig op een weg meebrengt. Met deze strekking strookt niet dat niet met het motorrijtuig vervoerde personen onverkort naar de regels van het gemene recht zouden kunnen worden aangesproken voor schade die aan het motorrijtuig zelf door een botsing, aan- of overrijding als bovenbedoeld is toegebracht, met als gevolg dat zij in dit geval bescherming tegen de gevolgen van het zich verwezenlijken van dezelfde gevaren als boven weergegeven zouden ontberen (HR 6 februari 1987, *NJ* 1988, 57).

(2) Het beroep van de eigenaar van een motorrijtuig op overmacht in de zin van art. 31 lid 1 (oud) *WVW*/art. 185 lid 1 *WVW* 1994 gaat slechts op als hij aannemelijk maakt dat aan de bestuurder van het motorrijtuig ter zake van de wijze waarop hij aan het verkeer heeft deelgenomen, voor zover van belang voor de veroorzaking van het ongeval, rechtens geen enkel verwijt kan worden gemaakt. Daarbij zijn eventuele fouten van andere weggebruikers - daaronder begrepen het slachtoffer zelf - alleen van belang, indien zij voor de bestuurder van het motorrijtuig zo onwaarschijnlijk waren dat deze bij het bepalen van zijn verkeersgedrag met die mogelijkheid naar redelijkheid geen rekening behoefde te houden (HR 22 mei 1992, nr. 14665, *NJ* 1992, 527). Ten aanzien van kinderen jonger dan 14 jaar is slechts sprake van overmacht wanneer de

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

gedragingen van het kind opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid ter zake van de aanrijding opleveren (HR 1 juni 1990, nr. 13898, NJ 1991, 720 en HR 31 mei 1991, nr. 14163, NJ 1991, 721, nt CJHB).

(3) Ten aanzien van kinderen jonger dan 14 jaar geldt ingevolge voormelde arresten van 1 juni 1990 en 31 mei 1991 de zogenoemde 100%-regel. Deze regel houdt in dat de eigenaar van een motorrijtuig volledig aansprakelijk is ook al is het ongeval in overwegende mate door het kind veroorzaakt, tenzij sprake was van opzet of daaraan grenzende roekeloosheid van het kind.

(4) De 50%-regel geldt voor voetgangers en fietsers vanaf de leeftijd van 14 jaar en houdt in dat indien overmacht van de bestuurder van het motorrijtuig niet aannemelijk is gemaakt, doch er wel een fout is van de fietser of voetganger, zonder dat evenwel sprake is van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid, in ieder geval 50% van de schade van de fietser of voetganger ten laste van de eigenaar van het motorrijtuig wordt gebracht, en dat deze meer dan 50% van de schade moet vergoeden indien ofwel de gedragingen van de bestuurder in verhouding tot die van het slachtoffer voor meer dan 50% aan de schade hebben bijgedragen, ofwel de in art. 6:101 lid 1 BW bedoelde billijkheid een zodanige verdeling eist, dan wel eist dat de schade geheel ten laste van de eigenaar komt (HR 28 februari 1992, nr. 14628, NJ 1993, 566 en HR 24 december 1993, nr. 15132, NJ 1995, 236).

(5) Ingevolge het onder (4) vermelde arrest van 28 februari 1992 geldt het onder (4) overwogene ook wanneer de aansprakelijkheid van de bestuurder niet op art. 31 (oud) WVV/art. 185 WVV 1994 wordt gegrond, doch slechts op de algemene regels van de onrechtmatige daad.

(6) De 100%-regel en de 50%-regel gelden niet voor regresvorderingen van verzekeraars die de schade aan de slachtoffers hebben vergoed. De vraag in hoeverre de vergoedingsplicht van de eigenaar moet worden verminderd indien geen sprake is van overmacht van de bestuurder, moet worden beantwoord aan de hand van art. 6:101 lid 1 (HR 2 juni 1995, nrs. 15665, 15682 en 15729, NJ 1997, 700-702).

(7) In zijn arresten van 5 december 1997, nrs. 16432, 16438 en 16518, NJ 1998, 400-402 heeft de Hoge Raad in de rov. 3.6 en 3.7 een nadere uitwerking gegeven aan zijn onder (3) - (6) vermelde arresten.

(8) Ook in het kader van het inmiddels op 16 juni 1999 weer ingetrokken voorstel van wet tot vaststelling en invoering van afdeling 8.14.1 (verkeersongevallen) van het Burgerlijk Wetboek (kamerstukken 25759) is aandacht besteed aan de reflexwerking van art. 31 (oud) WVV/art. 185 WVV 1994. In dat wetsvoorstel is uiteindelijk ervan afgezien op het punt van de reflexwerking van de 100%-regel en van de 50%-regel regels te stellen. Voor de passage in de memorie van toelichting waarin deze keuze wordt toegelicht en hetgeen daaraan is voorafgegaan verwijst de Hoge Raad naar punt 13 van de conclusie van de Advocaat-Generaal De Vries Lentsch-Kostense.

3.7.1. In het in 3.6 onder (1) vermelde arrest is reflexwerking aangenomen in het geval van schade die door schuld van een fietser bij een aanrijding is toegebracht aan een motorrijtuig. Geoordeeld moet worden dat de redengeving in evenvermeld arrest voor het aannemen van die reflexwerking evenzeer geldt voor letselschade van de bestuurder van het motorrijtuig, zodat ook te dier zake reflexwerking moet worden aangenomen. Daarbij verdient aantekening dat aan het begrip overmacht een nadere invulling is gegeven in het in 3.6 onder (2) vermelde arrest van 22 mei 1992.

Zoals hierna in 3.7.2 en 3.7.3 nader zal worden uitgewerkt, is noch in het geval van schade aan het motorrijtuig noch in het geval van letselschade aan de zijde van de bestuurder van het motorrijtuig plaats voor overeenkomstige toepassing van de 100%-regel en van de 50%-regel en kunnen in het kader van de billijkheidscorrectie van art. 6:101 lid 1 BW de gevolgen van de reflexwerking worden verzacht.

3.7.2. De 100%- en de 50%-regel zijn door de Hoge Raad, zoals in de in 3.6 onder (7) vermelde arresten tot uitdrukking is gebracht, ontwikkeld in het kader van de billijkheidscorrectie van art. 6:101 lid 1 BW, een maatstaf waarbij rekening moet worden gehouden met de persoonlijke en maatschappelijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken, zoals in die arresten nader omschreven.

§5. AANSPRAKELIJKHEID VOOR MOTORRIJTUIGEN

In die gevallen gaat het om bescherming van kwetsbare groepen van verkeersdeelnemers (voetgangers en fietsers). Met name de afweging van de persoonlijke en maatschappelijke belangen die zijn betrokken bij het geval dat aan de bestuurder letselschade is toegebracht, zal veelal tot een geheel andere uitkomst kunnen leiden dan waartoe de 100%- en de 50%-regelen. Overeenkomstige toepassing van deze regels in zodanige gevallen lijkt niet op een breed maatschappelijk draagvlak te kunnen rekenen, zeker als het gaat om letselschade van de bestuurder van het motorrijtuig waartegen deze niet is verzekerd, terwijl de aansprakelijkheidsverzekering van de voetganger/fietsers die schade wel dekt. Derhalve zal steeds van geval tot geval eerst de door art. 6:101 lid 1 geëiste causaliteitsafweging moeten worden gemaakt, waarna de in dat artikel opgenomen billijkheidscorrectie aan de orde kan komen.

Bij de beantwoording van de vraag of de billijkheid - gelet op de persoonlijke en maatschappelijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken - een andere verdeling eist, moet rekening worden gehouden met de ernst en de mate van verwijtbaarheid van de over en weer gemaakte fouten en met alle andere omstandigheden van het geval, waaronder het al dan niet verzekerd zijn, van de eigenaar/bestuurder en de aansprakelijk gestelde fietser/voetganger.

3.7.3. Reeds uit een oogpunt van zo eenvoudig mogelijke hantering van het systeem moet worden geoordeeld dat voor overeenkomstige toepassing van de 100%- en de 50%-regel ook geen plaats is bij zaakschade. Daarbij verdient wel aantekening dat in het kader van de billijkheidscorrectie kan meewegen dat het bij zaakschade gaat om een soort van schade waarbij aan het persoonlijk belang van de eigenaar een geheel ander gewicht kan worden toegekend dan bij letselschade en tevens dat de eigenaar die zich niet tegen casco'schade heeft verzekerd veelal bewust voor niet-verzekeren daarvan zal hebben gekozen.

3.7.4. Tenslotte zij eraan herinnerd dat zowel de causaliteitsafweging als de eventuele toepassing van de billijkheidscorrectie aan de hand van de omstandigheden van het geval met feitelijke waarderungen is verweven en in belangrijke mate berust op intuïtieve inzichten, zodat voor de desbetreffende oordelen slechts beperkte motiveringseisen kunnen worden gesteld (HR 5 december 1997, nr. 16432, NJ 1998, 400).

Dan volgt de beoordeling van het geschil in kwestie, waarbij het arrest a quo in stand blijft, echter op andere gronden:

3.8. Onderdeel 1 klaagt dat het Hof in de rov. 4.6 en 4.7 ten onrechte art. 31 (oud) WvW niet van overeenkomstige toepassing heeft geacht op de vordering van Maalsté ter zake van letselschade tegen Chan en dat het Hof derhalve in rechtsoverweging 4.8 ten onrechte heeft geoordeeld dat niet behoeft te worden beoordeeld of Maalsté een beroep kan doen op overmacht. De klacht is in zoverre gegrond dat, zoals volgt uit het hiérvóór in 3.7.1 overwogene, ook in het onderhavige geval art. 31 lid 1 (oud) in verbinding met art. 6:101 lid 1 BW van overeenkomstige toepassing is op de wijze als omschreven in het in 3.6 onder (1) vermelde arrest. Niettemin kan het onderdeel bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. Uit 's Hof's rov. 4.12 en 4.13 blijkt dat het Hof met zijn verwerping van het verweer van Maalsté dat hij niet op de verkeersfout van de fietser Chan bedacht had behoeven te zijn, omdat Maalsté rekening had dienen te houden met de mogelijkheid dat andere verkeersdeelnemers hem over dat fietspad zouden naderen, ook al was dat niet toegestaan, het verkeersgedrag van Maalsté heeft getoetst aan de strenge zorgvuldigheidsnorm die is ontwikkeld in het kader van het overmachtsbegrip van art. 31 (oud) WvW (zie hiérvóór in 3.6 onder (2)). Vervolgens is het Hof in rechtsoverweging 4.13 tot de slotsom gekomen dat het niet voldoen door Maalsté aan deze strenge zorgvuldigheidsnorm enerzijds en het verkeersgedrag van Chan anderzijds ertoe leidt dat de causale bijdrage over en weer moet worden gesteld op 90% aan de zijde van Chan en 10% aan de zijde van Maalsté. Zou het Hof art. 31 (oud) lid 1 in verbinding met art. 6:101 lid 1 wel van overeenkomstige toepassing hebben geacht, dan zou het Hof, gelet op het vorenoverwogene, derhalve tot hetzelfde resultaat zijn gekomen. Voor zover het onderdeel nog wil betogen dat uit het in 3.6 onder (1) vermelde arrest volgt dat altijd een deel van de schade

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

voor rekening van de bromfietser moet blijven, faalt dat betoog, nu in dat arrest voor het geval overmacht niet aannemelijk is, is geoordeeld dat de schade in beginsel voor een gedeelte voor rekening van de eigenaar blijft, en op grond van de billijkheidscorrectie van art. 6:101 lid 1 tot het oordeel gekomen kan worden dat de gehele schade van de bromfietser moet worden vergoed.

In zijn noot merkt Hijma terecht op dat aangenomen mag worden dat, hoewel in dit arrest enkel de 50%-regel aan de orde is, de uitspraak ook geldt voor de 100%-regel. Wel is het loslaten van het vereiste van 'enig verwijt' van de bestuurder bij aansprakelijkheid uit art. 162 voor Hijma nog een brug te ver. Men ziet weer hoe taai het schuldvereiste kan zijn.

Bovenstaande arresten van de afgelopen jaren hebben andermaal een afkalving van het schuldbeginnsel te zien gegeven. Daarmee kan onderhand de vraag gesteld worden, of er eigenlijk nog wel ruimte is bij de verkeersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad voor het schuldbeginnsel, in de zin van een verwijtbaar onzorgvuldig handelen. Naar mijn mening kan die vraag ontkennend beantwoord worden, en kan ook dit hoofdstuk van de schuldleer afgesloten worden. Misschien wel even slikken voor de fanclub Culpa Neerlandica, maar het went wel. Als men de zaken eens op een rijtje zet, valt in te zien dat dit een onontkoombare ontwikkeling is. Het is natuurlijk prachtig dat in de jaren twintig enkele Kamerleden zich over hulpeloze voetgangers en fietsers ontfermd hebben, en voor hen risico-aansprakelijkheid gecreëerd hebben in de wet. Maar het is toch niet uit te leggen dat die bescherming niet geboden wordt indien even kwetsbare personen in een auto plaats genomen hebben? Het wordt hoog tijd dat door dit deel van het recht eens de bezem gehaald wordt. Jammer voor de losbladige bundels van Kluwer e.a., maar er komen vast wel weer nieuwe onderscheidingen, leidend tot nieuwe rechtspraak. Hier wreekt zich dat de wetgever nooit echt over dit soort zaken nagedacht heeft, en het nieuwe BW heeft daarin, zoals wij al zagen, weinig verandering gebracht.

Daarmee komen wij op de vraag, of de tijd niet rijp is om het roer helemaal om te gooien, en de verkeersaansprakelijkheid ingrijpend te herzien of zelfs geheel af te schaffen. Wildemanstaal? Dat staat nog te bezien.

8. *De hervormingsplannen voor verkeersaansprakelijkheid*

De onvrede met het stelsel van de aansprakelijkheid in het verkeer is niet van vandaag of gisteren. De hemelbestormende plannen evenmin. Op de al eerder vermelde vergadering van de *NJV* in 1913 bepleite de rotterdamse advocaat Fruin een stelsel waarbij schuld niet meer het uitgangspunt zou vormen. Vaak hadden verkeersslachtoffers zelf schuld aan het ongeluk, terwijl slechts lichte onoplettendheden en vergeeflijke fouten in het spel waren. Een fonds zou hen bescherming kunnen bieden.⁴⁴ Maar pas in de jaren zestig wordt er in ons land serieus over andere schadevergoedingssystemen nagedacht. De grote man op dit gebied is de leidse hoogleraar Bloembergen (later tot de hoge raad toegetreden), zoals dat in Frankrijk Tunc is, de vader van het zogenaamde plan-Tunc. Beide auteurs stuitten met hun denkbeelden, die afschaffing van de normale civiele

44. *Hand. NJV* 1913, II, p. 21 v.

§5. AANSPRAKELIJKHEID VOOR MOTORRIJTUIGEN

aansprakelijkheid voor letselschade inhielden, op grote weerstand, niet in het minst van de verzekeringswereld.⁴⁵ Tunc heeft tenslotte, in 1981, een wetsontwerp gemaakt (in afgezwakte vorm), dat in 1985 tot een wet geleid heeft. Bloembergen heeft zijn voorstellen voortdurend afgezwakt, maar geen doorbraak teweeg gebracht. De wetgever was niet echt in beweging te krijgen en de verzekeraars bleven dwars liggen. In het buitenland kwamen intussen steeds meer systemen tot stand met een ander aansprakelijkheidssysteem, zoals in sommige staten van de VS (Michigan) en provincies van Canada (Saskatchewan). Nieuw-Zeeland spant echter de kroon: in 1974 werd een systeem ingevoerd waarbij de civiele aansprakelijkheid voor ongevallen - waar ook gebeurd: op de weg, op het werk, in het ziekenhuis - afgeschaft werd. In plaats daarvan kwam een stelsel van sociale verzekering, waarop de slachtoffers een beroep kunnen doen.

De reden om een vernieuwing op dit terrein te bepleiten, is dat het bestaande systeem zeer slecht funktioneert, zowel van uit het oogpunt van slachtofferbescherming als van het efficiënt toepassen van middelen. Bloembergens uitgangspunt was empirisch onderzoek naar de afhandeling van schadeclaims in het verkeer ('Duizend botsingen', heette een onderzoeksrapport). Die uitkomsten zijn nogal onthutsend: slechts 15% van de ernstig gewonde kostwinners ontvangt enigerlei WA-vergoeding voor letselschade, waarbij de schade vaak niet volledig gedekt is. Het systeem werkt het slechtst bij blijvend gehandicapten en weduwen en wezen. Het aandeel van het aansprakelijkheidssysteem in de totale vergoedingsstroom naar de slachtoffers (sociale verzekering e.d.) wordt geschat op ongeveer 10%. De kosten van het bestaande systeem zijn hoog; zij worden door Bloembergen c.s. geschat op 100% van de netto ontvangen bedragen. De kosten van ongevallenverzekeringen zijn lager, terwijl de uitvoeringskosten van sociale verzekeringen op 10% geschat worden. Aldus de stand van zaken in ons land aan het begin van de jaren zeventig.⁴⁶

Er zijn globaal vier systemen op het gebied van verkeersaansprakelijkheid voor letselschade:

- schuldaansprakelijkheid met verplichte verzekering (WAM) – 'third-party insurance';
- risico-aansprakelijkheid;
- afschaffing van aansprakelijkheid in combinatie met verkeersschadeverzekering, met 'first-party insurance';

45. A.R. Bloembergen, *Naar een nieuw ongevallenrecht*, oratie Leiden 1965. Vgl. ook diens preadv. *NJV* 1967, en een aantal artikelen. Voor een literatuuroverzicht (geen bespreking), zie *Onrechtmatige daad V*, nr 207. Het plan-Tunc inspireerde in 1966 ook Rutten en Van Marwijk Kooy tot afschaffing van aansprakelijkheid en vervanging door een algemene ongevallenverzekering. Zie voor het franse recht: Viney, 1995, nr 55 v.

In Duitsland is overigens Von Hippel een bekend voorstander van verkeersverzekering. Zie ook Kötz, nr 374 v., met verdere lit. (en cijfers).

46. Bloembergen, *Naar een nieuw verkeersongevallenrecht*, *NJB* 1973, p. 961 v.; 998 v., op p. 963 v. Voor soortgelijke cijfers over 1974 (3/4 slachtoffers geen uitkering van WAM-verzekeraar), zie Van Wassenaer van Catwijck, *Verkeersverzekering*, oratie VU Amsterdam, Deel 3 Serie Priv. *Begrippen*, 1977, p. 7. Na het vertrek van Bloembergen naar de HR heeft Van Wassenaer op dit gebied de fakkel overgenomen. Zie ook zijn afscheidsrede: *Naar een Europees verkeersschaderecht*, 1993.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

- afschaffing van aansprakelijkheid in combinatie met sociale verzekering.

Bloembergen had aanvankelijk, in zijn oratie van 1965, stelsel nr. 4 verdedigd, maar is daarop teruggekomen en sprak zich in 1968 en 1973 voor stelsel nr. 3 uit, gedacht als aanvulling op de sociale en volksverzekeringen. In dit systeem heeft het slachtoffer een rechtstreekse aanspraak op de (eigen) verzekeraar ('first-party'). In het bestaande stelsel, nr. 2 of 1, heeft hij een aanspraak op de verzekeraar van de dader ('third-party'). Een voorbeeld van een gangbare first-party verzekering is overigens de brandverzekering. Op dat terrein is het in ons land tussen verzekeraars gangbaar om geen regres uit te oefenen ('knock for knock'), hetgeen bij verkeersschade ook bepleit wordt, vanwege de hoge kosten die aan regres verbonden zijn.⁴⁷

In het stelsel van het geldende nederlandse recht, een combinatie van de nrs. 1 en 2, heeft men met het oog op de slachtofferbescherming de verplichte verzekering ingevoerd, de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (WAM), die in 1965 in werking is getreden (de bekende 'groene kaart'). In geval schadevergoeding uitblijft ondanks deze verplichte verzekering (bijvoorbeeld omdat de aansprakelijke persoon spoorloos is, vrijstelling aan gemoedsbezwaarden verleend is, de verzekeringsplicht niet nagekomen, de auto gestolen of de verzekeraar failliet is), dan kan het slachtoffer terugvallen op het Waarborgfonds Motorverkeer. De benadeelde heeft dan een *eigen recht* tegenover de verzekeraar, de zogenaamde 'action directe' (art. 6 WAM).

In sommige landen kent men een schuldaansprakelijkheid, waarbij echter de mate van schuld 'forfaitair' vastgesteld wordt, aan de hand van aan de statistiek ontleende modellen; aldus in België en Frankrijk het zogenaamde 'barema'-systeem.⁴⁸

Op het gebied van zaaksschade bepleitten Bloembergen c.s. eveneens het vervallen van aansprakelijkheid (behalve bij opzet en verwante gevallen) en achten een verzekeringsplicht niet nodig. Regres zou eveneens afgeschaft kunnen worden.⁴⁹

In 1978 en 1980 verschenen rapporten over deze materie van een ministeriële Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid, over respectievelijk letselschade en blikshade. Deze behoudende rapporten kregen van een teleurgestelde Bloembergen vlammeende kritiek.⁵⁰ Sindsdien is het stil: enkele jaren geleden zegde de minister een nota toe over deze problematiek in samenhang met de afschaffing en beperking van de regresrechten van de sociale verzekeraars, een probleem waar de studiegroep overheen gewandeld was. De verschijning daarvan werd opgehouden door de problematiek van de regres-

47. Bloembergen, t.a.p., sub 10. De incassokosten bij regres zijn zeer hoog, en worden geschat op 15 à 20% van de verhaalde bedragen. De praktijk is ook voor afschaffing van regres, zie mijn noot onder *Ebele Dillema*, AA 1979, p. 217 (sub 10). Vgl. ook Atiyah, p. 122 v.

48. Zie voor die figuur, Bloembergen, *NJB* 1978, p. 925 v., sub 4 en 14. In België werd in die tijd 50% van de schadegevallen op die wijze afgewikkeld. De naam is overigens afkomstig van het franse woord 'barème', schaal.

49. Wat de omvang van zaaksschade betreft, een engels rapport schatte dit op 6 à 7 keer het aantal gevallen van letselschade, vgl. Atiyah, t.a.p.

50. Bloembergen, Het rapport over het verkeersongevallenrecht, *NJB* 1978, p. 693 v.; Blikshade, *NJB* 1980, p. 925 v.

§5. AANSPRAKELIJKHEID VOOR MOTORRIJTUIGEN

rechten - ook anderszins een berucht onderwerp. In april 1990 werd deze nota gepubliceerd; ze bevat een regeling gebaseerd op risico-aansprakelijkheid.⁵¹

Aldus de grote lijnen van een boeiend, maar omvangrijk onderwerp. Wachter signaleerde in 1975 al, dat hij over deze problematiek 12 000 pagina's literatuur verzameld had.⁵² De stroom is sindsdien niet opgedroogd.

Gevraagd: social engineers.

Het eerste rapport van de Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid (1978), bevat twee voorstellen, in de vorm van wetsontwerpen, nl. *a.* een stelsel van risico-aansprakelijkheid; *b.* een stelsel van verkeersverzekering. Verhaalsrechten (van partikuliere en sociale verzekeraars) moeten afgeschaft worden. Bloembergen heeft hier waardering voor, maar mist toch erg veel in het rapport; er is geen keuze gemaakt, en de afgrenzing met de sociale en partikuliere verzekeringen is een materie die men heeft laten rusten. Zijn kritiek is ook gericht op de samenstelling van de commissie, deskundigen uit de wereld van de sociale verzekeringen ontbraken, terwijl de assuradeuren sterk vertegenwoordigd waren.

Het tweede rapport (1980) vindt een nog kritischer onthaal bij Bloembergen. De studiegroep wil voor casco'schade ('blik'schade') de schuldaansprakelijkheid handhaven, gecombineerd met het baremasysteem. Een minderheidsrapport (Neleman) volgt Bloembergen in de gedachte van afschaffing van aansprakelijkheid. In zijn kritiek houdt Bloembergen buitenlandse systemen van verkeersaansprakelijkheid voor, zoals die van Michigan en Quebec. In die eerste staat is de aansprakelijkheid voor blik'schade afgeschaft, in 1973. In Quebec heeft men sinds 1978 een gecompliceerd systeem dat lijkt op het voorstel-Tunc uit 1981, hetgeen Bloembergen 'schuldverkeersverzekering' doopt (zie *NJB* 1980, p. 930). Hij ziet dat als 'second-best' oplossing, zijn voorkeur blijft naar afschaffing uitgaan.

Het buitenland is nog steeds een bron van inspiratie. Een korte schets daarvan, ontleend aan *Schaderegeling Motorrijtuigen* (Salomons). nr. 2.4, Zweigert/Kötz II, p. 435 v., Bijlage Nota *Verkeersaansprakelijkheid*, 1990, en Hartlief en Tjittes, *preadv. Ver.v.Burg.Recht* 1990, p. 98 v., waar verdere lit.

In 1946 voerde de canadese staat Saskatchewan een stelsel in, bestaande uit risico-aansprakelijkheid ten aanzien van verkeersslachtoffers, gekoppeld aan een staatsverzekeringsfonds. Dit voorbeeld werd door 12 andere provincies en 'territories' gevolgd; in de VS was dit het geval met 26 staten. De systemen variëren overigens onderling sterk. Het is veelal een soort bodemvoorziening, waarboven de gewone schuldaansprakelijkheid gehandhaafd is. De stelsels van New York en Michigan zijn nog het meest een no-fault systeem. Wat de rest van de wereld betreft, Nieuw-Zeeland voerde in 1974 een algemeen stelsel van afschaffing van aansprakelijkheid voor persoonsschade bij *ongevallen* in (niet: onrechtmatige daad in het algemeen, zoals men wel eens leest), daarin gevolgd door enkele australische staten. Voor het verkeer heeft Zweden sinds 1976 een verkeersverzekering, terwijl Noorwegen, Finland, Israël en Polen volgden. Denemarken en Frankrijk kennen sinds 1985 risico-aansprakelijkheid. Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland hebben een stelsel dat lijkt op ons art. 185 VVV.

In de nota van onze minister van Justitie die april 1990 verscheen (toegezegd voor eind 1988) wordt uitgegaan van het franse systeem sinds 1985; dat houdt in: dat risico-aansprakelijkheid (dus ook voor inzittenden van auto's), en een aanbod van schadevergoeding door de verzekeraar binnen 8 maanden na het ongeval, en binnen 5 maanden na de consolidatie een definitief aanbod. Deze franse wet staat overigens bekend onder de naam *Loi Badinter*. De nieuwe aansprakelijkheidsregeling zou volgens de minister onder de werking moeten vallen

51. Nota Verkeersaansprakelijkheid, *Hand. Tweede Kamer* 1989/1990, 21528, nr 1, 27 april 1990; nr 2 Bijlage: verkeersaansprakelijkheid in het buitenland.

52. B. Wachter, Van aansprakelijkheids- naar verkeersverzekering? - of niet?, *RmThemis* 1975, p. 227.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

van de Tijdelijke wet verhaalsrechten (de reden van de vertraging bij het opstellen van dit stuk).

De reacties uit de verzekeringswereld zijn sterk afwijzend. De autoverzekeraars, verenigd in de NVVA, willen schuldaansprakelijkheid handhaven en schetsen een beeld dat de premies tot het drievoudige zullen stijgen (zie *Welwezen Actueel*, sept. 1990). En dat terwijl in Frankrijk de premies sinds 1985 nauwelijks gestegen zijn! (zie Dias and Markesinis, p. 50). Een tamelijk larmoyante vertoning, in ons land. Intussen trachten de verzekeraars de wetgever wind uit de zeilen te nemen door de 'gedragsregels behandeling letselschade in het verkeer' aan te scherpen via een bedrijfsregeling. Vgl. *Verzekeringsrechtelijke Berichten*, juli 1990, p. 45 v.

De verkeersverzekering zit er voor ons land dus voorlopig niet in, en de risico-aansprakelijkheid stuit nog steeds op weerstand. Men moet overigens niet denken dat de moderne systemen in het buitenland per definitie leiden tot een stilstand van procedures op dit gebied. Er blijven talloze vragen over, bijvoorbeeld of het geval in kwestie onder de wet valt (aldus Frankrijk, na 1985). Men zie ook de praktijk in Nieuw-Zeeland, waar in het kader van de Accident Compensation Act 1974 een enorme hoeveelheid jurisprudentie ontstaan is wat onder een 'ongeval' verstaan moet worden, bijvoorbeeld bij medische fouten. Deze wet is overigens ontstaan uit de bedrijfsongevallenwetgeving, hetgeen nog steeds te merken is, indien men nagaat wie de premies opbrengen: werkgevers, automobilisten en de staat. Met als gevolg dat een buitenlandse fabrikant van een produkt of een importeur geen bijdrage aan het fonds geeft.⁵³

Het zal duidelijk zijn dat wij in Nederland met de verkeersaansprakelijkheid bepaald niet voorop lopen in Europa, laat staan in de wereld. Wij zitten nog steeds vrij solide in de achterhoede. Kan men zeggen dat het aansprakelijkheidssysteem van onrechtmatige daad duur is (voor overheid en burgers), en weinig efficiënt, dat geldt eens te meer in het verkeersrecht.⁵⁴ Het is de vraag hoe lang de lobby van de verzekeraars - die zeer sterk is in wetgevingskringen - op dit terrein vernieuwing kan tegenhouden.

Intussen is de wetgever in beweging gekomen, die de adem in de nek begon te voelen van de hoge raad als pseudo-wetgever met zijn *arrêts de règlements* op dit gebied. In 1997 ligt er een (gewijzigd) wetsontwerp 21 528 ter advisering bij

53. Zie voor deze materie: Margaret A. McGregor Vennell, *Medical Injury Compensation under the New Zealand Accident Compensation Scheme and Medical Responsibility*, paper Montreal, IACL 1990, en verder nog Fleming, 1987, p. 375. Zie voor malpractice i.h.a. Dias and Markesinis, p. 145 v. In de VS is ook hier van een 'tort explosion' sprake: in 1985 was de gemiddelde schadevergoeding bijna \$ 1 mln. In 1983 waren er 16 malpractice claims per 100 artsen; het totaal van de verzekeringspremies bedroeg in 1986 \$ 4,7 miljard (in 1983 nog \$ 1,7 miljard). Zie Fleming, 1988, p. 16 v. De medische aansprakelijkheid naar nederlands recht komt hieronder nog aan de orde, § 11.

54. De algemene cijfers van de kosten van schadevergoedingssystemen zijn opmerkelijk. De engelse Pearson Commission (1978) heeft de schatting gemaakt dat, om £ 1 uit te keren, de kosten bij 'tort liability' 85 p zijn. Voor de VS zijn de cijfers voor \$ 1 schadevergoeding: auto-ongevallen \$ 1,07; prod. aansprakelijkheid \$ 1,25 en asbest-procedures \$ 1,59. Daarentegen zijn de kosten van de Amerikaanse (private) ongevallenverzekering 30%, ziekteverzekering 15%, terwijl het accident compensation plan in Nieuw-Zeeland 8% kosten heeft. Vgl. Fleming, 1988, p. 18 v.

§5. AANSPRAKELIJKHEID VOOR MOTORRIJTUIGEN

de raad van state. Beoogd wordt vervanging van art. 185 WVV door een soortgelijke regeling van risico-aansprakelijkheid die in art. 6:197 BW opgenomen wordt. De strekking van het wetsvoorstel wordt duidelijk uit de beantwoording van Kamervragen (uit 1991) door de minister in september 1997 (*sic*!).⁵⁵ Ik laat enkele passages daaruit volgen, zonder verder commentaar; een blik in de keuken van de wetgever. Gezien de belangen die op het spel staan, en de complexiteit van de materie (regresrechten!), zal het nog wel even kunnen duren voor de wet ingevoerd zal zijn.

De vragen van de vaste commissie voor Justitie uit 1991 hadden betrekking op de in 1990 verschenen Notitie Verkeersaansprakelijkheid (nr 6). De minister stelt in zijn beantwoording o.m.:

‘Als eerste wordt in dit wetsvoorstel bij een ongeval met een motorrijtuig een risicoaansprakelijkheid gelegd op de bezitter of houder van een motorrijtuig ten behoeve van ongemotoriseerde verkeersdeelnemers. De bezitter of houder is voor de gehele letselschade aansprakelijk, tenzij het ongeval het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van het slachtoffer.

Anders dan mij oorspronkelijk voor ogen stond wordt de positie van passagiers in dit wetsvoorstel niet verbeterd door een verplichte inzittendenverzekering, maar door op de bezitter c.q. houder van een motorrijtuig een risicoaansprakelijkheid te leggen voor de schade van passagiers in zijn motorrijtuig. Door deze bescherming wordt bereikt dat passagiers te allen tijde hun schade vergoed krijgen, dus ook in situaties waarin niet te bewijzen valt wie schuldig is aan het ongeval of bij ongevallen waarbij geen schuldige valt aan te wijzen.

Er is in dit wetsvoorstel niet voor gekozen bestuurders een betere bescherming te bieden en wel omdat de bestuurder in vele gevallen als bezitter of houder van het motorrijtuig een inzittendenverzekering kan sluiten die de door hem geleden personenschade dekt. Bestuurders wordt daarom zelf de keus gelaten of zij zich daarvoor willen verzekeren.

Een uitzondering wordt evenwel gemaakt voor de werknemer die uit hoofde van zijn arbeidsverhouding een motorrijtuig van zijn werkgever bestuurt. Deze is niet de bezitter of houder van het motorrijtuig en verkeert daarom doorgaans niet in de positie dat hij door middel van een inzittendenverzekering zijn personenschade kan verzekeren. Daarom wordt op de werkgever een risicoaansprakelijkheid gelegd voor de schade die een werknemer in dat geval bij een verkeersongeval oploopt.

Voor beantwoording van de vraag tot welke extra premiestijging een risicoaansprakelijkheid ten behoeve van alle verkeersdeelnemers zou leiden, is het noodzakelijk eerst enige cijfers met betrekking tot de WA- (letsel) schadelast te geven. Deze cijfers, afkomstig van het Centrum voor Verzekeringstatistiek van het Verbond van Verzekeraars, zijn de prognose voor het jaar 1997. In dat jaar bedraagt naar verwachting de totale WA-schadelast 2.730 miljoen gulden. WA-schadelast bestaat voor 50 tot 60% uit letselschade, derhalve in 1997 ca. 1.500 miljoen gulden. Hiervan is ca. 40% regressschade en ca. 60% schade die aan slachtoffers wordt uitgekeerd (resp. ca. 600 en 900 miljoen gulden). Bij het in het wetsvoorstel neergelegde stelsel, waarbij ongemotoriseerden, passagiers en werknemers/bestuurders als slachtoffer vrijwel altijd hun schade volledig vergoed krijgen, zijn volgens een onderzoek van het Centrum voor Verzekeringstatistiek de premieconsequenties als volgt: de WA-letselschadelast zal met 370 miljoen gulden stijgen tot 1.870 miljoen gulden. De totale WA-schadelast zal daarmee stijgen van 2.730 tot 3.100 miljoen gulden. Dit zou overeenkomen met een premiestijging van gemiddeld ca. 14%. Dit gevoegd bij de premiestijging van tussen de 9 en 17% die het gevolg is van de uitbreiding van de regresrecht, komt men tot een totale stijging van 23 tot 31%. Deze stijging acht ik aanvaardbaar, en zal er - zo verwacht ik - niet toe leiden dat automobilisten zich in groten

55. TK 1996/97, 21 528, nr 7, met dank aan mr Frenk van Justitie.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

getale niet zullen verzekeren. De consequenties voor de premie waarbij alle verkeersdeelnemers - dus ook bestuurders - hun schade vergoed krijgen, zijn als volgt: een dergelijk stelsel zal volgens schattingen leiden tot een stijging van de WA-letselschadelast van 60% bij bevroren regres. Met dit laatste wordt bedoeld dat het totale volume aan regres op hetzelfde niveau blijft, te weten 600 miljoen gulden. Een en ander zou neerkomen op een premiestijging van 35%. Dit gevoegd bij de premiestijging van tussen de 9 en 17% als gevolg van de uitbreiding van de regresrechten, zou dit tot een totale premiestijging van 44 to 52% leiden.⁵⁶

Met betrekking tot *zaaksschade* wordt door de minister betoogd:

‘Het wetsvoorstel gaat uit van het volgende stelsel.

Indien een gelaedeerde, zowel personenschade als zaaksschade lijdt, geldt voor deze laatste schade een risicoaansprakelijkheid. Indien deze vormen van schade zich in combinatie voordoen, komt het de eenvoud en hanteerbaarheid van het systeem ten goede indien beide vormen van schade volgens dezelfde regels worden afgewikkeld. Dit argument van de eenvoud van de schadeafwikkeling gaat echter niet op indien de ongemotoriseerde alleen zaaksschade heeft geleden. Daarom is in het wetsvoorstel voor gekozen om in het geval door een ongemotoriseerde alleen zaaksschade wordt geleden de status quo te handhaven. Mede voor deze situatie is daarom een bepaling opgenomen die inhoudelijk overeenkomt met artikel 185 WVV.

Overigens zou ik willen opmerken dat naar geldend recht niet vaststaat of voor zaaksschade van het ongemotoriseerde verkeersslachtoffer die onder het regime van artikel 185 WVV valt, de 100% respectievelijk 50%-regel geldt. De arresten van de Hoge Raad waarin deze regels zijn geformuleerd hebben telkens betrekking op personenschade.’

Met betrekking tot uitsluiting van een beroep op onrechtmatige daad worden:

‘Het is niet de bedoeling dat dit in het nieuwe stelsel gebeurt. Sterker, omdat de nieuwe risicoaansprakelijkheden worden opgenomen in artikel 6:197 BW, is het juist van belang dat een beroep op onrechtmatige daad mogelijk blijft. Aldus kunnen particuliere en sociale verzekeraars die de schade aan het slachtoffer hebben uitgekeerd verhaal nemen krachtens de algemene regels betreffende onrechtmatige daad.’

Tenslotte de *regresrechten* en de relatie tot de Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten (art. 6:197 BW):

‘In genoemd wetsvoorstel vervalt inderdaad artikel 185 WVV 1994, omdat het wetsvoorstel dit regime door een nieuw regime vervangt. Omdat - als gezegd - de nieuwe risicoaansprakelijkheden in artikel 6:197 BW worden opgenomen, heeft dit tot gevolg dat ter zake van de verhaalsrechten de algemene regels betreffende onrechtmatige daad van toepassing zijn.

Er is in het wetsvoorstel van afgezien speciaal met het oog op regresnemende instanties artikel 185 WVV 1994 in stand te laten. Ik acht dit niet in strijd met de strekking van de tijdelijke regeling Verhaalsrechten, namelijk het handhaven van de status quo voor de regresnemer. Dit ten eerste omdat de handhaving van de status quo betrekking had op het feit dat de regresnemende instanties geen beroep kunnen doen op een aantal met het nieuw BW ingevoerde aansprakelijkheidsgronden, zodat op de aansprakelijke persoon c.q. zijn aansprakelijkheidverzekering geen zwaardere last wordt gelegd dan met het oog op de bescherming van slachtoffers nodig is. Het was vooral de handhaving van deze status quo die voorop stond. In die zin is het vervallen van artikel 185 WVV 1994 daarmee niet in strijd. Ten tweede is door de uitbreiding van de regresrechten naar de daarvoor in aanmerking komende

56. Er wordt ook gevraagd naar het bereikte premieniveau als gevolg van de nieuwe wetgeving, in vergelijking tot dat in het buitenland. Qua gemiddelde premie zouden wij in Nederland, bij een stijging met 48%, van onder het midden naar boven het midden stijgen (van 322 naar 477 Ecu, terwijl Portugal op 245 Ecu zit, en Duitsland op 799 Ecu).

§5. AANSPRAKELIJKHEID VOOR MOTORRIJTUIGEN

volksverzekeringen van handhaving van de status quo al in het geheel geen sprake meer. Hierdoor hebben regresnemende instanties meer mogelijkheden gekregen om regres te nemen, hetgeen uiteraard op de aansprakelijke persoon toch een zwaardere last heeft gelegd. Het streven naar handhaving van de status quo is daardoor reeds in belangrijke mate doorkruist.

Overigens zou ik nog willen vermelden dat er een tendens is waarbij tussen regresnemende instanties en verzekeraars het regres collectief of genormeerd wordt afgehandeld. Reeds in het kader van de Algemene nabestaandenwet is tussen het Verbond van Verzekeraars en de sociale Verzekeringsbank een convenant gesloten waarbij het regres collectief wordt afgewikkeld. Ook is er een convenant tot stand gekomen tussen het Verbond van Verzekeraars en Tica, waarbij claims die gebaseerd zijn op de ziektewet genormeerd worden afgehandeld. Het voordeel van een dergelijke afwikkeling is dat deze voor alle partijen kostenbesparend werkt. De discussies worden immers niet meer op dossierniveau gevoerd (collectivering) of, indien wel, genormeerd afgehandeld. Hierdoor wordt ook de grondslag van de aansprakelijkheidsgrond op basis waarvan regres kan worden genomen steeds minder van belang, immers individuele regresprocedures zullen bij een dergelijke afwikkeling niet meer plaatsvinden.⁷

Voor een kritische bespreking van de Notitie Verkeersaansprakelijkheid en een pleidooi voor invoering van verkeersverzekering, zie Kottenhagen en Kottenhagen-Edzes, *Verkeersaansprakelijkheid: moet het toch niet anders?*, *NJB*, 1995, p. 1115. Zie ook T. Hartlief, *De zwakke verkeersdeelnemer*, *TvPr* 1996, p. 1271. Vgl. ook nog H. Kötz, *Liability for motor-vehicle accidents in Europe: recent reforms and reform proposals*, in: *Studi in memoria di Gino Gorla II*, Giuffrè, Milaan 1994, p. 1441.

De wetgevingsplannen zijn sinds de vorige druk nog niet ver gevorderd. Het wetsvoorstel van minister Sorgdrager is door haar opvolger, Korthals ingetrokken, en een nieuw voorstel is aangekondigd. Vgl. de Kamerstukken *TK* 1997-1998 25759, en nrs 1-2 1998-1999, nr. 5. In het nieuwe voorstel is het voornemen om bij 'opzet of bewuste roekeloosheid' van de voetganger ('ongemotoriseerde') het woord *bewuste* te schrappen. De reacties zijn nog niet erg positief, zie o.m. Hartlief, *NTBR* 2001, p. 29.

Er zal nog wel wat verkeer door de verkeersaders stromen voordat er een nieuwe wettelijke regeling ingevoerd zal zijn.

§ 6. Produktaansprakelijkheid

1. Inleiding. Rechtsvergelijkende beschouwingen

Een tot de verbeelding sprekende vorm van aansprakelijkheid is die voor gebrekkige, en daardoor gevaarlijke, produkten. Men spreekt niet degenen aan die de zaak hanteerde toen het ongeluk gebeurde, doch degenen die de zaak als produkt in het verkeer gebracht heeft, met alle gevolgen vandien. Men kan dan een schakel teruggaan, en de verkoper van het produkt aanspreken, maar al gauw ontstaat de gedachte dat dit weinig efficiënt is, en men beter naar de bron van het kwaad kan gaan, de producent (eventueel: importeur). Om verschillende redenen is deze oplossing aantrekkelijker, zowel wat verhaalsmogelijkheden betreft als het nastreven van preventie: de producent is meestal kapitaalkrachtiger of beter verzekerd, en bij hem hoort de prikkel te komen om het produkt te verbeteren. De tussenpersoon kent het produkt meestal slechts van de buitenkant - soms dat nog niet eens, met de moderne distributiemethoden - en vaak is het ook wat sneu om de winkelier op de hoek te pakken. Vandaar: produktaansprakelijkheid. Zo eenvoudig was het allemaal niet. De ontwikkelingsgeschiedenis van dit rechtsgebied bestaat uit vallen en opstaan - voornamelijk door beschadigde consumenten. Het Amerikaanse recht is heel illustratief in dit opzicht, trouwens ook een mooi voorbeeld van rechtsvorming door de rechter, en daarom een geliefd onderwerp van elke Amerikaanse docent van een cursus 'American Legal System'. Als men de reeks van standaard-arresten langs ziet trekken, is dat meteen een open universiteit-cursus Industriële ontwikkeling. Het beroemde arrest met Cardozo als prima donna, *MacPherson vs Buick* uit 1916 betrefte de houten spaken van een wiel van de Buick die het begaven; in onze tijd zijn er spraakmakende arresten over asbest, software in computers, medicijnen als Softenon en DES, en het eind is nog niet in zicht. Het Amerikaanse recht is hier de blikvanger, het loopt voorop bij de ontwikkelingen op dit rechtsgebied. Toch spreekt het oude Europa ook een woordje mee, met name het Franse recht heeft een vergelijkbare ontwikkeling doorgemaakt, eveneens door middel van rechtersrecht. De invoering van de EEG-richtlijn op dit gebied, tenslotte in 1985 verschenen, heeft jaren vertraging ondervonden doordat de andere landen niet zo ver wilden gaan als men in Frankrijk gewend was. Dat is overigens niet de enige oorzaak, er is ook zeer intensief gelobbyed door het Europese bedrijfsleven om de risico-aansprakelijkheid buiten de deur te houden. Ook Nederland liet zich niet onbetuigd bij deze tochten naar Brussel.

Dat brengt ons op het nieuwe recht, dat per medio 1988 ingevoerd had moeten zijn. De Nederlandse wettelijke regeling, art. 6:185 v. BW, werd in november 1990 ingevoerd; wij waren daarbij nog lang niet de laatste in EEG-verband. Nu deze wetgeving van kracht is, kennen wij ook op dit gebied risico-aansprakelijkheid. Heeft het dan wel zin om lang stil te staan bij het oude recht, de 1401-aansprakelijkheid voor gevaarlijke produkten? Op het eerste gezicht niet, maar enig doordenken leert dat de bestaande jurisprudentie en doktrine van belang blijft. Niet zozeer omdat het een goed inzicht geeft in de ontwikkeling naar risico-aansprakelijkheid, ook op dit onderdeel van ons recht - hier spreekt de docent - maar ook om de praktische reden dat de aansprakelijkheid van art. 6:185 BW, naast die uit art. 6:162 geldt. Bovendien geeft het nieuwe recht uit Brussel veel minder soulaas dan velen denken: het

§6. PRODUKTENAANSPRAKELIJKHEID

gaat slechts om schade in de consumentensfeer, hoofdzakelijk letselschade, binnen een bepaalde termijn. Bedrijfsschade, om maar wat te noemen, valt buiten de regeling.

Bij de bespreking van het geldende recht gaat het ook hier om de hoofdlijnen, onder verwijzing naar de vrij omvangrijke literatuur over produktenaansprakelijkheid, die sterk rechtsvergelijkend van aard is.

Alvorens een blik op de jurisprudentie te werpen, enkele prealabele opmerkingen. Aansprakelijkheidsvragen, de term 'slachtoffer' zegt het al, kunnen licht tot emotionele reacties leiden. Dat geldt bij uitstek voor de produktenaansprakelijkheid; ontplofende limonadeflesjes, waarbij de scherven als dolken uiteenspatten, misvormde baby's, long- of baarmoederkanker; als de krant daarover bericht, laat staan wanneer men het zelf meemaakt, zullen de emoties, begrijpelijk, hoog oplopen. Voeg daaraan toe de oude tegenstelling tussen de consument en bedrijfsleven, en de poppen zijn snel aan het dansen. Dat wil al gauw zeggen een collisie tussen de eenvoudige, rondborstige doch arme consument, en het gewetenloze, op winstbejag gerichte bedrijf. Het leuke is dat op dit terrein links en rechts elkaar vinden, vaak ook hun uiterste vleugels; het is dus niet alleen het verhaal van uitbuiting en kapitalisme, maar ook het liberale denken dat de toon aangeeft, op de bres voor het individu dat in de knel dreigt te raken.

Dat geeft op zich reeds te denken, maar waar het mij om te doen is, is de kanttekening dat men hier, zeker als jurist, de verhoudingen niet uit het oog moet verliezen. De consument is niet altijd zo'n lieverd, maar soms een querulant die op ander dingen uit is, bijvoorbeeld een schep geld binnenhalen of rancune uitleven. En het bedrijf - onderneming moet je tegenwoordig zeggen - zijn vaak hardwerkende, goedwillende lieden die een mooi produkt op de markt willen brengen, waar ze trots op zijn, en moeten opboksen tegen harde concurrentie om het hoofd boven water te kunnen houden. Een hele onderneming dus. Hierbij passen nog enkele aantekeningen, bij beide maatschappelijke groeperingen. Het activisme van consumenten kan in de hand gewerkt worden door oneigenlijke factoren, die niet altijd onbedenklijk zijn, maar wel in de rechtskultuur van een land passen. Zo kent de USA het zogenaamde 'contingency fee' systeem, dat inhoudt dat de advocaat bij een gewonnen proces een percentage van de 'opbrengst', de toegewezen schadevergoeding krijgt.¹ In beschaafde staten aan de oost- en westkust mag dit volgens de wet niet meer dan 20% zijn, maar in vele staten is dit aanmerkelijk meer. Als men dus slaagt met een miljoenen-claim, loopt de zilvervloot binnen, en kan de advocaat in kwestie voor de rest van zijn leven gaan golfen, de heimelijke wens van elke Amerikaan (stok, bal en putje, toch nog eens Freud op naslaan). Ook kunnen politieke ambities een gunstige invloed op de proceslust van de eiser en zijn advocaat uitoefenen. Dat geldt zelfs voor de wetgever, zoals wij eerder zagen bij de

1. Vgl. Fleming, 1988, p. 195 v. Soms is de uitkomst spectaculair: in de *Pennzoil - Texaco* take-over-zaak (1985) kregen advocaten \$ 2 miljard van de toegewezen \$ 10 miljard; in de *Manville Corp.* asbest-zaak was dat aandeel \$ 1 miljard. Europese rechtssystemen, zoals het onze, kennen dit systeem niet; dat wil niet zeggen dat er in de praktijk geen figuren bestaan die hieraan doen denken, zoals het 'wegen' van het dossier bij het vaststellen van de declaratie ('wat was het belang van cliënt?') of zelfs afspreken met de cliënt dat marginaal gedeclareerd zal worden, maar dat dit anders zal zijn bij een gewonnen proces.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

wetgeving in Zweden en Duitsland over standaardvoorwaarden.² Wat het andere kamp betreft, er zijn minder verheffende geschiedenissen geweest, van producenten die simpele veiligheidsvoorzieningen achterwege lieten uit zorgeloosheid, om de kosten te drukken of uit pure onkunde. Als men een nieuw medicijn niet of onvoldoende test voor het op de markt gebracht wordt, moet men niet vreemd opkijken als consumenten zich tegen producenten gaan afzetten.³

Kortom, beide partijen in dit spel kunnen boter op hun hoofd hebben, en vaak druipt dat eraf als je het vonnis of arrest leest. Maar alle geloofsijver ten spijt, of men nu lid is van de Consumentenbond of VNO, men moet wel de grenzen in het oog houden. Als men de producenten te hard aanpakt, zou het wel eens kunnen zijn dat dit tot gevolg heeft dat kleine en middelgrote bedrijven het loodje zullen leggen en alleen de grote overblijven. Is dat nu zo'n aantrekkelijk perspectief? Veel bedrijven leiden een marginaal bestaan, een grote claim of een gigantische verzekeringspremie zou net het duwtje in de verkeerde richting kunnen zijn. De zogenaamde *tort crisis* heeft in de VS al tot vreemde uitwassen geleid, op verwante gebieden van aansprakelijkheid.⁴ Maar de vraag is natuurlijk, waar leg je die grens? Bij schuld-aansprakelijkheid? Nou liever niet, dat is nu echt de klok terug zetten. Bij de stand van de wetenschap en techniek? Daar zit wel wat in. Dat brengt ons op een bezichtiging van de verdedigingswerken van het bedrijfsleven.

Het argument van de gekwelde producent is het volgende, en is het overdenken waard. 'Ik volg als producent de ontwikkelingen op het gebied van de wetenschap en techniek op de voet en pas die toe bij het ontwerpen van producten en in het productieproces. Ik steun daarmee de maatschappelijke vooruitgang. Als naderhand nieuwe inzichten doorbreken en er sprake geweest is van een onvolkomen stand van wetenschap en techniek, is het dan redelijk dat ik voor de gevolgen daarvan aansprakelijk gesteld wordt? Ik dien de samenleving toch? Denkt u, dat indien wij die risico's voor de gemeenschap moeten dragen, dat er nog ondernemers zullen zijn die een vernieuwende rol durven te spelen? Bovendien, de overheid heeft nooit getracht die gevaren door wetgeving binnen de perken te houden, moeten wij dan daarvoor de gevolgen dragen?'

Zoals men ziet, een even zakelijk als emotioneel gekleurd betoog, met zoals altijd, een kern van waarheid. Wij zullen hieronder zien, wat er met dit argument gebeurd is, in ons recht en elders.

2. Zie Deel 1, Hfdst. 4, § 1, nr. 6.

3. Het medicijn softenon, dat in Europa zoveel slachtoffers geëist heeft, heeft in de VS niet tot de jurisprudentie bijgedragen: het was in 1961 niet door de test van de federale overheid gekomen en niet tot de Amerikaanse markt toegelaten, vgl. Knottenbelt, t.a.p., p. 151 v. Sindsdien zijn de regels in ons land aanzienlijk strenger. Men zie ook nog, onder, de *Dalkon*-affaire.

4. Zie voor die materie o.m. R.B. Stewart, *Crisis in Tort Law? The institutional Perspective*, 54 *Univ. Chicago L.R.*, (1987), p. 184; G. Priest, *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, *Yale Law J.*, 1987, p. 1521; Fleming, 1988, p. 21 v. De claims in p.a.-zaken zijn de laatste jaren aanzienlijk toegenomen, in aantal en omvang. Het totaal van toegewezen schadevergoedingen bedroeg in 1980 \$ 700 mln, en in 1985 \$ 1.800 mln; de gemiddelde claim was in 1984 ruim \$ 1 mln.

§6. PRODUKTENAANSPRAKELIJKHEID

Ten slotte nog een opmerking, om het gewicht weer even naar de andere kant te laten doorslaan. Zoals hierboven bij de inleiding al gezegd werd, bij het vaststellen van aansprakelijkheden past het om limieten aan te brengen.⁵ Verzekeraarbaarheid, en zo. Dat brengt ons op een aardig bijkomend aspect van aansprakelijkstelling, zoals de praktijk leert, namelijk dat iedere verzekeraar eisen zal stellen aan het bedrijf dat zich voor verzekering meldt, om het te verwachten risico binnen de perken te houden. Verzekeren is tenslotte ook een bedrijf. Produktenaansprakelijkheid is hiervan een goed voorbeeld, en zeer recent, milieu-aansprakelijkheid eveneens. De verzekeraar zal het bedrijf 'doorlichten' en dan bepalen of men bereid is dekking te verlenen, en welke premie daarbij hoort. Daarbij kan het er heel hard toegaan, en moet het bedrijf soms ingrijpende maatregelen treffen wil de verzekeraar ermee in zee gaan. Wij hebben hier te maken met een 'partikuliere' veiligheidsinspektie - leve de privatisering. Dat kan heel efficiënt zijn, en van uit het oogpunt van preventie aantrekkelijk. Bovendien kost het de gemeenschap niets. Nou ja, de kosten komen terug in de premie en die wordt natuurlijk op ons als consumenten afgewenteld, *soit*. Maar als het uit de hand loopt, en de verzekeraars laten de massa verstek gaan? Dan hebben wij een probleem, zie de al genoemde Amerikaanse toestanden; er dient in zo'n situatie een heroverweging te komen. De staat kan erin stappen als verzekeraar - zoals bij de regeling van nucleaire schade - maar men kan ook denken aan het vormen van een fonds, uit algemene middelen, of opgebracht door de bedrijfstak.⁶ Er zijn voorbeelden van dergelijke figuren, die soms op de tekentafel zijn blijven liggen, zoals in Duitsland bij farmaceutische produkten, onder invloed van het Softenon-drama. De verzekeraars, bang de boot te missen, kwamen alsnog over de brug. Een goede gok, naar het lijkt, er wordt namelijk zelden een beroep op die geneesmiddelenwet gedaan.

2. *Algemene aspecten van de produkten-aansprakelijkheidsprocedure. Drie categorieën*

Het leek mij nuttig om als inleiding deze algemene beschouwingen te houden; hieronder zal namelijk blijken dat in elke procedure wel wat van deze materie, zakelijk of emotioneel, komt bovendien. Er zijn ook enkele praktische kwesties, die bij het voeren van een procedure de voorvragen vormen. Zo zal de producent zekerheid willen hebben dat het *zijn* produkt is dat de schade toebrengt, en niet dat van een concurrent. En als de scherven van het ontplofte flesje niet meer getoond kunnen worden, ontstaat er een probleem. De producent moet ook zekerheid hebben dat het beweerde gebrek al aanwezig was toen het produkt zijn bedrijf verliet; er moet niet later aan geknoeid zijn of een *practical*

5. Zie boven, § 1, nr 2.

6. Zie in die zin bijv. Knottenbelt, t.a.p., p. 88 v. Ook op het gebied van milieu-aansprakelijkheid zijn dergelijke voorstellen gedaan en soms door de wetgever overgenomen, zoals onlangs in Zweden. Verder kent men in Frankrijk garantiefondsen voor notarissen (1935), verkeer (1951), jacht (1966), terrorisme (1986). Voorbeelden van branche-fondsen zijn in ons land: Waarborgfonds Motorverkeer (geprivatiseerd in 1989) - voor zware risico's is de NV 'Terminus' opgericht; voor kernreactoren bestaat de 'Atoompool'.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

joke mee uitgehaald zijn, door de eiser of een derde.⁷ Redelijke eisen van de producent? Jawel, maar een chicane ligt om de hoek. Dergelijke eisen leggen wel een zware last op de bewijsvoering.

Er zijn nog enkele andere standaard-verweren van producenten, zoals:

1. er zijn nog nooit klachten over dit produkt geweest; u bent de eerste;
2. het produkt is uitstekend (zie boven), het moet dus door u verkeerd toegepast zijn;
3. bij de produktie wordt alle mogelijke zorg aan de deugdelijkheid en kwaliteit van het produkt besteed; ook in de controle voor het produkt het bedrijf verlaat zijn wij niet tekort geschoten; het is aan u het tegendeel te bewijzen; verder als 2;
4. bij de produktie hebben wij ons aan alle wettelijke bepalingen en voorschriften op dit terrein gehouden; dat deze ten aanzien van het concrete gebrek niet bestaan, zoals u terecht zegt, is een zaak voor de overheid, niet voor ons als particulier bedrijf; naar geldende opvattingen, in kringen van industrie en overheid is het ... verder als 2;
5. wij hebben ook nog nooit klachten over de bijgesloten gebruiksaanwijzing gehad, resp. over het ontbreken van een gebruiksaanwijzing; verder als 2;
6. wij mogen ervan uitgaan dat u, net als iedere normale gebruiker van ons produkt, op de hoogte bent van de algemeen bekende gevaren bij het gebruik van een produkt als dit; verder mogen wij verwachten dat u, alvorens het te gebruiken, een onderzoek instelt naar de mogelijkheid van die algemeen erkende gevaren; verder als 2.

Degeen die de jurisprudentie kent, zal het merendeel van deze frasen bekend voorkomen.

Dan nu die rechtspraak. Bij de beoordeling daarvan is het nuttig een indeling aan te houden, die internationaal heel gangbaar is, namelijk het onderscheid naar de aard van het gebrek aan het produkt. Men onderscheidt drie categorieën:

Fabrikagefouten. Het produkt dat de schade veroorzaakte wijkt af van de andere produkten van die serie of dat model, ten gevolge van een fout in het productieproces en bij de controle ('manufacturing defect'; 'Fabrikationsfehler');

Construktiefouten. Het produkt is door een fout in het ontwerp of de constructie niet geschikt voor het doel waarvoor het bestemd is en/of onveilig bij gebruik ('design defect'; 'Konstruktionsfehler');

Instructiefouten. De producent heeft nagelaten de gebruiker de juiste instructies voor gebruik te geven waardoor gevaar ontstaat bij gebruik, c.q. niet gewezen op

7. Bijv. het geval (gehoord van een oud-student), van een muis in een fles melk, die werd door de melkboer voor de deur neergezet. Toen een deskundige voor de rechter verklaarde dat hij de dop eraf kon halen en weer kon aanbrengen zonder dat dit te merken was, ging de melkfabrikant vrij uit.

§6. PRODUKTENAANSPRAKELIJKHEID

gevaarlijke eigenschappen van het produkt, voor de gezondheid, bijvoorbeeld ('failure to warn'; 'Instruktionsfehler').⁸

De laatste categorie heeft de bijzonderheid, dat het produkt op zich deugdelijk kan zijn, maar gebrekkig wordt door de ontoereikende gebruiksaanwijzing die verstrekt wordt. Bij deze categorie worden ook zaken ondergebracht waarbij het produkt een gevaar voor de gezondheid oplevert, zoals die waarin asbest verwerkt is (isolatie en warmtewerend materiaal), formaldehyde (in de bouw, isolatie), dioxine ('Agent Orange', ontbladeringsmiddel in Vietnam), etc. Een stormachtig groeiende categorie.

Kategorie A is de oudste, en relatief simpelste: met de opkomst van de risico-aansprakelijkheid geen spannende problematiek. Door sommige schrijvers wordt deze categorie niet tot de echte produktenaansprakelijkheid gerekend.

3. 'State of the art' en 'risk/benefit analysis'

Het verweer van de stand van wetenschap en techniek ('state of the art'), is in het Amerikaanse recht alleen toegelaten bij de categorieën B en C, waarbij de laatste jaren een onderscheid in toepassingsmogelijkheden gemaakt wordt.⁹ Bij de beoordeling of dat verweer opgaat, wordt in het Amerikaanse recht een afweging gemaakt tussen de gevaren die het produkt te weeg brengt en de maatschappelijke voordelen die het biedt, de onvervangbaarheid, en dergelijke. Dat geldt niet alleen voor bepaalde materialen maar ook bijvoorbeeld voor medicijnen die bijwerkingen vertonen. Dit staat bekend als de *risk/utility analysis*, ook wel *risk/benefit analysis* genoemd of '*Wade factors*', naar de auteur die ze ontwikkeld heeft. Zij werden in de genoemde *Barker*-case door de californische rechter aanvaard. Zoals wij hieronder zullen zien, heeft onze hoge raad in de recente *Halcion*-zaak deze benadering eveneens gevolgd. Ik laat die wegingsfactoren hier volgen, de recursiverende houden verband met de state of the art:

- a. The usefulness and desirability of the produkt - its utility to the user and to the public as a whole.
- b. The safety aspects of the produkt - the likelihood that it will cause injury, and the probable seriousness of the injury.
- c. *The availability of a substitute produkt which would meet the same need and not be as unsafe.*
- d. *The manufacturer's ability to eliminate the unsafe character of the produkt without impairing its usefulness or making it too expensive to maintain its utility.*
- e. The user's ability to avoid danger by the exercise of care in the use of the produkt.

8. Deze categorieën, die in de Amerikaanse literatuur heel gangbaar zijn, werden overgenomen in *Barker v. Lull Engineering Co.*, 20 Cal. 3d 413, 573 P.2d 443, 143 Cal. Rptr. 225 (1978). Zie voor het Duitse recht o.m. Kötz, *Deliktsrecht*, nr 434 v. Zie ook al Schut, t.a.p., 1974, nr 12, gebaseerd op Duits recht. In Duitsland hanteert men ook een vierde categorie, 'Entwicklungsgefahren'; met Schut vind ik dat onzuiver en verwarrend. Overigens wijst Schut erop dat het commentaar van Hursh op het Amerikaanse recht op dit gebied ong. 3500 pag.'s telt, en dat in 1974.

9. Zie voor die problematiek mijn artikel in *Bouwrecht* 1988, p. 321, op p. 328, *Ontwikkelingsrisiko's in de bouw: het verweer van 'de stand van wetenschap en techniek' ('State of the Art')*, met vermelding van Amerikaanse rechtspraak en literatuur.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

- f. The user's anticipated awareness of the dangers inherent in the produkt and their avoidability, because of general public knowledge of the obvious condition of the produkt, or of the existence of suitable warnings or instructions.
- g. The feasibility, on the part of the manufacturer, of spreading the loss by setting the price of the produkt or carrying liability insurance.

Het belang van deze criteria voor de categorie B (construktiefouten) is in de praktijk vooral, dat de rechter in het specifieke geval nagaat hoeveel moeite en kosten verbonden zijn aan het veiliger maken van het produkt. Een sprekend geval is hier *Luque v. McLean*, waarbij de gebruiker bij het werken met de motormaaier uitglijdt en met zijn hand in het open gedeelte van het rotatieblad terecht komt. Het aanbrengen van een scherm van gaas zou enkele dubbeltjes gekost hebben.¹⁰ Dat de door de producent te hanteren kosten-baten analyse soms draconische proporties aanneemt wordt geïllustreerd door de *Ford-Pinto* affaire. Bij de constructie van het Pinto-model werd de benzinetank vlak achter de achterbumper geplaatst, waardoor bij een botsing aan die kant al heel snel gevaar voor brand ontstaat. Er komen inderdaad vele claims, er vallen zelfs doden en gewonden, maar een rekensom leert dat het goedkoper is die claims te voldoen dan een andere constructie door te voeren, auto's naar de garage terug te roepen ('recall'), en dergelijke.¹¹ Typisch een geval voor 'punitive damages', denk je dan, wie niet horen wil moet voelen. Soms is het zo, dat het hele produkt 'van geen kanten klopt', zoals men dat in het zuiden noemt; befaamd is de aktie van de activist in consumenten-zaken, Ralph Nader, in de jaren zestig over de Chevrolet Corvair, die hij 'unsafe at any speed' noemde, in een boek met die titel.

De 'Wade factors' en *risk/benefit analysis* in het algemeen zijn in de categorie C (instructiefouten) eveneens van groot belang. Bijvoorbeeld bij het gebruik van nieuwe medicijnen moet men het nut van het genezen van grote groepen patienten afwegen tegen de ongelukken die sommige patienten kunnen treffen als gevolg van bijverschijnselen van het medicijn. Het zal duidelijk zijn dat het niet eenvoudig is om het maatschappelijk nut van een dergelijk medicijn (bijv. tegen kanker of aids) vast te stellen. Dat geldt ook voor middelen ter voorkoming van miskramen, waarvan DES het beruchte voorbeeld is. Zie ook het nog te bespreken *Halcion*-arrest.

Intussen moet men niet uit het oog verliezen dat het Amerikaanse recht onderscheid maakt tussen *state of the art* en *state of the industry*: dat laatste slaat op het algemene gebruik die de betreffende tak van industrie met betrekking tot samenstelling of ontwerp van het produkt - 'iedereen doet het zo'. Dat verweer gaat niet op. Bepalend is slechts of wetenschappelijke of technische informatie beschikbaar is waarin de veiligheidsrisiko's beschreven zijn. Men kan zich als producent dus niet achter de gangbare praktijk verschuilen.

Dat brengt ons op de vaststelling van de stand van de wetenschap en techniek. Ook hier kan men strenge en minder strenge eisen stellen, waarbij

10. *Luque v. McLean*, 8 Cal. 3d 136, 104 Cal Rptr. 443, 501 P. 2d 1163 (1972).

11. Men zie de vele cases genoemd in *Produkt Liability Reports*, Commerce Clearing House (losbl.), zoals *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, 119 Cal. App. 3d 757, 174 Cal. Rptr. 348 (1981) schadevergoeding \$4,15 mln. De jury had \$ 125 mln aan 'punitive damages' toegewezen (d.i. de winst van Ford over 1 mnd), door de rechter gematigd tot \$ 3,5 mln. Een beveiliging zou \$ 11 per auto gekost hebben, d.w.z. \$ 37 mln voor 12,5 mln auto's.

§6. PRODUKTENAANSPRAKELIJKHEID

sympathie voor de schuld-, respectievelijk risico-gedachte een grote rol zal spelen. Indien dat laatste het geval is, zal men de publikatie in een vaktijdschrift, waar ook ter wereld, al voldoende vinden. Aldus sommige Amerikaanse rechters. Het is verbazingwekkend hoeveel er geschreven is, soms in het verre verleden, waarbij al op gevaren gewezen is. Als de advocaat van eiser daarmee komt aandragen, hangt de gedaagde-producent. De maatschappelijke positie van de producent kan hierbij gewicht in de schaal leggen; zo heeft de nederlandse rechter al eens, in geval van een multinationale onderneming, een vorm van concern-aansprakelijkheid toegepast.¹² De nederlandse zuster- of dochtermaatschappij behoort te weten wat er in de familie in het buitenland omgaat, en zich die kennis aan te trekken. Het betrof in dat geval overigens milieu-aansprakelijkheid, waar de stand van de wetenschap het vraagstuk van de dag is, aangezien men in het verleden maar wat aanrotzooide met het milieu, om het plat te zeggen - hoewel dat sinds Karel Appel in artistieke kringen geen schande is. Die benadering van toerekenen van kennis op grond van maatschappelijke positie en mogelijkheden - 'richesse oblige' - wordt uiteraard in het bedrijfsleven niet met enthousiasme ontvangen. Het laat zich aanzien dat in de komende jaren dit onderwerp, zowel bij milieu- als produktenaansprakelijkheid, regelmatig inzet van procedures zal zijn. In de nieuwe regeling van art. 6:185 v. BW is het verweer overigens opgenomen, evenals - naar minder voor de hand lag - in het franse ontwerp van wet van mei 1990 het geval is.¹³

4. *De oudere rechtspraak inzake produktenaansprakelijkheid. Bouwplaten, Ford en trekhaak*

Als beginpunt van de jurisprudentie wordt vaak het *acetyleen-cylinder*-arrest uit 1933 genomen, dat eerder al ter sprake kwam.¹⁴ Degeen die op professionele wijze een produkt in het verkeer brengt heeft een onderzoeksplicht (controleplicht), hetgeen door de hoge raad op de grondslag van het risico-beginsel gedaan werd. Men herinnert zich dat het hier om een tweedehands produkt ging dat in het verkeer gebracht werd (verhuurd).

In dezelfde lijn ligt het arrest van Hof Den Haag 14 okt. 1949, *NJ* 1950, 109, *brandvrije bouwplaten*.

Hier waren bouwplaten als 'brandvrij' verkocht, hetgeen in reclamemateriaal uitvoerig toegelicht was. Een kleiwarenfabriek brengt de platen aan die bij de heersende temperaturen in brand raken. De fabrikant van de platen stelt dat eiser niet op de brochures had mogen afgaan en zelf proeven had moeten nemen om de brandvrijheid te beproeven, en verder dat de platen onjuist aangebracht zijn. Het hof is van oordeel dat het mede gezien de gemaakte reclame, onrechtmatig is om platen als 'brandvrij' af te leveren die niet brandvrij zijn, terwijl ze dat voor het beoogde gebruik moesten zijn en de fabrikant dat wist. De laatste krijgt de bewijslast

12. Rb. Rotterdam 9 okt. 1987 *TMA* 98, nt Van Dunné, *Staat-Gem. Gouderak - Shell*. Het ging hierbij om informatie die Shell-Amerika had, en die toegankelijk geacht werd voor Shell-Nederland. Zie in dit verband ook het *asbest*-arrest (1990) boven, § 1, nr 6, § 9, nr 2.

13. Assemblée Nationale, nr 1395, *Projet de loi*, zie met name art. 1386-10 sub 4. Ook in het duitse wetsontwerp is dit verweer opgenomen, evenals in het engelse ontwerp.

14. Zie boven, §2, nr 2.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

ten aanzien van het onjuist aanbrengen van de platen. Door eiser hoefde niet gesteld te worden dat bij haar met valse gegevens of voorstellingen verwachtingen zijn gewekt, op grond waarvan eiser de bouwplaten betrokken heeft en de schade geleden heeft. Kortom, het simpel in het verkeer brengen van een ondeugdelijk produkt, waarvan men mag vertrouwen dat het niet gevaarlijk is.

Een spraakmakend arrest, waarbij de risico-grondslag aanvaard werd, evenals een onderzoek/controleplicht, is dat van Hof Amsterdam 27 juni 1957, *NJ* 1958, 104, *Ford*-arrest.

Dat lag ook enigszins voor de hand, aangezien het hier een kenbaar gebrek aan het produkt betrof, met andere woorden, de controle was tekort geschoten. Op dat punt komt het risico-element in het spel: Ford ontkent dat laatste niet, maar stelt dat zij is afgegaan en mocht afgaan op de controle van de onderdelen door het Amerikaanse moederbedrijf, en het nalaten van hercontrole op de (15 000) onderdelen niet verwijtbaar is. Het Hof Amsterdam acht dat evenmin verwijtbaar, maar wel een faktor die voor risico van Ford-Nederland komt, en formuleert dan een regel die aan *acetyleen-cylinder* doet denken. Ik laat hier de overwegingen uit dit belangrijke arrest volgen.

‘dat met de Rb. het hof hier alle elementen van onrechtmatige daad aanwezig acht, met name ook schuld aan de zijde van app., omdat het hier betreft een objectief duidelijk waarneembare en ernstige fabricagefout aan een, uit een oogpunt van verkeersveiligheid, zeer gewichtig onderdeel van de stuurinrichting van een auto, welk onderdeel om die reden niet in de auto had mogen worden gemonteerd;

dat het nu wel mogelijk, ja, alleszins begrijpelijk is, dat een dergelijke fout bij een bedrijfsvoering, als de massafabricatie in appellantes bedrijf vereist, aan de aandacht van hen door wier handen het onderdeel gaat ontsnapt, en het evenzeer begrijpelijk is, dat app. terwille van een economische bedrijfsvoering geen, althans geen intensieve hercontrole uitoefent op de haar door Ford Amerika geleverde onderdelen, maar dit dan voor risico van app. als autofabrikant geschiedt en deze economische massafabricatie haar niet ontslaat van de verplichting om, gelijk de Rb. het formuleerde, ervoor te waken, dat geen automobielen haar bedrijf verlaten en vervolgens aan het verkeer gaan deelnemen, waaraan fabricagefouten kleven van dusdanige aard, dat daardoor de veiligheid van het verkeer in ernstige mate in gevaar wordt gebracht; een verplichting, die inderdaad niet met zoveel woorden in de wet is neergelegd, maar terecht door de Rb. is gezien als een verplichting voorgeschreven door de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt;

dat hierbij goed dient te worden bedacht, dat het in casu niet gaat om een eigenschap van Fordauto's tengevolge van een nog onvolkomen techniek, maar om een zeer bepaald aanwijsbare fabricagefout aan het litigieuze onderdeel, een kunstfout dus, waardoor nu eenmaal een ernstig ongeluk is veroorzaakt;

dat appellantes contractuele aansprakelijkheid tegenover haar afnemers niet belet haar aansprakelijk te stellen voor schade aan derden overkomen door haar onrechtmatige daad;

dat de mogelijkheid van een dergelijk ongeluk als gevolg van het niet stuiken van de stuurkogelpen, blijkens het hierboven overwogene dat geen enkele autofabrikant het op klemspanning laat aankomen, objectief voorzienbaar was en aan deze voorzienbaarheid niet afdoet, dat een loslaten van de stuurkogel uit de stuurarm blijkbaar tot de allergrootste zeldzaamheden behoort. Hetgeen kennelijk trouwens een gevolg daarvan is, dat de fabrikanten van auto's, doordrongen van de betekenis van de onwrikbaarheid van de verbinding stuurkogel stuurarm, hiervoor een afdoende oplossing gevonden hebben’.

§6. PRODUKTENAANSPRAKELIJKHEID

Hoever de onderzoeksplicht gaat, gecombineerd met een waarschuwingsplicht, althans verplichting om overleg te plegen, bewijst het vonnis Rb. Rotterdam 23 dec. 1955, VR 1956, 85, *trekhaak*.

Een trekhaak van een vrachtauto-kombinatie was losgeraakt als gevolg van een ondeugdelijke constructie: de moeren van de bouten waren niet geborgd, terwijl van algemene bekendheid is dat een niet-geborgde moer door trillingen los kan lopen. Gedaagden, carrosserie- en wagenbouwers, hadden evenwel geen wijziging in de bestaande constructie aangebracht. De rb is van mening dat zij na verlenging van het chassis de ondeugdelijk geconstrueerde of gemonteerde trekhaak niet zonder meer op dezelfde ondeugdelijke wijze aangebracht had mogen worden. Zij hadden de verplichting, ook tegenover andere weggebruikers, om de opdrachtgever te wijzen op het door hen geconstateerde ernstige gebrek en nadere instructies te vragen. Vgl. ook Schut, 'Produktenaansprakelijkheid', 1974, p. 231.

Aldus de stand van de jurisprudentie aan het begin van de jaren zestig. Geen wonder dat de ontwerpers van Boek 6 NBW er in 1961 op wijzen dat 'de rechtspraak reeds geneigd is om zonder wettelijke steun de facto tot een omkering van de bewijslast te besluiten', waarbij verwezen wordt naar *acetyleen-cylinder*, *brandvrije bouwplaten*, en *Ford*. Dat is slechts een minimum-standpunt, in het eerste en het laatste arrest is zoals wij zagen het risikobeginsel gehanteerd, maar daar wilden de ontwerpers nog niet aan.¹⁵

5. De rechtspraak in de jaren '60 en '70. Moffenkit en Jumbo I en II

In de jaren zestig wordt deze tendens, die men de *acetyleen-cylinder*-regel kan noemen, bevestigd, ook bij contractuele produktenaansprakelijkheid. Dit is met name het geval in het *moffenkit*-arrest (NJ 1966, 279).

De casus is deze. De Gemeente Heemskerk geeft opdracht aan een aannemer, Van Hattum en Blankevoort, een riolering te leggen, die onder de waterspiegel komt te liggen. De rioleringsbuizen moeten aan elkaar gekit worden ('vaarseind' tegen 'moerseind' zoals dat ongecompliceerd heet) en de gemeente had als kit voorgeschreven HIM (of Nebiprofa). De aannemer volgt deze instructie, gebruikt HIM-moffenkit, en dan blijkt de riolering te lekken. Aangezien de gemeente dit ondeugdelijk materiaal had voorgeschreven, is naar algemene regels van burgerlijk recht (in het bouwrecht wordt er ook wel anders over gedacht, gezien de UAV) de gemeente aansprakelijk voor schade als gevolg daarvan. De gemeente was afgegaan op reclame van HIM over de kwaliteit van haar produkt, maar dat aspect laten wij hier buiten beschouwing (in feite had overigens de architect de kit voorgeschreven, hetgeen het afgaan op reclame in een wat merkwaardig licht stelt).

Nu verweert HIM zich met de (stereotype) stelling dat de kit van uitstekende kwaliteit is maar dat zij verkeerd is toegepast en bovendien de lekkage een andere oorzaak heeft, namelijk het gaan werken van de buizen door onvoldoende onderheien en anaarden. De gemeente stelt zich op het standpunt dat de moffenkit (ik heb mij een keer op college versproken) die HIM geleverd had ondeugdelijk was. Wie draagt hier de bewijslast? De Gemeente Heemskerk ageert overigens uit 1401. Moet zij de schuld van HIM aan het produceren en in het verkeer brengen van een ondeugdelijk produkt bewijzen, volgens het boekje? Het amsterdamse hof geeft *beide* partijen een bewijsopdracht (zie arrest).

15. Het ontwerp-Meijers (1961) gaat uit van schuld-aansprakelijkheid met omkering van de bewijslast art. 6.3.13. Hierbij wordt de formule gehanteerd 'als ware het gebrek hem (producent) bekend'.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Dan nu de hoge raad. Na overwogen te hebben - n.a.v. de grief dat het hof de eis van aan de dader te wijten schuld miskend heeft - dat in de omstandigheden besloten ligt dat te voorzien was dat als gevolg van de ondeugdelijkheid van de moffenkit de toepassing daarvan de gemeente aanmerkelijke schade zou toebrengen, vervolgt de HR:

‘dat voorts, nu HIM (de fabrikant) niet het verweer heeft gevoerd dat ondeugdelijkheid van het geleverde materiaal niet aan enige door haar begane fout of nalatigheid zou zijn toe te schrijven, het hof terecht niet de eis heeft gesteld dat met betrekking tot die ondeugdelijkheid bepaalde aan HIM te wijten fouten of nalatigheden komen vast te staan, doch *met het feit dat het geleverde ondeugdelijk was ook de schuld van HIM aan dat feit heeft aangenomen*’ (mijn curs.).

Nu had HIM voor het hof uitvoerig verweer gevoerd dat het deskundigenrapport van de gemeente, waaruit de ondeugdelijkheid van het moffenkit zou blijken, niet deugde (‘eenzijdig, onvoldoende waarborgen bij monsternamen, onvoldoende betrouwbare methodiek’). Het hof was echter aan die bewijsvoering voorbijgegaan, nu HIM zelf in haar bewijsopdracht niet geslaagd was, m.b.t. de ondeugdelijke aanleg van de riolering. Het verweer van HIM was derhalve niet verder aan bod gekomen. HIM had derhalve steeds staande gehouden dat haar kit deugdelijk was; de ondeugdelijkheid werd door het hof slechts op bewijstechnische gronden aangenomen. Dat maakt de geciteerde overweging van de HR des te opmerkelijker.

De conclusie moet luiden, dat de *acetyleen-cylinder*-regel, zoals ook al door Meijers, Van der Ven, e.a. verwoord, de overhand heeft bij deze uitspraak. Ook bij zaaksschade is derhalve het in het verkeer brengen van een ondeugdelijk produkt, indien het gebrek zich verwezenlijkt, *eo ipso* onrechtmatig - behoudens eventueel beroep op overmacht. In casu was dat laatste niet gedaan.

Naar aanleiding van dit arrest is overigens een discussie ontstaan of de hoge raad geanticipeerd heeft op art. 6.3.13 NBW, in die zin bijv. Bloembergen. Ik verwijs daarvoor naar Schut, die overigens terecht wijst op de omkering van de bewijslast naar geldend recht, waarvan ook de ontwerpers zijn uitgegaan.¹⁶

In de discussie die over dit arrest ontstaan is, wordt door veel schrijvers (o.m. Schut) er de nadruk op gelegd dat de door mij gecursiveerde overweging minder revolutionair is dan het lijkt, omdat de raad in eerdere overwegingen (niet door mij samengevat) de nadruk legt op de omstandigheid dat de gemeente is afgegaan op de door HIM gevoerde reclame, en dat dit voor het hof aanleiding was om niet van de gemeente te verlangen dat zij nader zou aangeven ‘aan welk bijzonder handelen of nalaten van HIM de ondeugdelijke levering te wijten is geweest’.

Ik ben nooit zo onder de indruk van dit argument geweest: het vestigen van een gunstig beeld van een produkt door reclame kan uiteraard meewegen, maar is toch niet meer dan een bijkomende faktor. Zou je zonder reclame te maken wel een slecht produkt mogen verkopen? Veel belangrijker is echter, dat het uitzonderlijke karakter van deze uitspraak, die speculaties over het NBW oproep, slechts aanwezig is voor degenen die de vroegere rechtspraak niet kent. Dan komt dit als een schok; het vormt echter geen breuk met de oudere jurisprudentie, die boven besproken werd.

Een arrest dat veel meer met het onderhavige onderwerp geassocieerd zal worden, en al enkele keren genoemd werd, is *Jumbo*, inzake de lekkende warmwaterkruik.¹⁷ Inderdaad een uitspraak met jumbo-afmetingen, die ons recht

16. Zie Schut, diss. p. 256, en in deze zin ook H. Beekhuis *Produktaansprakelijkheid*, in: Beekhuis-bundel, 1969, p. 29, op p. 36.

17. HR 2 febr. 1973 *NJ* 315, nt HB; *AA* 1973, p. 362 nt 6.

§6. PRODUKTENAANSPRAKELIJKHEID

in één keer op Europees niveau gebracht heeft, al is dit zeker geen eindpunt van een ontwikkeling. Met dit arrest heeft ons recht aansluiting bij het Duitse recht gekregen;¹⁸ het Franse recht loopt nog verder vooruit op ons, met zijn risico-aansprakelijkheid. In *Jumbo* komt de Hoge Raad tot een schuld aansprakelijkheid met zeer streng gehanteerde normen van zorgvuldigheid, een impliciete waarschuwingsplicht, en omkering van de bewijslast. Het is nog steeds een standaard-arrest.¹⁹

Kort na haar geboorte wordt bij Tamara Uiterd door de kraamzuster een kruik met heet water gelegd; deze kruik hadden de ouders kort tevoren gekocht bij de drogist; het merk was Jumbo en hij was voorzien van een zgn. patentsluiting. Na korte tijd bleek dat de kruik was gaan lekken, waardoor de baby zware brandwonden had opgelopen die gedurende geruime tijd chirurgische ingrepen noodzakelijk zouden maken. De ouders Uiterd waren tegen ziektekosten verzekerd bij het Gemeentelijk Assurantiefonds van de Gemeente Amsterdam, en deze treedt als eiseres op tegen de Jumbo Pompenfabriek.

Voor een goed begrip van de overwegingen van de HR moet men kennis nemen van het arrest van het hof Arnhem. Het hof laat zich sterk leiden door de argumenten die Jumbo ontleent aan de vakliteratuur over kraamzorg en aan een ingesteld TNO-onderzoek naar het lekken van kruiken met zgn. patentsluiting (24 stuks). Uit het eerste volgt dat het een 'ervaringsregel' is dat bedkruiken, van welke soort sluiting ook voorzien, soms kunnen lekken, en dat dit 'gevaar' voor een groot gedeelte afhangt van de wijze waarop de gebruiker met de kruik omgaat. Men dient dan ook veiligheidsmaatregelen te nemen. Het TNO-rapport leidt tot de conclusie dat het lekken van een dergelijke kruik een toevallige gebeurtenis is en dat een afdoende controle op lekvrijheid van kruiken als hier bedoeld praktisch niet te verwezenlijken is (ov. 14). Daarmee staat voor het hof vast dat aan de zijde van Jumbo noch van voldoende voorzienbaarheid als van voldoende schuld sprake is (ov. 16).

In cassatie voert eiseres aan, dat de oorzaak van het lekken van de onderhavige kruik gezocht moet worden in het slecht op elkaar passen van de schroefdraad in de dop en die in de zitting van de kruik (de dop kwam overigens van een toeleverancier). Het zwaar lopen bij het aandraaien (aldus TNO) hield verband met het overwinnen van de wrijving tussen beide schroefdraden, en niet met het aanbrengen van 'contactdruk tussen drukplaat en zitting', d.w.z. met goed sluiten - in mensentaal. De eiseres klaagt dat het hof geen uitspraak heeft gedaan over het concrete gebrek bij deze kruik, en heeft daarmee succes bij de HR.

De Raad geeft eerst een samenvatting van de overwegingen van het hof, en stelt dat de klacht daarover gegrond is: het hof is niet ingegaan op het *concrete gebrek* aan de kruik, zoals in het middel omschreven, het zwaar lopen van de schroefdraden van kruik en dop. Dan volgt een overweging over de schuldvraag:

'O. aangaande onderdeel II:

dat dit onderdeel een bestrijding inhoudt van de door het hof m.b.t. de voorzienbaarheid van het onderhavige ongeval en de schuld van de fabrikant toegepaste maatstaven;

dat bij de beoordeling daarvan in aanmerking moet worden genomen dat het tot Jumbo gerichte verwijt niet betreft de soort van de door Jumbo in het verkeer gebrachte kruiken in het algemeen, maar een concreet ten aanzien van de litigieuze kruik als oorzaak van het ongeval aangewezen gebrek;

18. Zie het Duitse standaard-arrest *Hühnerpestfall*, BGH 26 nov. 1968 *JZ* 1969, p. 387, nt Deutsch; *NJW* 1969, p. 269, nt Diederichsen; besproken bij Schut, *p.a.*, p. 183.

19. Knottenbelt heeft zware kritiek op de weergave van de jurisprudentie van de HR door Hartkamp, die de zware bewijslast van de eiser in produktenaansprakelijkheids-zaken breed uitmeet, diss. p. 7 (A-H III, nr 201 v.).

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

dat voor de beoordeling van dit verwijt de door het hof aangelegde maatstaven, welke zijn afgestemd op bedkruiken in het algemeen of op bedkruiken van de door Jumbo geproduceerde soort in het algemeen, - wat daarvan overigens zij - niet passen;

dat toch, indien - zoals in het onderhavige geval is gesteld - van een tot een bepaalde soort behorend produkt een bepaald exemplaar met een concreet gebrek in het verkeer is gebracht en een bij het gebruik van dat exemplaar ingetreden ongeval aan dat gebrek is te wijten, de fabrikant, zo aan de voorwaarden voor zijn aansprakelijkheid overigens is voldaan, er zich ter bestrijding daarvan in het algemeen niet op zal kunnen beroepen dat het ongeval niet zou zijn voorgevallen, zo alle voorzorgsmaatregelen in acht waren genomen, welke de schadelijke werking van dat gebrek hadden kunnen voorkomen, en dat hij had mogen verwachten dat die voorzorgsmaatregelen wèl in acht zouden worden genomen;

dat immers voor het bepalen van de kans op ongelukken als gevolg van dergelijke gebreken waarmee de fabrikant bij de van hem te vergen zorgvuldigheid rekening moet houden, niet slechts moet worden gelet op die gebruikers, die bij het hanteren van betreffende produkten alle voorzorgsmaatregelen in acht nemen, die geëigend zijn ter voorkoming van ongelukken ten gevolge van mogelijk voorkomende gebreken, maar op het gehele publiek, waarvoor die produkten zijn bestemd en waarvan een gedeelte het nemen van die voorzorgsmaatregelen zal nalaten;

dat voorts, wat betreft 's Hof's opvatting dat van voldoende schuld van de fabrikant geen sprake is als gevolg van de omstandigheid dat afdoende controle op lekvrijheid van kruiken van de onderhavige soort niet is te verwezenlijken, die opvatting ten aanzien van bedkruiken van de onderhavige soort in het algemeen begrijpelijk is, gezien de door het hof overgenomen algemene conclusie van het TNO-rapport, volgens welke er bij die soort een samenspel van een aantal factoren nodig is om de kruiksluiting tot lekken te brengen en het tegelijkertijd en in de juiste combinatie optreden van die factoren een toevallige gebeurtenis is; dat die motivering echter niet duidelijk maakt dat geen maatregelen mogelijk zijn die kunnen voorkomen dat kruiken met een concreet gebrek als hier gesteld, worden geproduceerd en in het verkeer gebracht;

dat het hof met het oog op dat gebrek had moeten onderzoeken of de onderhavige kruik een zodanig gevaar opleverde dat deze niet in het verkeer had mogen komen en of aannemelijk was dat het niet aan de schuld van Jumbo was te wijten dat dit wèl is geschied'.

Deze uitspraak is in verschillende opzichten een standaard-arrest voor de produktenaansprakelijkheid. De hoge raad geeft in principieel gestelde overwegingen aan dat een producent zich niet kan verschuilen achter het argument dat de gebruiker het produkt verkeerd toegepast heeft of nagelaten heeft voorzorgsmaatregelen te treffen. Hij moet 'rekening houden' met de onoplettende consument. De verplichtingen die hieruit af te leiden zijn, betreffen allereerst de productie zelf, de controleplicht. De formulering die de raad daarbij hanteert is een echo van *acetyleen-cylinder*, uit 1933, en de jurisprudentie die daarop volgde.

Een tweede verplichting die mijns inziens uit dit arrest af te leiden is, is dat de producent de plicht heeft op mogelijke gevaren bij gebruik van het produkt te wijzen; een *waarschuwingsplicht* (hetgeen door het hof uitdrukkelijk ontkend was). Indien men deze interpretatie van het arrest te ver vindt gaan, is er geen man over boord, aangezien de hoge raad een dergelijke plicht met zoveel woorden aanvaardt in het nog te bespreken *Halcion*-arrest van 1989.²⁰

Het kan zich voordoen, dat alleen waarschuwen onvoldoende is om de kans op schade te verkleinen, een verdergaande verplichting - in het Amerikaanse

20. Knottenbelt heeft kritiek op mijn opvatting over *Jumbo* (*Suppl. 1986*, p. 45; zie thans boven, Hfdst.10, §2, nr 7), zie diss. p. 16.

§6. PRODUKTENAANSPRAKELIJKHEID

recht al aanvaard - is dat men het *ontwerp* van zijn produkt afstemt op de onoplettende gebruiker en de daaruit voortvloeiende gevaren. Met andere woorden, het constructiegebrek.²¹ In Duitsland spreekt men wel van 'Idiotensicher' zijn van het produkt; ook hier zal men grenzen moeten trekken; dom is nog niet hetzelfde als roekeloos.

In zijn laatste overweging aanvaardt de hoge raad een omkering van de bewijslast, naar algemeen wordt aangenomen. Daarbij wordt gesproken van 'aannemelijk zijn'; in zijn noot wijst Van der Grinten erop dat dit een lichter vereiste is dan gewoon bewijzen. Wij kwamen deze figuur al eerder tegen, en zagen dat in het moderne bewijsrecht dit onderscheid weinig relevant meer is.²²

Hoe liep de Jumbo-zaak af? Het Hof Amsterdam zorgt bij de afhandeling na verwijzing voor een verrassing wat die bewijsproblematiek betreft.²³ Het hof overweegt:

'dat voorts, nu Jumbo c.s. zelf hebben gesteld dat alle kruiken, voordat zij het bedrijf van Jumbo verlieten werden gecontroleerd o.m. op het gemakkelijk draaien van de dop op de kruik, zij bezwaarlijk zich erop kunnen beroepen, dat ook het voorkomen dat een kruik met een dergelijk gebrek in het verkeer zou worden gebracht buiten het raam van de redelijkerwijs voor haar aan te nemen mogelijkheden lag, en zij dan ook ten onrechte er een beroep op doen, dat Jumbo, althans haar personeel dat met die controle was belast en waarvoor Jumbo aansprakelijk is, geen schuld heeft aan het in het verkeer brengen van deze kruik met dit gebrek;

dat enige bewijslevering dienaangaande, van welke van beide pp. dan ook, overbodig is en ieder daartoe strekkend aanbod wordt gepasseerd.'

Het is een goed voorbeeld van hoe een partij 'aan haar eigen stellingen opgehangen wordt', en alle bewijs overbodig is. Wel een apotheose, na een procedure van zes jaar. Men ziet maar weer dat het recht niet zo ingewikkeld hoeft te zijn als het er uitziet.²⁴

21. Zie de voorbeelden die Gibson, t.a.p. p. 7 geeft. Instructief is de zaak *Johnson v. Standard Brands Paint Co.*, 79 Cal. Rptr. 194 (1969). Een ladder die achterstevoren tegen een muur geplaatst was klapte in; het verweer dat de gebruiksaanwijzing niet opgevolgd was werd verworpen. Een dergelijk gebruik achtte de rechter mogelijk en voorzienbaar. Men staat immers niet stil bij de grote gevolgen die een dergelijk gebruik, afwijkend van instructies van de fabrikant, kan hebben - nog afgezien van het probleem van ongelezen instructies.

22. Zie boven, §1 nr 6.

23. Hof Amsterdam 1 mrt 1974 *NJ* 486, *Jumbo II*.

24. Men vraagt zich af of het afgaan van de koper op de benaming 'patentsluiting' geen gewicht in de schaal had kunnen werpen. Immers, ook al zijn de lek-problemen van kruiken in het algemeen bekend, zo'n beschrijving van een kruik wekt de verwachting dat deze fabrikant dat probleem onder de knie heeft. Wij zijn dan op de grens van de aan een produkt verbonden garantie, een leerstuk dat in het franse recht zo sterk ontwikkeld is, en waar veel voor te zeggen valt.

Overigens heeft de bewijsmethode die het amsterdamse hof hier toepast beroemde voorlopers, zoals de *Escola v. Coca Cola* zaak, wat het controleren van de flesjes betreft. De fabrikant stelde met nadruk dat hij *nieuwe* flesjes uitvoerig testte op breuk, glasdikte, etc. Desgevraagd bleek hij dat niet te doen met *oude*, ingeleverde flesjes want dat werd te duur. En toen hing-ie.

Voor een recente toepassing van de bewijsmethode in onze rechtspraak, in het milieurecht, zie *Haagse gasfabriek*, HR 13 nov. 1987 *TMA* 1988, 83, nt Van Dunné.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Nog enkele opmerkingen over waarschuwingsplicht en de verplichting van het toepassen van een veilig ontwerp, een variant op het eerste is de 'waarschuwing achteraf', de zgn. *produkt recall*, of terugroep-verplichting. Men benadert de gebruikers van verkochte produkten rechtstreeks via het klantenbestand, of via de media - 'even een extra ringetje laten aanbrengen bij de veiligheidsriem', en dergelijke. Dat brengt uiteraard kosten met zich, soms zeer hoge, en zoals wij in de Ford Pinto-affaire zagen, kan de producent daardoor weerhouden worden om tot terugroepen over te gaan. Hierbij doen zich ook verzekeringsvragen voor: vallen dergelijk kosten onder de WAB-polis? Men zie voor die materie verder Knottenbelt diss. p. 157 v.

De verplichting een ontwerp te verbeteren met het oog op de veiligheid, indien er zich in de praktijk problemen hebben voorgedaan, kwam hierboven al even ter sprake, met de Ford Pinto-zaak als makaber voorbeeld. Hoe toch ook de kosten kunnen oplopen indien de producent weigert het produkt aan te passen, blijkt uit de Dalkon-schild-affaire door Knottenbelt besproken (p. 170). Dit voorbehoedsmiddel bestaat uit een schildje, waaraan een koordje bevestigd is. Dat koordje veroorzaakte infecties, met ziekten en soms dodelijke slachtoffers tot gevolg. In het begin van de jaren zeventig werden er van dit spiraaltje 3,6 mln stuks verkocht; er vielen tienduizenden slachtoffers. De Amerikaanse fabrikant, A.H. Robins Co., was niet bereid om een veiliger koordje aan te brengen, dat 10% van de verkoopprijs van \$ 5 gekost zou hebben. En nu de schadevergoedingskosten: die bedroegen in 1985 al \$ 500 mln, vervolgens werd een reservering gemaakt van \$ 2,5 miljard in een trustfonds, voor de afwikkeling van de claims, deze liepen op tot \$5 miljard. Onder de 200.000 vrouwen die de (failliete) fabrikant aangesproken hebben bevonden zich 1.500 Nederlandse vrouwen.

6. *Meer recente rechtspraak van de hoge raad: Halcion-arrest (1989). Aansprakelijkheid voor medicijnen*

Met het arrest van de hoge raad inzake het slaapmiddel Halcion wordt een stap verder gedaan op het gebied van produktenaansprakelijkheid.²⁵ Het belang van het arrest is, dat voor het eerst een vorm van risk/benefit analysis in de rechtspraak aanvaard is, en daarnaast is de waarschuwingsplicht ook op dit terrein gehanteerd. Wat de grondslag van de aansprakelijkheid betreft is de uitspraak niet erg revolutionair; men hoefde in casu ook niet verder te gaan dan de schuld-aansprakelijkheid, gezien de feitelijke vaststelling van het hof. In de weergave daarvan kan misverstand ontstaan aangezien de hoge raad enkel spreekt van het 'bekend zijn met mogelijk ernstige bijwerkingen' van het medicijn, terwijl het hof gesproken had van 'de mogelijkheid voorzien of dienen te voorzien' (ov. 8, in fine). De raad verwijst naar ov. 16 van het hof, waar slechts de erkenning van het bekend zijn met de bijwerkingen door de producent in het geding was. Dan volgen nu een korte weergave van de casus en de kernoverwegingen van de hoge raad.

Halcion is een veel gebruikt slaapmiddel in ons land; in 1979 sloeg een Haagse psychiater alarm, via de vakpers en televisie, omdat het middel onder zijn patiënten veel ernstige bijverschijnselen vertoonde (o.m. suïcidale neigingen). Grote publiciteitsgolf volgt, en er komen 600 meldingen van schadelijke werking binnen. In 1980 wordt de registratie doorgehaald (hetgeen in 1985 op last van de RvSt ongedaan gemaakt is), en 41 patiënten spannen een procedure aan. Voor het rb.-vonnis, zie Schut, *o.d.*, p. 157. De procedure spitst zich toe op

25. HR 30 juni 1989 *NJ* 1990, 652, nt CJHB; *TvC* 1989, p. 354, nt Snijders.

§6. PRODUKTENAANSPRAKELIJKHEID

de dosering van de pillen (te hoog) en op het ontbreken van waarschuwingen voor mogelijk ernstige bijverschijnselen.

Terzijde, Halcion is het meest verkochte slaapmiddel ter wereld, het is in 85 landen verkrijgbaar. De fabrikant, Upjohn, stelt dat nergens ter wereld dergelijke ernstige bijwerkingen gerapporteerd zijn, bij 40 mln 'patiënten-maanden' ervaring en 117 onderzoeken (NRC 8 aug. 1990).

Hier volgen de overwegingen van de HR:

4.4.2. De onderdelen 2, 4 en 5 bevatten klachten over de door het hof gehanteerde norm en monden uit in de volgende formulering van de norm die het hof had moeten toepassen: 'Rechtens is een geneesmiddel, althans een geregistreerd geneesmiddel dat slechts op doktersrecept verkrijgbaar is als het onderhavige, gebrekkig - en kan het in de handel brengen daarvan in geval van verwijtbaarheid tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad jegens gebruikers/consumenten leiden - indien aard en ernst van mogelijke schadelijke bijwerkingen en de grootte van de kans daarop zodanig zijn dat deze door de ernst van de ziekte of kwaal die het middel bedoelt te genezen of bestrijden niet worden gerechtvaardigd, mede gelet op alle verdere omstandigheden, zoals de effectiviteit van het middel in het algemeen, de wijze van produktinformatie en de effectiviteit en (potentiële) schadelijkheid van substitueerbare middelen'.

De klachten falen omdat het hof deze norm in feite heeft toegepast.

Het hof heeft - slechts in zoverre de maatstaf van de EEG richtlijn inzake produktenaansprakelijkheid gebruikende - geoordeeld dat een geneesmiddel gebrekkig is 'wanneer het niet de veiligheid biedt die de gebruiker/consument gerechtigd is te verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen'. Dit oordeel is juist.

Bij de toepassing van deze maatstaf heeft het hof, dat (zoals hiervoor in 4.3 is overwogen) voorlopig is uitgegaan van de juistheid van de stelling dat gebruik van Halcion de ernstige bijverschijnselen teweeg kan brengen die het hof in zijn r.o. 3 opsomt, het risico daarvan afgewogen tegen het positieve effect van het middel, te weten het bestrijden van de (door het hof niet ernstig geachte) kwaal van slapeloosheid. Daarbij heeft het hof - zoals uit de verdere overwegingen van het arrest blijkt - alle omstandigheden die in de door de onderdelen bedoelde norm worden genoemd in aanmerking genomen:

de door Upjohn gestelde geringe frequentie van die ernstige bijverschijnselen enerzijds (r.o. 17), het bestaan van ongevaarlijke andere slaapmiddelen anderzijds (r.o. 5), en de produktinformatie (r.o. 8).

Voor wat betreft de aansprakelijkheid van Upjohn heeft het hof niet de maatstaf van de richtlijn aangehouden, maar heeft het onderzocht of Upjohn een onrechtmatige daad heeft gepleegd door het middel op de wijze als zij heeft gedaan in het verkeer te brengen, waarbij het hof voor wat betreft de verwijtbaarheid met name van belang heeft geacht in hoeverre Upjohn met de mogelijke ernstige bijwerkingen bekend was (r.o. 16).

4.4.3 Onderdeel 3 komt tevergeefs op tegen een feitelijk, niet onbegrijpelijk oordeel van het hof, dat geen nadere motivering behoefde.

4.4.4 De onderdelen 6 en 7 falen eveneens. Zij miskennen dat het hof bij zijn oordeel over bijverschijnselen waarvoor de fabrikant dient te waarschuwen het oog heeft op ernstige bijverschijnselen als hier - veronderstellenderwijs - aan de orde zijn en waarvan de ernst naar 's hofs oordeel meebrengt dat daarvoor moet worden gewaarschuwd ook indien de frequentie daarvan gering is. 's Hofs oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.'

Zoals men ziet, neemt de hoge raad de 'risiko-baten analyse', zoals in het cassatiemiddel voorgesteld, over en is van oordeel dat het hof die methode gehanteerd heeft. Ik verwijs voor die methode verder naar hetgeen eerder hierover opgemerkt is.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Schade als gevolg van medicijnen heeft in verschillende landen al tot het vormen van een schadefonds geleid, of tot een systeem van verzwaarde risico-aansprakelijkheid, bijvoorbeeld zonder een beroep op 'state of the art'. Aldus, met enige nuances, de wetgeving in Zweden, Japan en Duitsland.²⁶ Het lijkt erop of onze hoge raad in de Halcion-zaak eveneens op de strenge toer is, zij het dat de zaak juridisch-technisch eenvoudig lag, doordat Upjohn de bekendheid met de bijwerkingen erkend had. Blijkens het NRC-bericht stelt de fabrikant echter dat alle vergelijkbare slaapmiddelen die bijwerkingen kennen.²⁷

Er zijn nog meer medicijnen die regelmatig de pers halen, met inbegrip van de juridische pers. Over de stand van zaken met betrekking tot het anti-depressivum *Prozac* heeft Knottenbelt onlangs bericht over de procedures die tegen Eli Lilly gevoerd zijn, de zaken *Potter* en *Fentress*, waarbij de integriteit van de gerechtelijke procedure en de betrokken rechter in het geding waren.²⁸

De laatste jaren heeft de hoge raad enkele uitspraken gedaan inzake produktenaansprakelijkheid waarbij het oude recht van toepassing was, maar die naar huidig recht op soortgelijke wijze beslist zouden zijn. Daarbij was steeds de bewijslastverdeling het springende punt; naar oud BW en ook volgens art. 6:188 moet het slachtoffer het gebrek aan het produkt bewijzen. Daarnaast bepaalt art. 6:185 lid 1 sub *b* dat op de producent de bewijslast rust om aan te tonen dat het gebrek nog niet bestond toen hij het in het verkeer bracht. Ook de stelplicht van de producent is daarop gericht, hetgeen slordig procederende partijen uit het oog kunnen verliezen (de stelplicht is doorgaans een onderbelicht deel van het processuele steekspel). Als de gedaagde in het vage blijft met zijn stellingen, kan hem dat opbreken.

26. Vgl. daarover Fleming, 1992 p. 13; 1988, p. 15; Knottenbelt, p. 196 v. Het Zweedse recht kent ook een vergoeding van smartegeld toe. Engeland kent een fonds voor letselschade als gevolg van invaccinatie: Vaccine Damage Payments Act 1979. Idem de VS: National Childhood Vaccine Injury Act, 1986.

In Engeland is overigens nog nooit een actie tegen een farmaceutisch bedrijf succesvol geweest (wel een settlement in 1987, tegen Eli Lilly, inzake 'Opren'), vgl. Dias and Markesinis, p. 51. Dit i.t.t. het Amerikaanse recht, vgl. Fleming, 1988, p. 15. Deze wijst n.a.v. de Dalkon-affaire op de gevaarlijke ontwikkeling dat voorbehoedsmiddelen (ook de pil) steeds moeilijker verkrijgbaar zijn. Het verbod op nieuwe technologie zou op den duur wel eens contraproductief kunnen zijn op het gebied van veiligheid van medicijnen, stelt hij.

27. In dit geval was duidelijk dat de eisers het merk van gedaagde gebruikten. Vaak is juist het probleem, de vaststelling dat de consument een dergelijk middel gebruikt heeft (alles lijkt tegenwoordig op elkaar, van buiten, maar ook van binnen - ik bedoel produkten), en dan komen wij in het vaarwater van het DES-middel. Zoals bekend is hierover al geruime tijd in de VS veel te doen; intussen hebben ook wij een DES-arrest, HR 9 okt. 1992, waarin de vordering van eiseressen werd toegewezen. Deze problematiek, in samenhang met meerdaderschap en groepshandeling, kwam boven uitvoerig aan de orde, p. 386 v.

Zie voor een vervolg-uitspraak in de *Halcion*-zaak: HR 20 sept. 1996, *NJ* 1997, 328, n.a.v. eindarrest van het hof, 25 april 1995.

28. J. Knottenbelt, *Een vasthoudende rechter tegen Eli Lilly and Company*, in: Van Dunné-Bundel, 1997, p. 201. In het geding is de vraag of het gebruik van Prozac tot gewelddaden kan aanzetten; de aanleiding was een drama in Kentucky in 1989 waarbij Wesbecker na een Prozac-kuur 20 mensen op het bedrijf van zijn vroegere werkgever neergeschoten had, alvorens zelfmoord te plegen.

§6. PRODUKTENAANSPRAKELIJKHEID

De hier volgende arresten zijn een illustratie daarvan; bovendien onderstrepen zij het nut van het gebruik van het bewijs door vermoedens door de feitelijke rechter, hetgeen de instemming van de cassatierechter heeft, met het voor de slachtofferbescherming heilzame gevolg dat de bewijslast omgekeerd mag worden. Allereerst volgt hier het *Pepsi Cola*-arrest van 1993; de casus wordt duidelijk uit de aangehaalde overwegingen van de hoge raad, evenals de beslissing.²⁹

‘1. Het geding in feitelijke instanties

Eiser tot cassatie - verder te noemen: Leebeek - heeft bij exploit van 26 mei 1989 verweerster in cassatie - verder te noemen: Vrumona - gedagvaard voor de Rechtbank te Utrecht en gevorderd Vrumona te veroordelen om aan Leebeek te betalen diens schade, nader op te maken bij staat, een voorschot op de schadevergoeding van f 5000 en een bedrag van f 2040 voor pre-processuele bijstand, te vermeerderen met de verschuldigde BTW.

Nadat Vrumona tegen de vorderingen verweer had gevoerd, heeft de rechtbank na opgedragen bewijs aan Leebeek bij vonnis van 6 maart 1991 diens vorderingen afgewezen.

Tegen dit vonnis heeft Leebeek hoger beroep ingesteld bij het Hof te Amsterdam.

Bij arrest van 2 april 1992 heeft het hof het bestreden vonnis bekrachtigd.

(...)

3. Beoordeling van het middel in het principaal beroep

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

Leebeek heeft op 10 sept. 1988 snijwonden aan zijn linkerhand opgelopen, als gevolg waarvan hij medische behandeling heeft moeten ondergaan.

Leebeek heeft deze verwondingen opgelopen terwijl hij een fles Pepsi Cola trachtte te openen, bij welke behandeling de hals van de fles is afgebroken.

Vrumona brengt flessen van het merk Pepsi Cola op de Nederlandse markt.

Leebeek heeft schadevergoeding van Vrumona gevorderd op grond van wanprestatie dan wel onrechtmatige daad van Vrumona, daarbij stellend dat de kwetsuur van zijn linkerhand zonder meer het directe gevolg is van gebreken aan de fles en/of de sluiting van de fles, die hij wilde opendraaien.

Vrumona heeft ontkend dat de schade is veroorzaakt door een fles Pepsi Cola, en gesteld dat Leebeek dient te bewijzen dat het breken van de fles is te wijten aan een gebrek in de fles, dat dit gebrek reeds bestond toen de fles werd geleverd, en dat het produkt normaal, dus overeenkomstig zijn bestemming, is gebruikt.

3.2. De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 6 juni 1990 Leebeek opgedragen te bewijzen dat hij op normale wijze een fles Pepsi Cola heeft geopend of heeft willen openen en dat daarbij de hals van de fles is afgebroken, als gevolg waarvan hij zijn linkerhand heeft verwond.

Na getuigen te hebben gehoord, heeft de rechtbank bij eindvonnis de vorderingen van Leebeek afgewezen uitsluitend op grond van haar oordeel dat Leebeek niet erin is geslaagd te bewijzen dat het een fles van het merk Pepsi Cola betrof.

3.3. Het hof heeft Leebeek wel geslaagd geacht in het bewijs dat het een fles van het merk Pepsi Cola betrof, maar niettemin het eindvonnis van de rechtbank bekrachtigd, oordelend dat het bewezene onvoldoende is voor toewijzing van de vordering, daar immers in rechte ook moet komen vast te staan dat de betreffende Pepsi Cola fles een gebrek vertoonde (r.o. 4.4 en 4.5). Voor deze gebrekkigheid is geen bewijs voorhanden. Het bewijs hiervan rust op Leebeek, aldus het hof (r.o. 4.6).

3.4. Vooropgesteld moet worden dat in deze zaak art. 1401 BW (oud) van toepassing is, zoals ook door de rechtbank in haar tussenvonnis is overwogen.

(...)

29. HR 24 dec. 1993, NJ 1994, 214, *Leebeek - Vrumona*. Vgl. L. Dommering-van Rongen, WPNR 6141 (1994), p. 429; J. Knottenbelt, in: *Milieu en aansprakelijkheid, Serie Aansprakelijkheidsrecht*, Deel 2, 1994, p. 92 v.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

3.6. Het middel voert in de tweede plaats een motiveringsklacht aan tegen 's hofs oordeel dat het bewijs van het feit dat de betreffende Pepsi Cola fles een gebrek vertoonde, op Leebeek rust.

Deze klacht is gegrond. Leebeek heeft gesteld en te bewijzen aangeboden dat de hals van de fles is afgebroken, terwijl hij de fles op normale wijze trachtte te openen. De rechtbank heeft hem het bewijs hiervan opgedragen, maar is, na verhoor van getuigen, door de hiervoor in 3.2 aangegeven wijze van afdoening van de zaak niet meer toegekomen aan beantwoording van de vraag of Leebeek is geslaagd in het bewijs dat hij de fles op normale wijze trachtte te openen.

Het hof heeft geoordeeld dat op Leebeek de bewijslast rust omtrent het feit dat de betreffende fles een gebrek vertoonde, en dat voor deze gebrekkigheid geen bewijs voorhanden is, zodat de vordering van Leebeek niet toewijsbaar is. Dit oordeel is onvoldoende gemotiveerd nu het hof daarbij is voorbijgegaan aan de vraag of Leebeek is geslaagd in het bewijs dat hij de fles op normale wijze trachtte te openen. Het hof mocht daaraan niet voorbijgaan, omdat, indien Leebeek in dit bewijs geslaagd moet worden geoordeeld, in de in dat geval vaststaande toedracht besloten ligt dat de schade is veroorzaakt door een gebrek van de fles, behoudens de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden waaruit iets anders zou volgen, waaromtrent het hof evenwel niets heeft vastgesteld, en behoudens door Vrumona te leveren tegenbewijs.

4. Beoordeling van het middel in het incidenteel beroep

4.1. Het middel klaagt dat het hof heeft miskend dat voor de toewijsbaarheid van de vordering van Leebeek niet alleen vereist is dat komt vast te staan dat de betreffende fles een gebrek vertoonde, maar ook

(I) dat dit gebrek reeds bestond toen deze fles door Vrumona in het verkeer werd gebracht;

(II) dat het daarmee samenhangende gevaar niet eerder is of kon worden ontdekt;

(III) dat de fles normaal, dus overeenkomstig zijn bestemming, is gebruikt;

het middel voegt hieraan toe dat de bewijslast met betrekking tot deze feiten en omstandigheden op Leebeek rust.

4.2. Het middel faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. Het hof heeft zich over de in het middel genoemde punten niet uitgelaten omdat het aan een oordeel daarover niet is toegekomen, daar het reeds het bestaan van een gebrek niet als vaststaand heeft aangenomen en daarop de vordering heeft afgedaan.

Na verwijzing zal punt (iii) in zoverre nog aan de orde komen, dat, zoals hiervoor onder 3.6 overwogen, de vraag of Leebeek is geslaagd in het bewijs dat hij de fles op normale wijze trachtte te openen, nog moet worden beantwoord. Voor het overige kunnen de in het middel genoemde punten (i), (ii) en (iii) na verwijzing niet meer aan de orde komen omdat de stelplicht en de bewijslast met betrekking tot het tegendeel van de daarin genoemde omstandigheden op Vrumona rusten en Vrumona geen feiten hieromtrent heeft gesteld.³⁰

In een uitspraak uit 1996 borduurde de hoge raad voort op het *Halcion*-arrest (1989): *DuPont de Nemours - Hermans*.³¹ Het arrest leest als een opfriscursus voor producenten van gebrekkige produkten, die denken zich achter het klassieke schuldvereiste en een zware bewijslast van de eiser te kunnen verschuilen. Het ging hier om zaaksschade van een rozenkweker die zijn rozen met een insecticide bespoten had, hetgeen naderhand platspuiten bleek te zijn ge-

30. Mevr. Dommering, t.a.p., wijst erop dat naar Duits recht niet alleen een controleverplichting op de producent rust, maar ook een documentatieplicht ('Befundungspflicht'). Ook indien die laatste verplichting geschonden is, en de producent dus niet kan aantonen dat hij controle op de productie uitgeoefend heeft, kan de rechter tot omkering van de bewijslast overgaan.

31. HR 6 dec. 1996, *NJ* 1997, 219.

§6. PRODUKTENAANSPRAKELIJKHEID

weest, en als gevolg daarvan met een miljoenen-schade geconfronteerd werd (hij vraagt een voorschot op zijn nader vast te stellen schade van f 2,5 mln). Een instructieve uitspraak, ook voor niet-producenten en rozenliefhebbers in het algemeen. De casus en de beslissing komen weer uit het volgende citaat uit de *NJ* naar voren.

‘3.1. In cassatie moet van het volgende worden uitgegaan.

(i) Hermans heeft in april 1982 bij de Coöperatieve Tuinbouw Aankoop Vereniging BA ‘Aalsmeer’ een aantal containers Vydate L gekocht en dit middel in haar rozenkwekerij gebruikt ter bestrijding van parasieten.

(ii) In de loop van 1982 is een groot percentage van de met het middel behandelde rozenstruiken volledig afgestorven en zijn andere ernstig aangetast. Daardoor is door Hermans, die, naar zij stelt, als gevolg hiervan haar bedrijf heeft moeten verkopen, aanzienlijke schade geleden.

(iii) Deze schade is veroorzaakt doordat de gebruikte Vydate L verontreinigd was met Hexazinon.

(iv) De Vydate L was in het verkeer gebracht door Du Pont. De verontreiniging is het gevolg geweest van een menselijk falen in een Duitse onderneming, Foncal, waaraan de desbetreffende fase van het productieproces - de herverpakking in kleinere hoeveelheden, geschikt en bedoeld voor een uiteindelijke gebruiker - was uitbesteed.

3.2. Het Hof heeft de vordering van Hermans, strekkende tot het verkrijgen van vergoeding voor voormelde schade, toegewezen geacht. Daartegen richt het middel een reeks klachten. Deze komen erop neer dat het Hof slechts heeft onderzocht of tussen het gebruik van de van Du Pont afkomstige Vydate L - waarvan Du Pont had ontkend dat het tot de met Hexazinon verontreinigde partij behoorde - en de schade van Hermans causaal verband bestaat en aldus heeft miskend dat Du Pont uitdrukkelijk het verweer heeft gevoerd dat ook aan de andere vereisten voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, zoals deze voor de wetwijzigingen van 1 november 1990 en 1 januari 1992 golden, niet was voldaan, nu Hermans daartoe niet voldoende had gesteld dan wel bewezen.

3.3. Het middel mist feitelijke grondslag voor zover het ervan uitgaat dat Du Pont dit verweer zou hebben gevoerd vóór haar eerste memorie na enquête in hoger beroep. Het Hof heeft kennelijk en begrijpelijk een dergelijk verweer niet in de eerdere processtukken gelezen. Voor het overige faalt het middel op de volgende gronden.

3.4. In de voormelde memorie wordt aangevoerd dat, zo het Hof op grond van de getuigenverklaringen causaal verband zou aannemen, ‘Hermans ook de overige elementen van de door haar gestelde onrechtmatige daad’ zal moeten bewijzen. Dit wordt vervolgens onderbouwd met een beroep op HR 25 maart 1966, NJ 1966, 279, ten betoge dat de levering van een ondeugdelijk produkt slechts onder bijkomende omstandigheden een onrechtmatige daad jegens derden oplevert en dat zodanige omstandigheden door Hermans niet zijn gesteld.

Het Hof heeft naar aanleiding hiervan in zijn tussenarrest van 27 oktober 1993 eerst overwogen (rov. 8.8) dat het geraden achtte om, nu de zaak al op 30 december 1988 op verkorte termijn was aangebracht, de schade van 1982 dateerde en Du Pont had aangekondigd bij een eventueel vast komen te staan van de causaliteit ook de andere vereisten voor aansprakelijkheid, ‘met name de gestelde onrechtmatigheid’, tot onderwerp van nader debat te willen maken, de zaak op de voet van art. 356 Rv. lid 1 aan zich te houden. Vervolgens heeft het Hof op dit punt in zijn rov. 8.9 klaarblijkelijk een voorlopig oordeel gegeven teneinde voormeld debat te vereenvoudigen en te bespoedigen.

Met name heeft het Hof in deze overweging, met betrekking tot de onrechtmatigheid en de aansprakelijkheid van Du Pont daarvoor, tot uiting gebracht dat naar zijn oordeel ‘de verontreiniging van de Vydate L het gevolg is geweest van een menselijk falen in de loop van het productieproces in een Duitse onderneming waaraan Du Pont als producente de desbetreffende fase van dat productieproces (...) had uitbesteed’. Aldus heeft het Hof partijen de gelegenheid gegeven zich over deze feiten als grondslag voor de onrechtmatigheid uit te

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

laten. Du Pont heeft in haar tweede memorie na enquête evenwel slechts herhaald wat zij op dit punt in haar eerdere memorie reeds had aangevoerd en daaraan naar aanleiding van 's Hofs voormelde overweging 8.9 slechts toegevoegd dat zij 'in dit stadium van het geding' volstond met de opmerking 'dat uit deze feiten niet zodanige bijzondere omstandigheden blijken als vereist zijn voor een onrechtmatige daad'. Vervolgens heeft het Hof in zijn eind-arrest met verwijzing naar zijn voormelde overweging geoordeeld dat Du Pont, 'die de verontreinigde en daardoor schadelijke Vydate L in het verkeer heeft gebracht', voor de door Hermans geleden schade aansprakelijk is.

3.5. 's Hofs gedachtengang, opgevat als hiervoor weergegeven, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Ook naar het in 1982 geldende recht is het in het verkeer brengen van een produkt dat bij normaal gebruik voor het doel waarvoor het - naar in deze zaak niet is bestreden - bestemd was, schade veroorzaakt als hier aan de orde is, onrechtmatig. Zulks strookt met hetgeen onder dat recht is overwogen in rov. 4.4.2 van HR 30 juni 1989, NJ 1990, 652. 's Hofs oordeel dat zich hier een zodanige onrechtmatigheid voordoet, moet worden gezien in verband met hetgeen Du Pont in haar conclusie van antwoord onder 4.1 als haar standpunt naar voren heeft gebracht: 'Du Pont erkent dat door haar verontreinigde Vydate L in het verkeer is gebracht. De verontreiniging is veroorzaakt doordat in de Vydate L een bepaalde hoeveelheid Hexazinon is terechtgekomen'.

Voor zover het middel erover klaagt dat het Hof ten onrechte heeft aangenomen dat Du Pont de Vydate L niet alleen in het verkeer heeft gebracht, maar daarvan ook daadwerkelijk de producent was, faalt het reeds omdat de Rechtbank de stellingen van Hermans aldus heeft opgevat en Du Pont in hoger beroep niet, met betwisting van deze stelling, er een verweer van heeft gemaakt dat zij niet de daadwerkelijke producent was.

Voor zover het middel beoogt aan te voeren dat het Hof ook had moeten onderzoeken of Du Pont schuld had aan het in het verkeer brengen van de verontreinigde Vydate L, faalt het eveneens. Het Hof heeft kennelijk en niet onbegrijpelijk aangenomen dat in de stellingen van Hermans¹³⁹⁶

besloten lag dat Du Pont of iemand voor wier gedragingen zij aansprakelijk is, aan het in het verkeer brengen van de verontreinigde Vydate L schuld had. Het Hof heeft voorts kennelijk in het hiervoor bedoelde verweer van Du Pont niet een voldoende gemotiveerde betwisting van deze stelling gezien. Zulks geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk, nu in verband met de aard van de gestelde onrechtmatige daad de vraag of aan de zijde van Du Pont sprake was van schuld, slechts onderzocht aan de hand van de door Du Pont ter motivering van haar betwisting op te geven omstandigheden, doch Du Pont zich niet in enige motivering op dit punt heeft begeven, maar, naar het Hof in rov. 8.8 van zijn tussenarrest van 27 oktober 1993 tot uiting heeft gebracht, haar verweer 'met name' heeft gericht op het vereiste van onrechtmatigheid en dit ook na dat tussenarrest is blijven doen.

3.6. In het licht van een en ander falen ook de in het middel vervatte motiveringsklachten.

Hetzelfde geldt voor de klacht dat het Hof bij Du Pont de gerechtvaardigde verwachting heeft gewekt dat haar nadere verweer nog aan de orde zou komen en in strijd met een goede procesorde vervolgens toch 'rauwelijks' zou hebben beslist. Het Hof heeft integendeel in zijn tussenarrest van 27 oktober 1993, ondanks het zeer late stadium waarin dat verweer naar voren was gebracht, toch aan Du Pont nog gelegenheid geboden dit verweer nader te adstrueren naar aanleiding van wat het Hof in rov. 8.9 van dit arrest aan partijen te verstaan had gegeven. Du Pont heeft van deze gelegenheid geen gebruik gemaakt.

Tenslotte een arrest waarin de fabrikant van een gebrekkig produkt tot schadevergoeding aangesproken wordt, nadat eerder de werkgever met succes aansprakelijk gehouden werd uit art. 7:658 BW (art. 7A:1638x oud): het *hoge*

§6. PRODUKTENAANSPRAKELIJKHEID

drukketel II-arrest van 1996.³² Hier voert de producent het bekende verweer dat het produkt niet gebrekkig is, maar op onzorgvuldige wijze gebruikt werd, waardoor het gebrek kon ontstaan, een gebruik dat zelfs in strijd met wettelijke voorschriften zou zijn op het gebied van veiligheid in bedrijven (Stoombesluit, e.d.). Ook hier werkt de feitelijke rechter met een vermoeden, namelijk dat het gebrek ook bij zorgvuldig gebruik opgetreden zou zijn, met omkering van de bewijslast als gevolg. Wederom heeft dit de instemming van de hoogste rechter. Hier volgen casus en beslissing.

‘3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Op 30 november 1971 is Kuijt bij een ongeval in het bedrijf van De Vries, zijn werkgeefster, zeer ernstig gewond geraakt. Kuijt was toen tewerkgesteld bij een hydrolyseketel, waarin onder hoge druk en met toevoeging van ammoniak veren werden verwerkt tot veevoeder. Plotseling werd de vuldeksel van de ketel naar boven gedrukt en kon een deel van de inhoud van de ketel, waarbinnen toen een temperatuur van ongeveer 140° Celsius heerste, naar buiten ontsnappen, waardoor Kuijt werd getroffen.

(ii) Na het ongeval is gebleken dat het afsluitmechanisme van de vuldeksel onklaar was geraakt. Deze vuldeksel werd aangedrukt door een schroefspindel, welke in een bronzen draadbus was geschroefd. Deze spindel was als gevolg van de op de vuldeksel uitgeoefende druk uit de draadbus geschoten, doordat de in de draadbus aangebrachte schroefdraad ten gevolge van corrosie bijna geheel was verdwenen. Deze corrosie was te wijten aan de inwerking van ammoniakdampen (of de neerslag daarvan na condensatie), die bij het productieproces vrijkomen, op de bronzen draadbus; brons is daarvoor gevoelig.

3.2 Kuijt heeft zowel De Vries als ABR, die in 1967 in opdracht van De Vries de ketel had ontworpen en vervaardigd, in rechte betrokken. Daarbij vorderde hij de veroordeling van ieder hunner tot schadevergoeding, op te maken bij staat. Aanvankelijk baseerde Kuijt beide vorderingen op onrechtmatige daad; naderhand heeft hij aan zijn vordering tegen De Vries het bepaalde in art. 1638x BW ten grondslag gelegd.

Voor het verloop van de procedure verwijst de Hoge Raad naar de weergave daarvan hiervoor onder 1. Hier behoeft slechts vermelding:

(1) dat de rechtbank bij vonnis van 11 november 1981 de vordering van Kuijt tegen De Vries heeft toegewezen, waarna de Hoge Raad bij arrest van 29 april 1983, NJ 1984, 19, het cassatieberoep van De Vries tegen dat vonnis heeft verworpen;

(2) dat het hof, na bij tussenarrest van 19 januari 1979 ABR twee bewijsopdrachten te hebben verstrekt, bij tussenarrest van 18 februari 1993 - evenals de rechtbank - heeft geoordeeld dat ABR daarin niet geslaagd was, en het eindvonnis van de rechtbank heeft bekrachtigd.

Het cassatieberoep richt zich tegen de beide tussenarresten en het eindarrest.

3.3.1. Onderdeel 7 - de onderdelen 1 tot en met 6 bevatten slechts een inleiding - keert zich tegen ‘s hofs tussenarrest van 19 januari 1979 en wel tegen de overweging waarmee het hof heeft gerepondeerd op de stelling van ABR dat de schroefdraad in de draadbus zich niet op een plaats bevond, waar bij een juist en zorgvuldig gebruik van de ketel contact met vrijkomende ammoniakdampen was te verwachten.

Hierbij heeft het hof tot uitgangspunt genomen dat ‘uit de in het vonnis van de rechtbank aangehaalde rapporten en processen-verbaal zou moeten worden afgeleid dat steeds bij het opengaan van de ketel uitstromende vochtige ammoniakdampen zijn gecondenseerd, waarbij naar beneden lopende druppels in de draadbus konden komen en de na het ongeval geconstateerde vergaande aantasting van de schroefdraad hebben teweeggebracht”; voorts heeft het hof enkele passages uit twee rapporten en een proces-verbaal geciteerd.

32. HR 15 mrt 1996, VR 221, *Ateliers Belges Réunis - Kuijt*. Het eerdere arrest is uit 1983 (!): HR 29 april 1983, NJ 1984, 19, *hoge drukketeel I*; het ongeluk had, nota bene, in 1971 plaatsgevonden. Hier valt weer een 25-jarig proces-jubileum te constateren.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Vervolgens heeft het hof naar aanleiding van voormeld verweer van ABR geoordeeld:

"dat ABR in verband met deze stelling, die afwijkt van de bevindingen en conclusies, vermeld in de hiervoor geciteerde rapporten en processen-verbaal, in de gelegenheid dient te worden gesteld te bewijzen dat vrijkomende ammoniakale dampen, of de neerslag daarvan na condensatie, door onjuist en/of onzorgvuldig gebruik van de ketel in contact konden komen met de bronzen schroefdraad in de draadbus van het afsluitmechanisme.

Wanneer dit zou komen vast te staan, zou de zienswijze van de rechtbank dat het in het verkeer brengen van de ketel 'in beginsel onrechtmatig is', mogelijk herziening behoeven".

Op grond hiervan heeft het hof in voormeld tussenarrest ABR opgedragen te bewijzen

"dat vrijkomende ammoniakale dampen, of de neerslag daarvan na condensatie, door onjuist en/of onzorgvuldig gebruik van de ketel in contact konden komen met de bronzen schroefdraad in de draadbus van het afsluitmechanisme".

3.3.2. Onderdeel 7 klaagt in de eerste plaats dat het hiervoor geciteerde oordeel van het hof onbegrijpelijk is en niet naar de eis der wet met redenen omkleed, omdat de bevindingen en conclusies vervat in de door het hof geciteerde rapporten en processen-verbaal, niets inhouden omtrent wat gebeurd zou zijn bij een juist en zorgvuldig gebruik van de ketel overeenkomstig de wettelijke voorschriften - waarbij het onderdeel doelt op de in onderdeel 2 van het middel genoemde voorschriften, te weten de art. 92 tot en met 97, 123 en 152 tot en met 159 van het Veiligheidsbesluit voor fabrieken en werkplaatsen en art. 58 van het Stoombesluit (abusievelijk aangeduid als Stoomwet) - en evenmin iets inhouden omtrent wat als een juist en zorgvuldig gebruik van de ketel overeenkomstig de wettelijke voorschriften is te beschouwen.

Deze klacht faalt. Het bestreden oordeel moet kennelijk aldus worden verstaan dat het hof op grond van de rapporten en het proces-verbaal voorshands heeft aangenomen dat ook bij een juist en zorgvuldig gebruik van de ketel, gegeven de constructie ervan, de bronzen schroefdraad zou zijn aangetast door uit de ketel afkomstige ammoniakdampen, en vervolgens ABR in de gelegenheid heeft gesteld dit vermoeden te ontzenuwen door tegenbewijs te leveren in die zin dat een onjuist en/of onzorgvuldig gebruik van de ketel de corrosie heeft veroorzaakt. Dit oordeel is, mede in het licht van de omstandigheid dat de in het onderdeel bedoelde wettelijke bepalingen geen concrete voorschriften bevatten voor het gebruik van een ketel als de onderhavige, niet onbegrijpelijk en voldoende gemotiveerd.

3.3.3. Voorts betoogt het onderdeel dat het hof bij de verdeling van de bewijslast heeft miskend dat in een geval als het onderhavige, waarin ABR als fabrikant aansprakelijk wordt gesteld voor de gevolgen van de beweerde gebrekkigheid van haar produkt, Kuijt dient te bewijzen dat ook bij een juist en zorgvuldig gebruik van de ketel overeenkomstig de wettelijke voorschriften het bronzen onderdeel van de ketel gevaar loopt te worden aangetast door uit de ketel afkomstige ammoniakdampen. Deze klacht mist feitelijke grondslag, nu het hof, zoals uit het vorenoverwogene blijkt, de bewijslastverdeling bij produktaansprakelijkheid niet heeft miskend, maar op grond van een vermoeden heeft aangenomen dat ook bij een juist en zorgvuldig gebruik de corrosie van de bronzen schroefdraad zou zijn opgetreden.

3.4.1. Onderdeel 8 keert zich eveneens tegen 's hofs tussenarrest van 19 januari 1979 en heeft betrekking op de tweede door het hof bij dat arrest aan ABR verstrekte bewijsopdracht, welke inhield 'dat De Vries bij de van haar te vergen zorgvuldigheid had dienen te zorgen dat het afsluitmechanisme van de ketel periodiek zou worden gedemonteerd, aldus dat inspectie van de draadbus aan de binnenzijde mogelijk was".

Het onderdeel voert aan dat Kuijt zowel in eerste aanleg als in hoger beroep heeft gesteld dat - kort samengevat - De Vries ten onrechte had nagelaten de ketel deugdelijk te controleren en te onderhouden, dat bij deugdelijke controle de slijtage van de bronzen draadbus tijdig was onderkend en dat ABR een en ander ten processe niet heeft betwist. Hieraan verbindt het onderdeel de gevolgtrekking dat het hof op grond van deze door ABR niet betwiste stellingen van Kuijt en de overeenkomstige door ABR in de onderhavige procedure aangevoerde stellingen als vaststaand had moeten aannemen dat De Vries in haar controle- en onderhoudsplicht tekort was geschoten, en niet ABR in zijn tussenarrest met bewijs te dier zake had mogen belasten.

§6. PRODUKTENAANSPRAKELIJKHEID

3.4.2. Ook dit onderdeel faalt. Het miskent dat de procedure tussen Kuijt en De Vries en de onderhavige procedure tussen Kuijt en ABR, ofschoon zij bij één dagvaarding aanhangig zijn gemaakt, als twee afzonderlijke procedures betreffende twee verschillende rechtsbetrekkingen moeten worden beschouwd en dat Kuijt de voormelde stellingen, strekkende ten betoge dat De Vries als werkgeefster op grond van het bepaalde in art. 1638x BW jegens hem aansprakelijk was, uitsluitend in het kader van eerstgenoemde procedure heeft aangevoerd. Het hof had derhalve geen vrijheid om deze stellingen aan te merken als een erkenning door Kuijt van de overeenkomstige stellingen van ABR in de onderhavige procedure.

(...)

3.6.1. Onderdeel 12 keert zich tegen r.o. 3.15 van het tussenarrest van 18 februari 1993, waarin het hof de eerste appelgrief van ABR heeft verworpen. Volgens deze grief diende Kuijt bij gebreke van belang in zijn vorderingen niet ontvankelijk te worden verklaard, omdat alle schade die hij mocht hebben geleden, reeds door de assuradeuren van De Vries was vergoed. Het hof heeft die grief verworpen op de grond dat deze assuradeuren het Kuijt toekomende schadebedrag nog slechts in de vorm van een lening hebben uitbetaald - de akte van geldlening is bij pleidooi in appel door ABR in het geding gebracht - waaraan, aldus het hof, niet kon afdoen dat Kuijt over het ter leen ontvangen bedrag geen rente verschuldigd is, dat hij het bedrag zal terugbetalen zodra hij erin geslaagd is de schade op ABR te verhalen, en evenmin dat hij afstand heeft gedaan van alle rechten die hij terzake van het ongeval jegens De Vries mocht kunnen doen gelden.

3.6.2. Het onderdeel klaagt dat het hof aldus over het hoofd heeft gezien dat te dezen sprake is van een gesimuleerde geldlening, althans in zijn motiveringsplicht is tekortgeschoten.

De klachten zijn tevergeefs voorgesteld. In 's hofs bestreden overweging ligt het oordeel besloten dat de geldlening niet gesimuleerd maar reëel was. Dit oordeel berust op een aan het hof als feitenrechter voorbehouden uitleg van de door Kuijt in het geding gebrachte overeenkomst, welke uitleg niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting noch ook onbegrijpelijk is. Tot een nadere uiteenzetting op dit punt was het hof niet verplicht.'

Het onderscheid producent van halffabriek – producent van eindprodukt; gebruik door niet-consumenten, zaaksschade

In het arrest *DuPont de Nemours* van 1996 was sprake van een gebrekkig produkt dat bedrijfsmatig gebruikt werd en van bedrijfsschade die de afnemer, rozenkweker Hermans, ten gevolge daarvan geleden had, hetgeen beoordeeld werd op grond van art. 162. De schuldvraag speelde hierbij geen enkele rol; in cassatie is getracht om dit aan te kaarten, maar dat leverde zoals wij zagen niets op, het hof had de schuldvraag niet behoeven te onderzoeken, nu dat slechts kon aan de hand van de omstandigheden, die door DuPont bij verweer in het geheel niet onderbouwd waren. Het arrest bouwt zoals wij zagen voort op het *Halcion*-arrest van 1989, en daarmee gaan produktenaansprakelijkheid voor consumentenschade, het terrein van de EG-richtlijn die geleid heeft tot art. 185 v., en voor bedrijfsschade in elkaar over. Hierboven werd beschreven hoe de omschrijving van wat onder 'gebrekkig' verstaan moet worden bij een produkt generaties juristen bezig gehouden heeft, wereldwijd. In *Halcion* werd de formule van de EG-richtlijn overgenomen, die nu in art. 186 staat, waarbij onder 'gebrekkig' verstaan wordt het niet bieden van de veiligheid die de gebruiker/consument onder de omstandigheden gerechtigd is te verwachten. Daarmee is voor deze buiten-contractuele aansprakelijkheid aansluiting gezocht bij de contractuele aansprakelijkheid, wanprestatie; vergelijk de formule die bij koop geldt, art. 7:17.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

In *DuPont* sprak de hoge raad van een gebrekkig produkt wanneer het 'bij normaal gebruik voor het doel waarvoor het bestemd is, schade veroorzaakt', hetgeen het in het verkeer brengen ervan onrechtmatig maakt. Dat vindt men eveneens terug in art. 186 als het 'redelijkerwijs te verwachten gebruik van het produkt' (sub *b*). Een andere wegingsfaktor is de presentatie van het produkt (sub *a*), waarin men de waarschuwingsplicht zal herkennen. Het afstemmen op de redelijke verwachting van de gebruiker van een produkt, of wel het normaal gebruik naar het doel ervan, roept vragen op ten aanzien van wat een redelijk gebruik van het produkt is, zoals de producent dat weer mag verwachten van zijn doelgroep, de uiteindelijke afnemers van zijn produkt. Bij de beantwoording van die vraag ten aanzien van consumenten speelt de slachtofferbescherming een grote rol, en als gevolg het vereiste dat een produkt veilig is wanneer het *Idiotensicher* is. Indien men beseft dat een produkt vaak ongemerkt in handen van kinderen kan komen die hun eigen idee over de toepassing ervan kunnen hebben - of dat nu een interessant medicijn of dat nieuwe apparaat van Pappa is - ziet men dat de dorpsidioot van vroeger tegenwoordig door het onnozele kind vervangen is; kindveiligheid is tegenwoordig een veel gehanteerde norm. De *kid-lock* sluiting voor flessen e.d. van vatenmaker en idealist Van Leer die daar een half leven op gebroed had, is een bekend voorbeeld op dit terrein.

Wanneer het nu om niet-consumenten/gebruikers van het produkt gaat, vraagt de beantwoording van de veiligheidsvraag ten aanzien van het ontstaan van bedrijfsschade om eigen normen. Overigens kan van een overlapping van beide vormen van aansprakelijkheid sprake zijn, wanneer het produkt in een bedrijf letsel veroorzaakt, en dat een kind treft. Het Duitse arrest van 1999 inzake de papierversnipperaar die vingers van een nieuwsgierig klein kind versnipperd heeft, is een afgrijselijk voorbeeld daarvan.³³

De hoge raad was in 1999 in de gelegenheid om op dit terrein bakens uit te zetten, en heeft dat op uitvoerige wijze gedaan. In het *Rockwool*-arrest ging het om steenwol die door plantentelers niet gebruikt kon worden zoals zij verwachtten, met grote schade tot gevolg.³⁴ Op welke verwachtingen moet een producent inspelen, moet hij zijn produkt uitvoerig testen op geschiktheid voor ieder gebruik en heeft hij een specifieke waarschuwingsplicht jegens bepaalde gebruikers? Wat geldt wanneer sprake is van een halffabrikaat, dat door een contractant van de producent afgenomen wordt, bewerkt en vervolgens op de markt gebracht, en dit produkt aan de eindgebruikers schade toebrengt? Al deze vragen zijn aan de orde in *Rockwool*, waarmee de betekenis van dit arrest aangegeven is. Ook wordt duidelijk waarom deze procedure zo lang duurde: de dagvaarding is van 1987, dan volgen 5 vonnissen van de rechtbank en 3 arresten van het hof, en 12 jaar later het arrest van de hoge raad.

33. BGH 18 mei 1999, *NJW* 2815; vgl. *Newsletter Products Liability*, 8 nr 1, april 2000, IBA Committee S. Een 2-jarig buurmeisje was op bezoek bij het bedrijf en stak haar vingers in de papierversnipperaar die op stand-by stond, dat wil zeggen dat wanneer papier ingebracht werd, via een lichtsignaal het snij-mechanisme in werking gezet werd. De Duitse HR oordeelde dat het gevaar aangetoond was: de messen waren niet zichtbaar, en ook een volwassene met dunne vingers zou daarmee in aanraking kunnen komen; een waarschuwingsplicht voor de fabrikant werd aanvaard. De bewijslast werd omgekeerd (vaste rechtspraak): de fabrikant moest aantonen dat hij het gevaar niet kende en aan zorgvuldigheidsverplichtingen voldaan had.

34. HR 22 okt. 1999, *NJ* 2000, 159, nt ARB, *Koolhaas Bleiswijk c.s. – Rockwool Lapinus*.

§6. PRODUKTENAANSPRAKELIJKHEID

Rockwool produceert steenwol, een produkt dat op grote schaal aftrek vindt in de agrarische sfeer. Hier gaat het om het gebruik van dit halffabrikaat voor toepassing door potgrondfabrikanten, zoals Ego en Koole, die weer aan telers leveren, zoals eiser Koole Bleiswijk (en 6 andere telers), die in deze procedure betrokken zijn. Kort gezegd, komt de (gecompliceerde) casus hierop neer dat Rockwool na een tijd tot tevredenheid van de telers een type steenwol geproduceerd te hebben, bijgenaamd 'tweewol', overgegaan was tot de productie van het type 'zeswol'. Aan de steenwol in oude vorm en nieuwe vorm (het is overigens een van steen, ik meen basalt, vervaardigde wolachtige substantie) werden siliconen toegevoegd ter bevordering van waterafstotendheid; het verschil zat hem hierin dat in de zeswol de siliconenhars vervangen was door siliconenolie. Dat bleek grote gevolgen te hebben: de potgrond die met die steenwol gemaakt werd was niet meer geschikt voor de potplanten die door eisers geteeld werden, namelijk yucca's en dracaena's, en zij zoeken verhaal voor hun schade, niet bij de potgrond-bedrijven, maar bij de producent van het halffabrikaat, de steenwol. In het contract tussen Rockwool en de potgrondproducenten was overigens een exoneratieclausule van kracht die Rockwool beschermdde.

De Rechtbank Roermond wijst de vordering van de telers af, hetgeen door het Hof Den Bosch na twee tussenarresten bekrachtigd wordt in het eindarrest. A-g Hartkamp leest dat arrest zo, dat het hof geen causaal verband aanvaard heeft tussen gebreken in de zeswol en de schade van eisers en komt in een korte conclusie tot verwerping van het beroep. De hoge raad denkt daar anders over: het hof heeft nog geen definitief antwoord gegeven op de vraag naar causaal verband, en het college gaat dan ook uitvoerig in op de onrechtmatigheidsvraag, tot heil van de rechtsontwikkeling, overigens. Er is hier meer aan de hand dan het verschillend lezen van het arrest a quo; a-g Hartkamp liet zich kennelijk leiden door zijn parti-pris dat causaal verband zonder CSQN-verband geen echt causaal verband kan zijn, en aangezien het hof op een wat merkwaardige wijze met de relatie CSQN en TNR bezig is, kon deze opvatting bij Hartkamp ontstaan. Het hof worstelt namelijk met de waarschuwingplicht, in relatie tot causaal verband, dat ineens naar AQT voorzienbaar zou moeten zijn, zelfs 'evident', en heeft van toerekening in de vorm van TNR weinig sjoerge; 'bevindingen achteraf' kunnen niet zwaar meegewogen worden. Ik heb elders de zienswijze van Hartkamp inzake het bestaansrecht van CSQN bestreden, en dit arrest van de hoge raad vormt een goede aanvulling op mijn argumentatie.³⁵ Ik zal dat onderdeel in de overwegingen van de hoge raad dan ook weergeven. Dat is een moeilijk onderdeel van een toch al niet eenvoudig arrest, vooral ook omdat bij de weergave van de overweging van het hof over causaliteit door de raad, een belangrijk deel weggevallen is; ik kom daarop hieronder terug.

Allereerst dan de overwegingen van de hoge raad over causaal verband, zoals door het hof benaderd, na een aanloop over het deskundigenbericht:

3.3.3. De deskundigen hebben in hun op 4 maart 1997 uitgebrachte rapport onder meer - in antwoord op vraag 1 - het volgende bericht: 'Deskundigen menen in het dossier sterke aanwijzingen te vinden dat de schade aan de yucca's en dracaena's is te herleiden tot het gebruik van waterafstotende steenwolgranulaat in het potgrondmengsel voor deze gewassen. De schade zal waarschijnlijk toegeschreven moeten worden aan één of andere toxische stof die bij de bereiding van het steenwolgranulaat wordt gebruikt, of aan reactie op afbraakproducten daarvan. Een wetenschappelijk onderbouwd bewijs zou door verder onderzoek geleverd moeten worden.'

In antwoord op vraag 12 hebben de deskundigen bericht:

35. Zie boven, Hfdst. 11, § 2, nr 4. Vgl. ook Dommering-van Rongen, t.a.p. 2000, p.155 v., die (evenals Hartkamp) een scheiding tussen CSQN- en TNR-verband aanbrengt, en apart daarvan de onrechtmatigheidsvraag. Zij gaat overigens ook uit van risico-aansprakelijkheid 'met schuldelementen', bij produktenaansprakelijkheid (p.36), waarbij zij voor dat laatste wijst op het ontwikkelingsrisiko, en het gebrek-kriterium. Het eerste geldt echter internationaal als vorm van overmacht, en bij het tweede overheerst het risico-element in de praktijk.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

"Het toevoegen van zeswol kan mogelijk de oorzaak van de schade zijn geweest. Een interactie met klimaatwisselingen kan hierbij niet uitgesloten worden. Een sluitend wetenschappelijk bewijs hiervoor is op basis van het dossier niet te leveren. Het nemen van proeven met de juiste materialen, kan het antwoord op deze vraag bevestigen dan wel ontkennen."

3.3.4. In rov. 21 van zijn eindarrest is het Hof teruggekomen op zijn eerdere gedachte dat de vraag naar het bestaan van oorzakelijk verband tussen het gebruik van zeswol en de schade eerst aan de orde dient te komen nadat is komen vast te staan dat Rockwool in enige informatieverplichting jegens de eindafnemers was tekortgeschoten. Dat gaat op, aldus het Hof, voor 'de vraag of in concreto sprake is van een dergelijk causaal verband', maar voor de vraag of Rockwool in enige informatieverplichting is tekortgeschoten, is mede van belang 'of in abstracto een niet te verwaarlozen kans bestond dat het gebruik van zeswol tot het optreden van schade zou leiden'.

Vervolgens is het Hof, op grond van het in zijn rov. 22 tot en met 30 overwogene, in de eerste twee zinnen van rov. 31 tot het volgende oordeel gekomen:

"Het vorenstaande, in onderlinge samenhang beschouwd, leidt tot de conclusie, dat er weliswaar aanwijzingen voorhanden zijn dat - in samenhang met diverse andere factoren - het gebruik van zeswol een meer dan ondergeschikte rol speelt bij het veroorzaken of bevorderen van de schade, doch zulks met teveel onzekerheden is omgeven om daarvan in rechte uit te kunnen gaan.

A fortiori geldt, dat de aanwijzingen voor het bestaan van een oorzakelijk verband tussen het gebruik van zeswol in plaats van tweewol en het optreden van schade onvoldoende zijn."

3.3.5. Tegen de achtergrond van het verloop van het debat van partijen en in het bijzonder gelet op de omstandigheid dat het Hof de taak van de deskundigen voorshands ("in de eerste fase") had beperkt tot een dossieronderzoek, zodat nog geen praktijkproeven waren uitgevoerd, gaat de Hoge Raad ervan uit dat het Hof met zijn hiervoor weergegeven conclusie geen definitief antwoord in ontkennende zin heeft willen geven op de vraag of in concreto causaal verband bestaat tussen het gebruik van (potgrond met) zeswol en de door Koolhaas c.s. gestelde schade. 's Hof's beslissing wordt derhalve uitsluitend gedragen door hetgeen het Hof in zijn rov. 31, laatste twee zinnen, tot en met 37 heeft overwogen.

Het stuk dat weggevallen is in de weergave van de overwegingen van het hof zijn de laatste twee zinnen van ov. 31 (wel genoemd door de raad), die men aan het slot van ov. 3.3.4 HR moet toevoegen. Het hof overweegt daar:

'Daarbij komt, dat voor zover men al zou kunnen komen tot een uitspraak omtrent het bestaan van enig oorzakelijk verband, zulks voor een belangrijk deel is gebaseerd op bevindingen achteraf. Voor zover er al 'aanwijzingen zijn' voor een gebruik van zeswol en schade, is bedoeld verband zelfs nu niet evident, laat staan dat indertijd bij voorbaat evident geweest moet zijn dat bij gebruik van zeswol (in plaats van tweewol) een niet te verwaarlozen kans op het ontstaan van schade bestond' (ov. 31, in fine).

Ik gaf daarnet al mijn kritiek op deze passage, waarin de figuur van TNR, evenals de jurisprudentie over gevaarstelling het bossche hof wat voorbijgegaan lijkt te zijn. Het is wellicht wat freudiaans dat deze passage weggevallen is bij het citaat dat de hoge raad geeft; dit had niet weersproken kunnen blijven door een cassatierechter die serieus genomen wil worden. Deze redt de voorstelling – die nog moet volgen – door aan te nemen dat het hof nog niet uitgedacht was over causaliteit, geen 'definitief antwoord' had gegeven, met de vondst dat slechts dossieronderzoek gedaan was door de deskundigen en geen praktijkproeven. Gelukkig wordt de zaak naar het Hof Arnhem verwezen, waar

§6. PRODUKTENAANSPRAKELIJKHEID

een mooie traditie van de toerekeningsleer bestaat, waardoor voortzetting van de bossche denkwijze ons hopelijk bespaard zal blijven.

Maar dit was slechts het voorprogramma, nog best interessant, maar de echte show moest nog komen. Hier volgt die:

3.4. De onderdelen 2 en 3 van het middel bestrijden 's Hof's oordeel dat Rockwool niet onrechtmatig heeft gehandeld. De in de onderdelen aangevoerde klachten, naar de kern genomen, komen erop neer dat het Hof heeft miskend dat in beginsel ook degene die een halffabrikaat in het verkeer brengt, ervoor verantwoordelijk is dat dit halffabrikaat bij normaal gebruik (als halffabrikaat) voor het doel waarvoor het bestemd is, geen schade veroorzaakt.

De onderdelen keren zich in het bijzonder tegen de door het Hof in zijn eerste tussenarrest (rov. 4) tot uitgangspunt genomen, en blijkens rov. 35 van zijn eindarrest kennelijk gehandhaafde, opvatting dat de verantwoordelijkheid ten aanzien van de toepassing van een halffabrikaat veelal ligt bij degene die het eindprodukt vervaardigt en dat van de leverancier van het halffabrikaat hooguit kan worden verwacht dat hij, als hij weet dat zijn product volstrekt ongeschikt is voor het door de fabrikant van het eindprodukt beoogde doel, die fabrikant daarop wijst.

De klachten zijn gegrond. Naar uit het hiervoor in 3.3.5 overwogene volgt, moet in cassatie veronderstellenderwijs ervan worden uitgegaan dat de door Koolhaas c.s. gestelde schade is veroorzaakt door ongeschiktheid van de zeswol voor gebruik als toevoeging aan potgrond voor het kweken van yucca's. Naar het te dezen toepasselijke, vóór 1 januari 1992 geldende recht, evenals naar het sedertdien geldende recht, is het in het verkeer brengen van een product dat bij normaal gebruik voor het doel waarvoor het bestemd was, schade veroorzaakt, onrechtmatig jegens gebruikers van het product (vgl. HR 6 december 1996, nr. 16137, NJ 1997, 219).

Anders dan het Hof klaarblijkelijk heeft aangenomen, brengen de enkele omstandigheden dat het om een halffabrikaat gaat en dat dit product niet in absolute zin ongeschikt is gebleken voor het door de rechtstreekse afnemer beoogde doel, niet mee dat die regel uitzondering zou moeten lijden. Het Hof is dan ook van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan.

3.7. Zoals hiervoor in 3.3.4 is vermeld, heeft het Hof de vraag naar het bestaan van causaal verband in concreto voorshands ontkennend beantwoord. Onderdeel 5 is hiertegen gericht.

De door het onderdeel aangevoerde klachten behoeven thans geen behandeling omdat de vraag naar het bestaan van causaal verband tussen het gebruik van zeswol en de gestelde schade na verwijzing in volle omvang opnieuw moet worden onderzocht.

Al met al een belangrijk arrest, in aansluiting op het *DuPont*-arrest van 1996 dat aangehaald wordt door de raad. Anders dan het hof meende, kan een producent van halffabrikaten zich niet verschuilen achter de fabrikant van het eindprodukt. De hoge raad spreekt hier van 'normaal gebruik voor het doel waarvoor het produkt bestemd is', en dan mag de producent zich niet verschuilen achter de geschiktheid van het produkt in abstracto, dus dat het 'niet in absolute zin ongeschikt is' voor het doel in het algemeen. Het produkt moet ook geschikt zijn voor de groep yucca-telers, die nota bene door hem benaderd waren in de aankondiging van het nieuwe zeswol produkt, dat op verzoek van afnemers ontwikkeld was. Dit doet enigszins denken aan het oer-arrest over produktenaansprakelijkheid, *moffenkit* (1966) waarin fabrikant HIM zich rechtstreeks tot de gebruikers gewend had, zoals de Gemeente Heemskerk, die met lekkend kit geconfronteerd werd.

Dit werkt ook door in de *onderzoekplicht* van de fabrikant (*testing, testing...*), die staat aan het begin van ov. 3.5, 1e alinea, waar de verplichtingen van een zorgvuldig fabrikant genoemd worden, en komt terug in de 3e alinea.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Het is van nog meer belang voor de *waarschuwingsplicht*, die daarmee samenhangt. Niet volstaan mag worden met het informeren van de opvolger in de produktieketen, potgrondbedrijven, ook de eindafnemers moeten geïnformeerd worden. De relatie tussen waarschuwingsplicht fabrikant en onderzoekplicht eindgebruiker/teler is in het slot van ov. 3.5 wat (steen)wollig: wanneer de fabrikant zijn produkt niet grondig getest heeft en dat openbaar maakt of een aangepast gebruik (kweekmethode) aanbeveelt, behoort hij 'er tenminste op toe te zien dat de afnemers van het eindprodukt worden ingelicht'. Dat laat ruimte voor speculatie waar de onderzoekplicht van de gebruikers begint, en de informatieplicht van de producent eindigt. Ik verwijs daarvoor, evenals voor de problematiek van de relatie producent halffabrikaat (grondstoffen) – producent eindprodukt, die ook in art. 185, sub f aan de orde komt, verder naar de vakliteratuur.³⁶

Ik wees eerder op het belang van dit arrest, dat voor de eisers overigens nog geen eindpunt betekent (eindprodukt, schreef ik haast); nog een slotopmerking. In combinatie met de recente jurisprudentie waarin de gevaarzettings- of risikoleer door de hoge raad aanvaard werd op veel onderdelen van het aansprakelijkheidsrecht, kan opgemerkt worden dat het risico van het niet testen van een nieuw produkt, zoals hier een nieuw type steenwol, waarvan deskundigen vastgesteld hebben dat waarschijnlijk de toevoeging van een toxische stof schade teweeg kan brengen bij de toepassing ervan, de verwezenlijking van dat gevaar al voldoende is voor het vaststellen van causaal verband en aansprakelijkheid van de producent die het produkt in het verkeer gebracht heeft. Ook de schending van een zorgvuldigheidnorm, het geven van adequate waarschuwing en informatieverschaffing aan de gebruikers van het produkt, zet de toerekening in werking. Indien de fabrikant wel aan die laatste verplichting voldaan heeft, zou onder omstandigheden de weegschaal weer in zijn voordeel van kunnen doen terugzwenken, maar dat zal ook van de aard van de schade, e.d. afhangen.

De leverancier en produktenaansprakelijkheid

In een arrest van 2000 kwam de positie van de leverancier, in vergelijking tot de producent, bij produktenaansprakelijkheid aan de orde.³⁷ Het betrof de verkoop van plasmapoeder (vervaardigd uit runderbloed) voor de productie van soepballetjes - de vegetariër zal hier verder bladeren – het arrest sluit aan op dat van *Rockwool*, waarnaar verwezen wordt, maar biedt *geen* nieuwe gezichtspunten, aangezien het feitelijk oordeel van het hof, dat *DuPont* gevolgd had, in stand gelaten wordt. Het hof had geoordeeld dat onder de

36. Zie daarvoor: Dommering-van Rongen, t.a.p. 2000, pp.54 v.; 80 v. De duitse rechtspraak is heel uitgebreid op het gebied van de waarschuwingsplicht, met name de vier *Kindertee*-arresten, inzake thee met suiker in zuigflessen, die cariës veroorzaakt. Het arrest IV, van 2 mrt 1999, heeft betrekking op het in het verkeer brengen van de zuigfles, en geeft een strenge versie van waarschuwingsplicht: de bijsluiter bij het produkt is daartoe onvoldoende, omdat die meestal ongelezen weggegooid wordt door de consument. Zie Dommering, p. 55 v., en vgl. ook ons *Forbo*-arrest van 1999 over *product recall* (asbest vloerbedekking), HR 2 mei 1997, *NJ* 1998, 281, waarover Dommering, p.98 v.

37. HR 22 sept. 2000, *NJ* 644, Haagman & Co c.s. – Vaessen-Schoemaker Chemische Industrie.

§6. PRODUCTENAANSPRAKELIJKHEID

omstandigheden van het geval de leverancier niet gelijk gesteld kon worden aan de producent, waardoor de regel van produktenaansprakelijkheid in casu toepassing mist. Het plasmapoeder was niet door Vaessen, een chemisch bedrijf, zelf gemaakt, maar betrokken van een italiaans bedrijf, waarvan zij aanvankelijk de naam (Protemo) niet bekend wilde maken (welke afkomst door eiser overigens betwist werd). Ik verwijs verder naar de (omvangrijke) feitelijke toedracht, zoals deze uit het arrest a quo af te leiden is.

Een leverancier zal meestal uit overeenkomst aangesproken worden, wegens wanprestatie; dat zal doorgaans gebeuren aan de hand van normen die aan de figuur van produktenaansprakelijkheid ontleend zijn. Illustratief is een arrest uit 2001, inzake de meststof Biofer, die rozen schade toebrengt, niet tot vreugde van de kweker.³⁸ Er was sprake van een fatale verontreiniging van de vaten meststof met een giftige stof, een schadelijke herbicide die de planten voor insecten aanzag, en om zeep hielp (zeep is overigens een heel ouderwets middel tegen bladluis, sprak de tuinier milieuvriendelijk). De leverancier, die als niet-producent wist van hoed noch rand, beriep zich op zijn onbekendheid met de oorzaak van het gebrek aan het produkt; dat mocht echter niet baten, aangezien de hoge raad van oordeel was dat bij toerekening naar verkeersopvattingen aansprakelijkheid slechts uitblijft in geval van bijzondere omstandigheden, hetgeen ‘niet snel zal mogen worden aangenomen’.

7. *Productenaansprakelijkheid en veiligheidsvoorschriften*

In verschillende procedures die besproken werden, kwam het punt aan de orde of er wellicht veiligheidsvoorschriften bestonden die door de producent overtreden waren. Bij afwezigheid daarvan, werd dit door de laatste meestal als een argument in zijn voordeel opgevat (vgl. bijv. *Jumbo, Exota*). Men dient bij dit onderwerp in het oog te houden dat er een woud van regels, regelingen en voorschriften bestaat, waaraan de producent zich te houden heeft. Merkwaardig is echter, dat wanneer er iets fout gaat, er toch op dat gebied geen dwingende veiligheidsbepalingen blijken te bestaan (kruiken met patentsluiting, frisdrankflessen).³⁹ Het is een terrein dat in belang toeneemt, ook in Europees verband; ondanks alle ‘regelgeving’ zal er plaats blijven voor de oude aktie uit

38. HR 27 april 2001, NJ 2002, 213, *Oerlemans Agro – Driessen*, ook elders besproken, Hfdst. 10, § 2, nr 3, over art. 162, lid 3, verkeersopvatting.

39. Over frisdranken gesproken, de problemen zijn op dat gebied nog niet de wereld uit; na de *Exota*-zaak zijn fabrikanten bijeen gekomen, zijn afspraken gemaakt en werd een verzekering mogelijk gemaakt, maar de cijfers stemmen niet opgewekt. In een rapport uit 1985 wordt geschat dat in ons land jaarlijks 5000 ongevallen met springende frisdrankflessen gebeuren, waarvan ruim 1600 tot verwondingen leiden (Stichting Consument en Veiligheid).

Op allerlei terreinen zijn kinderen een risikogroep, denk aan medicijnen, snoep, gevaarlijk speelgoed, schoonmaakmiddelen e.d. In de statistieken vormen zij een groep die eruit springt. Op dit terrein wordt veel aktie gevoerd, veiligheidsvoorschriften lijken op dit terrein geen luxe. Een dankbaar gebied ook voor *class actions*, en, om verdere buitenlandse inspiratie te volgen, *punitive damages*. De wet der traagheid werkt hier heel duidelijk.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

onrechtmatige daad, en de nieuwe aktie uit art. 6:185 v. BW. Ik volsta hier verder met een verwijzing naar literatuur op het terrein van veiligheidseisen.⁴⁰

8. *Produktaansprakelijkheid op grond van de Europese richtlijn: art. 6:185 v. BW*

Na een lange voorgeschiedenis is ten slotte toch nog de Europese richtlijn inzake produktaansprakelijkheid erdoor gekomen, in 1985. Deze regeling, bedoeld om de EEG-landen op dit voor het bedrijfsleven zo belangrijke onderwerp op één lijn te krijgen, is gebaseerd op risico-aansprakelijkheid, terwijl op een aantal punten de mogelijkheid bestaat voor een lidstaat om een eigen variant aan te brengen, bijvoorbeeld ten aanzien van het verweer van de stand van de wetenschap, de schadevorm, de aard van de produkten. Hoewel de richtlijn per medio 1988 in de nationale wetgevingen opgenomen diende te zijn, is dat in ons land - en in vele andere landen - pas eind 1990 gebeurd. Wat de opties betreft, onze wetgever heeft het verweer van stand van de wetenschap opgenomen, evenals de Duitse en de Franse. In het recente Franse ontwerp is echter, anders dan bij ons ontwerp het geval is, ook bedrijfsschade opgenomen.

In het oorspronkelijke richtlijnvoorstel was het beroep op het ontwikkelingsrisiko niet opgenomen, evenmin in het gewijzigd ontwerp van 1979. In ons land had de SER een tegengesteld standpunt ingenomen, dat door de wetgever overgenomen is (art. 6:185, lid 1 sub *e*).⁴¹ Overigens blijft naast het nieuwe recht het geldende nationale recht op dit terrein (art. 162 dus) van kracht. Voor produkten die niet onder de nieuwe regeling vallen, zoals *onbewerkte* landbouwprodukten, is men uiteraard op het gewone onrechtmatige daadsrecht aangewezen. Bij nadere bestudering biedt de nieuwe regeling veel minder dan men naar aanleiding van de discussie van de afgelopen jaren zou verwachten; ze heeft het karakter van een bodemvoorziening, waarbij de allereerste behoeften aan slachtofferbescherming het uitgangspunt vormde.

Er is hier geen ruimte om uitvoerig op dit nieuwe recht in te gaan, daarvoor wordt naar de literatuur verwezen.⁴² Ik volsta met een verwijzing naar tekst van de wet, art. 185 v. BW. Verder gaat hierbij een handzaam schema dat Knot-

40. Zie o.m. Knijff, diss. 1973, p. 109 v.; G.M.F. Snijders, *Produktveiligheid en aansprakelijkheid*, diss. Utrecht 1987; Knottenbelt, diss. p. 135 v., met name ook over *produkt safety management*. In juni 1989 verscheen overigens een voorstel voor een richtlijn Produktveiligheid, vgl. Knottenbelt, p. 153.

41. De minister heeft de Kamer destijds beloofd dat bij de evaluatie van de nieuwe regeling in 1995, het ontwikkelingsrisiko, i.v.m. de slachtofferbescherming, bijzondere aandacht zal krijgen. Daarop werd een amendement ingeslikt. *Hand. TK* 1989/90, 48-2844. Veel schrijvers, o.m. Knottenbelt, p. 55, hebben bepleit dit verweer te schrappen.

42. Zie behalve Asser-Hartkamp III, nr 201 v., ook Knottenbelt, met strijd bare alternatieven voor deze regeling, p. 47 v. Zie ook Knottenbelts artikel: *Het minimumkarakter van de Richtlijn produktaansprakelijkheid*, in: *Milieu en aansprakelijkheid. Serie Aansprakelijkheidsrecht*, Deel 2, 1994, p. 89.

Zie ook voor de vraag of met BSE besmet rundvlees als produkt in de zin van art. 6:187 beschouwd kan worden, een vraag die terecht bevestigend beantwoord wordt (rundvlees is immers een *bewerkt* landbouwprodukt): B. Maat, *Produktaansprakelijkheid en BSE: voer voor vegetariërs*, in: Van Dunné-Bundel II, Lelystad 1997, p. 103.

§6. PRODUKTENAANSPRAKELIJKHEID

tenbelt maakte. Daaruit komt goed naar voren hoe beperkt het werkingsterrein van de regeling is, hoezeer het geldende recht van belang blijft. Overigens heeft de Tweede Kamer een amendement aangebracht met betrekking tot de bewijslastverdeling,⁴³ die op 1 nov. 1990 van kracht werd.

Zie voor de verzekeringsaspecten van produktenaansprakelijkheid: D. Thürman, *Produkthaftpflichtversicherung und Ausgewählte Fragen der Produkthaftung*, 2e dr. 1995, VersicherungsForum, Heft 21, Karlsruhe. Zie ook in algemene zin voor de verzekeringsvraag: E. Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2e dr. 1996, nr 745 v., Köln.

43. Het betreft de doorwerking van het nieuwe bewijsrecht, art. 177 Rv, zie *TK 47-2788 v.*; *48-2838 v.* (1990). Zie het nieuwe art. 6:188 BW.

In juli 1989 verscheen een voorontwerp Aansprakelijkheid van diensten, dat op enkele punten verder gaat dan de p.a.-richtlijn van 1985 (smartegeld, zaaksschade). Vgl. Knottenbelt, p. 34. Dit ontwerp bevindt zich de laatste jaren in en uit de ijskast.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKEDEN

§ 7. Milieu-aansprakelijkheid

1. De plaats van het privaatrecht in het milieurecht

Een civilist is van huis uit een bescheiden mens; wat de grote maatschappelijke problemen betreft weet de civilist dat zijn bijdrage tot de oplossing daarvan slechts beperkt kan zijn, en dat geldt ook voor de problemen die op milieugebied op ons afkomen. Dat is zelfs letterlijk 'op ons afkomen': in de lucht en het water drijven ongerechtigheden die het milieu belasten en schade veroorzaken. Ook de bodem raakt in toenemende mate vervuild. Op het eerste gezicht vragen milieuproblemen om een publiekrechtelijke benadering. Dat lijkt voor de hand liggend; bij nader inzien ligt dat anders. Het privaatrecht is de laatste jaren van steeds grotere betekenis voor het optreden tegen milieuschade geworden; de onrechtmatige daad, het wondermiddel tegen alle kwalen, bood ook op dit terrein soulaas. Bij het saneren van bodemverontreiniging door de overheid bijvoorbeeld, is die figuur niet meer weg te denken. Op internationaal niveau lijkt trouwens hetzelfde te gebeuren: de zaak van de *franse Kalimijnen* was een voorbode daarvan.¹

De relatie privaatrecht - publiekrecht is even interessant als gecompliceerd, en vooral de laatste jaren in een stroomversnelling gekomen. Werden de jaren zestig en zeventig gekenmerkt door inmiddels gevleugelde woorden als 'osmose' en 'magische lijn', in onze tijd is dankzij het uitwisselen van rechters (hoge raad /raad van state) en normen (od / abbb) een gemeenschappelijk gebied ontstaan, waar grenslijnen folkloristische waarde beginnen te krijgen. Een in Europa van 1992 geen onbekend verschijnsel. Wat die normen betreft is het aardig te signaleren dat hier een cirkelbeweging optreedt; niet alleen dat die normen van administratief recht vooral door civilisten ontwikkeld zijn die de publieke kant opgegaan zijn (G.J. Wiarda en Van der Hoeven), zij zijn ook afkomstig uit het privaatrecht. Men legge de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb) maar eens naast de oude open normen van maatschappelijke onzorgvuldigheid en goede trouw. Trouwens, ook de fameuze marginale toetsing is natuurlijk gepikt van de civilisten, men zie al de hoge raad in *Huize Lydia* (NJ 1931, 1317).

De rol van het privaatrecht in het nationale milieurecht dient nog nader toegelicht te worden. Van oudsher is het privaatrecht hier van betekenis geweest, naast het publiekrecht in de vorm van administratiefrecht (wat nu bestuursrecht heet, hetgeen de verwijdering van het franse recht illustreert). Het strafrecht stelde toen, evenals thans trouwens, op milieugebied niet veel voor. Het raakvlak is hier de figuur van hinder; een geheel van administratieve regels, gebaseerd op de Hinderwet van 1875, waarin volgens de vaste jurisprudentie plaats is voor de civiele aktie uit onrechtmatige daad indien men schade lijdt als gevolg van hinder. Bij de omschrijving van de eigendom, art. 625 oud BW, had de wetgever al aangegeven dat de eigenaar bij het uitoefenen van zijn 'meest volkomen' recht zich van hinder jegens derden moet onthouden. Niet zo opzienbarend dus, die

1. Het arrest van de hoge raad uit 1988 kwam elders uitvoerig ter sprake, Hfdst. 10, § 3, nr 2. De procedure heeft internationaal veel aandacht getrokken, in en buiten rechte. Er zijn overigens ook administratiefrechtelijke en strafrechtelijke procedures door nederlands eisers tegen de Kalimijnen gevoerd, voor de franse rechter, die blijven hier buiten beschouwing.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

vaste rechtspraak. Dat is wel het geval ten aanzien van de beslissing dat degenen die hinder toebrengt niet van aansprakelijkheid gevrijwaard wordt door het bestaan van vergunningsvoorwaarden die door hem in achtgenomen zijn. Aldus de hoge raad in 1917, bevestigd in 1971.² Dit werd elders besproken, van belang is dat als gevolg van deze jurisprudentie voor het privaatrecht een belangrijke rol weggelegd is op dit terrein van milieurecht. Men kan allerlei dogmatische argumenten aanvoeren ter ondersteuning van het standpunt van de hoge raad - dat overigens niet onomstreden is - doorslaggevend lijkt mij hier het rechtspolitieke aspect van de zaak. Het was en is een publiek geheim dat van het beleid van de overheid bij het verlenen van vergunningen op milieugebied en - niet minder belangrijk - het toezicht op de naleving daarvan, weinig of niets terecht gekomen is. Dat was in 1917 het geval, in 1970, en ook vandaag de dag, en zal dat blijven, zolang de overheid de 'zuivere vorm des mensen' nog niet bereikt heeft. Je hoeft, bij wijze van spreken, maar om je heen te kijken (ruiken) om dat te kunnen constateren. Zelfs indien de rechter in een ivoren toren zou zitten, zou hij dat kunnen waarnemen door naar buiten te kijken.

Hiermee heeft de rechtspraak een even principiële als praktische kwestie beslecht. Een tweede toepassingsgebied van privaatrecht in milieuzaken is de milieuaansprakelijkheid-sec. Al van het begin van deze eeuw is dat met grote regelmaat gebeurd, al is dat merkwaardigerwijze nauwelijks tot de dogmatische wereld doorgedrongen. Het betreft gevallen van mijnschade, watervervuiling en luchtvervuiling. Over de Voorste Stroom bij Tilburg zijn van 1915 tot 1953 (toen de zuiveringsinstallatie er kwam) een honderdtal processen gevoerd, hetgeen tot 7 arresten van de hoge raad geleid heeft.³ De algemene dogmatiek is door enkele van die arresten verrijkt, die vele studentengeneraties tot voer dienden, maar een 'milieurecht' kwam daarmee niet van de grond. In Limburg zijn decennia lang tientallen processen gevoerd, aanvankelijk over watervervuiling, in de jaren voor en na de oorlog vooral luchtvervuiling.⁴ Verder zijn er in de loop der jaren sporadisch uitspraken gepubliceerd over water- en luchtvervuiling.⁵

Het is goed om dit in het achterhoofd te houden, de rol van de onrechtmatige daads-actie als milieu-actie, indien men naar de huidige praktijk van

2. Bedoeld zijn hier resp. het *Krul of bonbon-machine*-arrest en *Lekkerkerker - Vermeulen* (kraaien en roeken), waarover elders, Hfdst. 10, § 3, nr 1.

3. Vgl. E.M.Meijers, Antwoord op Rechtsvraag 4, AA II (1952), p. 21. De vervuiling dateerde al van 1874; Meijers vermeldt dat het honderdtal procedures in veertig jaar door één advocaat gevoerd is. Het eerste arrest van de hoge raad dateert van 1915. Zie nog onder, nr 2.

4. Van de watervervuiling door de Staatsmijnen is al sprake in 1918, vgl. een vonnis van de Rb. Maastricht uit 1931 inzake de *Roode Beek*. De luchtvervuiling met mijnstof betreft de periode 1935-1954, waarop Helsloot de aandacht gevestigd heeft in zijn preadvies voor het Thijmgenootschap van 1970. Voor een bespreking daarvan, zie mijn artikel in *TMA*, 1988, p. 33, *De Franse Kalimijnen-zaak en milieu-aansprakelijkheid. Een tussenbalans*.

5. Het is wat sprokkelen om die rechtspraak te vinden, bijvoorbeeld inzake de *Berflobeek* in het Twentse, in 1938; fluor-vervuiling in het Westland in 1963, overwaaiende bestrijdingsmiddelen in Drente in 1964. In de jaren '70 en '80 komen de milieu-procedures in een stroomversnelling, die gelijke tred lijkt te houden met de vervuiling zelf. Men zie voor deze materie mijn in de vorige noot genoemde artikel. Veel werd natuurlijk ook geschikt, of op verstandige wijze opgelost, vgl. bijv. de regeling tussen bollentelers en de Hoogovens, ten aanzien van de uitstoot van schadelijke stoffen door de laatste (zie t.a.p.).

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

aansprakelijkheid voor bodemvervuiling kijkt. De wetgever heeft begin jaren tachtig bij de invoering van de Interimwet Bodemsanering (IBS) de verhaalsak-tie van de overheid doen steunen op de algemene aktie van 1401 oud BW; dit is derhalve dogmatisch een vanzelfsprekende zaak, anders dan sommige milieu-juristen menen. Van veel groter belang hierbij is, dat daarmee aangesloten wordt op de lange traditie van de onrechtmatige daadsak-tie bij milieuschade, die gekwalificeerd kan worden als *pseudo-risico-aansprakelijkheid*. Maar die ontwikkeling was voor velen onbekend en onbemind. Zoals men weet heeft de toepassing van de art. 21 IBS-aktie door de landsadvokaat een grote vlucht genomen; er lopen thans enkele honderden procedures, met nog een veelvoud te volgen. De belangen lopen in de miljarden; niet oninteressant voor een overheid die goed voor het milieu wil zijn maar door geldgebrek kort gehouden wordt. Dat men in kringen van het bedrijfsleven hier anders over denkt laat zich raden, in ieder geval is duidelijk tot welke controverse dit kan leiden en ook geleid heeft. Daarbij is het rechtskarakter van de aansprakelijkheid in kwestie, schuld- of risico-aansprakelijkheid, uiteraard een centraal punt.

Hiermee is de inbreng van het privaatrecht op milieugebied grotendeels weergegeven. Het is natuurlijk geen volledig beeld; behalve het onrechtmatige daadsrecht kunnen nog het contractenrecht en het zakenrecht genoemd worden, maar dat stelt niet zoveel voor. De beheerscontracten leken eind jaren zeventig een mooie toekomst te hebben bij het totstandbrengen van landschapsbeheer, ware het niet dat geldgebrek aan overheidszijde een streep door de rekening trok. Tegenwoordig lijken er weer nieuwe mogelijkheden te bestaan voor mi-lieu-convenanten (vgl. de overeenkomst van augustus 1991 van de Gemeente Rotterdam met de duitse chemische industrie VCI over de lozingen in de Rijn, gevolgd door soortgelijke overeenkomsten met de franse industrie). Wat het zakenrecht betreft, in ons land is dat, in tegenstelling tot omringende landen, op milieugebied niet tot wasdom gekomen. Het burendrecht is wat stoffig gebleven, ondanks bepalingen over bovenstroomse verontreiniging van water dat voor het drenken van vee gebruikt wordt, en dergelijke (art. 676 oud-BW). In *Voorste Stroom I* (NJ 1915, 691) was dat nog de grondslag van de vordering; met de komst van de maatschappelijke onzorgvuldigheid als basis voor artikel 1401 in 1919 raakte het burendrecht weer in de periferie van het privaatrecht, bij de duiventil, konijnenwarande en de sekreten. Dat dit niet noodzakelijk is, bewijst de ontwikkeling in het belgische en franse recht, waar de 'troubles de voisinage' een bloeiend bestaan leiden. Dat is trouwens ook het geval in het duitse en italiaanse recht, terwijl het engelse recht iets soortgelijks kent in de figuur van *nuisance*.⁶ In de meeste westeuropese landen is verder de figuur van misbruik

6. Ik verwijs hiervoor naar de handboeken op die rechtsgebieden, en onder, nr 2. Voor het duitse en italiaanse recht ga ik af op de beschouwingen van Eckard Reh binder en Richard Stewart, *Environmental Protection Policy, Integration through Law, Volume 2*, 1985, Berlin/New York, p. 172. In het duitse recht werd overigens het burendrecht als hefboom gebruikt om bij milieu-aansprakelijkheid tot een vorm van risico-aansprakelijkheid te komen, in het *Kupulofen*-arrest van 1984, BGH 18 sept. 1984, NJW 1985, p. 47, waarover Hulst, *Grondslagen van milieu-aansprakelijkheid*, diss. Rotterdam 1993, p. 307.

Het art. 676 BW, inzake het gebruik van (onvervuild) stromend water, is met enige wijziging in het NBW opgenomen als art. 5.4.3 NBW (thans: art. 5: 40), waarover Asser-Beekhuis II, 1983, p. 147.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

van (eigendoms)recht een belangrijk instrument om milieuschade tegen te gaan. In ons land is dat rudimentair gebleven, doordat de hoge raad in de zwarte periode van legisme van voor de oorlog een uiterst beperkte visie hanteerde, in de beruchte *Watertoren*-arresten uit 1936 en 1937. Pas in 1970 ging de cassatierichter om, mede geïnspireerd door het Nieuw BW waarin Meijers het belgisch/franse recht overgenomen had.⁷ Misbruik van recht werd aldus in de sleutel van de goede trouw en de redelijke belangenafweging geplaatst. De praktijk kon echter daarop niet wachten, en zocht haar heil in de aktie uit 1401 in het kader van hinder, ten detrimente van de ontwikkeling van misbruik van recht als milieu-instrument. Ten slotte valt nog te wijzen op het gebruik van zakelijke rechten in de milieusfeer; men kan de erfpachtsvoorwaarden daarvoor hanteren (vgl. Rotterdam), en in beperkte mate kan men bij erfdiensbaarheden onderhoudsverplichtingen opleggen aan het lijdend erf. Die laatste praktijk wordt in het huidige BW met zoveel woorden geregeld, zodat men niet langer in de schaduw van de wet hoeft te opereren.⁸

2. Milieu-aansprakelijkheid op grond van burennrecht. Grensoverschrijdende watervervuiling

Hierboven werd er al op gewezen dat het burennrecht in omringende landen een grote rol speelt bij de afwikkeling van milieuschade-claims, op het terrein van vervuiling van water, bodem of lucht. In ons recht wordt die rol voornamelijk door de figuur van hinder vervuld, die echter al geruime tijd in het teken van de onrechtmatige daad staat, vooral nadat onze hoge raad misbruik van recht eng opgevat heeft en pas in 1970 de ruime leer aanvaardde, met belangenafweging en toetsing aan het beginsel van de goede trouw zoals nu ook in de wet staat (art. 3:13). Het burennrecht bleef bij dat alles in de schaduw, ook bij de hercodificatie, en heeft nooit de vlucht genomen waarvan in het buitenland sprake is. Toch liggen daar interessante mogelijkheden, juist omdat rechtsvergelijking leert dat men geen last heeft van klassieke vereisten van onrechtmatige daad, en een vorm van risico-aansprakelijkheid op dit gebied kent. Dit sluit overigens goed aan bij de huidige ontwikkeling in de jurisprudentie van de hoge raad dat ook bij onrechtmatige inbreuk op een subjektief recht vrij snel aansprakelijkheid aangenomen wordt, zonder dat vereisten als schuld en causaal verband de bekende spelbrekers zijn voor gelaedeerden. Het is dus alleszins de moeite waard om kennis te nemen van het burennrecht, het grensgebied tussen

7. Vgl. *Watertoren I*, NJ 1936, 415; *Watertoren II*, NJ 1937, 639; *Kuipers - De Jongh* (grensoverschrijdende garage), NJ 1971, 89. Dit onderwerp staat bekend als de controverse tussen Meijers en Paul Scholten, één van de zeldzame gevallen dat de eerste voor een billijkheidsoplossing kiest, en de laatste niet, hetgeen in de Leidse School vaak breeduit gemeen wordt. Men verliest daarbij meestal uit het oog, dat Scholten dezelfde oplossing voorstond, maar dan via een modernisering van het burennrecht. Daarvan is het nooit gekomen, ook niet naar NBW, in tegenstelling tot ons omringende landen (vgl. ook nt 236).

8. Vgl. J.Th. Smalbraak, *Erfdiensbaarheden en kwalitatieve verbintenissen*, preadv. Broed. Cand.-Not. 1966, p. 86 v. (sub 10), en dezelfde in *WPNR* 5320 (1975) over het Gewijzigd Ontwerp NBW; vgl. art. 5: 71 lid 2 NBW. Helsloot geeft ook voorbeelden van milieuregelingen door middel van erfdiensbaarheden (en contracten), zie t.a.p. (nt 234). Zie voor dit onderwerp ook boven, Hfdst. 8, § 1, nr 6.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

verbintenissenrecht en zakenrecht. Zoals het in het oude BW door de wetgever omschreven werd: 'de regten en verplichtingen tusschen eigenaars van naburige erven' (4e titel van Boek 3 oud BW).

Daarbij zal met name ingegaan worden op het franse recht: de artikelen van ons BW (oud en nieuw) zijn immers overgenomen uit de Code civil - de gelijklopende artikelen 640 v. CC - zodat ook de franse ontwikkeling op dit terrein instruktief kan zijn voor de vaststelling van de betekenis van deze bepalingen naar nederlands recht. Zoals nog zal blijken, lopen het nederlandse en het franse recht op dit punt niet wezenlijk uiteen; sterker nog, het franse recht geeft een ondersteuning aan de beschrijving van de stand van zaken op dit gebied naar nederlands recht. Allereerst komen de artt. 673 v. oud-BW (thans: artt. 5:38 v. BW) aan de orde, zoals in rechtspraak en doktrine van ruim een eeuw vastgelegd.

Art. 673 oud BW is onderdeel van het burennrecht, waarin de rechten en verplichtingen van eigenaren van naburige erven geregeld worden. Dit in afwijking van het Franse recht dat met de artt. 640 v. CC tot voorbeeld gediend heeft, dat hier van erfdiensbaarheden uitgaat ('servitudes qui dérivent de la situation des lieux'). De regeling is ontleend aan het romeinse recht dat de eigenaar van lager gelegen land een aktie tegen de eigenaar van hoger gelegen land bij wateroverlast toekende, de zogenaamde *actio aquae pluviae arcendae*; de natuurlijke afloop van water moest geduld worden, maar dat gold niet in het geval de buurman door de aanleg van werken de watertoevoer vergroot had. De overname van deze rechtsfiguur in ons recht is in zoverre opmerkelijk, dat het Oud-Vaderlandse recht uitging van de regel: 'Wie water deert, die water keert', men hoefde het water van hoger gelegen gronden in het geheel niet te ontvangen, ook de natuurlijke afloop niet. In de praktijk werd de eigenaar van lager gelegen grond toch tot het aanvaarden van waterlossing door de buurman gedwongen, zij het tegen schadeloosstelling.⁹ Dat laatste element, voor ons onderwerp van groot belang, zien wij in de Franse wetgeving aan het eind van de vorige eeuw terugkomen.

Art. 673 oud-BW luidt als volgt:

'1. Erven die lager liggen zijn, ten behoeve van degene die hoger gelegen zijn, verplicht het water te ontvangen, hetwelk daarvan natuurlijk afloopt, zonder dat zulks door mensen toedoen bevorderd wordt.

2. De eigenaar van het erf dat lager ligt mag geen dijk of dam opwerpen, waardoor deze uitwatering belet wordt; daarentegen mag de eigenaar van het hoger gelegen erf niets in het werk stellen, waardoor de toestand van hetgene dat lager ligt verzwaaard wordt' (vgl. idem: art. 640 CC).

In het huidige BW zijn op dit artikel geen ingrijpende wijzigingen aangebracht; het is terecht gekomen in twee artikelen: artt. 5:38 en 39 BW. De belangrijkste wijzigingen (anders dan tekstuele) houden verband met de nieuwe visie op dit onderdeel van het burennrecht, namelijk als onderdeel van de figuur van hinder.

9. Zie voor deze materie: Asser-Beekhuis II, *Zakenrecht*, 12e dr. (1990), nr 155; Pitlo-Brahn, *Zakenrecht*, 9e dr. (1987), p. 268 v. Vgl. ook nog Smalbraak-Davids, *Burennrecht, mandelgheid en erfdiensbaarheden*, 3e dr. (1988), p. 41 v.; W.J.M. Davids, *Burennrecht, Mon. NBW B 26*, 2e dr. (1994).

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Deze laatste rechtsfiguur heeft een algemene regeling gevonden in art. 5:37 BW, en is nadrukkelijk gebaseerd op aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, art. 6:162 BW. De regeling van waterafloop luidt tegenwoordig als volgt:

‘Art. 5:38. Lagere erven moeten het water ontvangen dat van hoger gelegen erven van nature afloopt.

Art. 5:39. De eigenaar van een erf mag niet in een mate of op een wijze die volgens artikel 162 onrechtmatig is, aan eigenaars van andere erven hinder toebrengen door wijziging te brengen in de loop, de hoeveelheid of hoedanigheid van over zijn erf stromend water of van het grondwater, dan wel door gebruik van water dat zich op zijn erf bevindt en in open gemeenschap staat met het water op eens anders erf’.

Voor de goede orde volgt hier ook de tekst van art. 677 oud-BW, dat in het huidige BW niet voor komt:

‘Wanneer tussen eigenaars, aan welke die wateren enig nut kunnen verschaffen, geschil ontstaat, moeten de rechtbanken, bij de beslissing daarvan, het belang van de landbouw met de onschendbaarheid van het recht van eigendom trachten over te brengen, en zich, in allen gevalle, gedragen naar de bijzondere en plaatselijke verordeningen opzichtelijk de loop, de hoogte en het gebruik der wateren’.

Bij de bespreking van de regel van art. 673 oud BW is Beekhuis een goede raadsman; in zijn Asser-bewerking *Zakenrecht* geeft hij een indringende omschrijving van de regel, die op verschillende onderdelen voor ons onderwerp van belang is. Ik laat die passage hier volgen:

‘Ingevolge het eerste lid van art. 673 is de eigenaar van een erf, dat lager ligt, in beginsel verplicht het water te ontvangen, dat op natuurlijke wijze van het hogere erf afloopt, d.w.z. hij mag niets doen, waardoor de uitwatering belet wordt. Deze verplichting betreft echter alleen het water zelf en de vaste stoffen, die op natuurlijke wijze door het water worden meegesleept (Scholten, 8e dr., p. 256; Suijling V, nr 190; Opzoomer-Goudekot III, p. 618, noot 3; Rb. Maastricht 11 okt. 1934, NJ 1935, 262; anders Diephuis VI, p.210). Aan de andere kant bestaat de verplichting slechts, wanneer het water op natuurlijke wijze afloopt. Indien de eigenaar van het hogere erf de waterloop door werken of op andere wijze heeft bevorderd, dan mag de eigenaar van het lagere erf de watertoevoer dus verhinderen. Zie Rb. Leeuwarden 25 mei 1916, WPNR 2469 en Rb. Zwolle 11 febr. 1948, NJ 1948, 755, WPNR 4116. O.i. geldt dit laatste echter alleen, wanneer het lagere erf door de vergroting van de waterafvoer zou worden geschaad (zie hierna). Volgens Rb. Maastricht 11 okt. 1934, NJ 1935, 263 is het voor de toepassing van art. 673, 1e lid niet noodzakelijk, dat de erven aan elkaar grenzen. De bepaling geldt dus bijv. ook, wanneer het hogere en het lagere erf gescheiden worden door een openbare weg.’¹⁰

Hiermee zijn wij *in media res*: de positie van de eigenaar van een lager gelegen erf tegenover de eigenaar van het hogere erf, compleet met de kwestie van de met het water meegevoerde stoffen. Voor een goed begrip van de passage in Asser-Beekhuis en van de regel inzake waterafvoer in het algemeen, dient men enkele zaken goed in het oog te houden. In de literatuur en rechtspraak wordt

10. T.a.p., nr 156; vgl. al in deze zin, 9e dr. (1963), p.181. Overigens is de oudere rechtspraak inzake de ‘natuurlijke afloop’ en de ‘verzwaring’ van het lagere erf doorgaans in de zin van de hier door Beekhuis aangehaalde uitspraken. Zie voor die oudere rechtspraak naast het kaartregister *NJ*, ook nog *Léon's Rechtspraak II*, Afl. 3, 4e dr. (1933, Wijnveldt), p. 412 v.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

benadrukt dat het moet gaan om de *natuurlijke* afloop van water, zonder menselijk toedoen, dat wil zeggen, technische ingrepen die wateroverlast tot gevolg hebben. In de oude Romeinsrechtelijke aktie kwam dit al naar voren: het moet om *aqua pluvia*, regenwater, gaan (en wat daarmee samenhangt). Hetzelfde geldt, hetgeen voor ons van meer belang is, voor de meegevoerde stoffen: daarbij gaat het eveneens om de *op natuurlijke wijze* door het water meegevoerde stoffen, en dus niet stoffen die daarin door des mensen toedoen terecht gekomen zijn (de moderne milieu-casus, derhalve). Opzoomer zegt dat heel expliciet, wanneer hij het heeft over water in zijn ‘natuurlijke toestand’: ‘dus ook met alles, wat het van zelf, zonder toedoen van den eigenaar van het hoger gelegen erf, met zich voert’ (t.a.p.; zie ook 1e dr. (1871), p. 320, nt 1).

In rechtspraak en literatuur wordt de afvoer van vaste stoffen op één lijn geplaatst met die van het water, waarbij het springende punt is, de vraag of er meer dan de normale hoeveelheid water over het lager gelegen erf afgevoerd wordt. Zodra dat het geval is, doorgaans als gevolg van een handeling van de eigenaar van het hoger gelegen erf (boren van een waterbron, aanleggen van werken, e.d.), hoeft de eigenaar van het lagere erf de wateroverlast niet te dulden, indien niet - een tweede kenmerkend punt - een *schadevergoeding* aangeboden wordt. Aldus uitdrukkelijk Suiling V, nr 190. Hiermee hangt samen dat de wetgever bij het nadeel dat de eigenaar van het lagere erf heeft van de watertoevoer van het hogere erf, aan *schade* gedacht heeft; dat element zien wij terug bij de ‘verzwaring van de toestand’ van het lagere erf, waarvan in lid 2 van art. 673 sprake is. Indien geen sprake van nadeel is in de vorm van schade, mag de eigenaar van het lagere erf de wateroverlast niet verhinderen. (vgl. Asser-Beekhuis II, t.a.p.). Bij de totstandkoming van het artikel stelde de regering zich op het standpunt, naar aanleiding van Kamervragen over een wijziging van het artikel om tegemoet te komen aan de situatie van ontginning van hoger gelegen gronden met wateroverlast als noodzakelijk gevolg, dat zij niet kon inzien ‘dat het immer geoorloofd kan zijn, zijn erf te bevoordelen, door aan dat van den nabuur nadeel toe te brengen. Dit toe te laten, zoude eene inbreuk maken op de onschendbaarheid van het regt van eigendom’.¹¹

In de nieuwe redactie van art. 673 in het huidige BW, art. 5:39 BW, zien wij dat de eigenaar van het hogere erf niet op onrechtmatige wijze hinder mag toebrengen aan eigenaren van lagere erven door wijziging aan te brengen in ‘de loop, hoeveelheid of hoedanigheid’ van het over zijn erf stromende water. Bij *hoedanigheid* van het water wordt mede gedacht aan verontreiniging van het water.¹² Ook naar geldend recht staat het de eigenaar van een hoger erf derhalve

11. Zie Asser-Beekhuis II, t.a.p.; B.H.D. Hermesdorf, ‘Een praktische vraag van burendrecht’, *NJB* 1929, p. 453 (over de vraag of iedere grondverbetering met drainage van een hoger erf door art. 673 BW belet wordt). De laatste schr. wijst erop dat Pothier al uitging van het toebrengen van *schade* aan het lagere erf, evenals de franse wetgever terzake van art. 640 CC (p. 457 v.).

12. NvW, *Parl. Gesch.* 5, p. 186; *NBW, Tekst & Commentaar*, ad art. 5:39, p. 319. De invoeging van de term ‘hoedanigheid’ is in een late fase van wetgeving bij amendement gedaan, om buiten twijfel te stellen dat het artikel ook toepassing kan vinden bij verontreiniging van het water; vgl. ook J.M. Polak, *BR* 1973, p. 427; Smalbraak, *WPNR* 5242 (1973), p. 539.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

niet vrij om de hoedanigheid van over zijn erf stromend water te wijzigen, door bijvoorbeeld stoffen daaraan toe te voegen.

Eenzelfde regeling geldt krachtens art. 5:40 BW (art. 676 oud-BW) voor het gebruik van voorbijstromend openbaar water; de wetgever heeft hier slechts hinder genoemd, die onrechtmatig is.

Belangen van landbouw; verzwaring en verplichting tot schadevergoeding

Het belang van landontginning en landbouw in het algemeen was de inzet van een debat over de strekking van art. 673, mede naar aanleiding van de jurisprudentie op dit gebied. Men zie behalve Beekhuis ook de eerdere beschouwingen van Bordewijk en Hermesdorf over deze kwestie.¹³ In Frankrijk, waar de ontwikkelingen van het privaatrecht steeds op die in ons land voorliepen, was dit zelfs aanleiding om een wetswijziging aan te brengen: in 1898 werd art. 641 CC toegevoegd (dat in de Code rural nader uitgewerkt is), waarmee de positie van de eigenaar van het hoger gelegen erf in het belang van de landbouw of industrie versterkt werd, zij het dat de medaille een keerzijde had: bij verzwaring van de positie van het lager gelegen erf diende *schadevergoeding* betaald te worden.¹⁴ Het begin van art. 641 CC spreekt duidelijke taal:

‘Tout propriétaire a le droit d’user et de disposer des eaux pluviales qui tombent sur son fonds.

Si l’usage de ces eaux ou la direction qui leur est donnée aggrave la servitude naturelle d’écoulement établie par l’article 640, une indemnité est due au propriétaire du fonds inférieur’.

Curieus is, dat blijkens de bespreking van art. 673 BW door Diephuis, onze regering bij de totstandkoming van dat artikel er reeds van uitging dat bij verzwaring van de positie van het lagere erf, schadevergoeding op zijn plaats was.¹⁵ Diephuis geeft als eigen standpunt, onder verwijzing naar Desmolombe: ‘En wanneer de eigenaar van het hogere erf, waarom en waardoor dan ook iets heeft verrigt, wat den toestand van het lagere verzwart, kan de eigenaar van het laatste daartegen zijn regt doen gelden, het gedane, zoo dit mogelijk is, ongedaan doen maken, en in elk geval vergoeding vragen van kosten, schaden en interessen’. Dan volgt een citaat van het regeringsantwoord dat al eerder ter

13. H.W.C. Bordewijk, ‘Burenrecht en afwatering’, *Themis* 1915, p. 467 v.; Hermesdorf, t.a.p. Zie overigens ook art. 677 oud BW, dat bepaalt dat de rechter de belangen van de landbouw moet afwegen tegenover de ‘onschendbaarheid’ van het recht van eigendom, een artikel dat merkwaardigerwijze niet in die discussie betrokken werd.

14. Zie voor deze materie: Bordewijk, t.a.p., p. 475 v.; Planiol-Ripert III (Picard), *Les biens*, 2e dr. (1952), nr 505. Het dulden van de afvoer van afvalwater, tegen vergoeding, is geregeld in de artt. 123 v. Code rural, laatstelijk gewijzigd in 1964, zie: Mazeaud/Chabas II, *Biens*, 7e dr. (1990), p. 128. De laatste druk van dit werk (8e dr., 1994) was niet beschikbaar; de meer gespecialiseerde franse lit. over dit onderwerp is in de nederlandse bibliotheken overigens niet aanwezig, zoals: S. Lannerée, *Servitudes, mitoyenneté, bornage, clôture*, 4e dr. 1995; B. Le Court, *Servitudes et mitoyenneté: rapports de voisinage*, 5e dr., 1996.

15. Diephuis VI, *Zakenrecht*, 1880, p. 214. Vgl. Voorduyn III, p. 472; Noordziek II, p. 413. Overigens werd ook in ons land in 1898 een wetsvoorstel gedaan om art. 673 aan de eisen van de tijd aan te passen, dat echter schipbreuk geleden heeft; de ontwerpers van het NBW refereren aan dat ontwerp.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

sprake kwam: ‘Wanneer in buitengewone gevallen een maatregel van dien aard ten algemeenen nutte vereischt werd, zoude zulks door eene verordening van de openbare magt moeten worden bevolen; en, zelfs in dat geval, zoude dit steeds met eene behoorlijke schadevergoeding moeten gepaard gaan’.

Diephuis’ standpunt inzake het niet hoeven aanvaarden van met het water meegevoerde stoffen vraagt nog om een kanttekening. Zijn visie, op dit punt bestreden door de andere genoemde auteurs, dat de eigenaar van het lagere erf niet verplicht is om ‘stenen, grind, zand of andere stoffen’ te ontvangen van het hogere erf, houdt in dat de eigenaar, al kan hij niet van zijn buurman vorderen ervoor te zorgen dat die stoffen achterblijven, vrij is om maatregelen te nemen ‘tot afwering van al wat het water medevoert’, als hij het water maar op zijn erf laat aflopen (t.a.p., p. 210). Hij denkt hierbij echter aan de langs *natuurlijke weg* meegevoerde stoffen;

dat blijkt wanneer hij even verder in die passage schrijft, naar aanleiding van de vraag of vergoeding op zijn plaats is in het kader van dit artikel:

‘En al voert het water in zijnen loop hinderlijke en nadeelige stoffen mede, zoo heeft hij ook daarvoor geen recht op vergoeding, omdat het nadeel, dat hij daardoor lijdt, hem niet door zijn nabuur, maar door de werking der natuur veroorzaakt werd, en hij, die de afloop van het water moet gedooogen, zich ook de gevolgen getroosten moet, die daaruit voortvloeijen, ook wanneer deze verbonden waren aan stoffen, die hij zelf, zoo het kon, had mogen afweren, maar waartegen de ander hem niet behoefde te beveiligen’ (p. 211).

Hieruit blijkt, a contrario, dat de stoffen die niet langs natuurlijke weg het lagere perceel bereiken, dus in het water gestort zijn door de buurman, een nadeel veroorzaken dat door de eigenaar van dat perceel niet geduld behoeft te worden, en een recht op vergoeding doen ontstaan. Deze uitleg is in overeenstemming met Diephuis’ visie die zoëven ter sprake kwam, namelijk dat bij verzwaring van de positie van het lagere erf, de eigenaar daarvan een recht op schadevergoeding jegens de eigenaar van het hogere erf heeft. Dat is dus ook het geval indien sprake is van verzwaring als gevolg van met het water meegevoerde stoffen.

Hierboven kwam het vereiste van *naburigheid* van de erven, dat niet strict uitgelegd dient te worden, al ter sprake (Rb. Maastricht, 1934). Reeds in de vorige eeuw werd door de rechter beslist dat ‘welke erven als naburig kunnen worden beschouwd naar omstandigheden door de rechter moet worden beoordeeld’.¹⁶ In dezelfde zin besliste de franse hoogste rechter in de vorige eeuw: de erven hoeven niet aan elkaar te grenzen.¹⁷

Ook voor het huidig recht wordt aangenomen dat naburigheid niet aldus moet worden opgevat dat de erven aan elkaar grenzen, al gaan sommige bepalingen daar wel vanuit. Voldoende is evenwel dat de handelingen of situaties ten aanzien van het ene erf invloed uitoefenen op het andere. Volgens Davids wordt daarbij een zekere naburigheid wel verondersteld.¹⁸

De teneur ten aanzien van het vereiste van naburigheid is duidelijk: het begrip vraagt om uitleg, en het is aan de rechter om, gezien de omstandigheden, naar geldende rechtsopvatting een redelijke uitleg aan dat begrip te geven. De regels met betrekking tot waterafloop zijn naar geldend recht nadrukkelijker in de context van hinder en onrechtmatige daad geplaatst dan in het oude recht al

16. Aldus Rb. Amersfoort 18 jan. 1858, W 1951; Rb. Haarlem 18 mei 1880, PvJ 1880, 39.

17. Req. 3 aug. 1852, DP 1852, 1.220.

18. W.J.M. Davids, *Mon. Nieuw BW B-26* (1984), p. 10. Vgl. ook *NBW, Tekst & Commentaar*, 1990, ad Titel 4, p. 316.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

het geval was (vgl. ook nog onder). Een discussie over deze kwestie is intussen achterhaald, nu de hoge raad in het *franse kalimijnen*-arrest van 1988 bepaald heeft dat een buitenlandse bovenstroomse lozer van schadelijke stoffen (in casu: de MDPA), een benedenstroomse gebruiker van rivierwater hinder kan toebrengen die resulteert in een onrechtmatige daad, zonder dat het gebrek aan naburigheid hier parten speelt.¹⁹ Het beroep op ontbreken van naburigheid heeft in een milieu-zaak dus weinig kans van slagen, ook bij grensoverschrijdende watervervuiling; dit nog afgezien van de omstandigheid dat in de ‘Global Village’ die wij bewonen, ieder ieders buurman geworden is. In common law landen staat overigens de figuur van het inacht nemen van normen van maatschappelijke zorgvuldigheid bekend als de ‘good neighbour’ doctrine, naar aanleiding van de befaamde opinion van Lord Atkin in het standaard-arrest *Donoghue v. Stevenson*, house of lords 1932, die daarbij uitdrukkelijk verwees naar het gebod van naastenliefde uit het Nieuwe Testament.²⁰

Verscheidene schrijvers hebben overigens erop gewezen dat de verhouding tussen de eigenaren van naburige erven door de verkeersopvatting en de billijkheid beheerst wordt, hetgeen in het huidige BW door de normen van maatschappelijke zorgvuldigheid vervangen is met de overgang naar de figuur van hinder.²¹ Al in 1916 oordeelde de Rb. Rotterdam: ‘De bepalingen van het buretrecht beperken wederkeerig de bevoegdheden der burenen, maar alleen voor zoover dat noodig is opdat ieder zooveel mogelijk nut van zijn recht kan trekken. Zij mogen dus niet anders worden aangewend dan tusschen goede burenen betaamt’.²²

De combinatie van een aktie gebaseerd op art. 673 oud BW en onrechtmatige daad is uiteraard niet nieuw; ze ligt bijvoorbeeld ten grondslag aan procedures die geleid hebben tot uitspraken van het Hof Arnhem in 1933, de Rb. Den Haag in 1971 en de hoge raad in in 1967.²³ Verscheidene schrijvers hebben op de samenhang tussen de artt. 673 en 1401 oud BW gewezen.²⁴

Openbaar of stromend water: art. 5:40 BW (art. 676 oud BW)

Art. 676 oud-BW betreft een casus die van groot belang voor watervervuilingszaken kan zijn, namelijk het gebruikmaken van langsstromend water door een oevereigenaar. Het artikel spreekt van niet tot het openbaar domein behorend water; in de huidige versie van het artikel, art. 5:40 BW, is sprake van ‘openbaar of stromend water’. Het zuster-artikel in het franse recht,

19. HR 9 sept. 1988, *NJ* 1989, 743, nt JHN/JCS; *TMA* 1989, p. 12, nt Van Dunné. Het arrest komt hieronder nog uitvoeriger ter sprake.

20. (1932) *AC* 562, zie boven, Hfdst. 11, § 1, nr 2.

21. Zie Hermesdorf, t.a.p., p. 458, met verwijzing naar Pothier; Suijling V, nr 154 (‘verkeersfatsoen’).

22. Rb. Rotterdam, 14 febr. 1916, *NJ* 1916, 974, inzake buretrecht in het algemeen (in casu: gemene muur). Zie over de billijkheid en regels van goede trouw in het buretrecht: A.J.J. van Acht, *Buretrecht*, diss. Nijmegen, 1990, nr 106 v.

23. Hof Arnhem 25 okt. 1933, *NJ* 1934, 189; Rb. Den Haag 19 jan. 1971, *NJ* 1971, 443; HR 17 febr. 1967, *NJ* 1968, 101, *Van Arragon - Van de Ven*.

24. Zie bijv. Hermesdorf, t.a.p., p. 459: ‘blijft overigens art. 1401 niet als een geduchte knuppel achter de deur staan?’

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

art. 644 CC, heeft tot zeer interessante rechtspraak aanleiding gegeven (zie onder), die de nederlandse rechter inspiratie kan geven.

Art. 676 oud-BW heeft een belangrijke rol gespeeld in het nederlandse milieurecht *avant la lettre*. De vervuiling van de Voorste Stroom is hier de blikvanger: sinds 1874 zijn meer dan 100 processen gevoerd over de watervervuiling die de Gemeente Tilburg veroorzaakte door het lozen van ongezuiverd rioolwater in dat riviertje, hetgeen tot 7 arresten van de hoge raad geleid heeft, in de periode 1915 - 1953. Het arrest *Voorste Stroom I* uit 1915 is gebaseerd op de toepassing van art. 676, hetgeen niet verwonderlijk is als men bedenkt dat de verruiming van de onrechtmatige daadsakke tot strijd met regels van ongeschreven recht door de hoge raad eerst in 1919 plaatsvond.²⁵

Ik beperk mij in mijn bespreking van de art. 676-problematiek, tot een weergave van het artikel, oude en nieuwe stijl, en van de belangrijkste overwegingen van de hoge raad uit 1915 inzake de uitleg die eraan gegeven dient te worden.

‘Art. 676 1. Hij wiens eigendom gelegen is aan den oever van een stroomend water, hetwelk niet tot het openbaar domein behoort, mag van dat voorbijlopend water tot bespoeling van zijn erf gebruik maken.

2. Degene wiens erf door dat water doorsneden wordt, mag daarvan zelfs in de tusschenruimte, welke het water doorloopt, gebruik maken, mits hij, ter plaatse waar zijn erf eindigt, aan het water deszelfs natuurlijk loop weder geve.’

‘Art. 5:40 1. De eigenaar van een erf dat aan een openbaar of stromend water grenst, mag van het water gebruik maken tot bespoeling, tot drenking van vee of tot andere dergelijke doeleinden, mits hij daardoor aan eigenaars van andere erven geen hinder toebrengt in een mate of op een wijze die volgens artikel 162 van Boek 6 onrechtmatig is.

2. Betreft het een openbaar water, dan is het vorige lid slechts van toepassing voor zover de bestemming van het water zich er niet tegen verzet.’²⁶

In *Voorste Stroom I* (1915) overwoog de hoge raad onder meer:

‘dat het Hof in de 28e overweging van het bestreden arrest, na te hebben verworpen de stelling der gemeente Tilburg, dat de oevereigenaar slechts recht heeft op het voorbij zijn eigendom stroomend water in den toestand waarin het zich dan bevindt, beslist, dat niemand het recht heeft om het water onbruikbaar te maken, vermits art. 676 B.W. recht geeft op het water, zooals dit zonder die vervuiling van nature zou zijn;

O., dat daarbij het Hof niet uitsluit, dat de lager gelegen oevereigenaar het normaal gebruik zal hebben te dulden door een hooger gelegen oevereigenaar van het

25. HR 19 mrt 1915, *NJ* 1915, 691; voor een bespreking: zie mijn artikel in *TMA* 1988, p. 37. In dezelfde zin reeds: Hof Amsterdam 19 juli 1911, *W* 9235; Rb. Arnhem 20 jan. 1898, *W* 7204.

Voor de voorgeschiedenis van de Voorste Stroom-vervuiling, zie Meijers, *AA* 1952, p. 21; zie ook boven nr 1. In 1953, na het arrest *Voorste Stroom VII*, werd door Tilburg een zuiveringsinstallatie geplaatst, en was het probleem uit de wereld.

26. Merkwaardigerwijze stelt Davids dat uit de parlementaire geschiedenis van art. 5:40 afleidt dat het gebruik van het water niet het gebruik voor industriële doeleinden omvat, zie Smalbraak-Davids, p. 48; Davids, p. 30, en vgl. *Parl. Gesch. NBW*, p. 187 v.

Van belang is nog de positie van niet-direkt aangrenzende eigenaren; er is steun voor ruime uitleg van art. 5:40 BW en toepassing op niet-direkt aangrenzende eigenaren, vgl. J. Winsemius, *NJB* 1957, p. 444; Davids, p. 30.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

voorbijstroomende water gemaakt, ook al mocht eenige vervuiling van dit normaal gebruik het gevolg zijn, doch dat overigens het Hof terecht heeft aangenomen, dat noch een hoger gelegen oevereigenaar, noch een ander, het recht heeft, om dit voorbijstroomend water zoodanig te gebruiken, dat het - zooals in deze feitelijk is aangenomen het geval te zijn - voor den lager gelegen oevereigenaar geheel onbruikbaar is geworden;

O., ten aanzien van de tweede grief: dat weliswaar het eerste lid van art. 676 B.W. alleen melding maakt van het recht des oevereigenaars om het voorbijstroomend water te gebruiken tot bespoeling van zijn erf, doch dat met het Hof moet worden aangenomen, dat reeds in dit recht van bespoeling de minder uitgebreide rechten om dit water te gebruiken voor huiselijke doeleinden en tot drenking van vee zijn ingesloten;

O., dat bovendien het gebruik van dit voorbijstroomend water uitsluitend aan de oevereigenaren toekomt, en dan ook uit art. 677 B.W. duidelijk volgt dat ieder oevereigenaar recht heeft dit water te gebruiken voor allerlei doeleinden, mits door dat gebruik andere oevereigenaren niet op bovenmatige wijze in hun gebruiksrecht worden benadeeld en dat in geval van strijd de rechter den kring van ieders recht zal bepalen.'

Kan men in dit arrest steun vinden voor het standpunt dat een benedenstroomse oevereigenaar enige vervuiling van het water als gevolg van normaal gebruik te dulden heeft, en dat dit slechts anders is in het geval het water geheel onbruikbaar geworden is, naar geldend recht dient men ook het meer recente arrest inzake de Kalimijnen (uit 1988) in acht te nemen, ter bepaling van de graad van verontreiniging die onrechtmatige hinder vormt. Daarop wordt hieronder nog teruggekomen; dat geldt ook voor de vraag wanneer grond is voor vergoeding van schade van benedenstroomse watergebruikers, hetgeen met de schuldvraag samenhangt (zie boven). Voor die kwestie is het arrest *Voorste Stroom VI* (1943) van groot belang, waarin de hoge raad, geheel in lijn met het boven besproken regeringsstandpunt inzake een vergoedingsplicht bij art. 673, geen vereiste van schuld stelt voor de verplichting tot schadevergoeding van degeen die rivierwater vervuult, ook al gebeurde dit in het algemeen belang (zie onder nr 3).

Franse rechtspraak inzake artt. 640 CC (5:38 v. BW)

In de franse jurisprudentie worden de regels die de wet kent voor de afvoer van water nog steeds gebruikt in gevallen van milieuvervuiling en waterverontreiniging in ruime zin, zonder dat van een combinatie met de onrechtmatige daadsaktie sprake is. Dat geldt overigens ook voor de figuur van hinder in het algemeen, de 'troubles de voisinage', hetgeen een apart leerstuk is, gekenmerkt door risico-aansprakelijkheid. Dat laatste is ook het geval met de aansprakelijkheid voor zaken ex art. 1384 CC (ons oude art. 1403 lid 1 BW), die ook op milieugebied toepassing vindt.²⁷ Het franse recht biedt dus een scala aan mogelijkheden om een lozer aansprakelijk te houden voor de lozing van schadelijke stoffen in het rivierwater.

27. Men zie voor die laatste onderwerpen E.H. Hulst, *Grondslagen van milieu-aansprakelijkheid*, diss. Rotterdam 1993, pp. 335 v.; 404 v. Zie ook Mazeaud/Chabas II, nr 1341; Malaurie/Aynès IV, *Les Biens*, 3e dr. (1994), nr 1070. Het cour de cassation sprak in een arrest van 1986 van 'le principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage', dat niet berust op art. 1382 (onrechtmatige daad) of 1384 CC (aansprakelijkheid voor zaken).

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

Hier volgt een overzicht van de belangrijkste franse rechtspraak inzake de artt. 640 v. CC, onze artt. 5:38 v. BW (artt. 673 v. oud BW).

In het arrest Cour de cassation 1 juni 1965, 1e civ., *Bull. civ. I*, nr 362, *Commune de Bersée - Dupire* (zie *Bijlage 1*), had het cour de cassation te oordelen over een geval waarin op het lagere gelegen erf sprake was van slibafzetting in de waterafvoer (l'aqueduc) als gevolg van stoffen die met het water van het hogere erf meegevoerd waren. Het hof had aangenomen dat voor Dupire, de eigenaar van het lagere erf, geen verplichting ex art. 640 CC bestond om de waterafvoer te onderhouden en te schonen. Het slib was afkomstig, behalve van het normale regenwater dat afgevoerd werd, van water dat afkomstig was van huishoudens die bij gebrek aan rioleringsstelsel loosden op de goten aan weerszijden van een openbare weg, hetgeen met instemming van de Gemeente Bersée gebeurde.

Het cour de cassation onderschrijft het oordeel van het hof dat Dupire niet hoeft bij te dragen in de kosten van onderhoud met betrekking tot de afwatering van het water dat van gemeentegrond afkomstig is; het lagere erf is niet gehouden om huishoudelijk afvalwater te ontvangen, de gemeente dient maatregelen te nemen om aan de strijdigheid met art. 640 CC een einde te maken. Het niet aanwezig zijn van een rioleringsstelsel op gemeenteterrein kan niet tot gevolg hebben een verzwarende van de verplichtingen van Dupire uit hoofde van art. 640 CC. Interessant is hier ook de behandeling van het causaal verband door het hof, met instemming van het cour de cassation; de verhouding 'normaal' slib en 'huishoudelijk' slib was onbekend evenals de precieze oorzaak van dichtslibbing op een bepaald deel van de afwatering. De onzekerheid hierover kan in ieder geval niet Dupire, als lagere erf-eigenaar, toegerekend worden.

In een arrest van 4 juni 1975, *JCP 1975 G. IV*, 241 (civ. 3e, de derde civiele kamer; zie *Bijlage 2*) heeft het cour de cassation beslist dat de afloop van water dat industrieel afvalwater bevatte, afkomstig van het wassen van vrachtwagens en het wassen van groente, een verzwarende vormde in de zin van art. 640 CC, die door de eigenaar van het lagere erf niet geduld hoefde te worden; art. 640 CC spreekt immers van het natuurlijk aflopen van water, zonder dat dit door mensen toedoen bevordert wordt.²⁸ Uit het cassatiemiddel blijkt dat het hier om een hoeveelheid afvalwater gaat die niet 'excessive' was; niettemin hoefde het lagere erf dat niet te dulden, anders dan het hof beslist had.

In het arrest van 12 febr. 1974, civ. 3e, *JCP 1975 II*, 18106, nt Despax, *Soc. Henri Maire - Martin c.s.* (*Bijlage 3*), heeft het Cour de cassation beslist dat de toepassing van de artt. 640 en 644 CC met zich brengt dat een bedrijf dat gebruik maakt van rivierwater voor industriële doeleinden 'doit restituer l'eau, prise à la rivière, à la sortie de son fonds avec la pureté naturelle'. Het bedrijf dient afdoende maatregelen te nemen om vervuiling van het water te voorkomen; daartoe mocht de lagere rechter in casu de verplichting tot het aanleggen van een zuiveringsinstallatie aannemen.

In de belangrijke noot van Despax komt de vraag aan de orde of, gezien de leer van de scheiding der machten, de civiele rechter wel bevoegd is om een dergelijke uitspraak te doen, nu op dit gebied op grond van de Code rural sprake is van toezicht door de lagere overheid, aan wie derhalve besluiten terzake van waterzuivering opgedragen zijn. Men kan daartegen in beroep gaan bij de administratieve rechter, de op dit terrein bevoegd rechter. De Cour de cassation heeft hier echter de bevoegdheid van de civiele rechter aangenomen om een dergelijke milieu-maatregel op te leggen, met instemming van Despax.

28. De weergave in *JCP* is zeer beknopt; de via Lexis opgevraagde volledige tekst van de uitspraak - de EUR heeft een on line-verbinding met een bestand waarin alle uitspraken van de Cour de cassation opgenomen zijn - bleek helaas niet uitgebreider.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Het cour de cassation had overigens al in 1897 bepaald dat een oevereigenaar ingevolge art. 644 CC het recht heeft om rivierwater behalve voor landbouwdoeleinden, ook voor industriële doeleinden te gebruiken, maar: 'il ne peut user cette faculté qu'à la charge de ne pas porter atteinte aux droits des riverains inférieurs, notamment en dénaturant les eaux et en les rendant impropres à leur usage normale' (Civ. 6 juli 1897, *DP* 1897. 1. 536).²⁹ In dezelfde zin derhalve als de Nederlandse rechtspraak inzake art. 676 oud BW, culminerend in het arrest *Voorste Stroom I* van 1915.

In geval van verzwaring van het servituut van het lagere erf dient aan de eigenaar daarvan schadevergoeding betaald te worden, volgens een vaste jurisprudentie van de Franse rechter.³⁰

De franse rechter gaat heel ver in het toedelen van risico's aan de eigenaar van het hoger gelegen erf. In het arrest van 2 juli 1980 (*Leclerc - Lesauvage*, te kennen uit Lexis) betrof het schade toegebracht aan de eigenaar van een kelder, Lesauvage, doordat daarin vervuild (riool)water van zijn buurman doordrong. Nu was zijn kelder niet goed waterdicht, de waterpomp was defekt, en er was ook sprake van vervuiling als gevolg van de plaatselijke situatie. De buurman, Leclerc, heeft er begrijpelijkerwijze bezwaar tegen dat het hof hem veroordeeld had om de gehele schade van Lesauvage te vergoeden. Het cour de cassation heeft echter geen moeite met het standpunt van het hof, mede omdat Leclerc de provinciale verordening inzake sanitaire voorzieningen overtreden had; aangezien de schade die Lesauvage ondervond 'les inconvénients normaux du voisinage' overschreed, heeft het hof Leclerc terecht met de vergoeding van de gehele schade belast.

In een uitspraak uit hetzelfde jaar, van 3 jan. 1980, *Bureth - Spielmann* (te kennen uit Lexis) had de lager gelegen buurman last van van varkensgier die met regenwater meekwam van een naburige varkensmesterij en -rokerij. Het hof had vastgesteld dat de varkensmester, Bureth, het servituut van Spielmann verzwaaard had, en dat de overlast volgens de verklaring van de deskundige veroorzaakt werd door een gebrek aan isolatie en drainage op het terrein van Bureth. Deze gaat in cassatie en stelt, aangezien de overlast ook in droge tijd plaatsvond, dat de oorzaak van de overlast gelegen kon zijn in het vocht dat aanwezig was in de muren van het pand van Spielmann, en dat deze omstandigheden in het deskundigenbericht niet waren komen vast te staan, zodat op dat punt een nieuw deskundigenbericht gelast had moeten worden.

Het cour de cassation verwerpt het cassatieberoep, en acht ook in deze zaak de concretisering van het causaal verband niet van belang voor de aansprakelijkheid.

Het arrest van 24 mei 1989, *Funeux c.s. - Brochon* (te kennen uit Lexis). Hier was sprake van een muur die op het lagere erf aangebracht was en de natuurlijke afloop van het water belemmerde; op het hoger gelegen erf had men de begroeiing en beplanting verwijderd (o.m. een haag) met als gevolg dat met de regen de grond losraakte en meegespoeld werd, en tegen de muur op het lagere erf terechtkwam. Dit werd verergerd door overstromingen die plaatsvonden. Brochon, de eigenaar van het lagere erf, beriep zich, op verzwaring van het servituut van waterafloop in de zin van art. 640 CC door zijn buurlieden Funeux c.s., en had daarmee succes voor het hof. De klacht van de laatsten was in cassatie dat hier geen sprake kon zijn van een dergelijk servituut, aangezien de muur op het erf van Brochon de natuurlijke waterafloop onmogelijk maakte.

Het cour de cassation bekrachtigt echter het arrest van het hof, en stelt dat het aanslibben van de aarde afkomstig van het hoger gelegen erf ten dele te wijten is aan het obstakel dat op het lagere erf aanwezig was (de muur), maar ook aan de wijzigingen die de eigenaren van het hogere erven (Funeux c.s.) aangebracht hadden in begroeiingen en beplantingen die de aarde vasthielden en de verwijdering van een haag boven aan een helling. Ook hier wordt het

29. In deze zin ook het arrest van 4 dec. 1963, *D* 1964, 104, *La Pouponniere de Fouderaie - Grand*, en recentelijk, 18 juli 1995, *Simoes - Bonifas* (te kennen uit Lexis).

30. Zie recentelijk het al genoemde arrest van 18 juli 1995.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

aandeel dat het lagere erf had in de overlast niet van belang geacht door de franse rechter om tot aansprakelijkheid van de eigenaar van het hogere erf te komen.

Indien men deze franse jurisprudentie overziet, kan vastgesteld worden dat de franse rechter heel ver gaat in de bescherming van de eigenaar van het lagere erf die op enigerlei wijze schade lijdt als gevolg van het water dat van een hoger gelegen erf over zijn erf loopt, hetgeen ook kan bestaan in de afzetting van slib op het lagere erf. Het aandeel van de gelaedeerde in het ontstaan van de schade, alsook de vaststelling van het causaal verband in concreto, lijken geen rol van betekenis te spelen, terwijl onduidelijkheid op dit gebied ten laste van de veroorzaker van de schade gebracht wordt. Een geringe verontreiniging van het water hoeft al niet geduld te worden door het lagere erf.

3. Milieu-aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad en hinder. Grensoverschrijdende watervervuiling

Inbreuk op een subjectief recht

Indien men een ander aansprakelijk stelt op grond van onrechtmatige daad dient onder meer voldaan te zijn aan het vereiste van schuld, in de zin van een verwijtbare gedraging volgens normen van maatschappelijke betamelijkheid. Het vereiste van art. 1401 oud-BW is in het huidige BW in gewijzigde vorm teruggekomen, namelijk naast de veel algemenere norm van toerekening van het handelen krachtens de verkeersopvatting. Art. 6:162 lid 3 bepaalt immers dat een handeling de dader kan worden toegerekend indien deze 'te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt'. Op het gebied van inbreuk op een subjectief recht met zaaksbeschadiging tot gevolg is echter van oudsher in de jurisprudentie een regime van toepassing waarbij voor schuld in de zin van verwijtbaarheid vrijwel geen plaats is.³¹ Dit gebeurt veelal door aan de voorzienbaarheid van de schade die toegebracht werd lichte eisen te stellen: dat is met name het geval indien sprake is van een handeling die in het algemeen gevaarlijk was, ook al was de in concreto ingetreden schade slechts in geringe mate te voorzien. Een sprekend voorbeeld is schade die door heiwerkzaamheden toegebracht wordt.³²

Er is echter ook rechtspraak, waarbij in wezen van een risikoleer uitgegaan wordt, waarop door Meijers, Suijling, Scholten en Beekhuis de aandacht gevestigd is. Beekhuis verwoordt het als volgt:

'Intussen kent de jurisprudentie gevallen, waarin de eis van verwijtbaarheid tot een minimum is teruggebracht. Zo wordt bijv. degeen, die werken op zijn erf laat aanleggen, gewoonlijk aansprakelijk geacht voor de schade, die hierdoor voor burenen ontstaat, zodra hij voorzorgsmaatregelen had kunnen nemen waardoor de schade voorkomen had kunnen worden. Onverschillig is hierbij het bedrag van de kosten, die nodig zouden zijn geweest om

31. Zie Asser-Beekhuis II, nr 35, met vermelding van rechtspraak en literatuur.

32. Vgl. HR 9 mrt 1973, NJ 1973, 464, nt PZ, *Boerenleenbank - Van der Reek*; in deze zin overigens al HR 2 mei 1930, NJ 1930, 929, *Heimans - Wallich c.s.*, waarover Asser-Beekhuis II, nr 56.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

de schade te voorkomen. Zie Meijers, *WPNR* 3445 (1939) en de in noot 45 vermelde jurisprudentie; *Verz. Privaatr. Opst. III*, blz. 244. In deze gevallen zal men dikwijls niet kunnen zeggen, dat de betrokken eigenaar anders gehandeld heeft, dan redelijkerwijs van hem te verwachten geweest zou zijn. Dat desniettemin aansprakelijkheid wordt aangenomen is een gevolg van de invloed van de z.g. risikoleer, volgens welke in bepaalde gevallen ook zonder schuld aansprakelijkheid kan bestaan' (daarop volgt een verwijzing naar: Asser-Rutten, Hoffmann, Suijling, Langemeijer, Asser-Scholten, Telders, A. van Oven en Tromp).³³

Meijers en Scholten verwezen in dit verband naar het standaard-arrest van de hoge raad uit 1881, een opvatting 'die niet meer uit de rechtspraak verdwenen is' en 'op aansprakelijkheid buiten schuld is gaan lijken' (Meijers); 'een risico-aansprakelijkheid in het kleed van een aansprakelijkheid voor onrechtmatig, aan schuld te wijten handelen' (Scholten).³⁴ Het betreft hier een geval van wat ik pseudo-risico-aansprakelijkheid genoemd heb.³⁵

Deze jurisprudentie geniet naar mijn indruk weinig bekendheid, hetgeen mede veroorzaakt kan zijn doordat Rutten, aanhanger van de schuldleer, er vrijwel geen aandacht aan besteed heeft in zijn Asser-bewerking van *Verbintenissenrecht*.

Toch is er ook recente rechtspraak van de hoge raad waarin hij lijkt voort te bouwen op de geschetste oudere jurisprudentie inzake burengeschillen. In het arrest van 4 nov. 1988, *NJ* 1989, 854, nt CJHB, *Schols - Heijnen*, is sprake van een aardverschuiving bij een talud dat twee erven (in het Limburgse) scheidt, waarbij een grote hoeveelheid grond, takken en stukken steen van de hoger gelegen tuin van Schols terechtkomen in de lager gelegen tuin van Heijnen, die verwijdering vordert van het materiaal. De hoge raad neemt hier, op dezelfde wijze als in een arrest van 1982 inzake een omgevallen boom, aan dat de eigenaar van de zaak die op het perceel van een ander terecht gekomen is verplicht is die te verwijderen, ongeacht of hem enig verwijt treft.³⁶ Zelfs enig toedoen of nalaten is niet vereist; in casu was onduidelijk wat de oorzaak van de verzakking was, Heijnen beweert dat het 'kaalslag' van het talud door Schols was, maar kan dat niet bewijzen. Het gaat hier om inbreuk op het eigendomsrecht van Heijnen; de hoge raad gaat zeer ver in het aansprakelijk stellen van de

33. Asser-Beekhuis II, 9e dr. (1963), p. 29; gehandhaafd tot en met de 11e druk; na de dood van Beekhuis in 1988, is deze passage in de 12e druk door de bewerker Davids aan het slot aangepast: de vermelding van de risikoleer is vervangen door 'objektivering van het schuld-begrip', met verwijzing naar Schut, zie 12e dr., nr 35.

Voor een bespreking van de 'risikoleer', na de oorlog ten onrechte onder het stof geraakt in de literatuur, verwijs ik naar mijn debat met Vranken in het *WPNR* van 1990 (nr 5953-55), boven § 1, nr 1.

34. HR 8 april 1881, *W* 4663, en in revisie 24 juni 1882, *W* 4791. Vgl. Meijers, *Verz. Privaatr. Opst. III*, p. 244, met vermelding van rechtspraak uit 1902 en 1918; Asser-Scholten II, *Zakenrecht*, 8e dr. (1945), p. 123 v., met verwijzing naar HR 27 jan. 1939, *NJ* 1939, 874, nt PS, *Rotterdam - Staatsspoorwegen*. Zie voor dit onderwerp Hfdst. 11, § 2, nr 3; Hfdst. 12, § 1, nr 6.

35. Zie ook boven, Hfdst. 10, § 2, nr 7; Hfdst. 11, § 1, nr 2, in fine. Op het gebied van het burennrecht is overigens een bekend voorbeeld van aansprakelijkheid zonder schuld het zgn. *ladderrecht* van art. 699 oud-BW, thans art. 5:56 BW, inzake schade toegebracht bij werkzaamheden op een anders grond. Zie Asser-Beekhuis II, nr 169.

36. Vgl. HR 7 mei 1982, *NJ* 1983, 478, *Trechsel - Laméris*. Zie voor deze materie ook boven, Hfdst. 10, § 1, nr 9.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

ledens, ook al is de oorzaak van de schade niet komen vast te staan. Ook de opgelegde verplichting tot verwijdering is ruim gesteld, zelfs zaken die degeen die inbreuk pleegt niet toebehoren dienen door hem verwijderd te worden. In casu was door de verzakking materiaal meegesleept waarvan niet vastgesteld kon worden van welk perceel het afkomstig was geweest ('de onmogelijkheid het in de tuin van Heijnen neergekomen materiaal te identificeren').

Het arrest is een fraai voorbeeld van aansprakelijkheid zonder schuld. In zijn noot wijst Brunner op de overeenkomstige regeling van § 1004 BGB in het Duitse recht; in de Duitse rechtspraak wordt volgens Brunner wel het vereiste van een causaal verband gesteld: vastgesteld moet worden dat de stoornis door de eigenaar van de zaak veroorzaakt is. Overigens kent het Duitse recht ook een vorm van aansprakelijkheid zonder schuld in het Burengericht, § 906 BGB.³⁷

Recentelijk heeft de Staat dezelfde benadering gevolgd bij het instellen van verhaalsaktes als gevolg van het opruimen van een wrak (een kraan) dat het scheepvaartverkeer in gevaar bracht, hetgeen 23 jaar na dato gebeurde.³⁸ Het Hof had de Staat opgedragen om te bewijzen dat de opruiming van de kraan in 1987 noodzakelijk was met het oog op de veiligheid van het scheepvaartverkeer ter plaatse. De Staat gaat hiertegen in cassatie en beroept zich daarbij op het standpunt dat de Hoge Raad in de zoëven besproken arresten van 1982 en 1988 neergelegd had, de verwijderingsplicht zonder schuld.

De cassatierechter overweegt in *Staat - De Meijer* daaromtrent:

'De voor dergelijke gevallen geformuleerde regel is niet zonder meer van toepassing in de situatie dat een voorwerp is terechtgekomen op de bodem van een vaarwater, zonder dat de eigenaar van dat voorwerp daarvan een verwijt valt te maken. In dat geval zal voor diens aansprakelijkheid voor de kosten van opruiming in beginsel vereist zijn dat de beheerder van het water stelt, en zo nodig bewijst, dat de gevaren verbonden aan het niet verwijderen van dat voorwerp zo groot zijn dat zij hem redelijkerwijs tot verwijdering noopten. Het voorgaande brengt mee dat de door het onderdeel verdedigde opvatting niet als juist kan worden aanvaard' (ov. 3.5, in fine).

Men ziet dat de Hoge Raad hier (wederom) aansprakelijkheid zonder schuld aanvaardt, en slechts op de geledeerde 'in beginsel' de stelplicht en zo nodig, de bewijslast, legt met betrekking tot de noodzaak tot verwijdering van het wrak wegens de veiligheid van het verkeer.

Wij kunnen uit het arrest van 1994 concluderen dat de regel van aansprakelijkheid zonder schuld bij inbreuk op de eigendom van een ander ook van toepassing is indien *niet van burensprake is*; de regel kan ook op een situatie 'in den natte' toegepast worden, terwijl evenmin van belang is dat de schade lang geleden toegebracht werd door het voorwerp in kwestie.

37. Indien bij hinder door burensprake is van inbreuk op eigendom, gaat de HR veel klassieker te werk, vgl. HR 29 okt. 1993, *NJ* 1994, 107, *kraaiende hanen*, waarover Van Maanen, *NTBR* 1997, p. 43 (met een interessante causaliteitsvraag: arbeidsongeschiktheid die veroorzaakt zou zijn door het burengericht).

38. HR 14 okt. 1994, *NJ* 1995, 720, nt MS, *Staat - August de Meijer BV*; de opruimingskosten waren f332.365,-. Vgl. ook J. Spier, *WPNR* 6168 (1995), de toepassingsmogelijkheden van het arrest ziet bij bodemvervuiling uit het verleden, omdat men op die wijze de leer van de HR inzake het relativiteitsvereiste zou kunnen omzeilen.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Er is nog meer jurisprudentie die voor ons onderwerp van belang is. Indien wij nagaan welke opvatting de hoge raad heeft ten aanzien van inbreuk op subjektieve rechten in de vorm van watervervuiling en wateroverlast, zien wij eveneens de boven beschreven, van oudsher ingenomen visie gevolgd worden, zij het meer impliciet.

In het arrest *Voorste Stroom VI* uit 1943 vinden wij de aansprakelijkheid zonder schuld neergelegd, in een formulering die de laatste jaren herhaaldelijk in de jurisprudentie in zake overheidsaansprakelijkheid terug te vinden is. De Gemeente Tilburg had afgezien van de aanleg van een rioolzuiveringsinstallatie aangezien de financiële middelen daartoe ontbraken en had een minder kostbare oplossing gevolgd (gevolgd door lozing van het rioolwater in de rivier); zij beriep zich tegenover gedupeerde bewoners van de oevers van de Voorste Stroom op een noodtoestand. Dit verweer werd door de hoge raad verworpen, met de overweging:

‘dat de Gemeente dusdoende een gedragslijn volgde, welke weliswaar van uit het oogpunt der door haar te behartigen gemeentebelangen volkomen gerechtvaardigd en zelfs geboden kon zijn, doch waarvan tegenover den eigenaar van een bedreigd perceel de eventuele nadelige gevolgen, die daaruit voor deze mochten voortvloeien, voor haar rekening behoren te komen.’³⁹

Het arrest HR 17 febr. 1967, *NJ* 1968, 101, nt JHB, *Van Arragon - Van de Ven*, betrof de volgende casus. Van Arragon is eigenaar van het bij Apeldoorn gelegen landgoed ‘De Rotterdamse Kopermolen’. Op het landgoed bevindt zich een vijvercomplex, waarmee enige beken in open verbinding staan; aan één kant van het vijvercomplex is van oudsher een stenen stuw die het wegstromen van het beekwater belet, waardoor het waterpeil in de beken wordt verhoogd. Nadat Van Arragon de beken heeft doen schonen ondervindt Van de Ven, die landerijen langs de beken heeft, overlast van de te hoge grondwaterstand als gevolg van het hoge waterpeil in de beken in de natte perioden; een gedeelte van zijn landerijen kan daardoor niet worden geëxploiteerd.

De hoge raad overweegt als volgt:

‘dat het hof, uitgaande van de vaststelling in het eindarrest, dat de door het schonen der beken verhoogde watertoevoer met handhaving van de bij de vijvers voor de kunstmatige opstuwing van het water aanwezige inrichting een drassigheid van het land van Van de Ven tot gevolg had, die voor de exploitatie daarvan een ondukbare belemmering betekende, terecht als een onrechtmatige daad heeft beschouwd dat Van Arragon bij of na het schonen der beken naliet ten aanzien van de bij zijn vijvercomplex voor de opstuwing van het water aanwezige kunstwerken de maatregelen te nemen, die de aan Van de Ven berokkende wateroverlast konden wegnemen, welke maatregelen door Van Arragon blijkt het hof in zijn eindarrest heeft overwogen aangaande de daarbij betrokken belangen van Van Arragon zelf ook zonder ernstige bezwaren voor die belangen hadden kunnen worden genomen’.

Men ziet dat hier het nalaten van het nemen van maatregelen ter voorkoming van schade aan de buurman de doorslag geeft, zonder dat woorden vuil gemaakt worden aan begrippen als schuld en voorzienbaarheid. Ook de kosten van de te

39. HR 19 mrt 1943, *NJ* 312, *Gem. Tilburg - Haas c.s.*

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

nemen maatregelen komen niet aan de orde; voldoende is dat er geen ernstige bezwaren voor de belangen van de eigenaar van het vijvercomplex, Van Arragon, zijn.⁴⁰

In zijn noot werpt Beekhuis de vraag op of het niet redelijk zou zijn dat de nabuur, in wiens belang maatregelen ter beperking van schade getroffen dienen te worden, zou bijdragen in de kosten ervan; hij verwijst daarbij naar het arrest van 1930 inzake de heiwerkzaamheden, door hem in zijn handboek besproken (*Heimans - Wallich c.s.*). Naar mijn mening is die verwijzing ten onrechte, en de opvatting aanvechtbaar. De hoge raad had in dat arrest immers bepaald dat het heibedrijf alle schade die de buurman zou lijden voor zijn rekening diende te nemen (in dezelfde zin het arrest van 1971, *Boerenleenbank - Van de Reek*).

In het arrest van 1988, *Franse Kalimijnen*, tenslotte, is eveneens weinig te merken van schuld in de zin van verwijtbaarheid. In de traditie van de rechtspraak inzake hinder, stelt de hoge raad een belangenafweging in het licht van de omstandigheden van het geval voorop, waarbij de aard, ernst en duur van de toegebrachte schade van gewicht zijn. De belangen in kwestie zijn die van de bovenstroomse lozer van schadelijke stoffen, tegenover die van de benedenstroomse gebruiker van rivierwater. Daarbij kent de raad een ‘bijzonder gewicht’ toe aan het belang van de laatste, in de zin dat hij ‘in beginsel mag verwachten dat de rivier niet door omvangrijke lozingen bovenmatig wordt vervuild’.⁴¹

Voor de goede orde volgt hier de betreffende overweging (3.3.2):

‘Bij de beoordeling van onderdeel 1 dient uitgangspunt te zijn dat het antwoord op de vraag of degene die stoffen loost in een rivier in strijd handelt met de zorgvuldigheid die hem betaamt jegens degenen die benedenstrooms van het rivierwater gebruik maken afhangt van de aard, de ernst en de duur van de aan deze laatsten toegebrachte schade en de verdere omstandigheden van het geval, waarbij onder meer moet rekening worden gehouden enerzijds met de aard en het gewicht van de door de lozingen gediende belangen en anderzijds met de door het benedenstroomse gebruik gediende belangen, alsmede met de mate waarin het gebruik benedenstrooms gevoelig is voor de geloosde stoffen. Bedacht dient hierbij te worden dat bij de weging van deze wederzijdse belangen aan de belangen van de benedenstroomse gebruiker in zoverre een bijzonder gewicht toekomt dat deze in beginsel mag verwachten dat de rivier niet door omvangrijke lozingen bovenmatig wordt vervuild’.

Tenslotte dient nog ingegaan te worden op de vraag wat de betekenis van ‘bovenmatige vervuiling’ en ‘omvangrijke lozingen’ is in de zin van dit arrest. Het hof had, volgens de raad, gesproken van ‘van betekenis zijnde schade’, hetgeen het hof in navolging deed van de Rb. Rotterdam, die ook sprak van een ‘beduidende omvang’ van de schade als gevolg van lozing (ov. 8.6 eindvonnis). Wat moeten wij ons hierbij voorstellen? Indien wij naar de feiten van het geval kijken, dan betreft het hier op het eerste gezicht omvangrijke lozingen van chlo-

40. Zie ook de noot van Beekhuis, die het arrest in de context van art. 673 oud BW plaatst. Het aspect van de oorspronkelijke toestand van afwatering, die hersteld zou zijn door het schonen der beken, komt hieronder nog ter sprake, bij de bespreking van ‘préoccupation’ bij hinder.

41. Zie voor dit arrest behalve de al genoemde *TMA*-noot uit 1989, ook boven, Hfdst. 10, §3, nr 2.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

rides in het Rijnwater: MDPA neemt 40% van de totale industriële zoutlozingen in de Rijn voor haar rekening, na de reductie in 1987, zo'n 10.000 ton per dag. Men moet echter niet uit het oog verliezen dat het hier gaat om het aandeel van MDPA in de verzilting van het boezemwater in het Westland, waaruit de kwekers hun water voor besproeiing onttrekken: dat was vastgesteld op 14,5 tot 17% voor het Delfland en 8,8% voor Schieland. De rest van de verzilting ter plaatse werd door de overige lozers en vooral door het oprukkende zeewater veroorzaakt ('zoute tong en kwel'). De rechtbank sprak dan ook van een 'relatief gering aandeel' van de Kalimijnen in de totale zoutbelasting van het water. Men moet de omschrijving van de hoge raad, als zou het hier een 'omvangrijke lozing' betreffen (inleidende overweging 3.3.2, in fine) dus met een korrel zout nemen. In ov. 3.5.1 spreekt de raad trouwens van 'de niet verwaarloosbaar kleine (zout)belasting als gevolg van de voortdurende onrechtmatige lozinging door MDPA'.

Er is sprake van een opmerkelijk verschil met de benadering van de watervervuiling door de hoge raad in het arrest van 1915, *Voorste Stroom I*; daarin werd immers gesteld dat de benedenstroomse gebruiker 'enige vervuiling als gevolg van normaal gebruik' door de bovenstroomse oevereigenaar te dulden heeft, doch niet zodanig gebruik dat een vervuiling ten gevolge heeft die het water voor gebruik benedenstrooms 'geheel onbruikbaar' maakt. In het arrest van 1988 wordt de benedenstroomse gebruiker van rivierwater derhalve meer ontzien dan in 1915 het geval was. Het is overigens goed om in het oog te houden dat het in 1988, evenals in het onderhavige geval, niet ging om de lozing van toxische stoffen en gevaar voor de volksgezondheid.

Hinder

Dan nu de van onrechtmatige daad afgeleide figuur van hinder; aangezien milieuvervuiling een voor de hand liggende figuur van hinder is die naburige erven toegebracht wordt, kan men zich voorstellen dat deze rechtsfiguur van oudsher een rol gespeeld heeft bij het verhalen van milieuschade. Hier wordt op enkele algemene aspecten van hinder en milieu-aansprakelijkheid ingegaan, zoals 'préoccupation', de aard en ligging van het naburig erf, de wijze van toetsen door de rechter (belangenafweging, criteria) en de rol van vergunningen met betrekking tot aansprakelijkheid. Het *franse kalimijnen*-arrest (1988) zal een bron van informatie blijken te zijn ten aanzien van verscheidene kwesties die genoemd werden.

Op het gebied van hinder wordt vaak een argument naar voren gebracht dat als 'préoccupation' bekend staat: het stereotype beroep op preoccupatie is dat van een hinder-veroorzakend bedrijf dat zich verweert tegen klachten van omwonenden, die eerst geruime tijd nadat het bedrijf zich daar gevestigd heeft, een woning in die omgeving betrokken hebben. De betekenis van dat verweer wordt in de literatuur niet erg hoog aangeslagen; Scholten merkt al op: 'aan deze zogenaamde leer der pre-occupatie (Demolombe XII, 659) is wel eens te veel waarde gehecht'; een vordering zal 'niet per se uitgesloten zijn als de klagende buurman zich heeft gevestigd *nadat* het bedrijf reeds met zijn hinder was

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

begonnen'.⁴² Beekhuis wijst er in zijn bewerking van *Zakenrecht* op dat A. van Oven terecht opgemerkt heeft dat dergelijke elementen 'ons niet veel verder brengen'. 'Waar het op aankomt is, of de handeling van de storende eigenaar - gezien alle omstandigheden van het bijzondere geval - in strijd is met de maatschappelijke betamelijkheid' (waarop een verwijzing volgt naar Meijers).

Het element van preoccupatie is overigens sterk verwant aan dat van de 'aard en ligging' van het goed dat hinder ondervindt, de zogenaamde 'Ortsüblichkeit' van de hinder.⁴³

Terug naar de preoccupatie; Van Wijmen heeft meer oog voor de betekenis van dat element van hinder, door hem het 'anterieuriteitsbeginsel' genoemd.⁴⁴ Hij geeft echter toe dat het beginsel niet als zodanig in ons recht geldt. Van Acht bespreekt in zijn artikel over onrechtmatige hinder enkele recente arresten waarin het beginsel een rol speelt bij de beoordeling van de hinder, maar dat gebeurt niet op zo'n wijze dat men van een belangrijk element bij de vaststelling van hinder kan spreken.⁴⁵ Het gaat hier om de volgende arresten: HR 3 mei 1991, *NJ* 1991, 476, nt MS, *onkruidzaden*, en HR 15 febr. 1991, *NJ* 1992, 639, *aalscholvers*.

Het eerste arrest betreft de casus dat De Jong bij zijn kwekerij last heeft van overwaaiend onkruidzaad dat afkomstig is van het naburig perceel van Van Tol, die nalaat om het onkruid afdoende intensief te wieden (aangezien dit grote kosten met zich brengt). De hoge raad stelt dat de rechtbank terecht in aanmerking heeft genomen dat de grond van Van Tol reeds op de bestaande wijze werd beheerd voordat De Jong zich met zijn teelt op het naburige erf vestigde, alsook de situatie in dit, klaarblijkelijk agrarische, deel van de gemeente. Daaraan vooraf ging de bekende formule, dat of hinder onrechtmatig is, afhangt van 'de aard, de ernst en de duur van de hinder en de daardoor toegebrachte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval, waaronder ook de plaatselijke omstandigheden'.

In het tweede arrest, inzake de aalscholverkolonie die schade toebrengt aan een viskwekerij, had het hof beslist dat OVB (de viskwekerij) in het begin van de jaren zestig niet teveel risico had genomen door zich in de buurt van het gebied van het (toekomstige) natuurgebied te vestigen (ov. 15-20) en ook anderszins de schade niet aan zichzelf te wijten had, zeker niet, aldus het hof, nu bleek dat de staat voor het zoeken naar een mogelijke oplossing - waarvoor een bioloog en enkele veldwaarnemers waren aangetrokken - financieel niets had willen bijdragen en zich tijdens het onderzoek had teruggetrokken (ov. 25-27). Het hof was met de rechtbank van oordeel dat de staat onrechtmatig had gehandeld 'door zich te weinig de belangen van OVB aan te trekken'. Hieraan kon niet afdoen dat het handhaven en ontwikkelen van het natuurgebied een zwaarwegend maatschappelijk belang zou betreffen, nu dit, zoals het hof het formuleerde, hoogstens zou kunnen betekenen dat de staat in zoverre geen verbod zou kunnen worden opgelegd, maar het recht op schadevergoeding onverlet laat.

De hoge raad bevestigt het arrest van het hof, en overweegt, na de bekende formule over onrechtmatige hinder, dat wat de omstandigheden betreft, onder meer rekening gehouden moet worden met 'het gewicht van de belangen die door de hinder toebrengende activiteit worden

42. Asser-Scholten II, 8e dr. (1945), p. 126; zie Asser-Beekhuis II, 9e dr. (1963), p. 32 v.; 12e dr. (1990), nr 40.

43. Zie Asser-Scholten en Asser-Beekhuis, t.a.p.; R.J.J. van Acht, *Burenrecht*, diss. Nijmegen 1990, nrs 100; 118.

44. P.C.E. van Wijmen, noot onder Hof Den Haag 29 dec. 1988, *BR* 1989, p. 770 v.

45. R.J.J. van Acht, *M & R* 1993, p.220 v. De oudere rechtspraak vindt men in zijn dissertatie besproken, nr 100. Ook in zijn dissertatie ziet Van Acht geen rol voor het preoccupatieverweer, vgl. pp. 212, 223; het dient zijns inziens zelfs 'ten stelligste afgewezen te worden'.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

gediend, en de mogelijkheid, mede gelet op de daaraan verbonden kosten, en de bereidheid om maatregelen ter voorkoming van schade te nemen'.

Men dient te bedenken dat het hier om een natuurgebied ging waaraan een algemeen belang verbonden was, terwijl het in een doorsnee milieu-casus uitsluitend om industriële activiteiten gaat die hinder veroorzaken. Dat de kostenfactor in zo'n situatie meeweegt, heeft de hoge raad eerder aangenomen, in het arrest *Houtheadel Van Dam - Beukeboom*, HR 9 jan. 1981, *NJ* 1981, 227, nt CJHB. Het betrof hier de offers die ermee gemoeid zijn om geluidshinder te voorkomen, waartegen omwonenden geklaagd hadden.

In het eerder besproken arrest *Van Arragon - Van de Ven* (1967), tenslotte, komt de preoccupatie-problematiek langs indirecte weg aan de orde. Van Arragon, die de hinder veroorzaakte, had betoogd dat met het schonen der beken de oorspronkelijke, natuurlijke toestand van afwatering van de beken tot standgebracht was, en dat het stuwtje dat afwatering belette bij hoge waterstand, reeds op het terrein aanwezig was toen hij het in 1959 betrok. Hof en hoge raad zijn echter van oordeel dat die eerdere aanwezigheid van het stuwtje geen reden was om niet het scheppen van een hinder veroorzakende situatie door Van Arragon aan te nemen.

Aard en ligging van het goed ('Ortsüblichkeit') nader bezien. Belangenafweging door de rechter in de Kalimijnen-procedure

Het thema van de invloed van de aard en ligging van het goed op de vraag of de ondervonden hinder afkomstig van een naburig perceel onrechtmatig is of niet, verdient nog nader besproken te worden. De rechtspraak inzake hinder aan omwonenden in een industriegebied is verdeeld, men zie de bespreking die Van Acht daaraan wijdt (t.a.p., nr 100). Het Hof Amsterdam kreeg te oordelen over een geval van niet trekken van schoorstenen van een pand als gevolg van aangrenzende hoogbouw, en nam geen onrechtmatige hinder aan, anders dan de rechtbank gedaan had. Het hof overwoog:

'dat de noodzakelijkheid rekening te houden met de mogelijkheid van door burens veroorzaakte hinder in het onderhavige geval des te sterker spreekt, nu geïnt. sub 1 de percelen heeft gesticht in een toen gesaneerd wordend stadsgedeelte, waar z.g. hoogbouw was toegestaan en hij, ter plaatse bouwende gelijk hij deed, dus rekening moest houden met de mogelijkheid dat naast zijn percelen een veel hoger gebouw zou worden opgetrokken met mogelijk daaraan voor hem verbonden nadelen'.⁴⁶

Van Acht bestrijdt deze uitspraak, aangezien de mate van hinder irrelevant geworden is; hij vraagt zich af of het arrest onder het NBW standgehouden zou hebben.

Een geheel ander geluid laat de Rb. Rotterdam horen, in een geval waar de hinder bestond uit neerslag van schadelijke *fluorverbindingen* in aflatgassen afkomstig van een superfosfaatfabriek op ongeveer een kilometer afstand, op

46. Hof Amsterdam 14 jan. 1964, *NJ* 1964, 478. Zie ook in dit verband, Rb. Maastricht 5 jan. 1939, *NJ* 1940, 571, inzake stofschade veroorzaakt door de mijnindustrie; eiser had gebouwd onder de rook van gedaagde, terwijl de stofplaaig algemeen bekend was, en heeft dus 'een deel van het risico voor het ontstaan van stofschade op zich genomen en daarom slechts een beperkt recht op schadevergoeding'. Zie Van Acht, p. 213, die nog wijst op een soortgelijke uitspraak van Rb. Maastricht uit 1937, en op Rb. Roermond 3 april 1986, *TMA* 1987, 29; *NJ* 1989, 45.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

grasland en drinkwater voor vee van een landbouwbedrijf. Het verweer van gedaagde dat de eiser zijn schade aan eigen schuld te wijten had, omdat hij de hoeve niet had moeten pachten, nu hij met de schadelijke neerslag bekend was geweest, wordt door de rechtbank 'als niet serieus gemeend' gepasseerd. De rechtbank overweegt, dat:

'zij niet kan aannemen, dat ged., die eiser het genot van zijn hoeve (geheel of gedeeltelijk) ontnemt, de opvattingen huldigt van een berover, die als excuus voor het bij zijn daad toegebracht letsel aanvoert, dat het slachtoffer, een dergelijk optreden van hem kon voorzien en daarom terstond met achterlating van zijn bezittingen op de vlucht had moeten slaan.'⁴⁷

Duidelijke (rotterdamse) taal; het betreft hier overigens ook een kunstmestfabriek als gedaagde, vervuiling op afstand en gecompliceerde causaliteit.

Bij de beoordeling van de oudere rechtspraak is het kader van het nieuwe hinder-artikel, art. 5:37 BW, van belang. Van Acht wijst erop, dat het duitse recht model gestaan heeft voor deze regeling.⁴⁸ Ingevolge par. 906 lid 2 BGB heeft een 'wesentliche ortsübliche Beeinträchtigung' (toebrengen van schade) slechts geduld te worden, voorzover deze 'nicht durch Massnahmen verhindert werden kann, die Benutzern dieser Art wirtschaftlich zumutbar sind'. Dit laatste is een objectief criterium: 'Damit ist die Gefahr behoben, dass ein Betrieb, der am Rande der Rentabilität arbeitet, Schutzvorkehrungen ablehnen kann, weil sie ihm wirtschaftlich nicht zumutbar wären'.⁴⁹

In het voetspoor van de duitse regeling, wordt in de Memorie van Antwoord met betrekking tot een voorloper van art. 6:168 BW (het dulden van hinder in het algemeen belang, waarnaar de wetgever bij de artt. 5:37 en 40 BW verwijst), dat men hinder niet hoeft te dulden, ook in geval van handelen in het algemeen belang, indien de hinder door het aanbrengen van bepaalde installaties zou kunnen worden verminderd of zelfs voorkomen, terwijl het aanbrengen van die installaties ook *redelijkerwijs kan worden gevegd*.⁵⁰

Het Hof Den Haag heeft in zijn arrest in die zaak de boven geschetste redenering gevolgd.

Na deze beschrijving van de context waarin naar geldend recht de vraag van hinder bij het lozen schadelijke stoffen in een rivier beoordeeld zal worden, is het nuttig om na te gaan op welke wijze de Rb. Rotterdam en het Hof Den Haag in de Kalimijnen-zaak de belangenafweging gehanteerd hebben, bij het vaststellen of de veroorzaakte hinder onrechtmatig was.

47. Rb. Rotterdam 13 nov. 1963, *NJ* 1964, 77, *fluor*; bekrachtigd door Hof Den Haag 25 juni 1965, *NJ* 1967, 125; vgl. ook P.A. Kottenhagen-Edzes, *Onrechtmatige daad en milieu*, diss. Rotterdam 1992, p. 256. Ten aanzien van de causaliteit (er waren meer bronnen van luchtverontreiniging) werd omkering van de bewijslast aangenomen.

48. T.a.p., nrs 100 en 118.

49. Van Acht, p. 254, citeert ontleend aan Dehner; voor de 'zumutbaarheid' is van belang of het bedrijf het algemeen belang dient en of veel arbeidsplaatsen in gevaar zouden kunnen komen.

50. Zie: *Parl. Gesch.*, Boek 5 NBW, p. 51; Van Acht, p. 254.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

De *Rb. Rotterdam* overweegt ten aanzien van de onrechtmatigheid van de zoutlozingen door MDPA het volgende.⁵¹

Het beroep van eiseressen op inbreuk op hun subjektieve rechten wordt door de rechtbank verworpen, aangezien zij als gebruikers van rivierwater daarop geen subjectieve rechten kunnen doen gelden, en door MDPA geen rechtstreekse inbreuk gemaakt wordt op het eigendomsrecht van eiseressen, die immers zelf het zoute boezemwater voor beregening van hun grond en gewassen gebruiken (ov. 8.3). Aldus blijft de tweede grond van aansprakelijkheid over: het handelen van MDPA in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid.

Dit aspect is van groot belang, aangezien zoals wij eerder zagen, de rechtspraak tot pseudo-risico-aansprakelijkheid komt in geval van inbreuk op subjektieve rechten in de onroerend goed-sfeer. In ov. 8.4 e.v. overweegt de *Rb.* vervolgens:

‘8.4. Bij de beoordeling van de onzorgvuldigheidsvraag moet worden bedacht dat alle in deze zaken betrokken pp. gebruikers zijn van het Rijnwater. Gelijk reeds is overwogen, hebben de gebruikers van een openbaar water geen absolute of exclusieve rechten. Zij hebben slechts de bevoegdheid om, onder de beperking van de bevoegdheden van hun medegebruikers en met inachtneming van de bepalingen die ter plaatse gelden, dit water gezamenlijk te gebruiken. De gebruikers dienen over en weer rekening te houden met elkaars belangen.

8.5. Of de lozingen door MDPA jegens eiseressen onzorgvuldig zijn hangt af van de concrete omstandigheden. Daarbij moeten de belangen van pp. tegen elkaar worden afgewogen en dient tevens te bezien welke betekenis moet worden toegekend aan de aan MDPA verleende overheidsvergunningen en aan het Verdrag van Bonn’

Vervolgens gaat de *Rb.* in op de schade van eisers, en is daarbij van oordeel dat, hoewel de schade nog geen voorwerp van debat geweest is, het ‘aannemelijk (is) dat deze schade een omvang van betekenis heeft’. ‘Ook het gedeelte van deze schade dat overeenstemt met het aandeel van MDPA-zout in het totale zoutgehalte van het boezemwater is - naar voldoende aannemelijk mag worden geacht - van een beduidende omvang’. De bedrijven van eiseressen bestonden al in 1933, toen MDPA met de zoutlozingen begon; het zoutgevoelige karakter van de door eiseressen geteelde gewassen staat volgens de *Rb.* niet in de weg aan onrechtmatigheid van de zoutlozingen. Daarbij is het lineair verband tussen lozingen en (aandeel in de) schade van belang.

MDPA heeft belang bij de lozingen van het zout, constateert de *Rb.*, vooral om bedrijfseconomische redenen; dan volgt een bespreking van de alternatieven die overwogen zijn in het verleden: zoutinjecties in diepe grondlagen, die op bezwaren van de bevolking in de Elzas gestuit zijn. De voorbereidingen voor

51. *Rb. Rotterdam* 16 dec. 1983 (eindvonnis), *NJ* 1984, 341, zie ov. 8. In het tussenvonnis van 8 jan. 1979, *NJ* 113, ging de *Rb.* uit van aansprakelijkheid van MDPA naar normen van internationaal publiekrecht (*sic utere*-beginsel); in het eindvonnis wordt deze grondslag gesteld naast die van de reguliere aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (vgl. ov. 7 en 9). Het Hof Den Haag heeft in zijn arrest de volkenrechtelijke grondslag terzijde geschoven en de zaak uitsluitend naar regels van onrechtmatige daad beslist. Zie ook de noot van Van der Meer onder het arrest van het hof, *TMA* 1987, p. 18.

Voor een geval van grensoverschrijdende milieuvuiling is het niettemin goed te beseffen dat de handelingen van een buitenlandse lozer ook naar volkenrechtelijke normen niet toelaatbaar zijn jegens benedenstroomse geleederden. Zie voor die problematiek de preadviezen van J.G. Lammers en Van Dunné *NVIR* 1991, Kluwer 1991.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

deze ‘deep-well’ lozingen zijn sinds 1978 stopgezet, stelt de Rb. vast. Dan volgen enkele belangrijke overwegingen, in het licht van het hinder-leerstuk en art. 5:37 BW, zoals hierboven besproken:

‘Gesteld noch gebleken is dat MDPA andere voorbereidende maatregelen heeft getroffen ter uitvoering van wijzigingen of aanpassingen in haar bedrijfsvoering om te komen tot een vermindering van de zoutlozingen. De hoeveelheden geloosd zout zijn in de periode van 1974 tot en met 1980 toegenomen (zie deskundigenrapport ...).

Niet is aangevoerd, noch is aannemelijk geworden dat MDPA bij haar bedrijfsvoering en haar lozingen op enigerlei wijze rekening heeft gehouden of houdt met de belangen van de andere gebruikers van het Rijnwater.

In aanmerking moet worden genomen dat MDPA, als stroomopwaarts gelegen gebruiker van het Rijnwater, wel de gebruiksmogelijkheden beperkt van de zich stroomafwaarts bevindende medegebruikers, zoals eiseressen, doch dat omgekeerd van enige beperking van MDPA in haar gebruik door uitoefening door eiseressen van hun bevoegdheden geen sprake is.’ (ov. 8.6, in fine).

De Rb. bespreekt vervolgens het beroep van MDPA op de vergunningen, en stelt vast dat niet blijkt dat daarin rekening gehouden is met de belangen van als die van eiseressen in Nederland; in de vergunning is verder uitdrukkelijk bepaald dat de rechten van derden voorbehouden blijven, stelt de Rb. vast. Het beroep van MDPA op het Bonner Zoutverdrag wordt eveneens door de Rb. verworpen. De Rb. komt tenslotte tot de conclusie dat de zoutlozingen van MDPA indruisen tegen de zorgvuldigheid die zij tegenover eiseressen in acht diende te nemen en is van oordeel dat de lozingen van MDPA als onrechtmatig moeten worden aangemerkt (ov. 8.9, in fine).

De Rb. vervolgt dan:

‘8.11. De omstandigheid dat MDPA in Frankrijk is gevestigd en niet in Nederland kan i.c. niet afdoen aan dit oordeel omtrent de onzorgvuldigheid. Dit volgt uit hetgeen hiervoor onder 8.7 en 8.8 is overwogen over de lozingsvergunningen en het Bonner zoutverdrag. Gesteld noch aannemelijk is dat MDPA niet wist dat haar lozingen ernstige schade kon toebrengen aan zich stroomafwaarts bevindende Rijnwatergebruikers. Bovendien valt niet zonder meer in te zien waarom eiseressen minder rechtsbescherming zouden genieten tegenover in Frankrijk gevestigde schadeveroorzakers dan tegenover in Nederland gevestigde.’

Dan valt nu te bezien of het arrest van het Hof Den Haag en het oordeel van de hoge raad in cassatie aan dit rotterdamse vonnis nog iets toevoegen of daarop afdingen.

Het *Hof Den Haag* neemt allereerst in ov. 6.1 het uitgangspunt van de Rb. over, dat het hier geen sprake is van inbreuk op een subjectief recht.⁵² Weliswaar hebben eiseressen erop gewezen dat hun subjectieve rechten, immers hun gewassen, geschonden zijn, doch daarmee wordt volgens het hof ‘in feite niet méér tot uitdrukking gebracht dan dat schade wordt toegebracht aan zaken die hun toebehoren’. Nu de kwekers zelf het boezemwater voor hun gewassen gebruiken, kan hier hoogstens gesproken worden van indirecte inbreuk op de eigendomsrechten van de kwekers, stelt het hof in navolging van de Rb. Derhalve toetst ook het hof het handelen van MDPA uitsluitend op de algemene

52. Hof Den Haag 10 sept. 1986, *TMA* 1987, 15, nt Van der Meer.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

grond van schending van normen van maatschappelijke onzorgvuldigheid. Zoals betoogd, is dit van belang voor het omgaan met begrippen als schuld en voorzienbaarheid.

In dat kader overweegt het hof ten aanzien van de belangenafweging als volgt:

‘6.2. Ter beantwoording van de vraag of MDPA in strijd met die zorgvuldigheid handelt, dienen haar belangen te worden afgewogen tegen die van de kwekers.

Daarbij dient voor ogen te worden gehouden dat de wederzijdse belangen van gelijksoortige aard zijn, in die zin dat de belangen van beide partijen een financieel-commercieel karakter hebben. Enerzijds wordt het belang van de kwekers niet beïnvloed doordat uit milieu-oogpunt een stopzetting of vermindering van de zoutlozingen als nastrevenswaardig wordt beschouwd; anderzijds kan MDPA zich niet beroepen op de omstandigheid dat zij haar aandeel in de zoutbelasting slechts kan wegnemen door de exploitatie van de kalimijnen geheel te staken met de gevolgen van dien voor de werkgelegenheid en de economische situatie in de Elzas, aangezien immers in dit geding geen verbod van verder schadetoebrengende handelingen maar alleen vergoeding van de door die handelingen toegebrachte schade, waaronder begrepen een gedeelte van de kosten van door de kwekers gebruikte ontziltingsinstallaties, wordt gevorderd.

In dit verband verdient ook opmerking dat zowel MDPA als de kwekers in beginsel bevoegd zijn voor hun commerciële belangen van de Rijn, respectievelijk het Rijnwater gebruik te maken, maar dat MDPA als bovenstrooms gelegen gebruiker rekening moet houden met de belangen van de benedenstrooms gelegen gebruikers zoals de kwekers. Indien zij dit in onvoldoende mate doet, handelt zij in strijd met de haar jegens de kwekers betamende zorgvuldigheid. Dit is het geval indien MDPA door bij voortdurende grote hoeveelheden zout in de Rijn te lozen aan de kwekers voorzienbare, voortdurende en van betekenis zijnde schade toebrengt en niet bereid is die schade, waaronder begrepen kosten van schadebeperkende maatregelen voorzover die te haren laste dienen te komen, voor haar rekening te nemen’.

Wij zien hier dat het hof, in lijn met het vonnis van de Rb., benadrukt dat hier geen verbod in het geding is, doch slechts een vordering tot schadevergoeding, en van gewicht acht dat de MDPA niet bereid is de kosten van schadebeperkende maatregelen te dragen, althans wat haar aandeel betreft. Dit is geheel conform de regeling van art.6:168 BW, waar met name dat laatste telt.

In de hierop volgende overweging gaat het hof in op de vraag van causaliteit, waarbij zuiver lineair verband aangenomen, conform oordeel Rb. (ov. 6.3). Dan volgen enkele overwegingen die voor een analyse van het afwegingsproces inzake hinder van belang zijn, en die ik hier integraal laat volgen.

‘6.4. Op grond van het in de vorige rechtsoverweging overwogene moet worden geoordeeld dat de kwekers door de zoutlozingen door MDPA een voortdurende en voorzienbare schade lijden, welke schade bepaald wordt door het aan MDPA toe te schrijven aandeel in het zoutgehalte van het voor de besproeiing te gebruiken water. Hierbij doet niet ter zake dat het boezemwater door natuurlijke oorzaken - zoute tong en zoute kwel - al een hoog zoutgehalte heeft en dat het aan MDPA toe te schrijven aandeel in vergelijking daarmee relatief gering is, nu dit aandeel op zichzelf niet als te verwaarlozen klein kan worden aangemerkt (ook indien het gemiddelde, zoals MDPA voorstaat, overeenkomstig het Battelle-rapport wordt berekend over de jaren 1975 - 1980, bedroeg dit voor Delfland 14,5 % en voor Schieland 8,8 %) en voorts de kwekers slechts vergoeding van de schade verlangen die wordt veroorzaakt door de toeneming van de zoutbelasting als gevolg van de zoutlozingen door MDPA.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

6.5. Omtrent de omvang van de schade die de kwekers als gevolg van de zoutlozingen door MDPA lijden, zijn nog geen exacte gegevens bekend geworden. De rechtbank heeft het aannemelijk geacht dat deze schade een omvang van betekenis heeft. MDPA heeft deze vaststelling als zodanig niet bestreden, doch zij heeft wel gesteld dat de kwekers door relatief niet ingrijpende maatregelen als regenwater- of andere ontziltingsinstallaties, waarvan de kosten tot de normale bedrijfskosten moeten worden gerekend, en die - zo begrijpt het hof het betoog van MDPA - toch al nodig zijn in verband met de aan andere oorzaken dan de zoutlozingen door MDPA toe te schrijven zoutbelasting, water van de door hen gewenste kwaliteit kunnen verkrijgen. De kennelijke strekking van dit betoog is mede - op de vraag of er causaal verband bestaat tussen de zoutlozingen door MDPA en de door de kwekers geleden schade komt het hof hieronder in rechtsoverweging 8 nog terug - dat de schade die de kwekers lijden, en daarmee hun belang, als betrekkelijk gering moet worden beschouwd, terwijl daartegenover staat dat MDPA door stopzetting van de zoutlozing gedwongen zou zijn de exploitatie van de mijnen geheel te staken en aldus in een zwaarwegend belang zou worden getroffen. Bij dit betoog verliest MDPA evenwel uit het oog dat, zoals hiervoor reeds is overwogen, in dit geding niet een bevel tot stopzetting van de zoutlozingen, maar vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade wordt gevorderd. MDPA is evenwel tot generlei schadevergoeding bereid. Indien het evenwel zo zou zijn - hetgeen niet vaststaat - dat MDPA door het betalen van schadevergoeding gedwongen zou zijn de exploitatie van de mijnen te staken, zou dit impliceren dat de mijnen slechts exploitabel zijn ten laste van degenen die daardoor schade lijden, hetgeen als zijnde een onaanvaardbare consequentie, bij een belangenafweging niet ten voordele van MDPA kan strekken.

6.6. MDPA heeft voorts nog naar voren gebracht dat voor de beantwoording van de vraag of zij in strijd met de zorgvuldigheid heeft gehandeld, mede van belang is dat de kwekers extreem zoutgevoelige gewassen telen in een gebied dat door andere dan aan MDPA toe te schrijven oorzaken al een aanmerkelijke zoutbelasting kent. Dit betoog gaat niet op. Immers, niet gesteld of gebleken is dat het om voor het betrokken gebied zo uitzonderlijke cultures gaat, dat daarmee bij de afweging van belangen van partijen niet of niet ten volle rekening behoort te worden gehouden. In dit verband verdient ook opmerking dat MDPA al evenmin heeft gesteld en ook niet anderszins is gebleken dat de teelt van minder zoutgevoelige gewassen rendabeler zou zijn dan de huidige cultures, zelfs indien bij dit laatste schade van de kwekers door de zoutlozingen van MDPA voor hun rekening zouden blijven.

Wij zien hier dat het hof conform de huidige regeling van hinder, art. 5:37 BW en het duitse voorbeeld opereert: het verweer van een marginaal opererend bedrijf dat de kosten van schadebeperkende maatregelen niet te dragen zijn, gaat in beginsel niet op (vgl. boven).

Dan valt nu te bezien wat de *hoge raad* toevoegt in zijn toetsing van het arrest van het Haagse hof. De cassatierechter geeft allereerst een samenvatting van het betoog van het hof:

‘3.3.1. Onderdeel 1 richt zich in een zevental subonderdelen tegen ‘s Hof's oordeel dat MDPA door de zoutlozingen in strijd handelt met de haar jegens de kwekers betamende zorgvuldigheid. Het Hof komt tot deze slotsom in rechtsoverweging 6.10 op grond van hetgeen het in de voorafgaande rechtsoverwegingen 6.2-6.9 overweegt. De gedachtengang van het Hof komt op het volgende neer.

(...)

Na vooropgesteld te hebben dat de belangen van beide partijen een ‘financieel-ekonomisch karakter’ hebben oordeelt het Hof in het vervolg van rechtsoverweging 6.2 dat MDPA, hoewel in beginsel evenals de kwekers gerechtigd gebruik te maken van het Rijnwater, rekening moet houden met de belangen van benedenstroomse gebruikers als de kwekers en dat zij handelt in

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

strijd met de haar jegens de kwekers betamende zorgvuldigheid als zij dit in onvoldoende mate doet. Bij de beantwoording van de vraag of zulks het geval is, kent het Hof klaarblijkelijk grote betekenis toe aan de ernst van de door lozingen aan de kwekers toegebrachte schade: het Hof overweegt immers dat er sprake is van onzorgvuldigheid 'indien MDPA door bij voortdurende grote hoeveelheden zout in de Rijn te lozen aan de kwekers voorzienbare, voortdurende en van betekenis zijnde schade toebrengt'. Uit het vervolg van rechtsoverweging 6 blijkt evenwel dat zulks voor het Hof niet uitsluitend maatgevend is: in de rechtsoverwegingen 6.3-6.6 onderzoekt het Hof niet alleen of hier kan worden gesproken van een voortdurende, voorzienbare en van betekenis zijnde schade aan de kant van de kwekers - hetgeen volgens het Hof inderdaad het geval is -, maar besteedt het ook aandacht aan de belangen van de betrokkenen: in rechtsoverweging 6.5, die hierna in 3.3.5 nog aan de orde komt, aan het belang van MDPA bij voortzetting van de exploitatie van de mijnen en in rechtsoverweging 6.6 aan de positie van de kwekers, waarbij het Hof vaststelt dat het bij hen niet om zo uitzonderlijke cultures gaat, dat daarmee bij de afweging van de belangen van partijen niet of niet ten volle rekening behoort te worden gehouden. Eerst in rechtsoverweging 6.10 komt het Hof tot de slotsom dat MDPA in strijd met de haar jegens de kwekers betamende zorgvuldigheid heeft gehandeld.'

Dan volgt de beoordeling hiervan door de raad, waarbij allereerst de bekende, algemene overweging gegeven wordt ten aanzien van de criteria aan de hand waarvan de onrechtmatigheid van hinder beoordeeld moet worden, ov. 3.3.2, hierboven al geciteerd.

Het hof heeft naar het oordeel van de cassatierecht dit uitgangspunt bij zijn oordeel in achtgenomen. Van belang is hierbij de bespreking van de klacht ten aanzien van ov. 6.5 van het hof, ten aanzien van het gewicht van het belang van MDPA bij het kunnen lozen van het zout in de Rijn. Die overweging luidt als volgt:

'3.3.5. De onderdelen 1.6 en 1.7 keren zich tegen rechtsoverweging 6.5. Onderdeel 1.6 komt tevergeefs op tegen de aan het Hof voorbehouden en niet onbegrijpelijke uitleg van het eindvonnis van de Rechtbank en van de waardering van het ten aanzien van dat vonnis door MDPA ingenomen standpunt. Het Hof heeft in rechtsoverweging 6.5 het betoog van MDPA dat zij door stopzetting van de zoutlozing gedwongen zou zijn de exploitatie van de mijnen geheel te staken en dat zij aldus in een zwaarwegend belang zou worden getroffen, verworpen omdat MDPA bij dit betoog uit het oog verliest dat niet een bevel tot stopzetting, maar vergoeding van de door de lozingen veroorzaakte schade wordt gevorderd. Hierin ligt niet, zoals onderdeel 1.7 veronderstelt, besloten dat de gestelde onrechtmatigheid verschillend zou moeten worden beoordeeld al naar gelang er een verbod dan wel schadevergoeding wordt gevorderd noch dat de lozingen op zichzelf niet doch slechts in samenhang met het niet vergoeden van de schade door MDPA onrechtmatig zijn. 's Hofs oordeel moet worden gezien tegen de achtergrond van de regel dat de rechter een vordering strekkende tot een verbod van onrechtmatige gedragingen als de onderhavige kan afwijzen omdat deze op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoren te worden geduld, in welk geval de benadeelde recht op schade vergoeding behoudt. Nu toewijzing van de vordering tot schadevergoeding derhalve niet automatisch meebrengt dat ook een vordering tot stopzetting van de lozingen, zo die zou worden ingesteld, zou moeten worden toegewezen, kon het Hof, mede gelet op hetgeen het in de slotzin van rechtsoverweging 6.5 overweegt, het belang van MDPA bij voortzetting van de exploitatie van de mijnen buiten beschouwing laten.

Het vorenstaande brengt mee dat het onderdeel uitgaat van een verkeerde lezing van 's Hofs arrest en derhalve feitelijke grondslag mist.'

De hoge raad geeft hier een uitleg aan de regel van het huidige art. 6:168 BW, door het college al eerder anticiperend toegepast in het arrest *Van Gastel - Van*

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

den Heuvel (NJ 1987, 703), waarbij het uitgangspunt is dat niet het standpunt ingenomen moet worden dat een hinder toebrengende handeling slechts onrechtmatig is indien daaraan geen aanbod tot schadevergoeding verbonden is (bekend uit het debat Bregstein - J. Drion), en evenmin dat er een verschillende benadering gevolgd dient te worden bij de eis van een verbod, tegenover die van schadevergoeding. In een niet direct duidelijk betoog stelt de hoge raad vervolgens dat dit onderscheid met zich brengt dat, wanneer enkel schadevergoeding gevorderd wordt - zoals in casu - de redenering die gangbaar is bij een verbod en het handelen in het algemeen belang (het onderwerp van art. 6:168, als uitzondering op de algemene hinder-regeling van art. 5:37) niet gevolgd hoeft te worden. De rechter hoeft geen rekening te houden met het bedrijfs-ekonomisch belang van gedaagde, namelijk het in gevaar komen van voortzetting van haar activiteiten als exploitante van de kalimijnen. Dat laatste betreft dus een vrij extreme belasting van een gedaagde, het moeten beëindigen van haar commerciële activiteiten, en derhalve niet het meer gebruikelijke element van het dragen van kosten van maatregelen ter beperking of beëindiging van de hinder die derden toegebracht wordt.

Concluderend, de essentie van de overweging van de hoge raad is, de vaststelling dat de regeling van art. 6:168 als kernpunt inhoudt, dat een verbod van hinder voorkomen kan worden door het aanbod van schadevergoeding van degenen die hinder veroorzaakt. Het college wil dus, net als de ontwerpers van het NBW, niet weten van de constructie, door het Hof Den Bosch in de zaak *Van Gastel - Van den Heuvel* gevolgd, waarbij de handeling rechtmatig geacht wordt, en het onrechtmatige besloten ligt in het weigeren om schadevergoeding aan te bieden (opvatting van J. Drion; zie de noot van Van der Grinten onder het arrest van 1987).⁵³

Tenslotte nog een enkele opmerking over een veel voorkomend beroep dat door lozers van schadelijke stoffen gedaan wordt op de aanwezigheid van vergunningen met betrekking tot de lozingen. Hier kan volstaan worden met een verwijzing naar het arrest van 1988 inzake de Kalimijnen, waarin het beroep van MDPA op een franse vergunning tegenover een nederlandse derde die stroomafwaarts schade lijdt verworpen werd. Het hof had, zoals wij zagen, overwogen dat de vergunning in kwestie niet de strekking had de in aanmerking komende belangen zodanig af te wegen dat de vergunninghouder gevrijwaard zou zijn voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad naar nederlands recht. In de vergunning was overigens een uitdrukkelijk voorbehoud gemaakt voor de rechten van derden. De hoge raad kwam niet toe aan de toetsing van dit punt, aangezien het hier frans recht betrof en de schending van vreemd recht niet in cassatie getoetst kan worden. A-g Franx had erop gewezen dat het franse recht

53. Vgl. *NBW, Tekst & Commentaar*, ad art. 5:40. Zie voor de problematiek van art. 6:168 BW, door de HR aanvaard in *Van Gastel - Van den Heuvel*, NJ 1987, 703, nt G: Asser-Hartkamp III, nrs 65-68; 119; H.C.F. Schoordijk, *Algemeen gedeelte verbintenissenrecht naar NBW*, 1979, p. 378; *Parl. Gesch.*, Boek 6, p. 670, en boven, Hfdst. 10, § 3, nr 1. Overigens heeft Drion zijn leer onder meer ontleend aan *Voorste Stroom VII*.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

niet verschilt van het nederlandse, in de zin dat 'de vergunning niet legitimeert hetgeen jegens derden onrechtmatig is'.⁵⁴

Een ander veel voorkomend verweer betreft de bijdrage van *diffuse lozingen* aan watervervuiling, afkomstig van landbouw, verkeer, etc. Zie daarvoor mijn bijdrage in: *Non-Point Source River Pollution: The Case of the River Meuse*, J.M. van Dunné, Ed., London 1996, p. 39.

Deze materie laat ik verder rusten; er zijn schrijvers die de leer van de hoge raad bestrijden, zoals Groen, Van der Grinten en Koeman. Zij zijn op juiste wijze van repliek voorzien door Kortmann, waarnaar verwezen kan worden.⁵⁵ Enkele jaren geleden heeft Bergkamp de zijde van de oppositie tegen de jurisprudentie gekozen.⁵⁶

Waakzaamheid is hierbij echter wel op zijn plaats bij internationale milieugeschillen; eerdere procedures van Nederlandse drinkwaterleidingbedrijven tegen MDPA leren, dat zodra een vergunningverlening aan MDPA door de plaatselijke overheid met succes aangevochten is voor de administratieve of strafrechter (in enkele gevallen tot aan de strafkamer van het Cour de cassation), direkt daarop een nieuwe, aangepaste vergunning verleend wordt.⁵⁷ Het zou mij zelfs niet verbazen indien de clause gericht op belangen van derden intussen uit de vergunningen verdwenen is.⁵⁸

4. *Het onrechtmatig in het verkeer brengen van schadelijk afval. Het Benckiser-arrest (1989)*

Hierboven kwam het *Benckiser*-arrest al uitvoerig tersprake, wat de verweren van het '1401-belang' en relativiteitsvereiste betreft (vgl. Hfdst. 10, § 4, nr 2 v.). Nog niet werd ingegaan op de verdere behandeling van de onrechtmatigheidsvraag, hetgeen meer passend is om op deze plaats te doen.

Voor de vraag waarop de onrechtmatigheid van de handelwijze van Benckiser berust moet men te rade gaan bij het arrest van het haagse hof. Die uitspraak, bevestigd door de cassatierechter, is minstens zo belangrijk als het arrest van de hoge raad. Los van alle dogmatische steekspelen die partijen opgevoerd hebben, is de concrete vraag voor de milieu-aansprakelijkheid van groot gewicht: was de

54. Concl., sub 5, met verwijzing naar *kraaien en roeken* (1972). Zie ook mijn *TMA*-noot, 1989, p. 28.

55. Zie voor deze materie, waarbij aard van de vergunning een rol speelt, S.C.J.J. Kortmann, in: *Goed en trouw*, Van der Grinten-bundel, 1984, p. 461, en in het algemeen, boven, Hfdst. 10, § 3, nr 2.

56. In zijn rotterdamse oratie: *De vervuiler betaalt dubbel: over de verhouding tussen privaat en publiek milieurecht*, 1998.

57. Een niet onbelangrijk detail: de franse staat is groot-aandeelhouder van MDPA.

58. Tenslotte kan gewezen worden op het beroep dat mogelijk is op art. 4, par. 1 sub a Rivierenwet. Het betreft hier een verbod behoudens vergunning, gericht op nederlands territorium. Voor doorwerking van EG-recht op dit gebied zou plaats kunnen zijn in het geval een buitenlandse lozer bijvoorbeeld zou eisen om gehoord te worden bij verlening van een vergunning aan een nederlands rechtssubjekt (vgl. de zaak-*Hamer*, m.b.t. de kerncentrale in Noord-Duitsland).

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

handelwijze van dat duitse bedrijf dat met zijn giftig afval omhoog zat nu onrechtmatig of niet, en waarop is die vaststelling precies gebaseerd? Het hof geeft een uitvoerige beantwoording van die vraag, waaruit ik slechts de hoofdlijnen destilleer, die daarmee meer algemene gelding kunnen krijgen.⁵⁹

Indien een bedrijf met ernstig vervuild afval zit, waarmee men 'geen raad weet', dat wil zeggen storten of verwerken is op juridische en financiële problemen gestuit, mag men dat afval niet afgeven aan een afvalverwerkingsbedrijf zonder eerst naar de betrouwbaarheid daarvan *een grondig onderzoek gedaan te hebben*. Dit is met name het geval indien er positieve aanwijzingen zijn dat het bedrijf in kwestie enkel uit winstbejag handelt. Een aanwijzing kan daarbij zijn dat het afval voor een lage prijs afgenomen wordt (in casu: minder dan 1/3 van de gangbare prijs, met betrekking tot storting in de DDR).

Het hof neemt dus een *onderzoeksplicht* aan voor degeen die zich wil ontdoen van milieuschadelijke stoffen. De Rb. Rotterdam had dezelfde verplichting aangenomen in de *Shell Gouderak*-zaak in een overweging die nauw aansloot bij het *Dorpshuis Kamerik*-arrest (natronloog).⁶⁰ Bij zo'n verplichting om onderzoek in te stellen zijn niet alleen de omstandigheden van belang, maar ook bij de betrokkene aanwezige kennis van zaken en zijn maatschappelijke positie. In het Benckiser-geval lag dit allemaal heel duidelijk. Benckiser had in Duitsland geen vergunning voor storting gekregen, het verwerken van het materiaal was mislukt, zij kon met de klompen aanvoelen dat dit voor Bos in Nederland niet anders zou zijn. Voeg daaraan toe de betaling via een speciaal opgerichte rechtspersoon, de waarschuwingen van de nederlandse overheid, en het beeld is compleet. Het hof verwijt haar gebrek aan 'verantwoordelijkheidsgevoel'; Benckiser had moeten nagaan op welke wijze Bos van het afval afkwam. Benckiser heeft, zo stelt het hof, 'haar ogen daarvoor gesloten en bewust het risico genomen dat achteraf de zaak zou blijken niet zuiver te zijn'. Het schadevooral valt met andere woorden in de risikosfeer van Benckiser. Het storten op de acht lokaties acht het hof voorzienbaar 'en derhalve aan Benckiser toe te rekenen'.

Nu ligt het er in dit geval nogal dik bovenop; vaak zal de situatie gecompliceerder zijn, en daarmee de vaststelling van maatschappelijke onzorgvuldigheid bij het handelen. Juist wanneer men niet goed op de hoogte is van het schadelijk karakter van de afvalstof en van de verwerkingswijze die het transport/afval-bedrijf zal toepassen, is de onderzoeksplicht van belang. Daarbij wordt de kennis die in het concern elders in de wereld aanwezig is, het nederlandse bedrijf dat deel uitmaakt van dat concern toegerekend (aldus Rb. Rotterdam in *Gouderak*). Het gaat hier om het verweer van de stand van de wetenschap en techniek, het zogenaamde 'state of the art'. Dat 'iedereen het zo doet', valt hier niet onder, de zogenaamde 'state of the industry'. In het

59. Zie de boven aangehaalde overwegingen 16 en 17 van het hof. Voor de feiten zie men het arrest zelf, *TMA* 1988, p. 53.

60. Rb. Rotterdam 9 oktober 1987 *TMA* 1987, nt. Van Dunné. De *Dorpshuis Kamerik*-zaak is HR 8 jan. 1982, 614, nt. CJHB, ook wel bekend als *vuilnisman*-arrest. Het Hof Den Haag heeft het vonnis vernietigd om rechtspolitieke redenen, op het punt van *relativiteit* in navolging van het *Akzo Resins*-arrest van de hoge raad van 24 april 1992 (*TMA* 1992, p. 132, nt Van Dunné), vgl. *TMA* 1993, pp. 83, 112, nt Van Dunné. Het hof ging echter wel ervan uit dat *onrechtmatige daad* vaststond.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

amerikaanse recht wordt een beroep op dat laatste als verweer verworpen, dat geldt ook voor ons recht, zie het recente *asbest*-arrest.⁶¹

Die kennis, of toegerekende kennis, kan het afval-lozende bedrijf de das om doen. Het 'afschuiven', letterlijk en figuurlijk, op het transportbedrijf met het argument dat het een bedrijf met ervaring is, zal niet zo gemakkelijk de aansprakelijkheid doen overgaan. Dat argument ging niet op in de Goudarak-zaak, waarbij Shell uiterst gevaarlijke drins (insecticiden) vermengd met zand en bouwafval aangeboden had aan een klein, onwetend transportbedrijf, dat het op een plaats stortte dat voor huizenbouw bestemd was, hetgeen Shell ook bekend kon zijn. Het kon echter ook anders toegaan, dat degenen die schadelijk afval aanbieden door het verwerkende bedrijf om de tuin geleid worden.

Een mooi voorbeeld daarvan is de eerste milieuzak (strafrechtelijk), Uniser. Dit bedrijf had een nep-verwerkingsinstallatie gebouwd dat door goedgelovige klanten geïnspecteerd kon worden. Het kon maar enkele uren draaien, vervolgens werden de schadelijke stoffen (pcb's, etcetera) met olie vermengd en als brandstof in België verkocht, of met tankschepen in het Hollands Diep botweg geloosd. Holland is wel diep gezonken. Bij het ontbreken van deugdelijke strafwetgeving op milieugebied werd hier oplichting te laste gelegd (zoals ook in de Benckiser-zaak valsheid in geschrifte gehanteerd werd door het OM). Als civilist vraag ik mij af of die klanten, veel multinationals, de dans ontsprongen zouden zijn indien het een civiele procedure geweest zou zijn, waarbij kennis niet 'wettig en overtuigend bewezen' hoeft te worden, maar zoals wij zagen ook *toegerekend* kan worden, en in risikosferen gedacht wordt.

Met gevallen als Uniser is de term 'milieu-mafia' in omloop gekomen. Men kan nog steeds van milieu-officieren (van justitie) smeulige verhalen horen op dit terrein. Kon men vroeger een tankschip dat in het kanaal van Hansweert heen en weer voer op lozen van vervuilde olie betrappen, omdat het al doende steeds hoger op het water kwam te liggen, daar heeft de maffia het antwoord op gevonden door al lozend ballastwater in te nemen, zodat de diepgang constant blijft. Wie niet slim is moet dom zijn, er vallen tenslotte fortuinen te verdienen.

Dergelijke praktijken zijn alleen mogelijk indien er ook wat schort aan het 'verantwoordelijkheidsgevoel' van de bedrijven die een goedkope oplossing voor hun giftig afval zoeken. Indien men de andere kant op kijkt of zelfs de ogen ervoor sluit wat er verder met het afval gebeurt.⁶² Het is toe te juichen dat het civiele recht, nu het strafrecht nog in vaak negentiende eeuwse kluisters gevangen zit, hier doorheen kijkt, en op dit punt de 'corporate veil' oplicht. Het *Benckiser*-arrest is een goed voorbeeld van de benadering van de milieu-problematiek door de burgerlijke rechter.

61. HR 6 april 1990, *NJ*, 573, nt PAS, *Janssen - Nefabas*, een art. 1638x-zaak, aansprakelijkheid werkgever. Voor het beroep op de stand van de wetenschap in milieuzaken, zie mijn noot onder enkele uitspraken in *TMA* 1989, p. 102. Zie ook nog boven, p. 545 v.

62. Intussen heeft ook op dit terrein de regelgeving van de milieuwetgever niet stilgestaan. Degeen die schadelijk afval aanbiedt moet van het transportbedrijf een gewaarmerkt stuk ontvangen waaruit de storting of verwerking volgens de geldende normen blijkt.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

5. *Het beroep op het relativiteitsvereiste bij milieu-aansprakelijkheid*

Hierboven kwam het relativiteitsvereiste al uitvoerig aan de orde; daarbij werd erop gewezen dat dit vereiste de laatste jaren een nieuwe bloei doormaakt aangezien het in procedures over milieuschade naar voren gebracht is, en tot dusver met succes (vgl. boven, Hfdst. 10, § 5). Ik zou op deze plaats wat nader willen ingaan op de rechtspraak waarmee de hoge raad bijgedragen heeft tot de *revival* van dit leerstuk, dat als anachronisme in art. 163 BW terechtgekomen is.

In de zaak *Staat - Van Amersfoort*, HR 9 febr. 1990, NJ 1991, 462, nt CJHB; TMA 1990, p. 107, nt Van Dunné, ging het om vervuiling van een bedrijfsterrein met schadelijke afvalstoffen die bij een galvanisch bedrijf tijdens het productieproces vrijgekomen waren. Dat was gebeurd in de jaren vijftig en zestig, en de directeur (in ruste) werd aangesproken voor de kosten van bodemsanering die de staat gemaakt had. De advocaat van de directeur (Van Amersfoort) had betoogd dat niet aan het relativiteitsvereiste voldaan was, aangezien ten tijde van de vervuiling niet te voorzien was dat door het op deze wijze lozen van de stoffen tot milieuschade zou leiden, en nog minder dat daarbij tot bodemsanering overgegaan zou worden en dat de staat daarbij schade zou lijden en belanghebbende zou zijn. In het jargon van de balie heette het, dat de staat wel een *milieubelang* in de jaren zestig had, maar geen *saneringsbelang*. De hoge raad overweegt daaromtrent:

‘(3.2) Onderdeel 2 voert onder meer aan dat buiten discussie staat dat de staat zich het belang van het saneren van bodemverontreiniging als bedoeld in de Interimwet heeft aangetrokken. Dit is op zich zelf juist, maar ontslaat de rechter niet van de plicht te onderzoeken of de overheid ten tijde van het veroorzaken van de verontreiniging zich dat saneringsbelang reeds aantrok dan wel voor de veroorzaker voldoende duidelijk was of behoorde te zijn dat zij zich dat belang zou gaan aantrekken.

...

(4.2) Ook de in de onderdelen 2 tot en met 4 aangevoerde klachten behoeven, gelet op het onder 3.1.5 overwogene, slechts behandeling voor zover zij betrekking hebben op de in ‘s Hofs rov. 5.19 met 2) aangeduide relativiteitsvraag. Zij falen omdat het hof terecht heeft geoordeeld dat voor de beoordeling van die vraag met name van belang zijn de ontwikkelingen in de maatschappelijke opvattingen omtrent de ernst van bodemverontreiniging die ertoe hebben geleid dat de overheid zich de zorg voor het milieu ook op dat punt is gaan aantrekken, en evenzeer met juistheid heeft geoordeeld dat ernstige bodemverontreinigingen reeds onrechtmatig tegenover de overheid konden zijn op het moment waarop het aan de veroorzaker voldoende duidelijk was of had behoren te zijn dat de overheid zich de zorg voor de bodem in dat opzicht zou gaan aantrekken’.

Deze uitspraak leek duidelijk, althans dat dacht de staat, maar hij had niet op de waard gerekend: het bedrijfsleven vond deze uitspraak allerminst duidelijk en trachtte in nieuwe procedures de hoogste rechter tot een verdere verduidelijking te brengen. De lagere rechtspraak had overigens in overgrote meerderheid geen moeite met deze kwestie, en achtte veroorzakers van ‘oud zeer’, bodemvervuiling uit de jaren vijftig, zestig en zeventig, aansprakelijk bij verhaalsakties die de staat instelde ex art. 21 IBS (Interimwet bodemsanering, uit 1983). Dit was conform de bedoeling van de wetgever, zoals in de Tweede Kamer indertijd naar voren gekomen was: de ‘vervuiler betaalt’ was het devies. Het aanvankelijke plan om in de kosten van bodemsanering te voorzien door middel van een milieuheffing, had de Kamer na verzet van het bedrijfsleven

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

laten varen (dan ‘zouden de goeden met de kwaden moeten lijden’). Ik verwijs voor die lagere rechtspraak naar mijn overzicht in *TMA* 1991, p. 60. Ik sta hierbij stil, omdat in de hiervolgende procedure gesteld werd dat de rechtszekerheid in gevaar gekomen was, doordat de lagere rechtspraak verdeeld zou zijn; dat was schromelijk overdreven, maar de hoge raad neemt het serieus, helaas op dit punt niet voorgelicht door de a-g Koopmans in zijn - ook in ander opzicht opmerkelijke conclusie (zie voor die materie mijn noot in *TMA*).

Hier volgen de overwegingen van de hoge raad in het arrest van 24 april 1992, *NJ* 1993, 643; *TMA* 1992, p. 132, nt Van Dunné (gelijktijdig gewezen met de zaak *Van Wijngaarden - Staat*, met identieke overwegingen):

De HR overweegt:

‘(3.1) In cassatie moet van het volgende worden uitgegaan.

In de periode van 1953 tot 1967 heeft Akzo Resins (toen nog geheten Synthese B.V.) in de gemeente Katwijk een onderneming gedreven waarin kunstharsen en lijmen werden gefabriceerd.

Voor deze fabricage werden allerlei chemicaliën gebruikt, waaronder diverse aromaten, oliën en fenolen. Na die periode is de fabricage te Katwijk beëindigd en te Bergen op Zoom voortgezet.

De grond en de opstallen te Katwijk zijn op 1 maart 1970 verkocht en geleverd aan de gemeente Katwijk. Vervolgens zijn in 1974 op deze grond woningen gebouwd. Begin jaren tachtig rees het vermoeden dat de grond en/of het grondwater ter plaatse van het voormalige fabrieksterrein was verontreinigd. Na diverse onderzoeken in de jaren 1983-1986, die uitwezen dat zowel de grond als het grondwater verontreinigd was met onder meer aromaten, oliën en fenolen, is de overheid in december 1986 overgegaan tot sanering van de bodem, met name door ontgraving van de verontreinigde grond. De Staat heeft ingevolge de Interimwet Bodemsanering bijgedragen in de kosten van die sanering. De verontreiniging is ontstaan als gevolg van lekken en/of morsen van chemicaliën gedurende de fabricageperiode.

(3.2) De Staat vordert in deze procedure op de voet van art. 21 Interimwet bodemsanering veroordeling van Akzo Resins tot betaling van de saneringskosten. De rechtbank heeft de vordering afgewezen op grond van haar oordelen, kort samengevat, dat (a) vóór 1970 nog niet voor de hand lag dat de Staat te zijner tijd zou overgaan tot het voor zijn rekening saneren van verontreinigde (privé) grond, zodat toen voor Akzo Resins nog niet gold ‘de zorgvuldigheidsverplichting jegens de Staat om beschermende maatregelen te nemen ter voorkoming van het morsen en lekken van chemicaliën in de bodem’, en (b) anders dan de Staat had gesteld, ‘naar geldende rechtsopvattingen in gevallen als het onderwerpelijke geen risicoaansprakelijkheid geld in de zin van artikel 6:162 lid 3 B.W.’. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Het cassatiemiddel komt slechts op tegen hetgeen het hof heeft overwogen en beslist naar aanleiding van de grieven die de Staat had aangevoerd tegen het hiervoor met (a) aangeduide oordeel van de rechtbank.

(3.3) Het middel strekt ten betoge dat het hof een onjuiste maatstaf heeft gehanteerd bij de beoordeling van de vraag of Akzo Resins, aangenomen dat zij de bodemverontreiniging op onrechtmatige wijze had veroorzaakt, ook jegens de Staat onrechtmatig heeft gehandeld. In het bijzonder betoogt het middel dat voor de beoordeling van deze vraag niet beslissend is het moment waarop het voor de veroorzaker kenbaar moet zijn geweest ‘dat de overheid zich het zogenaamde saneringsbelang zou gaan aantrekken, maar het moment waarop het betrokkene voldoende duidelijk was of had behoren te zijn dat de overheid zich gezien de ontwikkelingen in de maatschappelijke opvattingen omtrent de ernst van bodemverontreiniging ook het belang van een niet-verontreinigde bodem zou gaan aantrekken’.

(3.4) Bij de beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld dat, wil er sprake zijn van een door het onzorgvuldig veroorzaken van bodemverontreiniging jegens de overheid gepleegde onrechtmatige daad waaraan deze op de voet van art. 1401 (oud) resp. art. 6:162 BW een recht op schadevergoeding kan ontlenen, op het tijdstip van dit veroorzaken

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

voldoende duidelijk moet zijn dat daardoor niet alleen het aan de zorg van de overheid toevertrouwde algemene belang van een zo schoon mogelijk milieu wordt geschaad, maar ook vermogensnadeel voor de overheid zelf ontstaat of dreigt te ontstaan, daargelaten of dit nadeel in het kader van art. 21 voor vergoeding in aanmerking komt. Een nadeel als hier bedoeld kan zich in uiteenlopende vormen voordoen, niet slechts in de vorm van het maken van kosten om verontreinigde grond en grondwater schoon te maken, maar ook in de vorm van kosten voor - bijvoorbeeld - het opsporen en onderzoeken van ernstig verontreinigde terreinen, het ontwikkelen van geschikte methoden van sanering, het treffen van voorlopige voorzieningen om uitbreiding van een verontreiniging te voorkomen en het controleren van de resultaten van getroffen maatregelen. Kosten als hier bedoeld worden hierna kortweg als saneringskosten aangeduid.

(3.5) Uit het vorenoverwogene volgt dat beslissend is het tijdstip waarop voor een veroorzaker van ernstige bodemverontreiniging als bedoeld in de Interimwet Bodemsanering voldoende duidelijk was of behoorde te zijn dat zijn handelswijze - waarvan hier het onrechtmatig karakter wordt verondersteld - een vermogensnadeel als vorenbedoeld zou meebrengen voor de overheid. Hierbij gaat het in beginsel niet om de specifieke wetenschap of deskundigheid van de individuele veroorzaker, maar om hetgeen in het algemeen aan inzicht mocht worden verwacht van degenen die belast waren met de leiding van ondernemingsactiviteiten waaraan het kenbare gevaar van bodemverontreiniging door afvalstoffen was verbonden. Zoals is overwogen in voormeld arrest van 9 februari 1990 (ov. 4.2), zijn daarbij in het bijzonder van belang de maatschappelijke opvattingen omtrent de ernst van bodemverontreiniging, die er toe hebben geleid dat de overheid zich de zorg voor het milieu ook op dat punt is gaan aantrekken. Die opvattingen hebben immers enerzijds invloed gehad op het overheidsbeleid en de wetgeving, anderzijds op het inzicht van ondernemers in de schadelijke gevolgen van bodemverontreiniging en de te verwachten reactie van de overheid op die verontreiniging.

(3.6) De hoge raad kan zelfstandig vaststellen hoe de maatschappelijke opvattingen te dezer zake zich hebben ontwikkeld, aangezien die opvattingen naar voren komen uit parlementaire stukken.

Het is ook in hoge mate wenselijk dat de hoge raad zelf tot deze vaststelling overgaat, nu in een aantal procedures de bepaling van het hiervoor in 3.5 bedoelde tijdstip aan de orde is, de betrokken rechterlijke colleges niet tot eensluidende beslissingen op dit punt zijn gekomen en derhalve de rechtszekerheid en de rechtseenheid in het geding zijn.

(3.7) De hoge raad neemt tot uitgangspunt dat het bedoelde tijdstip gelegen is in de periode tussen de indiening (in april 1971) van een Voorontwerp van wet inzake de bodemverontreiniging (Bijl. Hand. II 1970-1971, 11268, nr. 2) en het naar aanleiding van de geruchtmakende bodemverontreiniging in Lekkerkerk door de Minister van Volksgezondheid en Milieuhygiëne bij brief van 28 april 1980 aan gedeputeerde staten van de provincies gericht verzoek om inventarisatie van gevallen van bodemverontreiniging (Bijl. Hand. II 1981-1982, 16821, nr. 10).

...

(3.8) De hiervoor onder 3.7 vermelde ontwikkelingen en uitlatingen wettigen de conclusie dat het eerst omstreeks het midden van de jaren zeventig voor degenen die waren belast met de leiding van ondernemingsactiviteiten waaraan het kenbare gevaar van bodemverontreiniging was verbonden, voldoende duidelijk behoorde te zijn dat de overheid haar zorg voor de bodem niet zou beperken tot het invoeren van strengere regelgeving en het bevorderen van verantwoorde methoden van afvoer van afvalstoffen, maar naar aanleiding van ernstige bodemverontreiniging metterdaad tot actie zou overgaan en daardoor voor saneringskosten zou komen te staan.

Ter wille van de hanteerbaarheid van de op dit gebied toe te passen regels preciseert de hoge raad het voorgaande aldus dat naar zijn oordeel de vereiste duidelijkheid voor ondernemers als vorenbedoeld bestond vanaf 1 januari 1975.

Niet uitgesloten is echter dat in bepaalde gevallen van ernstige bodemverontreiniging de bedoelde duidelijkheid reeds op een eerder tijdstip bestond, maar dit zal slechts kunnen

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

worden aangenomen indien de Staat feiten en omstandigheden stelt - en bij betwisting bewijst waaruit volgt dat er voor de veroorzaker reeds op dat eerdere tijdstip concrete aanwijzingen waren dat de verontreiniging de overheid aanleiding zou geven tot het maken van saneringskosten. De stukken van het geding laten niet de conclusie toe dat zich hier een dergelijk geval voordoet.

(3.9) Opmerking verdient tenslotte dat hetgeen hiervoor in 3.4-3.8 is overwogen betrekking heeft op onrechtmatige daden van het type dat in dit geding aan de orde is, namelijk - kort gezegd het onzorgvuldig verontreinigen van het eigen bedrijfsterrein. In dit geding kan in het midden blijven of bij andere typen van onrechtmatige daden, zoals het in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt (doen) storten of ten vervoer afgeven van afvalstoffen, hetzelfde heeft te gelden.

(3.10) Uit het voorgaande volgt dat het hof terecht heeft beslist dat het omstreden handelen van Akzo Resins niet onrechtmatig jegens de overheid is geweest. Het middel is derhalve tevergeefs voorgesteld'.

De staat had in het vorige arrest een bloedneus opgelopen, hier ging het om een blauw oog. De klap kwam hard aan, en de staat ging te biecht bij de wetgever om via wetgeving deze maas in de wet te dichten, die de hoogste rechter had laten ontstaan. Zoals ik in mijn *TMA*-noot betoogd heb, kan men grote aarzelingen hebben of de hoge raad wel bevoegd is om door een dergelijk 'arrêt de règlement' als wetgever op te treden en een datum vast te stellen (1 januari 1975) waarop inzicht in de positie van de overheid voor vervuilers bestond. Het arrest heeft alle schijn van een politieke uitspraak - waar men op zich voor of tegen kan zijn, maar die voorbehouden is aan het parlement. De wijze waarop die datum gekozen werd was trouwens tamelijk arbitrair: er werd uitsluitend naar Kamerstukken uit die tijd gekeken - alsof dat de enige bron van maatschappelijke bewustwording zou zijn - terwijl de knoop tussen 1 januari 1970 en 1 januari 1980 doorgemaakt werd, hetgeen volgens Bartjes tot 1 januari 1975 moet leiden (zie ook boven, p. 533, nt 181).

Over het wetsontwerp 21 556 is veel te doen geweest, zoals wij eerder zagen. De regering kreeg de Tweede Kamer mee; het wetsvoorstel werd in april 1993 aanvaard. In de Eerste Kamer liep het echter anders: de senatoren (VVD, CDA en D66) hadden, voorgelicht door advocatuur en bedrijfsleven, de stormbal gehesen, met een beroep op rechtszekerheid en al. De minister van VROM kon het verzet niet breken, ook al had hij de minister van Justitie opgetrommeld om de Eerste Kamerleden tot rede te brengen, medio oktober 1993. Een compromisvoorstel dat neerkwam op het aanvaarden van *State of the industry* als verweer, bleek voor de senaat ook onaanvaardbaar. Er restte hem niet anders dan terug te gaan naar de Tweede Kamer met een novelle (wetswijziging). De afloop van dit parlementaire steekspel komt hieronder nog ter sprake.

In het wetsontwerp is overigens veel meer aan de orde dan het 'schrappen van het relativiteitsvereiste', zoals de tegenstanders het ten onrechte noemen. Met het wetsvoorstel 'Uitbreiding van de Wet bodembescherming met een regeling inzake sanering van de bodem', ook wel 'Inbouwwet' genoemd, wordt de inbouw van de IBS in de WBB (Wet bodembescherming) voltooid (zie voor dit onderwerp onder, nr 8). Behalve het al bekende kostenverhaal kent het wetsontwerp enkele nieuwe rechtsfiguren, zoals verplichtingen (tot onderzoek, melding en sanering) en bevelen (tot onderzoek en sanering). In dat laatste geval is voor 'onschuldige' eigenaars de mogelijkheid gegeven van overheids-

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

bijdragen in de saneringskosten; verder worden fiscale reserveringsmogelijkheden uitgebreid en zijn staatskredietgaranties geïntroduceerd. Al met al een verstrekkend ontwerp, ook zonder de geruchtmakende component met betrekking tot de relativiteit.

Hierboven kwamen in het Algemeen gedeelte van onrechtmatige daad, Hfdst. 10, ook nog andere aspecten van milieu-aansprakelijkheid aan de orde, waar ik naar zou willen verwijzen. Zie Hfdst. 10, § 6, nr 2, meerdaderschap/multi-causaliteit, idem, nr 8, alternatieve causaliteit. Zie voor de recente jurisprudentie, onder, nr 7.

6. *De behoefte aan harde normen op milieugebied. Het Hof Den Bosch in de Cockerill-zaak (31 mei 1994)*

Het thema dat op dit moment een groot probleem vormt bij het optreden tegen milieuschade, bijvoorbeeld als gevolg van vervuiling van water of lucht met schadelijke stoffen, is dat er veelal geen precieze emissienormen zijn vastgesteld door de wetgever in formele of materiële zin, en in geval van vergunningen evenmin door de vergunningverlenende instantie, terwijl omwonenden of andere belanghebbenden schade van de emissies ondervinden.⁶³ Is er in zo'n situatie plaats voor een actie uit onrechtmatige daad, gebaseerd op normen van maatschappelijke zorgvuldigheid en belangenafweging? Het Hof Den Bosch meende van niet, in de *Cockerill-zaak*, en dat zou jammer zijn voor degenen die momenteel met milieuschade blijven zitten en voor hen die het milieu in het algemeen een warm hart toedragen. Het lijkt dus de moeite waard om dat arrest eens tegen het licht te houden.⁶⁴ Ik zal eerst de casus kort uiteenzetten, evenals de uitspraak van het hof en vervolgens mijn commentaar geven, aan de hand van de jurisprudentie van de hoge raad en enkele hoven, onder meer van het Hof Den Bosch.

De Stichting Reinwater heeft zich met vier andere milieu-organisaties de kwaliteit van het Maas-water aangetrokken, een rivier die alleen al in de regio Rotterdam 1,5 miljoen mensen van drinkwater voorziet, langs verschillende natuurgebieden stroomt, zoals de Biesbosch, en soms buiten zijn oevers treedt. De kwaliteit van dit water is aanzienlijk slechter dan dat van de Rijn - dat zoals bekend ook al niet al te rein is - onder meer als gevolg van industriële lozingen, met name in Wallonië. Reinwater (c.s.) is na een correspondentie van ruim 5 jaar, begin 1993 een kort geding-procedure begonnen tegen Cockerill Sambre S.A., een bedrijf dat cokesfabrieken in Seraing (bij Luik) en Charleroi heeft en grote hoeveelheden uiterst giftige polycyclische aromatische koolwaterstoffen (PAK's) loost in (uiteindelijk) de Maas. In Seraing loost Cockerill naar eigen zeggen een PAK-vracht van 30 kg per jaar, welke omvang door Reinwater betwist wordt; Cockerill beschikt over een vergunning die echter niets inhoudt ten aanzien van PAK-lozingen. In Charleroi loost Cockerill volgens de meetgegevens van

63. Deze beschouwingen zijn ontleend aan mijn artikel in *TMA* 1995, p. 41.

64. Hof 's-Hertogenbosch 31 mei 1994, *Cockerill Sambre S.A. - Stichting Reinwater, Stichting Natuur en Milieu, Stichting Brabantse Milieufederatie, Stichting Zuidhollandse Milieufederatie, Stichting Milieufederatie Limburg, KG* 1994, 236; hoger beroep van Pres. Rb. Maastricht 3 febr. 1993, *TMA* 1993, p. 135, nt L.J.A. de Vries. Het arrest van het hof is in *TMA* 1995, p. 60 gepubliceerd. Zie ook het artikel van Berggren en Taams over dit arrest in hetzelfde nummer. Reinwater is niet in cassatie gegaan.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Reinwater 1500 kg per jaar; Cockerill had geweigerd informatie over de lozingen te verstrekken.⁶⁵ Zij loosde aanvankelijk zonder vergunning; deze was verlopen en in mei 1988 had zij een nieuwe vergunning aangevraagd. De Waalse overheid had haar per 7 oktober 1993 (!) een nieuwe vergunning verleend (tijdens de appel-procedure), die inhield dat de jaarvracht PAK's niet meer dan 219 kg mocht bedragen; die grens hoefde zij echter pas januari 1997 te bereiken. Ter vergelijking: Hoogovens in Velsen (qua productie vergelijkbaar met Cockerill) loost op jaarbasis ongeveer 30 kg PAK's.

Het probleem voor eiseres Reinwater was dus dat het gedaagde bedrijf geen vergunningsvoorwaarden overtrad bij de PAK-lozingen; dit was overigens anders in de *Sopar*-zaak, waar het Belgische bedrijf PAK's op (uiteindelijk) de Westerschelde loosde en daarop door Reinwater aangesproken werd, waarin het Hof Den Haag kort tevoren een beslissing gegeven had.⁶⁶ Een tweede complicatie was, dat er geen direct toepasselijke wettelijke normen waren die PAK-lozingen aan banden leggen. Reinwater had zich beroepen op een EEG-richtlijn uit 1976 die een PAK-norm (grappig woord eigenlijk) inhield van niet meer dan 0,1 microgram per liter afvalwater, doch deze norm heeft geen rechtstreekse, de burgers bindende werking en werd niet door de overheden in Nederland en België in wetgeving neergelegd. Aldus oordeelt het hof en de President Rechtbank Maastricht had iets soortgelijks aangenomen.⁶⁷ Nu zijn er in België, anders dan in Nederland, normen ten aanzien van PAK's opgenomen in KB's van 1987 en 1988, maar het hof heeft zich laten overtuigen door Cockerill dat hier slechts van 'streefwaarden' sprake is. Het Hof Den Bosch komt derhalve tot de conclusie 'dat er op dit moment in België noch in Nederland in de wet neergelegde normen bestaan, die in deze aan burgers of bedrijven verplichtingen opleggen'. Het hof vervolgt: 'Daarnaast zijn aan het hof geen algemeen als geldend aanvaarde - niet wettelijk vastgelegde - normen bekend omtrent de maximaal toelaatbare vervuiling van het oppervlaktewater door PAK's'. In dit verband worden de zgn. Parcom-voorstellen gezien als aanbevelingen die eerst tegen het einde van de eeuw gelding zouden moeten krijgen. In de gedachtengang van het hof is daarmee het pleit beslecht, want als uitgangspunt had het college geformuleerd:

65. De president te Maastricht had berekend dat Cockerill in Charleroi ongeveer 31 kg op jaarbasis loosde, een berekening die gebaseerd was op de door Reinwater aangetoonde gemiddelde PAK-last van 47,88 microgram/liter en een lozing van 1000 l/sec. Dit zou echter moeten leiden tot een uitkomst van 1500 kg per jaar; volgens de advocaat van Reinwater (desgevraagd) was dit in appel in confesso. Reinwater had gedurende anderhalf jaar watermonsters in de Maas genomen en deze door een gerenommeerd laboratorium laten analyseren.

Ter vergelijking de Nederlandse situatie: in 1985, toen het grootste deel van de industrie op het punt van PAK-lozingen al gesaneerd was, bedroeg de totale industriële PAK-emissie in ons land 750 kg per jaar, terwijl verdere reductie nagestreefd werd (zo voerde Hoogovens eind jaren '80 zuivering naar best bestaande technieken in). Informatie ontleend aan pleitnota advocaat voor Reinwater, Mr Van den Biesen.

66. Hof Den Haag 19 nov. 1992, *TMA* 1993, 131, nt L.J.A. de Vries, *Reinwater c.s. - Sopar NV*. De lozingsvergunning van Sopar hield een norm in van 30 microgram PAK's per liter; Reinwater had lozingen gemeten van max. 84 microgram p/l. Bij Cockerill had Reinwater lozingen gemeten die tot 200 microgram p/l opliepen.

67. Indien men zich afvraagt waarom in ons land geen wettelijke normen inzake PAK-emissies zijn ingevoerd, zijn verschillende antwoorden mogelijk. Het kan een zaak van prioriteiten zijn: de problematiek van de pesticiden is van veel groter belang, met name voor de drinkwatervoorziening, en houdt de wetgever bezig (aldus desgevraagd een bij RIWA werkzame milieujuriste). Reinwater gaf als verklaring dat de Nederlandse overheid volledige stopzetting van PAK-lozingen nastreeft, en daarom een norm gebruikt dat bedrijven de best bestaande (zuiverings-)technieken dienen toe te passen, hetgeen ook een internationale tendens is (ontleend aan pleitnota mr Van den Biesen).

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

‘Wil er plaats zijn voor een voorziening in kort geding terzake van een onrechtmatig te noemen verontreiniging van het Maaswater dan zal er in ieder geval sprake moeten zijn van een *duidelijke geldende norm* met betrekking tot de maximaal toelaatbare verontreiniging van het oppervlaktewater door het lozen van afvalwater alsmede van een duidelijke overtreding van die norm’ (mijn curs.).

De president te Maastricht had overigens een wat gematigder standpunt ingenomen en bepaald dat, nu wettelijke normen ontbreken, van een onrechtmatige daad slechts sprake kan zijn indien de hoeveelheid PAK's in het afvalwater 'iedere redelijke grens overschrijdt'. Dat vond hij in casu niet, waarbij aangetekend moet worden dat hij al rekenend voor de fabriek in Charleroi tot een jaarvracht van ongeveer 31 kg kwam (ongeveer evenveel dus als Hoogovens), in plaats van 1500 kg. Als troostprijs had de president wel een subsidiaire eis van Reinwater (gedeeltelijk) toegewezen, namelijk de verplichting voor Cockerill om tweewekelijks lozingsgegevens aan Reinwater bekend te maken, op straffe van een dwangsom. Ook dat laatste wordt door het Hof Den Bosch vernietigd, en Reinwater kwam met geheel lege handen te staan.⁶⁸

Ik concentreer mij nu op de visie van het bossche hof, dat voor het aannemen van een onrechtmatige daad op dit terrein een duidelijke, geldende norm vereist is, dat wil zeggen: een duidelijke *geschreven* norm (waarbij onder 'duidelijk' kennelijk verstaan wordt een in een getal uitgedrukte norm).⁶⁹ Is dat zo?

Naar mijn mening is dit standpunt sinds 1919 onhoudbaar, met het verlaten van de visie 'onrechtmatig is onwettmatig' door de hoge raad. Daaronder kan ook de lagere overheid als lokale 'wetgever' op het gebied van vergunningsvoorwaarden begrepen worden. De toevoeging van 'algemeen als geldend aanvaarde normen' door het hof, kennelijk ontleend aan jurisprudentie inzake hinder, is slechts een doekje voor het bloeden.

Ter ondersteuning van mijn opvatting doe ik een beroep op jurisprudentie over hinder. Allereerst het arrest *Van Dam - Beukeboom* uit 1981, inzake geluidshinder (het wat freudiaans ogende geschil tussen de houtzagerij Van Dam en de naburige heer Beukeboom). Ook zo'n terrein waar allerlei normen van geschreven recht bestaan, in Dins's en wat niet al. Hoe zit dat hier met het gebied van geluidsoverlast dat niet onder 'duidelijke, geldende normen' valt? Het arrest houdt, kort gezegd, drie regels in:

1. Handelen in strijd met vergunningsvoorwaarden is 'in beginsel' een onrechtmatige daad, aangezien afweging reeds heeft plaatsgevonden door de wetgever/vergunningverlener (aldus ook Hof Den Haag in de *Sopar*-zaak, ten aanzien van een belgische vergunning).
2. Indien sprake is van 'algemeen in het maatschappelijk verkeer aanvaarde normen' is overtreding daarvan 'niet zonder meer' een onrechtmatige daad, maar dient een afweging plaats te vinden; de onrechtmatigheid van de hinder zal afhangen van: *a.* de mate van frequentie van de overschrijdingen; *b.* de omvang van de hinder die ondervonden wordt door eiser; *c.* de offers die er voor gedaagde mee gemoeid zijn om overschrijdingen te voorkomen.

68. Reinwater had overigens dagelijkse meetgegevens geëist; haar vordering was gebaseerd op het argument dat Cockerill ingevolge wettelijke verplichtingen toch al periodiek lozingsgegevens aan de Waalse overheid moest overleggen, zodat het voldoen aan het gevorderde weinig extra inspanningen en kosten van Cockerill zou vergen.

69. Voor de overige aspecten van het arrest, onder meer de europees-rechtelijke dimensie, verwijs ik naar het artikel van Berggren en Taams in TMA 1995, p. 46.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

3. Een dwangsom mag opgelegd worden met betrekking tot het verrichten van een enkele handeling die hinder veroorzaakt, ook al is een frequentie van dergelijke handelingen vereist wil de hinder onrechtmatig zijn.⁷⁰

De les uit dit arrest is dat, ook al bestaat er een ongeschreven norm (die ‘algemeen aanvaard’ is), er toch een belangenafweging moet plaatsvinden die zo kenmerkend voor deze vorm van onrechtmatige daad is. Met andere woorden, de waarde van zo’n vrij harde norm is betrekkelijk, men kan niet zonder belangenafweging tot een beslissing komen. (Sprak Scholtens leerling Bregstein trouwens niet al, wat wettelijke normen betreft, van ‘de betrekkelijke waarde der wet?’).

Een tweede voorbeeld ontleen ik aan de rechtspraak inzake hinder door watervervuiling, het bekende *Franse Kalimijnen*-arrest van 1988.⁷¹ Niet duidelijk is of dit arrest tot Den Bosch doorgedrongen is. In deze uitspraak, waarbij Reinwater aanvankelijk als eiseres optrad maar later wegens gebrek aan belang niet meer mocht meedoen (de hoge raad moest nog *De Nieuwe Meer* (1986) wijzen) hadden Westlandse kwekers de Kalimijnen aansprakelijk gesteld voor door hen geleden bedrijfsschade als gevolg van zoutlozingen in de Rijn. Ik laat de kernoverweging hier volgen:

‘Bij de beoordeling van onderdeel 1 dient uitgangspunt te zijn dat het antwoord op de vraag of degene die stoffen loost in een rivier in strijd handelt met de zorgvuldigheid die hem betaamt jegens degenen die benedenstrooms van het rivierwater gebruik maken afhangt van de aard, de ernst en de duur van de aan deze laatste toegebrachte schade en de verdere omstandigheden van het geval; waarbij onder meer moet rekening worden gehouden enerzijds met de aard en het gewicht van de door de lozingen gediende belangen en anderzijds met de door het benedenstroomse gebruik gediende belangen, alsmede met de mate waarin het gebruik benedenstrooms gevoelig is voor de geloosde stoffen. Bedacht dient hierbij te worden dat bij de weging van deze wederzijdse belangen aan de belangen van de benedenstroomse gebruiker in zoverre een bijzonder gewicht toekomt dat deze in beginsel mag verwachten dat de rivier niet door omvangrijke lozingen bovenmatig wordt vervuild’ (ov. 3.3.2).

Zoals men ziet, belangenafweging in de beste traditie van de hinderjurisprudentie, waarbij net als in de vorige zaak, óók het belang van de industriële lozer in het oog gehouden wordt. De laatste zinsnede van deze overweging is van groot belang: de ‘bovenmatige vervuiling’ die men niet als gevolg van ‘omvangrijke lozingen’ hoeft te aanvaarden, als belanghebbende (hier: gebruiker van rivierwater). Wat moet hieronder verstaan worden? Echt enge stoffen, carcinogeen en zo, en in heel grote hoeveelheden? Iets in de trant van de zienswijze van de president in Maastricht, een hoeveelheid schadelijke stoffen die ‘iedere redelijke grens overschrijdt’? Indien men het arrest zelf nader beziet, dan blijkt van dat alles geen sprake te zijn. Het gaat hier allereerst om zoutlozingen, keukenzout als het ware, een stof die wel schade kan toebrengen

70. HR 9 jan 1981, *NJ* 1981, 227, nt CJHB, *Houthandel Van Dam - Beukeboom c.s.* Het laten meewegen van de kosten van maatregelen om schade te beperken bij de vaststelling van onrechtmatigheid van de handeling in kwestie is onderhand een vast punt in de rechtspraak van de HR, zie boven, Hfdst. 11, § 2, nr 3, in fine. Vgl. voor hinder in het algemeen: F.W. Grosheide, *TMA* 1992, p. 12.

71. HR 23 sept. 1988 *NJ* 1989, 743, nt JHN/JCS, vgl. ook mijn *Verbintenissenrecht, Deel 2*, p. 338 v.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

maar geen enge ziektes kan veroorzaken. Bovendien gaat het om geringe hoeveelheden: in de ene polder 8,8%, in de andere 14,5 tot 17%, de rest is voornamelijk toe te schrijven aan de invloed van zeewater ter plaatse. De rechtbank had zelfs van een 'relatief gering aandeel' van de Kalimijnen in de verzilting gesproken. Conclusie: ook in een geval van het veroorzaken van *geringe milieuvervuiling* (en schade) kan de handeling onrechtmatig jegens derden zijn.

Interessant voor onze Belgische casus is nog dat de Kalimijnen een beroep hadden gedaan op de toepasselijkheid van de emissienorm uit het Bonner zoutverdrag van 1976 (200 mg/l chloride-ionen), waaraan hun lozingen voldeden. De hoge raad bepaalt echter dat deze norm slechts de verdragsluitende staten bindt, en niet hun onderdanen. Het ontbreken van een harde (internationale) norm blijkt geen punt te zijn.

In een bodemvervuilingszaak is eenzelfde benadering te vinden; in *Zegwaard - Konijnenburg* werd in kort geding een vordering tot verbod van hinder ingesteld, het storten van vuil naast het erf van eiser door Zegwaard.⁷² Niet alle door eiser gestelde feiten waren komen vast te staan en het casatiemiddel houdt een klacht daarover in, het hof zou de grenzen van de rechtsstrijd tussen partijen overschreden hebben en als appelrechter gefaald hebben door de vordering van Konijnenburg toe te wijzen met terzijdestelling van de vraag of de gestelde overlast en hinder zijn komen vast te staan. De hoge raad verwerpt deze klacht: 'Het feit dat niet alle door een eiser aan zijn vordering ten grondslag gelegde feiten zijn komen vast te staan, staat niet in de weg aan toewijzing van die vordering, indien deze gedragen kan worden door de door eiser gestelde feiten die wel zijn komen vast te staan'. Dan volgt een interessante overweging naar aanleiding van de vraag of eiser wel een door art. 1401 beschermd belang heeft:

'Wanneer iemand in strijd met art. 2 Hinderwet zonder vergunning de in dat artikel genoemde handelingen verricht, zijn deze handelingen onrechtmatig tegenover de eigenaren van aangrenzende percelen die daarvan hinder of overlast ondervinden. Dat een en ander zich hier voordeed, heeft het hof kennelijk aangenomen. Daarvan uitgaande kon het hof in het midden laten of de overlast en hinder in de omvang als door Konijnenburg gesteld, ten processe was komen vast te staan' (ov. 3.5, in fine).

Wij kunnen uit dit arrest afleiden dat de omvang van de hinder niet precies hoeft vast te staan voor de beoordeling van de onrechtmatigheid. Het Hof Den Bosch had in de Cockerill-zaak er een punt van gemaakt dat de standpunten van partijen ten aanzien van niet alle lozingsgegevens en schadelijke gevolgen overeenstemden, hetgeen naar zijn mening in kort geding niet goed boven water zou kunnen komen. De hoge raad stelt veel minder vergaande eisen op dit punt.

Tenslotte een uitspraak van de hoge raad inzake luchtvervuiling, met het Hof Den Bosch in een fraaie bijrol, *Rockwool Lapinus - Poly Roermond*, uit 1986.⁷³ Het ging hier om een bedrijf, Poly, dat de directe buur was van het bedrijf Rockwool, dat een cupoloven exploiteerde die een grote stankoverlast veroorzaakte. Verder werd een grote stofoverlast veroorzaakt bij de exploitatie van het bedrijfsterrein, waarbij een neerslag van afvalstoffen en steenwol in de

72. HR 17 sept. 1982, *NJ* 1983, 278, nt MS.

73. HR 12 dec. 1986 *NJ* 1987, 958, nt CJHB.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

omgeving plaatsvond. Poly heeft een bovenmatig ziekteverzuim van haar personeel en stelt haar buurman voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk, evenals voor enige materiële schade. De grondslag daarvoor was dat Rockwool zich niet houdt aan de vergunningsvoorwaarden uit hoofde van de Hinderwet en de Wet inzake de luchtverontreiniging. Nu hielden die vergunningsvoorwaarden in dat Rockwool haar terrein zo moest onderhouden dat geen afvalstoffen zich in de omgeving zouden kunnen verspreiden; verder moesten de afgassen van de cupoloven op een hoogte van minimaal 85 m worden afgevoerd, terwijl bij storingen en het starten van de oven maximaal een half uur op minimaal 24 m hoogte geëmitteerd mocht worden (via de 'noodschoorsteen'). Poly stelt dat dat laatste vrijwel constant gebeurt, met als gevolg de gewraakte luchtvervuiling. Rockwool betwist dat zij de vergunningsvoorwaarden overtreedt en voert daarbij aan dat 'de bepalingen welke erop neerkomen, dat het terrein schoon gehouden dient te worden en het afval op ordelijke manier dient te worden opgeslagen en afgevoerd, *geen objectief meetbare criteria bevatten*, zodat het mogelijk is, dat verschil van mening bestaat of deze bepalingen al dan niet worden nagekomen' (mijn curs.), terwijl het hier ook om inspanningsverplichtingen zou gaan, en niet om resultaatsverplichtingen. Het Hof Den Bosch overweegt hieromtrent:

'Het moge waar zijn, dat er bij Rockwool Lapinus een afdeling met een personeelsbestand van 11 mensen zich met het schoonmaken van het terrein en het verwerken van afval bezig houdt, doch wanneer zij dit niet op de juiste wijze doet dan wel deze maatregel op zichzelf onvoldoende is, is het naar 's hofs oordeel niet uitgesloten, dat in strijd met de vergunningsvoorwaarden wordt gehandeld.

Dat het onder bepaalde omstandigheden moeilijk te beoordelen zal zijn of er strijd is met de gestelde vergunningsvoorwaarden, doet niet af aan het feit, dat in beginsel een handelen in strijd met gestelde vergunningsvoorwaarden onrechtmatig is tegenover degenen, ten behoeve van wie die voorwaarden mede zijn gegeven, waaronder in het onderhavige geval niet alleen natuurlijke personen dienen te worden verstaan, die in de directe omgeving van het bedrijf van Lapinus werken, maar ook de rechtspersoon Poly, die op korte afstand van het bedrijf van Lapinus haar bedrijf exploiteert'.

Men ziet dat het Bossche hof in dit geval van milieuvuiling geen moeite heeft met het ontbreken van 'objectief meetbare criteria' bij het vaststellen van de onrechtmatigheid van het handelen, en zelfs in de richting van een resultaatsverplichting denkt.⁷⁴

74. Poly krijgt een bewijsopdracht ten aanzien van het bovenmatig zijn van het ziekteverzuim van haar personeel en dat dit veroorzaakt is door luchtverontreiniging, als gevolg van voornamelijk het niet naleven van de opgelegde voorwaarden ten aanzien van de nood-schoorsteen van de cupoloven. Dat laatste blijft in cassatie in stand; dit is niet het geval met de toepassing van art. 1407 oud BW bij een schadevergoedingsvordering met betrekking tot personeelsverzuim wegens ziekte, zoals het hof voorstond. Slechts een vordering tot beëindiging of stopzetting van de overlast mag op dat artikel gebaseerd worden. Voor de merkwaardige rol die het NBW hier gespeeld heeft, zie men de noot van Brunner. Partijen hebben overigens de zaak geschikt.

Overigens heeft een vergelijkbare casus in Duitsland geleid tot het *Kupolofen*-arrest, waarbij het Bundesgerichtshof tot een risico-aansprakelijkheid van de emittent van schadelijke stoffen kwam (die terecht kwamen op auto's van omwonenden), gebaseerd op burennrecht, vgl. BGH 18 sept. 1984, *JZ* 1984, p. 1108.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

Ik kom langzamerhand tot een afronding, maar zou nog even willen ingaan op de te verwachten tegenwerping dat mijn kritiek op het bossche arrest inzake Cockerill misschien wel mooi en aardig is, maar dat onvoldoende rekening gehouden wordt met het kort geding-karakter van die procedure. Dat bracht Cockerill trouwens ook in tegen het betoog van Reinwater, en met succes. Dit argument snijdt geen hout; allereerst kan op de bestaande praktijk in milieuzaken gewezen worden, met het Hof Den Haag in de verwante *Sopar*-zaak als goed voorbeeld. De boven aangehaalde *Zegwaard*-zaak was eveneens een kort geding-procedure; dat betrof weliswaar een minder gecompliceerde materie, maar in een ander te noemen geval, *Benckiser*, was de milieuproblematiek toch tamelijk complex.⁷⁵ Men dient hierbij te bedenken dat de vaststelling van de precieze omvang van de milieuschade geen voorwaarde is om tot de onrechtmatigheid van het handelen te kunnen komen, zeker niet indien vooral schadebeperkende maatregelen geëist worden en niet zozeer een (totale) schadevergoeding (zie: *Zegwaard*-arrest). Dit heeft repercussies voor de selectie van handelingen die men verbieden of bevorderen wil, met een daaraan verbonden dwangsom (zie: *Van Dam - Beukeboom*). In dit licht is het onbegrijpelijk dat het Hof Den Bosch de subsidiaire eis van Reinwater inzake het overleggen van metingsgegevens door Cockerill afgewezen heeft. Er staat voldoende vast, ook in de visie van het hof, om een dergelijke maatregel te rechtvaardigen; een alles-of-niets-oplossing wordt in de jurisprudentie immers niet vereist. Nu het hof niet aan de belangenafweging toegekomen was, heeft het ook geen poging ondernomen om de bedrijfsbelangen van Cockerill met betrekking tot de vereiste zuiveringsinstallatie af te wegen tegen het milieubelang dat Reinwater voorstond. Een gemiste kans. Dat het van zo'n redelijke belangenafweging moet komen in milieuland, bewijst de bloei van milieu-convenanten en milieucontracten, waarin Nederland een woordje meespreekt in de wereld.⁷⁶

Dan is er ook nog een meer rechtspolitek argument. Indien men de mogelijkheid van kort geding-procedures afwijst bij gecompliceerde milieuzaken, weet men bij voorbaat dat de vervuiler aan het langste eind trekt. Een gewone procedure is voor de doorsnee geledeerde niet op te brengen, en voor de meeste milieu-organisaties ook niet (de duur van een procedure werd in mijn studententijd al met een academische studie gelijkgesteld, misschien moet dat binnenkort bijgesteld worden, indien het kabinet zijn zin krijgt). Ter herinnering: het *Kalimijnen*-proces heeft 14 jaar geduurd; ik weet het, er waren

75. HR 14 april 1989 *NJ* 1990, 712 nt CJHB/JCS.

Zoëven werd de *Sopar*-zaak genoemd. Opmerkelijk is dat het Hof Den Haag hier een standpunt inneemt ten aanzien van de relatie vergunning - onrechtmatige daad, namelijk dat het naleven van vergunningsvoorwaarden de houder vrijwaart tegen een actie uit onrechtmatige daad van derden, dat behalve in strijd met geldend recht (jurisprudentie HR; anders Koeman), ook in strijd is met zijn eigen rechtspraak. Zie met name het arrest van het hof in de *Kalimijnen*-zaak.

76. Wat milieucontracten betreft, zie de contracten die Rotterdam na jaren onderhandelen met de industrie in Duitsland, Frankrijk en Zwitserland gesloten heeft om Rijnvervuiling met zware metalen terug te brengen, in de periode tot 2010. Vgl. *Environmental Contracts and Covenants: New Instruments for a Realistic Environmental Policy?*, J.M. van Dunné, Ed., Proceedings congres Rotterdam 1992, Vermande 1993.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

enkele nieuwe rechtsvragen, het hof van justitie werd erbij betrokken, en niet iedere advocaat zal de vaardigheid hebben die de advocaat van de Kalimijnen had om de procedure te rekken. Maar de helft van die tijd is nog erg lang. Belangrijker is, dat het milieu niet zo lang kan wachten, er gaat al zoveel kapot. Daarover moeten in kort geding zaken gedaan kunnen worden. Zeker als een vervuiling er zo dik bovenop ligt als in het geval van Cockerill. Met een kort geding in drie instanties is men trouwens al gauw enkele jaren bezig (de duur van een moderne academische studie?).

De conclusie ten aanzien van het arrest van het Hof Den Bosch inzake Cockerill moet zijn dat het daarin uitgesproken vereiste van een harde, geschreven norm met betrekking tot de onrechtmatigheid van milieuvervuiling (in casu: vervuiling van oppervlaktewateren) geen steun in het geldend recht vindt. Daarbij kan behalve op de rechtspraak van de hoge raad, ook op de eigen jurisprudentie van het hof gewezen worden. Dit geldt voor vervuiling van water, lucht en bodem.

Jammer dat Reinwater niet de moed (het geld?) gehad heeft om in cassatie te gaan. Bestaat cassatie in het belang der wet eigenlijk nog? *Hard cases make bad law.*

7. *Grootschalige bodemvervuiling in het verleden. De arresten inzake Shell, Duphar, Fasson (1994)*

De arresten van 30 september 1994 waarin de hoge raad oordeelde over de verhaalsakties van de staat met betrekking tot bodemvervuiling als gevolg van het doen storten van grote hoeveelheden zwaar giftig industrieel afval op stortplaatsen in Gouderak, Volgermeerpolder en Lunteren door respectievelijk Shell, Philips-Duphar en Fasson in de jaren vijftig, zestig en zeventig zullen nog lang heugen.^{77,78} Tot grote vreugde van het bedrijfsleven en tot ontsteltenis van voorstanders van milieubescherming werden de vorderingen van de landsadvocaat van (uiteindelijk) in totaal enkele honderden miljoenen afgewezen. Na elf jaar procederen werd aldus het laatste hoofdstuk bereikt van de meest omvangrijke en prestigieuze bodemsaneringszaken die de overheid

77. De hier volgende beschouwingen zijn grotendeels ontleend aan mijn artikel *Wie sterk is mag dom zijn* (Thema nr 30 sept.-arresten HR), *NJB* 1994, p. 1329. Vgl. ook mijn artikel in *TMA* 1995, p. 116.

78. HR 30 sept. 1994, Staat - Solvay Duphar B.V.; Staat en Gem. Ouderkerk - Shell Ned. Raffinaderij B.V.; Staat - Fasson Ned. B.V. en Van den Brink, NJ 1996, 196-198, nt CJHB; *TMA* 1994, p. 159, nt Van Dunné. In deze arresten zijn de kernoverwegingen identiek; de concl. OM werd aan de eerste drie zaken gezamenlijk gewijd. De derde zaak wordt door mij buiten beschouwing gelaten; men zie daarvoor, evenals voor enkele andere thema's, zoals de betekenis van de arresten voor de nieuwe Wet bodembescherming (Wbb), het artikel van Bierbooms en Taams, *NJB* 1994, p. 1339. Een vierde arrest van die datum is Van den Brink - Staat, *TMA* 1995, p. 31, nt Bierbooms.

Bij het schrijven werd gebruik gemaakt van de pleitnota's van pp. die welwillend ter beschikking gesteld waren; de dossiers van de Shell- en Duphar-zaak waren mij als annotator in eerdere fasen van de procedures bekend. Het is goed erop te wijzen dat ik in de beginfase van de Duphar-zaak een advies aan de staat uitgebracht heb dat aan de Rb. Rotterdam overgelegd is. Dit advies is omgewerkt tot het *WPNR*-artikel uit 1990 (5976), dat verscheen als reactie op het artikel van Vranken, adviseur van Duphar, in *WPNR* 5953-55 (1990).

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

ingesteld had, een akte die overigens op uitdrukkelijk verzoek van de Tweede Kamer plaatsvond. Er werd in brede kring met spanning naar de arresten uitgezien; de hoge raad heeft de beslissing tot twee maal toe uitgesteld, en had ten slotte een klein jaar nodig om tot een oordeel te komen. De arresten zijn relatief kort en uiterst sober gemotiveerd, terwijl opvalt dat de hoge raad afwijkt van de conclusie van a-g Koopmans, maar nalaat om op diens argumenten in te gaan. Het is de lezer niet duidelijk waarom de cassatierechter zoveel tijd genomen heeft voor deze uitspraken; gezien het niveau en de omvang van argumentatie en motivering hadden de arresten al een half jaar geleden kunnen verschijnen (dat gold indertijd overigens ook voor de arresten van de hoven terzake). Het zal dus te maken gehad hebben met het bereiken van een consensus in de gelederen van de hoge raad over deze gevoelige materie, denkt de jurisprudentielezer, want dergelijke rechtspolitieke zaken worden niet aan de betreffende civiele kamer overgelaten.

Bij mijn bespreking van de 30 september-arresten zal ik allereerst ingaan op het politieke karakter ervan, zowel in algemene zin als in de zin van rechtspolitiek. De hoogste civiele rechter is naar mijn mening ten onrechte op de stoel van de wetgever gaan zitten, evenals bij de arresten van 24 april 1992 inzake *Akzo Resins* en *Van Wijngaarden* het geval was.⁷⁹ Het college heeft wederom enkele *arrêts de règlement* gewezen en daarbij het parlement gedessavouéerd. Het beroep dat daarbij op rechtseenheid en rechtszekerheid gedaan wordt is zeer aanvechtbaar, evenals dat op het relativiteitsvereiste. Verder staan de arresten haaks op de vaste jurisprudentie inzake aansprakelijkheid in geval van het scheppen van gevaarsituaties en causaliteit, zoals recentelijk ook bij milieu-aansprakelijkheid toegepast. Ook valt op dat de raad (evenals de hoven) in de jurisprudentie van de laatste jaren strengere normen aanlegt indien de overheid zelf als milieuvervuiler gedaagd wordt, of wanneer het een buitenlands bedrijf betreft. Er lijkt iets aan de hand te zijn met deze arresten, namelijk het *à tort et travers* kiezen van de hoge raad voor het financieren van de sanering van 'oud zeer' uit de algemene middelen, en niet het voor rekening brengen van het bedrijfsleven, ook indien het zeer grote bedrijven betreft, producenten van de toxische stoffen met know-how op het gebied van de schadelijkheid ervan, die indertijd industrieel afval gewoonweg 'bij het groot vuil gezet hebben'. Dat standpunt is uiteraard verdedigbaar - het wordt door bedrijfsjuristen en advocaten die voor bedrijven opkomen in de vakliteratuur al enige tijd met klem aangehangen - maar is niet dat van de Tweede Kamer bij het vaststellen van de IBS (Interimwet Bodemsanering) in 1982 en de latere wijzigingen. De hoge raad weet het dus beter dan de wetgever; hij handelt niet als wetgever-plaatsvervanger (naar het woord van Iens Verburgh) in een situatie dat de wetgever verstek laat gaan, maar stelt zich uitdrukkelijk in de plaats van de wetgever, met wiens oordeel hij zich niet kan verenigen. Het is de vraag of dit in ons rechtsstelsel past.⁸⁰

79. HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 643 en 644, nt CJHB; *TMA* 1992, p. 131, nt Van Dunné.

80. Men zie over het thema van *arrêt de règlement* het mooie en nog steeds actuele artikel van Telders in *Gedenkboek BW*, 1938, en recentelijk het commentaar van Schut in *Rm Themis*, 1992, p. 353. Deze signaleert de april-arresten van 1992, evenals *IZA - Vrerink* (*NJ* 1993, 566) als wetgevende arresten, en heeft zijn bedenkingen, tegen dat laatste arrest, wel te verstaan.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

In dit verband is het interessant om te zien hoever het college bereid is te gaan om zijn standpunt uit te dragen, en daarmee de rechtsontwikkeling en zijn eigen geloofwaardigheid op het spel zet. Hier volgen de kernoverwegingen van de hoge raad, die identiek zijn in de drie arresten.

‘3.7 Resteert de vraag of over de hele linie teruggekomen moet worden van de hiervoor onder 3.4 kort samengevatte, in de daar vermelde arresten neergelegde opvatting met betrekking tot de verhaalsactie van art. 21 IBS.

3.8.1 Ten betoge dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord heeft de Staat vooreerst erop gewezen dat het zowel in de gevallen waarop voormelde rechtspraak betrekking heeft als in die welke thans ter beoordeling staan, gaat om ‘historische bodemvervuilingen”. De Staat, die ook spreekt van ‘erfenis-verontreinigingen”, heeft daarbij aangegeven dat met de sanering van deze gevallen enorme bedragen zijn gemoeid en dat het noodzakelijk is dat het bedrijfsleven ‘dat de Nederlandse samenleving tot deze erfenis heeft veroordeeld’ (dit citaat stamt, evenals hierna volgende uit de toelichting van de Staat) daarvan een deel voor zijn rekening neemt. Nog daargelaten dat wat de Staat aanduidt als erfenis waartoe het bedrijfsleven de Nederlandse samenleving heeft veroordeeld, vanuit een ander gezichtspunt evenzeer kan worden beschreven als de keerzijde van het succes van de naoorlogse industrialisatiepolitiek en de daaruit voor de Nederlandse samenleving voortgevloeide voordelen, rechtens is en blijft uitsluitend van belang of hetgeen thans moet worden aangemerkt als een bodemvervuiling van dien aard dat ernstig gevaar bestaat voor de volksgezondheid of het milieu, het gevolg is van gedrag dat ten tijde van het veroorzaken van deze vervuiling onrechtmatig was naar de toen geldende normen die, waar het hier steeds gaat om ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, mede worden bepaald door de toenmalige maatschappelijke opvattingen.

3.8.2 Dit laatste heeft de Staat trouwens erkend, maar hij heeft daaraan toegevoegd - eveneens ten betoge dat de in 3.7 aangeduide vraag bevestigend moet worden beantwoord - dat in het kader van art. 21 IBS uitsluitend van belang is of ‘een bedrijf, gemeten naar de normen van destijds, mocht handelen als het deed’ en dat daarbij van generlei belang is of het toen rekening behoeft te houden met - kort gezegd - vermogensschade van de overheid als omschreven in 3.4 van voormelde arresten van 1992: ‘de voorzienbaarheid van een bepaalde schadesoort is, wanneer een gedraging achterwege behoort te blijven op grond van voorzienbaarheid van een andere - met de gedraging samenhangende - schadesoort, een onjuist causaliteits- of aansprakelijkheids criterium”, aldus de Staat.

3.8.3 Dit betoog van de Staat haakt in op een vooral door cassatietechniek bepaalde trek van voormelde rechtspraak, daarin bestaande dat telkens veronderstellenderwijs is aangenomen dat de bodemvervuiling het gevolg was van een handelen of nalaten in strijd met een ten tijde van dat handelen of nalaten geldende, ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Daardoor kunnen deze arresten klaarblijkelijk de indruk wekken alsof daarin is aangenomen dat de ‘vervuiler’ weliswaar onrechtmatig heeft gehandeld - immers anders dan hij had behoren te doen teneinde een bepaalde, voor hem kenbare schade te vermijden - maar dat hij niettemin voor de onderhavige saneringskosten jegens de overheid niet aansprakelijk kon worden gehouden, omdat hij deze bijzondere schade van de overheid destijds niet kon voorzien, maar deze indruk is onjuist.

3.8.4 Zoals gezegd, gaat het in deze verhaalsacties op de voet van art. 21 IBS telkens om de vraag of sprake is van onrechtmatigheid in de zin van art. 1401 (oud) BW doordat is gehandeld in strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. Of van zodanig handelen sprake is, hangt - in abstracto - daarvan af of de dader anders heeft gehandeld dan hij had moeten doen teneinde geen schade toe te brengen aan een bepaald belang van een ander dat hij had behoren te ontzien, waartoe dan ook mede is vereist dat hij dat belang kende of had behoren te kennen. Dergelijke normen strekken aldus uitsluitend ter bescherming van belangen van anderen waarop de dader bedacht moest zijn. Schendt hij een belang van een ander waarop hij niet bedacht behoeft te zijn, dan is derhalve niet voldaan aan het relativiteitsvereiste, zodat

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

het mogelijk is te zeggen dat de dader niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens die ander; men kan dan evenwel even goed, zo niet beter zeggen dat de dader (in zoverre) niet onrechtmatig heeft gehandeld (vgl. HR 27 januari 1984, NJ 1984, 536). In dit opzicht bestaat een nauwe samenhang tussen onrechtmatigheid en relativiteitsvereiste.

In het licht van deze samenhang komt voormelde rechtspraak in resultaat erop neer dat wie vóór 1 januari 1975 een naar huidige maatstaven ernstige bodemvervuiling heeft veroorzaakt, in zoverre niet onrechtmatig heeft gehandeld, een en ander behoudens de in die rechtspraak vermelde uitzondering dat de vereiste duidelijkheid voor ondernemers reeds eerder bestond.

3.8.5 Ten betoge dat het óók naar de normen van destijds al onzorgvuldig was om zich van afval als het onderhavige te ontdoen door het te (doen) storten of daartoe ten vervoer af te geven, heeft de Staat de nadruk erop gelegd dat het, naar degene die zich van de afvalstoffen onttreed bekend moet zijn geweest, telkens ging om giftige afvalstoffen die naar hun aard ernstig gevaar voor de volksgezondheid opleveren.

Tegenover dit betoog verdient in de eerste plaats te worden opgemerkt dat het klaarblijkelijk als algemeen bekend veronderstelt dat giftige stoffen naar hun aard ernstig gevaar voor de volksgezondheid opleveren. Dit uitgangspunt is evenwel in zijn algemeenheid niet juist. In het kader waarin het wordt gehanteerd, moet het bovendien worden gerelativeerd in verband met de destijds bestaande inzichten. In deze context moet erop worden gewezen dat reeds voor een bepaalde stof niet in algemene zin de vraag kan worden beantwoord of deze al dan niet - voor de mens - giftig is. Voor de beantwoording van deze vraag is onder meer van belang de dosering van de desbetreffende stof in verband met de gevoeligheid daarvoor van de betrokken persoon, de wijze waarop de betrokkene met deze stof in aanraking is gekomen en de frequentie en de duur daarvan, alsmede de aard van de gevolgen: de acute gevolgen of die op de lange termijn voor de betrokkene zelf, of mede die voor zijn nageslacht. Dit een en ander moet vanzelfsprekend worden beoordeeld aan de hand van hetgeen de wetenschap daaromtrent destijds leerde, en niet naar de sterk toegenomen kennis van thans, waarbij voor de vraag wat degene die zich van het afval heeft onttreed, behoorde te weten, mede van belang is dat de mogelijkheden om kennis te nemen van relevante literatuur destijds beperkter waren dan nu. Het vorenoverwogene geldt op overeenkomstige wijze voor de technische mogelijkheden om door analyse de eigenschappen van een bepaalde stof vast te stellen.

Ook echter indien in het algemeen zou moeten worden aangenomen dat degene die zich destijds van giftige afvalstoffen onttreed, wist of behoorde te weten dat deze stoffen naar hun aard ernstig gevaar voor de volksgezondheid opleverden, wettigt zulks niet de slotsom dat het ook destijds al onzorgvuldig was zulke afvalstoffen te (doen) storten of daartoe ten vervoer af te geven. In de eerste plaats kan gevaar voor de volksgezondheid in deze situatie niet gelijk worden gesteld met het gevaar voor het milieu dat bij storten en vervoer betrokken is. Uitgegaan moet voorts worden van de destijds op dit gebied bestaande opvattingen. Niet kan worden gezegd dat bij dit uitgangspunt degene die zich van deze afvalstoffen onttreed, onzorgvuldig handelde door deze stoffen in de bodem te (doen) storten. Uit deze opvattingen, die erop neerkwamen dat 'de bodem een zo groot vermogen tot herstel bezat dat belasting met allerlei stoffen en ingrepen vrijwel straffeloos kon geschieden' (aldus de Minister van VROM in het Voorlopig indicatief meerjaren programma bodem 1984 - 1988, Bijl. Hand. II 1982-1983, 17 600, hoofdstuk XI, nr. 130), kon veeleer geredelijk worden afgeleid dat een verantwoorde wijze om zich te ontdoen van giftige afvalstoffen die gevaarlijk waren voor de volksgezondheid, bestond in het op deugdelijke wijze begraven daarvan, juist omdat aldus zo veel mogelijk zou kunnen worden voorkomen dat mensen daarmee in aanraking kwamen.

Tegen de achtergrond van het voorgaande is voor de beoordeling van de onrechtmatigheid mede van belang in hoeverre ten tijde van het verweten gedrag andere mogelijkheden dan het storten op de bodem bestonden, die de betrokken bedrijven redelijkerwijs hadden behoren te benutten om zich te ontdoen van de afvalstoffen die ontstonden bij het vervaardigen van een door de overheid toegelaten en maatschappelijk aanvaard produkt. Opmerking verdient in dit verband dat de Afvalverwerking Rijnmond, die mede was bestemd voor de verbranding van chemisch afval, eerst in 1973 in bedrijf is gesteld,

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

alsmede dat in het in 1981 uitgebrachte rapport van de Commissie Bestuurlijk Onderzoek Lekkerkerk wordt opgemerkt dat de chemische afdeling van dat bedrijf niet goed van de grond is gekomen, zodat verbranding van vele soorten chemisch afval in Nederland niet mogelijk is en bedrijven noodgedwongen moeten uitwijken naar buitenlandse verwerkingsinstallaties, waaraan nog wordt toegevoegd dat niet alle chemisch afval verbrand, opnieuw gebruikt of anderszins verwerkt kan worden en dat derhalve stortplaatsen voor onverwerkbaar afval nodig zijn (rapport, p. 73).

Uit het vorenoverwogene volgt dat het in de aanvang van deze rechtsoverweging aangeduide betoog van de Staat niet als juist kan worden aanvaard, en dat, anders dan de Staat heeft gesuggereerd, zich hier dan ook niet het geval voordoet waarin sprake is van onrechtmatigheid omdat de dader anders heeft gehandeld dan hij had moeten doen teneinde geen schade toe te brengen aan eens anders belang dat hij kende of had behoren te kennen en had behoren te ontzien, maar waarin de ander ten gevolge van dit onrechtmatig gedrag een schade lijdt welke de dader niet had voorzien en ook niet behoefde te voorzien (vgl. HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686, nt PAS).

3.8.6 Het in 3.8.5 overwogene kan nader worden geïllustreerd aan de hand van de onderhavige zaak. In deze zaak heeft Shell in dit verband doen betogen dat de destijds bestaande zorgvuldigheidsnormen die ertoe strekten te voorkomen dat ernstig giftige stoffen als drinshoudend afval de volksgezondheid zouden aantasten, - mede gezien de toenmalige inzichten in de mate van afbreekbaarheid en van de persistentie van de gevaarlijkheid van dat afval en de beschikbare alternatieven - juist meebrachten dat zulk afval veilig moest worden opgeborgen, hetgeen naar de toenmalige inzichten geschiedde door het zorgvuldig te (doen) begraven en dat daarom het enkele feit dat toen reeds bekend was dat drins, bij direct contact, gevaarlijk waren en schadelijk voor de volksgezondheid - waarop zij de vervoerder aan wie zij het afval meegaf, ook uitdrukkelijk attent heeft gemaakt - niet de slotsom kan wettigen dat (doen) storten of ten vervoer afgeven van drinshoudend afval onzorgvuldig was, gegeven dat zulks geschiedde door het meegeven aan een deskundige en bona fide, dus vertrouwde vervoerder ter storting op een daartoe van overheidswege aangewezen (dus legale) stortplaats.

Aan dit - met adviezen van deskundigen ondersteunde - betoog kan overtuigende kracht niet worden ontzegd. Het past geheel in het beeld van hetgeen in de hiervoor onder 3.7 bedoelde rechtspraak voor de daarin ontwikkelde regels tot - uit openbare gegevens af te leiden - feitelijk uitgangspunt is genomen. Daarbij verdient nog opmerking dat, zoals uit de stukken blijkt, de gemeente Gouderak in het begin van de jaren vijftig besloot de zellingen waar zij woningen wilde doen verrijzen, te doen ophogen niet alleen met huisafval, maar ook met industrieel afval uit de Rotterdamse regio - waar ook toen al chemische industrie was gevestigd - zonder de eis te stellen, laat staan de naleving daarvan te controleren dat dat afval geen giftige stoffen mocht bevatten (zoals het Hof in zijn eindarrest heeft vastgesteld, strekte de in 3.1 onder (ii) bedoelde voorwaarde in de door Rijkswaterstaat aan de Gemeente verleende vergunning ter bescherming van het rivier- en stroombelang en niet ter bescherming van het bodembelang). Blijkbaar was ook de overheid toen niet beducht voor de kwaliteit van de bodem, zelfs niet op voor woningbouw bestemde lokaties. Dat valt ook daaruit af te leiden dat, toen eind van de jaren vijftig - door onzorgvuldigheid van de zijde van de Gemeente waardoor het afval toch in aanraking kwam met het rivierwater - bleek dat het afval drins bevatte, zonder enig nader onderzoek de woonwijk toch is gebouwd.

De Staat - op wiens weg zulks zou hebben gelegen - heeft onvoldoende materiaal bijgebracht om de overtuigende kracht van het betoog van Shell teniet te doen.

In dit verband valt ook te herinneren aan de in HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 286 gebleken omstandigheid dat in de jaren 1962 - 1964 het opspuiten van - voor woningbouw en zelfs voor landbouw bestemde - lokaties met als afval beschouwde baggerspecie - die later met onder meer zware metalen verontreinigd bleek te zijn - uit de haven van Rotterdam niet bedenkelijk werd geacht en in wetenschappelijke rapporten zelfs nadrukkelijk werd aanbevolen.

3.8.7 Het vorenoverwogene leidt tot de slotsom dat de argumentatie op grond waarvan de Staat heeft doen betogen dat de hoge raad ten aanzien van alle typen van het veroorzaken van bodemvervuiling zou moeten terugkomen van zijn hiervoor in 3.4 samengevatte, door het Hof

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

tot uitgangspunt genomen opvatting, geen steek houdt. De in 3.7 gestelde vraag moet ontkennend worden beantwoord.⁸¹

In de zaken die leidden tot de onderhavige arresten van 30 september hadden het hof Den Haag en het hof Amsterdam de regel van *Akzo Resins* voor bedrijfsterreinen van toepassing verklaard op het ter stort geven van industrieel afval en het aldus veroorzaken van omvangrijke bodemverontreiniging, overigens zonder enige motivering (de rechtbanken waren daarentegen steeds van aansprakelijkheid van de bedrijven uitgegaan). Daarmee lag de kwestie weer op het bord van de hoogste rechter, die na lang nadenken de hoven volgt en de regel van *Akzo Resins* doortrekt naar het storten of doen storten van milieu-schadelijk afval: dus ook hier is 1 januari 1975 de magische datum. Met het gevolg dat de drie gedaa-gde bedrijven vrijuit gingen. Ook die laatste keuze was er één van rechtspolietieke aard, waarbij het maatschappelijke en juridisch belang van die keuze echter niet weerspiegeld werd in de omvang van de gegeven motivering.

De staat had zowel de regel van 1990 als die van april 1992 ten principale ter discussie gesteld, en verder het doortrekken van de laatste regel naar het op grote schaal afvoeren van toxisch afval naar stortplaatsen bestreden. Beide zonder succes. Bij lezing van het betoog van de hoge raad bekruipt het gevoel dat de stellingen van de staat erg serieus genomen zijn, hetgeen ook geldt voor het standpunt van a-g Koopmans. De lezer wordt ook op de proef gesteld wat betreft de bij hem veronderstelde naïviteit op het terrein van bodemverontreiniging door schadelijke stoffen, en ook op het gebied van aansprakelijkheidsrecht en cassatierechtspraak in het algemeen. Ik benijd de landsadvocaat niet: het is voor een advocaat nooit prettig een zaak te verliezen, maar als het op deze manier gebeurt is het eens te meer een hard gelag.

Dit vraagt uiteraard om een nadere onderbouwing. Daarbij zal ik ingaan op de vraag welke rol voor het relativiteitsvereiste weggelegd is bij maatschappelijke onzorgvuldigheid in de vorm van schending van regels van ongeschreven recht. Vervolgens komt de relatie tussen relativiteit en onzorgvuldigheid enerzijds, en causaliteit anderzijds aan bod, in het licht van de vaste rechtspraak van de hoge raad ten aanzien van (milieu)aansprakelijkheid.

Alvorens dat te doen wil ik nog even stilstaan bij het argument van rechts-eenheid en rechtszekerheid bij het aanvaarden van de harde norm van 1 januari 1975. De gedachte dat aldus in een zeer verdeelde lagere rechtspraak orde op zaken gesteld wordt, zoals ook a-g Koopmans meende, is niet in overeenstemming met de werkelijkheid. In een onderzoek dat ik eind 1991 gedaan heb, waarvan de a-g waarschijnlijk geen kennis heeft kunnen nemen, blijkt dat de overgrote meerderheid van de lagere rechters geen enkele moeite heeft om tot aansprakelijkheid voor bodemvervuiling in de jaren vijftig, zestig en begin zeventig te komen. Ik volsta hier met een verwijzing naar die publikatie.⁸² De rechtseenheid was dus in het geheel niet in het geding, en evenmin de daarmee verband houdende rechtszekerheid. De hoogste rechter heeft de lagere rechter eenvoudigweg een datum opgelegd; al kennen wij geen stelsel van gebondenheid van de lagere rechter aan uitspraken van hogere rechterlijke instanties zoals de hoge raad, en evenmin *stare decisis*, het is

81. HR 30 sept. 1994, *NJ* 1996, 196, *Shell*.

82. *TMA* 1991, p. 152 v.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

opvallend dat de 1 januari 1975-norm sinds 1992 trouw gevolgd wordt in de rechtspraak, alsof de wetgever gesproken heeft.

Het is goed om allereerst kort de casus te schetsen, het gaat namelijk niet om een bedrijfje dat wat morst bij de produktie of slordig met gevaarlijke stoffen omgaat, in een periode 'dat het milieu nog niet uitgevonden was', zoals door sommigen zo graag gesteld wordt. Hier zijn echt grote jongens wat milieuvervuiling betreft in het geding.

Als opmerking vooraf: het betreft steeds producenten van pesticiden, hetgeen in een meer toedekkend jargon 'gewasbeschermingsmiddelen' genoemd wordt, maar niettemin uiterst giftige stoffen betreft, die thans veelal verboden zijn in Europa. Deze producenten, die duivels goed weten met wat voor duivels goed zij omgaan, zitten in hun maag met afvalstoffen, die dus uiterst giftig zijn. Zij geven die met een nietsvermoedend transportbedrijfje mee, dat het materiaal naar een stortplaats brengt waar een nietsvermoedende stortplaatsbeheerder het samen met dagelijkse hoeveelheden van duizenden tonnen ander afval laat storten.

In de Shell-zaak ging het om zogenaamde 'drins', Aldrin, Dieldrin, Endrin, etc., nu in Europa verboden, maar nog wel voor ontwikkelingslanden geproduceerd (o.m. door Sandoz in Basel, die indertijd een ongelukje met die stoffen had in de Rijn). Hiervan wordt door Shell (de enige producent in ons land) in de periode 1954 - 1959 aan een transportbedrijf 15.000 kg meegegeven, vermengd met ander industrieel afval, dat in Gouderak op een stortplaats terecht kwam. Men moet weten dat sommige drins, zoals Endrin, in een verdunning van 1 : 1 miljard nog dodelijk zijn voor elke vorm van leven. In de Volgermeer-zaak had Philips-Duphar in de periode 1960 - 1969 naar schatting 10.000 vaten van 200 liter (veelal open vaten) met industrieel afval doen afvoeren naar de stortplaats in de Volgermeer. Dat afval bevatte onder meer chloorbenzenen en -fenolen, dioxine, lindaan en natriumzout. In de Fasson-zaak werden in de periode 1972-1973 door een transportbedrijf 7.000 vaten afgevoerd naar een stortplaats in Lunteren, een zandafgraving; het ging hier om benzeen, toluen en xyleen, vermengd met lijm- en papierafval dat bij de produktie vrijgekomen was. Ik zal mij in het vervolg concentreren op de twee eerstgenoemde zaken.

De bestemming is steeds bekend; ook is er sprake van vergunningsvoorwaarden met betrekking tot de stortplaats, of aanwijzingen die de beheerder gegeven heeft. Bij Volgermeer wist Duphar dat niet ter stort mochten worden afgevoerd 'chemische afvalstoffen die giftig, vloeibaar of brandbaar waren'; ook zou ingevolge de Hinderwetvergunning sinds 1963 door Duphar een gifvrijverklaring afgegeven moeten zijn, hetgeen echter in de praktijk niet gebeurde. De exploitant van de stortplaats is de Scheepsexploitatie-Maatschappij 'Bavo' B.V. te Haarlem; in 1967 zijn nagenoeg alle aandelen daarvan in handen van de Gemeente Amsterdam. In Gouderak is de stortplaats in beheer van de Gemeente Gouderak, een gemeente van 2107 zielen in 1959 (thans Gemeente Ouderkerk) die met het storten van industrieel afval uit de randstad op goedkope wijze dacht tot ophoging van de rivieroever ('zellingen') te komen, een terrein waarop sinds 1943 de bestemming woningbouw rustte. Ingevolge een vergunning op grond van de Rivierenwet was het storten verboden van 'vloeistoffen als olie en schadelijke vaste stoffen als chemicalin'. In 1959 vind een milieurampje op de Hollandse IJssel plaats, veroorzaakt door drins die uit de stortplaats weggelekt zijn; Shell staakt daarop het storten van drins (die naar ik meen dan naar zee gebracht worden, dat moet ik bij de zehonden-kenners nog eens navragen). In 1961 wordt met de bouw van woningen in de Zellingenwijk (plan 'Dorp-Zuid') begonnen, die later in het kader van de bodemsanering afgebroken moeten worden, maar dan zijn wij midden jaren tachtig.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

De producenten van de pesticiden, Shell en Duphar, stellen dat zij indertijd geen *Ahnung* hadden van het gevaar van de door hen meegegeven stoffen voor de volksgezondheid of het milieu, de frase van de IBS, als grondslag voor sanering. Let wel: het gaat hier om volksgezondheid *of* milieu die in gevaar kunnen komen). De staat had voor de rechtbank (resp. Rotterdam en Amsterdam) zowel specifiek als algemeen bewijsmateriaal overgelegd om dit te weerleggen. Een circulaire van Shell uit de jaren vijftig waarbij het personeel ingepeperd werd om elke dag de overall te verschonen en altijd handschoenen op het werk te dragen gaf aan dat Shell wist dat drins slecht voor de volksgezondheid zijn. Curieus is, dat Shell stelt dat zij de vervoerder geïnstrueerd had om handschoenen te dragen bij het verwerken van het afval (hetgeen door deze ontkend wordt). Verder voert de staat aan dat in die tijd het zusterbedrijf Shell-America door de overheid verplicht werd om verdampingsbasins aan te leggen voor drins, waarvan Shell-Nederland geacht wordt op de hoogte te zijn geweest. Tenslotte worden 18 wetenschappelijke artikelen en 2 boeken uit die periode aangehaald waarin op de gevaren van drins voor gezondheid of milieu gewezen wordt. Het bekende boek van Rachel Carson, *Silent spring*, waarin het grote publiek de ogen voor de gevaren van pesticiden geopend wordt, is overigens uit 1962.

In de *Volgermeer*-zaak komt de staat met het voorval, midden jaren zestig, dat na een ontploffing een fabriek voor alle personeel niet toegankelijk verklaard werd; waarop de fabriek geheel afgebroken werd en de brokstukken in zee gedumpt werden. Hieruit blijkt volgens de staat dat het inzicht dat de chemische bestanddelen voor pesticiden voor de mens minder gezonde eigenschappen hebben bij de bedrijfsleiding aanwezig is geweest.⁸³

Hieraan valt nog het nodige toe te voegen; op grond van de bestaande wetgeving moest een producent van pesticiden in de jaren vijftig en zestig op de

83. Na het schrijven van mijn *NJB*-artikel van 1994 heb ik dat eens nagetrokken (vgl. mijn *Naschrift*, *NJB* 1994, p. 1538). Duphar maakte in de jaren zestig de nieuwe stof 2-4-5-T, die in Amerika als ontbladeringsmiddel voor Vietnam grif aftrek vond. De ontploffing in de Duphar-fabriek in 1963 die ik in mijn artikel vermeldde, betrof de productie van deze stof, waarbij dioxine vrijkwam. Aanvankelijk liet Philips-Duphar de fabriek door eigen personeel schoonmaken, met maanpakken (als straf eerst de arbeiders die het ongeluk veroorzaakt hadden); toen dat personeel al zeer snel ziek werd, heeft men twee schoonmaakbedrijven ingehuurd, die niet over de aard van de stof geïnformeerd werden. Het werk werd in gewone overalls gedaan. Van de 14 jonge mannen die het werk uitvoerden zijn er nu nog maar 2 in leven, zo verminkt door chlooracné dat zij in café's geweerd worden. In 1964 heeft Philips-Duphar de zieke classificerders 'voor algehele kwijting' een schadevergoeding uitgekeerd, variërend van f 500,- tot f 5.700,- (ontleend aan Rudie van Meurs, *Vrij Nederland* 3 mei 1973, herdrukt 14 aug. 1976, met dank voor verdere informatie die hij mij gaf). De stoffen 2,4,5-T en dioxine zijn in de periode 1961-1967 door Duphar in (deels open) vaten ter stort meegegeven en belandden in de Volgermeerpolder. Op het gevaar van die stoffen is overigens door wetenschappers al in de jaren vijftig gewezen, na een ongeluk in een Duitse fabriek medio jaren vijftig. Ik veronderstel bekend de juridische acties van Amerikaanse G.I.'s die in Vietnam in aanraking zijn gekomen met ontbladeringsmiddelen (*Agent Orange*, e.d.).

Overigens wees iemand mij erop dat in de Winkler Prins encyclopedie onder 'dioxine' niet alleen de Seveso-ramp uit 1976 (Italië) vermeld staat, maar ook de Duphar-ramp uit 1963 in Amsterdam.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

hoogte zijn van de gevaren van deze stoffen zeker voor de volksgezondheid, maar zelfs ook voor het milieu.⁸⁴

De wettelijke regeling met betrekking tot bestrijdingsmiddelen begint met de Warenwet van 1935, waarin ter bescherming van de volksgezondheid voorschriften neergelegd zijn voornamelijk gericht op feitelijke gebruikers, bij het omgaan met *resten* van bestrijdingsmiddelen (Algemeen Besluit). In 1947 volgt de Wet op de bestrijdingsmiddelen en meststoffen, met het daarop gebaseerde Bestrijdingsmiddelenbesluit 1948, om de deugdelijkheid van de middelen te bevorderen. In 1950 volgt het Landbouwveiligheidsbesluit, gebaseerd op de Veiligheidswet 1934, dat o.m. het omgaan en de opslag van giftige stoffen betreft, ter bescherming van arbeiders werkzaam in de landbouw. Medio 1960 verschijnt het ontwerp Bestrijdingsmiddelenwet, de wet verschijnt in 1962 in het *Staatsblad* en wordt in 1964 van kracht. In de MvT wordt als ratio voor de nieuwe wet gegeven, het tekortschieten van bestaande wetgeving ten aanzien van o.m. 'het niet opruimen van gemorste stoffen en de dikwijls aan onverschilligheid grenzende wijze van opbergen', hetgeen reeds slachtoffers gemaakt heeft, ook onder kinderen. Gevaren kunnen ontstaan, vervolgen de ontwerpers, voor willekeurige personen 'wanneer zij aan een sproeiwolk worden blootgesteld of in aanraking komen met korttevoren bespoten gewassen'. Ook wordt gewezen op mogelijke 'grote gevaren voor de volksgezondheid'; het verbod wordt mogelijk gemaakt van bepaalde bestrijdingsmiddelen ter bescherming van waterwinplaatsen ten behoeve van de drinkwatervoorziening.

Art.13 van deze wet geeft in lid 1 de mogelijkheid van het bij AmvB uitvaardigen van voorschriften over o.m. het vervoer en het verwijderen en vernietigen van bestrijdingsmiddelen. Lid 3 luidt als volgt:

'Een ieder is verplicht ten aanzien van bestrijdingsmiddelen, resten van bestrijdingsmiddelen en ledige verpakkingen:

- a. zodanige zorgvuldigheid in acht te nemen dat geen gevaar ontstaat voor de mens dan wel, voor dieren of planten welke instandhouding gewenst is of voor grond of water, en
- b. overigens op zodanige zorgvuldigheid in acht te nemen als redelijkerwijze van hem kan worden verlangd om te voorkomen dat schade wordt toegebracht aan planten of delen van planten, welke aan anderen toebehoren'.

Op niet-nakoming van dit 3e lid is een strafsancie gesteld, art.23, waarop de WED van toepassing is. In het Bestrijdingsmiddelenbesluit 1964 wordt uitvoering geven aan art.13 lid 1 van de genoemde wet. In art.8 daarvan wordt verboden om bestrijdingsmiddelen, resten ervan of ongereinigde verpakkingen anders te bewaren dan in een uitsluitend voor dit doel gebezigde bewaarplaats, welke voldoet aan in het besluit nader gestelde vereisten. Art. 13 lid 2, houdt het verbod in gebruikte verpakkingen of resten van al of niet verdunde bestrijdingsmiddelen op zodanige wijze te verwijderen dat zij:

- a. in enig oppervlaktewater geraken of kunnen geraken;
- b. in de bodem van een waterwingebied geraken of kunnen geraken ...;
- c. op of langs de openbare weg geraken of kunnen geraken.

Mij dunkt, dat het gevaar van bestrijdingsmiddelen voor de volksgezondheid en het milieu, voor de producent die de akties van de wetgever in de jaren vijftig en zestig volgt, volstrekt duidelijk zijn. Het lijkt mij zelfs de vraag of het handelen van Shell en Duphar door op zo'n grote schaal resten van bestrijdingsmiddelen ter stort mee te geven niet te kwalificeren valt als het handelen in strijd met een wettelijke plicht is, nog afgezien van de strafsancie die daarop gesteld is.

84. Het hier volgende is uitvoeriger toegelicht in mijn advies dat de staat aan de Rb. Rotterdam overgelegd heeft (p. 64 v.), en dat zich dus in het dossier bevindt.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

Voor het totaalbeeld wat de wetgever betreft, door de hoge raad op het voetstuk van het maatschappelijk geweten geplaatst, nog enkele relevante stukken wetgeving uit de jaren zestig. In 1961 werd de Kamer het ontwerp van de Wet gevaarlijke stoffen aangeboden (waarmee wij internationaal schromelijk achterliepen, die in 1963 aanvaard werd en in 1968 in werking trad. In de MvT valt te lezen dat 'de wijze waarop men zich van nutteloos geworden gevaarlijke stoffen of van 'ledige' emballage, die niettemin resten van gevaarlijke stoffen bevat, ontdoet', de aandacht vraagt (p.8).

De Wet verontreiniging oppervlaktewateren (WVO), in 1969 vastgesteld en in 1970 van kracht, werd in 1964 als ontwerp aangeboden, na een legislatieve voorgeschiedenis die tot 1897 teruggaat. In het Voorlopig Verslag maakt de Kamercommissie een voor ons onderwerp interessante opmerking, naar aanleiding van het voornemen van de minister om de met grondwater samenhangende problemen onafhankelijk van die met betrekking tot het oppervlaktewater te regelen: 'verscheidene leden voegden hieraan toe de vraag, of het niet mogelijk is om reeds in deze wet de verontreiniging van het grondwater met bepaalde, moeilijk afbreekbare, bestrijdingsmiddelen tegen te gaan' (p.2).

Tenslotte verdient de Hinderwet nog vermelding, gewijzigd in 1952, in welk kader veel te doen is over de opslag en verwerking van gevaarlijke stoffen, ook in de jaren zestig, vgl. Bomhof, *Handleiding Hinderwet*, 1978, p. 24.

Indien men dit beeld van de stand van de wetgeving, als afspiegeling van maatschappelijke opvattingen in de jaren vijftig en zestig voor ogen heeft, kan men de overwegingen die de hoge raad wijdt aan de vraag of de betrokken bedrijven destijds op zorgvuldige wijze zijn omgegaan met het zich ontdoen van giftige stoffen slechts met verbazing lezen (ov. 3.8.5). De staat had gesteld dat de afvalstoffen naar hun aard ernstig gevaar voor de volksgezondheid opleverden. De raad acht het niet juist om dit uitgangspunt te aanvaarden, als iets dat van algemene bekendheid is, 'gezien destijds bestaande inzichten'. Daartoe wordt kennelijk niet het inzicht van de wetgever gerekend. Ook indien die kennis wel aangenomen zou kunnen worden, vervolgt het college, brengt dat niet met zich mee dat 'het ook destijds al onzorgvuldig was zulke afvalstoffen te (doen) storten of daartoe ten vervoer af te geven'. Dan volgt een merkwaardige toelichting, dat gevaar voor de volksgezondheid in deze situatie niet gelijk gesteld kan worden met het gevaar voor het milieu dat bij storten en vervoer betrokken is. Dit ontgaat mij: de IBS spreekt toch van gevaar voor volksgezondheid *of* milieu? Dan volgt de door het bedrijfsleven veel geciteerde uitspraak van de minister van VROM uit 1982, dat de opvattingen indertijd er op neerkwamen dat 'de bodem een zo groot vermogen tot herstel bezat dat belasting met allerlei stoffen en ingrepen vrijwel straffeloos kon geschieden', waarbij degenen die citeert, zoals ook hier de hoge raad lijkt te doen, het descriptieve karakter van de uitspraak moeiteloos gelijkstelt met een normatieve. Tenslotte, als sluitstuk, de overweging dat hieruit 'geredelijk kan worden afgeleid dat een verantwoorde wijze om zich te ontdoen van giftige afvalstoffen die gevaarlijk waren voor de volksgezondheid, bestond in het op deugdelijke wijze begraven daarvan, juist omdat aldus zoveel mogelijk zou kunnen worden voorkomen dat mensen daarmee in aanraking kwamen'. Let wel: wij hebben het hier over het meegeven van uiterst giftig afval, zonder enige waarschuwing over de precieze aard en hoeveelheid van de stoffen of instructie over de verwerking in vaten die per definitie kunnen doorroesten en trouwens veelal open aangeboden werden. De lezer wordt wel op de proef gesteld om de hoogste rechter hier serieus te nemen. A-g Koopmans had hier een wat meer common sense oordeel over: het is ondenkbaar dat degenen die op zo'n wijze afstand doet van industrieel afval

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

kan denken dat die vaten niet te zijner tijd weer uit de stortplaats verwijderd moeten worden door de overheid, hetgeen betekent: een vorm van saneren (door inklinking van de bodem kwamen trouwens vele vaten aan de oppervlakte).⁸⁵ Verder is de visie van de hoge raad uitsluitend op de gezondheid van de mens bij directe aanraking gericht (waarbij personeel van de stortplaats en spelende kinderen uit het blikveld vallen, evenals uiteraard toekomstige bestemmingen van een stortplaats), terwijl de wetgever zoals wij zagen, ook de bescherming van plant en dier, en grondwater op het oog had. *Amazing*.

In een eerdere fase van de procedures konden de rechtbanken te Rotterdam en Amsterdam het standpunt van de staat naar waarde schatten: het handelen van Shell, respectievelijk Duphar werd onrechtmatig geacht. De Rechtbank Rotterdam hanteerde daarbij het gevaarzettingsbeginsel, zoals door de hoge raad toegepast in het *Dorpshuis Kamerik*-arrest (*NJ* 1982, 614), inzake het emmertje natronloog dat bij het vuil gezet was, rekende Shell de kennis aan die in concernverband aanwezig was, en nam een onderzoeksplicht aan die op Shell rustte ten aanzien van de mogelijke gevaren van drins voor het milieu. Ook de Rb. Amsterdam kwam tot een onderzoeksplicht voor Duphar, alvorens de afvalstoffen ter stort meegegeven werden.

Het hof Den Haag en het hof Amsterdam gingen tot vernietiging van de vonnissen over, als gevolg van de aanvaarding van het relativiteitsvereiste, met rechtstreekse toepassing van de *Akzo Resins*-regel van 1 januari 1975. Daarbij werd door het hof Den Haag niet ingegaan op de vraag of het handelen van Shell onrechtmatig was, zoals de rechtbank aangenomen had; dit werd 'voorondersteld'. Het Hof Amsterdam had daarentegen het handelen van Duphar onrechtmatig geacht, aangezien het storten lijnrecht in strijd met de gemeentelijke voorschriften was. In cassatie gaat de hoge raad niet in op de onrechtmatigheidsvraag, ook hier wordt de onrechtmatigheid 'voorondersteld'. Dat leidt tot een reprimande aan de landsadvokaat, die 'de door cassatietechniek bepaalde trek' van deze rechtspraak miskend zou hebben: de arresten hebben klaarblijkelijk de indruk gewekt dat de vervuiler onrechtmatig gehandeld heeft, maar niettemin niet aansprakelijk gehouden werd omdat hij de bijzondere schade van de overheid destijds niet kon voorzien, vervolgt het college, maar die indruk is onjuist (ov. 3.8.2). Een interessante manoeuvre van de cassatierechter, naar aanleiding van de stelling van de staat: 'de voorzienbaarheid van een bepaalde schadesoort is, wanneer een gedraging achterwege behoort te blijven op grond van voorzienbaarheid van een andere - met de gedraging samenhangende - schadesoort, een onjuist causaliteits- of aansprakelijkheids criterium'. Dan komt een verrassende ontknoping, wanneer de raad uitlegt wat onder onrechtmatigheid in de zin van het in strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen handelen verstaan moet worden.⁸⁶

85. Zie op dit punt het betoog van Bierbooms en Taams, *NJB* 1994, p. 1339.

86. Zie in dit verband ook de kritische beschouwingen van H.J. Snijders voor de cassatietechnische aspecten van de 30 sept.-arresten: de relativiteitstoets was de hoge raad voorgelegd, en hij toetst niettemin - buiten het cassatiemiddel om - aan het vereiste van onzorgvuldigheid, *WPNR* 6180/81 (1995), p. 303 v. (door mij aan de orde gesteld in *TMA* 1995, p. 120).

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

Bij de toepassing van de nieuwe regel inzake relativiteit - onrechtmatigheid komt de hoge raad tot de slotsom dat het hier een geval betreft 'waarin de ander ten gevolge van dit onrechtmatige gedrag een schade lijdt welke de dader niet had voorzien en niet behoefde te voorzien' (ov. 3.8.5, in fine). Daartoe had de raad vastgesteld, zoals eerder besproken, dat giftige stoffen in hun algemeenheid geen gevaar voor de volksgezondheid opleveren en dat zij naar toenmalige opvattingen 'op deugdelijke wijze begraven' waren. Hier komt dus de onzorgvuldigheid van de handeling ten toets, die kort tevoren nog in de categorie 'voorondersteld' opgeborgen was. Het verbaast dan ook niet dat de toets uiterst beperkt uitgevoerd wordt, en bijvoorbeeld niet ingegaan wordt op de door de rechtbanken aangevoerde toetsingscriteria, zoals daar zijn de onderzoeksplicht, de *state of the art* (stand van wetenschap, gebaseerd op literatuuronderzoek) en de *state of the industry* (de industriële praktijk bij Shell-America), in combinatie met de toerekening van kennis in concernverband.

Indien de hoge raad dat wel gedaan zou hebben, had het college moeten uitleggen waarom die benadering wel gevolgd wordt bij werkgeversaansprakelijkheid ten aanzien van het gebruik van gevaarlijke stoffen op de werkvloer, met name asbest. Vergelijk *Janssen - Nefabas* (1990), waar het Nederlandse bedrijf Nefabas de kennis van het buitenlandse moederbedrijf Eternit toegerekend wordt, en in het algemeen de praktijk in het buitenland ten aanzien van asbestmaatregelen van belang geacht wordt. Men zie in dit verband ook nog het *De Schelde*-arrest van 1993.⁸⁷ Overigens had het hof Den Haag in de zaak van de *Haagse gasfabriek* ten aanzien van de Gemeente Den Haag een waarschuwingplicht aangenomen, bij het uitgeven van grond die in het verre verleden vervuild was, in de periode 1904 - 1966.⁸⁸ Waarom zouden Shell en Duphar geen waarschuwingplicht gehad hebben, bijvoorbeeld na het milieurampje op de Hollandse IJssel, resp. de ontploffing in de fabriek? Informatie over de samenstelling en omvang van de in de loop der jaren afgegeven giftige stoffen zou toch een fatsoenlijk gebaar zijn, dat men van een zorgvuldig fabrikant mag verwachten? Shell hamert erop dat de Gemeente Gouderak zodom geweest is om na de vissterfte op de rivier geen verder onderzoek in te stellen en tot woningbouw over te gaan. Het is hier toch de pot die de ketel verwijt, terwijl hij zelf heel zwart ziet. En dat terwijl hier een zeer groot bedrijf, onderdeel van een multi-national, staat tegenover een gemeente van 2107 zielen. Ook Duphar verwijt de (kleine) stortingsplaatsbeheerder niet beter opgelet te hebben: de vaten waren open, zo stelt haar advocaat laconiek, de inhoud had dus geïnspecteerd kunnen worden. Ook deze pot ziet nogal zwart.

Men mist in de arresten nog veel meer bij de behandeling van de vraag of het ter stort geven van giftige stoffen naar normen van destijds onzorgvuldig was. De Rb. Rotterdam had het gevaarzettingsbeginsel gevolgd, in navolging van jurisprudentie van de hoge raad zelf, en deze zwijgt daar thans over in alle talen, ook al werd dit beginsel door a-g Koopmans met nadruk naar voren geschoven als grondslag voor aansprakelijkheid (zijn tweede grondslag was

87. HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573, nt PAS, *Janssen - Nefabas*; HR 25 juni 1993, *NJ* 686; *TMA* 1994, p. 93, nt Van Dunné, *Cijsouw - De Schelde*. Zie over dat laatste arrest, aangehaald door de HR, Bierbooms en Taams, *NJB* 1994, p. 1339.

88. HR 13 nov. 1987, *NJ* 1988, 139; *M & R* 1988, nt Grosheide; *TMA* 1988, p.83, nt Van Dunné, *Gem. Den Haag - Bensal B.V. c.s.*

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

kenbaarheid in de zin van het redelijkerwijze toerekenen van kennis, zie uitvoeriger Bierbooms en Taams hierover). Voor de minder in aansprakelijkheidsrecht geverseerde lezer, het gevaarzettingsbeginsel werd in de NJV-vergadering 1913 in ons recht met zoveel woorden geïntroduceerd, naar Duits voorbeeld, en werd in de handboeken door Pitlo aanvaard en verder door een dozijn schrijvers.⁸⁹ Degeen die met gevaarlijke stoffen omgaat, dat wil zeggen ze produceert en de resten van dat productieproces in het verkeer brengt, creëert per definitie een gevaarsituatie, met als gevolg een verhoogde kans op schade en een verzwaard regime van toerekening van causaal verband en aansprakelijkstelling. Het woord risico-aansprakelijkheid wil veel juristen niet uit pen of keel komen, zolang de wetgever daar niet uitdrukkelijk toestemming voor gegeven heeft, maar het is internationaal een algemeen erkend fenomeen dat een streng gehanteerde schuld-aansprakelijkheid in de praktijk niet van een risico-aansprakelijkheid te onderscheiden is. Een Duitse collega sprak eens van een onderscheid dat slechts met een loupe waar te nemen is. Wij hebben met een praktijk te maken die als pseudo-risico-aansprakelijkheid te omschrijven valt, waarbij de kool (wetgever) en de geit (slachtoffer) gespaard worden. Vaak wordt deze aansprakelijkheid, ook door de hoge raad, verpakt in een creatieve omgang met bewijsregels, zoals het omkeren van de bewijslast bij vermoeden van schuld, of zelfs het passeren van een bewijsaanbod in dat geval; voorbeelden zijn hier: aansprakelijkheid voor zaken, werkgeversaansprakelijkheid, producentenaansprakelijkheid, medische aansprakelijkheid, en ... milieu-aansprakelijkheid. Daarmee kom ik op een laatste voorbeeld van jurisprudentie die door de hoge raad ten onrechte niet bij de onderhavige uitspraken betrokken werd, de zaak van de *Haagse gasfabriek*.

Het ging hier om bodemvervuiling die in de periode 1907 -1966 bij de exploitatie van een gasfabriek door de Gemeente Den Haag veroorzaakt was, en die na de uitgifte van bouwgrond begin jaren tachtig aan het licht kwam. De gemeente had het perceel als stortplaats gebruikt voor industrieel afval, maar beriep zich erop dat de stortingen destijds als 'volstrekt normaal en verantwoord' golden. Het Hof Den Haag had gesteld 'dat op de gemeente een plicht tot waakzaamheid rustte vloeit reeds voort uit haar eigen stelling dat afvalprodukten plachten te worden afgevoerd, waaraan niet afdoet dat eertijds aan dit aspect minder aandacht werd besteed dan thans het geval is'. De hoge raad steunt het hof in deze opvatting, met de overweging dat het hof er kennelijk van is uitgegaan dat ten tijde van de stortingen bekend was dat dit soort afval schadelijk was voor de gezondheid (voor het interessante bewijsrechtelijke aspect van deze zaak, het ophangen van een partij aan haar eigen stellingen, verwijs ik naar mijn *TMA*-noot). De onbekendheid van het verleden van het perceel bij de gemeente-ambtenaren belast met de uitgifte van bouwgrond komt daarbij voor risico van de gemeente, stelt de hoge raad. Het hof had zoals eerder gemeld, een waarschuwingsplicht op de gemeente gelegd, ten aanzien van kopers van bouwgrond.

Het vereiste van *waakzaamheid* dat geldt ten aanzien van degeen die met gevaarlijke stoffen omgaat, doet denken aan de eis van tonen van 'verantwoordelijkheidsgevoel', dat het Haagse hof in de *Benckiser*-zaak (*NJ*

89. Zie voor deze materie mijn in nt 1 genoemde *WPNR*-artikel, en boven, § 1, nr 5.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

1990, 712) een Duitse producent stelt, indien hij industrieel afval aan een Nederlands transport- en verwerkingsbedrijf meegeeft dat hij niet had mogen vertrouwen op het punt van milieuzorg (prijs te laag, hij wist dat verwerking technisch onmogelijk was en dat niet gestort mocht worden). Beide begrippen, waakzaamheid en verantwoordelijkheidsgevoel, zoekt men tevergeefs in de arresten van 30 september 1994. Het begrip ‘relativiteit’ daarentegen, zoekt men tevergeefs in dit arrest van 1987, dat was toen nog niet door milieu-advokaten in rolatie gebracht en was in het aansprakelijkheidsrecht een Doornroosje dat op de prins wachtte.

Men vraagt zich af, welke gronden er zijn voor een zo verschillende behandeling van de milieu-aansprakelijkheid in de zaak van de haagse gasfabriek en die van de producenten van pesticiden, Shell en Duphar. Het zal toch niet de omstandigheid zijn dat in die eerste zaak het de overheid was in de rol van milieuvvervuiler? Het valt niet te ontkennen dat de overheid wel vaker streng aangepakt wordt, denk aan de arresten inzake rechtsdwaling (*Hoffmann - La Roche* en bouwvergunningzaken), waar de overheid die afging op de vaste jurisprudentie inzake een wettelijke bepaling bij het omgaan van de rechter een pseudo-risico-aansprakelijkheid opgelegd krijgt (‘schuld staat in beginsel vast’).⁹⁰

De norm van ‘waakzaamheid’ brengt het romeinse adagium *ius vigilantibus scriptum* in herinnering, het recht is voor de waakzamen geschreven, dus niet voor de dommen. De hoge raad legt dit zo uit, zoals wij zagen, dat als men groot en sterk is wel dom mag zijn, althans zich zo mag voordoen.

Conclusies

Het zal intussen duidelijk zijn geworden dat ik geen bewonderaar ben van de arresten van 30 september 1994: *Black Friday* voor het milieu, en een stap terug in de ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen. Ik heb getracht aan te tonen op welke punten er iets aan de motivering van de hoge raad schort, in de zin dat de gevolgde redenering minder goed te rijmen is met in de doktrine en jurisprudentie algemeen aanvaarde gezichtspunten over de verhouding onrechtmatigheid en causaliteit. Wat een groeiende groep auteurs betreft kan hieraan ook het relativiteitsvereiste toegevoegd worden. Ook heb ik aangegeven op welke punten de cassatierechter de discussie tracht te ontlopen, ook met het eigen OM. Ik heb eens de stelling gedebiteerd dat de hoge raad, indien hij afwijkt van de conclusie van het OM - ‘contrair gaat’, als het ware - de verplichting heeft om het standpunt van de a-g of p-g met kracht van argumenten te verwerpen. Daaraan heeft het hier ontbroken; het zou aanmerkelijk interessantere arresten opgeleverd hebben, minder de *Roma locuta*-stijl.⁹¹

Het is duidelijk dat de hoogste rechter niet aan het verhalen van saneringskosten op het bedrijfsleven wil, bij milieuschade in het verre verleden. Het

90. HR 26 sept. 1986, *NJ* 1987, 253, nt MS, *Staat - Hoffmann-La Roche*; HR 30 jan. 1987, *NJ* 1988, 89, nt MS, *Gem. Blaricum - Roozen c.s.*, en volgende arresten.

91. Intussen heeft de wetgever ingegrepen en een ‘reparatie’ uitgevoerd met art. 75 Wbb (Wet bodembescherming), met name lid 5 (thans lid 6), waarmee het relativiteitsvereiste terzijde gesteld is. Zie mijn artikel in *TMA* 1995, pp. 116 v.; 136 v., in twee themanummers over de gewijzigde Wbb, en onder, nr 8.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

zou wenselijk zijn indien een dergelijke beslissing, die zo sterk afwijkt van hetgeen de wetgever op dit terrein voor ogen stond, op een overtuigende wijze genomen zou zijn, dat wil zeggen dat de tegenstanders van die visie zich serieus genomen voelen en hun argumenten weerlegd worden. Dan heb ik het nog niet over de justiabelen in het algemeen - de *Volkskrant* sprak in een redactioneel commentaar van een gekwetst rechtsgevoel, en de cartoons indertijd, ten tijde van de uitspraken van de hoven, spraken ook boekdelen. De doorsnee burger zal toch moeite hebben met de gedachte dat producenten *in het geheel geen verantwoordelijkheid* dragen voor het in het verkeer brengen van giftige stoffen, ook al gebeurde dat lang geleden. Hij ziet immers de kleine man op milieugebied steeds harder aangepakt worden (je zult maar een oude olietank in de grond hebben). De rechter met begrip voor de positie van het benarde bedrijfsleven, had alle ruimte om de aansprakelijkheid te beperken, door deze te matigen (waarin de IBS uitdrukkelijk voorziet) of met behulp van de figuren van toerekening naar redelijkheid en eigen schuld bij de overheid tot aanvaardbare proporties terug te brengen. Bovendien geldt, dat ook de fiscus meebetaalt bij aansprakelijkstelling, in de vorm van gedeerde vennootschapsbelasting of toestaan van het treffen van reserveringen en voorzieningen door de bedrijven.

Het heeft niet zo mogen zijn. In ieder geval heeft de hoge raad met de 30 september-arresten een interessante bijdrage geleverd aan de rechtstheoretische discussie over de verhouding rechter - wetgever, en de plaats van het *arrêt de règlement* daarin. Dat is een schrale troost.

Tot slot zou ik, voor de contrastwerking met de uitspraken van de hoge raad van 30 september 1992, a-g Koopmans aan het woord willen laten; zijn zienswijze komt veel realistische over, althans naar mijn mening. Toen de conclusie gepubliceerd werd, werd in de dagbladen gemeld dat Shell, c.s. hun proces zouden gaan verliezen, 'omdat de hoge raad meestal het advies van het OM volgt'. Neen dus. Uit de zeer omvangrijke conclusie haal ik enkele pregnante passages aan.

Koopmans behandelt de verschilpunten tussen vervuiling van eigen bedrijfsterrein en stortplaatsen, nadat hij eerst de opties ten aanzien van voorzienbaarheid besproken heeft (concl. nr 16), namelijk het voorzien van het door de overheid behartigen van het saneringsbelang, versus dat van het milieubelang (een tussenvariant laat ik even weg). Koopmans ziet de volgende verschilpunten:

1. in de stortplaatsgevallen hebben de ondernemingen de afvalstoffen buiten de eigen controle gebracht, en daarmee een ander soort gevaar in het leven geroepen dan bij de vervuiling van het eigen bedrijfsterrein;

2. in de stortplaatsgevallen gaat het om afvalstoffen met een op zichzelf reeds gevaarlijk karakter, terwijl vervuiling van eigen terrein kan ontstaan door jarenlang morsen met, of lekken van, op zichzelf onschuldige stoffen;

3. bij vervuiling van eigen terrein ligt overheidsoptreden minder gauw voor de hand dan bij stort van afvalstoffen op publieke stortplaatsen en in zandafgravingen;

4. bij afval dat in vaten is gestort (Duphar, Fasson) kan men zich eigenlijk geen andere reactie van de kant van de overheid voorstellen dan het weghalen van de vaten'.

Het is opvallend dat de hoge raad in het geheel niet tegen deze visie van zijn a-g is ingegaan, maar deze genegeerd heeft (en de voorkeur gaf aan een taalspelletje over de term 'afvalstoffen'). Dat negeren geldt ook voor de conclusie die de a-g vervolgens trekt. Koopmans acht de verschilpunten sterk genoeg om tot een verschillende toepassing van het 'voorzienbaarheids criterium' te komen (concl. nr 18):

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

‘Ik ga er daarbij van uit dat de arresten van 1990 en 1992 vooral zijn ingegeven door overwegingen van rechtszekerheid: hoe kon een onderneming, in een periode waarin iedereen nogal zorgeloos met de bodem omsprong, voorzien dat het door haar gevolgde productieproces ertoe zou leiden dat de hele bodem moest worden gesaneerd en dat zij voor de hoge kosten daarvan aansprakelijk zou worden gesteld? Dit is in elk geval de gedachtengang die door de verdedigers van die arresten meestal wordt gevolgd’. (Hier worden aangehaald: Korthals Altes, Brunner, Bauw, De Savornin Lohman, Spier, en Thunnissen).

‘Die gedachtengang is, gezien de vier gesignaleerde verschilpunten, niet van toepassing op verontreiniging van stortplaatsen of zandafgravingen met afvalstoffen die giftige of brandbare eigenschappen hebben. De ondernemingen die zich van deze afvalstoffen ontdeden wisten, of konden redelijkerwijs begrijpen, dat de door hen gevolgde methode er noodzakelijkerwijs toe zou leiden dat opruimingsactiviteiten zouden moeten volgen - ongeacht of men toen reeds van ‘bodemsanering’ sprak. Zie ook P.F.A. Bierbooms en E.H. Hulst, *TMA* 1993, p. 122. Het gaat er daarom niet om of zij konden voorzien dat de overheid zich het ‘saneringsbelang’ zou gaan aantrekken maar of zij konden begrijpen dat de afvalstoffen nadeel zouden toebrengen aan derden of aan gemeenschappelijke belangen zoals volksgezondheid, landschap en milieu’.

De a-g komt dan tot de slotsom:

‘Met het voorgaande wil tevens gezegd zijn dat de hoven in de zaken-Duphar en -Fasson, waar het afval in vaten werd gestort, ook binnen de logica van de arresten van 1990 en 1992 een andere oplossing hadden moeten kiezen. Het mag waar zijn dat men vóór 1 jan. 1975 of 1 jan. 1970 het woord ‘bodemsanering’ niet bezigde; het is evenwel moeilijk te ontkennen dat degenen die leiding gaven aan chemische bedrijven reeds van de aanvang af moesten begrijpen dat de overheid, vanwege haar verantwoordelijkheid voor volksgezondheid, landschap en leefmilieu, de vaten weer uit de bodem zou moeten laten vissen. Zie ook art. 21 Grondw. Ook vóór de genoemde steekdata was men niet zo onverstandig te menen dat de opnamecapaciteit van de bodem zo ver ging dat - al dan niet doorgeroeste - vaten door zand of veen verzwolgen zouden worden’ (vgl. ook hetgeen in de conclusie onder nr 8 gesteld wordt).

De hoge raad gaat op dit punt niet in discussie met zijn a-g, en dat geldt eveneens voor de grondslag voor aansprakelijkheid die de voorkeur van Koopmans heeft, namelijk *gevaarzetting*, zoals eerder door hem uiteengezet, in nr 9 v., waarbij hij o.m. inhaakt op de discussie die Vranken en ik in het *WPNR* van 1990 hierover gevoerd hebben. Koopmans’ conclusie is dan ook:

‘Zelf zou ik er echter de voorkeur aan geven ook in deze zaken de voorzienbaarheidseis te koppelen aan de aard van het in het leven geroepen gevaar, niet aan de aard van de daartegen te nemen maatregelen. Dat de kosten van die maatregelen aanzienlijk hoger zijn dan destijds te voorzien was, door moderne methoden van bodemsanering gericht op herstel van de multifunctionaliteit van de bodem, kan aan de orde komen in het kader van de toerekening naar redelijkheid en van het rechterlijke matigingsrecht krachtens art. 21 IBS’ (concl. nr 19, in fine).

Dat laatste was met nadruk ook door de staat betoogd; daarbij werd gesteld dat ‘de voorzienbaarheid van een bepaalde schadesoort, wanneer een gedraging achterwege behoort te blijven op grond van voorzienbaarheid van een andere - met de gedraging samenhangende - schadesoort, een onjuist causaliteits- of aansprakelijkheids criterium is’ (aangehaald in ov. 3.8.2).

Over de wijze van storten van het chemisch afval merkt de a-g op:

‘Op grond van (deze) feitelijke vaststellingen kan er in cassatie van worden uitgegaan dat het om gevaarlijke stoffen ging. (...)

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

In de tweede plaats staat vast dat de drie ondernemingen zich van deze gevaarlijke stoffen hebben ontdaan: zij hebben geen zorg gedragen dat die stoffen op een zo gevaarloos mogelijke wijze werden verwerkt of afgevoerd, maar desbewust of door achteloosheid toegestaan dat de stoffen gestort werden op plaatsen die niet daarvoor waren bestemd. Doordat de stoffen op die plaatsen terecht kwamen realiseerde zich het gevaar (vissterfte, roest, lekkage, bodem- en grondwaterverontreiniging, ongeschiktheid bodem voor verder gebruik e.t.q.). Dat de gevaarlijke situatie mede ontstond door het falen of ontbreken van overheidstoezicht, is een kwestie van eigen schuld, die in dit stadium van de gedingen nog niet aan de orde is' (nr 12).

'M.i. raakt het echter mede de inhoud van de zorgvuldigheidsnorm: giftige stoffen als bv. drins roepen een veelheid van risico's in het leven, kunnen daarom een veelheid van mogelijke nadelen veroorzaken en vergen daarom uit hun aard een wijze van behandeling die erop gericht is aan derden die nadelen te besparen. Zie ook Asser-Hartkamp III (9e dr. 1994) no. 51f e.v.' (concl. nr 13).

'De zorgvuldigheidsnorm kan daarom als volgt worden geformuleerd. Het is onrechtmatig voor een onderneming in de chemische industrie om giftig of brandbaar afval waarvan het gevaarlijk karakter aan de ondernemingsleiding bekend kan zijn, buiten het eigen directe toezicht te brengen zonder de vereiste maatregelen te nemen om de potentiële gevaren tot een minimum te beperken. In geval van zulk onrechtmatig handelen of nalaten is de exploitant van de onderneming aansprakelijk voor de schade die ontstaat wanneer potentieel gevaar zich verwezenlijkt, ongeacht of het type schade dat intreedt door hem kon worden voorzien. De slotvraag is dan jegens wie dit aldus omschreven onzorgvuldige gedrag onrechtmatig is. Het komt mij voor dat dit, in deze context, ieder is die nadeel lijdt doordat het gevaar zich realiseert. Ik kan niet inzien dat er reden zou zijn overheidslichamen in dit opzicht anders te behandelen - behoudens uit een oogpunt van eigen schuld, die hier niet aan de orde is. Ook de omstandigheid dat de schade bestaat uit de saneringskosten maakt hiervoor geen verschil. Het weggooien van vaten in een zandafgraving of in een als vuilstort gebezigde polder heeft noodzakelijkerwijs tot gevolg dat de vaten weer opgegraven of uitgegraven moeten worden (na het zg. inklinken van de bodem staken zij soms naar buiten); omdat het daarin aanwezige afval gevaarlijk is en via roest en lekkage in de bodem is gekomen, kan dat weghalen alleen maar geschieden door een saneringsoperatie. Zie ook mijn conclusie van heden in zaak no. 15.344, no. 18. Zo men het storten en vervolgens begraven van vaten als een permanente oplossing zou zien, zou juist de noodzaak hebben bestaan om bijzondere voorzieningen te treffen (zoals de zoutkoepels bij kernafval) en om te zorgen dat de vaten niet konden roesten. Wat de Shell-zaak betreft: bij het laten afvoeren van giftige drins naar een op te hogen gebied kan men weten dat de afvalstoffen weer uit de bodem gehaald moeten worden, tenzij men er redelijkerwijs zeker van kon zijn dat de stoffen hun giftig karakter zouden verliezen alvorens onheil aan te richten' (concl. nr 14).

Dit is andere koek dan het 'deugdelijk begraven' dat de hoge raad voor ogen staat. De a-g had nog eraan kunnen toevoegen dat Duphar veel vaten open ter stort aanbod; zij gebruikt dat juist als argument dat de stortplaatsbeheerder had kunnen nagaan wat de inhoud was, maar dat nagelaten heeft. Het betoog van de a-g komt neer op een onderzoeksplicht voor degenen die gevaarlijke stoffen laat storten, en wel naar de gevolgen van storting voor volksgezondheid of milieu, in combinatie met een waarschuwingplicht met betrekking tot de gevaarlijke eigenschappen de aangeboden stoffen. Door de rechtbanken (Rotterdam en Amsterdam) werd in deze procedures steeds zo'n verplichting aangenomen, in navolging van de jurisprudentie van de hoge raad zelf (zie *TMA* 1987, p.98, nt Van Dunné; 1990, p. 59, nt Koeman).

Ik geef dan hierbij graag het laatste woord aan a-g Koopmans, die door de hoge raad tot een bijrol veroordeeld werd:

'Uit de parlementaire debatten blijkt dat de rechtspraak over de relativiteitseis buiten de kring van de vakjuristen nauwelijks wordt begrepen. Misschien is men in de politiek wel dikwijls te gemakkelijk uitgegaan van de leus 'de vervuiler betaalt', een simpel adagium waarmee

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

ingewikkelde vragen van aansprakelijkheidsrecht niet opgelost kunnen worden. Misschien is er ook in de rechtspraak wel te weinig stilgestaan bij de maatschappelijke aanvaardbaarheid van oplossingen die, in een gevoelige sector als die van de bodemverontreiniging, bereikt zijn met het doortrekken van lijnen uit de civielrechtelijke dogmatiek, welke buitenstaanders niet altijd duidelijk zijn te maken. Men kan die buitenstaanders dan 'naïef' noemen, zoals P.W.A. Gerritzen-Rode *NJB* 1993, p. 51 doet, maar men kan zich ook de vraag stellen of het wel zeker is dat de jurisprudentie onder deze omstandigheden op de goede weg is. Het is niet onmogelijk dat velen - en ook de bevoegde minister - het beroep op de relativiteitseis ervaren als pogingen om aan aansprakelijkheid voor eigen gedrag te ontkomen met redeneringen die in de wetenschap opgeld kunnen doen maar die beleidsmatig haaks staan op hetgeen met de IBS is beoogd' (concl. nr 7).

8. *Verhaal van saneringskosten bij bodemvervuiling in het verleden. Art. 75 Wet Bodembescherming (Wbb): het begrip 'ernstige verwijtbaarheid', vergeleken met het overige aansprakelijkheidsrecht*

Hierboven kwam de visie van de hoge raad ter sprake met betrekking tot de vraag wanneer het op grote schaal storten van giftig afval in het verre verleden maatschappelijk onzorgvuldig geacht kan worden, op grond van de gewone aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (zie nr 7). Sommige schrijvers, niet toevallig tegenstander van aansprakelijkheid van het bedrijfsleven, achtten de opvatting van de hoge raad ook van belang voor aansprakelijkheid gebaseerd op het nieuwe art. 75 lid 6 Wbb, dat medio 1994 van kracht geworden is (later vernummerd tot lid 6). Die zienswijze werd indertijd door mij bestreden, waarbij met algemene argumenten de precedentwerking van de 30 september 1994-arresten voor toekomstige gevallen van aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging verworpen werd. Wat daarvan zij, het is slechts één kant van de medaille: ook dient gezien te worden welke betekenis de wetgever aan het begrip 'ernstig verwijtbaar' handelen gegeven heeft in art. 75 lid 6 Wbb, waarbij behalve redelijke wetsuitleg uiteraard ook de parlementaire geschiedenis gewicht in de schaal legt. Die materie is in dit onderdeel van de paragraaf aan de orde.⁹² In het kader van de wetsuitleg zal een blik geworpen worden op de wijze waarop de rechter op andere onderdelen van het aansprakelijkheidsrecht met het begrip 'ernstig verwijtbaar' omgaat. Dit is niet alleen van belang vanwege een voor de hand liggende systematische wetsinterpretatie - bij de parlementaire behandeling werd trouwens regelmatig verwezen naar het overige onrechtmatige daadsrecht - maar ook omdat verwacht mag worden dat de burgerlijke rechter bij de toepassing van het nieuwe artikel zijn ervaring op het gebied van aansprakelijkheid in het algemeen bij zijn oordeel zal inbrengen. De lezer van de Kamerstukken krijgt overigens niet de indruk dat de sprekers (en schrijvers) goed op de hoogte zijn van de stand van rechtspraak en doktrine in het onrechtmatige daadsrecht; de uitspraken rieken veelal naar collegebanken van twintig, dertig jaar geleden. Soms wordt privaatrecht met strafrecht verward; als

92. Hetgeen hier volgt verscheen eerder als onderdeel van een artikel in *TMA* 1995, p.136. Hieronder zal aangehaakt worden op de beschouwingen van Bierbooms in *TMA* 1995, p.97, een rechtspraakoverzicht inzake het nieuwe art. 75 Wbb. Aan de wijziging van de Wbb, met de invoering nieuwe bestuursrechtelijke instrumenten als het saneringsbevel, waren twee thema-nummers van *TMA* gewijd, 1995, nrs 4 en 5.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

men van de stukken en verslagen van debatten kennisneemt wordt de lezer geconfronteerd met een kakofonie van juridische termen die voor politieke doeleinden gebruikt worden door hele, halve en niet-juristen, zowel van de zijde van regering als parlement.

De ratio van het nieuwe art. 75 lid 6 Wbb is om, in afwijking van de jurisprudentie van de hoge raad van de afgelopen jaren gebaseerd op een (verrassende) uitleg van het relativiteitsvereiste (de bekende arresten van 1990 en 1992), het verhaal van saneringskosten door de staat in gevallen van bodemvervuiling van voor 1 januari 1975 mogelijk te maken.⁹³ De hoofdlijn hierbij is allereerst dat de wetgever *meer verhaal* wilde mogelijk maken dan de hoge raad naar geldend recht toegestaan had bij sanering van 'oud zeer'. Een tweede centrale gedachte, haaks hierop, is dat de Tweede Kamer, na verzet van de Senaat, een *beperking* aangebracht heeft door aanvullende eisen voor aansprakelijkheid te stellen, waarbij men vooral de grote milieuvervuilers op het oog had bij wie kennis van zaken verwacht mocht worden over hetgeen men destijds in het milieu aanrichtte met het zich ontdoen van schadelijke stoffen: het scheiden van 'de bokken en de schapen', zoals Wagemakers dat noemde. Deze invloedrijke CDA-senator was aanvankelijk voorstander van het stellen van de eis van opzet of grove schuld, hetgeen uiteindelijk leidde tot de term 'ernstig verwijtbaar' handelen.⁹⁴ Ik ga hier niet op deze algemene achtergrond in en verwijs voor de details naar de genoemde auteurs.⁹⁵

Voor een goed begrip van het nieuwe artikel volgt hier allereerst nog de wetstekst:

Art. 75, lid 6. 'In de gevallen waarin de veroorzaker van een verontreiniging of aantasting niet op grond van het eerste lid aansprakelijk is omdat hij door het verontreinigen of aantasten niet jegens enige overheid onrechtmatig handelde, kunnen de in dat lid bedoelde kosten niettemin door de Staat worden verhaald, indien aan de voorwaarden is voldaan, dat:

a. De veroorzaker op het moment waarop de verontreiniging of aantasting door zijn toedoen werd veroorzaakt de ernstige gevaren kende die aan de stoffen die de verontreiniging of aantasting hebben veroorzaakt verbonden waren, dan wel deze gevaren behoorde te kennen, en

93. Zie Bierbooms, t.a.p., p. 99. In dezelfde zin over de ratio van het nieuwe artikel: E. Bauw, *Nieuw verhaal van oud zeer*, WPNR 6149 (1994), p. 595, op pp. 597 v., 614 v.; O. de Savornin Lohman, *Schuivende panelen: de Novelle voor artikel 47 Inbouwwet IBS/WBB*, BR 1994, p. 292, op p. 294 v. Genoemde auteurs hebben op onderdelen van de nieuwe regeling evenwel een eigen visie, vgl. nog onder.

Vgl. ook nog Bierbooms' bijdragen aan *Aansprakelijkheden in de Wet Bodembescherming, Serie Aansprakelijkheidsrecht*, Deel 4, Bierbooms c.s., 1997, p. 3-59, met name p. 33 v. (wetsgeschiedenis art. 75 Wbb).

94. De regering had in haar novelle om de Eerste Kamer die dwars lag te apaiseren de term 'verwijtbaar' toegevoegd; op aandrang van CDA-woordvoerder Esselink, die goed ingelicht was over de positie die de Senaat innam, werd in de Tweede Kamer het adjektief 'ernstig' ervoor geplaatst. Zie Bauw, t.a.p., p. 599.

95. Uit het rechtspraakoverzicht van Bierbooms, t.a.p. (1995), p. 100 v., blijkt dat niet alle rechtbanken op de hoogte zijn van de wetsgeschiedenis van art. 75 lid 6, hetgeen soms tot vreemde uitspraken leidt. Rb. Zwolle geeft echter een juiste weergave van de strekking van het artikel, in *Staat - Bol*, uit 1994 (p. 102). In de rechtspraak die volgde kwam het artikel beter tot zijn recht, zie het jurisprudentie-overzicht van Bierbooms, *TMA* 1996, p.133.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

b. de veroorzaker met het oog op deze ernstige gevaren zich ernstig verwijtbaar niet van de verontreinigende of aantastende gedragingen heeft onthouden, terwijl, indien deze gedragingen in beroep of bedrijf hebben plaatsgevonden, voor wat betreft de ernstige verwijtbaarheid in het bijzonder in aanmerking moeten worden genomen:

1. de destijds in vergelijkbare bedrijven gebruikelijke bedrijfsvoering, en
2. de destijds bestaande en voor de veroorzaker redelijkerwijs toepasbare alternatieven’.

Indien men de regeling beziet, valt op dat in *6b* het begrip ‘ernstige verwijtbaarheid’ in verband gebracht wordt met de *ernstige gevaren* van de in de bodem gebrachte stoffen die ingevolge *6a* van belang zijn, indien de lozer deze gevaren kende of behoorde te kennen. Welke eisen dienen gesteld te worden aan dit ‘kennen of behoren te kennen’? Gaat het hier slechts om het *daadwerkelijk* kennen (behoren te kennen) van de *specifieke schade*, zoals deze zich (later) voorgedaan heeft? In deze zin hebben tegenstanders van aansprakelijkheid voor oud zeer zich uitgesproken, zoals Bauw en De Savornin Lohman, waarbij de laatste zelfs de voorzienbaarheid van de specifieke schade als vereiste stelt, onder de vlag van het relativiteitsvereiste (waarover dadelijk meer).⁹⁶ Dit standpunt lijkt mij echter niet houdbaar, gezien de parlementaire geschiedenis van het artikel en de algemene grondslagen van aansprakelijkheidsrecht. Dat vereist, naar zich laat aanzien, een nadere toelichting.

In de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer is aangegeven dat het bij de vraag of de stoffen die in de bodem zijn gebracht destijds al een ernstig gevaar opleverden erom gaat ‘of de stoffen een verhoogde kans op schade voor personen of zaken met zich brachten’.⁹⁷ De term ‘verhoogde kans’ is kenmerkend voor de gevaarzettingsleer, zoals deze in de afgelopen eeuw in ons land en elders ontwikkeld is; ik verwijs voor die materie naar mijn noot onder het *taxusstruik*-arrest.⁹⁸ Het is goed om dat in herinnering te brengen, aangezien schrijvers als Bauw uit de aangehaalde passage uit de MvA afleiden dat ‘kenbaarheid van gevaar een constitutief vereiste is voor aansprakelijkheid op grond van het vijfde lid’ (p. 598). Dit kan licht misverstanden wekken; de gevolgtrekking van Bauw is onjuist, indien hij het oog heeft op het concrete gevaar dat zich naderhand gerealiseerd heeft. Hetgeen de wetgever hier voor ogen staat is bekendheid met het *gevaar in het algemeen* van de betreffende stof.⁹⁹ De verwijzing die Bauw zelf maakt naar de wettelijke regeling van aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen, het nieuwe art. 6:175 BW, is, zij het onbedoeld, treffend: ook daar gaat het namelijk om een bekendheid met het gevaar van de stof in het algemeen (blijkend uit de predikaten ‘ontplofbaar,

96. Bauw, t.a.p., p. 598; Lohman, t.a.p., p. 296, nt 24 (vgl. ook nt 22).

97. EK 1993-94, 23 589. MvA, nr 309b, p.3, aangehaald door Bauw, p. 598.

98. AA 1994, p.826, op p. 832 v.; HR 22 april 1994, NJ 1994, 624, nt CJHB.

99. Idem. In de MvA wordt na de eerder aangehaalde zin erop gewezen dat voor de vervuiler niet duidelijk hoeft te zijn dat een derde in zijn vermogen getroffen zou worden en dat deze op enig moment de bodem zou moeten saneren (in die zin: Lohman, hetgeen de minister voorgelegd was). ‘Het gaat bij de hierboven bedoelde stoffen in de meeste gevallen niet om ernstige gevaren voor vermogensschade, meer *in het algemeen* om gevaren voor personen of zaken’ (mijn curs.). Op p. 4 wordt andermaal gewezen op het verhoogde kans op schade aspect van de stoffen, met als vervolg: ‘Dergelijke eigenschappen dienden immers op het moment waarop de betrokkene daarmee bekend was dan wel behoorde te zijn reeds een indicatie te vormen met betrekking tot de wijze waarop men met deze stoffen behoorde om te gaan’.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

vergiftig, zeer vergiftig ...', etc.), zoals in de vaste rechtspraak inzake gevaarzetting aangenomen wordt, waarmee de wetgever niet heeft willen breken (zie daarvoor mijn AA-noot: rechtspraak inzake bodemvervuiling (*waterwingebied*), inbreuk subjectieve rechten, schenden van veiligheids- en verkeersnormen). Ik weet het, Bauw staat niet alleen; deze lijn in de rechtspraak wordt ook door andere schrijvers veronachtzaamd, met name door Castermans, Van Dam en Bloembergen (zie t.a.p.).

Wat mijn beroep op een ruime uitleg van het *Dorpshuis Kamerik*-arrest (NJ 1982, 614) bij gevaarzetting betreft, doet Bauw (evenals Lohman) het voorkomen of ik dat als enige verdedig; ter weerlegging verwijs ik naar de noot van Brunner onder het arrest waarin hij een ruime toepassing bepleit, later door hem gehandhaafd in zijn noot onder *taxusstruik*. Wat de oudere schrijvers betref verkeer ik in het goede gezelschap van onder meer Paul Scholten en Pitlo, om slechts enkele aanhangers van aansprakelijkheid voor niet voorzienbare gevaren en schade te noemen, in het geval gevaar en schade in zijn algemeenheid voorzienbaar waren en betrokkene daarvoor het risico droeg. Geen wonder dat indertijd de Rb. Rotterdam dit standpunt tot de hare maakte in de Shell-zaak.¹⁰⁰ Kortom, een beroep op *Dorpshuis Kamerik* is in het kader van art. 75 lid 6 Wbb eens te meer op zijn plaats.

Voor een goed begrip van de term 'ernstige verwijtbaarheid' is het nuttig een kleine rondgang te maken op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht; wij zullen dan zien dat het zeer moeilijk is om in de rechtspraak een grens aan te brengen tussen 'verwijtbaar' en 'ernstig verwijtbaar'. Dit is namelijk het gevolg van een sterke objectivering van het schuldconcept, de zeer zware eisen die op diverse terreinen aan zorgvuldig gedrag gesteld worden door de rechter. Aldus wordt vrijwel alles *ernstig* verwijtbaar geacht, in het kader van toerekening van aansprakelijkheid.

In het verkeersrecht wordt bijvoorbeeld het schuldvereiste zo gereduceerd dat dit neerkomt op het min of meer bewuste toedoen van de dader. Van Dam heeft in de jaren tachtig de normstelling door de rechter gekwalificeerd als het aanleggen van de norm van 'de perfecte mens', terwijl R.J. Polak gezien de jurisprudentie in het verkeersrecht zelfs geen functie zag voor een afzonderlijk schuldvereiste naast dat van onrechtmatigheid.¹⁰¹

Op het gebied van de aansprakelijkheid van de werkgever voor schade van werknemers als gevolg van ongevallen op het werk overkomen (art. 7:658 BW, 7A:1638x oud) is sprake van een gestage ontwikkeling in de rechtspraak van schuldaansprakelijkheid in de richting van risico-aansprakelijkheid. In de twee meest vergaande uitspraken was sprake van milieurisico's op het werk: het inademen van asbeststof in het verre verleden met decennia later ziekte als gevolg, asbestose of mesothelioom. In *Janssen - Nefabas* (NJ 1990, 573) heeft

100. Zoals bekend werd door a-g Koopmans in de 30 september 1994-arresten eveneens de gevaarzettingssleer uit uitgangspunt genomen, zij het met de schoonheidsfout dat hij, zich basierend op Castermans, van mening was dat vragen van voorzienbaarheid blijven bestaan ten aanzien van het verband tussen gevaarzetting en schade. Hier vloede in casu echter geen bloed uit, aangezien de a-g (terecht) van oordeel was dat indertijd het optreden van de overheid op bodemgebied in het kader van milieu- en gezondheidszorg in het algemeen voorzienbaar was, en specifieke voorzienbaarheid van saneringskosten naar geldend recht niet vereist was.

101. Voor een beschrijving hiervan verwijs ik naar onder, § 10.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

de Hoge Raad aangenomen dat op de werkgever bij gebreke aan wettelijke veiligheidsnormen in de jaren '50 en '60 een verplichting rustte om te onderzoeken welke gevaren het omgaan met de stoffen op het werk voor zijn werknemers met zich brachten. Daarbij is ook van belang de 'informatie die omtrent het betreffende gevaar buiten Nederland beschikbaar was, in het bijzonder wanneer die stof daar eerder dan in Nederland bedrijfsmatig gebruikt of geproduceerd werd'. Op de werkgever rust dus een onderzoeksplicht ten aanzien van de gevaren die aan de in zijn bedrijf verwerkte stoffen verbonden zijn; het 'behoren te kennen' is verbonden met het nemen van maatregelen om de kennis te vergroten, waarbij landsgrenzen niet tellen. Verder wordt de werkgever belast met het aangeven welke veiligheidsnormen indertijd gebruikelijk waren, waarbij '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' (ov. 3.4). Hier ziet men de 'state of the industry' afgezet tegen de 'state of the art', waarover dadelijk meer.

In het tweede standaard-arrest op dit terrein, *De Schelde* (NJ 1993, 686), doet de hoge raad nog een stap verder: indien de werkgever tekortgeschoten is in de naleving van veiligheidsnormen gericht op voorkoming van bekende gevaren, en het verzuim de kans op een asbestziekte voor de werknemer 'in aanmerkelijke mate heeft verhoogd', is de werkgever voor een daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk, 'ook al heeft die nalatigheid geleid tot de verwezenlijking van een haar *toen niet bekend gevaar*' (ov. 3.6, mijn curs). Deze regel werd de hoge raad door de staat voorgelegd in de 30 september 1994-zaken, maar de Raad kwam aan toepassing niet toe, aangezien hij van oordeel was dat er van geen verzuim met betrekking tot het treffen van veiligheidsmaatregelen met het oog op bekende gevaren sprake was (de gevaarlijke stoffen waren immers 'op deugdelijke wijze' begraven). In de Schelde-zaak was een volgende opzienbarende overweging dat het bewijsrisiko in welke periode het fatale asbestkristal ingeademd was door de werknemer, met name of dit een periode was waarin de werkgever niet nalatig geweest was bij het treffen van veiligheidsmaatregelen, op de werkgever gelegd werd (een *probatio diabolica*, een onmogelijk bewijs).¹⁰²

De regeling van aansprakelijkheid voor zaken, art. 6:173 is ook leerzaam voor ons onderwerp. De les die hieruit te trekken is, is dat voor de wetgever vaststaat dat op de vraag of een zaak gevaarlijk is geen antwoord past dat rechtstreeks afgeleid kan worden uit het type zaak waarvan sprake is, maar dat dit van de omstandigheden en het redelijke verwachtingspatroon van derden afhangt. De typisch 'gevaarlijke stoffen' hebben evenwel een aparte regeling in art. 6:175 gevonden, die eerder ter sprake is gekomen. Bij de omschrijving van wat onder gevaarlijke stoffen verstaan wordt heeft de wetgever aansluiting gezocht bij de Wet milieugevaarlijke stoffen; dit gebeurde op niet limitatieve wijze, dus slechts ter indicatie wat onder 'gevaarlijk' verstaan wordt. Vandaar dan ook dat de minister bij art. 75 lid 6 Wbb naar die regeling verwezen heeft. Aldus ook het genoemde vonnis Rb. Zwolle in *Staat - Bol* van 1994.

Kenmerkend voor het omgaan met gevaarlijke zaken is dat als het fout gaat de gevolgen vaak niet voorzienbaar waren; een ongeluk zit in een klein hoekje,

102. Ook voor deze problematiek verwijs ik naar boven, § 1, nr 6; onder, § 10, nr 2.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

maar dat pleegt men over het hoofd te zien. De pogingen van De Savornin Lohman c.s. om de voorzienbaarheid van (vermogens/-sanerings-)schade via de achterdeur weer binnen te halen heeft is door de ministers met klem van de hand gewezen.¹⁰³ In dit verband is het goed om erop te wijzen dat er een vaste rechtspraak van de hoge raad is dat bij schending van veiligheids- en verkeersnormen schade van uitzonderlijke aard aan de dader toegerekend wordt, als door hem veroorzaakt.¹⁰⁴ De analogie die zich hier opdringt, is dat ook bij bodemvervuiling in het verre verleden veelal ongeschreven regels van maatschappelijke zorgvuldigheid gelden, en soms ook geschreven, wettelijke regels. Eerder kwam de wetgeving uit de jaren '50 en '60 (en nog vroeger) ten aanzien van het omgaan met resten van bestrijdingsmiddelen ter sprake, die hier maatgevend zou moeten zijn. Zoals wij zagen, werd de hoge raad daarmee niet geconfronteerd in de zaken die leidden tot de 30 september 1994-arresten (zie boven, nr 7).

Tenslotte zou nog gewezen kunnen worden op het relativiteitsgehalte van art. 75 lid 6 Wbb, waarover heel wat heen en weer gestecheld is tussen regering en Kamer; de afloop was deze, kort gezegd, dat de regering het er (uiteindelijk) op hield dat het relativiteitsvereiste niet als zodanig terzijde gesteld was met de nieuwe regeling, maar dat daaraan inhoud gegeven was met lid 6. Aldus werd het hoofd geboden aan de barrière die de hoge raad in zijn rechtspraak opgeworpen had aan het verhaal van saneringskosten bij oud zeer, de ratio van de wettelijke regeling, zoals tenslotte ook in confesso was tussen partijen.

Welnu, naar geldend recht is op relativiteit van het onrechtmatig handelen art. 6:163 van toepassing, en blijkens de parlementaire geschiedenis van dat artikel is zoals boven al naar voren gebracht werd geen voorzienbaarheid van de schade vereist (en evenmin schuld aan de schade). Ook vanuit dat gezichtspunt is het dus buiten de orde om in kader van art. 75 lid 6 Wbb het vereiste van voorzienbaarheid van schade te stellen, in enigerlei vorm.

Indien wij het slagveld van de 'ernstige verwijtbaarheid', etc. van art. 75 lid 6 Wbb overzien, dringt de conclusie zich op dat, zoals zo vaak, de strijd een beter doel waard was geweest. Het semantisch geweld van de volksvertegenwoordigers en commentatoren voegt weinig toe aan de betekenis die men naar geldende rechtsopvattingen aan de wetstekst in redelijkheid zal kunnen verbinden. Als men deze nieuwe aansprakelijkheid plaatst naast de bestaande vormen van aansprakelijkheid op vergelijkbare gebieden, steeds in gevallen waar sprake is van het scheppen van bepaalde gevaren of risico's,

103. Lohman sputtert nog wel na, maar dat kan niet echt overtuigen, vgl. *Bouwrecht* 1994, p. 814. De MvA EK spreekt duidelijke taal op dit punt, t.a.p. Aldus ook *Bauw*, p. 614 v. Vgl. in andere zin, *Wagemakers*, *NJB* 1994, p. 1034.

104. Ik verwijs naar het standaard-arrest *Verluis*-arrest (*NJ* 1980, 77) waarin gesproken wordt van normen die 'in de regel strekken ter voorkoming van verkeers- of arbeidsongevallen', en de jurisprudentie die volgde: via *Jumbo III*, *NJ* 1995, 182, werd een volgende stap gezet en de schending van *ongeschreven* normen, algemene zorgvuldigheidsnormen dus, voldoende geacht voor deze verzwaarde causaliteitsregel, in het eerder besproken HR 13 jan. 1995, *NJ* 175, *Ziekenhuis De Heel - Korver*. Het betrof hier de schending van veiligheidsnormen bij de behandeling van patienten (het voorkomen dat de patient bij het ontwaken uit narcose uit zijn bed kan vallen). Voor een bespreking van die jurisprudentie verwijs ik naar § 11.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

wordt duidelijk dat het adjektief ‘ernstig’ een uiterst beperkte meerwaarde heeft.¹⁰⁵ Wat sneu voor degenen die dat ernstig genomen hebben en daarin hun heil zochten om de begerige overheid kort te houden bij het zoeken van verhaal voor oud zeer bij het bedrijfsleven.

State of the art en state of the industry in art. 75 lid 6 Wbb

Het op ernstig verwijtbare wijze omgaan met stoffen waarvan men zich ontdoet, die ernstige gevaren in zich bergen, is door de wetgever nader uitgewerkt in onderdeel 6b, de leden 1 en 2: ‘in het bijzonder’ moet hierbij gelet worden op de destijds in vergelijkbare bedrijven gebruikelijke bedrijfsvoering (1) en op de destijds bestaande redelijkerwijs toepasbare alternatieven. Hierin wordt doorgaans de ‘state of the industry’ in herkend, terwijl het verdergaande vereiste van ‘state of the art’ in onderdeel 6a neergelegd zou zijn: het bekend zijn of behoren te zijn met de gevaren van de stoffen. In dit bestek moet ik met enkele korte opmerkingen over deze materie volstaan.

Om met dat laatste te beginnen, ook op dit punt is een wat warrige discussie ontstaan; sommige schrijvers, zoals Lohman en Bauw, ontkennen dat in onderdeel 6a de stand van wetenschap en techniek (state of the art) neergelegd is, en wel omdat kleine bedrijven minder streng beoordeeld zouden moeten worden dan grote bedrijven, ten aanzien van de kennis van de gevaren van stoffen.¹⁰⁶ Dit is een weinig gangbare wijze van omgaan met het begrip ‘state of the art’; ook binnen die rechtsfiguur is het gebruikelijk om te differentiëren, en de omvang van het bedrijf, specialisatie, aanwezige know-how, kenmerken van de branche (internationale contacten), etc., te laten meewegen. Het loont de moeite om de rechtspraak op dit punt nader te onderzoeken. In het bouwrecht zijn er uitspraken waarbij de ervaring in het buitenland met nieuw materiaal (dakbedekking, bijvoorbeeld) de nederlandse aannemer toegerekend wordt, in de zin dat hij ermee bekend had kunnen zijn. Indien het bedrijf onderdeel is van een buitenlands moederbedrijf ligt dit nog eenvoudiger: men moet dan gebruikmaken van de kennis die in het concern aanwezig is bij de werkzaamheden in ons land. Aldus de hoge raad in *Janssen - Nefabas* (1990), de asbestose-zaak (Nefabas was een dochter van Eternit). In dat arrest, evenals in het arrest inzake *De Schelde* (1993), werd met nadruk op het belang van de ervaring in het buitenland gewezen, met name indien men daar eerder met die stoffen tewerk gegaan was. Het ligt voor de hand dat die jurisprudentie ook bij toepassing van art. 75 lid 6 Wbb inachtgenomen moet worden.

Een vergelijking met de produktenaansprakelijkheid is hier op zijn plaats; in art.6:185a, sub *e* kennen wij eveneens de state of the art-figuur. Daarbij is de zogenaamde ‘risk/utility analysis’ van belang, ook wel bekend als de ‘Wade factors’; deze benadering is door de hoge raad aanvaard in het *Halcion*-arrest

105. Ook het verzet van de regering tegen de voorgestelde wijziging, waarbij volgens haar tegenstanders een zig-zag koers gevolgd werd (met name ten aanzien van de vraag of de onderdelen 1 en 2 van 5b limitatief waren of niet), lijkt weinig met het recht der werkelijkheid van doen te hebben, evenals trouwens de terrier-achtige reacties van senatoren en hun secondanten in de Tweede Kamer. Ik zie ervan af om die (eindeloze) discussie weer te geven, die overigens ook al bij Bierbooms aan de orde kwam.

106. De Savornin Lohman, *BR* 1994, p. 295 v.; Bauw, t.a.p., p.597.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

(*NJ* 1990, 652) bij de aansprakelijkheid voor gebrekkige medicijnen.¹⁰⁷ Bepalend is hierbij: ‘The availability of a substitute produkt which would meet the same need and not be as unsafe’; ‘the manufacturer’s ability to eliminate the unsafe character of the produkt without impairing its usefulness or making it too expensive to maintain its utility’. Iets van deze benadering vinden wij terug in de toelichting van de regering op onderdeel 2 van 6b, de toepasbare alternatieven; daarbij is namelijk ook het produktieproces als zodanig betrokken, niet uitsluitend de problematiek van het zich ontdoen van schadelijk afval.¹⁰⁸ Hierbij geldt: hoe giftiger de stof, hoe meer inspanning het bedrijf zich zal moeten getroosten om goede oplossingen te vinden voor het omgaan met die stof, zowel met betrekking tot het in produktie nemen als het zich ontdoen van afval.

Daarmee zijn wij op de state of the industry gekomen, de vraag hoe men in vergelijkbare bedrijven met schadelijk afval omging. Ik hoorde via wandelgangen al dat sommige rechtbanken daarbij uitsluitend de provinciegrenzen voor ogen hebben (‘wat deed men in die tijd in Gelderland?’), maar zo’n vorm van provincialisme moet te weerleggen zijn, misschien pas na hoger beroep. Het criterium werd ingevoerd als ‘aanscherping’ van de aansprakelijkheid, aangezien op andere onderdelen van het aansprakelijkheidsrecht dit verweer niet opgaat. Het is hier trouwens geen verweer voor gedaagde, aangezien de staat met het bewijs belast is (eveneens een aanscherping). Daar staat tegenover dat op de gedaagde een stelplicht rust ten aanzien van bedrijfsvoering, kennis van zaken en overige omstandigheden in de bedrijfstak, die soms in een verplichting tot het meewerken aan de bewijsvoering van de tegenpartij (staat) kan overgaan. Men zie de genoemde rechtspraak in asbestzaken en verder de algemene jurisprudentie over bewijslastverdeling bij onrechtmatige daad; ik verwees al naar mijn recente AA-artikel op dit gebied.

Conclusies

Indien wij de nieuwe regeling overzien, als de stofwolken opgetrokken zijn, kan men concluderen dat het nieuwe verhaalsrecht voor oud zeer er niet eenvoudiger op geworden is, maar dat het in hoofdlijnen niet al te zeer afwijkt van hetgeen het aansprakelijkheidsrecht altijd al te bieden had. Het nieuwe jasje zit wat vreemd en is van een buitenissige snit, maar er valt in te werken.

De conclusie van schrijvers als Bauw, dat met de nieuwe formule aan de staat ‘zwaardere eisen’ gesteld worden dan in het verleden (p. 597) is naar mijn mening niet gebaseerd op inzichten uit het geldende aansprakelijkheidsrecht. Dat geldt ook voor de observatie van Drupsteen, kort na invoering, die weinig toepassingsmogelijkheden zag voor het artikel.¹⁰⁹ Voor een dergelijk pessimisme, dat ook in VROM-kringen te horen was, leek mij indertijd weinig grond te bestaan (vgl. *TMA* 1995), mits hoge eisen gesteld kunnen worden aan het procederen (meesterschap is vakmanschap, tenslotte). Intussen is mijn zienswijze bevestigd in de recente lagere rechtspraak, waar het artikel toegepast

107. Zie hiervoor boven, § 6, nr 6.

108. Vgl. Bierbooms, t.a.p. (1995), pp. 99, nt 13; 103; in dezelfde zin Bauw, p. 598, met vindplaatsen.

109. *NJB* 1995, p. 1171.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

wordt, na een gewenningstijd, in de door wetgever bedoelde zin en in overeenstemming met het algemene aansprakelijkheidsrecht: een correctie op de toepassing van het relativiteitsvereiste op dit type zaken door de hoge raad.

Het Akzo-arrest (2001): de hoge raad wil de klok terugdraaien wat 'ernstig verwijtbaar' betreft

De bovenstaande beschouwingen zijn uit de vorige druk; kort voor de 4e druk verscheen een uitspraak van de hoge raad in de Akzo-zaak (inzake de HCH-berg in Hengelo) waarin het Hof Arnhem arrest gewezen had in de lijn van het hierboven door mij ingenomen standpunt.¹¹⁰ Die visie is door de hoogste rechter overruled; de praktijkjurist gaat dan doorgaans over tot de orde van de dag, verheugd of verdrietig, maar de wetenschappelijke jurist (of cassatie-advokaat) heeft het probleem dat hij graag wil begrijpen waarom het zo gebeurd is, en – ook van belang voor de praktijk – wil weten of het waarschijnlijk is dat de hoge raad bij dat standpunt zal blijven, bijvoorbeeld gezien de samenstelling van de kamer die het oordeel velde, de jurisprudentie op aangrenzende gebieden, e.d. Het arrest is in ferme termen gewezen, dat wel, maar heeft inhoudelijk geringe overtuigingskracht; zo is het beroep op de wetsgeschiedenis van de Wbb uiterst aanvechtbaar; de uitgesproken visie die Spier in zijn vorig leven daarover had, klinkt door in zijn conclusie als a-g. Nu is de parlementaire geschiedenis, zoals boven al bleek (zie het begin van deze sub-paragraaf), een heel bochtig parcours, en niet iedereen heeft daarbij altijd dezelfde bocht genomen, bij de weergave ervan. Het is hier niet de plaats om uitvoerig op deze materie in te gaan; ik volsta met de weergave van het arrest, met enkele korte kanttekeningen. Recht is een kwestie van geduld (vooral als het krom is), en bovendien hangt veel af van de wijze waarop deze uitspraak toegepast zal gaan worden door de lagere rechter.

In het geding is ernstige bodemvervuiling met uiterst giftige stoffen afkomstig van een enorme toxische berg op een terrein in Hengelo. Het gaat, kort gezegd, om afvalstoffen vrijgekomen bij de productie door Stork begin jaren '50 van HCH, een insecticide (al lang verboden), ook verhandeld onder de naam Lindaan. In Hengelo, Enschede en Oldenzaal werden vanaf 1977 verontreinigingen van grond en grondwater aangetroffen met HCH en daarvan afgeleide isomeren aangetroffen (en kwik), die ten dele chronisch toxisch zijn, zeer persistent en accumulerend in organisch materiaal. De berg had in de begintijd een omvang van zo'n 5.500 ton (zo'n 15 m hoog) en lag op een terrein dat in 1954 door Stork aan de rechtsvoorganger van Akzo verkocht werd, de buurman van Stork, met wie ook een samenwerkingsverband bestond. Dankzij de mooie regel: 'natrekking is natrekking' werd Akzo de gelukkige eigenaar van de HCH-berg. Die voorstelling van zaken is wat te rooskleurig: Akzo wilde wijselijk van de berg af (de productie van HCH was in 1954 gestaakt), en verkocht een deel van de berg aan een Philips-dochter (vermoedelijk een wilde dochter) en liet de rest (4000 ton) naar de stort in Duitsland afvoeren in 1975, toen dat nog kon. Akzo heeft in de periode 1954 – 1970 regelmatig bouwactiviteiten ondernomen op het terrein, waarbij vrijkomende grond en puin afgevoerd werden door haar (onder)aannemers; verder werd van het terrein afkomstig zand gebruikt om gaten in de omgeving te vullen die door mijnzakkingen en gebroken pekelleidingen ontstaan waren.

De Staat (VROM), die bij Akzo verhaal zoekt voor de omvangrijke bodemsaneringskosten, gaat voor twee ankers liggen: art. 75 Wbb lid 1 (is gelijk aan art. 162,

110. HR 20 april 2001, NJ 561, Akzo Nobel Chemicals – Staat; Hof Arnhem 2 febr. 1999 TMA, p. 43.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

dus met relativiteitsvereiste) en lid 6. Het Hof Arnhem komt in een drietal tussenarresten tot de vaststelling dat Akzo aansprakelijk is op grond van lid 6. Aangezien de hoge raad daar anders over denkt, laat ik de overwegingen van de raad gewijd aan die van het hof hier ook volgen:

3.2.3 Het Hof heeft in zijn tussenarrest van 19 maart 1996 geoordeeld dat Akzo niet jegens de Staat onrechtmatig heeft gehandeld als bedoeld in art. 75 lid 1 Wbb. Met betrekking tot de subsidiaire grondslag heeft het Hof in dit arrest overwogen dat Akzo in de bewuste periode bekend was met HCH en uit de literatuur ook bekend was met de gevaren daarvan, waaraan het Hof toevoegt dat besef van de gevaren van bodemverontreiniging door HCH geen voorwaarde is die besloten ligt in art. 75 lid 6 Wbb (rov. 5.5.8). Ten aanzien van de tweede voorwaarde voor aansprakelijkheid op grond van art. 75 lid 6 Wbb heeft het Hof geoordeeld dat 'ernstig verwijtbaar' een schuldgradatie inhoudt die boven het normale schuldbegrip uitgaat (rov. 5.6.4). In verband met zijn beoordeling van de vraag of Akzo verantwoordelijk kan worden gehouden voor het afvoeren van met HCH verontreinigde grond en puin door (onder)aannemers in het kader van de in de periode na 1954 tot in ieder geval 1970 verrichte bouwactiviteiten (zie hiervoor in 3.1 onder (v)) is het Hof, op het voetspoor van de Rechtbank, uitgegaan van het vermoeden dat Akzo op de hoogte was van de verontreiniging van haar bedrijfsterrein, tegen welk vermoeden Akzo tegenbewijs zal mogen leveren (rov. 5.6.8). Bij zijn tussenarrest van 24 september 1996 heeft het Hof dienovereenkomstig Akzo toegelaten tot het bewijs van feiten en omstandigheden waaruit volgt dat zij niet op de hoogte was van de verontreiniging van haar bedrijfsterrein met HCH, toen grond en puin werden afgevoerd in verband met verbouwingen en nieuwbouw.3.2.4. Het Hof heeft in het tussenarrest van 2 februari 1999 overwogen dat Akzo 'strikt genomen' is geslaagd in het opgedragen bewijs, maar dat dit niet wil zeggen dat de vordering daarop moet afstuiten, aangezien de vraag is of dit gebrek aan wetenschap verschoonbaar is (rov. 2.3.3). Uit de in rov. 2.3.4 - 2.3.6 van dit arrest vermelde feiten en omstandigheden heeft het Hof vervolgens afgeleid dat Akzo 'had kunnen vermoeden dat de bodem van het bedrijfsterrein mogelijkverontreinigd zou kunnen zijn". Het had op haar weg gelegen een onderzoek in te stellen naar de vraag of het bedrijfsterrein verontreinigd was met giftige stoffen. Dit brengt mee dat zij zich niet erop kan beroepen geen wetenschap te hebben gehad van de verontreiniging van het terrein met HCH (rov. 2.3.7). In rov. 2.6.4 van dit arrest heeft het Hof overwogen dat Akzo, omdat zij zich had dienen te realiseren dat haar bedrijfsterrein ernstig was verontreinigd met HCH, een stof die in ernstige mate toxisch is, van welke giftige aard zij ook op de hoogte was, erop had moeten toezien dat deze verontreinigde grond niet in de omgeving zou worden gestort zonder afdoende voorzorgsmaatregelen te nemen. Nu Akzo dit heeft nagelaten, dient een en ander te worden aangemerkt als ernstig verwijtbaar handelen als bedoeld in art. 75 lid 6, onder b, Wbb, en is Akzo voor de gevolgen daarvan aansprakelijk.

Dan volgt de visie van de hoge raad, daartoe geadviseerd door a-g Spier:

3.3. Met het oog op de beoordeling van de in het middel vervatte klachten moet ten aanzien van de uitleg van art. 75 lid 6 Wbb het volgende worden vooropgesteld.

Uit de parlementaire geschiedenis van deze bepaling, zoals weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal Spier onder 3.3 - 3.7 en 4.6 - 4.28, blijkt dat in de eerste plaats, in verband met het arrest van de Hoge Raad van 9 februari 1990, nr. 14 130, NJ 1991, 462, is voorgesteld te bepalen het voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad geldende relativiteitsvereiste in die zin te beperken dat niet vereist is dat jegens de overheid onrechtmatig is gehandeld. In verband met bezwaren van de Eerste Kamer tegen de bepaling, zoals door de Tweede Kamer aangenomen, is een novelle (Kamerstukken II 1993-1994, 23 589, nrs. 1-2) ingediend, waarin is voorgesteld de onderhavige bepaling (destijds genummerd artikel 47 lid 5) te doen luiden, zoals is weergegeven in de conclusie onder 3.5. Bij nota van wijziging (Kamerstukken II, 1993-1994, 23 589, nr. 11) is vervolgens een - in die nota zelf niet toegelichte - wijziging voorgesteld in die zin dat in deze bepaling in plaats van 'verwijtbaar' en 'verwijtbaarheid' wordt gelezen: ernstig verwijtbaar, respectievelijk ernstige verwijtbaarheid.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

Bij de verdere behandeling van het wetsvoorstel is uitvoerig van gedachten gewisseld over de vraag of deze invoeging enige zelfstandige betekenis heeft, dan wel slechts een samenvattende aanduiding is van hetgeen reeds in lid 6, onder b, 1° en 2°, is neergelegd. Ofschoon in deze gedachtenwisseling niet steeds duidelijke standpunten zijn vertolkt, is de slotsom ervan, zoals overigens ook wel voor de hand ligt, onmiskenbaar geweest dat de vraag in eerstgemelde zin moet worden beantwoord (zie hetgeen omtrent deze gedachtenwisseling in de conclusie onder 4.25 - 4.28 is vermeld). Aangenomen moet worden dat, zoals uit deze gedachtenwisseling naar voren komt, met 'ernstig(e) verwijtbaar(heid)' een schuldgradatie wordt aangeduid, waarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat slechts aansprakelijkheid bestaat als opzettelijk of bewust roekeloos is gehandeld. Daarbij moet het derhalve gaan om gevallen waarin ondanks het bestaan van redelijkerwijs toepasbare alternatieven willens en wetens of met grove onverschilligheid ten aanzien van de gevolgen, kort gezegd, stoffen op of in de bodem zijn gebracht die tot verontreiniging hebben geleid.

3.4. Uit hetgeen hiervoor in 3.3 is overwogen volgt dat het Hof in rov. 2.6.4 van zijn tussenarrest van 2 februari 1999 hetzij is uitgegaan van een onjuiste opvatting omtrent de betekenis van het begrip 'ernstig verwijtbaar' hetzij zijn oordeel ontoereikend heeft gemotiveerd, nu de omstandigheden die het in aanmerking heeft genomen, wel het oordeel kunnen dragen dat Akzo verwijtbaar heeft gehandeld, in die zin dat haar schuld treft, maar niet tot de slotsom kunnen leiden dat Akzo opzettelijk of bewust roekeloos, anders gezegd ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. De onderdelen A en C, die hierover klagen, zijn gegrond.

3.5. Onderdeel B.1 richt zich met een rechtsklacht tegen rov. 5.5.3 van het tussenarrest van 19 maart 1996, waar het Hof met betrekking tot het begrip 'ernstige gevaren' in art. 75 lid 6, onder a, heeft overwogen dat het hier gaat om de gevaarlijke aspecten van de verontreinigende stoffen in het algemeen en niet om de gevaren voor mens en milieu van bodemverontreiniging door deze stoffen. De klacht treft doel. In aanmerking genomen dat deze bepaling deel uitmaakt van een wet die tot strekking heeft de bodem te beschermen, en onderdeel is van een regeling betreffende verhaal van kosten van onderzoek en sanering in geval van bodemverontreiniging, moet, mede gelet op haar formulering, worden aangenomen dat met 'ernstige gevaren' niet wordt bedoeld op de gevaren die in het algemeen aan een stof zijn verbonden, maar uitsluitend op de gevaren die voor mens en milieu bestaan wanneer deze stof op of in de bodem is gebracht. Anders dan het Hof heeft overwogen brengt deze uitleg niet mee dat afbreuk wordt gedaan aan de met deze regeling beoogde beperking van het relativiteitsvereiste, inhoudende dat niet is vereist dat onrechtmatig jegens enige overheid is gehandeld. Hetgeen hiervoor is overwogen brengt mee dat ook onderdeel B.2 gegrond is.

Men ziet dat de hoge raad, nog wel op grond van de parlementaire geschiedenis, de term 'ernstig verwijtbaar' gelijkstelt met de term 'opzettelijk of bewust roekeloos handelend'. Dat lijkt mij, bij redelijke wetstoepassing echt een brug te ver: indien dat de bedoeling geweest was, zou de wetgever dat toch met zoveel woorden opgenomen hebben (in een stuk wetgeving waar zoveel over te doen geweest is, waar halve veldslagen over gevoerd zijn); het is in tegendeel stap voor stap gegaan, van 'verwijtbaar' naar 'ernstig verwijtbaar'. 'Opzet en grove schuld', hetgeen aanvankelijk in de bedoeling van de sterke man van het bedrijfsleven, Wagemakers, was, is tenslotte 'ernstig verwijtbaar' geworden, zie boven. Het zijn juridische schuldgradaties die bekend zijn, ook al is het in de praktijk niet altijd even eenvoudig om grenzen te trekken; in het contractenrecht wordt bijvoorbeeld in de jurisprudentie met betrekking tot exoneratieclausules een duidelijk onderscheid gemaakt tussen ernstige fouten en grove schuld grenzend aan bewuste roekeloosheid (zie daarover Deel 1, Hfdst. 4, § 2, nr 10 v.).

Wat daarvan zij, er hoeft geen bloed uit te vloeien wanneer men de omschrijving van de raad in dit arrest: 'met grove onverschilligheid ten aanzien

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

van de gevolgen', enigszins serieus neemt. Het gaat hier immers niet om het chemisch wasserijtje op de hoek, maar een chemiereus als Akzo, die weet waar het om gaat bij HCH, volgens kennis die in ons land aanwezig is, of op grond van hetgeen in het internationale netwerk van een chemische international bekend is. Geen vreemdeling in het Jeruzalem van enge stoffen, dus. In het kader van het scheiden van 'bokken en schapen', dat senator Wagemakers voor ogen stond (evenals het bedrijfsleven zelf), kan een bedrijf met zoveel know-how in huis of binnen handbereik zich niet als schaap voordoen. Terecht nam het hof een vermoeden van kennis bij Akzo aan, en een onderzoekplicht naar de ernst van de verontreiniging.

In de laatste overweging maakt de hoogste rechter een onderscheid tussen gevaren die in het algemeen bekend zijn als aan een stof verbonden en gevaren voor mens en milieu wanneer die stof in de bodem is gebracht, hetgeen het hof uit het oog verloren zou hebben. Ik denk dat de kortzichtigheid bij de hoge raad zit; ik verwijs naar de discussie die hierover rond art. 6:175, gevaarlijke stoffen, gevoerd is, en het standpunt dat de hoge raad op het terrein van asbestgevaaren ingenomen heeft (zie behalve boven, nr 7, ook § 4, nr 4). De wetgever heeft bij art 75 Wbb nota bene naar art. 6:175 verwezen; ook sprak hij van de 'verhoogde kans op schade voor personen of zaken' die de stoffen in zich bergen, bij de omschrijving van 'ernstig gevaar'.

Het lijkt een herhaling van zetten. Bovendien kan bij resten van bestrijdingsmiddelen het volgende opgemerkt worden. Dat een dermate toxische stof als HCH en daarvan afgeleide reststoffen niet in bodem of grondwater terecht mogen komen blijkt afdoende uit de bestrijdingsmiddelen-wetgeving sinds 1934, die hierboven bij de arresten van 1994 inzake *Shell* en *Duphar* aan de orde gekomen is (zie nr 7). De hoge raad heeft kennelijk nog steeds zijn huiswerk niet gemaakt, evenmin als het OM.

Een bekend element is hier ook – geen 'feest der herkenning', overigens – dat aansprakelijkstelling van berg-eigenaar Akzo niet hoeft te betekenen dat zij voor het volle pond de saneringskosten in Hengelo en andere gemeenten hoeft te dragen. In het kader van de Wbb kan matiging toegepast worden; Akzo was niet zelf producent van die HCH, etc. geweest, plaatselijke overheden kunnen hebben zitten slapen, of gedoogd hebben, waardoor de bodemvervuiling verergerd is, etc. Het is geen alles of niets, waartussen gekozen moet worden door de rechter.

De staat heeft overigens voorjaar 2004, op de laatste dag van de termijn, de procedure in de *Akzo*-zaak voortgezet, waarbij na verwijzing de feiten op een rij gezet moeten worden.

De hoge raad heeft in zijn standpunt volhard, met het arrest *Total – Staat*, uit 2002.¹¹¹ Het arrest heeft weer alle kenmerken van een (rechts-)politieke uitspraak; het genuanceerde oordeel van het hof wordt terzijde geschoven met de formule van het *Akzo*-arrest. Een belangrijk element was het bestaan van Hinderwetvergunning-voorwaarden, die Total niet nageleefd had. De raad volgt a-g Spier in diens opvatting dat die voorwaarden slechts met *brandbaarheid* van de stoffen te maken had, en niet met de milieu-aspekten, en dat het technisch

111. HR 25 okt. 2002, NJ 2004, 211, *Total – Staat*.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

rapport van het Instituut voor Milieuvraagstukken van de VU Amsterdam geen uitsluitel zou geven over gevaren voor mens en milieu bij het in de bodem laten lopen van olieprodukten. Beide punten komen niet erg geloofwaardig over indien men bedenkt dat het om bedrijfsmatig omgaan met chemische stoffen op grote schaal gaat, de kennis die daarover in professionele kringen aanwezig is in de betreffende periode. Het is dus niet de benzinepomp om de hoek (die in het verleden vaak streng aangepakt werd). Ik verwijs hiertoe naar mijn eerder naar voren gebrachte argumenten, zoals het standpunt van de minister over het omgaan met gevaarlijke stoffen en de vereiste kennis van gevaren *in het algemeen* bij de parlementaire behandeling van art. 6:175 BW, nota bene een meer algemene bepaling dan het onderhavige artikel uit de Wbb. Het is ook opvallend dat in het *legionella*-arrest, uit hetzelfde jaar, een geheel ander standpunt ingenomen wordt ten aanzien van aansprakelijkheid voor onbekende gevaren.¹¹² Daarbij werd een klein bedrijf, exposant van een whirlpool op de West-Friese Flora, kennis over bacteriën toegerekend die het zeker niet in huis had, maar die wel in zijn risikosfeer lag. Hier lijkt het soldatenliedje van vroeger op zijn plaats te zijn, over het spinneweb: 'De groten gaan erdoor, de kleintjes blijven hangen'.

Ik volsta hier verder met de weergave van het arrest van het hof, dat door mij onderschreven wordt, gevolgd door de cassatie ervan door de hoge raad.

Het betrof bodemvervuiling van een opslagterrein van olieprodukten in Almelo, 2 bovengrondse en 23 ondergrondse opslagtanks, in de periode van 1969 tot 1976. In dat laatste jaar werd het terrein aan Best Oil verkocht, dat in 1981 de activiteiten gestaakt heeft (het werd toen parkeerterrein). Het Hof Den Haag stelt vast, behoudens tegenbewijs, dat zich na 1 jan. 1975 overstromingen van aardolieprodukten bij het lossen van schepen en morsingen van die produkten bij het laden van tankauto's hebben voorgedaan. Het hof komt tot aansprakelijkheid van Total met de volgende overwegingen:

'21. Uit de aan de Hinderwet-vergunning verbonden voorwaarden, alsmede uit de door de Staat overgelegde documentatie volgt dat Total de ernstige gevaren kende die aan de opslag/overslag e. d. van de door haar verhandelde aardolieprodukten waren verbonden, althans dat zij deze gevaren behoorde te kennen. Bedoelde voorwaarden (zie bijv. de algemene voorwaarden voor ondergrondse voorraadtanks en afleverpompen voor benzine, superbenzine, petroleum en (auto)gasolie nummers 15, 17, 18, 19 en 24, behorend bij de vergunning van 15 oktober 1969, productie 6 bij conclusie van repliek) waren (onder meer) gericht op het voorkómen van lekken en morsen van vloeistoffen, hetgeen zelfs uitdrukkelijk als voorwaarde 24 in voormelde vergunning is opgenomen. Ook volgens het - in zoverre niet door Total bestreden - rapport van het Instituut voor Milieuvraagstukken van de Vrije Universiteit te Amsterdam van december 1988 (productie 16 bij conclusie van repliek) waren deskundigen, tot wie ook de grote oliemaatschappijen (zoals Total) kunnen worden gerekend, gedurende de (onderzochte) periode van 1950 tot 1970 op de hoogte van het gevaar voor mens en milieu van het in de bodem terecht komen van aardolieprodukten en had de Nederlandse oliehandel redelijkerwijs vanaf het midden van de jaren vijftig en zeker gedurende de jaren zestig op de hoogte kunnen zijn van het gevaar daarvan voor mens en milieu. Dit wordt in grote lijnen bevestigd door het rapport van hetzelfde instituut van september 1995 (productie 1 bij akte houdende eiswijziging en overlegging producties).

112. HR 29 nov. 2002, *NJ* 2003, 549, nt JBMV; zie nader boven, Hfdst. 11, § 2, nr 6. Vgl. ook: W.Th Braams, *Déjà vu*. Het voorzorgbeginsel en de aansprakelijkheid voor onbekende gevaren, *TMA* 2003, p.147.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

22. De vraag of er destijds redelijkerwijs toepasbare alternatieven bestonden is in deze zaak niet van belang, omdat het vullen van tanks met inachtneming van de hindervoorwaarden mogelijk was en met voldoende toezicht en voldoende instructies aan het personeel kon geschieden zonder verontreiniging te veroorzaken. Het verwijt aan Total is dat zij, dan wel haar personeel, de op voorkoming van verontreiniging gerichte voorschriften niet hebben nageleefd.

23. Total had bovendien, zoals door de Staat gesteld en door Total niet betwist, een - reeds in het rapport van de Benzinecommissie van 1960 besproken - (electrische of andere) alarminrichting kunnen installeren. Gesteld noch gebleken is dat Total daarover beschikte. Best Oil stelt onvoldoende betwist (en bevestigd door de verklaring van getuige Oude Breuil) dat zij direct na overname van het depot van Total een alarminstallatie heeft aangeschaft.

Het hof kan de hoogste rechter niet overtuigen, die tot cassatie overgaat, met deze overwegingen:

‘4.7 In zijn arrest van 20 april 2001, *NJ* 2001, 561, heeft de Hoge Raad overwogen dat met "ernstig(e) verwijtbaar(heid)" in art. 75 lid 6 Wbb een schuldgradatie wordt aangeduid, waarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat slechts aansprakelijkheid bestaat als opzettelijk of bewust roekeloos is gehandeld. Daarbij moet het derhalve gaan om gevallen waarin ondanks het bestaan van redelijkerwijs toepasbare alternatieven willens en wetens of met grove onverschilligheid ten aanzien van de gevolgen, kort gezegd stoffen op of in de bodem zijn gebracht die tot verontreiniging hebben geleid. Ten aanzien van het begrip "ernstige gevaren" in art. 75 lid 6 Wbb heeft de Hoge Raad in dit arrest overwogen dat het daarbij niet gaat om de gevaren die in het algemeen aan een stof zijn verbonden, maar uitsluitend om de gevaren die voor mens en milieu bestaan wanneer deze stof op of in de bodem is gebracht.

In het licht van dit een en ander heeft het Hof door te overwegen en te oordelen als het in rov. 20-24 heeft gedaan hetzij deze maatstaven miskend en aldus blijk gegeven van een onjuiste opvatting omtrent de begrippen "ernstig (e) verwijtbaar(heid)" en "ernstige gevaren", hetzij zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd, nu de door het Hof in rov. 21-24 in aanmerking genomen omstandigheden niet tot de slotsom kunnen leiden dat Total opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld, en daaruit evenmin kan volgen dat sprake is van ernstige gevaren voor mens of milieu wanneer olieproducten op of in de bodem zijn gebracht. Bij dit laatste verdient aantekening dat dit niet voortvloeit uit de aan de Hinderwetvergunning verbonden voorwaarden, nu deze voorwaarden blijkens hetgeen is vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 5.24 zien op de brandbaarheid van deze stoffen en niet op bodemverontreiniging, en voorts dat het Hof ten aanzien van het rapport van het Instituut voor Milieuvraagstukken van de Vrije Universiteit te Amsterdam niet heeft vastgesteld dat sprake is van ernstige gevaren voor mens en milieu door het in de bodem terechtkomen van aardolieproducten.

De onderdelen 3.1.2, 3.2.1, 3.3.1 en 3.3.2 treffen derhalve doel.

4.8 De onderdelen 3.3.3 en 3.3.4 klagen dat het Hof ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de in art. 75 lid 6, onder b, 1°, neergelegde maatstaf, en ten aanzien van de maatstaf van lid 6, onder b, 2°, ten onrechte heeft geoordeeld dat in deze zaak niet van belang is of destijds redelijkerwijs toepasbare alternatieven bestonden. Dienaangaande overweegt de Hoge Raad dat, ofschoon de parlementaire stukken met betrekking tot deze bepalingen niet in alle opzichten volstrekt duidelijk zijn, tekst en strekking van lid 6 meebrengen dat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van ernstige verwijtbaarheid beide bepalingen in aanmerking moeten worden genomen, en dat in beginsel slechts van ernstige verwijtbaarheid sprake is indien de veroorzaker zich wat betreft zijn bedrijfsvoering in negatieve zin heeft onderscheiden van de destijds in vergelijkbare bedrijven gebruikelijke bedrijfsvoering en voor hem destijds redelijkerwijs toepasbare alternatieven bestonden. De onderdelen zijn derhalve gegrond.

4.9 Uit het vorenoverwogene volgt dat het bestreden arrest niet in stand kan blijven. De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.’

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

De laatste jaren is bij verhaalsaktes wegens bodemverontreiniging in het kader van de Wbb door eisers het accent verlegd van onrechtmatig handelen naar een ongerechtvaardigde verrijking die plaats gevonden heeft aan de zijde van de eigenaar van een perceel, ten nadele van de overheid, die saneringskosten gemaakt heeft (ex art. 75, lid 3 Wbb). Niet zonder succes, al zijn ook op dat terrein problemen opgeworpen door gedaagden. Aanvankelijk wilde men gewoon bij de verrijkingsakte het relativiteitsvereiste gehanteerd zien, sindsdien is het arsenaal van verweren aanzienlijk toegenomen, en verfijnder geworden. Kan een economisch eigenaar eigenlijk wel verrijkt zijn? Wat indien er geen sprake is van enige speculatie bij verkrijgen van het vervuilde perceel? Er moet toch ook onrechtmatig gehandeld zijn door de verrijkte persoon? Wat indien zijn rechtspersoon een andere is dan de rechtspersoon die het perceel verworven heeft? Etc., etc. Aangezien deze problematiek samenhangt met het rechtskarakter van de verrijkingsakte – waarbij zich overigens wreekt dat dit een tamelijk onderontwikkeld deel van het recht is – zal op de plaats in dit werk waar dat leerstuk behandeld wordt op de Wbb-jurisprudentie ingegaan worden, in Hoofdstuk 13.

9. *Verjaring van aansprakelijkheid, met name in geval van slopende ziekte en slapende schade. Werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten vergeleken met medische aansprakelijkheid voor kunstfouten*

Verjaring is wat ondergewaardeerd leerstuk dat bij nadere kennismaking aanzienlijk gecompliceerder is dan op het eerste gezicht het geval lijkt te zijn. Met de wijziging die de wetgever naar internationaal voorbeeld aanbracht met art. 3:310 BW is verjaring er niet eenvoudiger op geworden; de grondslag van verjaring is allereerst verlegd van het *ontstaan van de schade* (oud BW) naar de *gebeurtenis waardoor de schade veroorzaakt is*.

Het begrip ‘gebeurtenis’ wordt omschreven als een ‘voortdurend feit’ of een ‘opvolging van feiten met dezelfde oorzaak’. Daarmee komen schadegevallen in beeld die een lange ontstaansgeschiedenis hebben, zoals sommige beroepsziekten met een lange latentietijd of bodemvervuiling die druppelsgewijs plaatsvindt, uit een lekkende leiding of vat. Een groot aantal schadegevallen wordt aldus in de werkingssfeer van verjaring gebracht. In het wettelijk systeem kennen wij de *absolute* verjaring van een vordering na 20 jaar (voor milieuvorderingen verlengd tot 30 jaar) en een *relatieve* verjaring van 5 jaar, die begint te lopen wanneer men bekend geworden is met de grond van de vordering tot schadevergoeding en het bestaan van de aansprakelijke persoon.

Dit nieuwe systeem werd al vrij snel op de proef gesteld op het terrein van werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten, met name asbestziekten. Het aantal procedures waarin ex-werknemers hun ex-werkgever aansprakelijk stellen voor het blootgesteld zijn aan asbeststof tijdens het werk, met vele jaren later een asbestziekte als gevolg, is de laatste jaren aanzienlijk toegenomen. Het springende punt is of de vordering niet verjaard is op het moment van de instelling ervan, dat gebeurt per definitie jaren nadat het dienstverband beëindigd werd, vanwege de lange latentietijd van asbestziekten. Hierbij moet een onderscheid gemaakt worden tussen de twee asbestziekten waarover

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

tegenwoordig geprocedeerd wordt: *asbestose* ('asbest'- of 'stoflong') en *mesothelioom* (de derde asbestziekte: *longkanker* is minder gemakkelijk als asbestziekte te onderkennen, en wordt bovendien in combinatie met roken opgelopen, hetgeen de causaliteitsvraag nog complexer maakt). Bij mesothelioom kan het 20-40 jaar (60 komt ook voor) duren voordat de ziekte zich openbaart, met een zekere dodelijke afloop, doorgaans binnen anderhalf jaar. In geval van asbestose wordt de ziekte veel eerder vastgesteld, vaak al enkele jaren na afloop van de werkzaamheden waarbij met asbest omgegaan werd; het ziektebeeld is hier het langzaam achteruitgaan van de longfuncties, met de daarbij behorende klachten. In beide gevallen kan sprake zijn van verjaring van de vordering van de werknemer tot schadevergoeding, maar de achtergrond is hierbij verschillend. Bij gevallen van mesothelioom is doorgaans het probleem dat de verjaringstermijn van 20 of 30 jaar al verstreken is voordat de ziekte zich geopenbaard heeft; bij asbestose is het echter meestal zo dat de ziekte zich binnen de verjaringstermijn voordoet, het slachtoffer kan dus een aktie instellen en heeft dat in enkele gevallen tot in hoogste instantie gedaan in het verleden. Het probleem dat zich hier kan voordoen is dat het slachtoffer geen notie heeft de mogelijke aansprakelijkheid van zijn ex-werkgever voor zijn ziekte zodat ook de gedachte aan schadevergoedingsakties niet bij hem opkomt, of pas wanneer het te laat is en zijn vordering verjaard is.

Daarnaast brengt het typische ziektebeeld van mesothelioom een aparte verjaringsvraag met zich, namelijk op welk moment sprake is van het krijgen van de ziekte, wat is de gebeurtenis die aanleiding tot een vordering tot schadevergoeding zou kunnen geven en daarmee het beginpunt van de verjaringstermijn is? Is dat moment waarop het asbestkristal zich in de longwand nestelt, of dat wanneer het ingekapselde kristal zich tot een kwaadaardig gezwel ontwikkelt, vele decennia later? Men kan zich voorstellen wat het werkgevers-, en wat het werknemersstandpunt hier is, met diametraal verschillend resultaat ten aanzien van de verjaring van de vordering. Dit vraagt om een analyse wat hier onder 'gebeurtenis' verstaan moet worden, tegenwoordig in de zin van art. 3:310 lid 3 BW.

Daarmee is de kernvraag bij deze bespreking van de verjaring weergegeven. Bij de behandeling daarvan zal ook te rade gegaan worden bij de jurisprudentie van de hoge raad op het terrein van medische aansprakelijkheid, in geval van fouten in het verre verleden, met name het recente arrest *Diaconessenhuis* (1995).¹¹³

In 1992 is bij Wetsontwerp 22 599 een aanvulling gegeven aan art. 3:310 BW die in 1993 van kracht geworden is: de leden 2 t/m 4. Daarbij werd in lid 2 bepaald dat de normale (nieuwe) verjaringstermijn van 20 jaar voor schadevergoedingsakties (art. 3:310 lid 1), vervangen wordt door een van 30 jaar in geval van verontreiniging van lucht, water of bodem. Dat gebeurde op aandrang van de Kamer; de minister liet zich bij die wijziging leiden door de regeling van het ontwerp-art. 6:175 BW, aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen, dat op handen was (en intussen per 1 januari 1995 van kracht gewor-

113. De hier volgende beschouwingen zijn ontleend aan mijn artikelen in *TMA* 1996, pp. 17 v.; 116 v.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

den), waarbij de termijn van 20 jaar voor toekomstige gevallen van milieuverontreiniging pas begint te lopen bij het bekend worden van de schade.¹¹⁴

Bij de wijziging van de verjaringstermijn tot 30 jaar werd lid 3 toegevoegd, waarin het begrip 'gebeurtenis' omschreven werd, namelijk: 'een plotseling optredend feit, een voortdurend feit of een opeenvolging van feiten met dezelfde oorsprong'. In geval van een voortdurend feit begint de termijn van 30 jaar van lid 2 te lopen 'nadat dit feit is opgehouden te bestaan'; in geval van een opeenvolging van feiten met dezelfde oorzaak begint de termijn te lopen 'na dit laatste feit'. Aan lid 3 van art. 310 is uitdrukkelijk terugwerkende kracht gegeven, bij art. 119a lid 3 OW.¹¹⁵

Met de omschrijving van de gebeurtenis in lid 3 heeft de wetgever aansluiting gezocht bij het ontwerp-verdrag van de Raad van Europa inzake aansprakelijkheid voor milieugevaarlijke activiteiten ('Civil liability for damage resulting from activities dangerous to the environment'), art. 18 (het Verdrag van Lugano).¹¹⁶ Hierin is sprake van dezelfde termijnen die onze wetgever uiteindelijk aanhield in art. 3:310 BW, namelijk 5 en 30 jaar. Het artikel luidt:

1. Actions for compensation under this Convention shall be subject to a limitation period of five years from the data on which the claimant knew or ought to reasonably have known of the damage and of the identity of the operator. The laws of the Contracting Parties regulating suspension or interruption of this limitation period shall not be affected by this Convention.

2. However, in no case shall sanctions be brought after thirty years from the date of the incident which caused the damage. Where the incident consists of a series of occurrences having the same origin the thirty years' period shall run from the data of the last of such occurrences. Where the incident consists of a continuous occurrence the thirty years period shall run from the end of that occurrence'.¹¹⁷

De formulering die in het verdrag aan de 'gebeurtenis' gegeven wordt is overigens niet nieuw voor ons recht; de omschrijving 'feit of opeenvolging van feiten met eenzelfde oorzaak, waardoor schade door verontreiniging is veroorzaakt' komt in verschillende verdragen voor, onder meer het verdrag dat geleid heeft tot de Wet aansprakelijkheid olietankschepen van 11 juni 1975 (Stb. 321). Zoals de minister het in de Memorie van Toelichting stelde, wordt met lid 3 enigermate tegemoet gekomen aan het bezwaar dat in het kader van wetsvoorstel 21 202 (gevaarlijke stoffen, milieuverontreiniging) van regeringszijde gesignaleerd werd, namelijk dat het 'in geval van verontreiniging moeilijk kan zijn vast te stellen wat daaronder moet worden verstaan' (p.3).

Gemakshalve volgt hier, service maison, de tekst van art. 3:310:

1. Een rechtsvordering tot vergoeding van schade of tot betaling van een bedongen boete verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de

114. Zie voor de problematiek van art. 3:310 BW: E.E.I. Snijder, *Advocatenblad* 1993, p. 390 v. Asser-Hartkamp I, nr 674; M.W.E. Koopman, *Bevrijdende verjaring*, 1993, p.154 v.

115. In de MvT wordt als reden gegeven dat het naar oud recht onzeker is wat geldt ten aanzien van de complexe en voortdurende gebeurtenis; met het oog op de rechtszekerheid is ervoor gekozen de regel van het nieuwe lid 3 van art. 310, aan het Raad van Europa ontwerp-verdrag ontleend, ook van toepassing te verklaren op gebeurtenissen van voor 1 jan. 1993 (*TK* 1991-92, 22 599, nr 3, p. 4).

116. Zie MvT, *TK* 1991-92 22 599, nr 3; MvA *TK* 1992-93, 22 599, nr 5.

117. In de eindversie van art. 17 werd een termijn van 3 jaar opgenomen, in plaats van 5 jaar.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

benadeelde zowel met de schade of de opeisbaarheid van de boete als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt of de boete opeisbaar is geworden.

2. Is de schade een gevolg van verontreiniging van lucht, water of bodem dan wel van de verwezenlijking van een gevaar als bedoeld in artikel 175 van Boek 6, dan verjaart de rechtsvordering tot vergoeding van schade, in afwijking van het aan het slot van lid 1 bepaalde, in ieder geval door verloop van dertig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt.

3. Voor een toepassing van lid 2 wordt onder gebeurtenis verstaan een plotseling optredend feit, een voortdurend feit of een opeenvolging van feiten met dezelfde oorzaak. Bestaat de gebeurtenis uit een voortdurend feit, dan begint de termijn van dertig jaren bedoeld in lid 2 te lopen nadat dit feit is opgehouden te bestaan. Bestaat de gebeurtenis uit een opeenvolging van feiten met dezelfde oorzaak, dan begint de termijn te lopen na dit laatste feit.

Dit is de uiteindelijke versie, na veel gesleutel door de wetgever. Oorspronkelijk was de regeling van art. 3:310 lid 2 namelijk bedoeld voor verontreiniging van lucht, water en bodem met gevaarlijke stoffen zoals geregeld in art. 6:175 BW, maar de minister heeft bij Memorie van Antwoord van 24 sept. 1992 naar aanleiding van Kamervragen te kennen gegeven dat de verjaringstermijn van 30 jaar *ook geldt voor schade door gevaarlijke stoffen in de zin van art. 6:175 'die niet gepaard gaan met verontreiniging van lucht, water en bodem'*.¹¹⁸ Aangezien asbest een gevaarlijke stof in de zin van art. 6:175 BW is - de verwijzing naar de Wet milieugevaarlijke stoffen (1985) in lid 1 van dat artikel is niet limitatief - betekent dit dat de verjaringstermijn voor een actie op grond van asbestschade 30 jaar is. Exit de verjaringstermijn van 20 jaar, die krachtens art. 73 Overgangswet op schadevergoedingsverbintenissen die voor 1 januari 1992 ontstaan zijn, van toepassing is (tenzij deze gestuit was). Nu de nieuwe termijn de inzet van enkele onderhandelingen en procedures inzake asbestziekten geweest is, kan het geen kwaad om hierbij stil te staan. Zo heeft het ministerie van Defensie zich enige tijd op de termijn van 20 jaar beroepen in de onderhandelingen over de vorderingen van oud-dienstplichtigen die in de jaren zestig bij de reparatie van Leopard-tanks betrokken waren en een asbestziekte gekregen hebben. De hoge raad heeft intussen de 30-jarige termijn voor asbestziekten aanvaard (zie onder, nr 10).

Van minstens zo groot belang is echter het volgende. Met deze uitbreiding van het toepassingsbereik van lid 2 tot schade door gevaarlijke stoffen in het algemeen, waardoor ook asbestschade in het blikveld gekomen is, is ook het werkingsterrein van lid 3, inzake de *gebeurtenis*, uitgebreid. De daarin opgenomen omschrijving van 'gebeurtenis' in de zin van lid 2 is derhalve *ook van toepassing op letselschade door inademing van asbeststof*. Men mag ook in een dergelijk geval dus onder gebeurtenis verstaan een voortdurend feit of een opeenvolging van feiten met dezelfde oorzaak. Wij zagen hierboven al dat aan lid 3 van art. 310 uitdrukkelijk terugwerkende kracht gegeven is.

Wat is de situatie bij de asbestziekte mesothelioom? Het gaat zoals bekend om de inademing van een asbestkristal, hetgeen met zo'n kracht gepaard gaat dat het kristal de longwand doorboort en vervolgens door het weefsel ingekapseld

118. TK 1992-93, 22 599, nr 5, p. 1, sub 2; vgl. ook p. 6, sub 5. Vgl. ook wetsvoorstel TK 1999-2000 26 824, nr 1-2, waarover M. van Dort, TMA 1999, p.177. TK 2001-2001, 26 824, nr 1, e.v., waarover T.J.C. van Noord, TMA 2001, p. 61.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

wordt (dit proces kan overigens ook in het buikvlies plaatsvinden). Die toestand is gedurende zeer lange tijd stabiel; het gezwel verkeert in ruste, maar kan na een periode van 20-40 jaar zich ontwikkelen tot een kwaadaardig gezwel met de ziekte mesothelioom als gevolg.¹¹⁹ Men zou dit proces kunnen opvatten als een ‘voortdurend feit’, waarbij een goedaardige inkapseling zich ontpopt als een kwaadaardig gezwel, met de dood van de drager tot gevolg. Ook is denkbaar dat men deze ziektegeschiedenis ziet als een ‘opeenvolging van feiten met dezelfde oorzaak’, namelijk de doorboring van het longvlies door een ingeademd asbestkristal, als het begin van een cyclus die decennia later tenslotte leidt tot het ziektebeeld.

In beide gevallen is dus sprake van een gebeurtenis in de zin van art. 3:310 lid 3. Het is denkbaar dat tegen deze voorstelling zaken met betrekking tot de causale keten van het feitelijk gebeuren het een en ander in te brengen zou zijn op grond van medische of technische informatie. Ik acht dat niet waarschijnlijk, maar het is op zich niet uitgesloten dat nieuwe informatie op dit gebied beschikbaar komt. Het ligt dan echter, zoals hieronder nog nader uiteengezet zal worden, op de weg van *gedaagde*, en niet van eiser, om uit de doeken te doen dat deze weergave van de gang van zaken niet met de werkelijkheid overeenstemt.

Deze materie is niet alleen voor de vaststelling van begrip gebeurtenis, maar ook voor andere zaken van belang, met name voor de vraag of het in de macht van de werkgever had gelegen om (naar toenmalige inzichten) door het nemen van veiligheidsmaatregelen het ontstaan van de ziekte te voorkomen. Nu heeft de gedachte postgevat, met name in het kader van de *Cijsouw - De Schelde* zaak van 1993 (*NJ* 686), dat het slechts gaat om die ene, fatale asbestkristal, die toeslaat en mesothelioom veroorzaakt, ongeacht de mate waarin men aan asbeststof is blootgesteld geweest. Met name bij de causaliteitsvraag zijn hieraan de nodige bespiegelingen gewijd. Planteydt, de grote deskundige op dit gebied, zet in zijn door De Schelde overgelegde nota de juristen weer met beide benen op de grond (zie *TMA* 1995, p. 184). De blootstelling aan asbest noodzakelijk om mesothelioom te krijgen duurt op zijn kortst enkele maanden, en betekent niettemin dat men aan miljoenen vezels is blootgesteld; het risico neemt sterk toe met de duur van blootstelling van 5 à 6 jaar, en neemt daarna af. De slotsom is dat het nemen van maatregelen om asbestose te voorkomen, wel degelijk ook van invloed kan zijn om mesothelioom te voorkomen. In Engeland zijn trouwens procedures ingesteld van omwonenden van asbestverwerkende bedrijven, die een asbestziekte opgelopen hebben, zoals spelende kinderen.¹²⁰

Wat de bekendheid van de werkgever met de gevaarlijke eigenschappen van asbest betreft, in het bijzonder de potentie om een ziekte als mesothelioom te veroorzaken, kan gewezen worden op de parlementaire geschiedenis met betrekking tot de figuur van ‘gevaarlijke’ stoffen. Zoals de minister ook in de Eerste Kamer uiteengezet heeft, is door de wetgever bij art. 6:175 BW gedacht aan een ‘algemene bekendheid’ ten aanzien van het gevaarlijke karakter van de

119. Voor de medische aspecten wordt verwezen naar H.T. Planteydt, *Asbestos Exposure and Health*, *TMA* 1991, p. 56.

120. Zie High Court of Justice, Leeds District Registry, nov. 1995, *Margerson and Hancock v. J.W. Roberts Ltd.*, zie *ENDS Report* 251, dec. 1995.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

stoffen, en wel zo dat voldoende is 'bekendheid in de kring van hen die in het maatschappelijk verkeer met de betreffende stof te maken hebben'. Het is derhalve niet nodig, stelt de minister, dat de betrokkene tegen wie de vordering ingesteld wordt 'zelf met het aan de stof verbonden gevaar bekend was'¹²¹. Hij vervolgt:

'het gaat daarbij voorts om de kennis dat de betreffende stof zodanige eigenschappen heeft dat zij een bijzonder gevaar van ernstige aard voor personen en zaken oplevert. Daarbij is de aard van de stof in beginsel beslissend, zodat *het niet gaat om kennis van de concrete omstandigheden waarin dit gevaar zich ook werkelijk blijkt te verwezenlijken*' (mijn curs.).

Voor aansprakelijkheid is dus niet vereist dat men met de precieze wijze van veroorzaking van de schade in concreto op de hoogte is.

Deze opvatting wordt overigens al geruime tijd door de hoge raad aangehangen, zowel in gevallen van zaaksschade als letselschade, hetgeen niet een ieder bekend lijkt te zijn.¹²² In asbestzaken betekent dat dat de werkgever zich niet kan beroepen op het uitzonderlijke karakter van de wijze waarop mesotheliom ontstaat als gevolg van een asbestvezel-penetratie. De uitspraak van de hoge raad inzake *Cijsouw - De Schelde*, waarbij de werkgever uitdrukkelijk voor de gevolgen van een hem *onbekend* gevaar aansprakelijk gesteld wordt, ligt dus geheel in lijn met het denken van de wetgever over de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen in het algemeen. Het is derhalve niet een uitspraak die typisch in de sfeer van werknemer-bescherming ligt, zoals wel eens gedacht wordt.

Daarmee komen wij op een verwant terrein, dat van de bewijslastverdeling. De hoofdregel is, dat degenen die zich op verjaring beroept daartoe de bewijslast draagt, hier dus de gedaagde ex-werkgever; dat houdt in dat hij de feiten die voor dat beroep nodig zijn heeft te bewijzen. In deze zin ook de minister in de Eerste Kamer naar aanleiding van vragen van VVD-senatoren.¹²³ Ook hier ligt de verwijzing naar *Cijsouw - De Schelde* voor de hand, waarin het bewijsrisiko op de werkgever gelegd wordt wanneer niet vastgesteld kan worden in welke periode het fatale asbestkristal ingeademd werd, voor of na het moment waarop de werkgever geacht wordt bekend te zijn met de gevaren van asbest en veiligheidsmaatregelen had moeten treffen om zijn werknemers te beschermen.

121. *EK* 1992-93, 22 599, nr 116b, p.1. Voor die bekendheid met betrekking tot asbest als oorzaak van mesotheliom, zie Hof Den Haag 20 dec. 1994, *TMA* 1995, p. 177, *Smak c.s. - De Schelde*, ov. 5 v. In de periode tussen de Eerste Internationale Asbest Conferentie in 1964 en de Tweede in 1968 zijn in Nederlandse medische tijdschriften 12 artikelen verschenen waarin het verband tussen asbestblootstelling en mesotheliom niet in twijfel getrokken wordt. Het proefschrift van Stumphius, bedrijfsarts van De Schelde, is van 1969, het onderzoek werd in 1966 aangevangen.

122. Zie de voorbeelden genoemd in mijn noot onder het *taxusstruik*-arrest, *AA* 1994, p. 833 (sub 5). Vgl. ook mijn *Kroniek van het vermogensrecht*, *NJB* 1995, p. 1136 v.

123. T.a.p., nr 116b, p. 3 v., met een beroep op art. 177 Rv. Daarbij stelt de minister dat de feiten die de verjaring doen aanvangen meer in de sfeer van het aangesproken bedrijf liggen (in geval van verontreiniging) dan in die van de benadeelde, zodat het 'redelijk is om de bewijslast op dat bedrijf te leggen'. In gevallen dat daaraan behoefte is kan de bewijslast echter ook op eiser gelegd worden, voegt hij daaraan toe.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

Eenzelfde benadering zien wij in het arrest *Ziekenhuis De Heel - Korver* van 1995: het schenden van ongeschreven veiligheidsnormen brengt met zich dat ook letsel dat buiten de normale lijn der verwachting ligt toegerekend kan worden aan degene die de norm schendt.¹²⁴ Het betrof hier een geval van medische aansprakelijkheid; in casu was niet meer vast te stellen of een patient tijdens een diepe of een ondiepe slaap door onwillekeurige bewegingen uit bed gevallen was bij het bijkomen uit narcose; alleen in het eerste geval behoorde het ziekenhuis veiligheidsmaatregelen getroffen te hebben. Het bewijsrisiko werd hierop het ziekenhuis gelegd; weer een sprekend voorbeeld van de regel ‘bewijslast is bewijsrisiko’: twintig jaar na dato valt er niet zo veel meer te bewijzen.

Nog enkele rechtsvergelijkende kanttekeningen. In verschillende buitenlandse verjaringsregelingen is het gangbaar om de verjaringstermijn bij gecompliceerde feitelijke toedrachten te laten aanvangen op het moment dat de schade aan de dag treedt, ‘la manifestation’. Aldus het franse recht, in een vaste doktrine en de rechtspraak, vgl. voor dat laatste cour de cassation 18 dec. 1991, *JCP* 92.IV.635.¹²⁵ De deense hoge raad heeft enige jaren geleden in een asbestzaak bepaald dat onder gebeurtenis verstaan moet worden het moment waarop de schade zich openbaart, in een arrest van 27 okt. 1989.¹²⁶ In deze zin is ook art. 2926 van de Code civil van Quebec geredigeerd: de verjaringstermijn begint te lopen op de dag waarop de schade zich openbaart, ‘du jour où il se manifeste pour la première fois’. Er is dus behoorlijke steun voor het standpunt dat in geval van mesothelioom of asbestose de verjaring pas aanvangt op het moment dat de ziekte medisch vastgesteld wordt. Daarmee is er in ieder geval geen sprake van verjaringspijn, bij deze toch al zo pijnlijke ziekten.

De problematiek van relatieve verjaring bij asbestose-claims. De betekenis van het Diaconessenhuis-arrest (1995): de absolute verjaringstermijn en de billijkheid.

Het probleem van de verjaring van een vordering tot schadevergoeding gebaseerd op de asbest-ziekte asbestose is anders van aard dan wanneer er sprake is van mesothelioom, aangezien zoals al opgemerkt werd het ziekteverloop in de tijd geheel anders is. Bij asbestose is veel eerder sprake van het krijgen van die aandoening als gevolg van de werkzaamheden, vaak al enkele jaren na het beëindigen van het werk waarbij men met asbeststof in aanraking kwam. Dat blijkt alleen al uit de *asbestose*-arresten van de hoge raad, uit resp. 1980 en 1990.¹²⁷ Het geval van Janssen is illustratief in dit verband: hij was in de periode 1948-1972 werkzaam bij Nefabas (dochter van Eternit), en in

124. HR 13 jan. 1995, *NJ* 1997, 175; vgl. ook mijn bespreking in ‘De bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid’, *AA* 1995, p. 671 v., en boven, § 11, nr 1 v.; Deel I, Hfdst. 6, § 3, nr 4.

125. Zie voor deze materie en andere rechtsvergelijkende notities: a-g Hartkamp in zijn conclusie voor het hieronder te bespreken *Diaconessenhuis*-arrest, sub 6.

126. Ugeschrift for Restvesen 1989, B 1109, Dansk Eternit-Fabrik - Moller. Zie ook Hondius, Het verjaarde recht, Diesrede Utrecht 1994, nt 34, en mijn artikel in: *Asbest en aansprakelijkheid*, Serie Aansprakelijkheidsrecht, nr 1, Arnhem, 1994, p. 19.

127. HR 7 mrt 1980, *NJ* 365, *Asbestose*; HR 6 april 1990 *NJ* 1990, 573, nt PAS, *Janssen - Nefabas (asbestlong)*.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

1972 werd bij hem asbestose of ‘asbestlong’ vastgesteld; de procedure tegen zijn werkgever werd door Janssen in 1984 ingesteld. Asbestose is geen lethale ziekte, zoals ook uit dit voorbeeld blijkt; het kan echter wel in combinatie met roken tot longkanker leiden (de derde asbest-ziekte).

Voor de verjaring betekent dit dat het modale slachtoffer in de jaren ‘70 of ‘80 met de diagnose van asbestose geconfronteerd is geweest. Zo ook in het geval van Maijer die van 1946 tot 1982 bij Hertel werkzaam was en bij wie in 1985 asbestose geconstateerd is.¹²⁸ Eerst eind 1995 spreekt hij zijn werkgever aan tot schadevergoeding; hij stelt dat hem pas in 1993 door een publikatie in het FNV-blad duidelijk geworden is dat hij zijn werkgever aansprakelijk kon houden voor de schade als gevolg van de ziekte. Tijdens het werk is hij nooit voor de gevaren van het omgaan met asbest gewaarschuwd.

Het verjaringsprobleem dat zich hier voordoet betreft niet alleen de algemene of absolute verjaringstermijn (van 20 of 30 jaar), maar ook de *relatieve* termijn, onder het oude recht niet geregeld, maar thans volgens art. 3:310 BW gesteld op 5 jaar nadat men met het bestaan van de verbintenis bekend geworden is. Naar oud BW was hier geen specifieke termijn van toepassing met betrekking tot het kennisnemen van het ontstaan van de verbintenis. Een complicerende factor was echter dat in de jurisprudentie van de hoge raad de verjaringstermijn van 30 jaar ingaat op het tijdstip waarop de bevoegdheid om onmiddellijk de naleving van de verbintenis te eisen ontstaat, ongeacht of de eiser op dat tijdstip reeds met het bestaan van de verbintenis bekend is.¹²⁹

Er doet zich hier bij het verjaringsvraagstuk een aantal rechtsvragen voor: is er op grond van de billijkheid een uitzondering op de strenge verjaringsregel mogelijk? Hoe verhoudt zich dit met het beginsel van de rechtszekerheid? Welke vorm van schade is eigenlijk in het geding, materiële of immateriële schade, en op welke wijze staat dit in verband met het moment waarop kennisgenomen werd van het ontstaan van de verbintenis? Deze vragen zou ik willen behandelen aan de hand van het *Diaconessenhuis*-arrest van 1995, waarin

128. Rb. Amsterdam 11 jan. 1996 (KG), *Maijer - Hertel*, TMA 1996, p. 36.

129. Zie HR 27 nov. 1964, NJ 1965, 51, *Verein - Staat*; 4 mrt 1966, NJ 1966, 215, *Van der Haas - Staat*; 11 sept. 1992, NJ 1992, 746, *Mulders - Staat*; 22 sept. 1995, *Kruyswijk - Gem. Blaricum*; 29 sept. 1995, NJ 1997, 419, *W. - Staat*. Bevestigd in het hieronder te bespreken *Diaconessenhuis*-arrest (1995).

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

de hoge raad deze problematiek voorgelegd kreeg.¹³⁰ Het arrest betrof de volgende casus van medische aansprakelijkheid.¹³¹

Mevr. Van B. had in 1956 in het ziekenhuis Diaconessenhuis een maagoperatie ondergaan waarbij een bloedtransfusie toegediend was met - naar later bleek - bloed van een verkeerde rhesusgroep. Als gevolg daarvan heeft zij in 1959 en 1960 tweemaal een doodgeboren kind gekregen en is zij kinderloos gebleven. Voor rechtbank en hof stelt Van B. dat zij pas in 1967 ervan kennis gekregen heeft dat de dood van de babies en haar kinderloosheid veroorzaakt was door de foutieve behandeling die zij in 1956 in het ziekenhuis onderging.¹³² In 1988 en 1989 neemt zij contact op met het ziekenhuis om informatie te krijgen, zij doet een verzoek om genoegdoening en tracht tot een minnelijke regeling te komen. In het kader van die correspondentie ontvangt zij in 1989 een brief van de geneesheer-direkteur waarin sprake is van 'het constateren dat een gemaakte fout of vergissing verregaande gevolgen en ernstige consequenties kan hebben'; er wordt begrip gevraagd 'voor het feit dat er in een organisatie als een ziekenhuis fouten gemaakt worden'. Van B. stelt dat hierin een erkenning van schuld besloten ligt in de zin van art. 2019 oud BW, zodat daardoor de verjaring gestuit is, een stelling die door rechtbank en hof verworpen wordt en door de hoge raad als feitelijk van aard terzijde gelaten wordt. Van B. heeft het Diaconessenhuis op 19 mei 1991 gedagvaard; indien men uitgaat van het ingaan van de verjaringstermijn van 30 jaar op het moment van het overlijden van de tweede baby, in 1960, is dat dus ruim een half jaar te laat. Op een termijn van 30 jaar is dat natuurlijk vrij marginaal, met zoals wij zullen zien fatale gevolgen in drie instanties, hetgeen vooral niet-juristen zal verbazen.

Rechtbank en hof gingen bij het vaststellen van de 30 jaar-termijn uit van de dood van de tweede baby in 1960, zich daarbij baserend op de eerder genoemde vaste rechtspraak van de hoge raad waarin het geen kennis hebben van het bestaan van de vordering niet van belang is. Van B. heeft zich in cassatie op verschillende gronden hiertegen verzet. Zij bepleit allereerst een uitzondering op de verjaringsregel, in die zin dat de verjaring niet aanvangt zolang degeen die de vordering instelt deze niet geldend kan maken doordat hij de feiten waaruit zijn vorderingsrecht voortvloeit niet kent en ook niet kan kennen, althans wanneer het gaat om zeer ingrijpende schade zoals de onderhavige. De cassatierechter overweegt hieromtrent:

'In het midden kan blijven of wat het onderdeel bepleit wel een uitzondering is op de regel dat vorenbedoelde verjaringstermijn ook aanvangt indien de schuldeiser met het bestaan van zijn vordering onbekend is, dan wel veeleer een nieuwe, daaraan tegengestelde norm, want de door

130. HR 3 nov. 1995, NJ 1998, 380, nt CJHB, *Van B. - Ver.v. Diaconessenarbeid in Eindhoven en omgeving*. In Pres. Rb. Rotterdam 4 jan. 1996, TMA 1996, 37, *Van Os - Wilton Fijenoord en RDM*, liet de rotterdamse president zich bij zijn oordeel leiden door dit arrest in een mesothelioom-zaak; het is de vraag of die verwijzing terecht was. Deze laatste procedure illustreert overigens hoe deze fatale ziekte een gehele familie kan teisteren: Van Os, mesothelioom-slachtoffer en thans 52 jaar, is als 15-jarige jongen met zijn vader in een timmerbedrijf gaan werken dat veel werk in de scheepsbouw had. Vader Van Os is in 1991 aan mesothelioom overleden, evenals moeder Van Os, die zeer waarschijnlijk de ziekte opgelopen heeft bij het wassen van de werkkleding van haar man. Zij zijn niet de enige slachtoffers onder de ex-werknemers: bij het Comité Asbestslachtoffers hebben zich al 40 slachtoffers of hun nabestaanden afkomstig van RDM aangemeld en 35 van Wilton Fijenoord. Het gaat dus om tamelijk grote aantallen.

131. Zie over dit arrest E.H. Hondius, 'Summum ius, summa iniura' en de verjaringsproblematiek, in: Van Dunné-Bundel, 1997, p. 161.

132. In cassatie wordt echter gesteld dat zij eerst in 1988 kennisnam van de oorzaak, en dat 1967 op een misverstand berust; ook stelt Van B. dat zij een desaveu-procedure tegen haar advocaat in feitelijke instanties overweegt. De HR gaat in cassatie uit van 1967 als jaar van kennisname van de feitelijke toedracht.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

het onderdeel bepleite regel kan noch in haar primaire, noch in haar subsidiare vorm worden aanvaard.

Ongetwijfeld is het uit een oogpunt van individuele gerechtigheid moeilijk te accepteren dat een vordering verjaart welke de schuldeiser niet geldend heeft *kunnen* maken wegens het voor hem verborgen karakter van zowel de schade als het causaal verband daarvan met een bepaalde gebeurtenis. Daar staat evenwel tegenover dat de rechtszekerheid - welke het instituut der verjaring mede beoogt te dienen - een vaste termijn eist en dat loslaten daarvan op de wijze als door het onderdeel bepleit, eveneens tot onbillijkheid kan leiden, ditmaal jegens de vermeende schuldenaar. Zoals de onderhavige zaak leert, zou de bepleite regel het immers mogelijk maken veel later dan dertig jaar na de gebeurtenis waarop de aanlegger zijn vordering baseert, nog een rechtsvordering tot schadevergoeding in te stellen, met alle daaraan verbonden, voor de hand liggende - en juist voor de verweerder klemmende - bezwaren alleen reeds met betrekking tot het vaststellen van de feiten en het beoordelen van de gemaakte verwijten.

Aanvaarding van de door het onderdeel bepleite regel voor het oude recht zou ook niet stroken met het huidige recht te zake van verjaring van rechtsvorderingen tot vergoeding van schade (art. 3:310 BW), zoals dat kort geleden, na zorgvuldige en herhaalde afweging van de voor- en nadelen van het stelsel tot stand gekomen is (vgl. Parl. Gesch.Inv. Boek 3, p. 1408-1409 en de Memorie van Antwoord bij het wetsontwerp dat heeft geleid tot invoering van de leden 2 en 3 van evengenoemde bepaling - Handelingen II, 1992/93, 22599, nr. 5, onder 4-6). Het huidige recht bepaalt immers, kort gezegd, dat de vordering verjaart door verloop van vijf jaren nadat de schuldeiser de voor het instellen van zijn vordering benodigde *wetenschap* heeft gekregen, maar *in ieder geval* door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt' (ov. 3.4).

De resterende grieven van Van B. worden door de hoge raad terzijde gesteld aangezien ze 'mede van feitelijke aard zijn' en bovendien eerst in cassatie naar voren gebracht zijn en derhalve niet getoetst kunnen worden (hetgeen overigens te denken geeft over het niveau van haar rechtsbijstand in de feitelijke instanties). Van B. had in cassatie betoogd dat het hier om een voortdurende of doorlopende schade ging, zodat de vordering verjaart van periode tot periode waarin de schade ontstaat, resp. dat toen zij in 1967 vernam van de werkelijke oorzaak van de mislukte zwangerschappen en de kinderloosheid, namelijk het gevolg van een menselijke fout, dit extra leed toegevoegd heeft hetgeen als bijkomende schade te gelden heeft.

Het valt niet goed in te zien waarom de hoge raad niet los van de precieze feitelijke omstandigheden tot een uitspraak op dit punt is gekomen, met verwijzing van de zaak ter verdere afhandeling naar een lagere instantie. Het is toch zonneklaar dat er een hemelsbreed verschil is tussen de wetenschap dat men als gevolg van de eigen constitutie of erfelijke aanleg kinderloos moet blijven of dat dit het gevolg is van een medische fout, waarvoor een ziekenhuis aansprakelijk gehouden kan worden. Dat die wetenschap een schok teweeg brengt met de daaraan verbonden ideële schade is toch een conclusie die een rechter in beginsel kan trekken zonder de concrete feitelijke toedracht te kennen? Ik sta hierbij stil, omdat ook in asbest-zaken een vergelijkbare situatie zich kan voordoen: men kan altijd gedacht hebben dat het krijgen van een 'stoflong' nu eenmaal verbonden was aan het soort werk dat men verricht heeft en niet te vermijden was; indien men verneemt dat die ziekte wel degelijk te vermijden was, maar dat de werkgever dat indertijd in strijd met de te eisen zorgvuldigheid nagelaten heeft, en zelfs niet voor de gevaren gewaarschuwd heeft toen deze hem bekend hoorde te zijn, is dat een heel andere chouse. Men verkeert dan niet langer in de sfeer van het accepteren van een kwade kans, pech of het noodlot, maar in die van het lijden van schade als gevolg van onzorgvuldig, onrechtmatig handelen van een ander. Een schade die in zijn immateriële vorm een heel ander karakter heeft, en die behoort tot het soort schade dat in beginsel voor vergoeding in aanmerking komt.¹³³

133. Zie voor het onderwerp psychische schade mijn bijdrage aan de LSA-bundel, *Bijzonder letsel: Psychisch letsel als vorm van schade*, Lelystad, 1995, p. 51, en boven, § 1, nr 8.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

Ook indien men mij in deze gedachtengang niet kan (wil) volgen, bijvoorbeeld op cassatietechnische gronden, is het jammer dat de cassatierechter niet tot een ‘obiter dictum’ te bewegen was (dit is een overweging ten overvloede, dus niet van invloed op het voorliggende geschil, maar wel op de rechtsontwikkeling).¹³⁴

Van B. had verder aangevoerd dat het hof de brief van de geneesheer-direkteur ten onrechte niet als erkenning in de zin van art. 2019 (oud) BW had opgevat. De hoge raad vindt dat laatste ‘in hoofdzaak’ berusten op het oordeel van de feitenrechter over de uitleg van de brief in het kader van de gehele correspondentie, en laat toetsing achterwege.¹³⁵ De overweging van het college dat het hof daarbij niet blijkt gegeven heeft van een onjuiste rechtsopvatting, is eveneens aanvechtbaar. A-g Hartkamp had hetzelfde standpunt als de hoge raad ingenomen, met verwijzing naar de *Haviltex*-formule (*NJ* 1981, 635), omdat Van B. niets specifiek aangevoerd zou hebben omtrent een door haar op de brief van de geneesheer-direkteur gebaseerde vertrouwen. Dit komt mij weinig aannemelijk voor; Van B. had in brieven om informatie gevraagd (12 nov. 1988), om genoegdoening verzocht (27 jan. 1989), en toen op 27 febr. 1989 de bewuste brief van de geneesheer-direkteur ontvangen. Verder was zij een juridische leek, hetgeen voor het wekken van vertrouwen in de *Haviltex*-formule van belang is.

Al met al had het hof, als feitelijke instantie, deze factoren moeten wegen bij de uitleg van de brief, hetgeen niet gebeurd is. Dit geeft geen inzicht in de gedachtengang van het hof en is op zich al een grond voor cassatie. Ieder normaal mens (dus ook een jurist, voeg ik hier voor de zekerheid aan toe) zal de genoemde brief toch beschouwen als een erkenning van schuld door het ziekenhuis. Het maken van een ‘fout’ of ‘vergissing’ bij een medische ingreep is naar vaste jurisprudentie een grond voor aansprakelijkheid, daar is geen twijfel over mogelijk, zeker in een geval als dit waar een fout bij de vaststelling van de bloedgroep fataal bleek.¹³⁶ Als dit al niet op grond van gezond verstand aan te nemen valt, door een leek als Van B., is het zeker een geneesheer-direkteur toe te rekenen dat hij dit beseft indien hij dat een oud-patient meedeelt. Het is mij volstrekt onduidelijk hoe de hoge raad in casu tot zijn oordeel kon komen; het arrest gaat mank aan een ontoereikende motivering van de uitspraak, hetgeen de laatste tijd helaas wel vaker voorkomt in de rechtspraak van onze hoogste rechter. Overigens kan men tegenwoordig daarvan in beroep gaan bij de Europese hof.¹³⁷

Een ander merkwaardig punt in deze procedure is dat niet duidelijk wordt waarom de verjaring niet gestuit zou zijn op grond van art. 2016 oud BW door de brieven die Van B. in

134. Als promovendus - je bent jong, en je wilt wat - heb ik al betoogd dat de hoge raad meer van dat middel gebruik zou dienen te maken, tot heil van de rechtsontwikkeling, nu procederen zo kostbaar is en het vaak afwachten is op het voorleggen van belangrijke rechtvragen. Zie een stelling bij mijn proefschrift, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1971. In andere landen speelt de hoogste rechter overigens een veel actieve rol op dat gebied, bijv. in Duitsland en in zeker opzicht ook Engeland (verlof tot cassatie, waarbij soms het OM opdracht gegeven wordt bepaalde zaken aan te brengen). Een mooi voorbeeld van een obiter dictum is te vinden in HR 8 juli 1991, *NJ*, 691, *Antiekstudio - Lelystad*, inzake de zgn. ‘twee wegenleer’; hier geeft de HR ongevraagd aan op welke wijze het handelen van de overheid aan privaatrechtelijke normen getoetst zou kunnen worden. (Zie boven, Hfdst. 10, § 5, nr 3).

135. A-g Hartkamp gaat in zijn conclusie op dit punt nog een stap verder door te stellen dat de uitleg van die brief ‘voorbehouden is aan de feitenrechter’. Dit zou het misverstand kunnen wekken dat uitleg een feitelijke vraag, en geen rechtsvraag betreft, en dus nooit in cassatie getoetst kan worden, hetgeen echter niet in overeenstemming met de jurisprudentie van de HR is. Vgl. mijn eerder debat met Hartkamp over dit onderwerp, *AA* 1992, pp. 354 v., 592 v.; 1993, p. 101. Zie Deel I, p. 186 v.

De correspondentie in kwestie is overigens te kennen uit het arrest van het hof, in de *NJ* opgenomen, en uit de conclusie van de a-g.

136. Zie hiervoor mijn artikel over beroepsaansprakelijkheid in *AA* 1995, pp. 667, 673, en onder, § 11, nr 1 v.

137. Zie voor deze materie, met voorbeelden, mijn *Kroniek van het vermogensrecht*, *NJB* 1995, p. 1136, op p. 1140.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

1988 en 1989 aan het ziekenhuis gericht heeft, waarbij zij een minnelijke regeling zocht en een verzoek om genoegdoening deed. Vgl. thans art. 3:317 lid 1 BW: een verjaring wordt gestuit door een schriftelijke aanmaning of mededeling waaruit blijkt dat men zijn recht op nakoming voorbehoudt. De rechtbank had geen stuiting in de zin van art. 2016 oud aangenomen, in appel wordt hierop niet meer ingegaan, evenals in cassatie. Daarmee is een belangrijk argument van Van B. onderbelicht gebleven. Er zijn goede gronden om aan te nemen dat de brieven van Van B. voldoende waren om stuiting teweeg te brengen. Ook naar huidig recht zou dat aannemelijk zijn; verscheidene schrijvers hebben verdedigd dat het in onderhandeling treden over een bepaalde vordering tot schadevergoeding om tot een regeling of overeenkomst te komen betekent dat voldaan is aan het vereiste van art. 3:317 lid 1 dat de schuldeiser zijn recht op nakoming ondubbelzinnig voorbehoudt. Juist met het oog op dergelijke onderhandelingen heeft de wetgever in dat artikel naast de schriftelijke aanmaning de ‘mededeling’ geplaatst. De term ‘ondubbelzinnig’ moet niet absoluut opgevat worden, maar in het licht geplaatst worden van hetgeen partijen over en weer redelijkerwijze mochten begrijpen.¹³⁸ Het is goed bij de verjaringsproblematiek deze stuitingsmogelijkheid in het oog te houden; het zal zich immers kunnen voordoen dat het slachtoffer in het verleden op eigen initiatief, en zonder juridische bijstand, contact gezocht heeft met de wederpartij om informatie te winnen en na te gaan of er geen regeling te treffen is voor de geleden schade. Een typisch terrein voor ‘mededelingen’, en geen aanmaningen, met niettemin stuiting van de verjaring tot gevolg.

Wat heeft dit alles uit te staan met onze asbest-zaken? Ten eerste hebben wij bij asbestose-gevallen te maken met een vergelijkbare problematiek als in dit geval van medische aansprakelijkheid: een slachtoffer dat niet op de hoogte is van de werkelijke oorzaak van zijn ziekte en in het verlengde daarvan, van het bestaan van de mogelijkheid van een vordering tot schadevergoeding die daarop gebaseerd is. De moraal van mijn verhaal over het *Diaconessen*-arrest is, afgezien van de aanvechtbare wijze waarop de hoge raad tot zijn oordeel kwam, in ieder geval dat de mogelijke verweren tegen het standpunt van de werkgever dat de vordering verjaard is, door de hoogste rechter om cassatie-technische redenen nog niet getoetst zijn. De kwestie ligt dus nog open. Zoals ik heb getracht aan te tonen, maken die verweren een goede kans.

Het standpunt van Van B. is overigens in overeenstemming met het franse recht, dat in geval van verergering van de schade (‘l’ aggravation’) een nieuwe termijn laat ingaan. A-g Hartkamp wijst hierop in zijn conclusie, maar is van mening dat naar nederlands recht die verergering van schade redelijkerwijs te voorzien moet zijn.¹³⁹ Is dit op zich al minder begrijpelijk, in ieder geval kan in casu geredelijk aangenomen worden dat de verergering voorzienbaar is voor het ziekenhuis. Het is toch een menselijke reactie dat het inzicht dat een vermeende aangeboren afwijking te wijten is aan een fout van een ander, met zulke vergaande gevolgen (kinderloosheid) als hier het geval is een grote schok teweeg zal brengen, met immateriële schade als mogelijk gevolg. Hierbij ga ik uit van toerekening naar redelijkheid als de geldende vorm van vaststellen van causaal verband. Men dient hierbij overigens in het oog te houden dat het in de

138. Vgl. MvT, PG Invoeringswet Boek 3, p. 1418; Breedveld-de Voogd en Stolker, *WPNR* 6084 (1993), p. 179 v.; M.M. Olthof, *Advocatenblad* 1993, p. 76 v. Door deze auteurs wordt onder ‘onderhandelen’ verstaan, met een beroep op de jurisprudentie, het schriftelijk uitwisselen van mededelingen die het oogmerk hebben of kunnen hebben om tot een regeling of overeenkomst te komen. Ook dit is dus een kwestie van (normatieve) uitleg. Zie ook R. Overeem, *Advoc.Bl.* 1997, p. 931, n.a.v. HR 14 febr. 1997, *NJ* 244.

139. Concl. sub 8.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

rechtspraak van de hoge raad geen vereiste is voor het ontstaan van een verbintenis tot schadevergoeding en het ingaan van de verjaringstermijn dat de *omvang* van de schade al vaststaat.¹⁴⁰

De analogie met de positie van een asbestose-patient (zoals Maijer) die na jaren de oorzaak en feitelijke toedracht van zijn ziekte verneemt, zal duidelijk zijn.

Dan nu terug naar de kern van de materie, namelijk de vraag of de verjarringsregel met een beroep op de rechtszekerheid geen uitzondering op grond van de billijkheid kan velen in een geval als dat van Van B., een vraag die door de hoge raad negatief beantwoord is. Laten wij eerst eens zien welke argumenten het college voor zijn standpunt hanteert. Dat de rechtszekerheid een groot goed is, zeker bij vragen als die omtrent verjaring, staat denk ik wel buiten kijf. Dat dit beginsel van rechtszekerheid tegenover dat van de billijkheid gesteld moet worden, dat wil zeggen, daarin zijn beperking vindt, is sinds Romeinse tijd echter al evenzeer een algemeen aanvaard standpunt. Dit is onlangs door dezelfde hoge raad nog aanvaard in verjaringszaken; a-g Hartkamp wijst daar in zijn conclusie voor *Diaconessenhuis* terecht op, wanneer hij verdedigt dat op de verjarringsregel in beginsel een uitzondering mogelijk is op grond van de redelijkheid en billijkheid.¹⁴¹

Indien wij het betoog van de hoge raad nader bezien, valt op hoe zwak het is waar het de onderhavige casus betreft. Het college illustreert de hegemonie van de rechtszekerheid immers aan de hand van de vordering van Van B. ('zoals de onderhavige zaak leert'), waarin bij een vordering ingesteld na 30 jaar 'voor de hand liggende bezwaren' bestaan, namelijk 'alleen reeds met betrekking tot het vaststellen van de feiten en het beoordelen van de gemaakte verwijten'. Hier kan men tegenin brengen dat een dergelijke situatie op zich best denkbaar is, maar nu juist niet in het onderhavige geval: het stond feitelijk vast dat door het ziekenhuis een grove, onverdedigbare fout gemaakt was, namelijk de onjuiste vaststelling van de bloedgroep van Van B., gevolgd door het toedienen van bloed van een verkeerde samenstelling bij een bloedtransfusie, met de bekende desastreuze gevolgen voor de patiënte. Bij het in concreto afwegen van rechtszekerheid tegen billijkheid valt in dit geval niet in te zien waarom de rechtszekerheid het overwicht zou moeten krijgen; en dat nog wel bij een vordering die een half jaar te laat ingesteld werd! Het standpunt van de Hoge Raad komt derhalve niet erg geloofwaardig over.

Het is de moeite waard na te gaan wat de a-g precies voorstond, in deze zaak. Zijn uitgangspunt is dat het verwerpelijk is, zoals ook Van B. betoogd had, dat een vorderingsrecht kan verjaren vòòrdat de gelaedeerde zijn schade kan kennen of weet dat deze door een onrechtmatige daad is veroorzaakt. Voor zo'n geval bepleit Hartkamp een uitzondering op de verjarringsregel in de zin dat aan de gelaedeerde nog enige tijd ter beschikking staat om zijn vordering in te

140. Zie HR 11 sept. 1992 *NJ* 1992, 746, *Mulders - Staat*. Dit wordt nogal eens uit het oog verloren, ook door de minister, bij de behandeling van saneringskosten wegens bodemvervuiling in het verleden, *EK* 22 599, nr 116b, p. 2 (Nota n.a.v. verslag).

141. Vgl. HR 4 nov. 1994, *NJ* 1996, 485, *Oerlemans - Oerlemans*; a-g Hartkamp, t.a.p. sub 5, met verwijzing naar De Boer, *NJB* 1991, p. 1129; Hondius, *Het verjaarde recht*, diesrede Utrecht 1994, p. 11 v.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

stellen.¹⁴² In casu is er volgens de a-g echter een reden een uitzondering aan te nemen, omdat Van B. al in 1967 (of eventueel in 1988) de kennis omtrent de oorzaak verkregen heeft. Kan dit Van B. dus niet baten in deze visie, het is wel van groot belang voor asbest-zaken zoals die van Maijer tegen Hertel, waarin het slachtoffer pas in 1993 de informatie verkreeg over de oorzaak van zijn ziekte en mogelijke aansprakelijkheid van zijn werkgever. In zo'n situatie heeft het slachtoffer dus a-g Hartkamp aan zijn zijde, evenals de door hem aangehaalde auteurs.¹⁴³

Uit het rechtsvergelijkend overzicht dat a-g Hartkamp geeft blijkt dat zowel de regel van de hoge raad als de variant die Hartkamp aanbrengt (zonder dat dit verschil in resultaat oplevert) in strijd is met het recht van de ons omringende landen, hetgeen opmerkelijk is. Het Duitse recht kent een relatieve termijn van 3 jaar en een absolute van 30 jaar; in de jurisprudentie is bepaald dat de eerste termijn pas begint te lopen nadat de gelaedeerde kennis heeft genomen van de oorzaak van de schade. In het Engelse recht kent men slechts een relatieve termijn van 3 jaar, speciaal ingevoerd om medische slachtoffers terzijde te staan. Het Franse recht heeft sinds 1985 een absolute verjaringstermijn van 10 jaar, die echter pas begint te lopen nadat de schade aan de dag getreden is ('la manifestation') in plaats van het moment van de gebeurtenis, indien het slachtoffer stelt niet eerder wetenschap van de schade gehad te hebben.¹⁴⁴ Anders dan de a-g en de hoge raad kennelijk doen, kan men naar mijn mening uit dit rechtsvergelijkend overzicht niet anders dan concluderen dat, uitgaande van 1988 als beslissend jaar voor de wetenschap van Van B., zij naar het recht van de genoemde landen in mei 1991 tijdig de vordering tegen het ziekenhuis ingesteld had. Dat zou de Nederlandse jurist, indien hij niet de wijsheid in pacht heeft, aan het denken moeten zetten.

Tenslotte nog een kanttekening bij het argument van Van B. gebaseerd op de figuur van voortdurende (of regelmatig terugkerende) schade. A-g Hartkamp stelt zich in zijn conclusie op het standpunt dat de verjaring hier in de regel begint te lopen op het moment van het ongeval, met een beroep op Langemeijer, a-g Mok en Linssen en Van Schaick.¹⁴⁵ Als schrijvers die een andere mening toegedaan zijn noemt hij Bloembergen, Rutten en Spier. Blijkt hieruit al dat de meningen op dit punt verdeeld zijn, aan de opvatting van de laatstgenoemde schrijvers kan de regeling toegevoegd worden van art.3:310 lid 3 BW, die boven

142. De a-g verwijst daarbij naar HR 9 okt. 1992, *NJ* 1994, 286, nt CJHB, (*Maassluis I Steendijkpolder I* (inzake de 5-jarige termijn van de Wet van 31 okt. 1924, overheidsaansprakelijkheid). Overigens kent men in het administratiefrecht de vergelijkbare figuur dat de belanghebbende bij het vervallen van een beroepstermijn zonder dat hij daarvan kennisdroeg, alsnog enige tijd de gelegenheid geboden wordt een beroep in te stellen, vgl. Van Wijk-Konijnenbelt, *Hoofdstukken administratief recht*, 1997, p. 598 v. (ad art. 6:11 Awb). Zie ook HR 22 juni 1988, *NJ* 1988, 955, nt ThWvV (naheffing motorrijtuigenbelasting), onbekendheid met vervallen van termijn mag niet voor risico van belastingplichtige gebracht worden indien omstandigheden waaronder dit gebeurde niet komen vast te staan.

143. Zie ook: Asser-Hartkamp I, nrs 664, 674 (nog ruimer gesteld, waar Hartkamp in zijn conclusie op terugkomt); Spier, Mon. NBW B-36, nr 53, p.101. De Boer en Hondius werden al genoemd.

144. Zie o.m. Hondius, t.a.p. Zie ook dezelfde auteur, *NTBR* 1998, p.275.

145. Zie concl. sub 7.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

uitvoerig ter sprake kwam. Kan op deze regeling in gevallen van medische aansprakelijkheid bij analogie een beroep gedaan worden, voor ons onderwerp van asbest-claims is ze rechtstreeks van toepassing.¹⁴⁶

Dit brengt ons op een punt dat voor asbestclaims van groot belang is. De discussie heeft zich tot nog toe toegespitst op de vraag wanneer de ziekte mesothelioom ontstond, om aldus te kunnen vaststellen wanneer de schade ontstaan is die op onrechtmatige wijze veroorzaakt werd. Dat hield verband met de vraag of de werkgever op dat moment al de verplichting had om veiligheidsmaatregelen te treffen (*Cijsouw - De Schelde*-problematiek). Voor de verjaringsvraag is relevant dat het hier gaat om het schenden van een zorgvuldigheidsverplichting door de werkgever (het nemen van veiligheidsmaatregelen ter voorkoming van asbestziekten) die zich over een bepaalde periode uitstrekt: de zogenaamde onrechtmatige toestand of voortdurende onrechtmatige daad.¹⁴⁷ Indien onzeker is op welk moment binnen die tijdsperiode de asbestvezel toesloeg bij het mesotheliomslachtoffer, is de gehele periode relevant. Onder het oude recht gold al volgens de jurisprudentie van de hoge raad (door a-g Hartkamp niet genoemd), HR 4 febr. 1949 *NJ* 1949, 185, *Waaning - Dobben*, dat iedere dag opnieuw een vordering tot schadevergoeding geacht wordt te ontstaan.¹⁴⁸ Art. 3:310 lid 3 BW, dat terugwerkende kracht heeft, brengt met zich dat uitgegaan moet worden van de toestand zoals deze aan het einde van de reeks feiten die tot de onrechtmatige toestand hebben geleid vorm kreeg. Aldus ook de minister in de Eerste Kamer, naar aanleiding van het voorbeeld van continue bodemverontreiniging (t.a.p., p.3). Voor mesothelioom-gevallen betekent dit dus dat de verjaring geacht wordt een

146. Na verwijzing, heeft het Hof Den Bosch (in 2000) beslist dat de vordering van mevr. Van B. verjaard is. De doorlopende schade (sinds 1961) werd verjaard geacht, aangezien slechts dat tijdstip van *veroorzaking* telt. Ten aanzien van de immateriële schade in 1988 ontstaan oordeelt het hof dat deze niet is gestuit door de dagvaarding van mei 1991, omdat deze geen betrekking op de schade had (sic!). Hof Den Bosch 7 juni 2000, *NJ* 2001, 368.

De HR heeft deze uitspraak bevestigd bij arrest van 19 okt. 2001, *NJ* 655, *Diakonessen Ziekenhuis II*. Ook in dit arrest is geen enkel oog voor ‘manifestation’ of ‘aggravation’ van de schade (pas sinds 1988 ontstaan, toen de fout van het ziekenhuis aan het licht kwam); het was door Van B.’s advocaat ook niet aangevoerd (vgl. ov. 3.2 v.). De schending van de informatieplicht van het ziekenhuis, voor 1988, als afzonderlijke onrechtmatige daad, heeft geen effect, omdat de stuitingsbrief van mei 1991 niet daarop betrekking had, aangezien ‘de thans ingestelde vordering tot vergoeding van de schade als gevolg van de verzwijging berust op een andere feitelijke en juridische grondslag’ (ov. 3.4). De HR volgt dus de (hardvochtige) uitleg van het hof, die voor mij niet geheel te volgen is. Het verzwijgen van een fout hangt toch gewoon samen met die fout, de psychische schade eveneens, zelfs a fortiori: dan pas komt de kinderloosheid hard aan voor een vrouw, het is geen eigen, maar andermans tekortkoming. De gehele procedure van mevr. Van B., qua rechtsbijstand, rechtspraak in alle instanties, concludering OM, en tenslotte uitspraken van de hoogste rechter tot tweemaal toe, dragen mijns inziens niet bij tot de goede naam van het rechtsbedrijf. Ik kan het in ieder geval niet aan leken uitleggen.

147. Vgl. voor de problematiek van het laten voortbestaan van een onrechtmatige toestand J. de Boer, *NJB* 1991, p. 1130.

148. De minister wijst op deze rechtspraak bij zijn bespreking van het oude recht in de Eerste Kamer, vgl. EK 1992-93, 22599, nr 116b, p. 2; deze opvatting kan volgens hem tot ‘allerlei onzekerheid leiden’, waaraan art. 3:314 BW een einde kan maken.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

aanvang te nemen op de laatste dag van de periode waarin de ziekte mogelijkwerwijs door het binnendringen van het asbestkristal in de longwand een begin gemaakt heeft, en vaststaat dat de werkgever in die periode zijn zorgvuldigheidsverplichting jegens de werknemer (voortdurend) geschonden heeft. De consequentie hiervan is dat in de modale mesotheliom-zaak de vordering niet verjaard zal zijn, bijvoorbeeld indien het slachtoffer nog begin jaren '70 tijdens het werk aan grote hoeveelheden asbeststof blootgesteld geweest is.¹⁴⁹

Deze verrassende uitkomst heeft te maken met de nieuwe grondslag van verjaring naar huidig recht, die via lid 3 van art. 310 met zijn terugwerkende kracht in het oude recht getransplanteerd is. Er heeft namelijk een omslag plaatsgevonden, zoals de minister ook in de Eerste Kamer uiteengezet heeft: het oude recht ging uit van het *ontstaan van de schade* als begin van de verjaringstermijn van een vordering tot schadevergoeding, terwijl het nieuwe recht aanknoopt bij de *gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt*¹⁵⁰ (t.a.p., p. 2). Hij geeft daarbij het voorbeeld van iemand die ziek wordt als gevolg van continue milieuvervuiling door een bedrijf, hetgeen na 10 jaar vastgesteld wordt (terwijl de vervuiling nog jaren doorloopt). De gebeurtenis is hier het voortdurende feit of de serie feiten die tot de verontreiniging geleid hebben; de gebeurtenis is voor het slachtoffer na 10 jaar geëindigd, en dan begint de verjaringstermijn te lopen. Het voorbeeld is helder, en zeer toepasselijk op asbestziekten. Behalve aan mesotheliom, zou ook gedacht kunnen worden aan asbestose, het besproken geval van Majer die in 1985 de diagnose asbestose gesteld kreeg en bleef stilzitten.

Terug naar het *Diaconessenhuis*-arrest; de conclusie die ontleend kan worden aan dit arrest voor de verjaringsproblematiek in asbestose-zaken is dat het geen sterk precedent is wat de toepassing van de normale verjaringsregel van 30 jaar betreft, ten aanzien van de vraag wanneer deze termijn ingaat. De vragen gericht op het doen ontstaan van nieuwe verjaringstermijnen door het verergeren van de schade heeft de hoge raad in het midden gelaten. Zoals betoogd, zijn er sterke argumenten voor het aanvaarden van het ingaan van een verjaringstermijn op het moment dat het slachtoffer van de volle omvang van de schade kennisneemt, dat wil zeggen de werkelijke oorzaken van het ontstaan ervan en de mogelijke aansprakelijkheid van derden voor die schade. In asbestose-zaken kan de feitelijke toedracht, anders dan in de *Diaconessenhuis*-zaak, onduidelijk zijn. Hierboven werd er al op gewezen dat ingevolge de rechtspraak van de hoge raad de werkgever via een verzwaarde stelplicht belast is met het bewijs ten aanzien van het inacht nemen van de op grond van regels van maatschappelijke onzorgvuldigheid vereiste voorzorgsmaatregelen ter voorkoming van asbestziekten bij

149. Ook in de *Diaconessenhuis*-zaak is denkbaar dat deze weg gevolgd zou kunnen worden, indien men namelijk aanneemt dat op het ziekenhuis de verplichting rust om de patiënte Van B. te informeren over de werkelijke oorzaak van het verlies van haar kinderen en haar kinderloosheid. Een dergelijke verplichting houdt immers niet op bij het moment van de dood van de baby's.

150. T.a.p., p. 2. Een aantekening is hier op zijn plaats, namelijk dat ook in het nieuwe stelsel waarbij van de *gebeurtenis* uitgegaan wordt, ook het doen ontstaan van schade een vereiste is voor de onrechtmatige daad. De schade hoeft zich echter nog niet gerealiseerd te hebben, de dreiging van schade is volgens vaste jurisprudentie voldoende.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

werknemers, terwijl een bewijsrisiko ten aanzien van de oorzaken van het krijgen van de ziekte die niet opgehelderd kunnen worden eveneens bij de werkgever ligt, ook indien het gaat om een risico dat indertijd onbekend was (*Cijsouw - De Schelde*). Aldus tegenwoordig ook art. 7:658.

Na deze bespreking van het arrest van 1995 is het zaak om na te gaan of het beroep dat de Rotterdamse president in de Van Os-zaak erop deed terecht was. De vermelding dat het hierom een 'min of meer vergelijkbaar geval' gaat is suggestief maar hoogst aanvechtbaar: de gevallen zijn zeer verschillend. In de Diaconessenhuis-zaak ging het om de onbekendheid van eiseres met het bestaan van een vordering tot schadevergoeding, hetgeen fataal bleek vanwege het ingaan van de verjaringstermijn op het moment dat zij als slachtoffer bekend was met de fout van gedaagde, het ziekenhuis. In de Van Os-zaak speelde de bekendheid-met-de vordering geen rol, hier was bij eiser kort geleden de ziekte mesotheliom vastgesteld, en was het punt dat partijen verdeeld hield de vraag wanneer de gebeurtenis gesitueerd moest worden die de ziekte veroorzaakt had: de president koos - zonder nadere motivering - voor het standpunt van gedaagden dat dit in 1963 geplaatst moest worden, het laatste jaar waarin Van Os nog bij de gedaagde werven werkzaam was; in de visie van Van Os vond de gebeurtenis pas zijn einde in de openbaring van de ziekte. Op die casus is het *Diaconessenhuis*-arrest niet gericht; het kan dan ook niet als precedent voor de met die casus samenhangende rechtsvraag gebruikt worden. Dit staat los van de vraag of het arrest in vergelijkbare gevallen wél als precedent kan dienen gezien de belangrijke vragen die onbeslist gebleven om zijn cassatietechnische redenen (feitelijke aard), en de zwakke motivering in het algemeen.

In *Maijer - Hertel* zou een beroep op *Diaconessenhuis* meer in lijn liggen, qua vergelijkbare casusposities; de Amsterdamse president neemt het argument van Hertel over dat Maijer op het moment van zijn bekendzijn met zijn ziekte (asbestose) op de hoogte was wie daarvoor aansprakelijk was, waardoor de vordering sinds 1984 opeisbaar zou zijn geweest, en derhalve in 1995 verjaard is. Maijer had echter gesteld dat hij eerst in 1993 uit een publikatie in het FNV-blad begrepen had dat hij zijn werkgever voor de schade als gevolg van asbestose aansprakelijk kon stellen. Daarmee is het geval vergelijkbaar met dat van Van B. in *Diaconessenhuis*, en daarmee zijn ook de oplossingen die hierboven aangevoerd zijn op de Van Os-zaak van toepassing. De president is daaraan volkomen voorbijgegaan, evenals zijn Rotterdamse collega.

De enige uitspraak op dit gebied waarin het verjaringsprobleem benaderd wordt waarbij aan de uiterst penibele positie van eiser-slachtoffer tegemoetgekomen wordt, is dat van de kantonrechter Almelo.¹⁵¹ Hij gaat weliswaar ten onrechte uit van een verjaringstermijn van 20 jaar, maar maakt veel goed door een billijkheidscorrectie toe te passen. De kantonrechter verwijst daarbij naar de analoge situatie bij bodemvervuiling uit het verleden, waarbij ingevolge een arrest van de Hoge Raad een verjaringstermijn van 5 jaar aangehouden dient te worden voor het instellen van een vordering van een benadeelde woning-eigenaar tegen de overheid, een termijn die eerst ingaat nadat hem bekend geworden is dat de grond onder zijn bodem vervuild is. Bij mesotheliom gaat het om een vergelijkbare vorm van schade, stelt de kantonrechter, met een gedurende lange tijd verborgen karakter; hij neemt derhalve een verjaringstermijn van 5 jaar aan nadat de ziekte mesotheliom zich heeft geopenbaard.

Bekendheid van de werkgever met gevaren van asbest

De verjaring van vorderingen wegens asbestletsel is via art. 3:310 lid 2 BW (30-jarige termijn) in de context van art. 6:175 BW geplaatst, de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen. Er is geen misverstand over mogelijk dat asbest in die categorie valt. Art. 175 van Boek 6 is ook van belang aangezien het een inzicht geeft in de vraag wat onder 'gevaarlijke' stoffen verstaan moet worden, hetgeen

151. Ktg. Almelo 11 jan. 1996, *TMA* p. 38, *Erven Rouwhof - Eternit*.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

direct in verband staat met de vraag wanneer een werkgever beducht moet zijn voor gevaren waaraan werknemers die met bepaalde stoffen omgaan blootgesteld worden op de werkvloer. Dat laatste is weer van betekenis voor de vraag of de zorgvuldigheidsverplichting van de werkgever met zich brengt dat hij bepaalde maatregelen moet treffen ter bescherming van de gezondheid van de werknemers (ex artt. 7:658 en 611; 7A:1638x en 1638z oud BW).

Ik zou deze visie van de wetgever op art. 175 eens willen leggen naast die van de Hoge Raad ten aanzien van bekendheid van degenen die grond uitgeeft met de milieurisico's die met die grond verbonden zijn, en wel het *Steendijkpolder I (Maassluis I)*-arrest van 1992.¹⁵² Op het eerste gezicht is hier namelijk een groot verschil in opvatting te bespeuren, aangezien de hoogste rechter van een *subjectieve* opvatting van bekendheid met gevaren lijkt uit te gaan, hetgeen werkgevers als muziek in de oren zal klinken. Bij nader inzien valt dat verschil van inzicht weg, indien men met de Maassluis-casus rekening houdt, en verstomt de muziek. Daartoe moeten wij ons in het geval van de vervuilde Steendijkpolder verdiepen.

De Gemeente Maassluis had percelen als bouwgrond uitgegeven, een terrein dat vijftien jaar eerder opgespoten was met uit de roterdamsche haven afkomstig baggerslib, dat naderhand ernstig vervuild met schadelijke stoffen bleek te zijn. Het gaat erom of de gemeente wist of moest begrijpen dat hier milieurisico's in het spel waren en de (particuliere) kopers van de bouwpercelen daarvoor had moeten waarschuwen. De hoge raad overweegt hierover het volgende:

‘... het onderdeel (van het cassatiemiddel) moet klaarblijkelijk aldus worden verstaan dat het tevens wil betogen dat voor het antwoord op voormelde vraag niet beslissend is wat Maassluis wist of moest begrijpen omtrent de verontreiniging en de daardoor opgeroepen bezwaren, maar of naar de ten tijde van de gronduitgifte bestaande maatschappelijke opvattingen (de mogelijkheid van) een verontreinigde toestand van havenslib, gebruikt voor het ophogen van bouwgrond, diende te worden getolereerd. Dit betoog - dat klaarblijkelijk ervan uitgaat dat toen niet alle hieraan verbonden gevaren algemeen bekend waren - kan niet als juist worden aanvaard. Bij zijn beoordeling van voormelde vraag heeft het hof terecht doorslaggevende betekenis toegekend aan hetgeen Maassluis zelf wist of redelijkerwijs moest begrijpen toen zij de grond als bouwgrond uitgaf’ (ov. 4.1.2, 3e alinea).

De Gemeente Maassluis had getracht de luwte op te zoeken van het niet *algemeen* bekend zijn van de milieugevaren van het havenslib, om aldus de dans van het toerekenen van bekendheid met die gevaren te ontspringen. Die vlieger ging niet op, in de ogen van de cassatierechter. Gezien de analogie die te trekken is met asbestzaken - de creativiteit van een advocaat die voor een groot financieel belang opkomt dient niet onderschat te worden - loont het de moeite om na te gaan wat de gemeente eigenlijk betoogd had tegen hetgeen het hof aangenomen had, en wat dat laatste inhield. In het cassatiemiddel had de gemeente gesteld dat men niet, zoals het hof gedaan uit, zich uitsluitend moet richten op de bij de gemeente aanwezige bekendheid met de eventuele milieugevaren van het bouwterrein, maar dat dit slechts tezamen met de uitkomsten van ander onderzoek diende te geschieden, ‘zoals onder meer de ten tijde van de koop bestaande stand van wetenschap en techniek, en het verschil in kennisniveau omtrent de diverse vormen van verontreiniging, de stand van wetgeving, etc.’¹⁵³

152. HR 9 okt. 1992, NJ 1994, 286, nt CJHB (onder nr 289); TMA 1993, p. 59, nt Kottenhagen.

153. Zie cass.middel, sub 2. Voor een overeenkomstige manier van denken, vgl. de bijdrage van Rutgers in dit nummer, m.b.t. tot het onderscheid aan te brengen in bekendheid met de verschillende asbestziekten, asbestose versus mesotheliom.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

Dan nu de overwegingen van het Hof Den Haag, waar het hier om ging, die ook voor de asbest-problematiek instructief zijn:

‘Onder deze omstandigheden heeft Maassluis naar het oordeel van het hof tegenover geïntimeerden onrechtmatig gehandeld. Zij heeft immers het door geïntimeerden gekochte perceel als bouwgrond uitgegeven - en daarbij zelfs een bouwplicht opgelegd - terwijl zij wist althans in redelijkheid heeft moeten begrijpen dat de woonbestemming van dit perceel, gelet op al het bovenstaande, uit een oogpunt van volksgezondheid bezwaren opriep, al was het alleen maar omdat bij vele woningen nu eenmaal tuinen worden aangelegd en in die tuinen ook tuinbouwprodukten kunnen worden verbouwd en in elk geval kinderen zullen spelen. Uit het sub 12 gestelde blijkt dat, zelfs als ten tijde van de transactie met geïntimeerden niet alle signalen Maassluis hadden bereikt, toen toch wel zulke in het oog springende gegevens bekend waren, dat dit Maassluis onmogelijk kan zijn ontgaan. Tegen deze achtergrond had Maassluis, zeker als overheid die op grote schaal bouwgronden uitgeeft en zich daarvoor ook behoorlijk laat betalen, een nader onderzoek moeten instellen of minstens de kopers moeten waarschuwen, in plaats van het risico naar die kopers door te schuiven. Daarbij acht het hof nog van belang dat, zoals bij pleidooi in hoger beroep is gebleken, de Steendijkpolder een van de weinige baggerlokaties was, waarop een woonbestemming rustte. Uit de stukken blijkt dat de gemeente Vlaardingen haar burgers omtrent de gevaren van de Broekpolder beter op de hoogte hield dan Maassluis voor de Steendijkpolder blijktbaar nodig vond.

14. Voor zover door Maassluis in dit verband nog een beroep werd gedaan op de ‘stand van de wetenschap’ ten tijde van het opspuiten van de Steendijkpolder en op de daarvoor afgegeven vergunningen en dergelijke, verwerpt het hof dit beroep, aangezien de kern van het verwijt aan Maassluis niet in de tijd van dat opspuiten ligt, maar bijna vijftien jaar later, toen de Steendijkpolder door Maassluis als bouwgrond werd uitgegeven. En voorzover Maassluis met die ‘stand van de wetenschap’ de periode van deze uitgifte op het oog heeft, verwerpt het hof dat beroep eveneens, nu in casu niet de stand van de wetenschap in het algemeen maar de eigen kennis van Maassluis beslissend is. Men kan immers een duidelijk signaal zoals de negatieve berichtgeving uit Vlaardingen niet negeren. Standpunten van bestuurders en ambtenaren in brieven of circulaires zijn daarbij op zichzelf niet doorslaggevend aangezien zulke standpunten even onzorgvuldig kunnen zijn als het hierboven vermelde gedrag van Maassluis. Tenslotte verdient in dit verband nog opmerking dat Maassluis zich in haar verhouding tot geïntimeerden niet achter anderen mag verschuilen, ook niet achter Rotterdam, en zeker niet achter Pakwoningen’ (ov. 13 en 14).

De conclusie moet luiden, dat de hoge raad met zijn eerder aangehaalde overweging recht doet aan de zienswijze van het hof dat de bijzondere kennis die bij de gemeente aanwezig is telt bij de vaststelling of sprake van bekendheid met de gevaren aanwezig is, met andere woorden: de meerdere kennis van een gedaagde is van belang, ook al zou de kennis in het algemeen van minder niveau zijn, zelfs indien dit op grond van de stand van de wetenschap het geval zou zijn. Ook bij de vaststelling van schuld bij onrechtmatige daad, in de zin van maatschappelijk onzorgvuldig gedrag, is dit de gangbare benadering. Schuld wordt geobjectiveerd, maar subjectieve elementen spelen wel degelijk een rol; zoals Pitlo het eens noemde: men moet ‘subjectiveren naar boven’.¹⁵⁴ Dezelfde opvatting is terug te vinden in de rechtspraak van de hoge raad waarbij kennis die in het buitenland, in concern-verband, aanwezig is, een dochter-bedrijf in Nederland toegerekend wordt, ook al was die kennis in ons land niet algemeen beschikbaar.¹⁵⁵

154. Vgl. daarover: J. van Schellen, *Juridische causaliteit*, diss. Amsterdam 1972, p.123, met verdere lit.

155. HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573, nt PAS, *Janssen - Nefabas*. Aldus ook Rb. Rotterdam in de Shell-zaak (bodemvervuiling te Gouderak), in andere zin de Hoge Raad, die dit aspect geheel uit het oog verloren lijkt te hebben, vgl. HR 30 sept. 1994, *NJ* 1996, 196, nt CJHB; *TMA* 1994, p. 159, nt Van Dunné.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

De wet kent een billijkheidscorrectie in de vorm van art. 3:321 lid 1 sub *f* BW: een grond voor verlenging van de verjaring bestaat tussen de schuldeiser en zijn schuldenaar die opzettelijk het bestaan van de schuld of de opeisbaarheid daarvan verborgen houdt. Men zou kunnen stellen dat een werkgever, die geacht wordt zijn wettelijke verplichtingen te kennen en zijn werknemer niet informeert over de aard van de gevaren in de omgang met asbest, en de mogelijke aansprakelijkheid die voor hem als werkgever kan ontstaan, daarmee een verlenging van de verjaringstermijn bewerkstelligt. De werknemer wordt aldus in de gelegenheid gesteld om op eigen gelegenheid achter zijn rechtspositie te komen, waarbij de verstreken tijd niet in zijn nadeel komt, als grond voor verjaring. Men zou kunnen tegenwerpen dat dit het voorstellingsvermogen toch wel wat overspant, en de werkgever met een vorm van altruïsme opzadelt, die hem minder bekend zal voorkomen. De modale werkgever staat toch al niet bekend als de pleitbezorger en handhaver van de Arbo-wetgeving. Wat niet is kan komen, zou men kunnen denken, maar wij zijn niet alleen van deze wetsbepaling afhankelijk om tot aanpassing van de 5-jarige verjaringstermijn te komen.

De Boer heeft er in ander verband op gewezen - de problematiek van de bodemvervuiling - dat bij het stellen van de bekendheidsrekening gehouden moet worden met de tijd die gemoeid is om deskundig onderzoek te verrichten naar het ontstaan van de schade (in zijn geval: de bodemvervuiling).¹⁵⁶ Dat is zeker het geval, zo betoogde hij, indien sprake is van een gecompliceerde toedracht; dat laatste is ook in ons geval van asbest-claims aan de orde. De Boer doet daarbij een beroep op de jurisprudentie van de hoge raad inzake verborgen gebreken bij koop onder het oude recht, waarbij de uiterst korte termijn (6 weken!) de koper parten speelt bij het instelling van een vordering tegen de verkoper.¹⁵⁷ Ik zou dat thema nader willen uitwerken, waarbij voor ons onderwerp belangrijke inzichten uit de verborgen gebreken-jurisprudentie aan de oppervlakte komen.

Het arrest van de hoge raad van 1958 doet qua casus sterk denken aan het befaamde geval van de *verse koe* uit 1941. Het gaat hier niet om de koop van een koe, maar om de ruil van een koe tegen een andere koe, waarop de regeling van verborgen gebreken van toepassing is, met de beruchte korte termijn die in de rechtspraak aangenomen is, van 6 weken. Overigens, in het franse en belgische recht zag de rechter er geen been in om dezelfde bepaling zo uit te leggen dat het hier een redelijke termijn betreft, die soms zelfs 9 maanden of een jaar mocht beslaan. Nog steeds leerzaam voor ons, zeker wanneer wij met termijnen worstelen, zoals bij de verjaring. De boerentragedie speelt zich af te Vierpolders; Dekker heeft van Van der Linde op 4 november 1955 door ruil de drachtige koe Antje 159 verkregen, die hij voor het fokken voorbestemd had. Het loopt echter anders, want op 24 december van dat jaar onderzoekt dierenarts Moerman de koe en constateert dat de urineleiders niet in orde waren en de koe in gezondheid achteruit zou gaan. Nu is bij een koe het probleem, dat om precies vast te stellen wat de oorzaak van de kwaal is, en bovendien: of deze ten tijde van de koop (ruil) al bestond - en dat is noodzakelijk om een 'verborgen' gebrek te kunnen aannemen - het beest *geslacht* moet worden. Dat is niet alleen een grote ingreep, maar naar zich laat aanzien fataal voor het voortbestaan van de gekochte zaak. Dekker aarzelt dan ook bij het nemen van die stap, en volgens de rechtbank laat hij daardoor de termijn voor een verborgen gebreken-actie verlopen, met alle gevolgen vandien. Daaraan doet niet af, aldus de rechtbank, dat de veearts op 24 december 1955 geen koopvernietigende verklaring wilde afgeven en niet meedeelde dat het gebrek al bij de koop bestond; voldoende was dat Dekker begreep dat zich bij de koe verschijnselen voordeden die konden wijzen op het bestaan van een verborgen gebrek. Dekker had namelijk eerst op 10 maart 1956 zijn vordering ingesteld; de koe werd namelijk op 30 januari 1956 geslacht, er komt een professor aan te pas die op 2 februari, na sectie, verklaart

156. J. de Boer, '1992: stuitingsjaar met het oog op bodemsanering', *NJB* 1991, p. 1127, op p. 1128.

157. De Boer verwijst naar: HR 5 dec. 1958 *NJ* 1959, 136, *Dekker - Van der Linde*, en Hof Amsterdam 2 juni 1956, *NJ* 1957, 277, *Egidius - Knevel*.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

dat de koe al bij de ruil het gebrek gehad heeft; dierenarts Moerman verklaart daarop hetzelfde op 16 februari.

Dekker gaat in appel, maar dat mag niet baten; het Haagse Hof is van oordeel dat bij het vaststellen van het tijdstip waarop moet vaststaan dat het gebrek dat bij de ruil aanwezig was zich heeft geopenbaard - hetgeen slechts door slachting kan gebeuren - ervan uitgegaan moet worden dat dit tijdstip afhangt 'van het ogenblik waarop voor Dekker als zorgvuldig en nauwgezet ' koper' zich verschijnselen voordeden, die met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid wezen op een 'koop'-vernietigend verborgen gebrek'. Nu had Van der Linde al op 27 december ingestemd met de slachting 'op kosten van ongelijk', maar Dekker had het dier andermaal door de dierenarts Streefkerk laten onderzoeken die op 20 jan. eveneens met de conclusie van pyelonephritis (ontsteking aan de nieren en urinewegen) komt, waarop slachting en het professorenoordeel gevolgd was. Het Hof steunt de uitleg van de rechtbank, en Dekker gaat in cassatie.

De hoge raad overweegt als volgt:

'dat de termijn, bedoeld in het te dezen ingevolge art. 1582 toepasselijke art. 1547 B.W., aanvangt op het tijdstip waarop een zorgvuldig en nauwgezet koper het gebrek redelijkerwijs had kunnen ontdekken of, wanneer de koper het eerder heeft ontdekt, op dat tijdstip;

dat hierbij van het ontdekken van een gebrek als waarop laatstgenoemd artikel betrekking heeft niet al sprake is wanneer de koper vaststelt dat het gekochte goed een gebrek heeft, doch eerst dan wanneer voor hem tevens vaststaat, dat dit gebrek het goed ook reeds ten tijde van den koop aankleefde; dat toch niet is aan te nemen, dat de wet den koper er toe zou nopen, ter voorkoming van verlies van zijn vordering door het verlopen van den in art. 1547 bepaalde termijn, onder omstandigheden reeds een rechtsvordering in te stellen op een ogenblik, waarop voor den koper zelven de juistheid van al hetgeen hij als grondslag voor zijn vordering heeft te stellen nog niet is komen vast te staan;

dat in deze zaak de rechtsvordering is ingesteld op 10 maart 1956 en het Hof feitelijk heeft vastgesteld, dat de dierenarts Moerman op 24 dec. 1955 bij de door Dekker in ruil gekregen koe pyelonephritis heeft geconstateerd doch heeft geweigerd, een verklaring af te geven dat de ziekte reeds bij den ruil op 4 nov. 1955 aanwezig was, omdat hij de kans, dat dit het geval zou zijn geweest, 10 % achtte en naar zijn inzicht zekerheid hieromtrent slechts door slachting van de koe kon worden verkregen, alsmede dat de koe op 30 jan. 1956 is geslacht en toen door Professor ten Thije is vastgesteld, dat de ziekte reeds voor 4 nov. 1955 aanwezig was geweest;

dat het Hof heeft aangenomen, dat de in art. 1547 genoemde termijn - door het Hof gesteld op zes weken - was aangevangen op 24 dec. 1955, en dat de vordering dus te laat was ingesteld en wel op grond dat deze termijn een aanvang zou nemen op het tijdstip, waarop zich duidelijke verschijnselen voordoen die een nader onderzoek naar de vraag, of het gebrek reeds ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bestond, rechtvaardigen;

dat dit oordeel blijkens het bovenstaande onjuist is en het primaire middel mitsdien gegrond, tengevolge waarvan het subsidiair voorgedragen middel niet in behandeling komt;

O. voorts dat wel ten processe vaststaat, dat de dierenarts Moerman op 24 dec. 1955 bij de koe pyelonephritis heeft geconstateerd, maar tevens, dat hij zekerheid omtrent de vraag op deze ziekte reeds ten tijde van den ruil bestond slechts door slachting van de koe te verkrijgen achtte;

dat - mede gelet op het bepaalde in art. 1546 B.W. - niet in -het algemeen kan worden aangenomen, dat de van Dekker redelijkerwijs te eisen zorgvuldigheid medebracht, dat hij toen terstond tot slachting overging;

dat het Hof echter alsnog zal hebben vast te stellen, of Dekker door het eerst op 30 jan. 1956 doen volgen van de slachting die zorgvuldigheid heeft betracht.'

(hierop volgt verwijzing).

Wat leert deze uitspraak ons voor de verjaringsvraag bij asbestose-claims? Het probleem in die situatie is dat degenen die op een gegeven tijdstip na medisch

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

onderzoek te horen krijgt dat asbestose vastgesteld is, op zijn best weet of moet begrijpen dat dit te maken heeft, of zelfs: veroorzaakt is, door de werksituatie waarin hij verkeerd heeft, maar niet begrepen hoeft te hebben dat de ziekte veroorzaakt werd door onzorgvuldig handelen van zijn werkgever.¹⁵⁸ Indien vastgesteld zou kunnen worden dat de werkgever in strijd met ongeschreven regels van maatschappelijke en contractuele zorgvuldigheid nagelaten heeft om afdoende veiligheidsmaatregelen op het werk te treffen, zou voor hem aansprakelijkheid bestaan voor de schadelijke gevolgen daarvan. Net als in het geval van verborgen gebreken in de veehandel, is het een uiterst gecompliceerde vraag òf er wel van dergelijke zorgvuldigheidsplichten, in het verre verleden, sprake was, en òf er sprake was van schending van die plichten door de werkgever in kwestie. In de eerste asbest-procedures, heeft men tot de hoge raad moeten door procederen om licht geworpen te krijgen op deze rechtsvraag (hetgeen geleid heeft tot bijvoorbeeld het arrest van 1990 voor asbestose, en dat van 1993 voor mesothelioom). De analogie met de koehandel is dus dat er diepgaand onderzoek voor nodig is alvorens men de vraag kan beantwoorden of er sprake is van een oorzaak van de ziekte die in de werksituatie gelegen is, en vervolgens of de werkgever daarvoor aansprakelijk is. Dat laatste is dus een dubbele complicatie, vergeleken met verborgen gebreken bij koop: ook de aansprakelijkheid op zich moet vast komen te staan. Voegt men daaraan toe dat het hier om leken gaat op medisch en juridisch gebied, dan is duidelijk, dat als al de boer, die toch enigszins vakman op het gebied van de gezondheid van koeien is, beschermd wordt, dat toch zeker het geval dient te zijn bij de werknemer die geen weet heeft van gecompliceerde beroepsziekten die hem boven het hoofd kunnen hangen. Hij hoeft a fortiori niet bij verschijnselen die zouden kunnen duiden op asbestziekte en op aansprakelijkheid van zijn werkgever, met een vordering tot schadevergoeding over de brug te komen.¹⁵⁹

Er speelt hier ook nog een aspekt van algemeen belang mee, zoals door de hoge raad in zijn arrest aangegeven; een tegengesteld standpunt, zoals door rechtbank en hof ingenomen; zou tot gevolg hebben dat eisers een vordering instellen ook indien zij nog geen zekerheid hebben over de grondslag van die vordering. Of, zoals p-g Langemeijer het stelde: het kan leiden tot het op goed geluk instellen van een actie voordat men zekerheid over het gebrek heeft (met ook nog onnodig slachten van vee tot gevolg). Inflatie van procedures is nu niet bepaald iets dat toegejuicht moet worden (een gevaar dat toch al op de loer ligt bij asbest-claims, zoals wij uit het buitenland weten; nu reeds neemt het aantal asbest-procedures gestaag toe).

Het arrest van het Hof Amsterdam uit 1956, dat ook door De Boer genoemd werd, is voor ons onderwerp niet van belang. Het betrof een verborgen gebrek aan een schip dat gekocht was, een scheurtje in de krukas, waarvan niet vaststond of dit al ten tijde van de koop aanwezig was.

158. Alleen bij de ziekte asbestose speelt in de praktijk de verjaringstermijn van 5 jaar, aangezien bij constatering van mesothelioom de prognose is dat de patient binnen 1 tot 1 1/2 jaar zal overlijden.

159. Ik laat nog daar dat in sommige kringen het *not done* is om je eigen werkgever aan te spreken tot schadevergoeding, voor iets dat gewoon bij het werk behoort, zelfs niet indien de arbeidsovereenkomst al beëindigd is. Zo gaat het verhaal dat een inwoner van Goor vanwege zijn procedure als ex-werknemer tegen het aldaar gevestigde Eternit door de buurt met de nek aangekeken wordt, omdat hij de sociale code gebroken heeft.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

Dat laatste is beslissend voor een actie uit verborgen gebreken, en vergt deskundig onderzoek, dat echter met bekwaame spoed dient te gebeuren, in het belang van de verkoper, zo oordeelt het hof. Bij de vaststelling van de aanvangsdatum van de fatale termijn moet uitgegaan worden van de normale duur van een dergelijk deskundigenonderzoek. In casu was daarvan geen sprake, en had eiser teveel tijd verloren laten gaan, waarbij de lange duur van het onderzoek geen excuus vormde. Eiser had enkele maanden op de uitslag van laboratorium-onderzoek gewacht, en wordt door het hof verweten niet vast een dagvaarding uitgebracht te hebben, en 'het zekere voor het onzekere' had moeten nemen, op grond van een 'alleszins redelijk vermoeden' dat de breuk van oudere datum was, hetgeen naderhand door het rapport bevestigd werd.

Dit arrest van het Hof Amsterdam is echter twee jaar later door dat van de hoge raad inzake *koe Antje 159* overruled: men mag volgens de hoogste rechter wèl op zekerheid spelen, en eerst dan een actie instellen tegen de wederpartij wanneer men zekerheid omtrent het beweerdelijke gebrek heeft; een goede procesorde brengt zelfs mee dat men dit behòort te doen. Voor onze problematiek van de asbest-claims is het arrest van het Hof Amsterdam op zich al minder relevant, omdat het ook voor de werkgever duidelijk moet zijn dat een onderzoek naar het oorzakelijk verband van een asbest-ziekte tijdrovend zal zijn vanwege het gecompliceerde karakter van de materie; bovendien is een zorgvuldig uitgevoerd onderzoek - waaraan hij medewerking zou verlenen - ook in zijn belang.

10. Recente ontwikkelingen in het verjaringsrecht. De opmars van de billijkheidsleer in de jurisprudentie

De relatieve verjaringstermijn (5 jaar).

De problemen die zich kunnen voordoen bij verjaringsvragen, en het stelsel van de wet zijn hierboven aan de orde gekomen, aan het begin van nr 9: de relatieve termijn van 5 jaar en de absolute termijn van 20 jaar (voor milieu-aansprakelijkheid 30 jaar) volgens het nieuwe verjaringsartikel, art. 3:310 (terwijl ook art. 3:321 van belang is). Wij zagen dat voor de vraag welke eisen aan de 'bekendheid' van de schuldeiser met de schade en de aansprakelijke persoon gesteld moeten worden, de rechtspraak onder het oude recht van belang is. De zaak van *koe Antje 159* werd besproken (de verborgen gebreken-regeling onder het oude recht, art. 1547 oud-BW), een arrest uit 1958. Deze problematiek is ook aan de orde wanneer de overheid aansprakelijkheid gesteld wordt, vanwege een wet van 31 oktober 1924 die inhield dat een dergelijke vordering verjaart na 5 jaar. Deze infameuze wet, bedoeld om de overheid te beschermen (stukken hoefden maar 5 jaar bewaard te worden), is tot een eind gekomen met de invoering van art. 3:310 in 1992; nog lang nadien is de hoge raad geroepen geweest om daarover te oordelen, een rechtspraak die van belang blijft onder het huidige regime.

De hoge raad is de geschetste lijn van de verborgen gebreken jurisprudentie trouw gebleven in een verjaringszaak waarbij milieu-aansprakelijkheid in de vorm van bodemverontreiniging aan de orde was: het al genoemde *Steendijkpolder I*-arrest van 1992. Het betrof daar de 5-jarige termijn van vorderingen tegen de overheid (wet van 21 okt. 1924), die met de invoering van art.3:310 BW met dezelfde termijn vervallen is. De casus is analoog aan die van het asbest-slachtoffer: in 1976 waren de percelen bouwgrond gekocht en pas in 1983 werd bodemvervuiling geconstateerd, waarop een dagvaarding in 1987

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

volgt. De Gemeente Maassluis beroept zich op verjaring op grond van de wet van 1924, maar heeft geen succes bij de hoge raad. Het college overweegt:

‘Een redelijke uitleg van het in voormelde wet bepaalde brengt mee dat de daarin voorziene verjaringstermijn van vijf jaren in gevallen als de onderhavige, waarin pas na verloop van tijd schade als gevolg van bodemverontreiniging aan de dag treedt, niet geacht kan worden eerder te zijn aangevangen dan op de dag volgende op de 31e december van het jaar waarin aan de benadeelde bekend is geworden dat de grond onder en bij zijn woning verontreinigd is. Het tijdstip van dit bekend worden behoort redelijkerwijs te worden aangemerkt als het tijdstip waarop de vordering te dier zake tegen de gemeente ‘opvorderbaar’ in de zin van voormelde wet is geworden.’

Zoals ook Brunner in zijn noot opmerkt: ‘een vordering tot schadevergoeding kan bezwaarlijk worden ingediend voordat de gelederde weet dat hem schade is toegebracht’.¹⁶⁰ Dat is een kwestie van ‘redelijke wetsuitleg’, eenzelfde methode van wetsuitleg die op zijn plaats is bij de uitleg van art. 3:310 lid 1 BW, en zijn 5-jarige termijn.¹⁶¹

Verjaring van een aktie tegen de overheid, en daarmee het vermaledijde wetje van 1924 – Bloembergen spreekt ergens in een noot van ‘het hatelijke verjaringswetje’ - is wederom aan de orde in enkele arresten in de tweede helft jaren ‘90, waarbij het gaat om de vraag of onjuiste mededelingen van de gemeente, die volgens de gedupeerde partij bedrog of benadeling inhouden en derhalve onrechtmatig zijn maar waarvan het karakter voor haar verborgen was en pas aan het licht kwam toen de verjaringstermijn van 5 jaar verstreken was. Het betreft doorgaans onroerend goed, en informatie die gegeven werd over planologische ontwikkelingen, het verkrijgen van bouwvergunningen, e.d. In 1995 heeft de hoge raad bepaald dat hierbij geen beroep op het *Steendijkpolder*-arrest gedaan kan worden, hetgeen in een arrest van 1999 bevestigd werd, aangezien niet elke onbekendheid, verborgenheid van veroorzaking van schade, grond geeft om van de relatieve verjaringstermijn af te wijken.¹⁶² Ik laat hier de overweging uit het laatste arrest volgen, waarin de cassatierechter zijn visie geeft:

3.3.2. De in 3.3.1 weergegeven klachten zijn tevergeefs voorgedragen. Zoals het Hof in zijn rov. 4.6 met juistheid tot uitgangspunt heeft genomen, moet te dezen toepassing vinden hetgeen de Hoge Raad in zijn arrest van 22 september 1995, nr. 15683, NJ 1997, 418, heeft overwogen, te weten dat de in voormeld arrest van 9 oktober 1992 aanvaarde uitzondering niet geldt voor gevallen van schade veroorzaakt door onjuiste mededelingen waarvoor de gemeente uit onrechtmatige daad aansprakelijk is.

Anders dan schade als gevolg van bodemverontreiniging, heeft schade als gevolg van onjuiste mededelingen niet naar haar aard een verborgen karakter, zodat er - in het bijzonder gelet op

160. T.a.p., sub 2. ook a-g Hartkamp had in zijn conclusie voor het *Diaconessenhuis*-arrest een beroep gedaan op analoge toepassing van het *Steendijkpolder*-arrest, zie boven.

161. Ook de kantonrechter te Almelo doet in de asbest-zaak *Erven Rouwhof - Eternit* (TMA 1996, p. 38) een beroep op het *Steendijkpolder*-arrest om tot een redelijke toepassing van de absolute verjaringstermijn van 30 jaar te komen. Voor een bespreking van dat vonnis, en andere uitspraken, zie mijn genoemde TMA-artikel, p. 121 v.

162. HR 22 sept. 1995, NJ 1997, 418, nt CJHB onder nr 420, *Kruiswijk - Gem. Blaricum*; HR 15 okt. 1999, NJ 2000, 138, nt ARB, *Kerssemakers - Gem. Uden*.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

de eis van rechtszekerheid -onvoldoende grond is om een geval als het onderhavige op één lijn te stellen met dat waarvoor in het arrest van 9 oktober 1992 een uitzondering is aanvaard op de regel dat voor de aanvang van de verjaringstermijn van de Wet van 31 oktober 1924 beslissend is het tijdstip waarop de bevoegdheid is ontstaan om onmiddellijk de nakoming van de verbintenis te eisen, ongeacht of de schuldeiser op dat tijdstip reeds met het bestaan van de verbintenis bekend was.

Zelfs indien, zoals Kerssemakers heeft aangevoerd doch door de Gemeente is betwist, de op 19 augustus 1985 door de wethouder gedane mededelingen niet alleen onjuist waren doch berustten op bedrog en/of benadeling van Kerssemakers beoogden, is zulks onvoldoende grond om een uitzondering op genoemde regel te aanvaarden.

Zoals men ziet is de hoge raad van oordeel dat een geval van bedrog of benadeling niet op één lijn gesteld kan worden met bodemverontreiniging, aangezien niet voldaan is aan een *naar haar aard* verborgen karakter van de schade. Annotator Bloembergen kan zich hierin vinden, met het argument dat men een verjaringsregime niet afhankelijk kan stellen van het al of niet bedrieglijke of opzettelijke karakter van de onrechtmatige daad. Naar mijn mening gaat Bloembergen, met de hoge raad, geheel langs de kern van de zaak heen; eiser in cassatie had gesteld dat ook in een geval van bedrog/benadeling 'de schade per definitie eerst na verloop van tijd aan de dag treedt, namelijk pas als de bedrogene het bedrog heeft ontdekt'. De reactie van de hoge raad, dat dit geen verborgenheid *naar haar aard* is, valt niet goed te volgen. Gif in de grond is toch even verborgen als gif in de maatschappelijke verhoudingen en contacten? Wanneer men direkt had moeten inzien dat men opgelicht werd, is het de vraag of wel bedrog aangenomen kan worden, vanwege de onderzoekplicht, e.d. Het lijkt erop dat er hier een nieuwe vorm van bescherming van de overheid in het spel is, waarmee de hoogste rechter het wetje van 1924 continueert.

Dit is des te aanvechtbaarder, aangezien het probleem waar het om gaat groot en aktueel is: een gemeente-funktionaris (of van de provincie) die vriendjespolitiek bedrijft, door A informatie te onthouden of onjuiste informatie te geven en die aan vriendje B wel te geven, of deze een tip te geven van een goedkope onroerend goed-transaktie (waarbij de funktionaris ook weer zelf betrokken kan zijn). Misbruik van machtspositie, of misbruik van voorkennis. De lijn van de hoge raad, ter ere van de rechtszekerheid, leidt tot niet aanvaardbare en onbillijke rechtspraak.

In 2000 is weer een voorbeeld daarvan. In *Van Doorn – Gem. Reeuwijk* is de casus deze.¹⁶³

Van Doorn erft met enkele zussen het huis van zijn vader, twee percelen waarop een dubbel woonhuis was gebouwd, dat in slechte staat verkeerde. Hij wil beide percelen uit de nalatenschap verwerven, om na afbraak op één perceel te gaan wonen in een nieuw huis, na het andere perceel verkocht te hebben; dat laatste perceel heeft natuurlijk veel meer verkoopwaarde wanneer dat ook bebouwd mag worden, hetgeen een financiële voorwaarde is voor de verwezenlijking van zijn plannen. Van Doorn informeert bij de Gemeente Reeuwijk via ingeschakelde makelaars, en krijgt te horen dat op beide percelen slechts één huis gebouwd mag worden, met maximaal vloeroppervlak van 100 m². Van Doorn ziet af van zijn plannen, die niet uitvoerbaar blijken te zijn, en verkoopt eind 1986 de percelen voor f 235.000 aan een

163. HR 13 okt. 2000, NJ 2001, 107, nt CJHB, *Van Doorn – Gem. Reeuwijk*.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

derde. Deze verkoopt de percelen in 1988 aan De Vos voor f 385.000; de laatste krijgt in 1989 vergunning voor de bouw van twee woningen van elk maximaal 100 m² vloeroppervlak.

Van Doorn pikt dat niet en ziet, na een afgewezen bezwaarschrift, voor de rechtbank zijn vordering tot schadevergoeding die hij in 1994 instelt toegewezen, deze vordering was gebaseerd op bedrog van de gemeente (geven van onjuiste informatie) en handelen in strijd met het gelijkheidsbeginsel door De Vos wèl, en aan hem géén bouwvergunning te verstrekken. Het gaat echter fout voor het hof, dat het standpunt inneemt dat Van Doorns vordering verjaard is: hoewel hij eerst in 1988 kennisnam van de onrechtmatige handelwijze van de gemeente (via publikatie bouwplan gemeente) heeft de onrechtmatige daad van de gemeente evenals de door Van Doorn geleden schade in 1986 plaatsgevonden. De hoge raad volgt het hof in deze zienswijze.¹⁶⁴

Het is dus somber gesteld met de jurisprudentie inzake de figuur van 'bekendheid' bij de relatieve verjaringstermijn, maar er zijn enkele lichtpunten. In een arrest uit 2001 was de hoge raad van oordeel dat het begrip bekendheid niet louter objektief opgevat moet worden, maar *subjektief*, dat wil zeggen, zoals altijd in het recht, met een objektief randje.¹⁶⁵ Degeen die zich op verjaring beroept moet aantonen 'dat de schuldeiser daadwerkelijk bekend was met de tekortkoming' (het betreft art. 3:311 lid 1, ontbinding van een overeenkomst, waar ook een termijn van 5 jaar geldt). Maar, vervolgt de raad:

'Dat neemt niet evenwel niet weg dat de rechter, indien de schuldeiser zulks betwist, die bekendheid zal kunnen afleiden uit bepaalde ten processe gebleken gebleken feiten en omstandigheden. De rechter zal in een zodanig geval tot de slotsom kunnen komen dat op grond van die feiten en omstandigheden voorshands, dat wil zeggen behoudens door de schuldeiser te leveren tegenbewijs, moet worden aangenomen dat de schuldeiser daadwerkelijk bekend was met de tekortkoming' (ov. 3.4.2).

In casu kon bekendheid van de schuldeiser uit de omstandigheden niet afgeleid worden, althans niet zonder nadere motivering, die het hof niet gegeven had; hierbij was ook van belang dat de schuldeiser, Wong, een volslagen juridische leek was.

Een principiële breuk met het rigoreuze systeem van art. 310 lid 1 (althans, zoals de hoge raad dat opvat in het kader van de rechtszekerheid) vormt een tweetal arresten van 1998 en 1999, over seksueel misbruik en

164. Zie voor een soortgelijk geval HR 1 nov. 2002, *NJ 600, Younan – Van Lennep Almere*, waar een werkgever opzettelijk de werknemer een onjuiste mededeling deed over het recht op overwerktoeslag. Dat heeft volgens de HR geen 'verborgen karakter'. Opzettelijk verborgen houden is ingevolge de parlementaire geschiedenis 'het opzettelijk verborgen houden van (rechts)feiten die de grond vormen voor het bestaan van de vordering' (het voorbeeld van de wetgever is de erfnaam die opzettelijk een legaat voor de legataris verborgen houdt). Ik kan voor deze gedachtegang geen bewondering hebben; het laat in ieder geval onverlet dat het beroep van verjaring door de werkgever in zo'n situatie duidelijk in strijd met de redelijkheid en billijkheid geacht kan worden (zie nog onder).

165. HR 20 april 2001, *NJ 107, Wong Yen Kong – X*, inzake advocaat die had nagelaten een procedure te voeren.

Bekendheid' wordt eveneens subjektief opgevat in geval van verjaring van een vordering uit onverschuldigde betaling, art. 3:309 BW, zie: HR 28 nov. 2003, *NJ 2004, 268, Diezerpoort – Gem. Zwolle*.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

kindermishandeling.¹⁶⁶ Aan de uitzondering van bodemverontreiniging (*Steendijkpolder*) wordt er één toegevoegd: waar de belemmering om een vordering in te stellen van psychische aard is, een traumatische verwerking van het verleden, en haar oorsprong vindt in de persoon van de debiteur, zoals bij incest en mishandeling het geval is. Onderwerpen die, zeker vroeger, in een taboesfeer lagen. De kernoverweging in beide arresten is identiek, en luidt als volgt:

‘Bij de beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld dat een rechtsvordering als de onderhavige verjaart door verloop van vijf jaren nadat de benadeelde de voor het instellen van de vordering benodigde wetenschap heeft verkregen, en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is ontstaan. Ook wat het beroep op eerstbedoelde verjaringstermijn betreft eist de rechtszekerheid – welke het instituut van de verjaring mede beoogt te dienen (vgl. HR 3 november 1995, *NJ* 1998, 380) – een vaste termijn; daarom kan in het algemeen niet worden afgeweken van het in art. 3:310 lid 1 vermelde aanvangstijdstip van die termijn. Voor zover zulks ertoe leidt dat een vordering verjaart welke de schuldeiser niet geldend heeft *kunnen* maken – een geval dat art. 3:310 lid 1 blijkens zijn bewoordingen juist beoogt te voorkomen – is dat uit een oogpunt van individuele gerechtigheid moeilijk te accepteren. Daarom is, wanneer zulk een niet geldend kunnen maken voortvloeit uit omstandigheden die aan de debiteur moeten worden toegerekend, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat deze zich erop zou vermogen te beroepen dat de vijfjarige verjaring een aanvang heeft genomen op het in art. 3:310 lid 1 omschreven aanvangstijdstip daarvan. In zodanig geval moet dan ook worden aangenomen dat de verjaringstermijn eerst een aanvang neemt wanneer die omstandigheden het kunnen geldend maken van de vordering niet langer verhinderen’ (ov. 4.2).¹⁶⁷

In het arrest van 1998 onderschrijft de hoge raad het oordeel van het hof dat de eiseres door ‘psychische overmacht’ niet in staat was haar vorderingsrecht tegen haar zwager in te stellen, en dat dit pas in 1990 het geval was, toen zij over het seksuele misbruik kon spreken. In het tweede arrest, van 1999, loopt het fout op de *absolute* termijn van 20 jaar, waaraan de hoge raad strak en stijf de hand houdt, met een beroep op de rechtszekerheid, in de lijn van het *Diaconessenhuis*-arrest van 1995. Die rechtszekerheid eist volgens de raad ‘een naar objectieve maatstaven vaststaand aanvangstijdstip’, anders dan bij de *relatieve* termijn het geval is, waar dat tijdstip van de persoonlijke omstandigheden van de schuldeiser afhankelijk is. De wet zegt immers dat de vordering *in ieder geval* door verloop van 20 jaar verjaart, merkt de raad snedig op (met cursivering in de tekst, ov. 5.1); rechtszekerheid en legalisme (wetspositivisme) gaan meestal hand in hand, zo ziet men weer. Ook een beroep op analoge toepassing van lid 3

166. HR 23 okt. 1998, *NJ* 2000, 15, *seksueel misbruik*; HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 16, nt ARB (onder beide arresten), *kindermishandeling*. Het eerste geval ging om seksueel misbruik van een meisje vanaf haar 10e jaar gedurende 20 jaar door een 20 jaar oudere zwager, bij wie zij later in dienst was; pas wanneer zij 31 jaar is doet zij aangifte van seksueel misbruik. Het tweede arrest gaat over een zoon die door zijn vader vanaf zijn 2e jaar tot zijn 18e, toen hij het ouderlijk huis verliet, stelselmatig en ernstig mishandeld is; in 1979 was hij meerderjarig geworden, maar pas in 1994 stelt hij zijn vader aansprakelijk voor de door hem geleden immateriële schade.

167. Kritisch over dit arrest is overigens R.J.Tjittes, *A & V* 1999, p.55 v., die daarin gevolgd wordt door C.E. Drion, *NJB* 1999, p.1459. Deze auteurs moeten niets hebben van de corrigerende rol van het beginsel van redelijkheid en billijkheid, ook ten aanzien van de termijn van 20 of 30 jaar. De heersende leer in de doktrine is in andere zin, zie ook nog onder.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

van art. 310 wordt verworpen (een geheel van opeenvolgende gebeurtenissen) wordt door de raad verworpen, omdat lid 2 dit type rechtsvordering niet met zoveel woorden noemt.

Annotator Bloembergen wijst erop dat een meerderheid van schrijvers de hoge raad op dit punt niet kan volgen, en de billijkheid prefereert, een visie waarbij Bloembergen zich aansluit, als voorstander van een 'ruimhartiger beleid'. Inderdaad werkt de hoogste rechter uitsluitend met het hoofd (en dan nog de verkeerde hersenhelft), en niet met het hart. Zoals wij hieronder nog zullen zien, is hier echter niet uitsluitend het middeleeuwse adagium 'genade voor recht laten gelden' aan de orde, waar in het engelse recht de figuur van *equity* recht uit ontstaan is (naar: *equitas*, billijkheid; dit gebeurde onder invloed van de Chancellor, in die tijd een geestelijke). De visie van de hoge raad is systematisch onzuiver en bovendien in strijd met het recht van veel omringende rechtstelsels, waar men toch ook de rechtszekerheid kent en van waarde acht.

In 2000 doet de raad een stapje verder, in de goede richting, wederom in twee arresten, en weer met een geslaagde en een minder geslaagde uitspraak: de *asbest*-zaken. Het doet wat denken aan een uit de middeleeuwen stammende processie: twee stappen vooruit, één stap achteruit. Op de duur komen wij er wel, maar geduld is daarbij een goede zaak. Zoals altijd.

De absolute termijn onder vuur van de billijkheid. De asbest-arresten van 28 april 2000

In 2000 heeft de hoge raad twee arresten op dezelfde dag over de verjaring van asbestclaims gewezen: HR 28 april 2000, *Erven Van Hese – Kon. Schelde Groep*, en *Erven Rouwhof – Eternit Fabrieken*.¹⁶⁸ In het eerste arrest heeft de hoge raad de verjaringstermijn van 30 jaar terzijde gesteld met een beroep op de billijkheid, conform de (uitvoerige) conclusie van a-g Spier. In het tweede arrest kwam de raad tot een tegengesteld oordeel, eveneens conform conclusie OM, aangezien zich hier een andere feitelijke situatie voordoet, in de zienswijze van de cassatierechter. Evenals bij het vorige tweetal arresten het geval was, is het de vraag of het gehanteerde onderscheid juist is.

Om te beginnen een opmerking over de conclusie van a-g Spier voor beide zaken, met een identiek deel wat het de parlementaire geschiedenis van art. 310 betreft en de rechtsvergelijking, waarnaar de cassatierechter verwijst, zonder daarop in te gaan. Dit zijn echter de zwakste onderdelen van verder heel lezenswaardige conclusies, en de gevolgen blijven dan ook niet uit: de hoge raad wordt niet voor de echte keuzen gesteld, kleur bekennen kan ontlopen worden, evenals een pijnlijke konfrontatie met het recht van omringende landen. Over deze punten van kritiek kan ik inhoudelijk kort zijn, ze kwamen hierboven reeds ter sprake, ontleend aan eerdere publikaties, die bij het OM in een voetnoot beland zijn (en verkeerd weergegeven); dat geldt overigens ook voor een auteur als Hondius, voorstander van de billijkheidsleer van het eerste uur. Zo wordt het de hoogste rechter wel gemakkelijk gemaakt om de echte discussie niet aan te gaan; het doet enigszins denken aan de conclusie van a-g Koopmans voor het

168. *NJ* 430 en 431, nt ARB onder 431; *TMA* 2001, p.46. In zijn noot geeft Bloembergen een overzicht van de stand van rechtspraak en doktrine tot dusver, dat overigens niet volledig is. Een descriptieve beschouwing over deze arresten geeft Hartlief, *NTBR* 2001, p.58.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

Shell-arrest van 1994, gemiste kansen. Ik zal na weergave van beide uitspraken hierop terugkomen, in de nababbel.

In het eerste arrest, erven Van Hese tegen scheepswerf De Schelde, was Van Hese als schilder in dienst geweest van 1959 tot 1963, waarbij hij aan asbeststof blootgesteld was; in 1996 werd bij hem mesothelioom vastgesteld, waaraan hij in november van dat jaar overleden is, op 61-jarige leeftijd. In oktober 1996 is De Schelde door Van Hese aansprakelijk gesteld op grond van art. 7A:1638x oud-BW voor materiële en immateriële schade (dat laatste: *f* 200.000). Deze vordering, overgenomen door de erven, wordt door kantonrechter en rechtbank in Middelburg afgewezen. De hoge raad overweegt als volgt:

3.3.1. Het gaat in dit geding om de vraag of een vordering tot schadevergoeding nog geldend kan worden gemaakt in een geval dat zich hierdoor kenmerkt dat na de laatste blootstelling aan asbest meer dan dertig jaar zijn verstreken voordat het daardoor veroorzaakte mesothelioom is gediagnostiseerd.

Bij de beoordeling van deze vraag moet worden vooropgesteld dat op grond van art. 68a lid 1 in verbinding met art. 73 Ow NBW art. 3:310 van toepassing is. Zou de in het eerste lid van dat artikel neergelegde termijn van vijf jaar, die een aanvang neemt wanneer de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, gelden, dan zou dit meebrengen dat de rechtsvordering nog niet was verjaard. Deze termijn kan echter niet meer tot toepassing komen indien inmiddels de termijn van dertig jaren van art. 3:310 lid 2 is verstreken. Laatstebedoelde termijn heeft een objectief en in beginsel absoluut karakter, dat wil zeggen dat, hoezeer dit ook moeilijk is te aanvaarden uit een oogpunt van individuele gerechtigheid ten opzichte van degene die schade heeft geleden, het beginsel van rechtszekerheid dat deze absolute termijn beoogt te dienen en de billijkheid jegens de wederpartij - waarbij in het bijzonder valt te denken aan de moeilijkheden die bij het loslaten van deze termijn voor deze kunnen ontstaan met betrekking tot het vaststellen van de feiten en het beoordelen van de gemaakte verwijten - meebrengen dat hieraan strikt de hand moet worden gehouden (vgl. HR 3 november 1995, nr. 15801, NJ 1998, 380). Dit wil evenwel niet zeggen dat deze termijn nooit op grond van art. 6:2 lid 2 buiten toepassing zou kunnen blijven. Gelet op de belangen die deze regel beoogt te dienen, waaronder in het bijzonder het belang van de rechtszekerheid, zal echter van onaanvaardbaarheid als in die bepaling bedoeld slechts in uitzonderlijke gevallen sprake kunnen zijn. Een zodanig uitzonderlijk geval kan zich voordoen wanneer onzeker is of de gebeurtenis die de schade kan veroorzaken - hier: de blootstelling aan asbest - inderdaad tot schade - hier: de ziekte mesothelioom - zal leiden, die onzekerheid zeer lange tijd is blijven bestaan en de schade in die zin naar haar aard verborgen is gebleven dat zij daadwerkelijk is ontstaan en dus pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringstermijn reeds was verstreken.

Bij het voorgaande is mede van betekenis dat blijkens de parlementaire geschiedenis van de geldende verjaringsregeling als karakteristiek van de bevrijdende verjaring is genoemd het tenietgaan van een rechtsvordering, en dat niet blijkt dat de wetgever zich ook het geval voor ogen heeft gesteld waarin de schade pas na het verstrijken van de verjaringstermijn is ontstaan, zodat de benadeelde in het geheel geen vordering tot schadevergoeding zou kunnen instellen: vóór het verstrijken van de termijn niet, omdat er toen nog geen schade was, en na het verstrijken van de termijn niet omdat toen de rechtsvordering verjaard was. Dit geval zou hierop neerkomen dat de verjaring het ontstaan van een rechtsvordering verhindert, en dat het daarna voorvallen van de schade niet meer dan een natuurlijke verbintenis in het leven roept. Aantekening verdient hierbij dat, mede gelet op de overgangsrechtelijke complicaties in verband met de invoering van de nieuwe regeling met betrekking tot de verjaring op 1 januari 1992, van een benadeelde, als hij zich al ervan bewust is dat hij indertijd, vóór 1 januari 1992, asbestdeeltjes heeft ingeademd en dat de mogelijkheid bestaat dat na het verstrijken van de verjaringstermijn van dertig jaar dientengevolge een mesothelioom zal ontstaan, in redelijkheid niet kan worden gevergd dat hij voordat de ziekte zich heeft geopenbaard ter bewaring van zijn rechten de verjaring stuit.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

3.3.2. Het voorgaande vindt steun in een belangrijk deel van de Nederlandse literatuur, alsmede in opvattingen die in het buitenland worden verdedigd (vgl. hetgeen dienaangaande is vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal Spier onder 10.5 en 10.15.1).

In dit verband verdient ook vermelding dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in '50 van zijn arrest van 22 oktober 1996 in de zaak *Stubbings c.s./ Verenigd Koninkrijk* (Reports 1996-IV, p. 1487, NJ 1997, 449), na tot uitgangspunt te hebben genomen dat het recht een vordering in te stellen 'is not absolute, but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access by its nature calls for regulation by the State. In this respect the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation (...)', hierop de uitzondering heeft aanvaard dat de beperkingen niet zo ver mogen gaan dat 'the very essence of the right is impaired', terwijl de beperking voorts in strijd is met art. 6 EVRM 'if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved'. Gelet op de - naar huidige inzichten zeer lange - duur van de termijn van art. 3:310 lid 2 en het met de verjaring beoogde belangrijke doel van de rechtszekerheid, kan niet worden gezegd dat de onderhavige beperking van de toegang tot de rechter buiten de 'margin of appreciation' van de verdragsluitende Staten valt. Dit neemt evenwel niet weg dat de in 3.3.1 voorziene mogelijkheid van het buiten toepassing blijven van de verjaringstermijn van dertig jaar wel in lijn is met het in art. 6 § 1 EVRM belichaamde recht op toegang tot de rechter.

Het in 3.3.1 overwogene strookt ook met de grondgedachte van het inmiddels bij de Tweede Kamer aanhangige wetsvoorstel tot wijziging van de regeling van de bevrijdende verjaring in het Burgerlijk Wetboek voor gevallen van verborgen schade door letsel of overlijden (Kamerstukken 26 824). De hierin voorgestelde regeling komt hierop neer dat met betrekking tot schadevergoeding ter zake van letsel of overlijden uitsluitend de vijfjarige verjaringstermijn geldt, welke termijn aanvangt wanneer de benadeelde zowel met de schade als met de aansprakelijke persoon bekend is. Dat aan die grondgedachte in de overgangsregeling van het wetsvoorstel geen rechtsgevolgen zijn verbonden ten gunste van benadeelden in de gevallen waarin de schadeveroorzakende gebeurtenis vóór de inwerkingtreding van de voorgestelde nieuwe regel heeft plaatsgevonden, staat niet in de weg aan het hiervoor in 3.3.1 gegeven oordeel dat het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn toepassing te geven aan de thans geldende verjaringsregel.

Aan evenbedoeld oordeel doet evenmin af dat inmiddels de Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers tot stand is gekomen (Regeling van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 21 januari 2000, Stcrt. 2000, 16, in werking getreden op 26 januari 2000), ingevolge welke regeling tegemoetkomingen kunnen worden uitgekeerd aan asbestslachtoffers met maligne mesothelioom die niet op grond van het burgerlijk recht schadevergoeding kunnen krijgen onder meer wegens verjaring van de vordering. Deze regeling voorziet immers slechts in beperkte uitkeringen aan werknemers die op 6 juni 1997 - de datum van het kabinetsbesluit tot het treffen van deze regeling - nog in leven zijn.

3.3.3. Of in gevallen als het onderhavige toepassing van de verjaringstermijn van dertig jaar na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, inderdaad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zal met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval moeten worden beoordeeld. Als gezichtspunten waarvan de rechter blijk moet geven deze in zijn beoordeling te hebben betrokken, vallen te noemen:

- (a) of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, en - mede in verband daarmee - of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde;
- (b) in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat;
- (c) de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten;
- (d) in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn;

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

(e) of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren;

(f) of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt;

(g) of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld.

3.3.4. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat onderdeel 6 gegrond is en dat onderdeel 5, voor zover het zich beroept op art. 6 EVRM, geen verdere behandeling behoeft.

Tegen de achtergrond van het voorgaande overweegt de Hoge Raad met betrekking tot de overige in het middel naar voren gebrachte klachten nog het volgende

In de resterende overwegingen wordt ingegaan op onderwerpen als EVRM en de vraag of er opzet of grove schuld bij De Schelde aanwezig was, op welke punten de klachten afgewezen worden. Ik laat mijn commentaar nog even rusten, en stel eerst het tweede arrest, inzake Eternit, aan de orde.

Hier was sprake van een werknemer, Rouwhof, die in de periode 1951-1959 in dienst geweest was van Eternit (producent van asbest platen, buizen e.d.), waarbij hij aan asbeststof blootgesteld geweest is. In 1991 wordt bij hem mesothelioom geconstateerd, waaraan hij na een half jaar overlijdt, op 58-jarige leeftijd. De erven Rouwhof stellen eind 1993 Eternit aansprakelijk voor materiële schade van ongeveer f 33.000. De kantonrechter in Almelo wijst de vordering toe, in een mooi vonnis uit 1996 dat hierboven bij de bespreking van het *Diaconessenhuis*-arrest aangehaald werd (nr 9), met een beroep op de billijkheid en analogische toepassing van het *Steendijkpolder*-arrest met zijn 5-jaar termijn na bekendwording met de schade (een benadering die later door de wetgever overgenomen is met het wetsvoorstel Asbestslachtoffers). Dit mooie vonnis wordt neergesabeld door de Rechtbank Almelo, die met een cerebraal en technisch betoog de vordering van de erven als verjaard afwijst; daarbij gaat de rechtbank ervan uit dat de gebeurtenis waardoor de schade veroorzaakt werd niet het ontstaan van mesothelioom is, maar het inademen van asbeststofdeeltjes gedurende het dienstverband van Rouwhof (zie nog uitvoeriger onder, voor de gronden). A-g Spier is het met dat betoog eens, en concludeert voor afwijzing van het cassatieberoep, hetgeen de hoge raad doet. Daarbij weerlegt de raad de klacht over de hantering van het begrip gebeurtenis door de rechtbank met een overweging die identiek is aan een overweging uit het arrest tegen De Schelde: onder gebeurtenis moet verstaan worden de gedraging van de aansprakelijk gestelde persoon (werkgever) die tot schade kan leiden, ook al is onzeker of er schade zal volgen en wanneer dat zich zal manifesteren, waarmee als gebeurtenis gezien moet worden: de *blootstelling* aan asbest (ov. 3.3; dit was ook het standpunt van de Rb. Middelburg in de eerste zaak).

Vervolgens wijst de raad een beroep op art. 3:306 af, en dan komt de kernoverweging:

3.5. De onderdelen 3.2 - 3.4 richten zich met rechts- en motiveringsklachten tegen rov. 24 van het bestreden vonnis, waarin de Rechtbank op grond van de uitdrukkelijke afweging van de wetgever dat eventuele onbillijkheden jegens degene die door de verjaring zijn rechtsvordering verliest, op de koop toe moeten worden genomen omwille van de rechtszekerheid van een vaste verjaringstermijn, tot de slotsom is gekomen dat 'er voor de rechter geen ruimte meer (is) om op grond van de redelijkheid en billijkheid van de door de wetgever vastgestelde verjaringstermijn af te wijken'. Uit hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in rov. 3.3.1 - 3.3.3 van zijn heden uitgesproken arrest in de zaak nr. C98/363 (Erven Rouwhof/Koninklijke Scheldegroep) volgt dat de in de onderdelen vervatte klachten die zich tegen dit oordeel richten, op zichzelf gegrond zijn. Zij kunnen evenwel bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden, omdat zich hier niet de situatie voordoet dat de rechtsvordering reeds was verjaard voordat de vordering kon worden ingesteld, en derhalve niet sprake is van een uitzonderlijk geval waarin overeenkomstig het in voornoemd arrest overwogene grond bestaat de verjaringstermijn van dertig jaar op grond van art. 6:2 lid 2 buiten toepassing te laten. Volgens

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

het in cassatie niet bestreden oordeel van de Rechtbank was immers op 1 januari 1992 de onder het voordien geldende recht lopende verjaringstermijn nog niet verstreken (rov. 11), zodat nog tot 1 januari 1993 op grond van art. 73 Ow NBW de vordering geldend had kunnen worden gemaakt of de verjaring had kunnen worden gestuit.

Daarmee valt het doek voor de erven Rouwhof en kan het echte rouwproces beginnen (het beroep op een zelfstandige vordering die de erven zouden hebben, die niet onder de verjaring zou vallen wordt in de slotoverweging door de raad verworpen). Waarom konden deze erven niet in de luwte van de billijkheid gebracht worden? Hoe is dit uit te leggen, om te beginnen aan juristen (de niet-juristen zullen in de kou blijven, vrees ik, en hun vooroordelen tegen juristen koesteren). De crux is dat

door allerlei feitelijk omstandigheden, de erven na Rouwhofs overlijden op 19 april 1992 nog voor 1 januari 1993 de verjaring hadden moeten stuiten, aangezien het overgangsrecht daarin voorziet. Een verwijt dat gemaakt wordt, terwijl pas op 23 november 1993 Eternit door de erven aansprakelijk gesteld werd, dat wil zeggen, zij rechtskundige hulp gezocht en gevonden hadden.

Dat gebeurde na een afgrijselijke periode van ziekte en aftakeling van Rouwhof (mesothelioom is als ziekte veel erger en afzichtelijker dan bijvoorbeeld aids), die de erven de tweede helft van 1992 moesten verwerken. Een verjaring die onder het oude recht niet aangenomen zou worden (zoals ook de rechtbank overwogen had), maar onder het nieuwe recht van 1992 wèl, doordat er een nieuwe grondslag voor verjaring door de wetgever aanvaard was: gebeurtenis in plaats van schademoment, met *technicalities* die vele bladzijden vergen, en de jurist-in-de-sstraat nog boven de pet zullen gaan, stel ik mij zo voor (laat staan Jan-met-de-pet). Ik zelf vind verjaring een van de moeilijkste onderwerpen die ik de laatste jaren tegengekomen ben, en overgangsrecht wordt in ons land door zeer weinigen begrepen, denk aan de verzuchtingen van de NJV-preadviseurs Brunner en Stein (H.) indertijd.

Hoe serieus kan men juristen nemen? A-g Spier schreef dat nabestaanden redelijkerwijs niet te lang moeten wachten met vorderingen instellen (let wel: binnen een half jaar na overlijden, na een slopend ziekteproces daarvoor van een half jaar) en dat wanneer zij dat niet doen, het 'menselijk ongetwijfeld moeilijk te aanvaarden is' dat zij met een geslaagd beroep op verjaring worden geconfronteerd', maar dan kan 'niet gezegd worden dat zo'n beroep alsdan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is (sub 8.21.2, zijn curs.). Zo denkt de hoge raad er ook over; hier is niet sprake van 'een uitzonderlijk geval' dat afwijking van de door de rechtszekerheid geboden verjaringstermijn wettigt. Dat moet een hoge uitzondering blijven, zoals het geval van *De Schelde*, dat de rechtsvordering volgens het wetssysteem al verjaard is voordat ze kan worden ingesteld (zie ov. 3.5, boven aangehaald).

Dit is niemand uit te leggen, die bereid is om aan de relatie recht en rechtvaardigheid een voorname plaats toe te kennen.¹⁶⁹ Indien men het rechtsgevoel hier niet vertrouwt (zie de kantonrechter in Almelo die zich daardoor wèl liet leiden) is een indicatie van het onaanvaardbaar zijn deze benadering door de hoogste rechter (met Rb. en a-g), het wetsvoorstel

169. Zie voor dat thema, bij de verjaring: P.G.J. van den Berg, *Rechtvaardigheid en privaatrecht*, diss. Rotterdam 2000; *Serie Rechtsvinding*, Deel 11, nt 7, p.577.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

Asbestslachtoffers waarin de door de kantonrechter gevolgde gedachtengang tot uitgangspunt genomen is (termijn van 5 jaar na openbaring van de schade). Om puur financiële redenen, een knieval naar de overheid als werkgever en het bedrijfsleven, is de wettelijk regeling beperkt tot *toekomstige* asbestslachtoffers (de toepassing van asbest is langzamerhand overal verboden, mosterd na de maaltijd, dus).¹⁷⁰ Van nog groter belang is het dat men in het buitenland dat overal op soortgelijke wijze doet, met de openbaring van de schade (ziekte) als beginpunt van de verjaring. Om een greep te doen, dat is de situatie in Frankrijk, Denemarken, Engeland en Ierland. Hondius en ik hebben de laatste jaren keer op keer daarop gewezen. A-g Spier legt dit niet openlijk aan de hoge raad voor: volstaan wordt met een literatuurverwijzing in een noot (nt 79). Wanneer het gaat om het wettelijke begrip ‘gebeurtenis’ waarbij rechtsvergelijking eveneens van groot belang is, worden Hondius en ik, als tegenstanders van de visie van de a-g, onjuist aangehaald.¹⁷¹ Wanneer door de a-g een beroep op auteurs als voorstanders gedaan wordt (‘gezaghebbende literatuur’), betreft het schrijvers die onbekend zijn, of als advocaat voor bedrijven met asbestproblemen optreden, terwijl Asser-Hartkamp niet in dat rijtje past.¹⁷²

Ik zou nog, kort, terugkomen op het begrip ‘gebeurtenis’ in de visie van OM en hoge raad. Om een aantal redenen die boven uitvoering aan de orde zijn gekomen (nr 9), klopt de hantering van de figuur gebeurtenis niet in de asbest-casus. De blootstelling aan, of het inademen van asbestdeeltjes is niet het springende punt, dat hoeft namelijk geen ziekte tot gevolg te hebben (zoals advocaten van asbestbedrijven indertijd uit ten treuren aangevoerd hebben: wij ademen allemaal asbestdeeltjes in, die zich in onze longwand nestelen, gelukkig wordt dat zelden kwaadaardig). Het gaat hier om de combinatie, het toelaten dat

170. Zie voor het wetsvoorstel, ook aangehaald door OM en HR, A.E. Dek, Asbestontwikkelingen – oprechte tegemoetkomingen of doekjes voor het bloeden?, *TMA* 1999, p. 61; M. van Dort, De nieuwe verjaringsregeling en asbestslachtoffers – een loos gebaar van de wetgever?, *TMA* 1999, p. 177. Volgens deze wet (intussen) wordt aan immateriële schadevergoeding per persoon f 35.000 uitgekeerd (op het laatst verhoogd, oorspronkelijk f 25.000, een bedrag dat medio jaren ‘90 al door het bedrijfsleven genoemd werd als een redelijke vergoeding; de slachtoffers zetten in op een ton). Zie ook Van Noord, *TMA* 2001, p. 61.

171. Zie conclusie, noot 55: mij wordt ‘een zekere slag om de arm’ toegeschreven, terwijl Hondius het ‘slechts als mogelijkheid geopperd’ zou hebben.

172. Zie noot 56 conclusie; aldus ook al, de identieke noot in concl. voor *NJ* 1999, 682, *De Schelde - Wijkhuizen* (nt 34). Het gaat om, resp.: Van den Akker en Hengeveld (in A & V), De Savormin Lohman (advocaat van o.a. Shell) en Rutgers (advocaat van o.a. Eternit), Asser-Hartkamp I, nr 674 en Koopmann.

Onbegrijpelijk is de behandeling van het *Diaconessenhuis*-arrest door a-g Spier, dat toch de *Eiger Nordwand* op zijn tocht was. Zo stelt hij (sub 8.11; nr 430, 10.10) dat mevr. B. ‘nadat zij op de hoogte was geraakt van de schade 24 (!) jaar heeft gewacht met het instellen van een vordering’. Zo was de casus echter niet: de baby’s waren weliswaar 24 jaar geleden overleden, maar eerst in 1988 kwam zij te weten dat dit niet aan haar zelf lag, maar dat er indertijd een ordinaire maar fatale fout gemaakt was door het ziekenhuis bij een bloedtransfusie, die de oorzaak van de doodgeboorten was. Zij was tevoren met oorzaak, noch aansprakelijke persoon bekend. Saillant detail is ook dat haar correspondentie met de directeur van het ziekenhuis in 1988 en 1989 door een fout van haar advocaat in lagere instanties – Veegens zou zeggen: ‘de duivel hale zijn ziel’ – niet als stuitingshandeling aangevoerd is, zodat de HR daaraan (feitelijk) niet kon toekomen.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

asbestdeeltjes (het zijn overigens kristallen, en vlijmscherp onder de mikroscoop) op het werk, die indien ingeademd, op een gegeven moment ziekte kunnen veroorzaken. Dat is een voorbeeld van voortdurende schade, een 'voortdurend feit' of 'een opeenvolging van feiten met dezelfde oorzaak van art. 310, lid 3 (zie boven). Die figuur is in de wet opgenomen voor milieuschade, zoals verontreiniging van lucht en bodem (Verdrag van Lugano, zie boven). Ik kan nog steeds niet volgen waarom deze figuur bij asbestschade niet toegepast zou kunnen (moeten) worden, behalve vanwege dan het opportuniteitsbeginsel: dat zou teveel gaan kosten. Hoe kan men verklaren dat wanneer een vat in de grond gestopt wordt - olietank (onschuldig), of vat gevuld met resten van chemicaliën (schuldig) - en na jaren doorroest en gaat lekken, dit op grond van lid 3 tot aansprakelijkheid leidt aangezien hier sprake is van een voortdurende gebeurtenis, en verjaring eerst begint nadat het lekken opgehouden is (het 'feit is opgehouden te bestaan', c.q. 'het laatste feit' dat plaats vond). Dat zou niet zo zijn wanneer men een werknemer een asbestkristal laat in ademen en in zijn longen terecht laat komen, dat na verloop van tijd gaat zwellen en kwaadaardig wordt? Het beleid kan toch niet zo zijn dat het recht bij milieu-aantasting beter voor *regenwormen* is dan voor *mensen*? (niets kwaads over regenwormen, overigens, die het toch al zo moeilijk hebben, en heel belangrijk zijn voor de samenleving).¹⁷³ Zegt trouwens het EVRM daar niet iets over?

Dat laatste thema, de europeesrechtelijk dimensie, kwam er voor de hoge raad bekaaid af; a-g Spier ging er uitvoerig op in (*De Schelde*, sub 9; *Eternit*, idem), maar de raad komt er in de eerste zaak niet aan toe, omdat geen verjaring aangenomen werd, en in de tweede zaak laat hij het gemakshalve onbesproken. Hier valt best wel een appeltje over te schillen: is in de *Eternit*-zaak wel tegemoet gekomen aan de eis van het Europese hof met betrekking tot art. 6 EVRM dat geen sprake mag zijn dat wettelijke beperkingen tot resultaat hebben dat de rechtstoegang van een individu zo beperkt is 'that the very essence of the right is impaired'? Ook Bloembergen, in zijn noot, aarzelt hier, in het geval het *ontstaan* van een recht verhinderd wordt (sub 4). Een terechte aarzeling, die wat mij betreft best in een afwijzing had mogen omslaan; het recht van Rouwhof was geldend onder het oud-BW en ging verloren door een technische verandering, waarvan hij (inmiddels zijn erven) onwetend de dupe werden. Een aardige zaak om de Europese rechter voor te leggen, maar ik laat deze problematiek, voer voor jonge juristen, verder rusten.

Ik suggereerde al dat het aspekt van schadebeperking op de achtergrond meespeelt bij veel dogmatische betogen die gevoerd worden. Ik zou er voorstander van zijn om dat openlijk te doen, waarbij ook de verzekeringsproblematiek betrokken kan worden. Men kan immers het instrument van de matiging hanteren, die overigens ook op de billijkheid gebaseerd is in ons recht, één pot nat dus, waaruit men kan putten. Met name kleine bedrijven met asbestproblemen vragen hierbij bijzondere aandacht, maar het gaat niet aan dat de grote bedrijven (en hun assuradeuren) steevast niet thuis geven op dit terrein, en zeker niet dat de overheid als werkgever zich van de domme houdt, en wars is van enige ethiek in de omgang met werknemers.

173. Denk aan het bekende werk van Adam Smith, waarin hij aantoonde dat de Engelse economie van zijn tijd gebaseerd is op het bestaan van regenwormen.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

Intussen mag niet vergeten worden, ik kom tot een afronding van dit onderwerp, dat de oogst van 28 april 2000 voor de billijkheidsleer al met al nog niet zo slecht is, gezien het eerste arrest, inzake *De Schelde*.¹⁷⁴ Het tweede is een bedrijfsongeval, het tweede dat ene Rouwhof overkomen is, dit keer postuum. Ik stond zo uitvoerig bij deze materie stil, omdat deze arresten ook voor andere vormen van verjaring van groot belang zijn. Daartoe laat ik nog even een overzicht van de doktrine op dit punt volgen, en neem daarbij een traditioneel handboek, Asser-Hartkamp I, als referentiepunt. In dat werk heeft de billijkheidsleer steun gekregen.¹⁷⁵ Het centrale thema is voor Hartkamp dat ‘het uiterst onbillijk is dat het recht van de schuldeiser verjaart voordat hij het heeft kunnen uitoefenen’ (nr 664). Dat wordt door hem gesteld met betrekking tot de absolute termijn van 30 jaar (resp. 20 jaar), maar ook ten aanzien van de relatieve, 5-jarige termijn. Voor dat laatste verwijst hij naar het *Steendijkpolder*-arrest van 1992 en naar HR 28 okt. 1994, *NJ* 1995, 139, nt MS, *Talma Rustoord – Prov. Friesland*. Bij de bespreking van de relatieve verjaring wordt gesteld dat:

‘de termijn van vijf jaar moet worden berekend vanaf de dag dat de schade is ontstaan, uiteraard indien ook aan de andere vereisten (bekendheid met de schade en met aansprakelijke persoon) is voldaan. Immers, voordat de schade is ontstaan, kan de benadeelde daarmee niet bekend zijn’ (nr 674).

Hieruit blijkt reeds hoezeer de *bekendheid* van de schuldeiser ten aanzien van zijn vorderingsrecht centraal staat; dat element wordt nog versterkt in de passage die volgt, bij de bespreking van de regeling van art. 310 leden 2 en 3. Hartkamp merkt daarbij op:

‘Niettemin dient het nieuwe stelsel naar mijn mening principieel te worden verworpen voor zover het erop neerkomt dat een vorderingsrecht kan verjaren vòòrdat de schade aan de geledeerde kenbaar is. Wellicht zal het het mogelijk zijn deze consequentie te verzachten met behulp van een soepele uitleg van art. 3:321 lid 1 onder f en door toepassing van de redelijkheid en billijkheid, waarvan de werking ook bij verjaring is aanvaard (zie hierna nr 692)’ (schr. verwijst verder naar zijn conclusie onder het *Diaconessenhuis*-arrest, *NJ* 1998, 380 en naar Hondius’ rechtsvergelijkende boek over verjaring uit 1995).

Ook op andere plaatsen wordt de rol van de redelijkheid en billijkheid bij verjaring door Hartkamp benadrukt, vgl. behalve nr 692 (p.597) ook nr 680, in

174. Dat eerste arrest is gevolgd door Rb. Almelo 22 mei 2003, *TMA* 2003, p. 164, nt. Janssen-Dek, inzake het uitkloppen van werkkleding van broers na verwerking van asbestplaten bij bouw loods.

175. Asser-Hartkamp I, nrs 664; 674; 680; 684; 692 (de 11e druk van 2000 wijkt niet wezenlijk af van de 10e, 1996). De billijkheidsleer bij verjaring is door een groeiend aantal auteurs aanvaard en kan onderhand als heersende leer gelden, vgl. o.m.: E.H. Hondius, *Het verjaarde Recht*, Rede Utrecht 1994; (Ed.), *Extinctive prescription*, Reports IACL 1995; *Een doornroosje onder de vorderingen / van asbest, diaconessen en verjaring*, in: *Miscellanea*, Van Dunné-Bundel, 1997, p.161; a-g Spier, concl. voor HR 2 okt. 1998, *NJ* 1999, 682, sub 3.23, *De Schelde – Wijkhuizen* (zie ook de HR in dat arrest, in de door mij bepleite visie op art. 310); idem, *Een nieuwe dageraad voor het aansprakelijkheidsrecht?*, Afscheidsrede KUB, 1999, p.7 v.; Van Dunné, *TMA* 1996, p.21 v.; 116 v., waarover boven, nr 9. Zie voor verder literatuur concl. OM voor *Etemit*, noot 66.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

fine, en nr 684, in fine.¹⁷⁶ Het begrip ‘bekendheid’ van de schuldeiser moet subjektief opgevat worden; bepalend is of de schuldeiser in kwestie niet bekend was met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon.¹⁷⁷

De toepassing van art. 3:321 lid 1 sub f kan voor de praktijk van groot belang zijn: indien de schuldenaar het bestaan van de schuld of de opeisbaarheid daarvan (in casu: de oorzaak van de schade) voor de schuldeiser verborgen gehouden heeft, kan hij zich niet op verjaring beroepen. De toepassing hiervan bij milieuschade werd door mij in mijn *TMA*-artikel uit 1996 bepleit.¹⁷⁸

Indien bijvoorbeeld sprake is van sterfte van vee als gevolg van vervuild slotwater dat als drinkwater voor vee gebruikte wordt, in de nabijheid van riool-overstorten, kan de stelselmatige ontkenning van het causaal verband tussen waterbeheer en de sterfte van het vee van een veehouder door de water- en rioolbeheerders, evenals het niet overleggen van informatie ten aanzien van waterbemonstering, e.d., gelijkgesteld worden met ‘verborgen houden’ in de zin van art. 321, lid 1, sub f. Daarbij is van belang dat de veehouder geen deskundigheid op dit terrein bezit, in tegenstelling tot de overheden die geacht worden daarover te (kunnen) beschikken. Overigens vonden publikaties over de schadelijke effecten van overstorten eerst rond 1996 een aanvang; het is een probleem van landelijke omvang waarvoor de laatste jaren in de Tweede Kamer aandacht gevraagd is en waarover rapporten verschenen zijn.

Het begrip ‘bekendheid’ bij de relatieve verjaringstermijn (5 jaar) in de recente jurisprudentie. Verdere opmars van de billijkheidsleer: BASF – Rensink (2003)

In de meest recente rechtspraak is de kwestie van het ‘daadwerkelijk bekend zijn’ met schade en dader ex art. 3:310, lid 1 BW regelmatig inzet van procedures geweest die geleid hebben tot uitspraken van de hoge raad, waarbij het vereiste van subjektieve kennis bij de schuldeiser verder uitgewerkt is. Zoals altijd, kan men dit niet los zien van de aard van de rechtsverhouding en van de vraag of het billijk zou zijn om het beroep op verjaring van de debiteur af te wijzen. Dat laatste gebeurt op spectaculaire wijze in een geval van een beroepsziekte als gevolg van werken met oplosmiddelen, met volledige arbeidsongeschiktheid tot gevolg. In het arrest *BASF – Rensink* van 24 januari 2003 heeft de hoge raad bepaald dat wanneer men slechts een *vermoeden* heeft van een schade en een dader die deze veroorzaakt kan hebben, dat niet gelijk staat aan ‘daadwerkelijke bekendheid’ (de wetgever spreekt overigens in art. 3:310, lid 1 BW alleen van ‘bekendheid’).¹⁷⁹ In zo’n situatie begint de verjaringstermijn dus nog niet te lopen.

176. Hartkamp wordt ten aanzien van de 5-jarige termijn gevolgd door A.J. Akkermans, *Het moment van ontstaan van schade*, Preadv. Ver. v. Burgerlijk recht 1998, p.74, die in dit verband opmerkt: ‘het enige juiste criterium voor het aanvangstijdstip van deze termijn schijnt het moment te zijn van waaraf de benadeelde daadwerkelijk in staat kan worden geacht om zijn recht op schadevergoeding uit te oefenen’.

177. Asser-Hartkamp I, nr 674, in fine; verwezen wordt naar Linssen en Van Schaick, t.a.p., p.79 v.; M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring*, diss. VU Amsterdam 1993, p.64 v. In andere zin: Van Hees, *NJB* 1995, p.937.

178. T.a.p., p.119. Een ruime toepassing van art. 321 lid 1, sub f wordt ook bepleit door Linssen en Van Schaick, *Van nieuw BW naar BW*, 1993, p.96.

179. HR 24 januari 2003, *NJ* 300, *BASF – Rensink*.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

Rensink was van 1981 – 1993 bij een rechtsvoorganger van BASF in dienst en als ‘inktvoorbereider’ betrokken bij de produktie van drukinkt. In maart 1991 wordt hij volledig arbeidsongeschikt verklaard vanwege chronisch toxische encephalopathie, hetgeen verband houdt met het werken met oplosmiddelen. In 1988 had Rensink een vermoeden dat zijn ziekteverschijnselen samenhangen met zijn omgang met chemicaliën op het werk, maar de huisarts en de Bedrijfs-geneeskundige Dienst kunnen geen verband ontdekken. Pas in 1992 wordt het verband door een co-assistent in het ziekenhuis aangetoond, hetgeen in 1995 na verder onderzoek bevestigd wordt. Via de FNV stelt Rensink in december 1995 BASF aansprakelijk voor zijn arbeidsongeschiktheid; in november 1997 zendt de FNV een brief waarin de verjaring uitdrukkelijk gestuit wordt.

Het vervolg wordt duidelijk uit deze overwegingen van de hoge raad:

3.3. De Kantonrechter heeft Rensink niet-ontvankelijk verklaard, omdat zijn vordering was verjaard. De Rechtbank heeft op het beroep van Rensink geoordeeld dat de verjaring tijdig is gestuit. Zij heeft daartoe - samengevat weergegeven - als volgt geoordeeld.

Aangenomen moet worden dat, mede gelet op de tekst van art. 3:310 lid 1 BW, het criterium "bekend is geworden" subjektief moet worden opgevat. Degene die zich op de verjaringstermijn van art. 3:310 lid beroept, moet stellen en zonodig bewijzen dat de benadeelde daadwerkelijk bekend was met de schade en met de daarvoor aansprakelijke persoon. Dit laatste impliceert onder meer dat de benadeelde voldoende feiten en omstandigheden kent om een causaal verband tussen de schade en de aansprakelijke persoon mogelijk te achten (rov. 6.2). Al voor december 1988 had Rensink klachten. Nadat Rensink op 27 december 1988 zijn huisarts had meegedeeld te vermoeden dat zijn klachten samenhangen met de op zijn werk gebruikte chemicaliën, heeft de huisarts contact opgenomen met de bedrijfs-geneeskundige dienst (hierna: BGD) en een bloedonderzoek doen verrichten. De dienst achtte een relatie tussen de klachten en de chemicaliën op het werk nauwelijks mogelijk (rov.6.3 en 6.4). Wanneer een niet terzake deskundige, zoals Rensink, die een mogelijk verband veronderstelt tussen chemicaliën op het werk en zijn gezondheidsklachten, daarin niet wordt bevestigd door zijn huisarts en de BGD, kan niet gezegd worden dat het causale verband tussen de klachten en de blootstelling aan chemicaliën aan hem bekend was in de zin van art. 3:310 lid 1 BW (rov. 6.5). Bij brief van 15 december 1992 heeft de afdeling neurologie van het Medisch Spectrum Twente aan de huisarts van Rensink laten weten dat het klachtenpatroon van Rensink kan passen bij een milde organische oplosmiddelenintoxicatie. Niet valt in te zien dat Rensink hieraan niet de conclusie mocht verbinden dat een causaal verband tussen zijn klachten en de blootstelling aan chemicaliën mogelijk was. Aangenomen moet derhalve worden dat de verjaring is gaan lopen op 15 december 1992 (rov. 6.6). In de brief van 11 [21] november 1997 is ondubbelzinnig een recht op nakoming voorbehouden. Deze brief kan in ieder geval als een stuitingshandeling in de zin van art. 3:317 BW worden beschouwd (rov. 6.7).

3.4.1. De onderdelen 1.1-1.4 zijn gericht tegen hetgeen de Rechtbank heeft overwogen in de rov. 6.2 en 6.5. Zij betogen het volgende. Aan het bekendheidsvereiste van art. 3:310 lid 1 BW moet geacht worden te zijn voldaan als de benadeelde zelf, zoals ook in het onderhavige geval, het voor mogelijk houdt dat zijn schade verband houdt met het handelen of nalaten van een bepaald persoon (1.1). Dat de benadeelde vooralsnog niet in zijn vermoeden wordt bevestigd, doet hier niet aan af. Als hij bevestiging van zijn vermoeden wenst, mag van hem verlangd worden dat hij met zodanige voortvarendheid nader onderzoek laat verrichten dat hij in staat is binnen de termijn van vijf jaar (vanaf het tijdstip dat het vermoeden bij hem rees) te besluiten of er grond bestaat de voltooiing van de verjaring te voorkomen (1.2). Het is in strijd met de rechtszekerheid om de aanvang van een verjaringstermijn afhankelijk te stellen van het al dan niet bestaan van een bepaalde mate van bevestiging omtrent het causaal verband (1.3). Zeker in een geval als het onderhavige - waarin de benadeelde het vermoeden niet heeft prijsgegeven

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

en hij binnen vijf jaar een bevestiging van dat vermoeden heeft gekregen - mag die eis niet gesteld worden (1.4).

3.4.2. Bij de behandeling van de onderdelen moet worden vooropgesteld dat de woorden "bekend is geworden" in art. 3:310 lid 1 BW moeten worden verstaan in de betekenis van: daadwerkelijke bekendheid met zowel de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon (HR 6 april 2001, *NJ* 2002, 383). De Rechtbank is derhalve in rov. 6.2 van een juiste maatstaf uitgegaan. Het enkele vermoeden van het bestaan van schade is onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van daadwerkelijke bekendheid met de schade. Als sprake is van lichamelijke klachten waarvan de herkomst niet zonder meer duidelijk is, kan van daadwerkelijke bekendheid met de schade pas sprake zijn wanneer met voldoende mate van zekerheid is vastgesteld waardoor de klachten zijn ontstaan. In het algemeen zal deze vereiste mate van zekerheid - die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn - pas aanwezig zijn wanneer deze oorzaak door te dier zake deskundige artsen is gediagnosticeerd.

3.4.3. In het onderhavige geval heeft de Rechtbank geoordeeld dat het vermoeden van Rensink, toen hij zich in december 1988 tot zijn huisarts wendde, dat zijn klachten samenhangen met zijn werk bij de drukinktfabrikage nog niet inhield dat aan het bekendheidsvereiste van art. 3:310 lid 1 BW was voldaan. De Rechtbank heeft bij dat oordeel laten meewegen dat Rensink geen deskundige was en dat de geraadpleegde arts en de BGD het vermoeden van Rensink niet konden bevestigen. De Rechtbank heeft vervolgens geoordeeld dat pas op het moment dat Rensink bij een terzake deskundige enige bevestiging vond voor zijn vermoeden dat de chemicaliën op het werk zijn klachten veroorzaakten, de verjaring is gaan lopen. Gezien het hiervoor overwogene geven deze oordelen niet blijkt van een onjuiste rechtsofpvatting omtrent de aanvang van de verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW. Het oordeel is niet onbegrijpelijk en behoeft geen nadere motivering. Hierop stuiten alle in de onderdelen aangevoerde klachten af.

In een uitspraak van hetzelfde jaar had de hoge raad te maken met een geheel ander geval van 'bekendheid' die onzeker was, dit keer niet zozeer wie de veroorzaker was, maar of er wel *schade* was. Het is een totaal ander 'bedrijfsongeval': een fout van een fiscaal adviseur.¹⁸⁰ Het nalaten van indiening van een verzoekschrift aan de Belastingdienst bij de overgang van een eenmanszaak in een BV (als 'geruisloze inbreng') in 1988 had Van Gerven een groot financieel nadeel berokkend. De fiscus maakt namelijk in 1990 bezwaar tegen de geruisloze inbreng en na overleg, dat mislukt, bericht zij Van Gerven eind juli 1991 dat hij bezwaar tegen de voorgenomen beslissing kan indienen; op 31 dec. 1991 volgt de definitieve aanslag. Van Gerven dient dan een bezwaarschrift in, waarop in augustus 1992 negatief wordt beslist. Op 26 augustus 1996 stelt hij zijn belastingadviseur S. aansprakelijk voor de schade. De laatste stelt dat de vordering verjaard is en krijgt daarin de rechtbank mee, aangezien Van Gerven al eind juli 1991 bekend was met de schade, terwijl de brief met stuitende werking van 26 aug. 1996 was, te laat dus. Anders het hof, dat van oordeel is dat de verjaring pas begint te lopen wanneer negatief op het bezwaarschrift is beslist (augustus 1992). Dan is er immers echte zekerheid over de schade. Daarmee heeft de brief van 26 aug. 1996 nog stuitende werking.

Dat gaat de hoge raad weer te ver, en hij brengt een correctie aan: daadwerkelijke bekendheid is verkregen toen de schade daadwerkelijk kwam vast te staan, namelijk bij het opleggen van de aanslag, op 31 dec. 1991. Daar vloeit overigens geen bloed uit, aangezien de stuitingsbrief van 26 aug. 1996 was, maar dat had ook anders kunnen zijn.

180. HR 10 okt. 2003, *NJ* 680, S. - *Van Gerven*.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

Het probleem dat ik met deze uitspraak van de cassatierechter heb, is dat de schade op de datum van de aanslag wel formeel ‘vast stond’ qua omvang, maar niet of deze ‘zeker’ was, daadwerkelijk door de fiscus opgelegd zou worden, aangezien nog niet op het bezwaarschrift beslist was. De schade was dus nog niet bekend, daadwerkelijk. Daar komt nog bij, dat in deze casus het nota bene de schuldenaar, belastingadviseur S., is geweest, die bij Van Gerven de indruk gewekt heeft dat de aanslag ongedaan gemaakt zou kunnen worden, met als gevolg dat er geen schade zou zijn (S. had het bezwaarschrift opgesteld). Het is dan uiterst merkwaardig, dat dezelfde S. zou kunnen profiteren van een formeel schadebegrip, zoals door de cassatierechter aanvaard. Daarmee zouden wij in de constructie terecht komen dat de vordering weliswaar door verjaring vervallen is, maar het in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn indien de schuldenaar zich op verjaring zou beroepen (de weg die de hoge raad in het *Martini Ziekenhuis*-arrest volgde). Het is opvallend dat in de conclusie OM, waarin men de opvatting bepleit vindt inzake aanvang van de verjaring bij belastingschade die de cassatierechter in het onderhavige arrest overgenomen heeft, die laatste mogelijkheid tenslotte uitdrukkelijk noemt.¹⁸¹ Indien men het volgen van die alternatieve weg terzijde laat, kan men constateren dat in de benadering van de hoge raad het schadebegrip op een wijze gebruikt wordt die afwijkt van de hantering van het begrip in het algemeen. Het heeft hier meer van doen van een ‘vermoeden’ omtrent de schade, de uitkomst ervan is afhankelijk van de afloop van de bezwaarschriftprocedure. Dat vermoeden kan sterk zijn (een ‘bruin vermoeden’, zoals dat in de volksmond heet), met tamelijk hoge zekerheid van de schade tot gevolg, maar dat hoeft bij letselschade niet anders te zijn, en in die situatie zagen wij dat de hoge raad genoegzaam neemt met het begrip ‘vermoeden van schade’, hetgeen ‘bekendheid’ met de schade in de weg stond, als verjaringsgrondslag. Waarom dan bij belastingschade anders geredeneerd?

In mijn ogen is het standpunt van de hoge raad hier niet overtuigend. In ieder geval toont het arrest aan, behalve de (gebruikelijke) hersengymnastiek bij verjaringsvraagstukken, waardoor het onderwerp zo gecompliceerd is, de nuances die aan te brengen zijn en vermoedelijk alleen verklaarbaar zijn vanwege de aard van de rechtsverhouding. Ik laat hierbij buiten beschouwing dat de samenstelling van de kamer van de hoge raad die het arrest wees, zoals altijd, van invloed kan zijn geweest op het resultaat, evenals de persoon in kwestie bij het OM.¹⁸²

181. Concl. a-g De Vries Lentsch – Kostense, sub 11, in fine. In casu hoefde dat punt niet uitgewerkt te worden, aangezien de stuitingshandeling van Van Gerven binnen de 5-jaarstermijn viel. Het argument dat de a-g aanvoert voor het formele schadebegrip (dag van aanslag) is dat de strekking van de verjaringsregeling is ‘dat de schuldeiser in actie dient te komen zodra dat – door het verkrijgen van de wetenschap van schade – redelijkerwijs van hem kan worden gevergd’. Een tegengesteld standpunt zou in strijd met de belangen van de schuldenaar zijn die – anders dan in casu – van het voeren van procedures niet op de hoogte hoeft te zijn. Dit is echter weinig overtuigend: een werkgever of chirurg hoeft immers niet op de hoogte te zijn van onderzoek dat de werknemer/patiënt laat doen in verband met zijn schadeoorzaak, zonder dat dit invloed heeft op de aanvang van de verjaringstermijn.

182. Beide wegen bij verjaring zijn ook aan de orde in HR 24 mei 2002, NJ 2003, 268, *Van Hout – Staat*, overigens op niet direct overtuigende wijze. Van Hout heeft de staat aansprakelijk gesteld vanwege afwijzing van een melkquotum; hij verliest de procedure voor het CBB (College van Beroep voor het Bedrijfsleven). Dan komt het arrest *Van Hurk –*

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Een standaard-arrest: hersenletsel baby (2003)

Eind 2003 doet de hoge raad een heel belangrijke uitspraak over het ingaan van de relatieve verjaringstermijn van 5 jaar, in een medische aansprakelijkheidszaak, waar zoals zo vaak, lange tijd onduidelijk was gebleven hoe het blijvend letsel als gevolg van een medische behandeling veroorzaakt was.¹⁸³ Het betrof gynaecologische behandeling die tot gevolg had dat een baby met ernstig hersenletsel geboren werd. De ouders hadden pas 7 jaar na de geboorte in een openhartig gesprek met een collega van de gynaecoloog vernomen dat er indertijd een fout gemaakt was. De tot schadevergoeding aangesproken gynaecoloog neemt het standpunt in dat de verjaring ingegaan is op de datum van geboorte van het kind, en krijgt daarin steun van het hof. In cassatie volgt echter vernietiging, waarbij de hoge raad, na een instructief overzicht van de rechtspraak tot dusver gegeven, een opmerkelijk standpunt inneemt waarbij bekendheid omtrent schade en dader, en het vermoeden ervan, nader uitgewerkt worden.

Tijdens de zwangerschap stond de moeder van de baby onder behandeling van dr M., als gynaecoloog verbonden aan een ziekenhuis. Op 24 nov. 1987 wordt zij opgenomen in het ziekenhuis en op de avond van dezelfde dag wordt wegens geconstateerde foetale nood onder leiding van een andere gynaecoloog, dr G., een keizersnee uitgevoerd. Het aldus geboren kind verkeert in zeer slechte conditie, onder meer ten gevolge van zuurstofgebrek voor de geboorte. Het kind herstelt na intensieve behandeling; in 1994 blijkt echter dat het vanwege een gestoorde ontwikkeling aangepast onderwijs dient te volgen. Eind 1994 hebben de ouders een gesprek met dr G. die hun meedeelt dat achteraf gezien eerder ingegrepen had kunnen worden bij de geboorte. De ouders stellen dan bij brief van 13 mei 1996 dr M. en het ziekenhuis aansprakelijk wegens tekortschietende medische behandeling. De rechtbank stelt de ouders in het gelijk, het hof wijst de vordering wegens verjaring af. De argumenten van het hof zijn dat het de ouders bij de geboorte al duidelijk was dat het kind hersenbeschadiging had opgelopen wegens een ernstig zuurstoftekort, en wisten dat dit gevolgen kon hebben voor de ontwikkeling van het kind. De omvang van de schade was nog niet bekend, maar dit belette niet dat de verjaringstermijn ging lopen. De ouders wisten in 1987 ook al wie voor de schade aansprakelijk was te stellen, waaraan niet

Nederland (1994), waarin het Europese Hof heeft bepaald dat het CBB geen 'independent tribunal' is. Dat gebeurt nog geen maand voor de verjaringstermijn afloopt; Van Hout had de verjaring niet gestuit. De HR vindt het beroep van de staat op verjaring niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid vanwege het bestaan van de onrechtmatige rechtsgang via CBB, en de termijn waarop Van Hout de staat aansprakelijk gesteld had (1 jaar na uitspraak EHRM) niet binnen een redelijke termijn gedaan. Hier is weinig te merken van de gedachtegang die in het *Bloembollencentrale*-arrest (2000) de doorslag gaf, waarbij de staat aan het kortste eind trok (zie boven).

183. HR 31 okt. 2003, RvdW nr 169, *hersenletsel baby* (ook bekend als: *Saelman – dr M. en Akad. Ziekenhuis VU*); AA 2004, p.266, nt Hartlief. Zie over dit arrest, J.L. Smeehuijzen, *WPNR* 6572 (2004), p.251.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

afdoet dat zij aanvankelijk niet wisten dat die personen daadwerkelijk voor de schade aansprakelijk te stellen waren.

De hoge raad komt hieromtrent tot de volgende uitspraak:

3.2 In het onderhavige geding hebben de ouders hun hiervoor in 1 vermelde vordering gebaseerd op gesteld tekortschietend of foutief medisch handelen van M. en het ziekenhuis. Laatstgenoemden hebben niet alleen betwist dat van enige tekortkoming of fout sprake is geweest, maar hebben zich bovendien beroepen op verjaring en rechtsverwerking.

De rechtbank heeft het beroep op verjaring gegrond geacht. Het hof heeft de tegen dat oordeel gerichte grieven verworpen. Het heeft daartoe overwogen dat de schade waarom het in deze procedure gaat, is gelegen in een bij J. aanwezige ontwikkelingsstoornis. Bij J.'s geboorte was al duidelijk dat zijn gezondheid ernstige schade had opgelopen en dat een hersenbeschadiging was opgetreden door zuurstoftekort. Zijn ouders waren hiervan op de hoogte. Zij wisten dat de ontstane gezondheidsschade gevolgen kon hebben voor de ontwikkeling van J., al wisten zij nog niet wat de omvang van de schade zou zijn. Dit laatste belette echter niet dat de verjaringstermijn ging lopen (rov. 4.4). De ouders wisten in 1987 ook al wie voor de ontstane schade aansprakelijk waren te stellen voor zover er aansprakelijkheid was. Daaraan doet niet af dat zij aanvankelijk niet wisten dat die personen daadwerkelijk voor de ontstane schade aansprakelijk waren te stellen (rov. 4.5). Bij gebreke van tijdige stuiting is de verjaring, die in 1987 is gaan lopen, op de voet van art. 3:310 lid 1 BW in samenhang met art. 73 Ow Nieuw BW, op 1 januari 1993 voltooid.

3.3 Middel 1 betoogt in de kern dat het hof aldus heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting over het moment waarop de in art. 3:310 lid 1 BW bedoelde verjaringstermijn van vijf jaren begint te lopen. Het enkele feit dat J. bij zijn geboorte niet gezond bleek, betekent immers nog niet dat de ouders toen reeds bekend waren met de in art. 3:310 bedoelde aansprakelijke persoon omdat zij toen geen aanwijzingen hadden dat die gezondheidsproblemen waren terug te voeren op een medische fout.

Het middel bevat bovendien nog enige motiveringsklachten.

3.4 Art. 3:310 lid 1 BW bevat twee verjaringstermijnen: een korte van vijf jaren die begint te lopen op de dag volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en een lange van twintig jaren, die begint te lopen op de dag na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. Aan deze lange termijn ligt blijkens de wetsgeschiedenis en de daarmee strokende, vaste rechtspraak van de Hoge Raad (vgl. HR 3 november 1995, *NJ* 1998, 380) de rechtszekerheid ten grondslag. Deze termijn begint te lopen door het intreden van de schadeveroorzakende gebeurtenis, zelfs als de benadeelde met het bestaan van zijn vordering niet op de hoogte is (met dien verstande dat een grond voor verlenging van de verjaring bestaat in het geval van art. 321 lid 1, aanhef en onder f, BW). De korte verjaringstermijn daarentegen, waarom het in dit geding gaat, staat niet alleen in het teken van de rechtszekerheid, maar ook van de billijkheid. De voormelde eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon, moet naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad aldus worden opgevat dat het hier gaat om een daadwerkelijke bekendheid (HR 6 april 2001, *NJ* 2002, 383; vgl. ook HR 20 april 2001, *NJ* 2002, 384), zodat het enkele vermoeden van het bestaan van schade niet volstaat (HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 300). Voorts heeft de Hoge Raad beslist dat, indien de benadeelde zijn vordering niet kan instellen door omstandigheden die aan de schuldenaar moeten worden toegerekend, het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de schuldenaar lopen op het zojuist bedoelde tijdstip. De korte verjaringstermijn gaat dan pas in wanneer die omstandigheden niet langer verhinderen dat de vordering kan worden ingesteld (HR 23 oktober 1998, *NJ* 2000, 15 en HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 16). Tegen de achtergrond van zich erop zou vermogen te beroepen dat de vijfjarige verjaring is begonnen te voormelde rechtspraak en in het licht van de mede naar aanleiding van deze arresten verschenen literatuur komt de Hoge Raad thans tot het oordeel dat de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW, gelet op de strekking van deze bepaling, pas begint te lopen op de dag na die waarop de

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van deze schade in te stellen.

3.5 Tegen deze achtergrond moet worden aangenomen dat indien iemand bij zijn geboorte lichamelijk letsel heeft opgelopen dat door het natuurlijk verloop van de zwangerschap en bevalling zou kunnen zijn veroorzaakt, de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW pas begint te lopen zodra hij of diens wettelijk vertegenwoordiger, voldoende zekerheid - die niet een absolute zekerheid hoeft te zijn - heeft gekregen dat het letsel (mede) is veroorzaakt door tekortschietend of foutief medisch handelen.

De rechtsklacht van het middel is derhalve gegrond. De ouders, die in dit geding met rechterlijke machtiging namens J. procederen, hebben zich immers erop beroepen dat zij pas in het hiervoor in 3.1(vi) bedoelde gesprek met dr. G. hebben vernomen dat de bij J.'s geboorte opgetreden hersenbeschadiging mede is veroorzaakt door te laat ingrijpen van dr. M. Hun stelling dat de onderhavige verjaringstermijn pas daags na dit gesprek een aanvang heeft genomen, is door het hof ten onrechte weerlegd met de overweging dat de onderhavige verjaringstermijn al bij de geboorte van J. is begonnen te lopen, ook al wisten de ouders toen nog niet dat de behandelend arts en het ziekenhuis voor de ontstane schade aansprakelijk konden worden gesteld.

Stuiting van verjaring

Met de invoering van art.3:317 BW is een wijziging aangebracht in de regeling van stuiting van verjaring. Onder het oude recht was een schriftelijke aanmaning vereist, naar huidige recht is daaraan toegevoegd de mededeling waaruit blijkt dat de benadeelde zijn recht op nakoming ondubbelzinnig voorbehoudt. Deze laatste figuur is door de wetgever opgenomen met het oog op onderhandelingen die tussen partijen aangegaan kunnen zijn. Dat gebeurde op de valreep, bij Invoeringswet; de wijziging werd als volgt toegelicht:

‘Het oorspronkelijke lid 1 kende slechts stuiting door een schriftelijke aanmaning. In een situatie waarin partijen met elkander in onderhandeling zijn of anderszins de verhouding tussen hen wellicht noopt tot terughoudendheid met het eisen van nakoming op korte termijn van een vordering die vooralsnog betwist wordt, kan echter een aanmaning een voor de schuldeiser minder passend middel zijn om zijn rechten veilig te stellen. Toegevoegd is daarom de mogelijkheid om de verjaring te stuiten door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt’.¹⁸⁴

De term ‘ondubbelzinnig’ moet hierbij niet absoluut opgevat worden, maar in het licht geplaatst worden van hetgeen partijen over en weer redelijkerwijs mochten begrijpen. Dit is door verscheidene auteurs benadrukt, waarbij onder ‘onderhandelen’ verstaan is, met een beroep op de jurisprudentie, het schriftelijk uitwisselen van mededelingen die het oogmerk hebben of kunnen hebben om tot een regeling of overeenkomst te komen.¹⁸⁵ Het betreft hier dus een vraag van redelijke uitleg, in het licht van de omstandigheden van het geval.

184. MvT, PG Invoeringswet Boek 3, p. 1418. Chr. H. van Dijk, ‘Stuiting bij personenschade’, *TvP (Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade)*, 1998, p.53; H. Stein, *Bewijs en letselschade*, 1998, p.55.

185. Zie ook: Breedveld-de Voogd en Stolker, *Stuiting van verjaring van de vordering tot schadevergoeding (I)*, *Vermogensrecht Aktueel*, WPNR 1993, p. 179 v.; M.M. Olthof, *Advocatenblad* 1993, p. 76 v.; Linssen en Van Schaick, t.a.p. p.91 v.; H.C.F. Schoordijk, *Rechtsverwerking*, 1991, p. 22 v.; Van Dunné, *TMA* 1996, p. 23; *TMA* 2002, p.143; H. Stein,

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

Hartkamp stelt in zijn Asser-bewerking, in navolging van Schoordijk, dat ‘de schuldenaar die toestemt in onderhandelingen zich voor de duur daarvan naar redelijkheid en billijkheid niet op verjaring mag beroepen’. Ook wordt gewezen op de regeling van art. 10 lid 3 WAM, waarin bepaald wordt dat de verjaring gestuit wordt door iedere onderhandeling tussen de verzekeraar en de benadeelde; de verjaringstermijn begint pas weer te lopen wanneer kennis gegeven is van het afbreken van de onderhandelingen.¹⁸⁶ Onder ‘onderhandeling’ wordt ook verstaan een over en weer bespreken, een uitwisseling, van dien aard dat het aan de benadeelde de indruk geeft dat de verzekeraar een regeling van het ongeluk overweegt.¹⁸⁷ Het Benelux Hof van Justitie heeft in 1989 een belangrijke uitspraak op dit gebied gedaan, hetgeen overigens een bevestiging van een arrest uit 1985 was.¹⁸⁸ Een mededeling van een verzekeraar kan niet als ‘onderhandeling’ aangemerkt worden indien de benadeelde op grond van die mededeling moet begrijpen dat de verzekeraar een regeling zonder meer uitsluit.

In zijn artikel uit 1998 heeft Van Dijk de relevantie van onderhandelingen voor stuiting van verjaring aldus verwoord, een standpunt dat naderhand in de jurisprudentie overgenomen zal worden:

‘Zelf ben ik van mening dat onderhandelingen, zeker als zij – zoals zo vaak het geval zal zijn – vooraf zijn gegaan door een aansprakelijkstelling, de verjaring kunnen stuiten, mits daarbij voldoende duidelijk – uitdrukkelijk is dus niet nodig – door de schuldeiser het standpunt wordt ingenomen dat hij recht op nakoming van de verbintenis heeft. Zolang deze onderhandelingen duren moet dit voor de schuldenaar in het algemeen een voldoende duidelijke waarschuwing zijn dat hij er rekening mee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een dan mogelijk alsnog door de schuldeiser ingestelde vordering behoorlijk kan verweren. Indien door onderhandelingen de verjaring niet zou kunnen worden gestuit, kan dat uitnodigen tot het rekken daarvan om verjaring te bewerkstelligen. Dat is een niet te honoreren belang’ (p.55).

Het Duitse recht is in dezelfde zin. In § 852, lid 2 BGB wordt het voeren van onderhandelingen over schadevergoeding als oorzaak van stuiting van verjaring gezien, tot een der partijen deelname aan voortzetting van de onderhandelingen weigert. Bij de recente herziening van het Duitse verbintenissenrecht (die Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts van 2001, begin 2002 ingevoerd) is bij stuiting van verjaring gekozen voor een opnieuw ingaan van de verjaringstermijn (het oude recht kende slechts een onderbreking van de verjaring); de verjaring gaat op zijn vroegst twee maanden na het einde van de stuiting in. Tegenwoordig is een algemeen artikel opgenomen inzake stuiting

Bewijs en letselschade, 1998, p.55. Chr. H. van Dijk, ‘Stuiting bij personenschade’, *TvP (Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade)*, 1998, p.53; Asser-Hartkamp I, nr 680, in fine.

186. Nr 680, in fine. Stein vindt daarentegen in de WAM-regeling een argument om art. 3:317 BW strikt uit te leggen. Koopmann, diss. pp.75; 106, is eveneens voorstander van een strikte uitleg.

187. Vgl. Van Dijk, t.a.p., p.56 v. Het opvragen van technische gegevens over de toedracht door de verzekeraar, of het opvragen van een proces-verbaal bij het OM, werd al als stuiting aangemerkt in de rechtspraak.

188. BenGH 20 okt. 1989, *NJ* 1990, 660, nt CJHB; in de noot vindt men een overzicht van de rechtspraak van het Hof, die parallel loopt met onze rechtspraak inzake art. 10 WAM, dat overeenstemt met art. 10 Gemeenschappelijke Bepalingen van de Beneluxovereenkomst.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

van verjaring bij onderhandelingen, § 203 BGB-Regierungsentwurf, ter vervanging van § 852, lid 2 BGB. Overigens is het in ons recht zo, dat door stuiting een nieuwe verjaringstermijn begint, gelijk aan de oorspronkelijke, maar niet langer dan 5 jaar (art. 3:319 BW). Indien een bindend advies gevraagd is, begint de nieuwe verjaringstermijn te lopen met ingang van de datum dat het advies uitgebracht is.

De rechtspraak inzake stuiting; normatieve uitleg van de stuitingsverklaring

De jurisprudentie heeft zich de laatste jaren in richting van het hierboven, ook door mij verwoorde standpunt ontwikkeld, zij het met horten en stoten. Dat gaat niet van een leien dakje, de term ‘ondubbelzinnig het recht voorbehouden’ wordt soms letterlijk genomen, in de zin van: ‘met zoveel woorden het recht voorbehouden’. Wanneer dat in combinatie gaat met het letterlijk, dus grammaticaal, interpreteren van de tekst van de mededeling in kwestie, is het voorspelbare resultaat dat niet voldaan is aan de vereisten die art. 3:317 aan de stuitingshandeling stelt. Soms spreekt een hof daarbij zelfs van de ‘strikte eisen van art. 3:317’, kennelijk in de zojuist genoemde zin. Het gaat hier dus om een probleem van uitleg; wanneer men van normatieve uitleg uitgaat, de redelijke uitleg of uitleg naar redelijkheid en billijkheid – veelal van het etiket *Haviltex* voorzien – is er voldoende ruimte om aan de omstandigheden van het geval recht te doen, en niet aan een spijker van een bepaald woord te blijven hangen. Het probleem is dan wel, wanneer de lagere rechter die methode van uitleg (van wet en gedingstukken) niet gehanteerd heeft, dat in cassatie het probleem van de beperkte toetsing door de hoge raad gaat spelen. Uitleg heeft natuurlijk ook een sterk feitelijke component, hetgeen tot een marginale toetsing door de cassatierechter kan leiden. Dat daarbij ook de conclusie van het OM een grote, vaak beslissende rol speelt, laat zich raden.

In een arrest van de hoge raad uit 1997 was het voor de rechtbank misgegaan als gevolg van een grammatikale uitleg van overgelegde stukken, waarbij gezocht wordt naar het ‘ondubbelzinnig voorbehouden’ van rechten.¹⁸⁹ De cassatierechter, geleid door de conclusie van a-g De Vries Lentsch-Kostense, grijpt de niet in: de tekst was voor de rechtbank doorslaggevend, en haar uitleg wordt slechts marginaal getoetst. Men kan altijd over uitleg twisten, maar hier zou naar mijn mening voldoende grond zijn geweest om het vonnis van de rechtbank te vernietigen.

Het betrof hier een bedrijfsovername, met alle verwickelingen van dien. De ‘mededeling’ waar het hierbij om ging, in de zin van een stuitingshandeling of niet, had betrekking op een octrooi dat gebaseerd was op een uitvinding van een werknemer van Wessanen, Van der Weide (adjunct-directeur van een dochterbedrijf). Dat octrooi was voor het overnemende bedrijf, Meneba, van groot belang. Van der Weide had zich tot zijn huidige en zijn toekomstige werkgevers gericht met het voorstel ‘om tot een billijke beloning te komen’. Het werd dus met de hoed in de hand gedaan, maar onder die beleefdheid zat, luid en duidelijk, zou men zeggen, de wens dat er een betaling moest plaatsvinden. De rechtbank heeft hier geen oog voor, en gaat enkel af op de tekst van de notulen van een bespreking waarin deze zinsnede opgenomen was. Bij de bespreking was behalve Van der Weide ook aanwezig De Haas, Directeur Sociale Zaken van Wessanen. Het verslag van de bespreking, door de rechtbank met ‘gespreksnotitie’

189. HR 14 febr. 1997, NJ 244, *Van der Weide – Meneba*.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

aangeduid, en getiteld; 'Mogelijke overgang naar Meneba N.V. en gesprek dienaangaande', was onder meer afkomstig van Van der Weide en was gericht aan De Haas. Die tekst luidt als volgt:

'Tijdens deze bespreking is het verzoek aan Wessanen gericht om als intermediair bij Meneba op te treden en of bij Wessanen zelf de volgende punten aan de orde te stellen, zodat deze alsnog geregeld c.q. in de aangeboden arbeidsovereenkomsten worden opgenomen.

(...)

7. Voorstel om tot een billijke beloning te komen ten aanzien van het "Presco" patent, waarbij R.J. van der Weide als uitvinder staat vermeld. (...).

H.C. de Haas heeft toegezegd deze zaken bij de Raad van Bestuur aan de orde te stellen. Ondertussen is de mededeling gekomen, dat H.C. de Haas deze punten bij Meneba ter regeling zal voorleggen.'

De rechtbank ziet in deze tekst geen stuitingsmededeling in de zin van art. 317; in een uiterst sobere overweging wordt gesteld dat in het verslag niet meer voor komt dan dat Wessanen zal worden verzocht enige punten aan de orde te stellen, waaronder het voorstel tot een billijke beloning. De a-g kan zich hierin vinden bij haar conclusie (en cursiveert daarbij het '*zal worden*'); zij stelt daarbij de eis ten aanzien van de mededeling dat 'niet voor misverstand vatbaar mag zijn dat de schuldenaar zijn recht op nakoming voorbehoudt'.

Het is opvallend dat hierbij geen betekenis gehecht wordt aan *de omstandigheden* waarin zich dit afspeelde - in cassatie naar voren gebracht en onbetwist - namelijk dat Van der Weide voor de bespreking meermalen tot Wessanen verzoeken om toekenning van een redelijke vergoeding gericht had. De bespreking was derhalve een bevestiging van eerder gedane verzoeken, terwijl bovendien toen de Directeur Sociale Zaken van Wessanen aanwezig was, tot wie een dergelijke mededeling toch wel gericht kan worden, die de rechtspersoon aangaat. Dat de aandacht bij het overleg vooral naar de nieuwe eigenaar, Meneba, uitging, ligt voor de hand, en doet niet af aan de stuiting in de richting van de toenmalige werkgever van Van der Weide, Wessanen.¹⁹⁰

Zoals gezegd, volgt de hoge raad zijn a-g op dit punt, acht de uitleg die de rechtbank aan het gespreksverslag gegeven had 'niet onbegrijpelijk', en oordeelt dat een nadere motivering door de rechtbank gezien het debat van partijen niet vereist is. Wel wordt in dat kader een belangrijke uitleg aan het vereiste van art. 317 gegeven, waarmee de uitspraak toch iets van een standaardarrest meekrijgt. De woorden van het artikel, het 'ondubbelzinnig zijn recht voorbehouden', 'moeten worden begrepen in het licht van de strekking van een stuitingshandeling van deze aard'. Blijkens de parlementaire geschiedenis komt dat neer op:

190. Uit de laatste zin van het aangehaalde gedeelte uit het verslag, de mededeling die in de tussentijd gekomen was (dus na de bespreking, en voor de verslaglegging) dat De Haas de punten bij Meneba zou voorleggen, kan afgeleid worden dat De Haas de punten ter kennis van de Raad van Bestuur van Wessanen gebracht heeft, en dat deze het belang daarvan erkend heeft, en besloten heeft het aan Meneba voor te leggen. Daarmee is de 'mededeling' van Van der Weide aan Wessanen voltooid, en geen toekomstige handeling meer, zoals Rb. en A-G meenden, en bovendien voorwerp van onderhandeling met de toekomstige eigenaar geworden..

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

‘een – voldoende duidelijke – waarschuwing aan de schuldenaar dat hij er, ook na het verstrijken van de verjaringstermijn, rekening mee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een dan mogelijkerwijs alsnog door de schuldeiser ingestelde vordering behoorlijk kan verweren’.

Aldus is met het arrest *Van der Weide - Meneba* een verduidelijking gegeven ten aanzien van de strekking van de regel van art. 3:317 BW, al is daarvan bij de toepassing in concreto naar mijn mening helaas weinig terecht gekomen, waarbij de raad zich door het OM op het verkeerde been liet zetten. In de literatuur wordt dit arrest overigens niet op zijn merites beoordeeld, en meestal afgedaan met de opmerking dat een ‘gespreksnotitie’ niet voldoet aan de vereisten voor een ‘mededeling’ in de zin van art. 3:317 BW.¹⁹¹

Over de uitkomst van dit arrest hoeft echter niet getreurd te worden, want enkele jaren later wordt de kwestie geheel anders benaderd, en dat leidt tot een geheel andere uitkomst vergeleken met het arrest van 1997; de bewoording van art. 317 wordt nu uitgelegd en vooral: toegepast, op de hierboven door mij verdedigde wijze.¹⁹² In *Thomassen – Vos* wordt benadrukt dat de tekst van verklaringen (brieven over facturen die onbetaald gebleven waren) niet op zichzelf genomen mag worden, maar dat de omstandigheden van het geval meewegen (hetgeen in de zaak uit 1997 zo ontbrak). De casus wordt verder duidelijk uit de volgende overwegingen van de hoge raad, in dit standaard-arrest over stuiting van verjaring:

4.3. Bij de beoordeling van de overige in deze onderdelen vervatte klachten moet het volgende worden vooropgesteld. Ingevolge art. 3:317 lid 1 BW kan de verjaring van een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis worden gestuit door een ‘schriftelijke aanmaning’ of ‘een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt.’ In zijn arrest van 14 februari 1997, nr. 16144, NJ 1997, 244, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de in art. 3:317 lid 1 gebruikte woorden ‘een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt’ moeten worden begrepen in het licht van de strekking van de stuitingshandeling van deze aard welke blijkens Parl. Gesch. Boek 3, Inv. 3, 5 en 6, blz. 1408, slot tweede alinea, neerkomt op een - voldoende duidelijke - waarschuwing aan de schuldenaar dat hij er, ook na het verstrijken van de verjaringstermijn rekening mee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal opdat hij zich tegen een dan mogelijkerwijs alsnog door de schuldeiser ingestelde vordering kan verweren. Bij de uitleg van de in de brief van 16 juli 1993 vervatte mededeling komt het erop aan of de schuldenaar daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs de betekenis heeft moeten toekennen dat de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming heeft voorbehouden.

4.4. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat het Hof met zijn in rov. 6.8 gegeven oordeel hetzij blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting hetzij dit oordeel niet naar de eis der wet met redenen heeft omkleed. Indien het Hof tot zijn oordeel zou zijn gekomen door uitsluitend op de inhoud van de brief te letten en de overige omstandigheden van het geval buiten beschouwing te laten, heeft het blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Zou het Hof de omstandigheden van het geval wel in zijn beoordeling hebben betrokken, dan is zonder

191. Zie o.m. *Tekst & Commentaar BW*, 4e dr., 2001, ad art. 3:317 BW; *Vermogensrecht* (losbl.), art. 3:317, aant. 2.2 (Koopmann); A-G De Vries Lentsch-Kostense, concl. voor HR 1 febr. 2002, NJ 195, *Martini Ziekenhuis* (zie nog onder).

192. HR 1 dec. 2000, NJ 2001, 46, *Thomassen Metaalbouw – Vos*; AA 2002, p.897, nt Van Mierlo. Vgl. ook Van Dijk, *AV & S* 2003, p.154 v.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

nadere motivering niet begrijpelijk op grond waarvan het tot zijn voormelde oordeel is gekomen, in aanmerking genomen dat in de brief van 16 juli 1993 met zoveel woorden melding is gemaakt van de wens tot nakoming 'van de openstaande facturen', alsmede dat die brief volgens 's Hofs in cassatie niet bestreden vaststelling afkomstig is van een incassobureau. De hierop gerichte klachten van onderdeel 3a treffen derhalve doel. De overige klachten behoeven geen behandeling meer. Na verwijzing zal - zo daaraan wordt toegekomen gelet op de gegrondbevinding van onderdeel 2 van het incidentele middel; zie hierna in 5.3 - aan de hand van hetgeen hiervóór in 4.3 is overwogen, moeten worden beoordeeld of de brief van 16 juli 1993 kan worden beschouwd als een ondubbelzinnige mededeling in de zin van art. 3:317 lid 1.

De nieuwe wind die hier waait gaat ook over een bloembollen-zaak die eerder in 2000 voorgelegd was aan de hoogste rechter, waarbij de 5 jaar-termijn van het wetje van 1924 inzet van een geschil was.¹⁹³ Een bloembollenexporteur had een groot bedrag aan 'keurlonen' betaald, die zijns inziens niet verschuldigd waren als strijdig met europees recht; daarover liep een procedure, en de exporteur had betaald onder protest van gehoudenheid daartoe. De termijn van 5 jaar verstrijkt, en de staat beroept zich op verjaring. De hoge raad overweegt dat onder deze omstandigheden, de staat een situatie in het leven geroepen heeft waarin het voor de hand lag dat de exporteurs ervan uitgingen dat de staat zou afwachten of hij in de procedure in het gelijk gesteld zou worden of niet, alvorens tot restitutie van de keurlonen over te gaan. Dan is een beroep op verjaring volgens de wet van 1924 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar', voor zover deze verjaring voor de datum van het arrest van de hoge raad in genoemde procedure begonnen zou zijn. Zoals men ziet blijft toetsing aan maatstaven van redelijkheid en billijkheid altijd nog een instrument bij verjaringsvragen, naast de rechtstreekse werking van de billijkheid op de regels van verjaringsrecht zelf.

Bloembergen stelt in zijn noot de stuitingsproblematiek in de context van *rechtsverwerking*, op welk terrein zijns inziens eenzelfde benadering in de jurisprudentie te vinden is: 'een gerechtigde heeft zich gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van het betrokken recht'. Aan het slot van zijn interessante noot zegt hij enkele behartenswaardige dingen. Moet de rechtszekerheid hier geen grote rol spelen, als kernthema bij verjaring? Het gaat hier in hoofdzaak om de rechtszekerheid van de debiteur, is zijn stelling; de belangen van de gemeenschap spelen bij bevrijdende verjaring een marginale rol (met verwijzing naar Valk). Zijn conclusie luidt dan: 'Een debiteur kan zich echter bezwaarlijk op zijn rechtszekerheid beroepen, wanneer hij zich heeft gedragen op een wijze die met het vervolgens geldend maken van het beroep op verjaring onverenigbaar is. Waarbij te bedenken valt dat de crediteur door verjaring zijn recht kwijt raakt zonder dat er iets tegenover staat'.

Het laten meewegen van de omstandigheden bij de beoordeling van stuiting van verjaring komt ook tot uiting in een arrest van 2001, waarbij de hoge raad bepaald heeft dat art. 3:316 lid 1, dat spreekt van stuiting 'van de zijde van de gerechtigde', toelaat dat een ander dan de gerechtigde zelf de verjaring van een

193. HR 7 jan. 2000, NJ 272, Bloembollencentrale De Ree – Staat.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

rechtsoverdracht stuit. In de gegeven omstandigheden werd aangenomen dat dit het geval was.¹⁹⁴

Consolidatie van de nieuwe leer over stuiting in de recente jurisprudentie

In een arrest van begin 2002 heeft de hoge raad een breder fundament gegeven aan zijn visie op de stuiting van verjaring door het doen van een mededeling aan de schuldeiser, met name voor de ruimte die geboden wordt aan de omstandigheden van het geval bij de uitleg van de verklaring die gedaan werd. De normatieve context, dus. De feitenrechter mag zich niet langer beperken tot lezing van de tekst van zo'n mededeling, en die vervolgens aan een grammatikale uitleg onderwerpen teneinde vast te stellen of hierin een 'ondubbelzinnig' voorbehoud van rechten gelegen is.

In het arrest van 25 januari 2002 was de volgende casus in het geding.¹⁹⁵

Van den Berk had in 1979 met de rechtsvoorgangster van ING, de toenmalige Nederlandsche Middenstandsbank NV, kantoor Helmond, een kredietovereenkomst gesloten. Het krediet is in 1982 beëindigd, waarna het saldo van de rekening ingevolge de kredietovereenkomst onmiddellijk opeisbaar werd. In 1982 heeft de bank aan Van den Berk toebehorende onroerend goed executoriaal geveild en de netto-opbrengst na aflossing van de hypothecaire lening in mindering op het debet-saldo gebracht.

Bijna tien jaar later, neemt de bank de draad weer op. In 1992 worden enkele brieven aan Van den Berk verzonden, met de volgende inhoud:

Brief van 15 april 1992:

'Betreft: Restantschuld. (...)

Met onze brief van 1 oktober 1991 hebben wij navraag gedaan naar Uw mogelijkheden om te komen tot een sanering van een nog resterende bankschuld te uw naam.

Aangezien wij noch op dit schrijven, noch op onze rappelbrieven reacties van U ontvingen, hebben wij nadere informatie getrokken, waaruit blijkt, dat er toch mogelijkheden zouden zijn om tot een voor beide partijen passende oplossing te komen.

(...) Wij zijn er voorstander van om in onderling overleg deze aangelegenheid te regelen en kostenverhogende rechts- c.q. incassomaatregelen te voorkomen. Wij zien dan ook een voorstel Uwerzijds tegemoet. Gaarne zijn wij bereid tot een gesprek om te komen tot een regeling die voor beide partijen aanvaardbaar is. Ter bepaling van ons standpunt is het nodig, dat U ons vooraf enig financieel inzicht verschaft en verzoeken U ons toe te zenden: (...).'

Brief van 30 juni 1992:

194. HR 2 mrt 2001, NJ 304, *Bührmann - Celtona*. Het ging om een stuitingshandeling van het Celtona-Pensioenfonds die aan de Celtona Holding toegerekend werd.

Zie voor de toepassing van art. 3:317 lid 1, in combinatie met lid 2, het instellen van een dagvaarding zes maanden na de aanmaning: HR 11 jan. 2002, NJ 81, *Van Dam & Post - Coöp. Ver. Kringkoop*; AA 2002, p.897, nt Van Mierlo. Hierbij is de relatie tussen de akties tot ontbinding en schadevergoeding in het geding.

195. HR 25 jan. 2002, NJ 169, *INB - van der Berk*. Dit arrest, en enkele volgende uitspraken, werden eerder door mij besproken in mijn genoemde TMA-artikel uit 2002. Zij zijn ten dele ingehaald door recentere jurisprudentie; de bespreking ervan geeft inzicht in de ontwikkeling in het (zoekende) denken van de hoge raad, hetgeen instructief kan zijn voor de visie op de cassatierechtspraak. Het slaafs volgen van de jurisprudentie is strijk en zet in veel vakbladen. Gezag moet verdiend worden, dat geldt ook voor de hoogste rechter, naar mijn mening.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

‘Onze incassopogingen hebben geen resultaat opgeleverd. (...) Alvorens nu onze advocaat opdracht te geven beslag te leggen op Uw salaris geven wij U nog een keer de gelegenheid om ons schrijven te beantwoorden.’

Daarop is tussen partijen geen regeling tot stand gekomen.

In deze procedure vordert ING dat Van den Berk het resterende debetsaldo aan haar zal voldoen. Van den Berk heeft de vordering bestreden door zich onder meer te beroepen op verjaring. De rechtbank heeft dat verweer verworpen en de vordering van ING toegewezen. In hoger beroep is uitsluitend de verwerping van het beroep op verjaring door Van den Berk aan de orde. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vordering alsnog afgewezen. Het overwoog daartoe, zoals in cassatie kort weergegeven, als volgt.

‘De brief van 15 april 1992 van ING aan Van den Berk (...) bevat geen aanmaning en evenmin een ondubbelzinnig voorbehoud van het recht op nakoming, maar vormt veeleer een fase in de onderhandelingen. De brief beantwoordt derhalve niet aan de strikte eisen die de wet aan een stuitingshandeling stelt. Ook de overige brieven uit 1992 bevatten geen aanmaning of erkenning en het recht op nakoming wordt daarin evenmin ondubbelzinnig voorbehouden. De grief treft derhalve doel. In verband met het ontbreken van stuiting, is de vordering op 1 januari 1993 verjaard en moet de vordering van ING alsnog worden afgewezen’.

De hoge raad vernietigt het arrest van het hof, met de volgende overweging:

3.3 (...) Ingevolge het eerste lid van art. 3:317 BW wordt de verjaring van een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis gestuit door een schriftelijke aanmaning of door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. Deze omschrijving van de schriftelijke mededeling moet worden begrepen in het licht van de strekking van een stuitingshandeling van deze aard, welke neerkomt op een - voldoende duidelijke - waarschuwing aan de schuldenaar dat hij er, ook na het verstrijken van de verjaringstermijn, rekening mee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een dan mogelijkterwijs alsnog door de schuldeiser ingestelde vordering behoorlijk kan verweren (HR 14 februari 1997, *NJ* 1997, 244 en HR 1 december 2000, *NJ* 2001, 46). Tegen de achtergrond hiervan laten de hiervoor in 3.1 onder (iii) en (iv) vermelde, door ING aan Van den Berk gezonden, brieven, in onderling verband en samenhang beschouwd, geen andere uitleg toe dan dat Van den Berk daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs de betekenis heeft moeten toekennen van een mededeling in de zin van art. 3:317. De onderdelen zijn derhalve gegrond.’

Daarop doet de hoge raad de zaak zelf af, vernietigt het arrest van het hof en bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

Men ziet hier de kernoverweging uit het arrest van 1997 herhaald, inzake uitleg van art. 317 in het licht van de ‘strekking’ van een stuitingshandeling in de vorm van een mededeling (evenals een verwijzing naar *Thomassen – Vos*). Dan volgt de uitleg van beide eerder aangehaalde brieven uit 1992; deze moeten in onderling verband gezien worden, en bovenal onder de gegeven omstandigheden, in een ‘redelijke’ uitleg. Normatieve uitleg, derhalve. In de eerste brief, van 15 april 1992, wordt door de bank op vriendelijke toon gesproken over het ‘tot een voor beide partijen passende oplossing komen’, en: het ‘in onderling overleg deze aangelegenheid regelen’ zonder kostenverhogende rechts- en incassomaatregelen. In de tweede brief wordt de toon strenger, incassopogingen hebben gefaald en men overweegt om tot beslaglegging over te gaan en wil de tegenpartij nog een keer de gelegenheid geven om de brief van de bank te beantwoorden. Inderdaad, voor een goede verstaander duidelijke taal, maar het ‘ondubbelzinnig’ voorbehouden van rechten staat er niet in.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

De raad werd hierin gesteund door a-g Bakels, die in zijn conclusie opgemerkt had dat het hof ten onrechte over de ‘strikte eisen die de wet aan een stuitingshandeling stelt’ gesproken had. Bakels zegt daarover: ‘Van “strikte eisen” is mij niets bekend. Ik kan daarin ook niet een zakelijke weergave of een passende karakteristiek zien van het boven weergegeven stelsel’ (sub 2.4). In die beschrijving van het wettelijk stelsel had Bakels erop gewezen ‘dat “ondubbelzinnig” een minder strenge eis is dan “uitdrukkelijk”. Het gaat erom dat de schuldeiser zijn wederpartij duidelijk maakt dat het hem nog steeds menens is. Daaraan hoeft niet af te doen dat hij tegelijk blijk ervan geeft te beseffen dat men van een kikker geen veren kan plukken, zodat een compromis niet is uitgesloten. In een uitnodiging om in onderhandeling te treden ligt immer in de regel besloten dat de schuldeiser zich het recht op nakoming (vooralnog) voorbehoudt’ (sub 2.1).

Daarop was een verwijzing naar de arresten *Van der Weide – Meneba* (1997) en *Thomassen Metaalbouw – Vos* (2000) gevolgd, met als kern dat de vaststelling of een mededeling het ondubbelzinnig voorbehouden van een recht inhoudt, een kwestie van uitleg is, met gebruikmaking van het de *Haviltex*-maatstaf (die niet expliciet genoemd hoeft te worden). Derhalve, het lezen van een tekst in zijn context, met inachtneming van de overige omstandigheden van het geval.

Het onderhandelingsaspect. Stuiting van verjaring door erkenning (art. 3:318 BW)

Zoals eerder besproken, werd de mogelijkheid om verjaring te stuiten door een mededeling, naast een aanmaning, speciaal opgenomen met het oog op onderhandelingen die tussen partijen gevoerd worden over de vordering in kwestie. Dat onderhandelingsaspect vraagt bijzondere aandacht, vooral ook omdat het in de rechtspraak een zwakke plek in de regeling blijkt te zijn. Daarnaast zal ingegaan worden op een element van het voeren van onderhandelingen, die als ‘erkenning’ te boek staat, hetgeen een zelfstandige vorm van stuiting van verjaring is, ingevolge art. 3:318 BW.

Welke betekenis heeft het met elkaar in onderhandeling zijn voor ons onderwerp, en wat dient men onder ‘in onderhandeling zijn’ te verstaan? Hierboven kwamen de standpunten uit de literatuur al naar voren, waarbij de meeste schrijvers van een ruime opvatting over het fenomeen onderhandelen uitgaan. Zo zijn er auteurs die er voorstander van zijn om elke schriftelijke stap in de onderhandelingen te zien als een mededeling die de verjaring stuit (aldus Breedveld-de Voogd en Stolker). Die visie is verworpen door a-g De Vries Lentsch-Kostense, met een beroep op de wettekst en de parlementaire geschiedenis; dat gebeurde al in haar conclusie voor het arrest van 1997, *Van der Weide – Meneba*, en werd herhaald in een nu te bespreken arrest van 1 februari 2002, inzake *Martini-ziekenhuis*.¹⁹⁶ Dat betoog kan niet erg overtuigen, alleen al vanwege de uiterst karige toelichting op de wetstekst in de parlementaire behandeling, dan blijft grammaticale uitleg van ‘ondubbelzinnig voorbehouden’ over. In onze tijd vraagt dat toch om een verklaring die verder gaat dan het geloof in grammatica, zeker in het post-*Haviltex* tijdperk. Bij de beschouwingen van a-g Bakels over het stelsel van de wet, in diens conclusie voor het vorige arrest, werd zoals wij zagen uit een heel ander vat getapt.

De casus van het arrest van 1 februari 2002 is een geval van medische aansprakelijkheid.

196. HR 1 febr. 2002, NJ 195, G. – Erven Dr O.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

G. heeft, na een eerste operatie aan zijn rug in 1980, een tweede operatie ondergaan in 1981, die door Dr O. in het Martini Ziekenhuis te Groningen uitgevoerd werd. Na die operatie is bij G. het zogenaamde ‘caudasyndroom’ opgetreden, als gevolg waarvan hij uiteindelijk geheel arbeidsongeschikt geworden is. G. spreekt ziekenhuis en behandelend arts aan, die beide het aansprakelijkheidsrisico ondergebracht hadden bij Sun Alliance Verzekering N.V. De laatste treedt bij de onderhandelingen met G. voor zowel het ziekenhuis als Dr O. op. Ook hier is weer aan de orde of er sprake is geweest van stuiting van verjaring tijdens de onderhandelingen, en daarnaast of de verjaring door erkenning van aansprakelijkheid gestuit is. Dat laatste vindt men in art. 3:318 BW geregeld, een onderwerp dat hieronder nog uitvoeriger besproken wordt.

De feitelijke gang van zaken is, kort gezegd, als volgt.

In 1988 heeft G. het ziekenhuis en Dr O. aansprakelijk gesteld; daarop is Sun Alliance in 1989 in contact getreden met G., en heeft hem schriftelijk medegedeeld dat haar medisch adviseur nog geen advies uitgebracht had, en geen voorschot gegeven kon worden aangezien de eventuele aansprakelijkheid nog niet vaststond. Vervolgens wordt in overleg met de advocaat van G. als deskundige Prof. Tulleken benoemd, die zich in 1990 in enkele rapporten uitspreekt. De uitkomst daarvan was dat het post-operatief beleid niet adequaat geweest was: indien direct na de operatie controle verricht was, en meteen een operatie uitgevoerd, zou het caudasyndroom zich hersteld kunnen hebben. Later wordt echter de kans op uitvalverschijnselen, en daarmee blijvende stoornissen, in reactie op vragen daaromtrent niet uitgesloten geacht door de deskundige.

In een brief van 24 mei 1991 schrijft Sun Alliance aan de advocaat van G., met referentie aan een bespreking:

‘Onze voorlopige conclusie is dat de standpunten te ver uiteen liggen. Wij maken f 25.000 over (...) als voorschot onder algemene titel, zonder erkenning van enige schade voortvloeiende uit het niet adequaat uitgevoerde postoperatieve beleid (...).’

Dat voorschot is ook door G. ontvangen.

Dan volgt in 1992 een arbeidsdeskundig onderzoek op verzoek van Sun Alliance, waarin vastgesteld wordt dat G. volledig arbeidsongeschikt is. In datzelfde jaar heeft G. de verjaring van de vordering tegen het ziekenhuis schriftelijk gestuit, maar heeft dat niet gedaan met betrekking tot de vordering tegen de arts O.

In 1994 heeft Sun Alliance, ‘ter definitieve regeling’, wederom f 25.000,- overgemaakt aan G., waarbij aangetekend wordt:

‘In een vervolprocedure zal door ons in ieder geval worden gesteld dat:

de zaak tegen O. is verjaard;

dat geen sprake is van verlies aan arbeidsvermogen;

de schade bestaat uit smartegeld en materiële schade;

de te vergoeden schade moet worden beoordeeld in het kader van de verdeling van 60/40 zoals aangegeven door Prof. Tulleken in zijn brief dd. 17 oktober 1990’.

Allereerst de kwestie van stuiting van de verjaring door een mededeling, tijdens het onderhandelen. Het hof had kort overwogen dat het vorderingsrecht van G. tegenover Dr O. niet oprechtsgeldige wijze gestuit was, met als tussenzin: ‘- het voeren van onderhandelingen is naar ’s hofs oordeel daaronder uitdrukkelijk niet te begrijpen -’. Daarmee is vastgesteld dat vorderingsrecht van G. verjaard is.

G. gaat in cassatie, met de klacht dat het hof miskend heeft dat onderhandeling waaraan, zoals in casu, een aansprakelijkstelling is voorafgegaan, de verjaring kunnen stuiten mits voldoende duidelijk is dat door de schuldenaar het standpunt ingenomen wordt dat hij recht op nakoming van de

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

verbintenis heeft. Zolang de onderhandelingen duren, zo stelt G., moet het voor de schuldenaar in het algemeen voldoende duidelijk zijn dat hij rekening ermee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal opdat hij zich tegen een mogelijkerwijs alsnog in te stellen rechtsvordering behoorlijk kan verweren. a-g De Vries Lentsch-Kostense concludeert tot verwerping van dit middel, dat overigens steun in de literatuur vindt, in een conclusie die synchroon loopt met die voor het arrest uit 1997, *Van der Weide – Meneba*. Zij beveelt echter een andere route aan, die van het sneuvelen van een beroep op verjaring op de redelijkheid en billijkheid, een stelling waarop het hof ten onrechte niet was ingegaan.

De hoge raad volgt de conclusie van het OM op dit punt, verwerpt klacht wat betreft de stuitende werking van de gevoerde onderhandelingen, maar komt eiser in cassatie tegemoet wat betreft het strijdig zijn met redelijkheid en billijkheid van het beroep op verjaring van de verzekeraar. Dat gebeurt op de volgende wijze:

3.5 'In het kader van zijn oordeel in rov. 8 dat ook overigens niet is gebleken dat de verjaring van de rechtsvordering van G. terzake op rechtsgeldige wijze is gestuit, heeft het Hof in aanmerking genomen dat het voeren van onderhandelingen naar zijn oordeel de verjaring niet kan stuiten.

Ingevolge art. 3:317 lid 1 BW wordt de verjaring van een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis gestuit door een schriftelijke aanmaning of door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. Naar blijkt uit de in de Conclusie van de Advocaat-Generaal onder 13 aangehaalde wetsgeschiedenis is het de bedoeling van de wetgever geweest dat ook ingeval partijen in onderhandeling zijn, nog steeds geldt dat voor stuiting van de verjaring een schriftelijke aanmaning of een schriftelijke verklaring als bedoeld in art. 3:317 lid 1 is vereist. Dit geldt ook ingeval, zoals hier, aan de onderhandelingen een aansprakelijkstelling is voorafgegaan, die op zichzelf genomen de verjaring heeft gestuit, zodat vervolgens een nieuwe verjaringstermijn is aangevangen. De opvatting van onderdeel B dat (na een voorafgaande aansprakelijkstelling) onderhandelingen op zichzelf de verjaring kunnen stuiten, kan derhalve niet als juist worden aanvaard. Het onderdeel faalt dus.

3.6 Bij de beoordeling van onderdeel C moet worden vooropgesteld dat het niet is uitgesloten dat het onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat een schuldenaar die voordat de vijfjaarstermijn van art. 3:310 lid 1 BW is voltooid met een schuldeiser in onderhandeling treedt zich tegenover deze erop beroept dat op enig tijdstip gedurende de onderhandelingen deze termijn is voltooid. In een zodanig geval moet worden aangenomen dat een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen te rekenen van het ogenblik waarop de onderhandelingen worden afgebroken. Het Hof had derhalve, naar onderdeel C terecht betoogt, niet zonder enige motivering voorbij mogen gaan aan de in de feitelijke instanties door G. geponeerde stelling dat de erven O. zich gelet op de aard en de omvang van de onderhandelingen en het verloop daarvan niet te goeder trouw op verjaring kunnen beroepen.'

Al met al liep het dus goed af voor eiser G., De uitspraak stelt echter teleur op het gebied van stuiting van verjaring door een (ondubbelzinnige) mededeling tijdens onderhandelingen, waarbij de hoogste rechter wederom op het verkeerde been gezet lijkt te zijn door a-g De Vries Lentsch-Kostense. Gelukkig is er ook nog de tweede route, de werking van redelijkheid en billijkheid via toetsing van het beroep op verjaring door de debiteur; op dat punt is het arrest een bevestiging

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

is van de ontwikkeling in de rechtspraak die boven beschreven werd, zoals wij zagen eveneens conform de conclusie OM.

Er was echter nog een andere pijl op de boog van G. in cassatie: er zou sprake geweest zijn van *erkenning* van aansprakelijkheid van O. door de verzekeraar in de loop van de onderhandelingen. De klacht wordt door de a-g gegrond geacht, maar daarin krijgt zij de cassatierechter niet mee. In de conclusie wordt allereerst gesteld dat een erkenning niet uitdrukkelijk hoeft te zijn: elke handeling of gedraging van de schuldnar waaruit blijkt dat hij de schuld erkent, stuit de verjaring. Het hof had geoordeeld dat in de voorschotbetalingen geen erkenning gelegen kan zijn, omdat deze gedaan zijn in het kader van een poging om een schikking te bereiken. Die zienswijze wordt verworpen, aangezien het hof aldus niet ingegaan is op de stellingen van G. dat de verzekeraar aanvankelijk meegedeeld had geen voorschot te kunnen verstrekken, en dat vervolgens, na de medische rapportage, wel doet in de brief van 24 mei 1991, hetgeen opgevat mag worden als een erkenning dat het post-operatieve beleid niet adequaat geweest was. Dat partijen het niet over de omvang van de schade eens waren geworden, hoeft hierbij geen beletsel te zijn, concludeert de a-g, onder verwijzing naar een arrest in een arbeidszaak (HR 10 april 1998, *NJ* 639) en de schaderegelingspraktijk, waarin vaak aansprakelijkheid wordt erkend zonder dat partijen het al eens geworden zijn over de omvang van de schadevergoeding.

Een duidelijk, en mijns inziens juist standpunt over erkenning, dat de hoge raad echter niet kan bekoren. Hij komt tot verwerping van de klacht op dit punt, als volgt:

3.4 'Onderdeel A keert zich met rechts- en motiveringsklachten tegen 's Hof's oordeel in zijn rov. 6 dat van erkenning van aansprakelijkheid van O. door Sun Alliance geen sprake is. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard kan het in cassatie verder niet op juistheid worden getoetst. Het is ook niet onbegrijpelijk. Tegen de achtergrond van hetgeen hiervoor in 3.1 omtrent de gang van zaken is vermeld en in het licht van het debat van partijen in de feitelijke instanties, behoefde het Hof zijn evenvermelde oordeel niet nader te motiveren. Daarbij verdient nog aantekening dat het Hof, anders dan onderdeel A onder 5 aanvoert, kennelijk en niet onbegrijpelijk in de hiervoor in 3.1 onder (ix) vermelde brief van 24 mei 1991, die - naar in 's Hof's in zoverre onbestreden rov. 6 besloten ligt - is geschreven in het kader van de pogingen een schikking te bereiken, niet aldus heeft verstaan dat Sun Alliance daarin in afwijking van haar oorspronkelijke standpunt in de hiervoor in 3.1 onder (iv) vermelde brief van 31 maart 1989, aansprakelijkheid erkent. Op dit één en ander stuit onderdeel A geheel af.'

Het moet gezegd worden dat de hoge raad het de lezer moeilijk maakt om dit te kunnen volgen. Indien een verzekeraar, na eerder een standaardfrase geuit te hebben - toen nog niets over de toedracht bekend was - dat geen aansprakelijkheid erkend wordt, naderhand, wanneer een negatief medisch rapport verschenen is tot twee keer toe een bedrag van enige omvang overmaakt, valt toch moeilijk in te zien dat daarmee geen aansprakelijkheid in enigerlei vorm erkend is. Ook al zou men daarover aarzelen, dan zou een deugdelijke motivering van het hof toch wel een vereiste zijn. Uiteindelijk vloeit hier gelukkig geen bloed uit, wat de positie van eiser in cassatie betreft.

Daarmee zijn wij gekomen op de figuur van stuiting van verjaring door erkenning, die nadere bespreking verdient.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Het is al geruime tijd heersende leer dat een erkenning met zoveel woorden gedaan kan zijn, schriftelijk of mondeling, maar dat het niet noodzakelijk is dat de schuldenaar waaruit blijkt dat hij de schuld erkent, stuit de verjaring. Aldus ook Asser-Hartkamp, met verwijzing naar art. 3:37 lid 1 BW (een verklaring kan in ieder vorm geschieden, ook door middel van een gedraging) en naar jurisprudentie.¹⁹⁷ Men vindt daar als voorbeelden van erkenning uit de rechtspraak aangehaald: het betalen of verrekenen van rente, het doen van een aanbod tot betaling, het doen van een verzoek tot uitstel van betaling, het doen van een aanbod om overleg te plegen over de hoogte van de schuld (met verwijzing naar het arrest van 10 april 1998, de arbeidszaak die eerder ter sprake kwam). Volgens een oud vonnis van de Rb. Den Haag (1928) is een verzoek om uitstel van betaling geen erkenning gelegen, indien daarbij verklaard wordt dat het uitstel gericht is op onderzoek òf men schuldig is. Het Zwitserse recht kent overigens in art. 135, lid 1 Obligationenrecht de bepaling dat stuiting van verjaring behalve door erkenning, ook plaatsvindt door rente-, termijn- of voorschotbetalingen ('Abschlag'), evenals door borgtochtverlening. In het Franse recht is eenzelfde jurisprudentie ontwikkeld op grond van art. 2248 CC, waarbij de rechter grote vrijheid toekomt bij het belang hechten aan de omstandigheden van het geval.¹⁹⁸

Het verbaast niet, indien men de casus van het Martini Ziekenhuis beziet, dat de a-g daarbij tot aanvaarden van een erkenning door de verzekeraar concludeerde. Dat was gewoon geldend recht, volgens een vooraanstaand handboek (dat zij ook aangehaald had), evenals in omringende landen het geval is.

De bovenstaande tekst is ontleend aan mijn bespreking van deze jurisprudentie in *TMA* van 2002. Ik concludeerde toen dat de hoge raad het zich onnodig moeilijk gemaakt had door, anders dan veel schrijvers voorstonden (veelal door het Duitse recht geïnspireerd), geen algemene regel te aanvaarden dat het voeren van onderhandelingen de verjaring stuit. Via de achterdeur van de redelijkheid en billijkheid, de *R & B* van het verbintenissenrecht, kwam dat toch weer goed. Het probleem is wel, dat het in de praktijk toch fout kan gaan, met name in feitelijke instanties, wanneer de lagere rechter zich aan de wetstekst houdt, en hij het ingrijpen op grond van redelijkheid en billijkheid voor hogere echelons in het rechtsbedrijf overlaat (moest daarvan geen spaarzaam gebruik gemaakt worden, zoals in de discussie rond het Nieuw BW naar voren gebracht werd, ook door de aanhangers?).¹⁹⁹ Ik sprak dan ook niet zonder reden over 'R & B', dat op een ander vakgebied staat voor: 'Rythm and Blues'. Wanneer het fout

197. Asser-Hartkamp I, nr 680, sub *d*. Voor de oudere rechtspraak wordt daarbij naar de 9e druk verwezen.

198. In het Franse recht is opmerkelijk dat bij erkenning van bepaalde vorderingen die een wettelijke, korte verjaringstermijn hebben (zoals artsen, kooplieden, advocaten: een termijn van 2 jaar) door middel van een uitdrukkelijke, schriftelijke erkenning van de debiteur, een verjaringstermijn van 30 jaar gaat gelden, ex art. 2278 CC; zie J. Carbonnier, *Droit civil*, 22e dr. 2000, nr 357.

199. Als voorbeeld daarvan: Rb. Amsterdam 19 juni 1995, *NJ* 1996, 543, kritisch besproken door Van Dijk, t.a.p., p.54.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

gaat bij stuiting van verjaring, en dat is nogal eens het geval zoals alleen al uit de hier besproken jurisprudentie blijkt, hebben de 'blues' ruim baan.

Het goede nieuws is dat de hoogste rechter in de laatste jaren een stap verder is gegaan, bij de aanvaarding van onderhandelingen als stuitingsgrond, en het aannemen van een ruimere visie op de figuur van erkenning, nota bene met verwijzing naar de arbeidsrechtelijke uitspraak (HR 10 april 1998), die eerder geen gewicht in de schaal kon leggen, anders dan in de visie van het OM. Dat gebeurde in een arrest van 13 december 2002, dat samenviel met de verschijning van mijn artikel in *TMA* over deze materie.²⁰⁰

Het is weer een geval van medische aansprakelijkheid, vergelijkbaar met dat van het Martini Ziekenhuis. Mevr. Olifiers heeft voet klachten en ondergaat operaties aan haar voeten; de behandelende orthopedisch chirurg B. besluit een jaar later, begin 1986, om ook beide knieën te opereren. De klachten verergeren slechts, en enkele jaren later wendt de advocaat van Olifiers zich tot haar chirurg en meldt dat zijn cliënte volledig arbeidsongeschikt geworden is (zij was onderwijzeres) en stelt hem aansprakelijk voor de geleden en nog te lijden schade. B. verwijst naar zijn assuradeur Winterthur om met deze 'een en ander op de gebruikelijke wijze af te wikkelen'. Dat wordt in gang gezet, en de onderhandelingen leiden tot het inwinnen van een onafhankelijk advies van Prof. Sijbrandij. Diens advies is heel negatief voor de chirurg B.; aan de hand van de röntgenfoto's kan vastgesteld worden dat in de regel niet geopereerd zou zijn, en volstaan zijn met aanpassing van leefwijze en zo nodig therapie. De ingreep aan de linkerknie (waaraan geen klachten waren) was zelfs in het geheel niet nodig geweest. Zonder operatieve ingrepen zou patiënte waarschijnlijk haar werk en activiteiten als lange bergwandelingen nog lange tijd hebben kunnen voortzetten. Dat laatste is na de operaties voor haar niet meer weggelegd.

Winterthur neemt het advies van Prof. Sijbrandij over en vooruitlopend op nadere besprekingen over de schadeomvang (die zij uitbesteed aan een bureau, Assuraad) maakt zij aan Olifiers een bedrag van f 10.000 over als 'voorschot onder algemene titel'. Er zit weinig schot in de afhandeling, en een half jaar later, het is intussen medio 1991, vraagt Olifiers een tweede voorschot van f 50.000. Winterthur biedt excuses aan voor de trage behandeling en vraagt nog enig respijt voor de beslissing om wel of niet in te gaan op het verzoek. Daarna loopt het overleg vast, en medio 1994 begint Olifiers een procedure tegen B. De laatste bestrijdt de onzorgvuldigheid van de behandeling en beroept zich bovendien op verjaring van de vordering, terwijl Winterthur niet als zijn vertegenwoordiger zou zijn opgetreden, en het voorschot geen erkenning van aansprakelijkheid inhield. Rechtbank en hof wijzen de vordering toe, aangezien de verjaring door erkenning gestuit is. Dan is de hoge raad aan zet. Een grief van B. in cassatie was dat erkenning slechts door hemzelf had kunnen plaatsvinden, en niet door zijn vertegenwoordiger, het geen door de hoge raad als onjuist verworpen wordt; het hof heeft ook terecht aangenomen dat Olifiers in redelijkheid Winterthur als de vertegenwoordiger van B. mocht aanmerken. Dan komt de cruciale overweging over het karakter van de erkenning, waarin de hoge raad omgaat, in vergelijking met het eerder dat jaar gewezen *Martini Ziekenhuis*-arrest:

200. HR 13 dec. 2002, *NJ* 2003, 212, B. – *Olifiers*.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

3.3.5 Onderdeel 1.7 baseert een rechts- en een motiveringsklacht op de stelling dat de door het Hof, in aansluiting bij de Rechtbank, aangenomen erkenning - die de strekking heeft dat in het vervolg tussen Olifiers en B. zal gelden dat B. jegens Olifiers aansprakelijk is voor de schade die zij als gevolg van de knieoperaties heeft geleden en in de toekomst zal lijden (rov. 9 onder (e) in verbinding met rov. 12) - rechtens onvoldoende is om de verjaring te stuiten. Het recht, tot welks bescherming een rechtsvordering dient, omvat immers, aldus het onderdeel, niet alleen de aansprakelijkheid van de in aanmerking komende rechtssubjecten, maar ook de vraag of die aansprakelijkheid leidt tot in rechte te vorderen schade.

Het onderdeel faalt. In de vaststelling van het Hof ligt besloten dat de erkenning mede inhield dat B. gehouden was tot schadevergoeding, zij het dat partijen het nog niet eens waren over de omvang daarvan. Een dergelijke erkenning stuit ingevolge het hier toepasselijke art. 2019 (oud) BW de verjaring van de betreffende rechtsvordering, ook voor het geval ter zake van de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding uiteindelijk geen overeenstemming wordt bereikt (vgl. HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 639).

Dat is andere koek dan in het geval van dr O. en het groninger ziekenhuis.²⁰¹

De afloop van die laatste procedure, in een uitspraak van het Hof Arnhem na verwijzing door de hoge raad, is ook gunstig voor de gelederde en eiser van schadevergoeding.²⁰² Zoals wij zagen, had de hoge raad in het arrest van 1 febr. 2002 de weg van erkenning afgesloten, en bleef als alternatief het beginsel van de redelijkheid en billijkheid over, dat een beroep op verjaring zou kunnen frustreren. Het hof stelt eerst vast dat er sprake is van vertegenwoordiging van dr O. door zijn assuradeur Sun Alliance, daarbij gebruik makend van de – ook in dit boek verdedigde – moderne leer van vertegenwoordiging, schijn van vertegenwoordiging (toerekening) door een niet-doen, het laten voortbestaan van een situatie.²⁰³ Dan overweegt het hof over de kernvraag inzake stuiting van verjaring:

3.16 Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen, is het hof van oordeel dat Sun Alliance bij Grave het gerechtvaardigde vertrouwen heeft gewekt, dat zij, gegeven de aansprakelijkheid, een minnelijke schaderegeling voorstond, zodat het, mede gelet op het tijdsverloop van die onderhandelingen tussen Sun Alliance en Grave (vijf jaar en ongeveer vijf maanden), naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat zij of de erven dr. O. zich - hetgeen het hof veronderstelt anderszins zal aannemen - op 31 januari 1994 hebben beroepen op verjaring van de onderhavige rechtsvordering van Grave jegens de erven dr. O.

3.17 De erven dr. O. hebben betwist dat zij en Grave hebben onderhandeld, omdat niet blijkt van een uitwisseling van standpunten gericht op het overbruggen van meningsverschillen. Dit verweer wordt verworpen. Het contact tussen Sun Alliance en Grave is te typeren als

201. Dat arrest, *Martini Ziekenhuis* (2002), werd bijna een jaar na het onderhavige arrest nog gevolgd door het Hof Den Bosch, dat er de restrictieve uitleg aan gaf dat gevoerde onderhandelingen een beroep op redelijkheid en billijkheid kunnen rechtvaardigen, doch alleen wanneer de verjaring *gedurende* de onderhandelingen zouden zijn voltooid (het hof cursiveert dit), en niet daarna. Vgl. Hof Den Bosch 18 nov. 2003, *NJ* 2004, 335, *Manders – Driessen* (inzake koop woning). Geen erg ruimhartige toepassing van het arrest, en achterhaald met deze nieuwe uitspraak van de HR van december 2002.

202. Hof Arnhem 25 nov. 2003, *NJ* 2004, 228, *Martini Ziekenhuis II*.

203. Het hof verwijst daarbij naar de arresten HR 12 jan. 2001, *NJ* 157, *Kuijpers – Wijnveen Ede*; HR 9 aug. 2002, *NJ* 543, *Van den Berg en Tollenaar - Balm*. Zie voor die materie boven, Hfdst. 9, § 3, nr 9.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

"onderhandelingen". Er is sprake van "onderhandelingen" tussen een beweerde crediteur en debiteur van een verbintenis houdende aansprakelijkheid voor schade indien er sprake is van een over en weer bespreken (een meningsuitwisseling) van standpunten over de vestiging en/of de omvang van de aansprakelijkheid en genoemde crediteur niet denkt of behoort aan te nemen, dat de genoemde debiteur of diens vertegenwoordigende verzekeraar een schaderegeling zonder meer uitsluit. Uit het feitenrelaas als vermeld onder 2.3 tot en met 2.15 blijkt niet dat de erven dr. O. of Sun Alliance een schaderegeling zonder meer hebben willen uitsluiten. Eerst bij brief van 31 januari 1994 heeft Sun Alliance aan Grave bericht dat zij zich in de vervolprocedure op verjaring zou beroepen, zodat eerst toen kon worden gezegd dat het Grave duidelijk was of had moeten zijn dat de erven dr. O. in geval van een (vervolg)procedure een schaderegeling zonder meer uitsluiten. Op grond van het arrest van de Hoge Raad in de onderhavige zaak, begint, uitgaande van hetgeen onder 3.15 is overwogen, vervolgens een nieuwe verjaringstermijn te lopen. Grave heeft de erven dr. O. reeds op 21 december 1994 doen dagvaarden, zodat de toen lopende verjaringstermijn is gestuit.

De omschrijving die het hof geeft van 'onderhandelingen' spoort goed met hetgeen in de doctrine voorgestaan wordt, zoals wij eerder zagen. Het hof gaat tenslotte op de aansprakelijkheidsvraag in en komt daarbij tot een bevestigend antwoord, 22 jaar na de ongelukkige operatie.²⁰⁴ Men ziet ook hier weer welk een rampzalig spoor de verjaringsvraag trekt, met name voor het slachtoffer.

In een arrest van 2001 heeft de hoge raad bepaald dat art.3:316 lid 1, dat spreekt van stuiting 'van de zijde van de gerechtigde', toelaat dat een ander dan de gerechtigde zelf de verjaring van een rechtsvordering stuit. In de gegeven omstandigheden werd aangenomen dat dit het geval was.²⁰⁵

11. Aansprakelijkheid voor schade als gevolg van trillingen (bouw, verkeer); vergelijking met geluidshinder

Aansprakelijkheid in verband met schade als gevolg van trillingen kan zich voordoen bij bouwwerkzaamheden: heien, af en aan rijdende vrachtwagens, e.d., en daarnaast bij infrastructurale werkzaamheden en voorzieningen, voor het wegverkeer, bijvoorbeeld de aanleg van verkeersdrempels. In tegenstelling tot bijvoorbeeld geluidshinder, is schade veroorzaakt door trillingen een vrijwel onontgonnen terrein, waarbij een duidelijk wettelijk kader ontbreekt. De beantwoording van de vraag naar de aansprakelijkheid zal aan de hand van een aantal algemene leerstukken uit het privaatrecht moeten gebeuren.²⁰⁶

In Rotterdam heeft zich in 1995 een sprekend geval van schade als gevolg van trillingen voorgedaan: over de Kralingseweg 'denderden', met hoge frequentie en zonder af te remmen, met zand geladen vrachtwagens door een sleuf die voor de aanleg van een duiker aangebracht

204. Daarbij speelt het deskundigenrapport van Prof. Tulleken een centrale rol; ten aanzien van het belangrijkste blijvende letsel, het caudasyndroom, is vastgesteld dat dit aan de operatie in 1981 te wijten is. Het hof gelast een comparitie van partijen om over de omvang van de schade te praten en te trachten om tot een schikking te komen (het schaderapport inzake gederfd arbeidsinkomen dateert van 1991!).

205. HR 21 mrt. 2001, NJ 304, *Bühmann-Celtona*. Het ging om een stuitingshandeling van het Celtona-Pensioenfonds die aan de Celtona Holding toegerekend werd.

206. De hier volgende beschouwingen zijn een bewerking van B. Maat en J.M. van Dunné, *Trillingen, schade en aansprakelijkheid naar burgerlijk recht*, TMA 2000, p.157.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

was, gelegen op 40 à 50 meter afstand van het (pas gerenoveerde) huis van de benadeelde, Swaak. De door hem ingeschakelde deskundige constateerde in zijn rapport dat de schade aan de woning van Swaak (diverse scheuren) het gevolg was van de verkeerstrillingen, zoals die door de vrachtwagens werden veroorzaakt. Swaak stelde de Gemeente Rotterdam als wegbeheerder aansprakelijk voor de door hem geleden schade. In een vroeg stadium nam hij zowel schriftelijk als telefonisch contact op met de Dienst Gemeentewerken van Rotterdam en heeft hij deze gewezen op zijn vrees voor schade aan zijn woning, als gevolg van de waargenomen trillingen. Hij vroeg de gemeente om maatregelen te nemen teneinde de grondtrillingen (door hem als 'te heftig' ervaren) te doen verminderen, en stelde de gemeente in het vooruitzicht dat hij, indien er opnieuw scheuren (die juist hersteld waren) zouden ontstaan, haar daarvoor aansprakelijk zou stellen.

Gemeentewerken heeft niet schriftelijk gereageerd, en nam evenmin de moeite om ter plaatse te gaan kijken; na ontvangst van het door Swaak toegezonden deskundigenrapport, wijst zij tot twee keer toe aansprakelijkheid af en gaat niet in op het verzoek om de zaak in der minne te regelen. De zaak komt uiteindelijk bij de kantonrechter, die Swaaks vordering tot schadevergoeding toewijst. Causaal verband wordt aangenomen en de houding van de Dienst - niet eens de moeite nemen om de klachten te onderzoeken - wordt als onzorgvuldig en dus onrechtmatig beoordeeld.²⁰⁷

Ook al ontbreekt een wettelijk kader, niettemin bestaat op het gebied van trillingen, trillingshinder en -schade een aantal door de Stichting Bouwresearch (SBR) ontwikkelde richtlijnen, met criteria voor de beoordeling van trillingen.²⁰⁸ Deze zogenaamde *SBR-richtlijnen* zijn in drie documenten verdeeld:

- Schade aan bouwwerken door trillingen; meet- en beoordelingsrichtlijn (richtlijn 1);
- Hinder voor personen in gebouwen door trillingen; meet- en beoordelingsrichtlijn (richtlijn 2) en
- Storing aan apparatuur door trillingen; meet- en beoordelingsrichtlijn (richtlijn 3; op deze richtlijn wordt hier verder niet ingegaan).

In het 'Woord vooraf' (dat in de drie richtlijnen identiek is) wordt een aantal aspecten van de richtlijnen vermeld.²⁰⁹ In de 'Inleiding' bij richtlijn 1 wordt geconstateerd dat de richtlijn de wijze behandelt waarop trillingsmetingen aan bouwwerken kunnen worden uitgevoerd en de manier waarop de resultaten daarvan of van berekeningen kunnen worden beoordeeld, teneinde een oordeel te geven over de toelaatbaarheid van de trillingen in verband met mogelijke schade aan een bouwwerk. Verder wordt opgemerkt dat 'vanwege de complexiteit van deze materie *grenswaarden* zijn gegeven, waarvan in de (huidige) praktijk is gebleken dat zij niet tot schade zullen leiden' (mijn curs.).²¹⁰

207. Vgl. Ktg. Rotterdam, 2 april 1997, *Prg* 4802.

208. De gebruikservaringen met deze richtlijnen werd geëvalueerd, zie P.C. van Staalduinen en P.H. Waarts, *Trillingen. De beoordeling op basis van normen en richtlijnen*, TMA 2000, p.30. Zie ook in dit artikel de karakteristieken van de SBR-richtlijnen 1 en 2.

²⁰⁹. Zie het kritische commentaar op de SBR-richtlijnen (in verband met de strengere maatstaf die wordt gehanteerd - voor wat de beoordeling betreft - dan de Duitse DIN 4150, deel 2) J.F.W. Koopmans, in: KL. Wiggers-Rust en E.P.J. Wasch (red.), *Handboek Milieu en Onderneming*, Zwolle 1996, pp.426 en XXXVIII.

²¹⁰. Een *grenswaarde* geeft de kwaliteit aan die op het in de maatregel gegeven tijdstip tenminste moet zijn bereikt of, waar ze aanwezig is, gehandhaafd, aldus F.C.P.L. Tonnaer, *Handboek van het Nederlands milieurecht, Boek 1*, Utrecht 1994, p.526. Op p.536 merkt hij op dat de grenswaarde *het meest 'harde'* gegeven is en dat de opgenomen grenswaarden in

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

In de rubriek 'Onderwerp' van richtlijn 1 wordt vermeld dat onder schade aan een bouwwerk wordt verstaan een verandering van de eigenschappen of van de positie van (een onderdeel van) een bouwwerk met - onder andere - als gevolg 'een vermindering van integriteit van het onderdeel of van het bouwwerk als geheel met betrekking tot zijn dragende functie, waarbij een significante vermindering van de *veiligheid* op de korte termijn of op de langere termijn (vermindering van de verwachte levensduur) sprake is' (mijn curs.). Tot slot, met betrekking tot richtlijn 1 wordt een onderverdeling in schadesoorten gemaakt (schade aan de draagconstructie van het bouwwerk en schade aan de overige onderdelen van het bouwwerk), na eerst te hebben vastgesteld dat schade aan een bouwwerk de veiligheid en/of levensduur van een bouwwerk kan beïnvloeden.

Met de schadesoorten corresponderende *grenswaarden* (die overigens ook weer zijn gesplitst in bijvoorbeeld herhaalde kortdurende trillingen, zoals heiwerkzaamheden en continue trillingen, zoals weg- en railverkeer) mogen niet worden overschreden. In een niet onbelangrijk terzijde wordt nog vermeld dat overschrijding van de grenswaarden niet daadwerkelijk tot schade hoeft te leiden, omdat de grenswaarden een veiligheidsmarge bevatten en eerst bij een zekere overschrijding ervan schade aan de draagconstructie op zal treden. Voor het aantonen van het *oorzakelijk verband* tussen de trilling en schade dienen, naast de trillingssterkte en de bouwkundige staat van een gebouw, ook andere mogelijke schadeoorzaken in beschouwing te worden genomen, zoals bijvoorbeeld zettingen, e.d.²¹¹

Ten aanzien van richtlijn 2 wordt vermeld dat in deze richtlijn *streefwaarden* en dus geen grenswaarden worden gegeven en dat hinder niet per definitie onaanvaardbaar hoeft te zijn; er bestaat ook aanvaardbare hinder.²¹² Hierbij wordt kennelijk rekening gehouden met de tegenover de hinder bestaande belangen als vervoer, produktie en dergelijke. Ook de rechter is gewend om een dergelijke belangenafweging te verrichten; dat gebeurt (mede) aan de hand van streefwaarden: dan vindt wederom een belangenafweging plaats, naast die waarvan bij het opstellen van die streefwaarde sprake was. Daarbij is van belang dat door de SBR-commissie wordt opgemerkt dat het onderzoek naar de beleving en ermee gepaard gaande acceptatie van trillingen nog in de kinderschoenen staat, de commissie is derhalve terughoudend en heeft slechts globale suggesties ten aanzien van die materie gedaan.

Verder wordt vastgesteld dat het in Nederland tot nu toe aan de benodigde meet- en beoordelingsrichtlijnen ontbrak op het gebied van de trillingsmeting ter objectieve vaststelling van de hinder ten gevolge van trillingen. Vervolgens wordt vastgesteld dat voor Hinderwetplichtige (inmiddels Wet Milieubeheer: Wm-plichtige) inrichtingen, om trillingshinder te voorkomen, veelal een trillingseis wordt opgenomen, gebaseerd op de

normale omstandigheden *niet* mogen worden overschreden. De richtlijn geeft geen definitie van het begrip grenswaarde.

²¹¹. Zie Schade aan bouwwerken door trillingen. Meet- en beoordelingsrichtlijn, Stichting Bouwresearch, Rotterdam 1993, pp. 5-12.

²¹². Een *streefwaarde* geeft de milieukwaliteit aan waarbij geen nadelige effecten voor het milieu te verwachten zijn; de streefwaarde vormt de beleidsdoelstelling op de lange termijn, uiteraard voor zover het gebieden betreft waar dat kwaliteitsniveau nog niet aanwezig is. Naarmate de milieudoelstellingen verder in de tijd weg liggen, zullen de normen 'zachter' zijn; voor het beleid op de lange termijn zijn de normen meer te beschouwen als richtingaangevers (curs. toegevoegd) voor het handelen van overheid en burgers, aldus Tonnaer, t.a.p. pp.527 en 537. De richtlijn geeft als definitie van streefwaarde: 'De waarde voor de trillingssterkte waarbij verwacht wordt dat er nog geen trillingshinder optreedt'. Het gebruik van de termen grens- en streefwaarden kan overigens wel eens door elkaar gaan lopen, zie bijv. de uitspraak van de Vz. ABRvS van 21 aug. 1996: 'Bij het vaststellen van de geluidsgrenswaarden zijn verweerders uitgegaan van de in de circulaire [...] vermelde *streefwaarden*. De voorzitter betwijfelt of deze *grenswaarden* voldoende aansluiten bij het referentieniveau van het omgevingsgeluid'. In ieder geval, zo is wel duidelijk, kunnen streefwaarden worden gepromoveerd tot grenswaarden. Zie Vz. ABRvS 21 aug. 1996, E03.96.0495/P90 en F03.96.0295, *Abkort* 5 okt. 1996, nr. 696.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

‘voornorm DIN 4150 (1975)’. Richtlijn 2 behandelt de wijze waarop trillingsmetingen in gebouwen kunnen worden uitgevoerd en de wijze waarop ze kunnen worden geïnterpreteerd, om te kunnen beoordelen of sprake is van hinder door trillingen. Los van het gebruik in bestaande situaties, kan de richtlijn ook worden gebruikt voor het stellen van streefwaarden voor (nieuw) af te geven vergunningen.

Ook wordt opgemerkt dat inzichten omtrent algemeen geaccepteerde procedures en streefwaarden zijn opgenomen, die door het voortgaand onderzoek in de loop der tijd waarschijnlijk zullen worden genuanceerd. Tot slot wordt ‘met nadruk’ vermeld dat er bij al of niet voelbare trillingen ook hinder kan optreden door laagfrequent (contact)geluid en/of secundair geluid (rammelen van servies, ramen, etc.). Op een beoordeling daarvan wordt niet ingegaan, wel wordt een overzicht van de stand van de kennis op het gebied van laagfrequent (contact)geluid gegeven. Vervolgens wordt vermeld dat onder hinder in de zin van de richtlijn wordt verstaan: ‘de waarneming van de trillingen zonder meer (verstoring van activiteiten of processen die rust en/of concentratie behoeven)’; ‘waarneming van trillingen met een zodanige sterke dat bepaalde activiteiten fysiek worden belemmerd of verstoord.’ Blijft de trillingssterkte onder het niveau van de streefwaarden, dan mag verwacht worden dat er in de meeste situaties geen hinder zal optreden. In deze richtlijn wordt ook onderscheid gemaakt tussen de perioden waarin de trillingen voorkomen.²¹³

De invloed van de SBR-richtlijnen op de aansprakelijkheid.

De SBR-richtlijnen zijn van betekenis voor het aansprakelijkheidsrecht; de rechter komt immers al vrij snel tot toerekening van causaal verband wanneer sprake is van de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm. Volgens sommige schrijvers wordt letselschade in de regel eerder dan zaaksschade toegerekend (hetgeen men, zoals boven betoogd werd, met een korrel zout moet nemen, zie Hfdst. 11). Als het gaat om de ‘hardheid’ van de uit de richtlijnen voortvloeiende normen, doet zich de enigszins paradoxale situatie voor, dat richtlijn 1 juist in verband met de zaaksschade een ‘hardere’ norm bevat (er wordt immers van *grenswaarden* gesproken) dan in verband met letselschade, omdat richtlijn 2 (betrekking hebbend op trillingshinder voor mensen in gebouwen) slechts *streefwaarden* bevat; juist die hinder kan, wanneer sprake is van een langdurige hinder, tot schade leiden, materieel of immaterieel. Nu kan dat verschil worden genuanceerd, aangezien aantasting van de draagconstructie van een gebouw tot gevaar kan leiden en naar men aan mag nemen ook tot gevaar in de vorm van letselschade, ontstaan als gevolg van de verwezenlijking van een dergelijk gevaar.

Streefwaarden hebben - het werd al geconstateerd - door de doelstelling op lange termijn, geen ‘harde’, normerende werking.²¹⁴ Zij kunnen echter wel degelijk dienen als materiaal, met behulp waarvan een zorgvuldigheidsnorm kan worden gecreëerd. Daarnaast hebben streefwaarden ook in bestuursrechtelijke zin betekenis. De afdeling bestuursrechtspraak van de raad van state heeft in een aantal uitspraken laten blijken geen enkele moeite te hebben met de toepassing

²¹³. Zie: Hinder voor personen in gebouwen door trillingen. Meet- en beoordelingsrichtlijn, Stichting Bouwresearch, Rotterdam 1993, pp. 6-11.

²¹⁴. Vgl. ook R.J.J. van Acht en E. Bauw, *Milieuprivaatrecht*, Zwolle 1996, p.290. Zij verwijzen onder andere naar Pres. Rb. Middelburg 8 mrt. 1991, *KG* 1991, 122, *Sopar*. Zij voegen er echter in één adem aan toe dat in beleidsregels voorkomende technische maatstaven en streefwaarden wel degelijk normerende werking hebben en wel bij de invulling van met name ‘open normen’.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

van de streefwaarden, zoals opgenomen in richtlijn 2. De afdeling oordeelde dat 'de in de richtlijn neergelegde inzichten worden beschouwd als de ten tijde van het nemen van het bestreden besluit meest recente, aanvaardbare milieuhygiënische inzichten'. Verder merkt het college op 'dat bij de normering in de SBR-richtlijn geen onderscheid wordt gemaakt in de situering van trillinggevoelige objecten'. In een andere uitspraak laat de afdeling zich in nagenoeg dezelfde bewoordingen over de streefwaarden van richtlijn 2 uit.²¹⁵

Op grond van deze rechtspraak van de administratieve rechter met betrekking tot de SBR-richtlijnen merkt Konijnenbelt ten aanzien van *technische* richtlijnen terecht op dat deze met name in het milieurecht, dat gebaseerd is op beginselen als alara en best uitvoerbare technieken, *groot gezag* hebben, juist om dat een rechter of bestuursorgaan het in technische zin doorgaans niet beter zal weten dan de commissies die de technische normen hebben vastgesteld.²¹⁶

Ten aanzien van de 'status' van richtlijnen, streefwaarden en dergelijke, is het aannemelijk dat in civiele procedures de burgerlijke rechter bij het oordeel over bijvoorbeeld de SBR-richtlijnen, aansluiting zal zoeken bij het oordeel van zijn bestuursrechtelijke collega. In een bestuursrechtelijk geding zullen immers veelal dezelfde belangen op het spel staan als in een civielrechtelijk geding, wanneer wij ervan uitgaan dat er, mogelijk met uitzondering van een algemeen belangakctie, sprake is van dezelfde belanghebbenden. Het ligt dan voor de hand om uit te gaan van eenzelfde normatief gehalte van streefwaarden, en dergelijke.

Voor het bovenstaande kan steun worden gevonden in de jurisprudentie over streefwaarden en richtlijnen op ander gebied, zoals uit de jurisprudentie en praktijk inzake de geluidshinder en bodemsanering blijkt. Voor geluidshinderzaken kan naar onder andere *Van Dam - Beukeboom* en *Coopmans e.a. – LLTB* worden verwezen, in welke gevallen geluidsnormen inderdaad normerende werking hadden in die zin, dat schending ervan in beginsel onrechtmatig kan zijn.²¹⁷ Ook de civiele rechter is gewend met dergelijke normen te werken.

²¹⁵. ABRvS 29 mei 1995 en 31 mei 1995, resp. *BR* 1995, 776 en *BR* 1995, 770. Zie voor een bespreking van overige rechtspraak het eerder aangehaalde *TMA*-artikel uit 2000, p.159 v., o.m. inzake het op grond van art. 8.11(3) *Wm* aan een vergunning voorschriften verbinden, ter bescherming van het milieu, onder andere voorschriften die de grootst mogelijke bescherming bieden tegen die nadelige gevolgen, het alara-beginsel ('as low as reasonably achievable'). Vgl. in dit verband ook de *aktualiseringsplicht* van het bevoegd gezag ex art. 8.22 *Wm*.

²¹⁶. Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, *Hoofdstukken van administratief recht*, 10e dr., Den Haag 1997, p.268; In dezelfde zin: Bröring, t.a.p., p.357. Hij stelt dat milieurichtlijnen als *minimurnormen* worden beschouwd door de - toen nog - Afdeling Geschillen van Bestuur. Afwijking 'naar beneden' (dus minder zware eisen) is in principe *ongeoorloofd*; afwijking 'naar boven' is geoorloofd, mits voorzien van een adequate motivering. Iets genuanceerder lijkt Gilhuis, wanneer deze opmerkt dat richtlijnen juridische betekenis hebben, doch niet zonder meer moeten worden toegepast, omdat moet worden bezien of de richtlijn voldoende rekening houdt met het concrete geval, in: W. Brussaard e.a. (red.), *Milieurecht*, Deventer 1996, p.143. Het ligt voor de hand dat ook Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male plaats inruimen voor de concrete omstandigheden van ieder geval.

²¹⁷. Resp. HR 9 jan. 1981, *NJ* 1981, 227, nt CJHB en Rb. Roermond 15 aug. 1991 en 23 juli 1992, *Milieurechtspraak* 1992, 30, nt Van Acht. Zie over de 'Roermondse zaken' nog hieronder.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Een opmerkelijke ontwikkeling op dit gebied blijkt uit het arrest van april 2001 over *geluidshinder Schiphol*, een procedure die zich al zo'n 15 jaar voortgesleept had, en waaraan de hoge raad een tamelijk abrupt einde aan gaf.²¹⁸ De kern van de zaak is dat de hoge raad het hof steunt in een toepassing van grenswaarden uit de BGGL, het Besluit Geluidshinder Grote Luchtvaartterreinen van 1981. Dat is in twee opzichten opmerkelijk: de hinder vond gedeeltelijk voor 1981 plaats (het probleem van terugwerkende kracht) en bovendien ontbrak de zonering die vereist is voor toepassing van de streefwaarden volgens het besluit (moet conform de Luchtvaartwet gedaan worden, hetgeen pas in 1993 gebeurde). Dat is nog korter door de bocht wanneer daarvoor op beide punten door de raad geen argumentatie gegeven wordt, terwijl het twee gevoelige onderwerpen betreft, waar veel over te doen is, ook in de gedingstukken; men zie de soms korzelige maar leerzame noot van Koopmans, die spreekt van een gelegenheidsoplossing, er is ruimte voor twijfel. Zo zijn de maxima (waar ken ik die naam van?) in de BGGL juist met het oog op de zonering vastgesteld. Slechts het resultaat telt, zal de praktijkjurist denken, en dat is redelijk spektakulair: criteria mogen *met terugwerkende kracht* aan richtlijnen, grenswaarden, e.d. ontleend worden, en ook wanneer die normen niet definitief vastgesteld zijn, zo paraphraseer ik, mogen ze als leidraad gebruikt worden. 'Alles is beter dan niets', hoort men de rechter denken, als *alpha*-type bij uiterst complexe *bèta*-problemen betrokken.

Gaat het bij geluidshinder veelal om normen voortvloeiend uit de Wet Geluidshinder en daarop gebaseerde besluiten, bij de *bodemsanering* was dat lange tijd anders. Men hanteerde begrippen als 'ernstig gevaar' en als daarvan sprake was, werd de noodzaak aanwezig geacht om de bodem te saneren. Het criterium 'ernstig gevaar' was uitgewerkt in de Leidraad Bodembescherming, een stuk afkomstig van de overheid zelf, dat toetsingswaarden (de zogenoemde A-, B- en C-waarden) bevatte. In gedingen, waarin de staat trachtte om in dit verband de gemaakte kosten te verhalen, werd door de gedaagden nogal eens verweer gevoerd dat er op neer kwam dat de Leidraad geen wettelijke status had en een 'partij-dokument' was (de staat was immers de partij die van de 'eigen' Leidraad gebruik maakte om de saneringsnoodzaak vast te stellen, met bijkomend kostenverhaal). Dit verweer kon geen soulaas bieden: zoals Bierbooms en Bot aan de hand van een rechtspraak-onderzoek aantonen, werd in de meeste gevallen in de rechtspraak aan de Leidraad een 'zekere normerende werking' toegekend, waaronder zij verstaan '[...] dat de rechter, bij gebrek aan andere criteria, de Leidraad maatgevend acht voor de vraag of de staat in redelijkheid kan beslissen dat de Interim-wet Bodemsanering in bepaald geval van toepassing is'.²¹⁹ Met andere woorden: of aan de hand van de Leidraad en de erin vervatte toetsingswaarden in redelijkheid kon worden beslist dat saneren noodzakelijk was. Dit had ook effect op de bewijslastverdeling, aldus Bierbooms en Bot: bij betwisting van het wetenschappelijk gehalte (ook een van

218. HR 13 april 2001, NJ 420, nt TK, Staat – Zaadnoordijk en Ahrend (*Schiphol*).

219. P.F.A. Bierbooms en T.W.M. Bot, Wanneer is sprake van 'ernstig' gevaar bij bodemverontreiniging? Normerende werking Leidraad Bodemsanering en de nieuwe bodemsaneringsnormen, TMA 1993, p. 1.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

de verweren ten aanzien de toetsingswaarden) moest de gedaagde aantonen waarom de gehanteerde waarden niet een dergelijke functie konden hebben.

Het misbaar dat alom gemaakt in het bedreigde bedrijfsleven over het subjektieve en partijdige karakter van de ABC-waarden de Leidraad Bodembescherming, op grond waarvan het saneringszwaard kon vallen, had wel enige grond. Zoals altijd, iedereen heeft gelijk. Naderhand is namelijk gebleken dat echte harde, wetenschappelijke normen voor de gekozen indeling ontbraken, en dat de natte vingers van creatieve ambtenaren vingerafdrukken achtergelaten hadden. Intussen had de Leidraad wel een triomftocht door Europa achter zich: de ABC-waarden zijn geruime tijd in landen als Duitsland, Frankrijk, Engeland en Oostenrijk toegepast. Inderdaad, bij gebrek aan beter. Een meer algemene kanttekening is hier, dat wanneer voor criteria wèl harde wetenschappelijke fundering aanwezig is, zoals het geval lijkt te zijn bij gevaren van uiteenlopende zaken als atoomstraling, inwerking van chemische stoffen op mens en dier, sterkteberekeningen van dijken, e.d., en men tot de bron gaat, blijkt dat de schepper van die norm (ambtenaar of geleerde) die vaak bij naam en toenaam bekend is in het wereldje, ook maar een slag geslagen heeft, die in wezen op pure intuïtie gebaseerd is. Een heel *Grote Natte Vinger*, in dank aanvaard door de samenleving, zowel de wetenschappelijke tak (onderzoek) als de praktische (toepassing). Het is vaak heel geruststellend om niet teveel van dingen af te weten, maar geldt dat ook voor juristen?

De geschetste problemen rond de Leidraad Bodemsanering zullen zich, naar het zich laat aanzien, ten aanzien van de SBR-richtlijnen niet snel voordoen: het betreft hier 'normen', afkomstig van een onafhankelijk instituut en aan het wetenschappelijk gehalte valt op het oog weinig af te dingen. Mij is althans niet bekend dat er twijfel bestaat over de wetenschappelijke status van die normen (maar, zoals gezegd, zegt dat niet zoveel); misschien kan dat nog komen wanneer er vaker over deze materie geprocedeerd gaat worden, en specialisatie op dit gebied ontstaat. Van belang is verder dat aan de SBR-richtlijn 2 de status van verkeers- en veiligheidsnorm gegeven kan worden: het gaat immers, zoals uit de naam al blijkt, om *hinder* voor *personen* in gebouwen. Zoals de getuigedeskundigen in de roermondse zaak (zie onder) vrij nauwkeurig aangeven, frequente blootstelling aan *geluid* kan ingrijpende gevolgen hebben, leidend tot letselschade. In deze zaak werden genoemd: depressiviteit, irritatie (met een mogelijke invloed op het huwelijks- en gezinsleven), vermoeidheid, slechte concentratie, agressiviteit, een en ander vaak gepaard gaand met hoofdpijn en lichamelijke spanningen. Wellicht kan hetzelfde worden aangenomen ten aanzien van schade, veroorzaakt door trillingen.

Tot slot kan hier nog worden gewezen op de mogelijke toepasselijkheid van de zogenoemde 'Kelderluik-kriteria', zoals bekend uit de gevaarzettingsjurisprudentie, naar het gelijknamige arrest, met betrekking tot de toerekening van aansprakelijkheid. In zijn noot onder *De Haas e.a. - Het Waterschap De Dommel* wijst Bloembergen daar nog eens op; in die zaak was sprake van schade, geleden door grondeigenaren, doordat hun (veelal: gras-)land

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

onder water was komen te staan.²²⁰ Overstromingen behoren in dat gebied ‘van oudsher’ tot normale risico’s; er was geen sprake van overstroming van woningen of bedrijfsgebouwen, noch van persoonlijk gevaar en de nadelen waren relatief beperkt. In verband met de aard en omvang van de schade en de mate van bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen - de *Kelderluik*-criteria - sloeg de balans hier door in het voordeel van het waterschap. Wanneer de aard en omvang van de schade anders wordt ingevuld (immers: veelal juist schade aan een woning en eventueel letselschade) en er geen sprake zal zijn van ‘van oudsher normale risico’s’, ligt het voor de hand dat die balans anders kan uitslaan en er (veel) meer kan worden geleverd ten aanzien van het treffen van voorzorgsmaatregelen, van degene die een gevaar in het leven geroepen heeft.

Rechtspraak inzake immateriële schade als gevolg van hinder

Bij trillingen en trillingshinder kan zich materiële schade voordoen, vermogensschade in de vorm van zowel zaaksschade (schade aan de woning, bijvoorbeeld als gevolg van scheuren in muren, problemen met de fundering) als zuivere vermogensschade (de verminderde waarde van de woning in het economisch verkeer), en daarnaast kan ook immateriële schade worden geleden door een benadeelde. Op dat laatste gebied wordt in art. 6:106 lid 1 sub *b* melding gemaakt van een benadeelde die lichamelijk letsel heeft opgelopen, of op andere wijze in zijn persoon is aangetast. In een situatie van trillingshinder zal het veelal om dat laatste gaan, geestelijk letsel. Niet iedere vorm van ‘psychische storingen’²²¹ leidt echter tot het oordeel dat sprake is van geestelijk letsel, in de zin van aantasting van de persoon: voor een verplichting tot vergoeding van de immateriële schade is het niet voldoende wanneer sprake is van ‘psychisch onbehagen of onlustgevoelens’.

Het onderwerp is niet nieuw; het toewijzen van schadevergoeding vanwege de ontneming of vermindering van het genot waarop iemand krachtens tot zijn vermogen behorende rechten aanspraak mag maken, werd al in 1937 door de hoge raad mogelijk werd gemaakt in het arrest *Voorste Stroom III*²²². De eiser in die zaak woonde in de nabijheid van de Voorste Stroom woonde, die sterk werd verontreinigd door de Gemeente Tilburg, met grote stankoverlast als gevolg. Daardoor werd zijn woongenot ernstig geschaad, in welke schadesoort een grote ‘immateriële component’ besloten ligt, zij het dat in het algemeen wordt aangenomen dat het in dergelijke gevallen niet om ideële schade gaat.²²³ Een soortgelijke redenering kan worden gevolgd ten aanzien van voortdurende trillingen, leidend tot een (ernstige) vermindering van het woongenot.

In 1991 en 1992 is door de Rechtbank Roermond een tweetal uitspraken gedaan in verband met immateriële schade als gevolg van *geluidshinder*. Het

220. HR 19 nov. 1999, *NJ* 2000, 234, nt. ARB; zie over het arrest ook: H.J.M. Havekes, *Van Bargerbeek naar West-Friesland*, *TMA* 2000, p.8-11; Van Dunné, idem. p.43; zie ook boven, §4, nr 5.

221. Deze term wordt in de parlementaire geschiedenis gebruikt, zie C.J. van Zeben en J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer 1981, p.359.

222. HR 29 jan. 1937, *NJ* 570, nt EMM..

223. Vgl. Bloembergen, t.a.p., p.78.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

betrof een redelijk gekompliceerde zaak (met bij tussenvonnis een bewijsopdracht) en een gedaagde (exploitant van een fabriek) die het verweer voerde dat causaal verband ontbrak (panden en fabriek lagen aan een drukke verkeersweg, waardoor de hinder evengoed kon zijn veroorzaakt). Uiteindelijk slaagden de eisers erin met behulp van deskundigen het causaal verband tussen het gedrag van de exploitant van de fabriek en hun schade aan te tonen, met duidelijke cijfers. Die cijfers hadden betrekking op de invloed van het verkeer en de invloed van geluid op de mens in het algemeen. De rechtbank oordeelde dat de eisers geslaagd waren in hun bewijs en veroordeelde gedaagde om f 15.000 schadevergoeding wegens geleden immateriële schade aan elke eiser te betalen.

Hierbij was van belang dat de gedaagde de normen van de Hinderwetvergunning overschreden had. Zoals Van Acht in zijn noot onder de twee vonnissen opmerkt, werd niet eerder in een civielrechtelijke hinderzaak zo expliciet een vergoeding toegekend voor immateriële schade.²²⁴ Na 1992 is er overigens een vordering ingesteld, mede strekkend tot vergoeding van immateriële schade als gevolg van psychisch letsel, als gevolg van hinder, in de zaak *Zaadnoordijk en Ahrend - Staat*²²⁵. De hoge raad casseerde, maar het arrest van het hof, dat interessant is in verband met de vraag naar de onrechtmatigheid van de hinder en de schadevergoedingsplicht, is niet gepubliceerd.²²⁶

Kottenhagen heeft, aan de hand van een aantal recente arresten, enkele randvoorwaarden opgesteld die enige hulp kunnen bieden bij de beantwoording van de vraag wanneer wèl en wanneer geen vergoeding van immateriële schade mogelijk is, zij het dat ook deze randvoorwaarden nader ingevuld dienen te worden, zoals hij constateert.²²⁷ Kottenhagen deed dit mede aan de hand van de arresten *Kip en Sloetjes - Rabo en B. – FIOM*, waarbij de hoge raad de (afwijzende) oordelen van de respectieve hoven met betrekking tot de vorderingen wegens immateriële schade niet in stand liet.²²⁸ In de conclusie van a-g Hartkamp in het *FIOM*-arrest wordt onder andere verwezen naar het

²²⁴. Rb. Roermond 15 aug. 1991 en Rb. Roermond 23 juli 1992, *Milieurechtspraak* 1992, nr 30, nt Van Acht.

²²⁵. HR 26 nov. 1993, *NJ* 1995, 322, nt CJHB.

²²⁶. Zoals bekend wordt bij verkeersongevallen regelmatig vergoeding van de immateriële schade toegewezen, zie o.a. Rb. Arnhem 23 nov. 1989, 16 apr. 1992, 30 mrt. 1995, *VR* 1996, 10, nt HAB en Rb. Zwolle 5 feb. 1997, *VR* 102.

²²⁷. R.J.P. Kottenhagen, *Vergoeding van immateriële schade; een rechtsgebied in een stroomversnelling?*, *NTBR* 1998, p. 139. De randvoorwaarden zoals hij ze ziet (mede geïnspireerd op de conclusie van a-g Hartkamp in het *FIOM*-arrest), luiden: *Geen* vergoeding van immateriële schade bij: 1. een zich persoonlijk gekwetst voelen; 2. een gevoel van meer of minder psychisch onbehagen; 3. spanningen en daarmee samenhangende gezondheidsproblemen; 4. verlies van eigenwaarde in de ogen van anderen. *Wel* vergoeding van immateriële schade wanneer: 1. bepaalde psychische spanningen zo langdurig en ernstig zijn geweest dat een aantasting in de persoon aangenomen moet worden; 2. naar ervaringsregels mag worden aangenomen dat geledeerde ernstig psychisch gekwetst is geraakt; 3. het gaat om psychisch letsel met een voldoende ernstig karakter. Kottenhagen zoekt vervolgens aansluiting bij de engelse 'Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases', die een inspiratiebron voor een nadere afbakening kunnen zijn.

²²⁸. Resp. HR 2 mei 1997, *NJ* 662, nt Ma en HR 23 jan. 1998, *NJ* 366; zie ook boven, § 1, nr 9, psychische schade.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

zogenaamde *Kraaiende krielhanen II*-arrest, een geval van onrechtmatige hinder.²²⁹

In deze zaak leed Van Loon inkomensschade en immateriële schade als gevolg van de ernstige overlast die hij ondervond van de hobby van zijn burens, die krielkippen en uiteindelijk drie krielhanen hielden. Van Loon belandde eerst in de Ziektewet en eindigde uiteindelijk in de WAO. In 1994 (de burens begonnen met het houden van het pluimvee in 1987) verhuisde hij tenslotte.

Een akoestisch bureau had metingen gedaan; na te hebben vastgesteld dat voor burengerucht geen normen bestaan, en er een vergelijking werd gemaakt met de criteria van de Hinderwet en Wet Geluidhinder, kwam het bureau tot de slotsom dat overschrijdingen konden worden gekonstateerd van 9 tot 18 db(A), een en ander afhankelijk van welke norm werd gehanteerd. Bij dergelijke overschrijdingen is de kans op het optreden van geluidsoverlast groot tot zeer groot. Het betrof woningen in de bebouwde kom; andere buurtbewoners hadden verklaard geen last te ondervinden van het gekraai, maar dat deed niets af aan de uiteindelijke vaststelling van het hof (die de hoge raad overneemt) dat Van Loon ernstige overlast heeft ondervonden, ook al omdat de situering van de woningen (van de andere buurtbewoners) en de geluidsgevoeligheid van mens tot mens verschillend is.

Een hogere mate van gevoeligheid voor overlast, in combinatie met de omstandigheid dat de onrechtmatig handelende partij geen maatregelen genomen heeft om die overlast te beëindigen of te verminderen, staat dus niet aan de toewijzing van de vordering in de weg (uiteeraard vooropgesteld dat aan de overige eisen is voldaan). Het ging hier dus om een predispositie aan de kant van Van Loon. Het is vaste rechtspraak dat ook in gevallen van een predispositie de schade aan de pleger van de onrechtmatige daad wordt toegerekend.²³⁰ In deze zaak had Van Loon zich onder behandeling gesteld van een psychiater, die had vastgesteld dat hij 'verkeerde op de rand van desintegratie, hetgeen stellig werd veroorzaakt door grote problemen met burens, (...) over een kraaiende haan die hem de nachtrust verstoortte en ook overdag nog ergerde.'²³¹

Een omstrede vraag is of het noodzakelijk is dat sprake is van een 'erkend' psychiatrisch ziektebeeld dat bij de benadeelde vastgesteld wordt, om de drempel te kunnen overschrijden van het enkele 'onbehagen'. Kottenhagen heeft betoogd – met een beroep op de jurisprudentie – dat een dergelijke noodzaak *niet* bestaat: in de lagere rechtspraak, noch in de rechtspraak van de hoge raad wordt een dergelijke eis gesteld; hij haalt ook een uitspraak aan waarin de eis wordt verworpen.²³² Daar tegenover staat Lindenbergh, die 'min of meer' consensus bespeurt met betrekking tot de eis dat het, wil er sprake zijn van geestelijk letsel als ander nadeel, vereist is dat sprake is van een erkend psychiatrisch ziektebeeld.²³³ Het is hier niet de plaats om dieper op deze materie in te gaan; Kottenhagen lijkt sterkere papieren te hebben dan Lindenbergh, al zal het een

229. HR 1 nov. 1996, *NJ* 1997, 134, *Blaauwbroek c.s. - Van Loon*. Het arrest is een vervolg op HR 29 okt. 1993, *NJ* 1994, 107, *kraaiende krielhanen I*.

230. Vgl. o.a. HR 9 juni 1972, *NJ* 360, nt HJS, *Neurotische depressie*; HR 8 feb. 1985, *NJ* 1986, 137, nt CJHB, *Renteneurose*; beide zaken hadden betrekking op de overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen) en recent, specifiek met betrekking tot immateriële schade, Hof Den Haag 4 mrt. 1999, *NJ* 2000, 133. Zie ook boven, Hfdst. 11, § 2, nr 3, causaliteit.

231. Ontleend aan HR 1 nov. 1996 onder r.o. 2.6; het betreft overwegingen van het Hof Arnhem dat aldaar de zinsneden van de psychiater aanhaalt.

232. Zie Kottenhagen, t.a.p., p. 138.

233. Zie S.D. Lindenbergh, Eén miljoen smartengeld wegens geestelijk letsel, *NJB* 1998, p.354.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

goede steun in de rug van de benadeelde zijn indien een erkend psychiatrisch ziektebeeld aangetoond kan worden.²³⁴

Rechtspraak inzake trillingsschade door heiwerkzaamheden

Ten aanzien van schade als gevolg van hinder (zij het zaaksschade of vermogensschade) is er een aantal uitspraken van lagere rechters waarin een causaal verband als gevolg van de omstandigheden wordt aangenomen. Dat is het geval in de zaken *Eggerding en Co - Staat*²³⁵ (in twee instanties), een voor de Rechtbank Breda²³⁶ en een waarop eerder al in werd gegaan bij de inleidende opmerkingen, *Swaak - Gem. Rotterdam*.²³⁷ In de twee eerste uitspraken betrof het schade als gevolg van heiwerkzaamheden, in het laatste geval schade veroorzaakt door verkeerstrillingen, die weer het gevolg waren van de staat van de weg. In de ‘amsterdamse’ en ‘rotterdamse’ zaak werd causaal verband aangenomen; in de beide gevallen hadden de eisers deskundigen-rapporten laten opstellen.

In de rotterdamse zaak - die hier verder, door het nagenoeg evident onzorgvuldige gedrag van de Dienst Gemeentewerken in die zaak, buiten beschouwing blijft - hadden de deskundigen overigens een groot deel van de essentiële informatie van de eisers betrokken (zoals de vraag vanaf welke datum de gevel scheuren begon te vertonen, een vrij cruciaal gegeven in dit verband). De gemeente, als verweerster, klaagde niet geheel ten onrechte over de mate van subjectiviteit van het deskundigenrapport.

In de amsterdamse zaak werden op verschillende tijdstippen metingen verricht; de deskundigen in kwestie werden door beide partijen ingeschakeld. Omdat het productieproces van Eggerding (het ging om een molen, op 115 meter afstand van de heilokatie, waarin zicron werd gemicroniseerd) ‘uiterst gecompliceerd is’, kon een oorzakelijk verband tussen het heien en het verstoorde productieproces niet voor de volle 100% worden vastgesteld. Eggerdink leed schade, omdat hij met zijn afnemer een duidelijke norm met betrekking tot de korrelverdeling had afgesproken en de uiteindelijke producten niet aan de norm beantwoordden, met als gevolg dat de afnemer ze weigerde. Het werd door zowel de rechtbank als het hof zeer aannemelijk geacht dat de niet gehaalde norm het gevolg was van de trillingen door de heiwerkzaamheden. Dit vermoeden kon worden afgeleid, omdat èn registratie van de trillingen voorafgaand aan, tijdens en na de heiwerkzaamheden plaatsvond èn omdat de producten die tijdens het proefheien werden geproduceerd vergeleken konden worden met de producten die nadien, tot de volgende heiperiode aanbrak (dus in een ‘heiloze’ periode) waren geproduceerd. De verschillen in kwaliteit waren duidelijk, en gevoegd bij de registratie van de trillingen

²³⁴. Vgl. in dit verband HR 13 jan. 1995, *NJ* 1997, 366, nt CJHB, *Ontvanger – Bos* en HR 21 feb. 1997, *NJ* 1999, 145, nt CJHB, *Wrongful birth*: in deze beide gevallen werd wel geconstateerd dat sprake was van ‘onlustgevoelens’ of ‘psychisch onbehagen’ (waarbij Bos in de eerst aangehaalde uitspraak zelfs enige malen in een psychiatrisch ziekenhuis was opgenomen en meer dan eens had geprobeerd zichzelf te doden), doch dat deze gevoelens of dit onbehagen in deze gevallen niet als geestelijk letsel voor schadevergoeding in aanmerking kwamen. Beslissend lijkt, aldus annotator Brunner onder het eerste arrest, of de onrechtmatige daad een geestesziekte heeft veroorzaakt, die aan de dader als gevolg van zijn handelen kan worden toegerekend. Zie daarover boven, § 1, nr 9, psychische schade, en onder, § 11, nr 3, medische aansprakelijkheid.

²³⁵. Pres. Rb. Amsterdam 15 sept. 1989, *BR* 1990, 144 en Hof Amsterdam 5 april 1990, *BR* 643.

²³⁶. Rb. Breda 17 juli 1990, *BR* 1991, 492.

²³⁷. Ktg. Rotterdam 2 april 1997, *Prg* 4802.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

leidde dat tot het oordeel dat het oorzakelijk verband tussen het afwijkende produkt en het heien zeer aannemelijk was.

In de bredase zaak werd pas na de heiwerkzaamheden vastgesteld dat scheuren en muren in plafonds aanwezig waren in een woonhuis op 150 meter afstand van de heilocatie. Ook hier was een deskundige in de arm genomen, die een taxatie- en expertiserapport opstelde. De eiser stelde dat de scheuren een gevolg waren van de heiwerkzaamheden, die 'onrechtmatig en onzorgvuldig' jegens hem waren. De gedaagde betwistte het causaal verband tussen de scheuren en de heiwerkzaamheden. Zij opperde dat de scheuren van eerdere datum waren en verder hadden naar haar inzicht de heiwerkzaamheden door de wijze van uitvoering niet zodanige trillingen kunnen veroorzaken dat een dergelijke schade daardoor kon ontstaan. Het betrof haarscheurtjes, in dikte variërend van 0,2 tot 1,0 mm. Alleen de eiser en zijn vrouw konden aantonen dat scheurtjes niet eerder aanwezig waren; daarnaast stelde de rechtbank vast dat het scheurtjes betrof 'die pas plegen op te vallen wanneer men er naar zoekt'.

De rechtbank oordeelde uiteindelijk dat het heel wel aannemelijk was dat de woning 'enige' trillingen heeft moeten doorstaan, maar oordeelde dat niet bewezen was dat de betreffende scheuren daardoor waren ontstaan en evenmin dat eventueel reeds bestaande scheuren door het heien waren verergerd.

Het is niet moeilijk om uit deze uitspraken conclusies te trekken. Allereerst zou iemand die trillingshinder ondervindt, direkt de op zijn weg gelegen maatregelen moeten nemen (Eggerding gelastte meteen na het proefheien al het stopzetten van het heien); dat versterkt de positie van een benadeelde partij, mede in het licht van de schadebeperkingsplicht ex art. 96 lid 2 sub *a* BW. Eventueel zal meteen een deskundige in de arm moeten worden genomen om metingen en dergelijke te laten verrichten. Daarnaast zou het dienstig zijn om op enigerlei wijze - objektief, dus niet aan de hand van de eigen verklaringen van degene die hinder ondervindt - duidelijk te maken dat er ofwel geen scheuren, ofwel veel minder, c.q. minder brede scheuren waren, voorafgaand aan de werkzaamheden. Het in een vroeg stadium foto's nemen, wellicht met een uitvoerder van de werkzaamheden erbij, zou bijvoorbeeld op dit vlak soulaas kunnen bieden. Deze beide voorwaarden zijn echter niet altijd te realiseren: men kan met vakantie zijn tijdens de heiperiode, of de schade kan eerst na verloop van tijd zichtbaar worden, dan kan men in zo'n geval (zaaksschade en/of vermogensschade) problemen verwachten ten aanzien van de vaststelling van het oorzakelijk verband.

Op deze laatste uitspraak valt in zover af te dingen, dat het vaste rechtspraak van de hoge raad is dat de aanwezigheid van gebreken in het pand dat trillingsschade ondervindt door werkzaamheden van de buurman, geen beletsel vormt om schadevergoeding van de laatste te vorderen. Aldus reeds de boven besproken arresten *Heimans - Wallich en Matthes & Zn* van 1930, en *Boerenleenbank - Van der Reek* (1973), beide inzake heiwerkzaamheden.²³⁸ Ook de oude rechtspraak inzake schade door bodemverzakkingen (als gevolg van de aanleg van spoorbanen of mijnaktiviteiten) aan het begin van de vorige eeuw is doorgaans in die zin; bij bouwwerkzaamheden op een naburig erf moet de huiseigenaar soms de goede bouw van zijn pand voorafgaand aan de werkzaamheden aantonen, in die zin dat bouwen op het belendende perceel

238. Resp. HR 2 mei 1930, *NJ* 929 en HR 9 mrt. 1973, *NJ* 1974, 464, nt PZ; zie boven, Hfdst. 10, § 2, nr 8, gevaarzetting.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

mogelijk moet zijn.²³⁹ De genoemde rechtspraak van de hoge raad van voor en na de oorlog spreekt op dit punt echter duidelijke taal: degene die met zijn handelingen gevaar schept dient maatregelen te treffen, op zijn kosten, om schade aan naburige panden te voorkomen, ook indien de oorzaak in de staat van die panden gelegen is. Tenslotte verdient nog vermelding dat de hoge raad in 1920 een standaardarrest gewezen heeft inzake mijnschade (bodemdaling, verzakkingen), waarbij een vermoeden van schuld van de mijnexploitant aangenomen werd met omkering van de bewijslast ten aanzien van de schadeveroorzaking: *Kasteel Strythagen*.²⁴⁰ Op die basis zijn in de loop van de vorige eeuw alle mijnschaden in Limburg afgehandeld. Naar mijn indruk bestaat in de praktijk weinig bekendheid met de hier genoemde rechtspraak.

Tenslotte nog een verwijzing naar het gebruik van het instrument van alternatieve causaliteit, art. 6:99, om aan de ‘bewijsnood’ van een gedupeerde partij tegemoet te komen. Er kan immers sprake zijn van een situatie waarin de schade door tenminste één van verschillende gebeurtenissen kan zijn ontstaan. In dit werk is het standpunt ingenomen ten aanzien van de toepassing van art. 6:99 BW - in tegenstelling tot hetgeen door sommigen schrijvers gesteld wordt²⁴¹ - dat deze *niet* beperkt is tot gebeurtenissen waarvan vaststaat dat ze, indien aangetoond, de *gehele* schade hebben veroorzaakt: ook gebeurtenissen die de gehele schade *kunnen* hebben veroorzaakt vallen binnen het bereik van art. 6:99, aldus de hoge raad in 1997, *Moerman – Bakker*.²⁴² Dit arrest zou een oplossing voor de bewijsnood bij hinder kunnen zijn; immers, bij een samenspel van mogelijke oorzaken – heiwerkzaamheden, de staat van een openbare weg en het erover rijdende verkeer – is sprake van trillingen, die de schade *kunnen* hebben veroorzaakt. Aldus vloeit uit art. 99 voort dat de aansprakelijk gestelde partij moet aantonen - om bij het bredase voorbeeld te blijven - dat de scheuren al aanwezig waren voordat met het heien was begonnen.²⁴³

Hierbij kunnen statistische gegevens een bijdrage leveren aan de vaststelling van de aannemelijkheid van causaal verband tussen handeling (trillingen) en schade. In een principiële uitspraak heeft de hoge raad bepaald dat cijfermatig, statistisch materiaal ‘als voldoende motivering’ geldt om onrechtmatig handelen

239. Aldus bijv. Hof Arnhem in 1907, zie: J.M. van Dunné, Rapport *Bodemdaling in Friesland: aansprakelijkheidsvragen*, Instituut voor Milieuschade, 1996, p. 13 v., en onder: § 8, nr 2.

240. HR 31 dec. 1920, *NJ* 1921, 230; zie het eerder genoemde Rapport Friesland, p. 5 v., en onder, §8, nr 2.

241. Vgl. *T&C* (Oosterveen), aant. 2 bij art. 99 boek 6 BW, met verwijzing naar Asser-Hartkamp I.

242. HR 17 jan. 1997, *NJ* 230; *TMA* 1997, p.49, nt Van Dunné, *Moerman - Bakker*; zie boven, Hfdst. 10, § 6, nr 9 v.

243. A.J. Van lijkt een oplossing voor dit soort problemen in deze zin voor ogen te hebben, wanneer hij stelt dat ‘uit het gebruik van het woord *kan* (in *Moerman – Bakker*) valt af te leiden dat het slachtoffer mag volstaan met bewijs van het *mogelijk verband* tussen zijn schade en de onrechtmatige daad van de gedaagde. Dergelijk bewijs zou bijvoorbeeld kunnen worden geleverd met behulp van statistische gegevens.’ Een en ander betekent dit zijns inziens in situaties waarin onvoldoende duidelijkheid bestaat over de veroorzaking van de schade een enorme verlichting van de bewijslast voor het slachtoffer, zie: *Hoofdelijke aansprakelijkheid bij multi-causaliteit*, *TMA* 1998, p.37.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

aan te tonen, of om daaraan het vermoeden ervan te ontlenu en op grond daarvan tot omkering van de bewijslast over te gaan: *Binderen - Kaya*, een arrest uit 1983 inzake discriminatie door een huiseigenaar bij de toewijzing van een woning aan een buitenlander.²⁴⁴

Tot dusver is bij mijn weten bij hinderprocedures nog geen beroep gedaan op art. 99, zodat er nog geen ervaring is met het gebruik ervan in geval van trillingshinder. De voortekenen lijken echter niet ongunstig, zeker wanneer sprake is van (psychisch) letsel, aangezien het artikel bij uitstek bedoeld is ter bescherming van slachtoffers.²⁴⁵ Volgens de hoge raad is het op de *billijkheid* gebaseerd, eenzelfde beginsel dat via art. 106 de vergoeding van immateriële schade beheerst.

Nabeschouwing. Verwante terreinen: laag-frequente trillingen; elektromagnetische velden

Aldus een beeld van en nieuwe loot aan de aansprakelijkheidsboom: trillingsschade. Een onderwerp dat zich in de praktijk nog verder moet ontwikkelen, veel ligt nog in de schoot van de toekomst verborgen. Nu half Nederland op de schop gaat, HSL, Betuwelijn, metrolijnen, wat niet al, zijn de trillingen niet van de lucht, of liever gezegd: van de bodem. Men blijft zich voorlopig sufheien, gleuven volstorten, tunnels boren – leuke tijd voor Freudianen – maar ook als alles eenmaal gaat rijden zijn de problemen nog niet de wereld uit: een supertrein op (bijna) volle snelheid (anders schiet je ons land zo weer voorbij) maakt een hoop trillingen los, zeker met zo'n slappe bodem als wij veelal hebben in onze contreien. Daar is stevig op gestudeerd en mee geëxperimenteerd (in het Delftse); zo krijgt, naar ik eens hoorde, het spoor van de Betuwelijn geen bielzen, maar worden de rails direkt op het betonnen fundering vastgezet, om trillingen te reduceren. Sprekend over dit onderwerp, ik herinner mij eens, wandelend in de Bourgogne op een mooie zomerdag, dat een dof rommelen klonk dat op een lichte aardbeving leek, de grond trilde ook; het herhaalde zich om het kwartier, dat was wel vreemd. Na een half uurtje lopen bleek achter een heuvel een slenk te zijn, waarin de TGV zich voortspoedde, met enige regelmaat. Daar moet men dus niet te dicht bij wonen, kan men constateren (het kasteel lag daar in de verte fraai op een heuvel, niets aan de hand, als God in Frankrijk).

Wij zullen zien wat het allemaal gaat worden, in deze Lage Landen. Voor juristen blijft er werk aan de winkel, zo te zien, ook wanneer de ingenieurs klaar zijn met hun speeltjes (hieruit blijkt al dat bij mij niet zo'n behoefte bestaat om

244. HR 10 dec. 1982, *NJ* 1983, 687. Zie over het gebruik van statistische gegevens en de toepassing van de zogenoemde *probabilistische causaliteit*: A.J. Van, *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit*, diss. Rotterdam, Arnhem 1995, met name pp.108-125; zie tevens over het gebruik van statistische gegevens, leidend tot *probability of causation*: M. Faure, (*Geen schijn van kans*, Antwerpen 1993, p. 31.

245. Zoals duidelijk blijkt uit de eerste toepassing van het artikel door de HR, in het geruchtmakende *DES*-arrest, HR 6 okt. 1992, *NJ* 1994, 535, nt CJHB; *TMA* 1993, p. 15, nt Van Dunné. Voor recentere voorbeelden van toepassing van art. 99 in verband met letselschade: Ktg. Rotterdam 10 juni 1993, *Prg* 3919, *De Jong - Pols Betimmeringen* en Pres. Rb. Haarlem 6 aug. 1996, *KG* 433, *Vergers - Heckett*. Het betrof werkgeversaansprakelijkheid in verband met blootstelling aan asbest, met de ziekte mesothelioom tot gevolg.

§7. MILIEU-AANSPRAKELIJKHEID

een kwartier eerder in Parijs te zijn, vanuit Amsterdam met de trein, en daarvoor schaars groen te doorploegen of te ondertunnelen, tegen megakosten; over de concurrentie van de Betuwelijn met de rivieren als vervoersmiddel zwijg ik maar).

Een sub-thema, dat nog minder ontwikkeld is tot dusver, is de figuur van *laag-frequente trillingen*, die vaak door tunnels, e.d. veroorzaakt worden. Een vaag, dof gerommel, dat toch stoort, soms rinkelen de kopjes of de schuifdeuren (als die er nog zijn).²⁴⁶ Het Instituut voor Milieuschade gaat zich nog over deze materie buigen, en zal daarover te zijner tijd kond doen.

Dat geldt ook voor een verwant onderwerp, dat in ons land, in tegenstelling tot het buitenland, nog weinig de aandacht van juristen getrokken heeft: *elektro-magnetische velden*, in het jargon: *EMF's*, 'electro-magnetic fields'. In de V.S. wordt al jaren hierover geprocedeerd, met weinig succes overigens voor slachtoffers, vanwege het typische processuele systeem, waarbij de aktie in de voorronde meestal al sneuvelt, op technische punten. Maar het laatste woord is hierover in de rechtszaal nog niet gezegd. Op het vergelijkbare gebied van schade door het magnetische veld van mobiele telefoons toegebracht aan de hersenen, het afgelopen decennium in alle toonaarden steeds ontkend door de fabrikanten, heeft dit inmiddels tot een waarschuwing aan de gebruikers van gsm'tjes geleid door de meeste producenten. Er zijn twee typen procedures: die waarbij de ontwaarding van huizen in het geding is omdat in de nabijheid een hoogspanningsleiding loopt (tegenwoordig vaak ook een zendmast, zoals voor gsm-verkeer), en geschillen waarbij ziekte van een bewoner van zo'n huis als gevolg van de straling de inzet is. Zowel vermogensschade als letselschade, dus; beide met grote obstakels wat de vaststelling van causaal verband betreft.

In Europa heeft een italiaanse rechter bij mijn weten de primeur van het aansprakelijk stellen van de exploitant van een hoogspanningsleiding, de Rechtbank Rimini in 1999.²⁴⁷ Iemand was ziek geworden als gevolg van elektro-magnetische straling van een hoogspanningsleiding; het elektriciteitsbedrijf werd aansprakelijk gesteld, het bewijs van causaal verband werd door de rechtbank aanvaard. Eén van de enge ziekten die men van dit soort straling kan krijgen is leukemie. In Engeland is eens geprocedeerd tegen het elektriciteitsbedrijf in een geval waar een kind leukemie gekregen had; het sliep in een bed dat tegen een elektriciteitskast aan lag, die tegen de buitenmuur van het huis stond. Die procedure werd overigens verloren vanwege causaliteitsproblemen.

246. Het jeugdsentiment van Hagenaars is het onheilspellend rammelen van de schuifdeuren wanneer de Duitsers hun V 1's aan het lanceren waren, bestemd voor Engeland. Aldus eens een nummer van Koot en Bie over de 'Kleuters 1940- 1945' en hun kleine trauma's.

247. Rb. Rimini 1999, zie: *Newsletter Products Liability* 2000-1, april 2000, IBA Committee S, p.12.

§ 8. De aansprakelijkheid van de mijnexploitant voor bodemschade

1. Inleiding. De Mijnwet 1810; aansprakelijkheid voor bodemdaling en aardshokken

De laatste jaren doet zich in ons land een nieuwe vorm van milieuschade voor: bodemschade, dat wil zeggen schade aan onroerend goed, grond of bebouwing, door bodemdaling of aardshokken die het gevolg zijn van mijnexploitatie.¹ De gaswinning in het noorden des lands begint zijn tol te eisen; er is nu reeds sprake van een aanzienlijke bodemdaling die naar verwachting uiteindelijk enkele decimeters zal gaan bedragen in Groningen, Drenthe en tenslotte ook Friesland. Aardbevingen, vroeger in ons land een vrijwel onbekend verschijnsel, komen steeds vaker voor; na een jarenlange ontkenning heeft de exploitant enige tijd geleden toegegeven dat een aardbeving het gevolg kan zijn van de aardgaswinning. De kracht van de beving zou echter nooit sterker kunnen zijn dan 3.3 op de schaal van Richter, waarbij geen gevaar voor schade bestaat. Kort daarna deed zich een aardbeving bij Rosmalen voor: kracht 3.4 Richter ... , en tientallen schadegevallen tot gevolg.² Er waren in 1997 al honderden schadegevallen van partikulieren gemeld, die tot voor kort slechts in uitzonderingsgevallen tot vergoeding geleid hebben van de zijde van nederlandse mijnexploitanten; een amerikaans mijnbouwbedrijf heeft in Noord-Holland, waar eveneens aardshokken opgetreden zijn, een veel soepeler beleid gevolgd ten aanzien van schadevergoedingen.³

Hierbij doen zich nieuwe juridische vragen voor, die voortkomen uit de complexiteit van het onderwerp, maar in wezen te herleiden zijn tot bekende rechtsvragen: vaststelling van het causaal verband, bewijslastverdeling, vaststelling van de schade. Dat laatste heeft ook betrekking op de aan de natuur toegebrachte schade, in het Waddengebied, en bekengebied in Groningen en Drenthe; bij daling van de (zee-)bodem van enkele centimeters kan dat al

1. Zie voor dit onderwerp mijn Rapport: *Bodemdaling in Friesland: aansprakelijkheidsvragen*, uitgave Instituut voor Milieuschade, EUR, 1996, 53 pp. In deze paragraaf zijn enkele passages aan dat rapport ontleend.

2. De aardbeving in Limburg enkele jaren geleden (Roermond) werd enige tijd toegeschreven aan de bruinkoolwinning in Duitsland, op tientallen kilometers afstand, hetgeen naar later vastgesteld is, niet juist was. De schokken hebben ook in Rotterdam schade aan gebouwen toegebracht. Ten aanzien van de voortplanting van aardshokken, die heel grillig kan zijn al naar gelang de bodemstructuur, en bijv. kan weerkaatsen tegen ondergrondse zoutkoepels, is de technische kennis nog gebrekkig. Men kan zich voorstellen dat dit gevolg heeft voor de causaliteitsvraag in geval van bodemschade.

3. Voorjaar 1997 maakte de NAM bekend dat zij over zou gaan tot het vergoeden van schade wegens aardshokken als gevolg van gaswinning, zonder overigens aansprakelijkheid te willen erkennen. Ten aanzien van schade van (honderden) partikulieren als gevolg van bodemdaling door gaswinning is in de afgelopen jaren, op een enkele uitzondering na, nooit tot vergoeding overgegaan; de bewijslast van eisers met betrekking tot het causaal verband tussen gaswinning en schade aan hun gebouwen was stevast onoverkomelijk, terwijl in dit verband ook bestaande gebreken in het pand tegenoverworpen werden door de NAM (ook indien het om een nieuwgebouwd huis ging, 8 jaar oud, en een vuistbrede scheur in de gevel ontstaan was). Sommige boerderijen in het winningsgebied zijn zo verzakt dat op de keukentafel de soep uit het bord loopt. Er is in de noordelijke provincies overigens ook sprake van andere mijn-activiteiten dan de gaswinning, namelijk zoutwinning (magnesium-zouten en 'keukenzout').

§8. AANSPRAKELIJKHEID MIJNEXPLOITANT VOOR BODEMSCHADE

enorme schade aan het ecologische systeem veroorzaken. Bij nader inzien is het - zoals zo vaak - geen nieuw probleem: wij hebben immers in Zuid-Limburg een mijngebied gehad, waar tot 1975 steenkool gewonnen werd? Daar moet toch ook sprake geweest zijn van bodemdaling en vorderingen tot schadevergoeding van bewoners van dat gebied? Inderdaad is dat het geval; enig spoorwerk leverde op dat de daling in Zuid-Limburg, na drie-kwart eeuw kolenwinning gemiddeld 2,5 m bedroeg (met uitschieters van 10 m). Hoeveel schadegevallen werden afgehandeld? Een schatting is 100.000 gevallen, waarbij honderden miljoenen guldens gemoeid waren.⁴ Deze materie is echter geheel onder het stof geraakt (kolenstof) en nog maar weinigen bekend. De afwikkeling van schadegevallen heeft tot enkele tientallen rechterlijke uitspraken geleid, maar vond grosso modo plaats op basis van een arrest van de hoge raad uit 1920 dat weer terugging op veel oudere rechtspraak van voor en na de eeuwwisseling.

De Mijnwet werd herzien; gezien het maatschappelijk belang van het onderwerp lijkt het goed om er bij stil te staan. De ontwikkeling van de aansprakelijkheid op dit gebied is nog lang niet ten einde, en hetgeen achter ons ligt kan van belang zijn voor aansprakelijkheidsvragen op vergelijkbare gebieden in de nabije toekomst.

In 2002 werd de parlementaire behandeling van de nieuwe Mijnbouwwet afgerond, hetgeen heel veel voeten in aarde gehad heeft. Zie daarvoor nog onder, nr 3.

2. *De Mijnwet 1810 en de jurisprudentie inzake mijnschade en bodemverzakkingen in het algemeen*

De rechtspositie van de mijn-exploitant is neergelegd in de franse Mijnwet van 21 april 1810, die nog steeds van kracht is, na enkele wijzigingen, waarvan de meest recente in 1996 plaatsvond.

De Mijnwet is het geesteskind van Napoléon, die dit een voor de oorlogsvoering zeer belangrijke wet vond; hij heeft zich hoogst persoonlijk met de tot standkoming bemoeid, het belangrijke artikel over aansprakelijkheid voor bodemschade is op zijn instigatie in de wet opgenomen, als vorm van absolute aansprakelijkheid van de mijn-exploitant (art. 15; de uitspraak van Napoléon in een commissievergadering is nog steeds van belang voor de uitleg van het artikel). In Frankrijk en België is deze Mijnwet ook nog steeds van kracht, in een wat ander jasje; in ons land wordt, zoals gezegd, momenteel een herziening van de Mijnwet voorbereid.

In 1904 werden enkele artikelen geschrapt en andere aangepast; de Mijnwet 1903 die toen ingevoerd werd vormde de grondslag voor het Mijnreglement. De huidige versie van 1964 heeft eerdere versies gekend en is sindsdien nog herhaaldelijk gewijzigd. De laatste wijziging van het Mijnreglement 1964 vond op 18 maart 1996 plaats; daarbij werd ook de Mijnwet 1903 ingrijpend gewijzigd, evenals de Mijnwet 1810. Het Mijnreglement bevat voorschriften van

4. Vgl. J.J.E. Pöttgens, *Huis en bodem zijn kostbaar. Schade door delfstoffenwinning*, *Heidemij-tijdschrift* 1988, p. 41, op p. 42. Schr. is hoofdinspecteur Geotechniek Staatstoezicht op de Mijnen. Zie ook Th.G.W.F. Crijns, 'De grondslag voor aansprakelijkheid van de mijn-exploitant', lezing Studiegenootschap van Bedrijfsjuristen, 26 sept. 1962 (niet gepubl.), p.4, die spreekt van een schadevergoeding door de mijnen in die tijd van ong. f 12 mln op jaarbasis.

Ch. van Oppen spreekt in zijn *NJV*-rede van 1941 ervan dat 'de mijnschades in Limburg niet van de lucht zijn', *Hand. NJV* 1941 II, p. 12 v.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

technische aard, en bepalingen gericht op arbeidsomstandigheden en veiligheid. De wijzigingen van het Mijnreglement van de afgelopen jaren waren het gevolg van Europese wetgeving met betrekking tot de veiligheid van werknemers en vergunningsstelsel. De aansprakelijkheid van de exploitant tegenover derden, zoals de eigenaren van de bodem of omwonenden, is geregeld in de Mijnwet 1810, met name in de artt. 15 en 43 en 44; art. 15 is om wetstechnische redenen komen te vervallen bij de wetwijziging van 1996.⁵

Er is vrijwel geen recente literatuur over dit onderwerp; in het handboek Asser-Beekhuis-Mijnssen II, *Zakenrecht*, vindt men een korte bespreking van de Mijnwet, een tekst die in de laatste drukken nagenoeg geen verandering ondergaan heeft.⁶ De meest uitvoerige behandeling van de wet en de aansprakelijkheidsvragen die ons bezig houden is nog steeds het proefschrift van Boekhold uit 1912; de stand van de (oude) rechtspraak vindt men voor het laatst beschreven in een rede voor de Nederlandse Juristen Vereniging uit 1941 door Ch. van Oppen en een artikel van R. van Oppen in het *NJB* van 1962.⁷ Het hoeft dan ook niet te verbazen dat de kennis van de aansprakelijkheid op dit gebied in onze tijd, zoals deze in het overleg over concessies in het Noorden des lands in de laatste jaren naar voren komt, heel gebrekkig is. Het kost enige moeite om de rechtsvragen die hier aan de orde zijn te beantwoorden, mede aan de hand van een twintigtal rechterlijke uitspraken over mijnschade en bodemverzakking, uit de periode 1880-1932.

Hoewel art. 15 Mijnwet 1810, inzake aansprakelijkheid van de mijnexploitant voor schade die bovengronds toegebracht werd aan derden, sinds kort vervallen is (evenals de artt. 14 en 16), is het voor het in kaart brengen van het recht op dit gebied, zoals dat in rechtspraak en literatuur vorm gekregen heeft in de loop der jaren, van belang om aandacht aan die wetsbepaling en haar toepassing door de rechter te geven.

Art. 15 is ontworpen in de door Napoléon voorgestane zin en volgde op de in art. 14 vereiste blijken van solvabiliteit van de concessionaris. De artikelen luiden als volgt:

‘Art. 14. De natuurlijke of rechtspersoon dient blijk te geven van middelen, noodzakelijk voor het ondernemen en leiden van de werkzaamheden, alsmede van middelen om vergoedingen en schadevergoedingen, welke hem met de akte van concessie worden opgelegd, te voldoen.

Art. 15. Ingeval werkzaamheden moeten worden verricht onder huizen of woonplaatsen, onder andere ontginningen of in de onmiddellijke nabijheid daarvan, dient hij tevens een waarborg te stellen, dat hij elke schadevergoeding bij het geschieden van ongevallen zal betalen; verzoeken of verweren van belanghebbenden worden in dat geval voor onze rechtbanken en gerechtshoven gebracht.’

In de Franse jurisprudentie werd in de vorige eeuw al aangenomen dat het enkele causale verband tussen de handeling of het nalaten van de mijnconcessionaris en de schade voldoende is om aansprakelijkheid aan te nemen. Hier is dus sprake van risico-aansprakelijkheid in meest

5. Vgl. de Wet van 18 mrt 1996, houdende wijzigingen van enige wetten op het gebied van de mijnbouw in verband met de uitvoering van de richtlijn nr 94/22/EG (voorwaarden voor het verlenen van en het gebruik maken van vergunningen voor de prospectie, exploratie en productie van koolwaterstoffen), *Stb.* 199.

Voor het Nederlandse mijnrecht is ook van belang het Verdrag Continentaal Plateau van 29 april 1958 (*Tractatenblad* 1959) en de Mijnwet continentaal plat van 23 sept. 1965, *Stb.* 428.

6. 12e dr. (1990), nr 93, Tjeenk Willink, Zwolle. Het boek van B.G. Taverne, *Beginselen en voorbeelden van regelgeving en beleid ten aanzien van de opsporing en winning van aardolie en aardgas*, Delfse Univ. Pers, Delft, 1993, geeft een breed, internationaal overzicht van het onderwerp, maar is uiterst beknopt over aansprakelijkheidsvragen, vgl. pp.A-49, 50; B-21. Hetzelfde geldt voor het boek van Martha M. Roggenkamp, *Netherlands Oil and Gas Law. An Introduction*, London 1991; voor aansprakelijkheid, zie: pp. 160, 161.

7. B.F. Boekhold, *Mijnrecht*, diss. Leiden 1912; Ch. van Oppen, Rede als voorzitter NJV 1941, *Hand. II*, p. 5 v, op p. 10 v.; R. van Oppen, Enkele opmerkingen over de Mijnwet van 21 april 1810, *NJB* 1962, p. 257 v.

§8. AANSPRAKELIJKHEID MIJNEXPLOITANT VOOR BODEMSCHADE

vergaande vorm: het bestaan van causaal verband tussen doen of nalaten van de exploitant waardoor derden schade geleden hebben vestigt reeds zijn aansprakelijkheid jegens die derden. Dit is een figuur die men in de Duitse doktrine *Kausalhaftung* noemt; hierbij is geen enkele rol voor schuld in de zin van verwijtbaarheid weggelegd, laat staan dat deze door de benadeelde partij bewezen zou moeten worden. Wij zullen hieronder zien dat de Nederlandse rechter het Franse voorbeeld aan het begin van deze eeuw gevolgd heeft, maar in de jaren twintig wat water in de wijn gedaan heeft door de figuur van vermoeden van schuld te hanteren.

In het Franse recht is de uitleg van art. 15 Mijnewet waarbij risico-aansprakelijkheid van de exploitant aanvaard wordt, overigens nog steeds de heersende, evenals trouwens naar Belgisch recht het geval is. Het artikel wordt bovendien ruim uitgelegd en van toepassing verklaard op andere schadevormen. In het eerder genoemde Rapport uit 1996 heb ik verdedigd dat art. 15 Mijnewet ook in ons recht risico-aansprakelijkheid inhoudt, zoals eerder al door Boekhold in zijn dissertatie verdedigd was (t.a.p., p.8 v.). In de nieuwe Mijnewet wordt van risico-aansprakelijkheid uitgegaan, vgl. nog onder.

Aan het begin van deze eeuw werd in ons land de Franse leer gevolgd met betrekking tot art. 15 Mijnewet, met name door de Rechtbank Maastricht, uit de enige mijnstreek die Nederland in die tijd rijk was. In een tussenvonnis uit 1915 en een eindvonnis uit 1919 kreeg de rechtbank in de zaak van *kasteel Strythagen* het volgende geval te beoordelen.⁸ Het kasteel Strythagen was verzakt als gevolg van de exploitatie van de mijn Carl door de NV Maatschappij tot Exploitatie van Limburgsche Steenkolenmijnen te Heerlen. In het tussenvonnis van 1915 werd bepaald dat de Mijnewet 1810 uitging van ‘absolute aansprakelijkheid’: de exploitant is absoluut aansprakelijk voor elke door hare exploitatie aan de bovengrond toegebrachte schade, ook als die schade niet aan hare schuld of zelfs aan overmacht te wijten was’. De eiser werd toegelaten de verzakking te bewijzen en deskundigen werden benoemd om te onderzoeken of de verzakking door de exploitatie van de mijn Carl veroorzaakt was. Deze stelden vast dat dit ‘zonder enige twijfel’ het geval was; daarop werd de vordering van de bodemeigenaar toegewezen. De mijn gaat in appel bij het Hof Den Bosch; het hof heeft moeite met de door de rechtbank aangenomen ‘volstreckte aansprakelijkheid’ op grond van art. 15 Mijnewet, die steunt op de tekst van het artikel, met name de zinsnede dat de concessionaris borg moet stellen voor de betaling van ‘*toute indemnité*’ en *cas d’accident*’ (het hof haalt de officiële Franse tekst van de wet aan). Dan vervolgt het hof, vrij openhartig:

O., dat deze algemeene redactie inderdaad wel eenigszins pleit voor de uitlegging der Rechtbank, mits men beginne met dit artikel ook te laten gelden na de verleening der concessie, hoewel het daarvoor niet geschreven is;

O., dat evenwel het Hof die uitlegging niet aandurft; dat toch tot aan de Mijnewet van 1810 steeds gegolden heeft de leer, dat men alleen aansprakelijk is voor schade, ontstaan door onrechtmatige daden of schuldige nalatigheid; dat deze leer ook gehuldigd is in den toen reeds bestaanden Code Civil en het nu zeer onwaarschijnlijk is, dat de wetgever van 1810 door het gebruik van het enkele woord *toute* eene uitzondering van zoo wijde strekking op die algemeene leer zou hebben willen maken; dat dan ook de geschiedenis der Mijnewet niets behelst wat daarop wijst en daarin integendeel, wel uitlatingen voorkomen, die aantoonen, dat de wetgever van 1810 die wet wilde doen aansluiten aan het gemeene recht;

O., dat het Hof daarom meent, dat onder *toute indemnité* te verstaan is elke schadevergoeding, krachtens het bestaande recht verschuldigd, en dat eene uitdrukkelijke

8. Rb. Maastricht 25 febr. 1915 *W* 10319; eindvonnis 23 mei 1918, te kennen uit arrest Hof Den Bosch 20 jan. 1920 *NJ* 1920, 336, *Strythagen*.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

vermelding van deze beperking overbodig werd geacht, omdat ze reeds uit het bestaande recht voortvloeide - eene uitlegging, die het Hof te eer aanneemt, omdat men, zonder een ondubbelzinnig wetsvoorschrift, iemand toch niet aansprakelijk kan stellen voor schade, ontstaan buiten zijne schuld of door overmacht;

O., dat bovendien het gewone recht in deze niet onvoldoende voorkomt; dat toch art. 625 B.W. leert, dat elk eigenaar zijn recht moet uitoefenen met een eerbiediging van de rechten van derden en deze leer, zoo ergens, hier ten volle moet gelden, omdat het mijnbedrijf alleen bestaat in het steeds gevaarlijke ondergraven van den bovengrond;

O., dat bij dit bedrijf dus de uiterste voor zichtigheid moet worden in acht genomen en daarom ook de exploitant, als er door zijn bedrijf schade veroorzaakt is, voor elk verzuim mag worden aansprakelijk gesteld;

O., dat in dit geding thans vaststaat, dat de verzakking te wijten is aan de kolenwinning in de mijn Carl;

O. wijders: dat het Hof elke verzakking *in den regel* te voorkomen acht, mits de exploitant de noodige voorzorgen neemt en daarop voortdurend toezicht houdt; dat in de mijn Carl alleen de Naaml. Vennootschap het beheer voert en zij alleen alles, zoowel werkwijze als toezicht regelt en uit die omstandigheden het Hof ingevolgt art. 1959 B.W. het vermoeden put, dat de verzakking is ontstaan door schuld of nalatigheid der Naaml. Vennootschap, zoodat zij voor de daardoor ontstane schade aansprakelijk is, tenzij zij kan bewijzen, dat die verzakking aan haar niet toerekenbaar is;

O., dat het Hof bepaald dit bewijs noodig acht en onvoldoende zou vinden het bewijs, dat er steeds op de gebruikelijke wijze gewerkt was, omdat wat voldoende is in de eene mijn daarom nog niet voldoende is in de andere;

O., dat het hier gevorderd bewijs niet geleverd of aangeboden is en dus de eerste grief faalt.'

Wij zien hier dat het bossche hof niet bereid is om art. 15 zo uit te leggen dat hierin een uitzondering op het algemene aansprakelijkheidsrecht besloten ligt; met de wijze waarop dit gebeurt wordt door het hof echter geen recht gedaan aan de wetsgeschiedenis. Het hof geeft evenmin blijk ervan op de hoogte te zijn dat de Franse rechtspraak al jaar en dag in de zin van de opvatting van de Rechtbank Maastricht gevestigd is. Wat daarvan zij, de eigen zienswijze van het hof, het aannemen van een vermoeden van schuld, met als gevolg, omkering van de bewijslast, ligt niet ver van de visie van de rechtbank verwijderd, zij het dat het hof wèl de mogelijkheid van een beroep op overmacht openlaat. Dat laatste is overigens in overeenstemming met de figuur van risico-aansprakelijkheid zoals algemeen erkend in de wet en doctrine: steeds gaat deze vorm van aansprakelijkheid vergezeld van een beroep op overmacht. Bij absolute aansprakelijkheid is dit anders, maar deze vorm van aansprakelijkheid komt in ons recht vrijwel niet voor, en dient uitdrukkelijk door de wetgever aanvaard te worden; naar huidig recht is aansprakelijkheid van schade ontstaan door kernreactoren een zeldzaam voorbeeld.⁹ In de benadering van het hof is van groot belang wat onder overmacht verstaan wordt, wat normale risico's zijn en wat uitzonderlijk is; in dit arrest stelt het hof dat de 'gebruikelijke wijze van werken', de normale manier van doen dus, geen aansprakelijkheid kan uitsluiten, aangezien aldus niet ingegaan wordt op de specifieke merites van het schadegeval ('wat in de ene

9. Zie voor die materie boven § 1, nrs 1, 4 v., waar verdere literatuur.

In het franse recht werd bij mijnschade in de rechtspraak op den duur een beroep op overmacht erkend, waardoor het een standaard-vorm van risico-aansprakelijkheid geworden was.

§8. AANSPRAKELIJKHEID MIJNEXPLOITANT VOOR BODEMSCHADE

mijn voldoende is, is dat nog niet in de andere').¹⁰ De mijnexploitant gaat in cassatie, maar de Hoge Raad bekrachtigt het arrest van het Hof Den Bosch.¹¹ De wijze waarop dit gebeurt is om verschillende redenen interessant.

De Limburgsche Steenkolenmijnen voerde in cassatie aan dat het hof de vraag van verantwoordelijkheid verward had met die van schuld of nalatigheid door een vermoeden van schuld aan te nemen en op haar als exploitant de bewijslast te leggen dat de verzakking haar niet toerekenbaar was, en vervolgens met het argument dat dat bewijs niet geleverd of aangeboden was de bodemeigenaar in het gelijk te stellen. Dit hield een omkering van de bewijslast in ten nadele van de Steenkolenmijnen, hetgeen in strijd met de wet is. De hoge raad verwerpt het cassatieberoep, en geeft daarbij een welwillende lezing van Bossche arrest, daarmee te kennen gevend dat het college zich in die benadering kan vinden. Hierbij is ook van belang dat de figuur van het vermoeden van schuld, zoals door het hof gehanteerd, naar het oordeel van de hoogste rechter een feitelijk karakter heeft en daarom in cassatie niet of slechts marginaal getoetst kan worden. Deze kwestie is echter een vraag met een hoog beleidsgehalte: de hoge raad heeft namelijk enige vrijheid om te bepalen wat een feitelijke of een rechtsvraag is; omstreeks dezelfde tijd werd bijvoorbeeld door de raad bepaald dat de overmachtsvraag geen feitelijke, maar een rechtsvraag is, dus te toetsen in cassatie. In dit verband is de laatste overweging van de hoge raad, in de uitspraak die hier volgt, tamelijk wild: het stond al vast dat tegenbewijs van de mijnen geen zin had, hetgeen doet denken aan een wettelijk, onweerlegbaar vermoeden van schuld. En dat alles op grond van de vrij boude stelling van het hof, de ('kennelijke') 'ervaringsregel' dat iedere bodemverzakking te wijten is aan nalatigheid van de in dat gebied opererende mijnexploitant. Hier volgt het arrest van de hoge raad:

O. ten aanzien van het principaal beroep: dat blijkens den inhoud van het bestreden arrest het Hof op den voorgrond heeft gesteld, dat de bijzondere aard van het mijnbedrijf en het daaraan verbonden ernstig gevaar voor de omgeving der mijnen, van den mijnexploitant een zoo groote mate van voorzichtigheid vordert, dat iedere tekortkoming op dit punt als 'schuld' is aan te merken:

dat het Hof daarna feitelijk als vaststaande heeft aangenomen, vooreerst, dat de schade welke vergoeding in het onderhavige geval was gevraagd, het gevolg was van een verzakking. Veroorzaakt door de kolenwinning in de mijn Carl, voorts, dat aan het Hof uit eigen wetenschap bekend was - zulks kennelijk op grond van een ervaringsregel, die zelf feitelijk karakter heeft en waaraan vermoedens kunnen worden ontleend -, dat elke verzakking in den regel bij 'voldoende' voorzorgen, d.w.z.: met voorzorgen, die met alle aanwezige omstandigheden rekening houden, is te vermijden, eindelijk dat in de mijn Carl die voorzorgen alleen konden worden genomen door de tegenwoordige eischeres; dat het Hof, op grond van die omstandigheden, welke feitelijk karakter hebben en waaraan vermoedens kunnen worden ontleend, de aansprakelijkheid van de eischeres voor de ontstane schade heeft aangenomen en het daartegenover door haar gedaan beroep op de omstandigheid, dat 'zij steeds op de gebruikelijke wijze had gewerkt' heeft afgewezen:

dat hieruit blijkt, dat het voorgestelde middel, hetwelk hierover klaagt, dat het Hof de vraag der verantwoordelijkheid en die van het bewijs der schuld heeft verward, waarmede, blijkens de toelichting is bedoeld, dat - met verwaarloozing van het vereischte van schuld -

10. Het arrest van het Hof Den Bosch wordt ook uitvoerig besproken door Ch. van Oppen in zijn *NJV*-rede van 1941.

11. HR 31 dec. 1920 *NJ* 1921, 230.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

alleen is onderzocht of de oorspronkelijke eischers een juiste keuze hebben gedaan, toen zij deze Naaml. Venn. voor de geleden schade hebben aangesproken, en dat het dientengevolge den bewijslast heeft omgekeerd, in beiderlei opzicht feitelijkten grondslag mist;

dat immers het Hof niet alleen heeft onderzocht wie, ingeval van schuld aansprakelijk moest worden gesteld, maar evenzeer of hier schuld aanwezig was, en evenmin de eischeres in cassatie met bewijs heeft belast, doch enkel, na, op grond van de door het Hof als vaststaand aangenomen feitelijke gegevens, het door de oorspronkelijke eischers bij dagvaarding gestelde als bewezen te hebben aangenomen, heeft beslist, dat, in verband met de bijzondere zorg, die de mijnexploitant heeft in acht te nemen, de feiten, door de Naaml. Venn. te bewijzen aangeboden, ook al kwamen zij vast te staan, het reeds van de andere zijde geleverd bewijs niet zouden vermogen te ontzenuwen; dat dus het middel is onaannemelijk.⁷

In deze procedure had de bodemeigenaar als verweerster in cassatie een incidenteel beroep in cassatie ingesteld (d.i. een beroep voor de zekerheid ingesteld, voor het geval de wederpartij succes heeft met haar beroep als eiser in cassatie). Daarin werd aangevoerd dat art. 15 Mijnewet door het hof onjuist uitgelegd was, aangezien het uitgaat van aansprakelijkheid van de mijnexploitant buiten het bewijs van onrechtmatige daad, schuld of verzuim. De hoge raad komt aan het incidenteel beroep niet toe, aangezien het principale beroep van de mijnen al verworpen was. Dat is jammer voor de rechtsontwikkeling, aangezien de uitleg die het hof aan art. 15 Mijnewet geeft, zeer aanvechtbaar is. Advokaat-generaal Ledebouer gaat wel op het incidenteel middel in en concludeert tot verwerping. Al met al is het jammer dat het betoog van de a-g, dat geen recht doet aan de wetsgeschiedenis en het stelsel van de Mijnewet en het BW, niet getoetst is door de hoge raad.¹²

Het Hof Den Bosch had zich in 1921 laten leiden door een arrest van de hoge raad uit 1882, dat een standaardarrest is voor aansprakelijkheid door grondverzakkingen en inbreuk op eigendom door werkzaamheden van burenen in het algemeen. Het wordt voorafgegaan door een uitspraak uit 1881 in dezelfde zaak.¹³ In 1936 geeft Meijers het belang van dit arrest als volgt weer; na de causaliteitsleer van de hoge raad uit die tijd weergegeven te hebben, de zogenaamde 'adequatieleer', waarbij het 'redelijkerwijs te verwachten gevolg' bepalend is voor het causaal verband dat in het recht aangenomen moet worden, vervolgt hij:

'Een lagere graad van waarschijnlijkheid dan de gewone kan daarentegen verlangd worden, wanneer het recht aan een belang een zeer bijzondere bescherming meent te moeten verleen. In de rechtspraak wordt deze bijzondere bescherming veelal toegekend aan onroerende goederen tegen de gevaren, voortspruitende uit werken op naburige erven. De geringste mogelijkheid brengt hier aansprakelijkheid met zich: de ondernemer moest dan maar of het werk nalaten of de nodige voorzorgsmaatregelen, hoe kostbaar ook, ter voorkoming van de schade treffen. Sinds de Hooge Raad in 1881 deze meening verkondigd heeft, is zij niet meer uit de rechtspraak verdwenen. Zij wordt ook trouw op den mijnexploitant toegepast, nadat een eerste poging om bij dezen een aansprakelijkheid zonder schuld aan te nemen, mislukt was.

12. Er is nog meer jurisprudentie uit die tijd; het conflict van opvattingen tussen Rechtbank Maastricht en Hof Den Bosch vindt een herhaling in de zaak van Koster tegen dezelfde mijnmaatschappij. Vgl. Rb. Maastricht 18 dec. 1919, *NJ* 1920, 335, *Koster - Limburgsche Steenkolenmijnen*; Hof Den Bosch 31 mei 1921, *NJ* 1922, 349; 2 jan. 1923, *NJ* 1927, 1037. Dat laatste arrest is vrijwel identiek aan dat inzake *kasteel Strythagen* een jaar tevoren.

13. HR 8 april 1881, W 4663, *Van Heemskerck - Staat*; 23 juni 1882, W 4791 *Staat - Van Heemskerck* (revisie).

§8. AANSPRAKELIJKHEID MIJNEXPLOITANT VOOR BODEMSCHADE

Zoodanige uitersten doen duidelijk uitkomen, welke verschillende waarschijnlijkheidsgraden voor aansprakelijkheid door schuld gelden. Naast de aansprakelijkheid van den mijnexploitant voor de zeldzaamst voorkomende gevallen van schade, stelle men eens een geval van psychische causaliteit¹⁴

Ook de tijdgenoot en evenknie van Meijers, Paul Scholten, kent groot gewicht toe aan het arrest van 1882, in zijn gezaghebbende bewerking van het *Zakenrecht* in de Asser-serie, in 1945, in een passage waarop hieronder nog ingegaan zal worden.¹⁵

De casus uit 1881/1882 was de volgende. Van Heemskerk had grond verkocht aan de staat voor de aanleg van de spoorbaan van Arnhem naar Nijmegen; de aanleg daarvan verloopt minder gelukkig: als gevolg van verzakking van de spoordijk wordt schade aan de aangrenzende landerijen van Van Heemskerk toegebracht bestaande in het dichtvallen van sloten, het verzetten van grenstekens en het onbruikbaar worden van land. De hoge raad gaat in tegen de conclusie van a-g Van Maanen die met de Staat van mening was dat geen sprake van schuld was aangezien de 'gewone' voorzorgsmaatregelen genomen waren en deze ramp redelijkerwijze niet te verwachten was en overweegt als volgt:

'O. dat dienaangaande door de deskundigen feitelijk is bevonden en aangenomen, dat, ofschoon op grond van het resultaat der boringen, ook bij het niet maken van parallelsloten (welker aanleg moet worden en hier, op een paar in het rapport genoemde uitzonderingen na, is vermeden) de mogelijkheid van uitpersing en verzakking - bepaaldelijk uit hoofde van de onderlaag blaauwe klei met hare bijmengselen, omtrent welker draagvermogen twijfel niet was uitgesloten - niet kon worden ontkend, het ontstaan van dergelijke ramp niet waarschijnlijk te achten was;

O. dat verder, naar het oordeel van deskundigen, daar waar alleen mogelijkheid, geen waarschijnlijkheid van de ramp, die heeft plaatsgehad, bestond, het niet nemen van meerdere en uit den aard der zaak zeer kostbare voorzorgsmaatregelen bij den aanleg van het werk voldoende is geregvaardigd, daar toch onder gebrekkige aanleg moet worden verstaan eene zoodanige wijze van werken, dat met zekerheid of althans met groote waarschijnlijkheid kan en moet voorzien worden, dat het werk niet aan zijne bestemming zal beantwoorden of dat daardoor rampen zullen ontstaan;

O. dat de Hooge Raad zich met deze *beschouwingen* der deskundigen niet vereenigt; dat toch ieder, die een werk aanlegt op eigen grond, krachtens het beginsel van art. 625 B.W. - eerbiediging van eens anders regt bij het gebruik van eigen zaak - dit zóó moet aanleggen, dat schade, door het werk aan eens anders eigendommen toe te brengen en als mogelijk te voorzien, worde voorkomen;

dat het er niet toe doet of die mogelijke schade bij den aanleg van het werk min of meer waarschijnlijk is te achten, waar vaststaat, gelijk hier (op grond der feitelijke bevindingen van de deskundigen: 1°. dat zij als mogelijk kon worden voorzien; 2°. dat zij door het nemen van meerdere voorzorgsmaatregelen, hoe 'kostbaar' dan ook, had kunnen worden voorkomen;

dat, waar dit een en ander het geval is, het nalaten van de vereischte voorzorgsmaatregelen aantoon, dat het werk, voor zooveel de regten van derden betreft, op gebrekkige wijze is aangelegd, terwijl de aanlegger voor de schade, door die nalatigheid ontstaan, verantwoordelijk is?.

14. E.M.Meijers, De betekenis der elementen 'waarschijnlijkheid' en 'schuld' voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad', *WPNR* 3442-3445 (1935/36), sub XII; *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen III*, 1955, p. 244.

15. Asser-Scholten, *Zakenrecht II*, 8e dr. (1945), p. 123.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

De staat legt zich hier niet bij neer en vraagt 'revisie' aan, en rechtsmiddel dat indertijd bestond. De staat brengt andermaal naar voren, het standpunt van de deskundigen dat het werk, de aangelegde spoorbaan, niet als 'gebrekkig' beschouwd moet worden, omdat 'onder gebrekkigen aanleg (alléén) moet verstaan worden eene zoodanige wijze van werken, dat met zekerheid of althans met groote waarschijnlijkheid kan en moet voorzien worden, dat daardoor rampen zullen ontstaan'. De hoge raad overweegt daaromtrent:

'O. dat de Hooge Raad zich bij het bestreden arrest niet met deze opvatting der deskundigen omtrent het wezen van het verzuim of de nalatigheid, die ingevolge de wet tot schadeloosstelling verplicht, heeft vereenigd, maar daarentegen, ook naar het oordeel van den Raad in revisie, teregt heeft aangenomen, dat bij den aanleg van een zoodanig werk als waarvan in dit geding spraak is, een werk, waarbij het niet aanwenden van de noodige voorzorgsmaatregelen zeer ernstige gevolgen voor eigenaars van aangrenzende percelen kan hebben, hij, die het werk op zijn grond aangelegt, aansprakelijk is voor het gevaar waaraan elk verzuim van die maatregelen deze eigenaar blootstelt;

dat daarbij tevens teregt is verstaan, dat de aansprakelijkheid voor het verzuim van de bedoelde min of meer kostbare voorzorgsmaatregelen niet daarvan afhankelijk is, of het gevaar met zekerheid of althans met groote waarschijnlijkheid te voorzien is, maar dat zij bestaat in alle gevallen, waarin schade als mogelijk kon worden voorzien en door het nemen van meerdere voorzorgsmaatregelen kon worden voorkomen;

dat toch ieder bij het gebruik maken van zijn eigendomsregt dat van anderen behoort te eerbiedigen en dat dus, waar hij bij dat gebruik nalaat te doen wat die eerbiediging van een anders regt van hem vordert, zoodanige nalatigheid bestaat, waarvan de schadelijke gevolgen krachtens art. 1402 B.W. voor zijne rekening komen;'

Aan het begin van deze eeuw is deze rechtspraak bevestigd in een uitspraak van het Hof Amsterdam, wederom met betrekking tot een verzakkende spoorbaan. Het hof werd in 1902 het geval voorgelegd dat als gevolg van de aanleg van een spoorbaan in Hillegersberg de naburige grond en bouwwerken van eiser opwaarts en zijwaarts geperst werd, waarop deze zijn schade op de spoorwegen wil verhalen.¹⁶ Het hof overweegt:

'dat daarom de aanlegger van het werk tegenover hem, op wiens regt inbreuk is gemaakt schadeplichtig wordt en daaraan slechts kan ontkomen door, waar dit mogelijk is, afdoende maatregelen te nemen ter voorkoming van die rechtschennende gevolgen, zoo niet, het werk na te laten, hetgeen noch het één noch het ander door de Spoorwegmaatschappij is gedaan;

O. dat nu; blijkens het bovenstaande, de inbreuk op eens anders recht als te voorziene gevolg der ophooging en met het niet nemen van voorzorgsmaatregelen, de schadeplicht in het leven roept, ook niet in de dagvaarding behoeft te worden opgenomen, ten einde den eischer in zijne vordering ontvankelijk te maken, dat geen afdoende maatregelen ter voorkoming van de schade zijn genomen, veel minder welke maatregelen door de gedaagde maatschappij zijn verzuimd, terwijl bovendien door te stellen dat de gevolgen zijn ingetreden, in casu wel is gesteld, dat geen afdoende maatregelen ter voorkoming dier gevolgen zijn genomen;

O. wat betreft het feit dat de schade was te voorzien, dat dit wel niet met zooveel woorden is gesteld, doch uit het geheele samenstel der dagvaarding bepaaldelijk ook uit de beweerde nalatigheid en onvoorzichtigheid genoegzaam volgt, dat der Spoorwegmaatschappij slechts is ten laste gelegd eene handeling, waarvan de schadelijke gevolgen waren te voorzien, daar anders van nalatigheid of onvoorzichtigheid geen sprake kon zijn.'

16. Hof Amsterdam 31 jan. 1902, W 7746, *Hollandsche IJzeren Spoorweg-Maatschappij - van Puffelen en Van Hattem*.

§8. AANSPRAKELIJKHEID MIJNEXPLOITANT VOOR BODEMSCHADE

Omstreeks dezelfde tijd werd een uitspraak over een vergelijkbaar schadegeval gedaan: schade die ontstaat als gevolg van bouwwerkzaamheden op het belendende perceel. Het arrest van het Hof Arnhem van 11 dec. 1907 handelde over een eigenaar (aannemer) van een huis dat 16 jaar oud en in goede staat was die schade ondervond door de bouw van een loods voor meubelopslag direkt naast dat huis.¹⁷ Er ontstonden scheuren in muren door verzakking. Nu was denkbaar dat het huis gebreken in de fundering had die eerst aan het licht kwamen bij de bouw op het naburige perceel; de rechtbank was dan ook van oordeel dat de huiseigenaar moest aantonen door welk onvoorzichtig handelen van de buurman zijn schade veroorzaakt was. Het hof verwerpt deze zienswijze, en stelt na een afweging van de belangen van beide partijen de huiseigenaar in het gelijk:

‘O. dat waar nu in casu appellant stelt, dat zijn huis is gebouwd zooals met inachtneming van de rechten van den eigenaar van het naastliggende erf gebruikelijk is, welke stelling ligt opgesloten in zijne stelling, dat zijn huis goed en deugdelijk gebouwd is, hij voldoende feiten voor de schuld van geïntimeerde aan de in zijn huis ontstane gebreken ten gevolge van verzakking heeft gesteld, daar, mocht appellant zijne stelling bewijzen de ervaring leert dat de verzakking niet alleen is het gevolg van den bouw van geïntimeerde, maar ook van, ten aanzien van appellants huis geplaagde onvoorzichtigheid en gebrek aan voorzorg bij dien bouw;

O. dat appellant dus volstaan kon met, enerzijds aan te toonen, dat zijn bouw goed en deugdelijk, en derhalve met inachtneming van de plaatselijke gebruiken ten aanzien van bouwen, op voor bouwterrein bestemde, in de bebouwde kom der gemeente Arnhem gelegen gronden, is gebouwd, en dat het de beklagde gebreken eerst heeft vertoond, tijdens en na den bouw van geïntimeerde, wjl op grond van de lessen der ondervinding hieruit het vermoeden moet worden getrokken, dat bij den bouw van geïntimeerde, in strijd met art. 625 B.W. geene rekening is gehouden met de rechten van appellant, onverminderd geïntimeerdes bevoegdheid om aan te toonen, dat dat vermoeden in het onderwerpelijke geval niet van toepassing is, en er aan hunne zijde geen schuld aanwezig is.’

De huiseigenaar (appellant) wordt vervolgens toegelaten om te bewijzen dat de verzakkingsverschijnselen aan zijn huis zich eerst tijdens en na de bouw van de meubel-loods voorgedaan hebben. Hij moet ook bewijzen dat zijn huis deugdelijk gebouwd was; daaromtrent overweeg het hof:

‘dat, mocht dit bewijs door appellant geleverd zijn, hij zal hebben te bewijzen, dat hij stelt, zijn huis goed en deugdelijk, d.i. met inachtneming der plaatselijke gebruiken ten aanzien van de rechten des nabuurs, gebouwd is welk bewijs niet, zooals appellant schijnt te meenen, reeds voortvloeit uit het gedurende 16 jaren niet voorkomen van gebreken in zijn huis, wjl hieruit niet volgt dat hij, bouwende, rekening heeft gehouden met het recht van zijn buurman om eveneens te bouwen, staande het hem niet vrij door slecht te bouwen het terrein ongeschikt of minderwaardig te maken.’

Dat laatste bewijs zal door deskundigen geleverd moeten worden, besluit het hof.

Dit arrest is vrij uitvoerig weergegeven, aangezien dit vandaag de dag nog steeds het modale verzakkingsschade-geval weergeeft, als gevolg van aardgaswinning in het Noorden des lands. Het verweer van de mijnexploitant is steevast

17. Hof Arnhem 11 dec. 1907, *De Ruijter - NV Meubeltransport Maatschappij De Gruijter & Co.*

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

dat de schade, het scheuren van buitenmuren, te wijten is aan de slechte constructie van het pand of het gebrekkige onderhoud.

Het arnhemse arrest heeft in de decennia die volgden navolging, en verdere nuancering, gevonden in de lagere rechtspraak. Het thema komt aan de orde in het vonnis van de Rechtbank Rotterdam uit 1933¹⁸; bouwschade werd vermoedelijk (mede) veroorzaakt door de slechte staat waarin het gebouw zich bevond. De rechtbank gaat uit van de algemene verplichting voor een eigenaar van een gebouw om schade te beperken, evenals van de verplichting van een derde om geen schade aan andersmans eigendom toe te brengen. De rechtbank overweegt dan:

‘O. dat het gevolg hiervan is dat degene die dermate zorgeloos of onverschillig is, dat hij een gebouw in een toestand laat, dat daardoor het normale gebruiksrecht van zijn buurman eenigszins belangrijk geknot wordt, van deze zorgeloosheid of onverschilligheid zelf het risico heeft te dragen, hetwelk echter niet wegneemt dat de buurman, als hij zijne rechten gaat uitoefenen, alles moet doen wat redelijkerwijze van hem, met het oog op den toestand van dat in slechten toestand zijnde gebouw, kan worden gevergd, rustende op den bezitter van dit gebouw de verplichting al het mogelijke te doen, om eventuele schade te helpen voorkomen of beperken;

O. dat dientengevolge de hoofdvraag in deze procedure daarop neerkomt: ‘Heeft gedaagde in dezen alle die maatregelen genomen, die in redelijkheid van haar, als van een weldenkend goed huisvader mochten worden gevergd’ en de Rechtb. in dezen deskundige voorlichting gewenscht acht.’

Vervolgens wordt deskundigenonderzoek gelast.

Een variant op het thema vormt een geval voor de haagse rechtbank uit 1918, waar als gevolg van werkzaamheden op het terrein van de buurman (inzouten en bewaren van spinazie) zout gemorst wordt en in de bodem opgenomen wordt, met als gevolg dat het grondwater van de buurman onbruikbaar wordt en zijn bomen afsterven.¹⁹ De benadeelde eiser hoeft niet aan te geven welke maatregelen de buurman had moeten treffen om schade op zijn terrein te voorkomen, ‘omdat hiervoor onder andere een kennis van de inrichting van gedaagdes terrein nodig zou zijn, die eiser zich misschien niet kan verschaffen, en bovendien die maatregelen verschillend kunnen zijn, terwijl gedaagde niet beweert, dat zulke maatregelen niet te nemen zouden zijn geweest en de rechtbank deze ook wel mogelijk acht’.

Dat dit nog steeds geldend recht is blijkt een arrest van de hoge raad uit 1973 in een soortgelijk geval, *Boerenleenbank - van de Reek*, dat hierboven al ter sprake kwam, evenals een voorloper uit 1930.²⁰

Wij zagen dat de rechtspraak aan het begin van de eeuw bij de uitleg van art. 15 Mijwv, na een korte periode van aansluiting bij de figuur van risico-aansprakelijkheid (zelfs absolute aansprakelijkheid) uit het franse recht, gekozen heeft

18. Rb. Rotterdam 8 april 1932, *NJ* 1933, 1073, *Moonen & Van Pelt's kantoorboekhandel - Rotterdamse Aannemings Mij.* Vgl. ook Rb. Rotterdam 22 nov. 1926, *NJ* 1927, 1348, *Internat. Maatschappij van Onroerend Goed - Middendorp.*

19. Rb Den Haag 14 nov. 1918, *NJ* 1922, 147, *De Kluyver - Ravensbergen.*

20. HR 9 mrt 1973, *NJ* 1973, 464, nt PZ, in dezelfde zin het arrest uit 1930, *Heimans - Wallich en Matthes & Zn*, zie boven, Hfdst. 10, § 2, nr 8.

§8. AANSPRAKELIJKHEID MIJNEXPLOITANT VOOR BODEMSCHADE

voor het vermoeden van schuld van de mijnexploitant en daarbij het beroep op overmacht aan strenge eisen onderwerpt.

Men zou zich tegenwoordig kunnen afvragen of die oude rechtspraak nog wel gezaghebbend is, en of hier geen sprake is van een aanleunen tegen het franse recht dat zich niet verdraagt met ons algemene aansprakelijkheidsrecht, waar toch het schuldvereiste het uitgangspunt is, terwijl de bewijslast op de geleederde partij, de eiser, berust.

Deze vraag dient ontkennend beantwoord te worden; de rechtspraak van de Hoge Raad inzake bovengrondse bodemverzakkingen sinds 1881, die daarin gevolgd wordt door hoven en rechtbanken, is duidelijk in dezelfde zin gevestigd. Meijers wees er al op in 1936, zoals wij eerder zagen, en ook Paul Scholten besteedde aandacht aan dit fenomeen. In zijn *Zakenrecht* signaleert hij het 'construeren van schuld' door de rechter, 'waar de billijkheid eist dat de schade ten laste der (spoorweg)maatschappij wordt gebracht en deze anders in ons stelsel geen grond heeft'.²¹ Hij concludeert: 'Hier is een risico-aansprakelijkheid in het kleed van een aansprakelijkheid voor onrechtmatig, aan schuld te wijten handelen'. Ook Meijers constateert dat de eis die in de rechtspraak gesteld wordt, dat men voorzorgsmaatregelen, hoe kostbaar ook, moet nemen of anders van de exploitatie afzien 'veelal een fictie is'; 'in werkelijkheid gaat deze aansprakelijkheid, gelijk reeds dikwijls opgemerkt is, op een buiten schuld lijken' (t.a.p.). Een dergelijke vorm van aansprakelijkheid heb ik eerder eens als *pseudo-risico-aansprakelijkheid* getypeerd; deze komt veel voor waar sprake is van het doen ontstaan van een gevaarssituatie, in het verkeer, op het werk of in het milieu.²² Naar geldend recht is er ruimte voor een dergelijke stroming in het aansprakelijkheidsrecht; art. 6:162 BW biedt in lid 3 als grond voor aansprakelijkheid naast schuld, de verkeersopvatting.²³

Belangrijker is evenwel, dat de hoge raad de laatste jaren dezelfde lijn volgt bij onrechtmatig handelen dat leidt tot inbreuk op een subjectief recht van een derde, doorgaans het recht van eigendom. Op dit terrein wordt veel eerder aansprakelijkheid aangenomen wegens schending van een zorgvuldigheidsverplichting dan bij onrechtmatig handelen in het algemeen het geval is, ook indien de schuld in de zin van verwijtbaarheid van de dader niet vast staat, noch de omstandigheden waaronder de handeling plaatsvond; aan voorzienbaarheid van de schade worden zeer lichte, of in het geheel geen eisen gesteld. Het zijn meestal gevallen die zich tussen burens voordoen, en kunnen ook onder de figuur van hinder gebracht worden.

Deze jurisprudentie, die in de literatuur vrij onbekend (en dus onbemind) is, vraagt om een korte bespreking. Zij kwam ook elders ter sprake, maar wordt hier terwille van de samenhang kort besproken.

In het arrest van de hoge raad van 4 nov. 1988, *NJ* 1989, 854, nt CJHB, *Schols - Heijnen*, is sprake van een aardverschuiving bij een talud dat twee erven (in het Limburgse) scheidt, waarbij een grote hoeveelheid grond, takken en stukken steen van de hoger gelegen tuin van Schols terechtkomen in de lager gelegen tuin van Heijnen, die verwijdering vordert van het materiaal. De hoge raad

21. Asser-Scholten II, *Zakenrecht* (1945), p.123.

22. Zie boven, Hfdst. 10, § 2, nr 7; Hfdst. 12, § 1, nr 5; § 5, nr 1; § 7, nr 1.

23. Zie boven, Hfdst. 10, § 3, nr 4.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

neemt hier, op dezelfde wijze als in een arrest van 1982 inzake een omgevallen boom, aan dat de eigenaar van de zaak die op het perceel van een ander terecht gekomen is verplicht is die te verwijderen, ongeacht of hem enig verwijt treft.²⁴ Zelfs enig toedoen of nalaten is niet vereist; in casu was onduidelijk wat de oorzaak van de verzakking was. Heijnen beweert dat het 'kaalslag' van het talud door Schols was, maar kan dat niet bewijzen. Het gaat hier om inbreuk op het eigendomsrecht van Heijnen; de hoge raad gaat zeer ver in het aansprakelijk stellen van de gedaagde, ook al is de oorzaak van de schade niet komen vast te staan. Ook de opgelegde verplichting tot verwijdering is ruim gesteld, zelfs zaken die degeen die inbreuk pleegt niet toebehoren dienen door hem verwijderd te worden. In casu was door de verzakking materiaal meegesleept waarvan niet vastgesteld kon worden van welk perceel het afkomstig was geweest ('de onmogelijkheid het in de tuin van Heijnen neergekomen materiaal te identificeren').

Het arrest is een fraai voorbeeld van aansprakelijkheid zonder schuld. In zijn noot wijst Brunner op de overeenkomstige regeling van § 1004 BGB (Burgerlijk Wetboek) in het Duitse recht; in de Duitse rechtspraak wordt volgens Brunner wel het vereiste van een causaal verband gesteld: vastgesteld moet worden dat de stoornis door de eigenaar van de zaak veroorzaakt is. Overigens kent het Duitse recht ook een vorm van aansprakelijkheid zonder schuld in het Burenrecht, § 906 BGB.

Recentelijk heeft de Staat dezelfde benadering gevolgd bij het instellen van verhaalsaktes als gevolg van het opruimen van een wrak (een kraan) dat het scheepvaartverkeer in gevaar bracht, hetgeen 23 jaar na dato gebeurde.²⁵ Het Hof had de Staat opgedragen om te bewijzen dat de opruiming van de kraan in 1987 noodzakelijk was met het oog op de veiligheid van het scheepvaartverkeer ter plaatse. De Staat gaat hiertegen in cassatie en beroept zich daarbij op het standpunt dat de Hoge Raad in de zoëven besproken arresten van 1982 en 1988 neergelegd had, de verwijderingsplicht zonder schuld.

De cassatierechter overweegt in *Staat - De Meijer* daaromtrent:

'De voor dergelijke gevallen geformuleerde regel is niet zonder meer van toepassing in de situatie dat een voorwerp is terechtgekomen op de bodem van een vaarwater, zonder dat de eigenaar van dat voorwerp daarvan een verwijt valt te maken. In dat geval zal voor diens aansprakelijkheid voor de kosten van opruiming in beginsel vereist zijn dat de beheerder van het water stelt, en zo nodig bewijst, dat de gevaren verbonden aan het niet verwijderen van dat voorwerp zo groot zijn dat zij hem redelijkerwijs tot verwijdering noopten. Het voorgaande brengt mee dat de door het onderdeel verdedigde opvatting niet als juist kan worden aanvaard' (ov. 3.5, in fine).

Overgebracht naar onze casus van de bodemschade op vaste grond eventueel (ook in het verre verleden), kan men stellen dat de hoge raad hier (wederom)

24. Vgl. HR 7 mei 1982, NJ 1983, 478, *Trechsel - Laméris*. Zie voor deze materie ook boven, Hfdst. 10, § 2, nr 9.

25. HR 14 okt. 1994, NJ 1995, 720, nt MS, *Staat - August de Meijer BV*; de opruimingskosten waren f 332.365,-. Vgl. ook J. Spier, WPNR 6168 (1995), die toepassingsmogelijkheden van het arrest ziet bij bodemvervuiling uit het verleden, omdat men op die wijze de leer van de HR inzake het relativiteitsvereiste zou kunnen omzeilen.

§8. AANSPRAKELIJKHEID MIJNEXPLOITANT VOOR BODEMSCHADE

aansprakelijkheid zonder schuld aanvaardt, en slechts op de eiser die schadevergoeding vordert 'in beginsel' de stelplicht en zo nodig, de bewijslast, legt met betrekking tot de noodzaak tot verwijdering van het wrak wegens de veiligheid van het verkeer. Dat laatste lijkt in ons geval van bodemschade door mijnwerkzaamheden eveneens aan de orde te zijn: zeker waar het de lagere overheid betreft die belast is met de verzorging van de waterhuishouding of de zeekering, maar toch ook bij schade van particulieren, waar veiligheidsaspecten bij verzakkingen kunnen meespelen.

Wij kunnen uit het arrest van 1994 concluderen dat de regel van aansprakelijkheid zonder schuld bij inbreuk op de eigendom van een ander ook van toepassing is indien *niet van buren sprake is*; de regel kan ook op een situatie 'in den natte'²⁶ toegepast worden, terwijl evenmin van belang is dat de schade lang geleden toegebracht werd door het voorwerp in kwestie.

Er is nog meer jurisprudentie die voor onze casus van belang is. Indien wij nagaan welke opvatting de hoge raad heeft ten aanzien van inbreuk op subjektieve rechten in de vorm van watervervuiling en wateroverlast, zien wij eveneens de boven beschreven, van oudsher ingenomen visie gevolgd worden, zij het meer impliciet.

In het arrest *Voorste Stroom VI* uit 1943 vinden wij de aansprakelijkheid zonder schuld neergelegd, in een formulering die de laatste jaren herhaaldelijk in de jurisprudentie in zake overheidsaansprakelijkheid terug te vinden is. De Gemeente Tilburg had afgezien van de aanleg van een rioolzuiveringsinstallatie aangezien de financiële middelen daartoe ontbraken en had een minder kostbare oplossing gevolgd (gevolgd door lozing van het rioolwater in de rivier); zij beriep zich tegenover gedupeerde bewoners van de oevers van de Voorste Stroom op een noodtoestand. Dit verweer werd door de hoge raad verworpen, met de overweging:

'dat de Gemeente dusdoende een gedragslijn volgde, welke weliswaar van uit het oogpunt der door haar te behartigen gemeentebelangen volkomen gerechtvaardigd en zelfs geboden kon zijn, doch waarvan tegenover den eigenaar van een bedreigd perceel de eventuele nadelige gevolgen, die daaruit voor deze mochten voortvloeien, voor haar rekening behoren te komen.'²⁶

Een arrest uit 1967, *Van Arragon - Van de Ven*, betrof de volgende casus. Van Arragon is eigenaar van het bij Apeldoorn gelegen landgoed 'De Rotterdamse Kopermolen'. Op het landgoed bevindt zich een vijvercomplex, waarmee enige beken in open verbinding staan; aan één kant van het vijvercomplex is van oudsher een stenen stuw die het wegstromen van het beekwater belet, waardoor het waterpeil in de beken wordt verhoogd. Nadat Van Arragon de beken heeft doen schonen ondervindt Van de Ven, die landerijen langs de beken heeft, overlast van de te hoge grondwaterstand als gevolg van het hoge waterpeil in de beken in de natte perioden; een gedeelte van zijn landerijen kan daardoor niet worden geëxploiteerd.

De hoge raad overweegt als volgt:

26. HR 19 mrt 1943, *NJ* 1943, 312, *Gem. Tilburg - Haas c.s.*

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

‘dat het hof, uitgaande van de vaststelling in het eindarrest, dat de door het schonen der beken verhoogde watertoevoer met handhaving van de bij de vijvers voor de kunstmatige opstuwing van het water aanwezige inrichting een drassigheid van het land van Van de Ven tot gevolg had, die voor de exploitatie daarvan een onduldbare belemmering betekende, terecht als een onrechtmatige daad heeft beschouwd dat Van Arragon bij of na het schonen der beken naliet ten aanzien van de bij zijn vijvercomplex voor de opstuwing van het water aanwezige kunstwerken de maatregelen te nemen, die de aan Van de Ven berokkende wateroverlast konden wegnemen, welke maatregelen door Van Arragon blijkens hetgeen het hof in zijn eindarrest heeft overwogen aangaande de daarbij betrokken belangen van Van Arragon zelf ook zonder ernstige bezwaren voor die belangen hadden kunnen worden genomen’.

Men ziet dat hier het nalaten van het nemen van maatregelen ter voorkoming van schade aan de buurman de doorslag geeft, zonder dat woorden vuil gemaakt worden aan begrippen als schuld en voorzienbaarheid. Ook de kosten van de te nemen maatregelen komen niet aan de orde; voldoende is dat er geen ernstige bezwaren voor de belangen van de eigenaar van het vijvercomplex, Van Arragon, zijn.²⁷

In zijn noot werpt Beekhuis de vraag op of het niet redelijk zou zijn dat de buurman, in wiens belang maatregelen ter beperking van schade getroffen dienen te worden, zou bijdragen in de kosten ervan; hij verwijst daarbij naar het arrest van 1930 inzake de heiwerkzaamheden, door hem in zijn handboek besproken (*Heimans - Wallich c.s.*), dat hierboven al aan de orde kwam. Naar mijn mening is die verwijzing ten onrechte, en de opvatting aanvechtbaar. De hoge raad had, zoals wij zagen, in dat arrest immers bepaald dat het heibedrijf alle schade die de buurman zou lijden voor zijn rekening diende te nemen (in dezelfde zin het arrest van 1971, *Boerenleenbank - Van de Reek*).

Een ander aspect van de jurisprudentie van de hoge raad op het gebied van onrechtmatige daad is ook van groot belang voor bodemschade-zaken, namelijk het verlichten, en soms zelfs opheffen van het vereiste van bewijs van causaal verband, indien sprake is van het schenden van verkeers- en veiligheidsnormen. In de meest sprekende gevallen uit de recente rechtspraak (inzake medische aansprakelijkheid) komt de rechter aldus niet eens aan de bewijsvraag toe, en kan de aansprakelijkheid direct uitgesproken worden. De toon werd hier gezet in het *Versluis*-arrest van 1980; recente spectaculaire uitwerkingen van die regel vonden plaats in de arresten *Jumbo III* en *Ziekenhuis De Heel*.²⁸ Niet alleen *geschreven* veiligheidsnormen zijn hier in het geding, zoals men tot voorkort algemeen meende, ook in geval van *ongeschreven* veiligheidsnormen geldt de regel dat men bij schending van zo'n norm ook aansprakelijk is voor schade van uitzonderlijke aard. Het is overigens opmerkelijk dat Boekhold in zijn dissertatie

27. HR 17 febr. 1967, *NJ* 1968, 101, nt JHB. Zie ook de noot van Beekhuis, die het arrest in de context van art. 673 oud BW plaatst.

28. Zie resp.: HR 2 nov. 1979, *NJ* 1980, 77, nt GJS, *Versluis*; HR 1 dec. 1993, *NJ* 1995, 182, nt CJHB, *Jumbo III*; HR 13 jan. 1995, *NJ* 1997, 75, nt CJHB, *Ziekenhuis De Heel - Korver c.s.* Zie voor deze materie, mijn artikelen in *AA* 1995, p. 672; *NJB* 1995, p. 1137 v., en onder: §11, nr 1. Deze rechtspraak is ook voor de bewijslastverdeling in het algemeen van groot belang, met name de figuur dat de rechter aan bewijslastverdeling, d.w.z. bewijsopdracht aan de dader, niet eens hoeft toe te komen, dus ook niet aan omkering van de bewijslast. Zie ook boven, § 1, nr 7.

§8. AANSPRAKELIJKHEID MIJNEXPLOITANT VOOR BODEMSCHADE

van 1912 al op de mogelijkheid wijst dat schending van een de exploitant opgelegd voorschrift tot een vermoeden van schuld leidt, met omkering van de bewijslast.

In geval van mijnexploitatie kan men hierbij in de eerste plaats denken aan overtreding van voorschriften in het Mijnreglement van 1964 inzake verkeer en veiligheid, in aansluiting op de Mijnwet van 1903: het tegengaan van gevaar, schade of hinder. Dit is zowel op ondergrondse als bovengrondse werken gericht.²⁹ Dergelijke voorwaarden kunnen ook in de mijnconcessie opgenomen zijn, doorgaans met de frase dat geen ongerief of nadeel aan eigendom van derden toegebracht mag worden; ook indien de term 'zoveel mogelijk voorkomen' gebruikt wordt, is duidelijk dat het hier om een verplichting gaat, waarbij hoogstens een beroep op overmacht openstaat.

3. *Conclusies. Rechtsvergelijkende kanttekeningen met betrekking tot de Mijnwet. Alternatieve schaderegelingen. De nieuwe Mijnbouwwet (2003)*

De conclusie die getrokken kan worden uit het bovenstaande is derhalve dat op grond van de jurisprudentie van de hoge raad, een bodemeigenaar die schade lijdt als gevolg van de winning van delfstoffen naast een beroep op een rechtsregel met de strekking van art.15 (oud) Mijnwet 1810 in de eerder besproken zin (risiko-aansprakelijkheid, subsidiair vermoeden van schuld met omkering van bewijslast) zich kan beroepen op schending van zijn eigendomsrecht door de werkzaamheden van de naburige mijn waardoor een gevaarlijke situatie is ontstaan, zonder dat hij daartoe de schuld van exploitant hoeft te stellen en bewijzen, althans deze besloten ligt in de omstandigheid dat er schade is ontstaan als gevolg van de werkzaamheden. Het causaal verband tussen mijnexploitatie en zijn schade hoeft de eisende partij niet aan te tonen en wordt voorondersteld, aangezien de exploitant een veiligheidsnorm geschonden heeft, d.w.z. een voorschrift ter voorkoming van gevaar, hinder en schade aan derden. Dat voorschrift is neergelegd in de concessie die verleend werd, in samenhang met vergelijkbare voorschriften in het Mijnreglement 1964. Aldus bestaat aansprakelijkheid voor schade, ook indien deze van uitzonderlijke aard is, dus niet voorzienbaar was. De schade kan het gevolg zijn van een samenloop van omstandigheden, die uiterst toevallig zijn. Het overmachtsberoep is hierbij zeer beperkt; bepalend is of de schade-oorzaak in de risico-sfeer van de gedaagde ligt. Geen overmacht vormen bijvoorbeeld: een storm die een boom velt; de omstandigheden waaronder een wrak in het vaarwater gekomen is, of een talud is gaan verzakken; gebrek aan financiële middelen om schade te voorkomen.

Voor toekomstige concessieverleningen is het zaak om dergelijke voorwaarden met betrekking tot gevaar, schade en hinder helder te formuleren, aangezien deze voor de rechtspositie van derden-benadeelden van groot belang zijn.

Al sinds het einde van de jaren tachtig bestaat er verschil van inzicht tussen het ministerie van Economische Zaken (verder te noemen: EZ) en Gedeputeerde Staten (GS) van de Noordelijke provincies over het karakter van de in de concessie voor winning van delfstoffen op te nemen voorwaarden, waar het betreft

29. Zie uitvoeriger mijn Rapport 1996, p.24 v., ook voor de betekenis van concessievoorwaarden.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

mogelijke schade aan derden. Het standpunt van GS van Friesland werd in de loop der jaren ook verwoord door Kamerleden en vele indieners van bezwaarschriften. Dat standpunt komt in hoofdlijnen hierop neer, dat in de concessie een regeling getroffen zou moeten worden inzake omkering van de bewijslast ten gunste van een derde/schadelijdende partij, en het doen instellen van een schadefonds/garantiefonds met het oog op mogelijke schade. Ook is men voorstander van het opnemen van maatregelen in de concessie met betrekking tot de vaststelling van de schade aan eigendom van derden of het meten van bodemdaling met geavanceerde methoden (zgn. 'tiltmeters').

Het ministerie van EZ heeft telkenmale in reactie daarop het standpunt ingenomen, kort gezegd, dat aangezien volgens ervaringsgegevens de bodemdaling die als gevolg van mijnbouwactiviteiten zoals gaswinning (en zoutwinning) gering zal zijn en dermate geleidelijk en gelijkmatig zal verlopen, schade aan infrastructuur en bebouwing niet te verwachten valt. Voor het geval toch schade mocht optreden, dient deze volgens de regels van het burgerlijk recht te worden afgehandeld, en zo nodig voor de burgerlijke rechter. Een concessieverlening heeft een publiekrechtelijk karakter, waarbij geen plaats is voor privaatrechtelijke regelingen als omkering van de bewijslast en vorming van een schadefonds. Slechts maatregelen in technische zin, gericht op veiligheid zijn aan de orde voor EZ.³⁰

Het standpunt van de minister van EZ is op verschillende punten in strijd met het geldende mijnrecht, zoals neergelegd in de Mijnwet 1810 en 1903, en het Mijnreglement 1964, alsook in strijd met de gangbare concessievoorwaarden, in samenhang met die wetgeving. Het is eveneens strijdig met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name het gelijkheidsbeginsel, terwijl het ook ingaat tegen het geldende aansprakelijkheidsrecht in algemene zin. Dit heeft overigens tot gevolg dat EZ (de Staat) aansprakelijk gesteld kan worden voor de schadelijke gevolgen die daaruit voortvloeien.

Er zou namelijk sprake van rechtsongelijkheid kunnen zijn in het geval een schaderegeling een betere voorziening inhoudt voor schade die door overheid-slichamen geleden wordt (infra-structurele werken, e.d.), dan voor schade door particulieren ondervonden. Bij de bestaande schaderegelingen, zoals de overeenkomst tussen NAM en de Provincie Groningen van 1983, kunnen particulieren toetreden. In de praktijk hebben particulieren, naar verluidt, slechts bij uitzondering compensatie voor bodemschade gekregen.

Het is de vraag in hoever de herziening van de Mijnwet op dit punt soulaas zal gaan bieden; het voorontwerp dat sinds voorjaar 1997 in roulatie is, biedt echter weinig hoop op een goede schaderegeling. De ontwerpers menen dat met het invoeren van risico-aansprakelijkheid aan de bestaande behoeften voldaan is. Dat vormt slechts een legalisatie van het geldende recht, terwijl het juist aankomt op andere verbeteringen, waarin buitenlandse wetgevers ons voorgingen, met name de Duitse wetgever met de Mijnwet van 1980 (zie onder).

Er is nog een lange weg te gaan. De ambtenaren van EZ hebben een grote reputatie wat hun inlevingsvermogen voor de noden van het (grote) bedrijfsleven

30. Zie mijn rapport 1996, p. 37 v.

§8. AANSPRAKELIJKHEID MIJNEXPLOITANT VOOR BODEMSCHADE

betreft; wat de belangen van burgers die schade lijden betreft is dat nog nooit zo opgevallen, de laatste decennia.

De bovenstaande passage verscheen in een eerdere druk van dit boek; in 2002 kwam de herziening van de Mijnwet in een laatste fase, die hieronder nog beschreven wordt, in nr 4.

Aansprakelijkheid volgens de Mijnwet; rechtsvergelijkende kanttekeningen

Hierboven werd betoogd dat het oude art.15 Mijnwet een *risiko-aansprakelijkheid* van de mijn-exploitant voor bodemschade inhield. Hier past een blik over de grenzen, in hoeverre deze positie van de mijn-exploitant overeenstemt met die in omringende landen. Dit is niet alleen van belang voor de wetsherziening die momenteel plaatsvindt, maar ook voor het plaatsen van aansprakelijkheid voor bodemschade naar geldend recht in in rechtsvergelijkende context.

Het franse recht kwam al even ter sprake, waar het de oude rechtspraak betrof, van de vorige eeuw en begin deze eeuw. Het is nu het moment om stil te staan bij het huidige franse recht. Voor de ontwikkeling van het geldend recht, ook nu art.15 Mijnwet 1810 is komen te vervallen, is het nog steeds van groot belang om kennis te nemen van het recht in onze buurlanden, met wie wij in de EG verbonden zijn.

In zijn *NJB*-artikel uit 1962 verwees Van Oppen naar de franse mijnliteratuur uit die tijd, handboeken die voor het merendeel geen recentere drukken gezien hebben.³¹ Aangezien deze werken niet op korte termijn beschikbaar waren, heb ik mij tot andere, wel beschikbare handboeken moeten beperken, die van Personnaz en Mazeaud-Chabas.³²

De franse Mijnwet van 1810 is in de loop der jaren gewijzigd een aangepast, zonder dat echter de voor ons onderwerp belangrijke artikelen een wijziging van betekenis ondergaan hebben. In 1928 werd in het kader van andere wijzigingen de tekst van art.15 verduidelijkt in het licht van de geldende rechtspraak; het woord 'ongevallen' werd vervangen door 'schade' (het stellen van een waarborg in het geval van..., etc.). Belangrijker is dat bij diezelfde wet een tweede lid aan het artikel toegevoegd werd dat bepaalt dat derden met bodemschade *collectief* het instellen van een waarborg terzake van schadevergoeding kunnen eisen. De wetgever ging daartoe over om mogelijke problemen met het recht van verenigingen op dit punt te voorkomen; als men bedenkt dat in ons recht de figuur van collectieve actie tot schadevergoeding pas recentelijk in rechtspraak en wetgeving erkend is, lijkt deze ingreep van de Franse wetgever geen overbodige luxe. De hoogte van de waarborgsom wordt overigens door de rechter vastgesteld, evenals de omvang van de schade die vergoed moet worden door de mijnexploitant, zoals door de Franse Hoge Raad in 1923 beslist werd. In het Franse recht wordt het stellen van een waarborgsom met het oog op

31. R. van Oppen, *NJB* 1962, p. 283; genoemd worden de handboeken mijnrecht van o.m. Aguilon, Delebecque, Michel et Bréchignac, en Féraud-Girardy.

32. J. Personnaz, *Droit des mines*, Librairies Techniques, Paris 1958, nr 292 v.; Mazeaud-Chabas, *Leçons de droit civil*, Tome II, 1, Obligations, théorie générale, Paris, 8e dr. 1991, nr 434.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

schadevergoedingsverplichtingen gezien als een privaatrechtelijke garantieverplichting van de mijnexploitant, die los staat van de maatregelen die de overheid hem kan opleggen om de veiligheid te waarborgen.³³

Bij de vaststelling van de 'Code minier' in 1956 werd art.15 Mijnwet 1810 integraal overgenomen als art. 74, met de in 1928 aangebrachte wijzigingen en toevoegingen. De aansprakelijkheid zonder schuld, alias risico-aansprakelijkheid, bleef daarbij gehandhaafd. Over de grondslag van die aansprakelijkheid vindt men bij Personnaz interessante beschouwingen, waarbij alle constructies die in rechtspraak en literatuur in de afgelopen eeuw bedacht werden, de revue passeren. De auteur zelf is voorstander van de aansprekende, meest eenvoudige oplossing: het gaat hier om 'une obligation légale de réparer du seul fait qu'il existe un dommage' (nr 299). In de praktijk komt het erop neer dat de bodemeigenaar slechts hoeft aan te tonen dat hij schade geleden heeft die aan de mijn toe te rekenen is ('un dommage imputable à la mine') zonder dat hij schuld van de mijn aan zijn schade hoeft te bewijzen (nr 301). De mijn mag een beroep op overmacht doen, hetgeen kan zijn de schuld van de bodemeigenaar zelf, een derde of een vroegere exploitant. Alleen indien die overmachtsgrond komt vast te staan, gaat de mijnexploitant vrijuit. Dat laatste is in de praktijk zelden het geval, betoogt Personnaz (nr 302); om overmacht te bewijzen, moet de mijn aantonen dat de vreemde oorzaak onvoorzienbaar en onweerstaanbaar was, zoals de franse jurisprudentie eist. Indien sprake is van een oorzaak die bij een derde gelegen is (het zgn. 'fait d'un tiers', een algemene overmachtsgrond), moet de exploitant aantonen dat dat de *enige* oorzaak van de schade is; ook dan moet voldaan zijn aan de eisen van onvoorzienbaarheid en onweerstaanbaarheid. Indien dat niet het geval is, wordt aansprakelijkheid voor de gehele schade bij de gedaagde exploitant gelegd; in dat geval heeft hij wel weer regres op de derdeveroorzaker. Aangezien veelal sprake is van verscheidene mijnexploitanten in een gebied waar bodemschade ontstaan is, is het van groot belang om van deze franse rechtspraak kennis te nemen. Het risico van het niet kunnen aantonen welke mijn-exploitant de veroorzaker van de schade in kwestie is, wordt op deze wijze gelegd bij het aangesproken mijnbedrijf, dat mogelijk de schade veroorzaakt heeft, en niet bij de bodemeigenaar die de schade geleden heeft. In het geval van bodemschade in Friesland kan men hierbij denken aan schade die mogelijk het gevolg is van zoutwinning, doch ook, of mede, veroorzaakt zou kunnen zijn door gaswinning in dezelfde regio.

De conclusie van Personnaz is veelzeggend: 'De ce qui procède, il résulte que l'élément fautive étant écarté, il suffit d'un préjudice réel et actuel du demandeur et d'un rapport de causalité pour engager la responsabilité de l'exploitant'.

In het belgisch recht heeft men in 1911 de franse Mijnwet van 1810 wijzigingen aangebracht bij wet van 5 juni 1911. Eén van de punten die verduidelijkt werd was de aansprakelijkheid van de mijnexploitant; in art.16 van de Wet van 1911 (thans art. 38 der samengeordende wetten) wordt bepaald: 'De concessionaris van een mijn is van rechtswege gehouden tot vergoeding van elke schade veroorzaakt door de in de mijn uitgevoerde werken'.

33. Zie voor deze materie: Personnaz, nr 292 v.

§8. AANSPRAKELIJKHEID MIJNEXPLOITANT VOOR BODEMSCHADE

Het Duitse recht kent eveneens een dergelijke absolute aansprakelijkheid in par. 148 Allgemeines Berggesetz für die Preussischen Staaten (ABG) van 1865, dat luidt:

‘Der Bergwerksbesitzer ist verpflichtet, für allen Schaden, welcher dem Grundeigentume oder dessen Zubehörungen durch den unterirdisch oder mittels Tagebaues geführten Betrieb des Bergwerks zugefügt wird, vollständige Entschädigung zu leisten, ohne Unterschied, ob der Betrieb unter dem beschädigten Grundstücke stattgefunden hat oder nicht, ob die Beschädigung von dem Bergwerksbesitzer verschuldigt ist und ob sie vorausgesehen werden konnte oder nicht....’

Het Zwitserse recht kent een soortgelijke regeling.

Het hierboven ingenomen standpunt dat art.15 (oud) Mijnwet risico-aansprakelijkheid van de mijnexploitant voor bodemschade inhoudt blijkt dus in overeenstemming te zijn met het recht in de buurlanden, zoals dat daar al jaar en dag geldt. De hier verdedigde opvatting voor het Nederlands recht is derhalve al-lerminst een buitenissige visie van wetsuitleg, waarmee men zijn tijd vooruit zou zijn.

Men kan zich intussen afvragen welk rendement van dat standpunt te verwachten valt in een geschil dat men in onze tijd met een mijnexploitant heeft. Gezien de belangen die de inzet van zo'n geschil zouden zijn - met bovendien nog de precedentwerking voor een vloed van andere zaken - en de omstandigheid dat er geen uitspraak van de hoge raad of een hof is waarop die uitleg gebaseerd kan worden, is het aannemelijk dat een aangesproken exploitant het bij een vordering tot schadevergoeding die op risico-aansprakelijkheid gebaseerd is op een proces zal laten aankomen. De rechter dient dan de knoop door te hakken; het belang van de zaak zal weer met zich brengen dat waarschijnlijk in alle instanties geprocedeerd zal gaan worden, hetgeen vele jaren zal vergen.

Het is dan ook aantrekkelijk voor een eiser om als subsidiaire grondslag voor een vordering de aansprakelijkheid op grond van vermoeden van schuld te nemen, met een beperkte mogelijkheid van een beroep op overmacht, de figuur die sinds 1920 hecht in de rechtspraak verankerd is. De besproken rechtszaken geven aan dat de positie van een eiser in een bodemschadezaak ook in geval van de vermoeden van schuldbenadering heel sterk is; dat is met name het geval omdat de rechter weliswaar risico-aansprakelijkheid niet echt aandurft, omdat hij meent dat met zoveel woorden in de wet te moeten kunnen lezen, maar toch hetzelfde resultaat wil bereiken.³⁴ Zoals eerder betoogd, is zo'n rechterlijke behoefte aan een duidelijke wetsbepaling zeer aanvechtbaar; dat die visie onjuist is blijkt uit de vele vormen van risico-aansprakelijkheid uit het oude BW die slechts op interpretatie berusten van een onduidelijke wetstekst.

Het geeft in dit verband te denken dat de (gepubliceerde) rechtspraak over mijnschade na het arrest van 1920 heel schaars is; dat wijst op een bevredigende grondslag voor een schadevergoedingsactie, al is het gissen vanwege de 'dark numbers' op dit terrein. Hierbij speelt een rol dat in ons rechtssysteem slechts een zeer klein gedeelte van de vonnissen en arresten die uitgesproken worden gepubliceerd wordt; op rechtbankniveau is dit in onze tijd slechts 0,5% op jaar-

34. Een voorbeeld daarvan is het vonnis Rb. Maastricht van 30 mrt 1961, *NJ* 1963, 299, *Gem. Brunssum - Bergerode*.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

basis, dat zal vroeger nog minder geweest zijn.³⁵ Van procedures wegens lucht- en waterverontreiniging door de limburgse mijnen is bekend dat er voor en na de oorlog tientallen ongepubliceerde uitspraken zijn geweest van rechtbanken, overigens in een tijd toen het milieu nog niet 'uitgevonden was'. Helsloot heeft in 1970 de bronnen geraadpleegd en daarvan verslag gedaan: pro forma werd schuldaansprakelijkheid gehanteerd door de rechter, maar de mijn had altijd schuld, hetgeen bleek uit het feit van de schade (beken verontreinigd, boomgaarden en buiten hangend wasgoed vervuild).³⁶ Met andere woorden: ook hier is weer sprake van 'risiko-aansprakelijkheid in het kleed van schuldaansprakelijkheid', om Scholten aan te halen.

Het zou mij verbazen indien op het gebied van mijnschade in de vorm van bodemschade niet een vergelijkbare situatie bestaan heeft, terwijl ook mogelijk is dat geschillen al in een vroeg stadium geschikt werden, aangezien de mijn voor de rechtbank toch geen schijn van kans had om aansprakelijkheid te ontlopen. Er is echter weinig bekend over de niet gepubliceerde bronnen van rechtspraak en geschillenbeslechting inzake mijnschade.³⁷ De grondslag die in de rechtspraak gehanteerd werd, vermoeden van schuld met omkering van de bewijslast, heeft in het verleden kennelijk goed gewerkt bij de schadeloosstelling.

Een prikkel voor een mijnexploitant om het niet op een rechterlijke procedure te laten aankomen vormt ook de kostenveroordeling die hem te wachten staat, indien hij het proces verliest. Dat dit ook het geval kan zijn indien de eiser, die schadeverhaal zoekt, het bod van de mijnen eerder afgewezen had, en vervolgens een aanzienlijk hogere vergoeding door de rechtbank toegewezen gekregen heeft, wordt geïllustreerd door een arrest van het Hof Den Bosch uit 1953.³⁸ Dat zal ongetwijfeld ook de lijn in de oudere rechtspraak geweest zijn.

Alternatieve schaderegelingen in geval van bodemschade

Daarmee zijn wij gekomen op de vraag welke schaderegeling voor particulieren, organisaties voor natuurbehoud en lagere overheden gunstig zou zijn, en op welke wijze deze door de concessie-verlenende overheid bevorderd, zo niet vastgelegd zou kunnen worden.

Het onbevredigende karakter van bestaande regelingen in Groningen Drenthe kwam al een enkele keer ter sprake. Het komt hierop neer, dat

35. Voor hoven is dit 10% en voor de Hoge Raad 60% (grondslag: 1989); zie Kottenhagen, R.J.P., *Selectiecriteria en de representativiteit van toegankelijk gemaakte rechtspraak, enkele recente ontwikkelingen*, in J.M. van Dunné en R.P.J. Kottenhagen (Red.), *Symposium Toegankelijkheid van Rechtspraak*, Gouda Quint, Arnhem, 1994.

36. A.N. Helsloot, preadvies Thijngenootschap 1970; zie ook boven § 7, nr 1.

37. Ch. van Oppen noemt een rapport van mr E. von Geldern waarin een systematische bewerking van de mijnschades gemaakt is, dat niet openbaar is, vgl. *Hand. NJV II* 1941, p.12. Er zijn ongetwijfeld ook tegenwoordig minder toegankelijke studies op dit gebied, zoals Delftse afstudeer-scripties, vgl. de scriptie van H.J. Grol over ondergrondse opslag, besproken door Robesin en Holsink in hun artikel in *Milieu en Recht* 1988, p. 380, op p. 382 v.

38. Hof Den Bosch 8 dec. 1953, *NJ* 1954, 565, *Limburgsche Steenkolenmijnen - Erens*; de negatieve houding van eiser bij de onderhandelingen legde echter ook gewicht in de schaal bij de kosten-toewijzing, zodat een deel van de proceskosten voor diens rekening gebracht werd door het hof.

§8. AANSPRAKELIJKHEID MIJNEXPLOITANT VOOR BODEMSCHADE

in schijn tegemoet gekomen wordt aan de belangen van particulieren en lagere overheden met bodemschade. Men kan concluderen dat de behandeling van schadeclaims haaks op het geldende recht staat, met als gevolg een zeer klein percentage uitkeringen van schadevergoeding aan particulieren.³⁹

Opvallend is in dit verband de arbitrage-overeenkomst in de Gron./NAM-regeling 1983, die overigens pas aan de orde is, indien men de advies-commissie gepasseerd is die de aanvraag tot schadevergoeding behandeld heeft, en men zich in de uitkomst niet kan vinden.⁴⁰ Op het voorschrijven van NAI-arbitrage valt weinig aan te merken - hetgeen mij uit eigen wetenschap bekend is - maar wel het hoogst ongebruikelijke vereiste dat arbiters dienen recht te spreken volgens 'de regelen des rechts'. Het is immers zeer gangbaar, zeker indien het vorderingen betreft op een nieuw, ongebruikelijk of gecompliceerd rechtsgebied, om de eis op te nemen dat rechtgesproken wordt door arbiters 'als goede mannen naar billijkheid'. Dit is een algemeen bekende formule, ook in Europees verband (de zgn. 'amiable compositeur') die het voordeel biedt dat arbiters niet gebonden zijn aan als knellend ondervonden regels van dwingend recht. Nu valt dat laatste bij ons onderwerp alleen maar mee, zoals wij zagen - de soep wordt trouwens zelden zo heet gegeten als ze opgediend wordt - maar het geeft te denken dat in deze Groningse, min of meer opgelegde regeling - indien men namelijk als particulier-belanghebbende toetreedt tot de schade-overeenkomst tussen NAM en overheden - niet de gangbare arbitrage-formule gehanteerd wordt, die ongetwijfeld in het voordeel van eisende derden zou zijn.

Ik zou echter een andere regeling willen aanbevelen. Het is een kwestie van nadere uitwerking op welke wijze een en ander in het vat gegoten zou moeten worden, dat is hier buiten de orde, maar te denken valt aan het volgende.

Allereerst zou het voorbeeld van de franse wetgever gevolgd kunnen worden, en particulieren met schadeclaims de mogelijkheid geboden kunnen worden om in collectief verband schadeclaims in te dienen bij een mijnexploitant.

Mijn voorkeur zou echter een regeling hebben die geënt is op de Grondwaterwet 1984.⁴¹ Bij bodemschade als gevolg van de onttrekking van grondwater aan de bodem, met name door drinkwaterleidingbedrijven, kennen wij in ons recht al geruime tijd een uitstekende regeling, waarop de Belgen jaloers zijn.⁴² De Grondwaterwet Waterleidingbedrijven 1954, vervangen door de Grondwaterwet 1984, gaat uit van het systeem dat vergunninghouders gerechtigd zijn

39. Deze informatie werd ontleend aan de in mijn Rapport 1996 genoemde bronnen.

40. Zie art.11 Overeenkomst Groningen-NAM inzake regeling vergoeding kosten bodemdaling aardgaswinning 1983. Volgens deze regeling is een schadefonds van ong. f 600 mln gevormd; hieruit zijn aan lagere overheden reeds vele miljoenen ter vergoeding van bodemschade aan infra-structurele werken uitgekeerd.

41. Ik verwijs voor het hier volgende naar mijn artikel Liability in tort for detrimental use of fresh water sources under Dutch law, in domestic and international cases, in: Scarcity of Water, Proceedings 1995 Rotterdam conference, Edward Brans c.s. Ed., 1997, Kluwer International, London, p. 196, met verdere rechtspraak en lit. op dit gebied.

42. Zie H. Bocken, 'Het proces zonder einde: aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door grondwaterwinning en bronbemaling', *Tijdschrift voor Privaatrecht* (België), 1995, p. 1633. Vgl. voor genoemde wetten ook H.J.M.H. Geradts, *TvO* 1976, p. 132 v. Zie voor de rol van de Wmb in dit verband: B.P.M. Ravels, 'Grondwaterbescherming en schade-vergoeding', *Milieu & Recht* 1995, p. 76. Voor de wet van 1954 werd het onderwerp geheel door onrechtmatige daad beheerst, vgl. het arrest HR 18 febr. 1944, *NJ* 1944, 226, *Jochems - Duinwaterleiding*.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

om water aan de bodem te onttrekken, zij het dat landeigenaren die daarvan schade ondervinden schadeloos gesteld moeten worden. Dat laatste kan in natura gebeuren, door het grondwaterpeil op andere wijze aan te passen (inbreng van oppervlaktewater, bijv.), of als dergelijke maatregelen te kostbaar zijn, door schadevergoeding in geld. Een Technische commissie beoordeelt schadeclaims; in de wet van 1954 was het invoeren van de commissie verplicht, doch haar uitspraak was niet bindend voor partijen; in de wet van 1984 kwam de verplichting tot inschakeling van de Technische commissie te vervallen, die is fakultatief geworden.⁴³ De wet kent de mogelijkheid om een schadefonds in te stellen, die gevoed wordt door heffingen die de vergunninghouders opgelegd worden (artt. 40 en 46). Indien sprake is van multi-causaliteit, dat wil zeggen verscheidene mogelijke veroorzakers van de grondwateronttrekking in de omgeving, waardoor de bodemeigenaar problemen krijgt bij het aantonen van causaal verband met zijn schade, is er de mogelijkheid om zijn schadeclaim in te dienen bij GS; deze voldoet de schadevordering uit het schadefonds, en zoekt vervolgens zelf verhaal bij de mogelijke dader(s). Het risico voor het niet kunnen aantonen van causaal verband tussen de handeling van de mogelijke dader en de schade die ondervonden wordt komt aldus bij GS te liggen, en de schadevergoeding van de bodemeigenaar is veilig gesteld, dankzij het schadefonds. Overigens kunnen alle technische gegevens die de overheid heeft over de grondwateronttrekking door derden-belanghebbenden ingezien worden (zoals meetgegevens).

Men ziet uit het voorbeeld van de Grondwaterwet dat de overheid wel degelijk bij het regelen van publiekrechtelijke bevoegdheden (winning van grondwater) tegelijkertijd de belangen van particulieren in achtneemt en voor een schaderegeling zorgt, compleet met schadefonds. Het valt niet goed in te zien hoe de minister van EZ een beleid kan verantwoorden dat haaks op dit overheidsbeleid staat. Het beginsel is natuurlijk zo oud als de Onteigeningswet of de Belemmeringenwet Privaatrecht: indien men toestemming krijgt van hogerhand om geheel of gedeeltelijk inbreuk te maken op eigendom van een derde, dient deze in het voorkomende geval daarvoor schadeloos gesteld te worden.

Indien men de wettelijke regeling van grondwaterwinning overbrengt naar de bodemdalingsproblematiek, leidt dit tot het volgende. Het is goed denkbaar dat de concessieverlener, EZ, aanvragen tot schadevergoedingen van particulieren voldoet uit een fonds dat ten laste van de concessiehouder(s) ingesteld wordt, en vervolgens verhaal zoekt op de concessiehouder. Dat heeft het voordeel dat het EZ scherp houdt bij het opstellen van de concessievoorwaarden - die zoals wij zagen van groot belang zijn voor de rechtspositie van derden bij een actie uit onrechtmatige daad. Het zou praktisch kunnen zijn indien EZ die taak delegeert aan GS van de betreffende provincie; dat houdt de communicatielijnen kort, verbetert de procedurele afwikkeling door een grotere kennis van zaken met betrekking tot de plaatselijke omstandigheden en de persoonlijke omstandigheden van de eiser in kwestie. Er zijn immers nog genoeg technische problemen te verwachten, met name bij de vaststelling van het aandeel dat de bodemdaling heeft in de schade die opgetreden is. Het gaat niet aan om de problemen die daarmee gemoeid zijn af te wentelen op de derde, die buitenstaander is bij de mijnexploitatie.

Ook hier zou ruimte zijn voor een Technische commissie die het voorwerk doet, hetgeen bij goed functioneren het hoofdwerk zal zijn. Bij de Grondwaterwet wordt algemeen aangenomen dat het goed functioneren van de Technische commissie de reden is dat er zo weinig geprocedeerd wordt over die materie. Over de samenstelling en taakstelling van zo'n commissie zou nader gedacht moeten worden, waarbij gebruik gemaakt zou kunnen worden

43. De laatste jaren hebben wijzigingen op dit gebied plaatsgevonden, waarop hier niet ingegaan kan worden; zo heeft de provincie Friesland een eigen regelingscommissie voor grondwaterschade. In de praktijk is veelal niet overgegaan tot instelling van het schadefonds, aangezien dit rechtstreeks met de vergunninghouders geregeld kon worden. Intussen heeft de minister van EZ mijn voorstel, door Kamerleden en de Raad van State voorgelegd, verworpen in 1998, en 2001 zie onder.

§8. AANSPRAKELIJKHEID MIJNEXPLOITANT VOOR BODEMSCHADE

van de ervaringen in andere provincies met schaderegelingscommissies, die niet altijd even positief zijn.

Wettelijke regelingen van omkering van de bewijslast in het mijnrecht van omringende landen

Het mijnrecht is in het buitenland veelal beter ontwikkeld dan bij ons het geval is, zoveel mijnen hebben wij nooit gehad, de baat gaat voor de kost uit. Aan dat vreemde recht zijn enkele voorbeelden te ontleenen van regelingen voor omkering van de bewijslast bij mijnschade, met name uit het Duitse en Franse recht, die ik hier, met enig commentaar, laat volgen.⁴⁴

Duits recht

Allereerst een artikel uit de Duitse Mijnwet van 1982, dat thans hoogst actueel is, gezien het wetsontwerp van september 1998 (26 219) inzake de nieuwe Mijnbouwwet, in ons land.

§ 120 Bundesberggesetz 1982 Bergschadensvermutung

- (1) Entsteht im Einwirkungsbereich der untertägigen Aufsuchung oder Gewinnung eines Bergbaubetriebes durch Senkungen, Pressungen oder Zerrungen der Oberfläche oder durch Erdrisse ein Schaden, der seiner Art nach ein Bergschaden sein kann, so wird vermutet, daß der Schaden durch diesen Bergbaubetrieb verursacht worden ist. Dies gilt nicht, wenn feststeht, daß
 1. der Schaden durch einen offensichtlichen Baumangel oder eine baurechtswidrige Nutzung verursacht sein kann oder
 2. die Senkungen, Pressungen, Zerrungen oder Erdrisse
 - a) durch natürlich bedingte geologische oder hydrologische Gegebenheiten oder Veränderungen des Baugrundes oder
 - b) von einem Dritten verursacht sein können, der, ohne Bodenschätze untertägig aufzusuchen oder zu gewinnen, im Einwirkungsbereich des Bergbaubetriebes auf die Oberfläche eingewirkt hat.
- (2) Wer sich wegen eines Schadens an einer baulichen Anlage auf eine Bergschadensvermutung beruft, hat dem Ersatzpflichtigen auf Verlangen Einsicht in die Baugenehmigung und die dazugehörigen Unterlagen für diese bauliche Anlage sowie bei Anlagen, für die wiederkehrende Prüfungen vorgeschrieben sind, auch Einsicht in die Prüfunterlagen zu gewähren oder zu ermöglichen.

Bij toepassing van dit artikel wordt in de Duitse praktijk een methode gevolgd waarbij boven het winningsgebied een trechtervormig gebied afgebakend en in kaart gebracht wordt, waarbinnen het risico van mijnschade zonder meer aangenomen wordt. Dit 'Einwirkungsbereich' wordt volgens wettelijke regels vastgelegd, die neergelegd zijn in de Einwirkungsbergverordnung, in 1983 in werking getreden. Volgens § 2 van die verordening wordt de in de Bijlage opgenomen 'Einwirkungswinkel' (inwerkingshoek) vastgelegd; de omvang van het gebied wordt bepaald door middel van de vaststelling waar de benen van de hoek de aardoppervlakte raken en deze bij een bodemdaling van 10 cm

44. Deze passage is ontleend aan een artikel van mij in *TMA* 1999, p.145, op p.155 v.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

doorkruisen. Derhalve omsluit het inwerkingsgebied slechts een gebied waar sprake is van een bodemdaling van meer dan 10 cm.

Ook in moderne buitenlandse milieuwetten wordt deze figuur - de zogenaamde *Ursachenvermutung* - aanvaard, vgl. bijvoorbeeld de Duitse Umwelthaftungsgesetz van 1991, § 6 lid 1, met betrekking tot milieuschade veroorzaakt door industriële installaties.⁴⁵

§ 6 lid 1 Umwelthaftungsgesetz

Ist eine Anlage nach den Gegebenheiten des Einzelfalles geeignet, den entstandenen Schaden zu verursachen, so wird vermutet, daß der Schaden durch diese Anlage verursacht ist. Die Eignung im Einzelfall beurteilt sich nach dem Betriebsablauf, den verwendeten Einrichtungen, der Art und Konzentration der eingesetzten und freigesetzten Stoffe, den meteorologischen Gegebenheiten, nach Zeit und Ort des Schadenseintritts und nach dem Schadensbild sowie allen sonstigen Gegebenheiten, die im Einzelfall für oder gegen die Schadensverursachung sprechen.

Commentaar

Aangezien de Duitse mijnbouwwet ook van toepassing is op de aardgaswinning (ingevolge § 3 van de wet) - hetgeen de wet interessant maakt voor de Nederlandse situatie - is deze bepaling van vermoeden van mijnbouwschade in beginsel ook van toepassing daarop. In de Duitse praktijk is dat echter niet het geval, om de volgende redenen. De concrete toepassing van § 120 is namelijk afhankelijk van de inwerkingtreding van de 'Einwirkungsbergverordnung'; aangezien ten tijde van de totstandkoming van de mijnwet in Duitsland (evenals thans) geen sprake was van bodemdaling die door gaswinning veroorzaakt werd, laat staan dat daarbij de grenswaarde van 10 cm overschreden werd, had dit tot gevolg dat men in Duitsland geen uitvoering gegeven heeft aan de regel van vermoeden van mijnbouwschade bij gaswinning.

In geval van het hanteren van het vermoeden van causaal verband ten aanzien van de schade-veroorzakende handeling kan de wederpartij de gelegenheid geboden worden om dat vermoeden te weerleggen, namelijk door overmacht te bewijzen (met inbegrip van handelingen van derden). In dat geval is het aan de eiser om op zijn beurt die voorstelling van zaken te weerleggen. Daarbij is het van groot belang dat hij over meer technische informatie inzake de activiteiten van de gedaagde partij beschikt, dan deze heeft prijsgegeven bij het onderbouwen van zijn standpunt. De eiser als private persoon zou een recht op informatie moeten hebben. De al genoemde Duitse Umwelthaftungsgesetz (1991) kent een voorziening daaromtrent, de zogenaamde *Auskunftsanspruch*, in § 8 (jegens exploitant van inrichting) en § 9 (jegens vergunningverlenende overheid). De exploitant heeft eenzelfde recht jegens de eiser/private persoon en

45. Zie hiervoor de dissertatie van Messer, p.172 v. Zie ook *Umwelthaftungsrecht*, G. Landsberg en W. Lülling, Köln, 1991, p. 133 v. Het vermoeden van causaal verband is ook te vinden in par. 54 Boswet 1975, Oostenrijk (inzake luchtverontreiniging); § 3 lid 3 Milieuschadewet 1986, Zweden (in geval van 'wesentliche Wahrscheinlichkeit'). § 22 Wasserhaushaltsgesetz (risiko-aansprakelijkheid voor waterverontreiniging) houdt volgens de Duitse jurisprudentie ook een vermoeden van causaal verband in.

§8. AANSPRAKELIJKHEID MIJNEXPLOITANT VOOR BODEMSCHADE

jegens exploitanten van andere inrichtingen, §10. Het recht op informatie is ook opgenomen in het Gentechnikgesetz van 1990, in § 35.

Dit recht op informatie is overigens ook neergelegd in het Verdrag van Lugano (1993) van de Raad van Europa, inzake milieugevaarlijke activiteiten, in art. 14. De Europese richtlijn 90/313 EG, inzake toegang tot informatie op milieugebied, ligt aan deze wettelijke regelingen ten grondslag. Ter implementatie van die richtlijn werd in ons land de Wet Openbaarheid Bestuur aangepast, met name de artt. 1g, 10 leden 3 en 4 (*Stb.* 1998, nr 180).

Ten aanzien van het *recht op milieu-informatie* is een aantal verschillende instrumenten van belang. Om te beginnen voorziet de Nederlandse Wet Openbaarheid van Bestuur (WOB) in art. 1(g) in een definitie van milieu-informatie, die rechtstreeks is overgenomen uit de richtlijn van de EEG van 1990, 'Vrije toegang tot milieu-informatie' (*Pb* EG 23-6-1990, L 58, p. 56) geheten. In deze richtlijn is in art. 3, lid 2 een aantal gronden opgenomen, op grond waarvan verzoeken tot informatie *kunnen* worden geweigerd. De uitdrukking 'kunnen' impliceert een belangenafweging van de belangen van de verzoeker enerzijds en de belangen van degene om wiens informatie het gaat anderzijds. De richtlijn moest per 31 december 1992 door de Lid-Staten zijn geïmplementeerd. Nederland heeft inmiddels de WOB uiteindelijk aangepast, in 1998 (zie *Stb.* 1998, nr 180). Met name ten aanzien van de in art. 10 lid 1 sub *c* opgenomen *absolute* weigeringsgrond ('het verstrekken van informatie ... *blijft* achterwege ...') ten aanzien van 'bedrijfs- en fabriekgegevens, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld' kan betwijfeld worden of dit zich verdraagt met het Europees recht. Het is met name de vraag of en in hoeverre deze *absolute* weigeringsgrond zich verdraagt met de *relatieve* weigeringsgrond van de richtlijn, mede gelet op de jurisprudentie van het hof van justitie van de Europese Gemeenschappen.

Inmiddels is er nog een internationaal instrument, en wel het zeer recente verdrag van de Verenigde Naties, Economic Commission for Europe (UN/ECE), 'Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters' geheten, overeengekomen te Århus, 23-25 juni 1998. De Europese Commissie dringt er bij de Europese Raad (van Ministers) op aan het verdrag te tekenen. Het verdrag voorziet in art. 4(3)(*d*) in een weigeringsgrond ten aanzien van commerciële en industriële informatie. Ook hier is echter sprake van een *relatieve* weigeringsgrond ('may be refused') en het verdrag schrijft voor dat deze weigeringsgronden 'be interpreted in a restrictive way'.

Wat de gevolgen van deze internationale instrumenten voor de Nederlandse WOB kunnen zijn, kan in dit bestek echter niet verder worden toegelicht.⁴⁶

Hier volgt ter informatie, de kernbepaling van het Umwelthaftungsgesetz met betrekking tot dit recht:

§ 8 Umwelthaftungsgesetz

1) Liegen Tatsachen vor, die die Annahme begründen, daß eine Anlage den Schaden verursacht hat, so kann der Geschädigte vom Inhaber der Anlage Auskunft verlangen, soweit

46. Met dank aan mr B. Maat voor verleende assistentie op dit punt.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

dies zur Feststellung, daß ein Anspruch auf Schadenersatz nach diesem Gesetz besteht, erforderlich ist. Verlangt werden können nur Angaben über die verwendeten Einrichtungen, die Art und Konzentration der eingesetzten oder freigesetzten Stoffe und die sonst von der Anlage ausgehenden Wirkungen sowie die besonderen Betriebspflichten nach § 6 Abs. 3.

2) Der Anspruch nach Absatz 1 besteht insoweit nicht, als die Vorgänge aufgrund gesetzlicher Vorschriften geheimzuhalten sind oder die Geheimhaltung einem Überwiegende Interesse des Inhabers der Anlage oder eines Dritten entspricht.

Frans recht: de nieuwe Mijnwet 1994

In Frankrijk is in 1994 een nieuwe Mijnwet ingevoerd; daarbij werd het vermoeden van causaal verband, dat reeds geruime tijd in de rechtspraak aanvaard was, thans wettelijk geregeld. Zoals enkele franse auteurs het beschrijven:

‘... the courts had ascertained and applied for more than 150 years the principle whereby the operator of a mining title is deemed to be liable for damages incurred by his activities unless he proves that these damages were incurred by an extraneous cause (*cause étrangère*). This principle is now codified in the Mining Code’.⁴⁷

Ook in andere commentaren op de vernieuwde franse Mijnwet wordt dat standpunt ingenomen; gesproken wordt van ‘une présomption de responsabilité’ gecombineerd met ‘une présomption de causalité’.⁴⁸ Het betreffende wetsartikel luidt:

‘Art. 75-1. L’exploitant ou le titulaire d’un permis exclusif de recherches est responsable des dommages causés par son activité. Il peut toutefois s’exonérer de sa responsabilité en apportant la preuve d’une cause étrangère’.

Er is derhalve geen sprake van een breuk met het oude recht in het franse mijnrecht. Een goed voorbeeld van dat recht is een arrest uit 1990 van de Cour de cassation, de franse hoge raad, waarin overwogen werd ‘dat de niet te ontkennen chronologische gelijktijdigheid van het zich voordoen van de beschadigingen in de huizen en de voortgang van de exploitatie van de mijn, zoals aangegeven door de deskundigen, het causaal verband aantoonde tussen de schade en de activiteit’.⁴⁹ Ook wordt in de vaste jurisprudentie in Frankrijk een onbekende oorzaak van mijnbouwschade voor rekening van de mijnexploitant

47. S.A. Brabant en B. Montebault-Héveline, ‘Reform of French Mineral Law’, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 1997, p. 255 v.; in de noten wordt verwezen naar het handboek: J. Personnaz, *Droit des mines*, 1958, nr 296 v., en naar art. 75-1 Mijnwet 1994. Zie voor de Franse jurisprudentie op dit punt ook: R. Delcourt, *Les indemnités dues par la mine à la surface en droit comparé*, diss. Parijs 1945, p. 187 v. Deze rechtspraak is overigens de algemeen geldende bij aansprakelijkheid voor zaken (met inbegrip van onroerende zaken), art. 1384 Code civil, het zogenaamde ‘fait des choses’.

48. Vgl. Ch. Huglo, *Le régime juridique de la remise en état dans le domaine des mines: des progrès sont-ils possibles?*, *Annales des mines*, 1998, p.77.

49. Civ. 3e, 7 nov. 1990, LEXIS 1715. Zie uitvoeriger over het franse mijnrecht: A.J. Goedmakers, *De aansprakelijkheid van de mijnexploitant voor door mijnbouw toegebrachte schade aan de oppervlakte. De Nederlandse ontwerp-Mijnbouwwet vergeleken met het Franse mijnrecht*, TMA 1999, p.159. De auteur was overleden voor het artikel verscheen.

§8. AANSPRAKELIJKHEID MIJNEXPLOITANT VOOR BODEMSCHADE

gebracht. Dit is in overeenstemming met andere onderdelen van het aansprakelijkheidsrecht, zoals het verkeersrecht.

Aldus een overzicht van het duitse en franse mijnrecht. Dat is geen luxe, aangezien in bijeenkomsten en publikaties gewijd aan de nieuwe Mijnbouwwet regelmatig door juristen van mijnbouwbedrijven en consorten ontkend wordt dat naar Duits en Frans recht een vermoeden van causaal verband en omkering van de bewijslast geldt, althans dat dit voor gaswinning uitgesloten zou zijn. Dat is dus onjuist.

Ernstiger is dat de minister van EZ bij het wetsontwerp van diezelfde gedachte uitgegaan is. In de Nota naar aanleiding van het verslag van 21 juni 1999 leest men op p.45 dat volgens het mijnrecht van Oostenrijk en Frankrijk de bewijslast 'onverkort rust op de eiser'. De nieuwe Oostenrijkse mijnwet van 1999, § 160 v., kent net als de Franse mijnwet een omkering van de bewijslast op grond van vermoeden van mijnbouwschade, in overeenstemming met het aansprakelijkheidsrecht. De uitlating van de minister is dus aantoonbaar onjuist.⁵⁰ Dat geldt ook voor de weergave van het Duitse recht; niet ingegaan wordt op de praktische reden waarom het vermoeden van causaal verband door de Duitse wetgever niet uitgewerkt werd voor de gaswinning: zoals beschreven was bij gebreke aan gaswinning geen behoefte aan een technisch uitvoeringsbesluit. Tenslotte beroept de minister zich op een Duits handboek over de Bergschadensvermutung elders op de wereld niet voorkomt. Aangezien het boek uit 1984 stamt, is het om die reden al gedateerd. Ook naar toenmalig recht is het gegeven beeld verkeerd: het Franse recht, evenals het Belgische, kende bijvoorbeeld ook in 1984 al vermoeden van causaal verband bij mijnschade.

In de nota naar aanleiding van het nader verslag van 23 mei 2001 gaat de minister al helemaal niet meer in op de problematiek van omkering van de bewijslast, omdat de meerderheid van de Kamercommissie van EZ zich achter zijn plan tot uitbreiding van de taak van de Technische Commissie geschaard heeft.⁵¹ Dat is echter, hoe nuttig op zich ook, een schijnoplossing voor de werkelijke problemen bij mijnschade. Dat kan hier niet uitgewerkt worden, en zal bij een andere gelegenheid gebeuren.

De minister heeft overigens ook een verkeerde voorstelling van zaken gegeven wat de regeling van overmacht in het wetsvoorstel betreft, die verder zou gaan dan het Franse recht, en andere landen. Ook dat is onjuist; het Franse recht heeft traditioneel veel beperkter overmachtsbegrip dan ons recht, bijvoorbeeld ten aanzien van handelingen van derden; het Noorse recht kent de Petroleum Activities Act van 1996, die op dit punt ook aanzienlijk verder gaat dan ons wetsvoorstel. Ik verwijs daarvoor naar het rapport dat ik in 1998 opgesteld heb in opdracht van de drie noordelijke provincies, zie Nota SNN (Samenwerkingsverband Noord-Nederland), november 1998, dat de Vaste commissie voor EZ aangeboden is.⁵²

50. TK 1998-1999, 26 219, nr 7.

51. TK 2000-2001, 26 219, nr 12, p.65.

52. *Schriftelijk commentaar Mijnbouwwet (Wetsontwerp 26 219)*, m.m.v. A.J. Goedmakers, Instituut voor Milieuschade, EUR. Zie voor de Noorse wet, p. 28.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

De engelse mijnwetten van 1991 en 1994

Eerst in 2002 kwam mij engels mijnrecht onder ogen, dat op dezelfde leest geschoeid is als het recht van de zojuist besproken landen. Het lijkt uitgesloten dat hierover weer ‘misverstanden’ kunnen ontstaan, gezien de pragmatische, ‘no non-sense’ wijze van recht bedrijven van de Angelsaksen. In de engelse Coal Mining Subsidence Act 1991 is de volgende regeling van de bewijslast opgenomen ten aanzien van schade als gevolg van bodemdaling, ‘subsidence damage’:

Art. 40 (2) Where in any proceedings under this Act the question arises whether any damage to property is subsidence damage, and it is shown that the nature of the damage and the circumstances are such as to indicate that the damage may be subsidence damage, the onus shall be on the Corporation to show that the damage is not subsidence damage.

Zoals men ziet, een glasheldere *omkering van de bewijslast* indien aanwijzing bestaat dat de schade veroorzaakt is door mijnbouw-activiteiten. In art. 1 van de wet wordt ‘subsidence damage’ gedefinieerd als schade aan land of bouwwerken op, in of boven land, veroorzaakt door ‘withdrawal of support from land in connection with lawful coal-mining operations’.

Met ‘Corporation’ wordt bedoeld de British Coal Corporation, die ingevolge art. 2 tot taak heeft ‘to take in respect of subsidence damage to any property remedial action’, hetgeen kan bestaan in: herstel, betalen van kosten van herstel of vergoeding van de waardevermindering van de beschadigde zaak. Bij wet van 1994, de Coal Industry Act 1994, ging de British Coal Corporation over in de Coal Authority, die belast werd met concessieverlening en ‘the need to secure the safety of members of the public’, waaronder ook begrepen is het toezicht op de mijnindustrie en de wijze waarop schade afgewikkeld wordt, waarvoor voldoende financiële zekerheid bij concessiehouders dient te zijn (art. 1 e.v.). De leden van de Coal Authority worden benoemd door de Secretary of State, het is een zelfstandig lichaam dat geen deel uitmaakt van de Crown. Gezien de belangenverstrengeling van overheid als concessieverlener en tegelijkertijd als belastinginner belanghebbend in de opbrengsten van mijnbouw, zijn er sterke argumenten om deze figuur ook in ons land te introduceren.

De aansprakelijkheid van de concessiehouder is geregeld op een wijze die doet denken aan het duitse systeem, zij het veel soepeler gehanteerd: in art. 37 wordt de figuur van ‘area of responsibility’ neergelegd: voor alle bodemschade die in dat gebied plaatsvindt is de concessiehouder aansprakelijk. Dat ‘aansprakelijkheidsgebied’ wordt gevormd door het gebied waar de mijnbouwactiviteiten plaatsvinden, als ook ‘such other areas appearing to the Authority to be capable of being affected by those operations as may be described in the licence’. In art. 42 e.v. wordt bodemdalingsschade behandeld; de Mijnwet van 1991 is in dit opzicht van toepassing, en wel aldus, dat als aansprakelijk persoon aangewezen wordt de concessiehouder in wiens ‘area of responsibility’ de schade ontstaan is, en ‘in any other case, the Authority’ (art. 43, lid 2). Indien de schade zich slechts voor een deel op het ‘aansprakelijkheidsgebied’ voorgedaan heeft, is de concessiehouder hoofdelijk aansprakelijk, naast de concessiehouder van het aangrenzende gebied, en bij ontbreken daarvan is de Authority aansprakelijk (art. 44, lid 1). Aldus heeft de

§8. AANSPRAKELIJKHEID MIJNEXPLOITANT VOOR BODEMSCHADE

concessieverlener (Authority) een subsidiaire aansprakelijkheid voor bodemschade als gevolg van mijnbouw, indien verhaal op de concessiehouder niets, of slechts een deel mocht opleveren aan schadevergoeding.

In art. 46 is bepaald dat de Secretary of State een onafhankelijk persoon kan aanstellen als 'subsidence adviser', die bijstand verleent aan personen die schadeclaims indienen, aanbevelingen doet aan personen die aansprakelijk zijn voor de schade en verslag uitbrengt over de afwikkeling van bodemschade. Onze minister van EZ (Jorritsma) hield de Kamer in 2001 voor dat het voorgestelde systeem van de Technische Commissie Bodembeweging (Tcbb-nieuwe stijl) uniek in de wereld was, daarbij heeft zij vergeten naar het westen te kijken.

Tenslotte wijs ik nog op bepalingen in de engelse wet van 1994 waarin aangegeven wordt dat bij mijnbouw het milieu ontzien moet worden (art. 53 e.v., 'the natural beauty of any area'), en dat concessiehouders verplicht zijn om informatie te verschaffen, onder meer 'about any subsidence or subsidence damage or about claims made under the 1991 Act' (art. 57).⁵³ Zoals men ziet, vertoont het engelse systeem enige overeenkomst met ons stelsel van de Grondwaterwet 1984, als schaderegeling voor particulieren, dat boven al aan de orde kwam.

4. *De nieuwe Mijnbouwwet 2003: de mijnbouwexploitanten in de luwte gehouden door het ministerie van EZ*

De wetgevingsmachine heeft na de vorige druk (2001) volop gedraaid, en de nieuwe Mijnbouwwet is er, na een vaak tumultueuze behandeling in de Tweede Kamer gekomen, niet tot ieders vreugd, waartoe ook deze schrijver gerekend kan worden. Aan Bismarck wordt de uitspraak toegeschreven dat men bij het maken van worsten en wetten beter niet kan weten hoe dat in zijn werk gegaan is (twee onderwerpen die de Duitser overigens na aan het hart liggen), en dat lijkt ook op de nieuwe Mijnwet van toepassing te zijn. Een mooi onderwerp trouwens voor een rechtssociologisch proefschrift.

Een korte nabeschuiving lijkt hier op zijn plaats.⁵⁴ EZ is een departement dat al jaar en dag de belangen van de mijnindustrie nauwlettend in het oog gehouden heeft; aanvankelijke toezeggingen met betrekking tot een waarborgfonds en omkering van de bewijslast hadden het wetsontwerp dat naar de Kamer ging uiteindelijk niet bereikt. De Tweede Kamer heeft van een tegenstribbelende, soms zelfs dreigende minister van EZ, toch een en ander gedaan gekregen wat betreft de bijstelling van het wetsontwerp in de richting van bescherming van burgers met mijnschade. Dat is verheugend, ook al is niet

53. De genoemde engelse wetgeving is op internet te raadplegen. Zie voor een overzicht van de belangrijkste artikelen: *TMA* 2002, p.50 v.

54. Ik heb mij ook in de laatste fase van wetgeving, eind 2001 en 2002, intensief met de parlementaire behandeling van het wetsontwerp bezig gehouden, slechts ten dele met succes. Ik verwijs naar enkele artikelen van mijn hand, voor de bijzonderheden: *Mijn en dijn in de ontwerp-Mijnbouwwet*. De noodzaak van bewijslast omkering en aansprakelijkheid van de staat bij mijnbouwschade van particulieren als gevolg van bodemdaling en aardshokken, *NJB* 2002, p.560; *TMA* 2002, Rubriek Wetgeving, pp.6; 50; 91. Zie ook T.J.C. van Noord, idem, p.155.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

alles bereikt wat wenselijk zou zijn geweest. Er is in ieder geval een waarborgfonds ingesteld, waaruit partikulieren met mijnschade kunnen putten om schade te herstellen. Ook werd de verjaringstermijn in overeenstemming gebracht met hetgeen op milieugebied regel is: 30 jaar (terwijl bij metingen van bodemdaling een soortgelijke weg gekozen werd). Het is een gotspe dat het ministerie dat aanvankelijk heeft willen tegenhouden.

Op mijn verlanglijstje stond, zoals bekend, ook aanvaarding van omkering van de bewijslast, een wens die overgenomen werd in het amendement Witteveen-Hevinga (PvdA). Het heeft niet zo mogen zijn; op een gegeven moment ontstond een koehandel tussen amendementen die elk geen meerderheid konden vinden, en kreeg het binnen halen van een waarborgfonds - waar de minister eveneens tegen was - politieke prioriteit (ook voelde men de hete adem in de nek van het einde van de kabinetsperiode en naderende verkiezingen). Daar kan men vrede mee hebben, indien de verwerping van de bewijsregel op goede gronden, en in een fair debat gebeurd is. Dat is echter niet het geval, en dan blijft het wringen. Ook lopen wij uit de pas met omringende landen op dit gebied; de minister heeft dat vrolijk weg gewuifd, waarbij ik de mooiste opmerking vond dat Engeland nu eenmaal een ander rechtssysteem heeft.

Wat opvalt is de spraakverwarring over dit onderwerp, vooral wanneer het verband met de Tcbb, de Commissie-Tommel, aan de orde is. Waarom zou het niet mogelijk (en wenselijk) zijn, om de Tcbb als eerste instantie klachten te laten behandelen, terwijl men, indien men onverhoopt de rechter moet benaderen, men in ieder geval de steun heeft van omkering van de bewijslast? In het engelse systeem is dat niet anders (anders dan de minister verkondigd heeft, is de Tcbb niet uniek in de wereld).

Een ander punt, waarom is het zo onredelijk om de staat in eerste instantie met schade afhandeling en vergoeding te belasten (zoals in de Grondwaterwet gebeurt)? Die kan toch, zo nodig verhaal zoeken op de mijnbouwmaatschappijen? Daar is het precies waar de schoen wringt, en de minister zich fors in de kaart laat kijken. Men verwacht namelijk zwaarigheden bij dat regres, zeker wanneer de mijnbouwexploitant binnen de vergunningsvoorwaarden gehandeld heeft. Dan is de minister 'leaning over backwards' om de benarde positie van de mijnbouwmaatschappijen uiteen te zetten. Dat de overheid juist dan gebaat is bij omkering van de bewijslast, zoals door mij eerder betoogd, is kennelijk nog niet tot de minister doorgedrongen. Die omkeringsregel willen de mijnbouwmaatschappijen nu eenmaal niet, en daarvoor moet het staatsbelang wijken.

Door mij werd indertijd behalve naar de regeling van de Grondwaterwet – die ook door de Raad van State naar voren gebracht was – ook gewezen op het franse systeem: aansprakelijkheid van de staat bij faillissement, e.d. van de mijnexploitant. Dat voorstel vindt men terug in het amendement-Blauw (VVD), dat werd echter ingetrokken na aanvaarding van het waarborgfondsamendement Witteveen-Van Walsem (PvdA/D66).

Kan men hier wat moedeloos van worden, dan heeft men nog niet het betoog van de minister over de omkering van de bewijslast in het mijnrecht van omringende landen gelezen. Dat is echt niet iets om opgewekt van te worden.

§8. AANSPRAKELIJKHEID MIJNEXPLOITANT VOOR BODEMSCHADE

Dat betoog werd door mij al een keer of drie weerlegd, met argumenten, maar de EZ-grammofon bleef maar draaien.⁵⁵

Wat de recente rechtspraak van de hoge raad over de omkeringsregel betreft, die volgens de minister geen toepassing op risico-aansprakelijkheid zou hebben, dat punt was door mij met aanhaling van jurisprudentie weerlegd (*TMA* 2002, p.50, nt 1). Het Elf-Rapport van Snijders en Hartlief (uit 1999!; de opmars van jurisprudentie van de hoge raad is vooral van nadien; idem wetgeving en literatuur over internationaal mijnrecht) werd eveneens door mij weersproken, zie mijn *NJB*-artikel uit 2002. Dat alles was EZ bekend, maar de stoomwals ging voort, en de Kamer heeft het geslikt, ondanks groeiende kritiek en verwondering die uit het debat gebleken is.

Hoe minister en Kamer menen te kunnen omgaan met rechtsvergelijking en de harmonisatie met het recht van andere EU lidstaten blijft boeien. Intrigerend is ook dat men de ervaring in buurlanden volkomen in de wind slaat, en ook niet ervan wil horen. Eerder werd door mij op Duitsland gewezen; in het Verenigd Koninkrijk werkt men nu al vele jaren met een soort Tcbb en er zijn duizenden gevallen behandeld, ook honderden uitspraken in arbitrage. Geen belangstelling hiervoor in ons land bij het maken van een nieuwe wet. Opmerkelijk is ook, er is al vaker op gewezen, hoe het gebrek aan juridische kennis in de Kamer zich wreekt, men leze er het debat op na. Het heeft grote indruk gemaakt op een student-assistent van mij die de behandeling bijgewoond heeft. Ook medewerkers van kamerleden die zelf geen jurist zijn, zijn niet-juristen; de minister zit bij zo'n behandeling voor de vaste Commissie met een batterij van een dozijn juristen.

Het wetsontwerp is zonder veel kleerscheuren door de Eerste Kamer gekomen en ingevoerd. Wij hebben dus een nieuwe mijnwet die aanzienlijk minder te bieden heeft voor burgers met mijnbouwschade dan in andere landen in Europa het geval is, dankzij sterk lobbyer van de mijnindustrie. Aldus heeft de wetgever zich niet van zijn beste kant laten zien.⁵⁶

Intussen zouden bovenstaande beschouwingen steun kunnen bieden bij het voeren van procedures om bodemschade te verhalen op mijnexploitanten (of gedogende overheden, tekortschietende waterschappen), waarbij een eiser voor de moeilijke taak staat om de rechter tot omkering van de bewijslast te bewegen. Dat mijnbouw een risikovolle activiteit is, waarbij men gevaren doet ontstaan die indien ze zich verwezenlijken schade aan eigenaren van huizen en landerijen toebrengt, is in ieder geval een fenomeen dat tot een half dozijn wetgevers in

55. In de openbare zitting van de Kamer-commissie voor EZ van 17 dec. 2001, waar ik bij aanwezig was, had minister Jorritsma zelfs verklaard dat in 'het Rapport-Van Dunné' van 1998 ten onrechte gesteld werd dat naar Frans, Duits en Oostenrijks recht bij mijnschade van omkering van de bewijslast sprake zou zijn. Dat is niet zo in het stenografisch verslag terecht gekomen; daar leest men: 'Er wordt vaak gezegd dat ..'. Nu had ik wel na afloop van de zitting tegen een hoge ambtenaar van EZ mijn verwondering over de uitspraak van de minister geuit. Dat kan allemaal, bij wetgeving. Zie ook nog Van Noord, t.a.p., over de wijze waarop de minister op kamervragen gereageerd heeft waarin mijn standpunt voorgelegd werd.

56. Hoe het verkeerd kan lopen in procedures om schadeverhaal tegen mijnexploitanten is de bodemdaling in Grouw illustratief, zie G. van der Spek, Causaliteitsonzekerheid bij mijnschadeverhaal: de zaak-Grouw, *TMA* 2002, p.101.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

omringende landen doorgedrongen is. Dat moet aan de nederlandse rechter uit te leggen zijn. Dat vond de minister overigens ook – men moet dat aan de rechter over laten – maar waarom zou men dan in het buitenland dat toch in de wet gezet hebben? Het antwoord op die vraag kan gevonden worden in de eerder genoemde procedure van de 38 boeren in Grouw: die zijn al zo'n acht jaar aan het procederen, nog steeds in eerste instantie. Dat schiet dus niet echt op.

§ 9. Aansprakelijkheid van ouders voor kinderen

1. De ontwikkeling naar risico-aansprakelijkheid van ouders

De aansprakelijkheid van ouders (en voogden) voor schade veroorzaakt door onrechtmatige daden van hun kinderen heeft in de loop der tijden een stormachtige ontwikkeling doorgemaakt, culminerend in de regeling van het huidige BW, waarbij risico-aansprakelijkheid ingevoerd werd, voor kinderen jonger dan veertien jaar, art. 6:164 BW. Daarmee zijn wij weer teruggekeerd bij het germaanse recht, dat eenzelfde aansprakelijkheid van de vader kende voor onrechtmatige daden van zijn kinderen, die op de gedachte van de familie-eenheid gebaseerd was.

Het oude BW kende in art. 1403 lid 2, jo. lid 5 een aansprakelijkheid van ouders voor minderjarige kinderen die bij hen inwonen en over wie zij de ouderlijke macht uitoefenen voor door hen onrechtmatig toegebrachte schade, waarbij zij vrijuit gaan indien zij kunnen bewijzen dat zij de daad niet hebben kunnen beletten. Wat was de grondslag van deze aansprakelijkheid? In 1948 bepaalde de hoge raad in het arrest *zoontje Van Zweden*¹ dat hier sprake is van een (wettelijk) vermoeden van schuld, met de mogelijkheid van tegenbewijs door de ouders (dus omkering van de bewijslast). In latere uitspraken werd dit standpunt gehandhaafd²; het is onder het huidige BW nog steeds van belang, aangezien art. 6:169 lid 2 in het geval van kinderen tussen veertien en zestien jaar eenzelfde aansprakelijkheid vestigt. *Zoontje Van Zweden* is dus *alive and kicking*, maar alvorens daar een blik op te werpen, stel ik eerst de vraag aan de orde of de visie van de hoogste rechter in 1948 voor de hand lag. Dat was niet het geval: zoals Houwing in zijn noot schrijft, was de overgrote meerderheid van schrijvers voorstander van risico-aansprakelijkheid voor ouders, met een beroep op de jurisprudentie³. Maar evenals in de jaren veertig ten aanzien van aansprakelijkheid voor dieren en zaken het geval was, laat de hoge raad zich daardoor niet van de wijs brengen, dat wil zeggen van het oude liedje van schuld-aansprakelijkheid, aangevuld door een omkering van de bewijslast. Daarbij doet hij een beroep op de wetsgeschiedenis van art. 1403 (waarbij de scheppers van de Code civil aangehaald worden), en op een ‘redelijke’ wetsuitleg. Lid 5 van art. 1403 BW dwingt overigens niet in die richting: de meeste schrijvers wilden dat tot het beroep op overmacht beperken, zoals wij eerder zagen een standaard-verweer bij risico-aansprakelijkheid (*but compare*: het huidige BW met de ‘tenzij ... indien’-toestanden). In het buitenland wordt overigens een standpunt vergelijkbaar met dat van de hoge raad uit 1948 ingenomen in de rechtspraak, zij het dat ook daar de risico-aansprakelijkheid in opmars is⁴.

1. HR 26 nov. 1948, *NJ* 1949, 149, nt PhANH. Men zie over dit onderwerp Asser-Hartkamp III (1990), nr 130 v., waar verdere rechtspraak en literatuur. Vgl. ook nog boven p. 318 v.

2. Zie o.m. het arrest *Jaguar II*, HR 9 dec. 1960, *NJ* 1963, 2, nt DJV.

3. Houwing noemt in zijn noot als aanhangers van risico-aansprakelijkheid voor ouders: Scholten, Anten, De Haan, Cavadino, Hofmann, Wolfsbergen. Anders: Suijling.

4. Zie de beschouwingen van Houwing in zijn genoemde noot en Asser-Hartkamp III, nr 132. In Duitsland worden in de jurisprudentie zeer strenge eisen gesteld aan de bewijsvoering door de ouders en gaan stemmen op om tot risico-aansprakelijkheid over te gaan, vgl. Kötz, *Deliktsrecht*, nr 330 v. In Frankrijk heeft de rechtspraak die stap al gedaan. Overigens sprak

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

De casus van *zoontje Van Zweden* is als volgt. In het oorlogsjaar 1944 stuurt moeder Van Zweden haar acht-jarig zoontje om een boodschap: hij moet een lege groentekist bij de groenteboer terugbrengen. Vader is op zijn werk en zij heeft nog drie andere kleine kinderen aan haar rokken hangen; zij heeft geen hulp, de rechter spreekt van een arbeidersgezin. Zoonlief vindt onderweg een doosje lucifers en kan de verleiding niet weerstaan om daarmee een stuk papier in brand te steken. Dat speelt zich af voor het pakhuis van Stumpel in de haagse Honthorststraat, waarin papier opgeslagen lag; het brandende papier waait het pakhuis in, waar het warm ontvangen wordt. Schade ruim f 750,-, waarvoor vader Van Zweden aansprakelijk gesteld wordt. Curieus detail: de uitgerukte politie trefte voor het brandende pakhuis enkele jongetjes aan, die bij monde van ene veertien-jarige Stumpel (zoon) zeggen dat zoontje Van Zweden het gedaan heeft. Deze ontkent dat niet bij het politieverhoor en noemt geen mededaders. Voer voor procesrechtelijke fijnproevers (zie Houwings noot): bewijs *de auditu* ('van horen zeggen'), nog wel door een verklaring van de zoon van de eiser...

De hoge raad overweegt allereerst aan de hand van een historische en wetssystematische uitleg van art. 1403 lid 2 dat hier sprake is van een vermoeden van schuld; lid 5 spreekt ook van een 'niet kunnen beletten van de daad van het kind'. Het college vervolgt:

'dat dit in verband met het vorenstaande aldus moet worden verstaan, dat de ouders, tegenover vermeld vermoeden van schuld, het bewijs mogen leveren, dat hen in dezen geen verwijt trefte, dat wil zeggen: dat zij ten opzichte van het kind zodanige zorg hebben inachtgenomen ter voorkoming van nadeel voor derden door diens gedragingen als in de gegeven omstandigheden van goede ouders mocht worden verwacht;

dat daarbij rekening moet worden gehouden met leeftijd en aard van het kind, met de eisen van het dagelijks leven en met de levensomstandigheden der ouders;

dat deze opvatting van de wettelijke regeling niet alleen steun vindt in de boven vermelde geschiedenis, maar ook op zich zelf redelijk is te achten'.

Het is een opmerkelijke uitspraak in methodisch opzicht: de klassieke wethistorische en tekstuele wetsuitleg ziet men gecombineerd met de redelijke wetsuitleg. Gezien de casus lijkt de redelijkheid in het concrete geval de overhand gehad te hebben. Gelukkig voor gedaagde, jammer voor de moderne rechtsontwikkeling, aangezien de risico-gedachte in deze uitspraak onderbelicht bleef. De gevolgen zijn groot geweest: het arrest heeft model gestaan voor vele procedures die volgden, en is nog een standaard-arrest, zij het enkel voor de leeftijdsperiode veertien-zestien jaar.

De omstandigheden geven dus de doorslag bij de vraag naar aansprakelijkheid van ouders voor kinderen, te weten: de *leeftijd* en de *aard van het kind*, de *eisen van het dagelijkse leven*, en de *levensomstandigheden van de ouders*. In de praktijk slagen ouders er meestal in te bewijzen dat zij voldoende zorg betracht hebben. Niet altijd, bijvoorbeeld niet in het spraakmakende *Joke Stapper*-arrest uit 1966 (aangezien dit in het zuiden speelt, gaat het hier om een jongetje)⁵. Een kind van bijna vijf jaar schiet met zijn step de weg op, waardoor

men bij de totstandkoming van de Code civil al van een 'garantie' die de ouders aan derden geven (Treilhard).

5. HR 9 dec. 1966 *NJ* 1967, 69, nt GJS; AA 1969, p. 38, nt Köster. De HR overweegt hier over het normbesef van het jonge kind in verkeerssituaties, dat het niet alleen om de kennis van de rechtsnorm gaat, maar ook om de mate waarin het mogelijk is zich overeenkomstig die norm te gedragen. Hetgeen in de wandeling bekend staat als het criterium van 'kennen en kunnen' (begrippen die toch al moeilijk uit elkaar te houden zijn, vaak ook op oudere leeftijd). Denk aan de vuistregel dat kinderen onder 8 jaar in het verkeer onbetrouwbaar zijn.

§9. AANSPRAKELIJKHEID VAN OUDERS

een motorrijder ten val komt en ernstig letsel oploopt; moeder stond de melkboer te woord toen het kind achter in de tuin speelde. Zij had het kind bij zich moeten houden of de tuinpoort moeten sluiten, oordelen hof en hoge raad.

Nu zijn dit nog vrij simpele voorzorgsmaatregelen, die men als ouder kan nalaten als men het kind geen keurslijf wil opleggen, maar dan wel voor eigen risico, en niet voor rekening van een derde die schade lijdt. Het wordt problematischer als het kind in kwestie problematisch is: hoe ver mag je gaan bij het stellen van eisen aan de ouders om schadetoebrengend handelen te voorkomen? (een probleem dat bij kinderen van veertien-zestien jaar een eigen dimensie heeft: joyriding, maar niet meer op de step; baldadigheid, kleine criminaliteit, e.d.). In *Jaguar II* uit 1960, waar het ging om een zwakzinnige jongen van bijna twintig jaar die zich vergreep aan de Jaguar van de buurman - op zich een normale jongensdroom, het in de praktijk brengen is minder normaal - en deze *total loss* reed⁶. De jongen zou korte tijd later opgenomen worden in een psychiatrische kliniek waar voor hem niet eerder plaats was; de behandelende psychiater had tijdelijke opname in een andere inrichting afgeraden ('nog even volhouden'). De ouders hadden de daad van de jongen slechts kunnen voorkomen door hem vast te binden of op te sluiten. De hoge raad is van oordeel dat de ouders niet tot elke prijs nadeel voor derden hoeven te voorkomen: 'van de ouders kan in redelijkheid niet worden gevergd dat zij het belang van de minderjarige en van diens naaste omgeving volledig aan dat van derden opofferen'.

Veegens was zoals uit zijn noot blijkt niet overtuigd door de hoge raad, en houdt de rechtspraak over onrechtmatige overheidsdaad voor (de handeling is nuttig of verdedigbaar, maar de dader dient de schade voor zijn rekening te nemen). Ook bij de oudere schrijvers die risico-aansprakelijkheid van ouders voorstaan, zoals Paul Scholten, zou dat het geval zijn. In 1921 stelt deze auteur: 'De bewegingsvrijheid der kinderen brengt gevaren mee, gevaren die niet te vermijden zijn, die zelfs niet vermeden *mogen* worden ... Doch het is volkomen gerechtvaardigd indien de kosten van die bewegingsvrijheid door de ouders worden gedragen; laat de kinderen vrij spelen, maar laat hun spel anderen geen schade doen'.⁷ Nog steeds stof ter overdenking.

Het is dus omstandighedenrecht in de leer van de hoge raad; soms leidt dat ook tot een strenge normstelling, vgl. het arrest van 1985 inzake een vijftien-jarige geestelijk gestoorde zoon die brand sticht.⁸

2. Verzekeringsaspecten. Doen en nalaten van kinderen.

In de jaren zestig had een eiser een ingenieus argument bedacht in een geval van aansprakelijkheid van ouders waarin zij volgens de vaste rechtspraak vermoedelijk wel in hun bewijsopdracht zouden slagen, de zaak van de

6. Zie de kritische noot van Veegens, die wijst op de constructie van de HR in de arresten *Voorste Stroom VII* (1952) en *Atiba* (1946), waarbij de onrechtmatigheid van een gerechtvaardigde handeling opgeheven wordt doordat de dader de schade voor zijn rekening neemt. Die constructie zou bij ouder-aansprakelijkheid zijn voorkeur hebben.

7. Vgl. WPNR 2681 (1921), *Verzamelde Geschriften*, 1954, p. 194. Zie ook F. de Graaf, AA 1969, p. 21 v.

8. HR 18 okt 1985 NJ 1986, 226, nt G., *Van Rooij - Gem. Oisterwijk*.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

*dertienjarige dochter*⁹. Het meisje in kwestie, Elisabeth Kamerbeek, had het examen Veilig Verkeer gehaald en was ‘verkeersbrigadier’ met oorkonde voor goed verkeersgedrag. Op een dag snijdt zij op de fiets een andere fietser die ten val komt en verwond raakt. Ouders valt bij zo’n dertien-jarig, in het verkeer geoefend meisje niet iets te verwijten. Of toch? De Gemeente Amsterdam die de fietser schadeloos gesteld had in het kader van de Ongevallenwet 1921 en verhaal zoekt op vader Kamerbeek, omschrijft het verwijtbaar gedrag van de ouders dat zij hun financieel onvolwaardige dochter laten fietsen zonder WAP-verzekering. Een verzekering die tegen een premie van ca. f 15,- per jaar het risico van wettelijke aansprakelijkheid van alle gezinsleden kan dekken, zodat kosten geen bezwaar vormen. Iedereen, zeker dertien-jarige dochters, maakt immers fouten in het verkeer. De hoge raad weigert echter naar analogie van de WAM-verzekering voor motorrijtuigen een dergelijke verzekeringsplicht aan te nemen; aan deelneming aan het verkeer per rijwiel door een normaal dertien-jarig meisje zijn geen bijzondere gevaren verbonden, stelt de raad. De conclusie luidt dan ook, ‘dat de hier te lande bestaande rechtsopvattingen met betrekking tot de in het maatschappelijk verkeer tegenover eens anders persoon of goed betamende zorgvuldigheid, het bestaan van een verplichting van die strekking vooralsnog echter niet meebrengen’.

Het is een voor de rechtsvinding en voor het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen nog steeds belangrijke uitspraak; met name het woord ‘vooralsnog’ intrigeert. Er zit dus beweging in het standpunt van de hoogste rechter, in die zin dat de rechtsopvatting kan omslaan naar het aanvaarden van een verzekeringsplicht op dit gebied. Verschillende schrijvers hebben sinds 1969 bepleit dat een verzekeringsplicht maatschappelijk vereist was, maar dit lag politiek moeilijk; een paar tientjes per gezin per jaar kan voor een kabinet al een struikelblok zijn. Om die reden zijn overigens begin jaren tachtig enkele aansprakelijkheden uit Boek 6 NBW op aandrang van de verzekeringswereld teruggeschroefd. Maar de tijd gaat verder, en wat dat de aansprakelijkheid voor kinderen betreft was in 1983 de situatie al zo, dat 85% van de gezinnen een WAP gesloten had¹⁰. Het omslagpunt lijkt al geruime tijd geleden bereikt te zijn, althans voor jonge kinderen; ten aanzien van oudere minderjarige kinderen zijn mij geen gegevens bekend.

Bij de parlementaire behandeling van het NBW is een wettelijke verzekeringsplicht afgewezen. Het arrest is nog steeds van belang, met name ten aanzien van ouders van kinderen ouder dan veertien jaar. Hartkamp acht een verzekersplicht voor oudere kinderen minder voor de hand liggend (t.a.p., nr 136); ik vind dat standpunt weer minder voor de hand liggend. Oudere kinderen (boven de veertien) zijn in ander opzicht een risico-groep dan jonge kinderen. Maar het zou mij als slachtoffer op zich niet zoveel interesseren, eenmaal op het asfalt beland, of ik door een minderjarige berijder van een step, een fiets, een bromfiets of een auto gevloerd ben; wel zou ik benieuwd zijn om te weten of er een ouder bestaat die verhaal biedt (bijvoorbeeld voor schade die mijn verzekeraar mij niet vergoed). Het zou interessant zijn om informatie te hebben

9. HR 14 febr. 1969 *NJ* 189, nt GJS; *AA* 1969, p. 185 v., nt Köster.

10. Vgl. Aantjes-Cozijnen en Klosse, *NJB* 1985, p. 1139 v.; het betreft hier aansprakelijkheid voor kinderen tot dertien jaar.

§9. AANSPRAKELIJKHEID VAN OUDERS

over de verzekeringsdichtheid op dit gebied en de kosten die hiermee gemeoid zijn.

Er zijn nog zaken die bespreking vergen, met name de regeling van het BW. Allereerst is daar het onderscheid dat art. 6:169 maakt ten aanzien van de aard van de handeling van het kind jonger dan veertien jaar: slechts een *doen* leidt tot aansprakelijkheid van de ouder. Een soortgelijke regeling vindt men in art. 6:165 ten aanzien van personen ouder dan veertien jaar die bij hun handelen beïnvloed zijn door een geestelijke of lichamelijke tekortkoming. Een regeling waaraan de naam van Vranken verbonden is¹¹. Wat de aansprakelijkheid voor kinderen betreft lijkt het arrest van de *struikelende bakker* uit 1974 de inspiratiebron te zijn.¹² Een arrest dat al weggezet was door aanhangers van de risico-gedachte (zoals wij zagen een meerderheid van de schrijvers, sinds jaar en dag) onder het kopje: ‘bescherming van brave ouders/nostalgie naar schuld-gedachte’, maar door de ontwerpers van het NBW van de plank gehaald. De casus was overigens die van de jonge kinderen Heddema (vier en vijf jaar oud) die speelden met een door andere kinderen gespannen touwtje, dat vlak boven de grond boven het pad naar hun voordeur aangebracht was (een springspelletje dat toen populair was). Zij staken dit spel, de bakker komt eraan, de mand met brood aan de arm, ziet het touwtje niet, komt ten val en raakt geruime tijd arbeidsongeschikt. De kinderen hadden een gevaarssituatie laten bestaan en de voorbijganger niet gewaarschuwd; was dit een onrechtmatig handelen van de kinderen (een voorwaarde om de ouders te kunnen aanspreken in het stelsel van het BW)? De hoge raad, het *Joke Stapper*-kriterium van aanwezig normbesef hanterend, meent van niet: het gevaar was niet ‘tot het bewustzijn van de kinderen Heddema doorgedrongen, terwijl het bestaan van een verplichting van die kinderen om ten opzichte van het eigen erf een bijzondere zorg of oplettendheid te betrachten ten opzichte van gevaarssituaties, welke daar zouden kunnen ontstaan, niet kan worden aanvaard’. Dus geen verplichting voor jonge kinderen om maatregelen te treffen of te waarschuwen bij gevaarssituaties; met andere woorden, geen aansprakelijkheid ten gevolge van een *nalaten*.

Wij hebben hier met het kinderpostzegel-gevoel te maken: je kunt die bloedjes van kinderen toch niet zo’n strenge zorgvuldigheidsnorm opleggen! De wrede grote mensenwereld moet niet het richtsnoer zijn. Ik ben daar niet zo kapot van, met name niet als iemand anders door dat gevaar er wel kapot van is. Zie de eerder geciteerde uitspraak van Scholten over de gevaren die het vrij laten spelen van kinderen teweeg brengen; of, zoals Schut het een keer zei: het is een kwalitatieve aansprakelijkheid van de ouders, die voortvloeit uit hun hoedanigheid van ouder-zijn. In de woorden van Leyten: ‘de aansprakelijkheid dient te berusten op de verantwoordelijkheid van de ouders, niet voor de daad die het kind pleegde, maar voor het bestaan en het zich in het verkeer bewegen - als onvolwaardige - van het kind zelf¹³. Met het bewustzijn en normbesef van het kind heeft dit alles niet van doen.

11. Zie Asser - Hartkamp III, nr 133 en 89a.

12. HR 22 nov. 1974, NJ 1975, 149, nt GJS.

13. Aangehaald bij De Graaf, t.a.p., p. 25. Kritisch over het *struikeld bakker*-arrest is ook Schut, *BW Krant Jaarboek* 1996, p. 157; *Onrechtmatige daad*, 3e dr. 1985, p.132 v.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Men zou verwachten dat het NBW met de aanvaarding van risico-aansprakelijkheid van ouders voor kinderen zich die gedachte eigen gemaakt zou hebben. Het is echter weer halfslachtig gebeurd, evenals wij eerder zagen bij de aansprakelijkheid voor zaken, met haar 'tenzij ...indien'-gedoe¹⁴. Naar huidige BW zouden ouders aansprakelijkheid ontlopen indien een kind van dertien jaar schade veroorzaakt door onrechtmatig *nalaten*. Het kind vergeet een tuinhek te sluiten waardoor een hond de weg oploopt, legt geen deksel op een put terug, vergeet het gas uit te draaien, of vul maar in. En dan ook nog alle complicaties of een handelen nu een doen of een nalaten is. 'Eenvoud van het recht, overzichtelijkheid en rechtszekerheid' - ik breng de slogans voor hercodificatie maar weer eens in herinnering. Men heeft het begrip *risiko-aansprakelijkheid* nog niet eens doordacht. Dat Vranken daarbij geen goede raadsman is, is ook op andere terrein duidelijk geworden.¹⁵

Een even curieuze situatie is ontstaan bij de aansprakelijkheid van geestelijk of lichamelijk gehandicapten van art. 165. Het nalaten is bij deze aansprakelijkheidsvorm geschrapt nadat Vranken de gevoelige snaar wist te raken met het voorbeeld van de dove die aan de waterkant de drenkeling niet om hulp hoort roepen. Die valt toch niet voor zijn nalaten aansprakelijk te stellen? Men spreekt wel eens van *kasian*-rechtspraak, maar hier hebben wij met de tegenhanger in wetgeving te doen. Een beetje parlementariër pinkt een traan weg en gaat aan het amenderen. De grens tussen kunst en kitsch is altijd moeilijk te trekken, zo ook hier. Men hoeft hier bij hantering van een moderne methode van rechtsvinding geen uitzonderingen in de regel aan te brengen, die weer allerlei nieuwe problemen zullen oproepen (zoals de genoemde moeilijke grens tussen doen en nalaten). Onrechtmatige daadsrecht is allereerst omstandighedenrecht, de normen zijn toegesneden op het concrete geval, met Scholtens *Algemeen Deel* in de hand. In het gegeven voorbeeld kan de dove zich op overmacht beroepen; dat kan anders zijn indien hij zich vrijwillig in een gevaarsituatie begeven heeft, het verkeer bijvoorbeeld, dan is het zijn risico, evenals dat bij een doen het geval is. De Nieuw BW-wetgever heeft de verleiding om te detailleren weer niet kunnen weer staan, en ons ook hier met een hybridische regeling opgezadeld.

De formule van art. 169 heeft nog een bijzonderheid: gesproken wordt in het eerste lid van een gedraging die als een onrechtmatige daad zou kunnen worden toegerekend als de leeftijd van het kind niet daaraan in de weg zou staan. Daarmee wordt bedoeld dat de onrechtmatigheid zou kunnen ontbreken vanwege een rechtvaardigingsgrond, vgl. art. 162 lid 2. De rechtvaardigingsgronden, ontleend aan art. 40 v. Sr, zijn: overmacht, noodweer, wettelijk voorschrift en ambtelijk bevel. In Asser-Hartkamp wordt geleerd dat onder overmacht subjektieve onmogelijkheid wordt verstaan, elke drang waaraan men geen weerstand behoeft te bieden (nr 58).

In het tweede lid van art. 169 wordt gesproken van de *fout* van het kind; hiermee wordt de onrechtmatige gedraging bedoeld, conform het wettelijk jargon. Hartkamp spreekt dan ook van 'vermoeden van fout'; het zal wel correct zijn, maar dat wil niet zeggen dat het goed in het gehoor ligt. Het klinkt wat belgisch, maar dat was bij 'fout' ook al het geval (vgl. het franse *faute*).

14. Zie voor die materie boven, p. 471 v.

15. Schut heeft hierop eveneens kritiek, zie t.a.p. 1996, pp.152; 155 v.

§ 10. Aansprakelijkheid van werkgevers en opdrachtgevers

1. *Werkgeversaansprakelijkheid naar oud recht en naar geldend recht, art. 6:170 v. BW*

De aansprakelijkheid van de werkgever voor ondergeschikten was haar oud recht geregeld in art. 1403, lid 3 BW en thans in art. 6:170 BW. In de rechtspraak van deze eeuw zijn de bijzonderheden van deze aansprakelijkheidsvorm uitgewerkt, zowel wat de omvang als de grondslag betreft. Daarin zien wij het arbeidsproces en de maatschappelijke opvattingen weerspiegeld: in 1903 volgde de hoge raad nog een grammatikale uitleg van het woord 'ondergeschikt' en de gelijkstelling van ondergeschikten aan dienstboden, hetgeen inhield dat de werknemers - vroeger nog gewoon arbeiders genoemd - *niet zelfstandig* optreden, namelijk onder leiding of volgens aanwijzing van de werkgever handelend. Later wordt die zelfstandigheid groter, en is enkel de aanwijzing door de werkgever, liever gezegd: de mogelijkheid daartoe, beslissend. Weer later wordt die band nog lossler, en hoeft de onrechtmatige daad van de werknemer niet eens in diensttijd verricht te zijn. Was eerst nog de opgedragen taak een centraal begrip, dat ging over in het beschikbaar stellen van middelen waarmee de schade veroorzaakt werd (variërend van geweer tot auto), of het bieden van gelegenheid tot het doen van de schadetoebrengende handeling (gelegenheid maakt de dief; het modale voorbeeld is hier de glazenwasser die na zijn werk nog even langskomt). Ook de figuur van de ondergeschikte kent schakeringen in de loop der tijd: naast de arbeider verscheen de ambtenaar (even wennen: de overheid als werkgever), en aan de ene kant van de schaal de losse arbeider, aan de andere kant de fabrieksdirekteur.¹ Iedere tijd brengt weer nieuwe vragen: wat te doen met de artsen en operatiezusters die een chirurg assisteren bij de operatie? Ondergeschikt? Neen, zei de hoge raad in het *Nu-boer*-arrest in 1968.² En hoe zit het met 'uitgeleend' personeel, welk bedrijf is dan voor de ingehuurde werknemer aansprakelijk? Dat hangt van de omstandigheden af, leert de hoge raad in het *Goktas*-arrest van 1983.³ In de jurisprudentie was al eerder aangenomen dat een dienstbetrekking niet strikt noodzakelijk is voor deze vorm van aansprakelijkheid (handelsagent, militair, broodventer op provisie, zoon van garagehouder). Daarentegen worden bijvoorbeeld niet als ondergeschikten opgevat: vervoerder voor eigen rekening, deurwaarder, notaris en advocaat (die in opdracht handelen).

Het is een dynamisch onderwerp, enkele aspecten zou ik nader willen belichten. Voor de vraag wat een redelijke uitleg van deze wetsbepaling is, moet men inzicht hebben in de grondslag van de aansprakelijkheid in kwestie. Al geruime tijd wordt in de literatuur de risico-aansprakelijkheid bepleit; van de vele varianten op dit thema kunnen genoemd worden de profijttheorie,

1. Zie ook: C.J.M. Klaassen, *Schade veroorzakend handelen in functie*, oratie Nijmegen 2000, Serie Onderneming en Recht, deel 20.

2. HR 31 mei 1968, *NJ* 323; *AA* 1969, p. 85, nt Maeijer. Zie voor deze materie Asser-Hartkamp III, nr 139 v., waar verdere rechtspraak en literatuur.

3. HR 7 jan. 1983, *NJ* 1984, 607, nt CJHB.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

gevaarstelling en de ondernemingsaansprakelijkheid.⁴ De oudere theorieën, ver in de vorige eeuw, zochten het in het gebrek aan zorg bij de keuze van het personeel, in potjeslatijn: *culpa in eligendo*. De hoge raad hing in 1899 en 1916 die laatste leer aan, maar ging in 1955 over tot de risico-aansprakelijkheid, in *Noorden - Noord-Hollandsche*.⁵ Aldus ook de artt. 170 jo. 183 BW. Van belang is ook de opvatting van de cassatierechter dat de ratio van de wetsbepaling is de benadeelde een solvente debiteur te verschaffen (*Goktas*-arrest).

Als men dat in het oog houdt, wordt duidelijk waarom de rechter zo soepel is om handelingen buiten diensttijd verricht onder de werkgeversaansprakelijkheid te brengen, evenals handeling met (gevaarlijke) middelen die door de werkgever ter beschikking waren gesteld. Op dat gebied zijn auto's meer gangbaar dan geweren en dynamietstaven. Casus: werknemer rijdt na zijn werk (dat reeds genomen was, als het ware) een ommetje langs de scheveningse boulevard, en veroorzaakt botsing. Werkgever aansprakelijk. Uiteindelijk een verzekeringskwestie, zoals altijd; dergelijke risico's zijn eenvoudig mee te verzekeren voor de werkgever. In een tamelijk recent onderzoek wordt vermeld dat 65% van de bedrijven (en beroepsuitoefenaren) hun aansprakelijkheid verzekerd hebben.⁶

In hetzelfde licht kan men de vraag zien of de werkgever na de schade aan de derde vergoed te hebben regres kan nemen op zijn onrechtmatig handelende werknemer. Als die schade in wezen zijn (werkgevers) risico is, raken wij zo van de regen in de drop. Zo zag de hoge raad dat ook in het principiële arrest *De Bont - Zuid-Ooster* uit 1959.⁷ Beslist werd dat de werkgever de schade moet dragen die veroorzaakt werd door een verkeersfout van zijn ondergeschikte wanneer hij deze opdraagt 'als chauffeur deel te nemen aan het wegverkeer, dat de autobestuurder vrijwel onafgebroken voor de taak stelt zelfstandig beslissingen te nemen en handelend op te treden, vaak in situaties die zich onverwacht voordoen en grote gevaren in zich bergen, met kansen op schaden die in omvang buiten verhouding staan tot het bedrag van het loon waarvoor de arbeider de arbeid op zich genomen heeft'. Deze regel is in het terecht gekomen in lid 3 van art. 170 BW; als uitzondering geldt daarbij het geval van schade als gevolg van opzet of bewuste roekeloosheid; en weer als uitzondering op de uitzondering, de

4. Voor een kort overzicht: Asser-Hartkamp III, nr 146 (oorspr. van de hand van Rutten, een van de weinige plaatsen waar de risikoleer aan de orde komt). Vgl. ook mijn beschouwingen in § 1, nr 1.

5. HR 10 juni 1955, *NJ* 552, nt LEHR.

6. Vgl. Oldenhuis, *Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden van anderen*, diss. Gron. 1985, nr 41. Een interessant arrest is in dit verband HR 12 jan. 2001, *NJ* 253, *Vonk Montage - Van der Hoeven*. Een busje met werknemers van Vonk wordt bij toerbeurt bestuurd, op een kwade dag door Van der Hoeven, die een ernstig ongeluk veroorzaakt, waardoor alle inzittenden verwond raken. Als bestuurder blijft hij al enige verstoken van uitkering van schadevergoeding door de WA-verzekeraar. Met een beroep op HR 16 okt. 1992, *NJ* 1993, 264, stelt Van der Hoeven zijn werkgever aansprakelijk, hetgeen succes heeft voor de Rb., die dat arrest bij analogie toepast, met instemming van de HR: de werkgever is aansprakelijk voor niet door verzekering gedekte schade van zijn werknemer ten gevolge van een ongeval.

7. HR 26 juni 1959, *NJ* 551, nt LEHR. Voor verdere rechtspraak zie men *Onrechtmatige Daad IV* (Brunner), nr 170 v.

§10. AANSPRAKELIJKHEID VAN WERKGEVERS

omstandigheden van het geval, mede gelet op de aard van de rechtsverhouding.⁸ De wetgever heeft de term ‘bewuste roekeloosheid’ ontleend aan de ontwerp-artikelen van hetgeen thans zijn de artikelen 7:658 en 661 BW, waarmee tegelijkertijd aansluiting gezocht werd op de jurisprudentie op die gebieden, respectievelijk bij art. 7:658 de oude art. 1638x-zaken over letsel van werknemers op het werk opgelopen, en voor art. 7:661 de ‘*De Bont – Zuid-Ooster*’-zaken.

In de jurisprudentie wordt ernstige verwijtbaarheid van het handelen van de werknemer als maatstaf genomen, waarbij onduidelijkheid over de toedracht (archetype: *kastekorten*) voor risico van de werkgever gebracht wordt, door hem met de bewijslast (= bewijsrisiko) te belasten.⁹

Op dit terrein speelt, zoals gezegd, de verzekeringsvraag een rol; in een arrest van het Hof Amsterdam van 1985 wordt in het kader van het regres van de werkgever erop gewezen dat de omstandigheid van belang is dat de werknemer niet verzekerd pleegt te zijn tegen de aansprakelijkheden die hier aan de orde zijn.¹⁰ Het hof had overwogen:

‘4.23. ‘Bij de beoordeling van de vraag of de tekortkomingen van Terpstra alle te zamen genomen en hoe ernstig ook in sommige opzichten, hem zozeer kunnen worden verweten dat Posthumus hem voor de daardoor ontstane schade aansprakelijk kan houden, behoren behalve de omstandigheden waaronder Terpstra in zijn taakvervulling te kort schoot, ook de aard van zijn functie, de financiële risico's verbonden aan de uitoefening ervan, en de mogelijkheid of het gebruik van werknemers als Terpstra het eigen vermogen door een verzekering tegen aansprakelijkheid als bedoeld te beschermen, in aanmerking te worden genomen. 4.24. Met de Rb. beantwoordt het hof deze vraag in ontkennende zin. De aard van Terpstra's functie, die hij in ondergeschiktheid uitoefende, brengt mee dat, zeker wanneer de bestaande boekhouding wordt geautomatiseerd, aanzienlijke schade voor het bedrijf kan ontstaan indien fouten worden gemaakt en achterstanden optreden, welke fouten en achterstanden nog belangrijk kunnen worden versterkt als er sprake is van gebrekkig toezicht door de directie en onvoldoende controle door de externe accountant. Daarbij komt dat het tot nu toe in de Nederlandse arbeidsverhoudingen niet gebruikelijk is dat werknemers zich verzekeren tegen aansprakelijkheid jegens de werkgever wegens in dienstbetrekking gemaakte fouten.

4.25. Het hof wil, zij het ten overvloede, nog wijzen op art. 7.10.4.3 ontwerp NBW dat in lid 1 (op basis van een in juli 1983 gedaan voorstel van de Stichting van de Arbeid) de arbeider pas bij schadeveroorzaking door opzet of bewuste roekeloosheid onbepert (voor meer dan een weekloon) aansprakelijk houdt, en dat in lid 2 afwijking van het eerste lid ten nadele van de arbeider slechts bijschriftelijk aangegane overeenkomst mogelijk maakt “indien en voor zover de arbeider tegen aansprakelijkheid te dezer zake is verzekerd”.’

De hoge raad verwerpt het beroep in cassatie en onderschrijft uitdrukkelijk de zienswijze van het hof, waarin het belang dat aan de verzekeringsdekking van de werknemer zo'n centrale plaats inneemt:

8. Voor de problematiek van contractuele afwijking van deze regeling ten nadele van de ondergeschikte, zie Asser-Hartkamp III, nr 151, en het ontworpen art. 1639*da* BW (invoeringswet).

9. HR 14 febr. 1983, *NJ* 543, nt PAS, *kastekorten*; HR 9 jan. 1998, *NJ* 440, nt PAS, *N. – Tribulet*. Vgl. ook HR 30 mrt 2001, *JAR* 127, *kastekort directeur*.

10. Hof Amsterdam 15 mrt 1985, te kennen uit: HR 3 april 1987, *NJ* 606, *Posthumus BV – Terpstra*.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

‘3.5. Met betrekking tot de onderdelen d1, d2 en d3 moet worden vooropgesteld dat het hof er terecht van is uitgegaan dat de te dezen te beantwoorden vraag is of de tekortkomingen van Terpstra hem zo zeer kunnen worden verweten dat hij, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, voor de daardoor ontstane schade jegens Posthumus aansprakelijk kan worden gehouden.

Bij de beantwoording van die vraag kon het hof - anders dan in onderdeel d1 (eerste klacht) wordt betoogd - zonder schending van een rechtsregel in aanmerking nemen "de mogelijkheid of het gebruik van werknemers als Terpstra het eigen vermogen door een verzekering tegen aansprakelijkheid als bedoeld te beschermen" een punt dat het hof kennelijk van belang acht in verband met "de aard van Terpstra's functie" en "de financiële risico's verbonden aan de uitoefening ervan" - en betekenis toekennen aan de in het slot van r.o. 4.24 genoemde omstandigheid. Anderzijds noopte geen rechtsregel het hof in zijn oordeel te betrekken "de mogelijkheid en het gebruik van werkgevers als Posthumus om zich door verzekering tegen de gevolgen van fouten als die, welke aan Terpstra zijn verweten, te beschermen" (onderdeel d2). Onderdeel d2 waaraan dit citaat is ontleend, faalt dus ook.

De tweede in onderdeel d1 vervatte klacht faalt reeds omdat niet blijkt dat het hof heeft aangenomen dat er in het onderhavige geval sprake is van opzet of grove schuld.

Het vorenoverwogene brengt mee dat ook het op de onderdelen d1 en d2 voortbouwende onderdeel d3 geen doel treft.’

Aldus ziet men dat ook op dit gebied de verzekeringsvraag een doorslaggevende rol heeft bij de bepaling van aansprakelijkheid van een wanpresterende persoon, gezien de aard van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval.¹¹

De hoge raad heeft deze lijn doorgezet op het belendende terrein van art. 7:658, de aansprakelijkheid van de werkgever bij gevaarlijke werkomstandigheden, zie bijvoorbeeld het recente arrest *De Bont – Oudenallen Betonbouw* van 2002.¹² De naam ‘De Bont’ duikt zoals men ziet ook bij dit onderwerp op. Ik laat de kernoverwegingen van de cassatierechter hier volgen:

‘3.3. Het eerste middel is gericht tegen rov. 3.8 van het bestreden vonnis, waarin de Rechtbank heeft overwogen dat het ongeval niet tijdens werktijd of in de uitoefening van de werkzaamheden heeft plaatsgevonden en het bepaalde in art. 7:658 BW dus niet van toepassing is. Het middel faalt, omdat het oordeel van de Rechtbank juist is. Art. 7:658 schept voor de werkgever een zorgplicht voor de veiligheid van de werkomgeving van de werknemer en de door deze te gebruiken werktuigen. Deze zorgplicht en de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid houden nauw verband met de zeggenschap van de werkgever over de werkplek en zijn bevoegdheid de werknemer aanwijzingen te geven ter zake van de (wijze van) uitoefening van diens werkzaamheden. Ook al moeten deze zorgplicht en het vereiste dat de schade door de werknemer is geleden "in de uitoefening van zijn werkzaamheden" als bedoeld in het tweede lid van voormeld artikel ruim worden uitgelegd, daaronder valt niet een geval als het onderhavige waarin een werknemer bij het besturen van zijn eigen auto op weg naar zijn werk een verkeersongeval veroorzaakt heeft.

3.4. Het tweede middel, dat zich keert tegen het oordeel van de Rechtbank dat dit ongeval heeft plaatsgevonden tijdens het "gewone" woon-werkverkeer, treft evenwel doel. Vooropgesteld moet worden dat het ontbreken van aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 niet betekent dat de werkgever onder omstandigheden niet op een andere grond jegens zijn werknemer aansprakelijk kan zijn. Het onderhavige geval wordt hierdoor gekenmerkt dat De

11. De reacties hierop in de literatuur zijn verdeeld, vgl. Hartlief en Tjittes, Preadvies Ver. voor burg.recht 1990, p.69, die zelf een afwijzend standpunt innemen. Vgl. in dezelfde zin ook hun *Verzekering en aansprakelijkheid*, 1999, p.21 v.

12. HR 9 aug. 2002, *NJ* 2004, 235, nt HvV; *JAR* 2002, 205.

§10. AANSPRAKELIJKHEID VAN WERKGEVERS

Bont, in verband met een door zijn werkgeefster (Oudenallen) aanvaarde opdracht, is aangewezen om met zijn eigen auto het vervoer te verzorgen van zichzelf en enkele medewerkers naar de, ver van zijn woonplaats verwijderde, plaats waar zij hun werkzaamheden moesten uitvoeren en dat hij in verband daarmee op grond van de hiervoor in 3.1 onder (ii) vermelde CAO-bepalingen een reisurevergoeding, een autokostenvergoeding en een meerrijderstoeslag ontving. In een dergelijk geval moet het vervoer worden gekwalificeerd als vervoer dat op één lijn te stellen is met vervoer dat plaatsvindt krachtens de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst en in het kader van de voor de werkgever uit te voeren werkzaamheden. Daaruit vloeit voort dat de werkgever, gezien de aard van de arbeidsovereenkomst en de eisen van redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 6:248 lid 1 BW, in beginsel de niet door een verzekering gedekte schade die de werknemer lijdt doordat hij tijdens vervoer als hiervoor bedoeld een verkeersongeval heeft veroorzaakt, heeft te dragen behoudens in het, zich hier niet voordoende, geval van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.⁷

Nu is er een lange traditie om in het kader van art. 7:658 het begrip ‘grove schuld’, en later: ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ heel restrictief uit te leggen, en daarbij de werknemer in bescherming te nemen. Standaardarresten zijn hier de *beijzede loopkat* (hand van werknemer beklemd in katrol die vastzat) uit 1987 en *Pollemans – Hoondert BV* uit 1996 (door het dak zakken van werknemer). Volgens deze jurisprudentie, hieronder nog te bespreken (nr 2), is bepalend of de werknemer tijdens zijn gedraging onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande, zich daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter daarvan. Algemeen wordt aangenomen dat deze uitleg van betekenis is bij toepassing van art. 6:170 BW.¹³ In de literatuur is erop gewezen dat in deze jurisprudentie van de hoge raad de term ‘bewuste roekeloosheid’ zo eng wordt opgevat dat er vrijwel niets van overgebleven is. Dat wordt door sommige schrijvers, zoals Stein en Klaassen, betreurd; vaak is de aanleiding voor de kritiek dat aldus ongelijkheid ontstaat tussen de draagplicht van de gewone werknemer en de werknemer-bestuurder. Ik laat dat thema hier rusten, met de aantekening dat ik niet onder de indruk van deze kritiek ben, gezien de positie van een bestuurder, die beduidend anders is vergeleken met de modale werknemer waar het in de rechtspraak over gaat, qua niveau van werk en beloning. Dat is een omstandigheid die als altijd meeweegt op grond van de ‘aard van de overeenkomst’, als zwaarwegende faktor bij de beoordeling van grove schuld die aan opzet grenst. Hierbij is ook van belang welke mate van eigen verantwoordelijkheid de betrokken werknemer had, en of hij in casu instructies van zijn baas volgde. Dat brengt ons op het volgende.

Ook onder het oude recht werd van belang geacht of de onvoorzichtig opererende werknemer in opdracht van de werkgever had gehandeld, archetype: *beijzede loopkat* (werkgever stuurde een werknemer de kraan in om met de hand een door ijzel vastzittende katrol - een ‘blok’ in zeilerstermen - los te wurmen, met het gevolg dat hij enkele vingers die vast kwamen te zitten, moest verliezen). De wetgever heeft die situatie meegenomen in art. 6:170, waar aan het slot van lid 3 een uitzondering op de draagplicht van de werknemer die bewust roekeloos handelt is opgenomen voor het geval hij in opdracht van zijn meester heeft gehandeld. Die bepaling luidt: ‘Uit de omstandigheden van het

13. Vgl. o.m. Asser-Hartkamp III, nr 150; Stein, noot onder het *Pollemans*-arrest, *NJ* 1997, 198; Spier c.s., *Verbindenissen uit de wet en Schadevergoeding*, 3e dr., 2003, nr 92.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

geval, mede gelet op de aard van hun rechtsverhouding, kan anders voortvloeien dan in de vorige zin is bepaald'. In zo'n situatie komt de draagplicht dus bij de werkgever te liggen. De functie van directeur van een bedrijf, kan op deze wijze onder de uitzonderingen gebracht worden, aldus de MvA II. Andere voorbeelden van zo'n uitzondering zijn: de omstandigheid dat de werknemer over een eigen auto beschikt, en de schade onder de WA-verzekering van de ondergeschikte valt; een geestelijke tekortkoming van de werknemer, die de werkgever bekend was.¹⁴ Blijkens de parlementaire geschiedenis behoren tot de relevante omstandigheden voor een afwijkende draagplicht: de aard van de opgedragen werkzaamheden, het risico dat de opgedragen werkzaamheden meebrengen, de duur van de dienstverhouding en de grootte van de beloning.

Al sinds jaar en dag is de aansprakelijkheid van de werkgever voor zijn ondergeschikten tegenover derden, tegenwoordig in het 1^e lid van art. 6:170 neergelegd, gebaseerd op risico-aansprakelijkheid. In de interne verhouding werkgever – werknemer, op het terrein van de draagplicht-toerekening, onder lid 3, is dat naar mijn mening niet anders. De werkgever draagt het risico voor omstandigheden die het ongelukkig voorval mede mogelijk gemaakt hebben, aangezien deze zich in de werksfeer afgespeeld hebben. Dat kan een verkeerd begrepen instructie zijn, of het gebruik van een gevaarlijk apparaat betreffen, waartoe de rechtspraak al geruime tijd behalve zaken als het dienstgeweer, ook de 'auto van de zaak' rekent, inclusief de 'auto voor de zaak', de auto die eigendom van de werknemer is. Die zienswijze kan het beste tot uitdrukking gebracht worden met de risico-gedachte, zoals Bruins al deed in zijn proefschrift van 1906, waarbij hij met andere vooraanstaande schrijvers in ons land de Duits-oostenrijkse school van de risikoleer volgde, die rond 1880 ontstaan is. De relatie tussen die leer en de profijt-gedachte, die op dit gebied ook aanhang heeft, is van het begin af aan onderkend; daarover bestaat nog steeds verwarring indien men de parlementaire geschiedenis en de literatuur daarover ziet.¹⁵ Dat bij risico-toedeling de afwenteling in de vorm van het nemen van verzekering een vooraanstaande plaats inneemt, is dacht ik van algemene bekendheid. Dat is derhalve ook op dit gebied een zaak van eerste orde.

Het tussenliggende lid 2 van art. 170 betreft overigens de situatie van een ondergeschikte in dienst van een natuurlijke persoon en niet werkzaam voor een beroep of bedrijf van deze persoon; aansprakelijkheid bestaat dan alleen voor een fout van de ondergeschikte wanneer hij handelde ter vervulling van een hem opgedragen taak. Gedacht wordt hier aan de hulp in de huishouding - vroeger 'werkster' geheten, hetgeen via 'hulp' tot 'interieurverzorgster' geëvolueerd is - kinderoppas, tuinman, e.d. Indien men de ratio van de onderhavige aansprakelijkheidsvorm voor ogen houdt, ligt dit niet erg voor de hand, nog afgezien van alle interpretatievragen (wat is de 'opgedragen taak' hier?). Men zie ook de kritiek van Oldenhuis.¹⁶

14. Zie hierover: C.J.M. Klaassen, *Schadeveroorzakend handelen in functie*, oratie Nijmegen, 2000, p.98 v.; Asser-Hartkamp III, nr 150; *Parl. Gesch.*, pp.717, 728.

15. Zie voor dat laatste, Asser-Hartkamp III, nr 147 v.; deze passage was overigens bij Asser-Rutten de enige plaats waar de 'risikoleer' enige aandacht en erkenning gekregen heeft. Zie voor de ontwikkeling van die leer boven, § 1, nr 4, en Hfdst. 10, § 2, nr 7.

16. Diss, nr 45; vgl. voor de ratio van het artikel Asser-Hartkamp III, nr 144 jo. 147.

§10. AANSPRAKELIJKHEID VAN WERKGEVERS

Het huidige BW kent nog enkele nieuwigheden; om te beginnen de aansprakelijkheid voor fouten van niet-ondergeschikten die bij de bedrijfsuitoefening ingezet zijn, art. 171. De ‘independent contractors’ uit de common law zijn hier de inspiratie geweest, en verder de oude continentale aansprakelijkheidstheorie van de eenheid van de onderneming. Te denken valt aan onderaanneming, -vervoer en -bewaargeving; verder ook de uitoefening van vrije beroepen indien dit bedrijfsmatig wordt uitgeoefend, bijvoorbeeld in de BV-vorm. Indien sprake is van een onrechtmatig handelen (fout) van een ondergeschikte van de onderaannemer, kan de benadeelde derde zowel de onderaannemer aanspreken (ex art. 170 lid 1) als de aannemer (ex art. 171), afgezien van een actie tegen de handelende ondergeschikte ex art. 162.

Een oneffenheid in dit nieuwe artikel is dat in de parlementaire stukken gesproken wordt van een fout tijdens de werkzaamheden. Een anachronisme dat met redelijke uitleg, naar analogie van art. 1403 lid 3 en de vaste rechtspraak daarover, geen stand kan houden. Dus ook hier kunnen fouten buiten de diensttijd gepleegd aansprakelijkheid voor de opdrachtgever doen ontstaan. In deze zin ook Bier en Hartkamp, vgl. Asser-Hartkamp III, nr 154.

Nieuw is ook de aansprakelijkheid die voor een opdrachtgever kan ontstaan door onrechtmatig handelen van zijn vertegenwoordiger, art. 172. Daarmee is de leer van Scholten en Böhtlink aanvaard, die door de hoge raad niet overgenomen was (in het arrest *Noorden - Noord-Hollandsche*, van 1955).¹⁷ Een veel gegeven voorbeeld is het plegen van bedrog door de vertegenwoordiger; meer in het algemeen kan men denken aan het onrechtmatig handelen tijdens onderhandelingen, of beheersactiviteiten.

Vertegenwoordiging is, in de leer van Scholten, het *toerekenen* van een handeling aan een ander dan de handelende; het is consistent om dit ook te betrekken op onrechtmatige handelingen, een terrein waar de toerekeningsgedachte op eenzelfde wijze tot bloei gekomen is als op dat van het contractenrecht. Het is niet meer dan logisch dat de wetgever hier uitdrukking aan geeft, zoals in art. 172 gebeurd is. Men ziet overigens weer hieruit, dat de rechtshandeling en de onrechtmatige daad naar elkaar toegegroeid zijn; ik breng in herinnering dat in mijn opvatting de onrechtmatige daad een rechtshandeling is.¹⁸

Bij rechtspersonen is het al veel langer heersende leer om onrechtmatige handelingen toe te rekenen, indien deze verricht zijn door organen (een begrip dat nog een rudiment is van de evolutieleer van Darwin die in de vorige eeuw grote indruk maakte, ook op juristen). Werd aan dat begrip ‘orgaan’ geruime tijd een beperkte betekenis gegeven (‘binnen de formele kring van zijn bevoegdheid’, *and all that jazz*, met Scholten als *dissenter*), de hoge raad is in 1979 omgegaan in het arrest *kleuterschool Babbel*, met de formule dat bepalend is of de handeling in het maatschappelijk verkeer als gedraging van de rechtspersoon heeft te gelden.¹⁹ De casus was deze: het dak van een kleu-

17. Scholten is de eerste auteur van het deel *Rechtspersoon en vertegenwoordiging* in de Asser-serie; latere bewerkers zijn Bregstein en Van der Grinten. De laatste volgde Scholten in de vijfde druk (1978) ten dele, en sterker in de zesde dr (1985) en zevende dr. (1990), nr 173 v. Zie voor dit onderwerp ook Asser-Hartkamp III, nr 155 v.

18. Zie boven, Hfdst. 10, § 2, nr 2. Voor de vertegenwoordiging zie men, Hfdst. 9, § 3.

19. HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34, nt CJHB; AA 1980, p. 250, nt Van Schilfgaarde. Zie ook Asser-Hartkamp III, nr 256, waar verdere rechtspraak en literatuur.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

terschool was ingestort, Godzijdank op zondag, en de plaatselijke wethouder zegt daarop voor de radio dat het de schuld van de aannemer is. Deze wordt in een procedure van aansprakelijkheid vrijgesteld (foutje van de ontwerper die voor de opdrachtgever optrad) en eist in een tweede procedure schadevergoeding van de gemeente wegens aantasting van zijn goede naam als aannemer. De gemeente beriep zich erop dat de wethouder geen orgaan van haar was, in klassieke zin. Dat mocht dus niet baten, in de ogen van de hoge raad; in die zin trouwens ook Van der Grinten in zijn handboek, in het voetspoor van Scholten.

Op andere onderdelen van het vertegenwoordigingsrecht loopt de hoge raad voor op het handboek van Van der Grinten, het meest op het terrein van vertegenwoordiging door middel van de figuur van schijn van volmacht. In het arrest van 1984, *WGO Bedrijven Geleen - Koma* verwierp de hoge raad zoals wij zagen de oude regel van *Vas Dias* (1926) en *Fokker - Spanje* (1949), namelijk dat de schijn van bevoegdheid niet door de vertegenwoordiger, maar door de vertegenwoordigde gewekt moet zijn. Wel moeten de feiten en omstandigheden die jegens de derde de schijn hebben doen ontstaan in de sfeer van de vertegenwoordigde gelegen zijn. Men zie voor deze materie verder Hfdst. 9.

2. Aansprakelijkheid van de werkgever voor ongevallen, art. 7:658 BW (7A:1638x oud)

Over de werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7A:1638x BW (thans: art. 7:658 BW) is vrij veel jurisprudentie. Hier volgen enkele spraakmakende uitspraken van de hoge raad die illustreren welke weg de raad de laatste jaren inslaat. Er is op dit terrein geen risico-aansprakelijkheid, al is die wel voorzien naar komend recht; wij zien de rechter het bestaande systeem tot het uiterste uitrekken, hij komt daarbij heel dicht bij risico-aansprakelijkheid.

Het eerste arrest betreft een arbeidsongeval veroorzaakt door een katrol die door de vorst vastgelopen was: *beijzelde loopkat*, HR 9 jan. 1987, *NJ* 948; *AA* 1987, p. 477, nt Van Schilfgaarde. De werknemer tracht in opdracht van zijn baas de katrol weer lopend te maken, en raakt daarbij met zijn vinger beklemd, die hij zal moeten missen. De hoge raad geeft een principiële uitspraak over de strekking van art. 1638x:

‘(3.1) In cassatie moet van het volgende worden uitgegaan. Op 11 dec. 1981 is Van den Hout gewond geraakt bij een bedrijfsongeval. Hij heft te dier zake zijn toenmalige werkgever Sweegers aangesproken tot schadevergoeding, welke vordering hij heeft gegrond -voor zover in cassatie van belang- op niet-nakoming door Sweegers van de krachtens art. 1638x BW op deze rustende verplichtingen. De Ktr. heeft deze vordering slechts ten dele toegewezen, zulks onder meer op de grond dat het ongeval mede te wijten is aan een ernstige onvoorzichtigheid van Van den Hout die meebrengt dat deze 40% eigen schuld aan dit ongeval heeft. De Rb. heeft een tegen deze beslissing gerichte grief gegrond bevonden en geoordeeld dat - kort samengevat - bij de toepassing van art. 1638x voor een weging van de wederzijdse mate van schuld van werknemers en werkgever en een daarop gegronde matiging van de door de werkgever te betalen schadevergoeding geen plaats is en dat de werknemer volledig schade-loos moet worden gesteld, zolang niet wordt bewezen, voor zover hier van belang, dat hem grove schuld aan het ongeval treft.

Tegen dit oordeel richt zich het middel.

(3.2) Het middel faalt. In overeenstemming met de bewoording van art. 1638x moet worden aangenomen dat de werkgever, zo komt vast te staan dat hij zijn in het eerste lid van

§10. AANSPRAKELIJKHEID VAN WERKGEVERS

dat artikel bedoelde verplichtingen niet is nagekomen tot vergoeding van de gehele schade van de werknemer is gehouden, tenzij door hem aan het slot van het tweede lid van bedoelde tegenbewijs wordt geleverd.

Daaraan staat niet in de weg dat bij de behandeling in de Eerste Kamer van het wetsontwerp dat tot art. 1638x heeft geleid, van de zijde van de regering naar voren is gebracht dat het tweede lid niet zegt dat in andere gevallen dan daar bedoelde schade steeds algeheel moet worden vergoed; dat de vraag wat hier geldt moet worden beantwoord aan de hand van algemene beginselen; en dat ten tijde van die behandeling 'vrij algemeen' werd aangenomen dat de eigen schuld van de benadeelde bij het vaststellen van het bedrag van de schadevergoeding in aanmerking moet worden genomen. Bij deze uitingen moet immers worden gedacht dat zij zijn gedaan in een tijd dat het recht met betrekking tot de invloed van eigen schuld van de benadeelde op zijn vordering tot schadevergoeding, zich nog in het begin van zijn ontwikkeling bevond. Uit die uitingen kan daarom niet worden afgeleid dat de regering betreffende eigen schuld als grond tot matiging van schadevergoeding, zoals deze regels zich nadien hebben ontwikkeld met betrekking tot de vaststelling van schadevergoeding in het algemeen, zich met de strekking van art. 1638x tweede lid laten verenigen. Die strekking komt hierop neer dat deze bepaling de werknemer beoogt te beschermen door bij de aan zijn schuld te stellen eisen rekening te houden met het ervaringsfeit dat dagelijks omgang met machines, werktuigen of gereedschappen de werknemer die deze gebruikt, er licht toe zal brengen niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is, terwijl veel veiligheidsvoorschriften ter bescherming van werknemers bij hun werk juist met het oog op deze menselijke neiging zijn gegeven (HR 27 juni 1975, *NJ* 1976, 81). Deze gedachte is na de totstandkoming van art. 1638x als gevolg van de latere ontwikkeling van de maatschappelijke opvattingen op dit punt nog in belang toegenomen en voorts mede betrokken op de beantwoording van de vraag in welke gevallen de schade die de werknemer door zijn fouten toebrengt aan derden of aan zijn - niet mede-schuldige - werkgever, door deze laatste moet worden gedragen. Met deze ontwikkeling - zoals deze o.m. tot uiting komt in art. 6.3.2.2 lid 3 NBW - strookt niet dat, indien de werkgever jegens zijn werknemer wanprestatie heeft gepleegd doordat hij zijn in art. 1638x bedoelde, hem met het oog op de veiligheid van zijn werknemers opgelegde verplichting niet is nagekomen, niettemin de schade niet volledig te zijnen laste zou komen op de grond dat ook de werknemer schuld treft, zonder dat evenwel de in het tweede lid van dat artikel bedoelde grove schuld is bewezen'.

In een korte tijd daarna gewezen arrest komt de hoge raad tot een ander oordeel, dat verband zou houden met de aard van het ongeval, HR 6 mrt. 1987, *NJ* 533, *Dirmik - Lassie*. Dirmik, een buitenlandse werknemer, staat bij Van Nelle aan de lopende band met pakken koffie, en raakt met zijn onderarm bekneld in een machine de arm zal hij moeten missen. De casus wordt duidelijk uit de overwegingen die hier volgen:

'(3.3) Bij het bestreden vonnis heeft de Rb. Dirmik toegelaten 'tot het bewijs van feiten en omstandigheden die de conclusie wettigen dat Van Nelle te kort is geschoten in haar in art. 1638x BW omschreven verplichting'. Daaraan voorafgaande had de Rb. overwogen: (r.o. 6) dat volgens de stellingen van Van Nelle Dirmik instructies had ontvangen 'dat hij zich in geval van problemen tot de afdelingsleiding moest wenden en dat hij beslist geen instructies van medewerkers mocht aannemen', alsmede 'dat nooit gewerkt mocht worden aan een in bedrijf zijnde machine', en geoordeeld: (r.o. 7) 'Indien juist zou zijn dat Van Nelle instructies als door haar gesteld aan Dirmik heeft gegeven en indien juist zou zijn dat Van Nelle ervan mocht uitgaan dat Dirmik de aan hem gegeven instructies heeft begrepen, kan i.c. niet gezegd worden, dat zij te kort is geschoten in de op haar rustende zorgverplichting ex art. 1638x BW'. Een en ander moet worden gelezen in samenhang met r.o. 4 waarin de Rb. -vooropgesteld dat hetgeen ter zake van de in art. 1638x omschreven verplichtingen van de werkgever verlangd kan worden afhangt van de omstandigheden van het geval- heeft geoordeeld: 'I.c. is van

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

belang of Van Nelle, gelet op de persoon van Dirmik en de aard van de door Dirmik te verrichten werkzaamheden, genoegzame instructies heeft gegeven, mede in het licht van het ervaringsfeit, dat in de dagelijkse gang van zaken een werknemer bij de uitvoering van zijn werkzaamheden er licht toegebracht zal worden niet alle zorgvuldigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is', en met r.o. 1 waarin de Rb. o.m. als ten processe vaststaand vermeldt dat Dirmik bij het aanbrengen van het merkteken handelde ter uitvoering van een door hem door zekere Stavast 'een technisch machine-operator, een man die de machine zowel bedient als daaraan in geval van storingen sleutelt' gegeven advies 'een andere werkmethode te volgen', en dat het ongeval plaatsvond op de dag waarop Dirmik voor het eerst een van de vaste controleleuses verving.

(3.4) Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat in de bewijsvoering mede kan worden betrokken de vraag of gelet op de persoon van Dirmik, de aard van diens werkzaamheden en het in r.o. 4 vermelde ervaringsfeit, de door Van Nelle gegeven instructies genoegzaam waren om Dirmik ervan te doordringen dat hij een advies als i.c. gegeven niet mocht opvolgen'.

De hoge raad onderschrijft het oordeel van de rechtbank dat de bewijslast van één en ander op Dirmik rust. Ik heb met deze uitspraak grote moeite; Dirmik was op de dag van het ongeval nieuw op het werk en volgde de instructies van de technische man op de werkvloer, die afweken van de veiligheidsinstructies die de werkgever tevoren had gegeven. Dit is allereerst verwarrend, terwijl bovendien aannemelijk is dat bij het werk de instructies van de technische man serieuzer genomen worden dan de algemene, en daardoor abstracte veiligheidsvoorschriften. Ik zie niet in, waarom in zo'n verwarrende situatie, het geven van contra-informatie door een andere werknemer niet voor rekening zou moeten komen van de werkgever, Lassie. Met als consequentie, dat de bewijslast op haar gelegd wordt (zoals bekend, geldt: 'bewijslast = bewijsrisiko').

Ten slotte een arrest, waarin de hoge raad de grenzen bij de toepassing van art. 1638x weer een stukje verlegt, richting risico-aansprakelijkheid, het arrest *De Schelde*, HR 25 juni 1993.²⁰ Deze uitspraak staat in het verlengde van het *asbestose*-arrest uit 1990, *Janssen - Nefabas*, dat boven ter sprake kwam (zie § 1, nr 6, in fine). De casus wordt voldoende duidelijk uit de overwegingen van de hoge raad. Het is een arrest van verstrekkende betekenis, voor deze vorm van milieu-aansprakelijkheid.

'3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Cijssouw is op 5 sept. 1949 in dienst getreden van De Schelde. Tot 23 okt. 1961 is hij aldaar werkzaam geweest als scheepsbeschieter respectievelijk als meubelmaker-scheepsbeschieter en nadien - na een opleidingsperiode als beambte tijdwaarneming/arbeidsanalist. Op 5 maart 1967 is de arbeidsovereenkomst beëindigd.

Vervolgens is Cijssouw in dienst getreden bij de Sociale Werkplaats te Vlissingen, in 1972 opgegaan in de Sociale Werkplaatsen Walcheren te Middelburg.

(ii) In mei/juni 1988 hebben zich bij Cijssouw longklachten geopenbaard. De door hem geraadpleegde internist heeft de aanwezigheid van een mesothelioom, een meestal letale vorm van kanker, vastgesteld. In februari 1989 is Cijssouw overleden.

20. *NJ* 1993, 686, nt PAS; *TMA* 1994, p. 93, nt Van Dunné; *AA* 1994 p. 109, nt Hijma; L. Bier, *NTBR* 1993, p. 209; Spier, *A&V* 1993, p. 33. Voor de causaliteitsvraag, zie ook mijn bijdrage aan *Asbest en Aansprakelijkheid*, Serie *Aansprakelijkheidsrecht*, nr 1, 1994, p. 19 v.; A.J. Van, diss. Rotterdam 1995, p. 197 v.; 238 v.

§10. AANSPRAKELIJKHEID VAN WERKGEVERS

(iii) Een mesotheliom is één van de ziekten die men door het inademen van asbeststof kan oplopen. Voor het ontstaan ervan is het niet nodig dat men langdurig aan asbeststof wordt blootgesteld. Een mesotheliom kan reeds bij betrekkelijk kortstondige blootstelling - door het inademen van één asbestkristal - ontstaan. De incubatietijd bedraagt, naar doorgaans wordt aangenomen, 20 tot 40 jaar.

3.2. Cijssouw heeft De Schelde in rechte betrokken en heeft haar aansprakelijk gesteld voor de door hem geleden en nog te lijden schade als gevolg van voormelde aandoening. Aan zijn vordering heeft hij ten grondslag gelegd dat hij tijdens zijn dienstverband bij De Schelde regelmatig met asbest en aanverwante produkten heeft moeten werken, dat een mesotheliom één van de aandoeningen is, die men bij het inademen van asbeststof kan oplopen, en dat De Schelde te zijnen opzichte in strijd met haar uit art. 1638x BW voortvloeiende verplichtingen heeft gehandeld, doordat zij, hoewel zij op de hoogte kon zijn van de gevaren verbonden aan het werken met asbest en aanverwante stoffen, heeft nagelaten de veiligheidsmaatregelen te nemen, die redelijkerwijs in verband met de aard van de arbeid van haar konden worden gevorderd. Daarbij heeft hij onder meer aangevoerd dat zij de nodige beschermingsmiddelen - zoals stofmaskers- ter beschikking van haar werknemers had kunnen stellen en/of voor de nodige ventilatie had kunnen zorgdragen en/of voor vervangende materialen had moeten kiezen, al hetgeen zij echter heeft nagelaten.

3.3. De kantonrechter heeft de erven van Cijssouw toegelaten tot het bewijs dat Cijssouw de longklachten heeft opgelopen tijdens zijn werkzaamheden voor De Schelde.

In hoger beroep heeft de rechtbank met vernietiging van het vonnis van de kantonrechter de vordering van de erven afgewezen.

3.4. De gedachtengang op grond waarvan de rechtbank tot deze beslissing is gekomen, kan als volgt worden samengevat:

(i) De Schelde is slechts op grond van art. 1638x aansprakelijk, indien zij te kort is geschoten in het nemen van maatregelen gericht op het voorkomen van, althans het beschermen tegen mesotheliom;

(ii) dienaangaande vallen twee perioden te onderscheiden, die vóór 1960, en die nadien;

(iii) de periode vóór 1960 wordt daardoor gekenmerkt dat toen in de medische wetenschap een verband tussen blootstelling aan asbeststof en mesotheliom niet was gelegd, zodat toen maatregelen gericht op het voorkomen van, althans beschermen tegen mesotheliom niet van De Schelde konden worden gevergd; daarom zou De Schelde, voor geval Cijssouw het fatale kristal in deze periode zou hebben binnengekregen, niet op grond van art. 1638x aansprakelijk zijn;

(iv) zou De Schelde in de tweede periode onvoldoende maatregelen gericht op het voorkomen, althans beschermen tegen mesotheliom hebben genomen, dan zou zij toch slechts op grond van art. 1638x aansprakelijk zijn, indien met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zou kunnen worden vastgesteld dat Cijssouw het fatale kristal in deze periode heeft binnengekregen; zodanige vaststelling is echter uitgesloten.

3.5. Deze gedachtengang wordt door de over en weer aangevoerde middelen bestreden. Nu, zoals hierna zal blijken, het in het principaal beroep aangevoerde middel slaagt, zodat de voorwaarde waaronder het incidenteel beroep is ingesteld, is vervuld, zullen deze middelen waar nodig tezamen worden behandeld.

Bij de behandeling van het middel in het principaal beroep kan, als door Cijssouw gesteld en door de rechtbank in het midden gelaten, veronderstellenderwijs ervan worden uitgegaan:

1°. dat De Schelde heeft nagelaten al die veiligheidsmaatregelen te nemen welke met het oog op de haar bekende, aan het werken met asbest verbonden gevaren voor de gezondheid van haar werknemers waren vereist;

2°. dat Cijssouw dientengevolge tijdens de gehele duur van zijn dienstverband bij De Schelde zonder voldoende bescherming is blootgesteld aan asbeststof en

3°. dat dit een en ander de kans dat hij tijdens dat dienstverband een tot een mesotheliom leidend asbestkristal zou binnenkrijgen, aanzienlijk heeft verhoogd.

3.6. Onderdeel 3 van het middel in het principaal beroep kant zich terecht tegen het hiervoor in 3.4 onder (i) weergegeven uitgangspunt van de gedachtengang van de rechtbank.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Dat uitgangspunt, waarop die gedachtengang voortbouwt, geeft in zijn beperktheid blijk van een onjuiste opvatting van art. 1638x. Indien, zoals hier veronderstellenderwijs tot uitgangspunt dient (zie 3.5.), De Schelde in de periode 1949-1967 te kort is geschoten in haar verplichting om al die veiligheidsmaatregelen te nemen welke waren vereist met het oog op de haar bekende gevaren van het werken met asbest en dit verzuim de kans dat Cijssouw een tot een mesothelioom leidend asbestkristal zou binnenkrijgen, in aanmerkelijke mate heeft verhoogd, is De Schelde ingevolge art. 1638x voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk, ook al heeft die nalatigheid geleid tot de verwezenlijking van een haar toen niet bekend gevaar (mesothelioom). Zulks is slechts anders, indien De Schelde aannemelijk maakt dat het nemen van de destijds vereiste veiligheidsmaatregelen de verwezenlijking van het gevaar van mesothelioom waarschijnlijk niet had kunnen voorkomen.

3.7. Daar de bestreden uitspraak reeds ingevolge de gegrondbevinding van onderdeel 3 van het principale middel moet worden vernietigd, zal de hoge raad de overige over en weer aangevoerde klachten slechts behandelen voor zover dat met het oog op de voortzetting van het geding wenselijk is.

3.8.1. De onderdelen 1a, 1b en 2 van het principale en de onderdelen 2.1, 2.2 en 2.3 van het incidentele middel keren zich tegen het door de rechtbank gemaakte onderscheid tussen de periode vóór 1960 en de periode nadien, tegen de door de rechtbank met betrekking tot beide perioden aangenomen bekendheid van het verband tussen de blootstelling aan asbeststof en bepaalde ziekten en tegen de daaraan door haar voor wat betreft de uit art. 1638x voortvloeiende verplichtingen van werkgevers als De Schelde verbonden gevolgtrekkingen. Deze klachten kunnen gezamenlijk worden behandeld.

3.8.2. Onderdeel 1a van het middel in het principaal beroep richt zich tegen de laatste volzin van r.o. 3.4 van het bestreden vonnis, waarin de rechtbank op grond van hetgeen partijen over en weer hebben gesteld, heeft aangenomen dat in de jaren vijftig het verband is gelegd tussen asbestose en longkanker. Het klaagt terecht erover dat deze aanname onbegrijpelijk is in het licht van de stelling van de erven Cijssouw bij conclusie van repliek in eerste aanleg, volgens welke dit verband reeds vóór 1945 is gelegd.

3.8.4. De onderdelen 2, 2.2 en 2.3 van het in het incidenteel beroep voorgestelde middel komen in onderling verband op tegen het voormelde, door de rechtbank gemaakte onderscheid tussen twee perioden. Zij doen dat terecht voor zover aan dit onderscheid ten grondslag ligt de opvatting dat, zodra in de medische wetenschap een verband bekend wordt tussen de blootstelling aan een bepaalde stof en het gevaar voor het ontstaan van een bepaalde (letale) ziekte, voor een werkgever wiens werknemers met die stof plegen te werken, de verplichting ontstaat tot het nemen van maatregelen gericht op het voorkomen van, althans beschermen tegen die ziekte. Het hangt van de omstandigheden af wanneer zulk een verplichting, ontstaat: daarbij zal onder meer van belang zijn welke mate van zekerheid in de medische wetenschap omtrent bedoeld verband ontstaat, of het gaat om een stof waarvan al andere schadelijke werkingen bekend zijn en de ernst van het gevaar, terwijl voorts rekening valt te houden met enig, tijdsverloop, gemoeid met het door de werkgever ter zake te verrichten onderzoek (vgl. voor dit laatste HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573). Door zonder nadere motivering, al dan niet veronderstellenderwijs, ervan uit te gaan dat De Schelde vanaf 1960 maatregelen gericht op het voorkomen van, althans beschermen tegen mesothelioom had behoren te nemen, heeft de rechtbank derhalve hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij haar uitspraak tegenover de stellingen van De Schelde niet naar behoren gemotiveerd.

3.9. De onderdelen 4, 5 en 6 van het middel in het principaal beroep en onderdeel 3 van het middel in het incidenteel beroep gaan uit van een verkeerde lezing van het bestreden vonnis en kunnen mitsdien niet tot cassatie leiden.

3.10. Onderdeel 7 van het middel in het principaal beroep is evenwel gegrond, voor zover het erover klaagt dat de rechtbank in r.o. 3.11 van het bestreden vonnis is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door, voor het geval dat zou komen vast te staan dat De Schelde in de periode waarin zulks van haar kon worden verlangd, onvoldoende veiligheidsmaatregelen heeft genomen ter voorkoming van, althans bescherming tegen mesothelioom, voor de aansprakelijkheid van De Schelde de eis te stellen dat met aan zekerheid grenzende

§10. AANSPRAKELIJKHEID VAN WERKGEVERS

waarschijnlijkheid Cijssouw het fatale asbestkristal gedurende dié periode heeft binnengekrege, hetgeen echter, aldus de rechtbank, niet te bewijzen valt.

Het strookt niet met de strekking van art. 1638x, dat immers beoogt werknemers bescherming te bieden tegen aan hun werkzaamheden verbonden gevaren, een dergelijke eis te stellen en het risico dat niet kan worden bewezen dat die eis vervuld is, ten laste van de werknemer te brengen. Bedoelde strekking brengt daarentegen mede dat onder de omstandigheden als hiervoor aangegeven, De Schelde zich niet erop kan beroepen dat Cijssouw, die gedurende de gehele duur van zijn dienstverband is blootgesteld aan asbeststof, het fatale asbestkristal mogelijk heeft binnengekrege in een eerdere periode van zijn dienstverband, toen haar van het ontbreken van dergelijke maatregelen geen verwijt viel te maken²¹.

Ook buiten het gebied van de milieu-aansprakelijkheid neemt de hoge raad de werknemersbescherming hoogst serieus. Hoe ver het college daarin bereid is te gaan, vaak tot verbazing en ongenoegen van annotatoren en commentatoren, bewijzen enkele recente uitspraken.

In het arrest *Pollemans - Hoondert* van 1996 is het in de wind slaan van waarschuwingen en veiligheidsinstructies door de werknemer in het geding, waardoor de werknemer door een golfplaten-dak zakt en bij de val ernstig verwond raakt.²¹ Het arrest is een cumulatie van eerdere uitspraken; anders dan kantonrechter en rechtbank neemt de hoge raad de werknemer tegen zijn eigen onoplettendheid in bescherming. Daarmee lijkt het arrest *Dirmik - Lassie* (1987) achterhaald te zijn, hetgeen ik met instemming noteer. Aan het criterium 'opzet of bewuste roekeloosheid' wordt een zeer werknemer-gunstige uitleg gegeven, waarmee annotator Stein grote moeite heeft. Ik kan dat niet zo meevoelen. Men zie verder de hier volgende overwegingen voor de casus en de uitspraak van de hoge raad.

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Pollemans is op 1 mei 1990 als timmerman in dienst getreden van Hoondert. In april 1991 was Hoondert doende een uit Goes afkomstige - gedemonteerde - bedrijfshal weer op te bouwen te Middelburg, bij welke werkzaamheden onder meer Pollemans was ingezet.

(ii) Tijdens die werkzaamheden is Pollemans op 16 april 1991 bij het wederom aanbrengen van de uit golfplaten bestaande dakbedekking door een reeds aangebracht gedeelte van die dakbedekking gezakt en van grote hoogte naar beneden gevallen. Daarbij heeft hij ernstig letsel opgelopen, dat wellicht levenslange gehele of gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid tot gevolg zal hebben.

3.2.1. Pollemans vordert in dit geding op de voet van art. 7A:1638x BW van Hoondert vergoeding van de door hem als gevolg van het ongeval geleden en nog te lijden schade, alsmede betaling van een voorschot van f 100 000.

Daartoe heeft hij gesteld dat het hem overkomen ongeval te wijten is aan het feit dat Hoondert op de betreffende werkplek geen, althans onvoldoende veiligheidsvoorzieningen had getroffen, onvoldoende toezicht had gehouden en haar personeel, waaronder Pollemans, onvoldoende had geïnstrueerd. Hoondert heeft ten processe dit een en ander betwist en met name aangevoerd dat Pollemans zich in strijd met uitdrukkelijke instructies had begeven op een gedeelte van het dak, waar geen enkele bescherming aanwezig was, en waar hij in verband met zijn werkzaamheden ook niet behoefde te komen.

3.2.2. De Kantonrechter heeft bij tussenvonnissen Hoondert opgedragen te bewijzen dat voldoende veiligheidsmaatregelen waren getroffen, dat het personeel duidelijk was geïnstrueerd en dat het verband tussen het al dan niet voldoende treffen van veiligheidsmaatregelen, respectievelijk geven van instructies en het ongeval ontbreekt.

21. HR 20 sept. 1996, *NJ* 1997, 198, nt PAS.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

3.2.3. Bij eindvonnis heeft de Kantonrechter overwogen (rov. 2) dat de beveiliging van de werkplek op het dak 'vrij primitief' is geweest, maar dat hij geen oordeel behoefde te geven over de vraag of Hoondert voldoende veiligheidsmaatregelen had getroffen,

"nu uit de getuigenverhoren is gebleken dat er geen causaal verband bestaat tussen de hoedanigheid van de veiligheidsmaatregelen en het ongeval. Immers is voldoende vast komen te staan dat Pollemans door het dak is gezakt op een plaats waar de dakplaten al waren gelegd en Pollemans voor zijn werkzaamheden niet van doen had. Uit de verklaringen vloeit voort dat het gat waar Pollemans door is gevallen, minstens twee meter verwijderd was van de plaats waar de steigerdelen ophielden en (waar) Pollemans krachtens de gegeven instructies (...) niet mocht lopen".

Voorts heeft de Kantonrechter vastgesteld (rov. 3) dat vóór de aanvang van de werkzaamheden en vrijwel zeker daarna overleg is geweest over de wijze van werken, dat Hoondert jr, die de leiding ter plaatse had, zowel vóór als tijdens het werk tegenover Pollemans heeft benadrukt dat men op de op het dak liggende steigerdelen moest blijven, dat Hoondert sr Pollemans dat ook nog eens onder ogen heeft gebracht en dat een drietal getuigen zulks ook heeft gedaan, toen zij bemerkten dat Pollemans ondanks die instructies tóch over de dakplaten liep. Op grond hiervan heeft de Kantonrechter geoordeeld dat

"in de zin der wet (...) derhalve voldoende 'aanwijzingen' (zijn) gegeven, zodat ook op dit punt Hoondert geen verwijt treft. Zelfs ligt de gevolgtrekking voor de hand dat Pollemans door het in de wind slaan van deze instructies roekeloos heeft gehandeld en daardoor hem grove schuld kan worden verweten".

Op deze gronden heeft de Kantonrechter de vorderingen van Pollemans afgewezen.

3.2.4. De Rechtbank heeft zich in haar vonnis verenigd met hetgeen de Kantonrechter in rov. 2 en 3 van zijn eindvonnis had overwogen. Daaraan heeft zij, voor zover in cassatie van belang, het volgende toegevoegd:

"Uitgaande van de door de Kantonrechter vastgestelde toedracht is Pollemans bewuste roekeloosheid te verwijten. Hij is immers willens en wetens naast de aanwezige beveiliging gaan lopen en heeft daarmee het hem bekende risico genomen dat die platen zijn gewicht niet zouden dragen. (...) Nu het ongeval en de daaruit voortgevloede schade in belangrijke mate aan het bewust roekeloos handelen van Pollemans is te wijten, kan Pollemans niet met recht aanspraak maken op een vergoeding van die schade door Hoondert".

Op deze gronden heeft de Rechtbank de vonnissen van de Kantonrechter bekrachtigd.

Hierteen richt zich het middel.

(...)

3.4. Onderdeel 2 van het middel komt op tegen het door de Rechtbank - op grond van de door de Kantonrechter vastgestelde toedracht - gegeven oordeel dat het ongeval en de daaruit voortgevloede schade in belangrijke mate aan het bewust roekeloos handelen van Pollemans zijn te wijten.

Bij het geven van dit oordeel is de Rechtbank met juistheid ervan uitgegaan dat Hoondert jegens Pollemans tot vergoeding van bedoelde schade gehouden is, tenzij door haar het bewijs wordt geleverd dat die schade in belangrijke mate mede aan opzet of bewuste roekeloosheid van Pollemans zou zijn te wijten (HR 27 maart 1992, NJ 1992, 496, rov. 3.3).

Het onderdeel treft evenwel doel. Van bewust roekeloos handelen door Pollemans zou eerst sprake zijn, indien deze zich tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging, te weten het naast de aanwezige beveiliging lopen, van het roekeloos karakter van die gedraging daadwerkelijk bewust zou zijn geweest.

Weliswaar overweegt de Rechtbank dat 'Pollemans willens en wetens naast de aanwezige beveiliging is gaan lopen', maar gesteld al dat de Rechtbank met de woorden 'willens en wetens' heeft beoogd als haar oordeel tot uitdrukking te brengen dat Pollemans zich onmiddellijk vóór het ongeval daadwerkelijk ervan bewust was dat zijn gedrag roekeloos was, dan vindt dat oordeel geen steun in de door de Rechtbank op het voetspoor van de Kantonrechter als vaststaand aangenomen feiten.

Voor dat oordeel is met name niet voldoende redengevend de vaststelling door de Kantonrechter, samengevat weergegeven, dat Pollemans van de zijde van Hoondert

§10. AANSPRAKELIJKHEID VAN WERKGEVERS

herhaaldelijk en in krachtige termen ervoor is gewaarschuwd niet buiten de steigerdelen te lopen (rov. 3 van het eindvonnis). Uit deze vaststelling volgt immers niet noodzakelijkerwijs dat ook op het tijdstip onmiddellijk voorafgaande aan het ongeval het roekeloze karakter van Pollemans' gedrag in diens bewustzijn leefde.

Bij het voorgaande moet worden bedacht dat art. 1638x lid 2 juist ertoe strekt de werknemer te beschermen door rekening te houden met het ervaringsfeit dat, kort gezegd, het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie tot een vermindering van de ter voorkoming van ongelukken raadzame voorzichtigheid leidt (HR 27 juni 1975, NJ 1976, 81 en HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948).

3.5. Onderdeel 3 verwijt de Rechtbank zich ten onrechte, althans op onvoldoende gronden, te hebben verenigd met het oordeel van de kantonrechter dat geen causaal verband bestaat tussen het ongeval en het (mogelijk) tekortschieten van Hoondert in haar verplichting tot het treffen van voldoende veiligheidsmaatregelen.

Ook dit onderdeel treft doel. Indien, zoals in cassatie bij wege van veronderstelling moet worden aangenomen, Hoondert in die verplichting is tekortgeschoten, moet causaal verband tussen dit tekortschieten en het ongeval aanwezig worden geacht, tenzij Hoondert zou aantonen dat de veiligheidsmaatregelen die redelijkerwijs van haar konden worden geveerd, het ongeval niet zouden hebben voorkomen (vgl. HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420, rov. 3.2 laatste zin).

3.6. Onderdeel 4 faalt. Indien ten processe zou komen vast te staan dat het ongeval in belangrijke mate aan bewuste roekeloosheid van Pollemans is te wijten, volgt uit art. 1638x lid 2 dat Pollemans jegens Hoondert geen enkele aanspraak op schadevergoeding heeft. Aantekening verdient evenwel dat van 'in belangrijke mate' als hiervoor bedoeld slechts sprake is, indien de gedragingen van de werknemer die opzet of bewuste roekeloosheid opleveren, in zodanige mate tot het ongeval hebben bijgedragen dat het tekortschieten van de werkgever in diens verplichtingen daarbij als oorzaak in het niet valt.

3.7. Uit het voorgaande volgt dat het vonnis van de Rechtbank niet in stand kan blijven en dat verwijzing moet volgen.'

In een tweede arrest uit 1996 is weer de schending van veiligheidsvoorschriften aan de orde; een aktie uit art. 7A;1638x BW van een schepeling tegen de reder/eigenaar is vastgelopen en hij gooit het over de boeg van onrechtmatige daad. De hoge raad volgt hier het causaliteitsregime bij het schenden van veiligheidsvoorschriften: indien het gevaar zich verwezenlijkt heeft, is het aan de werkgever om te stellen en zo nodig te bewijzen dat inachtneming van die veiligheidsvoorschriften het ongeval niet had kunnen voorkomen.²² In een situatie waarin -zoals zo vaak - onduidelijk is wat de precieze toedracht van het ongeval geweest is, is daarmee het bewijsrisiko op de schouders van de werkgever gelegd. Het arrest is een interessante variant op het thema, en natuurlijk een zeer rotterdamse casus. Hier volgen de kernoverwegingen van de hoge raad, waaruit de casuspositie duidelijk wordt, die overigens vrij gecompliceerd is, en daardoor leerzaam. De matroos Fortes vordert een schadevergoeding van een kleine f 500.000,- wegens het ernstig letsel dat hij opgelopen heeft bij zijn val.

3.1. In cassatie moet - ten dele veronderstellenderwijs - worden uitgegaan van de volgende feiten en omstandigheden:

(i) aan Fortes, die toen als matroos in loondienst was bij Smits, is op 9 juli 1984 aan boord van het aan deze in eigendom toebehorende en door hem gereede motorschip 'Carola Smits',

22. HR 6 dec. 1996, NJ 1997, 398, nr 245 C, *Fortes - Smits*. In dezelfde zin: HR 11 sept. 1998, NJ 870, *Van der Wiel - Philips Lighting*.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

dat toen in de haven van Antwerpen lag afgemeerd, een ongeval overkomen ten gevolge waarvan Fortes zeer ernstig, blijvend lichamelijk letsel heeft opgelopen (hij is vanaf het middenrif volledig verlamd);

(ii) op 9 juli 1984 heeft Fortes vanaf 6.00 tot 8.00 uur wacht gelopen en nadien diverse andere werkzaamheden verricht; om 11.30 uur is hij opgehaald voor een bezoek aan de tandarts, die hem onder plaatselijke verdoving drie kiezen heeft getrokken; omstreeks 14.00 uur was Fortes terug aan boord; hij meldde zich bij de eerste stuurman, aan wie hij meedeelde dat hij last had van nabloedingen, waarop hij watten kreeg; toen Fortes die dag reeds gedurende 8 uur had gewerkt, kreeg hij om 17.30 uur opdracht te helpen bij het inleggen van een drietal, op de kade opgeslagen pontons waarmede het tussendek zou worden dichtgelegd; de eerste ponton die in het tussendek werd geplaatst, was ponton nr. 3 (de derde ponton van voren); de ponton werd door middel van sluitings aangeslagen met een kettingvierspruit op de vier hoeken van de ponton en door de tweede stuurman met een kraan boven de daartoe bestemde geleidegleuven gebracht; in opdracht van de tweede stuurman begaf Fortes zich op de ponton, die vervolgens tot in het tussendek werd afgevierd; Fortes maakte de vier sluitings van de vierspruit los en bleef op de ponton achter; de tweede stuurman draaide de kraan boven de kade, waarna de tweede ponton werd aangeslagen; tijdens het overdraaien en boven het luik brengen van ponton nr. 2 brak een zeer zware storm los, gepaard gaande met slagregen, hagel en, volgens de kapitein, windkracht 12; verder werken was onmogelijk en de tweede stuurman gebaarde de mensen aan dek beschutting te zoeken; zelf ging hij door met het inleggen van de tweede ponton; Fortes heeft ook daarvan de vier sluitings los gemaakt; waarschijnlijk direct nadien is Fortes in één van beide pontons in het onderruim gevallen en daar op de tanktop terechtgekomen; toen hij zich na de val probeerde op te richten en een matroos hem daarbij wilde helpen, beval de derde stuurman hem in zijn positie te laten liggen; nadat twee ambulanceverplegers ook hadden geweigerd zijn positie te veranderen, heeft de kapitein hem tezamen met één van de stuurlieden op een brancard gelegd;

(iii) de bij het inleggen van de pontons gevolgde methode waarbij een man, staande op de ponton, bij het afvieren de ponton moet bijsturen, is - naar het oordeel van de Raad voor de Scheepvaart - gevaarlijk en niet aanvaardbaar; zij wijkt af van de door de rederij voorgeschreven werkwijze bij het inleggen van pontons;

(iv) tijdens voormelde werkzaamheden van Fortes bij het afvieren van de pontons ontbrak, in strijd met de geldende veiligheidsvoorschriften, een ladder welke hem de mogelijkheid bood om vanaf de ponton(s) naar het dek te klimmen.

(...)

3.5. Nadat Fortes de zaak bij de Rechtbank had aangebracht, is het debat van partijen voortgezet. Fortes heeft daarbij de aan zijn vordering uit onrechtmatige daad ten grondslag gelegde feiten nog eens samengevat in een drietal verwijten (in de bewoordingen van de Rechtbank):

"1. Smits, althans diens personeel, heeft Fortes ondanks zijn arbeidsongeschiktheid weer aan het werk gezet;

2. de door Smits, althans diens personeel, gevolgde werkwijze voor het inleggen van pontons is gevaarlijk en onaanvaardbaar. Het is aan Smits om te bewijzen dat, indien een juiste werkwijze was gevolgd, het aan Fortes overkomen ongeval eveneens zou hebben plaats gevonden;

3. Smits, althans diens personeel, heeft Fortes na zijn val in strijd met de geldende EHBO-voorschriften verplaatst."

Smits heeft aangevoerd dat door hem of zijn personeel geen zorgvuldigheidsnorm was geschonden en dat hem of zijn personeel geen schuld trof aan het Fortes overkomen ongeval. Hij heeft dat ten aanzien van elk van de drie verwijten nader aangedrongen.

3.6. De Rechtbank heeft de drie verwijten onderzocht en ongegrond bevonden. Zij vatte een en ander aldus samen dat niet is gebleken dat het ongeval, dan wel het aan Fortes overkomen letsel, is veroorzaakt door onrechtmatig handelen van Smits of diens personeel. Zij heeft daarom aan Fortes diens vordering ontzegd (zie onder 1.6).

§10. AANSPRAKELIJKHEID VAN WERKGEVERS

3.7. In het door hem tegen het vonnis van de Rechtbank ingestelde hoger beroep heeft Fortes voormelde drie verwijten opnieuw aan de orde gesteld, daarbij aantekend dat daarom zijn 'vorderingen (...) in hun volle omvang ter beoordeling voorliggen'. Smits bestreed de verwijten langs de lijnen van zijn verweer in prima.

3.8. Het Hof heeft een tussenarrest gewezen. Het heeft daarin vooralsnog uitsluitend de tweede grief beoordeeld die betrekking had op het tweede verwijt. Het heeft deze grief in zoverre gegrond bevonden dat de Rechtbank inderdaad - zoals in deze grief werd opgeworpen - is voorbij gegaan aan het verwijt van Fortes dat tijdens voormelde werkzaamheden van Fortes bij het afvieren van de pontons, in strijd met de geldende veiligheidsvoorschriften, een ladder ontbrak welke hem de mogelijkheid bood om vanaf de ponton(s) naar het dek te klimmen (3.1 onder (iv)).

Na te hebben overwogen dat Fortes heeft gesteld dat het ongeval niet zou hebben plaatsgevonden indien de ladder aanwezig zou zijn geweest (omdat hij zich alsdan, toen het noodweer losbrak, in veiligheid zou hebben kunnen stellen) en dat Smits zulks heeft betwist, heeft het Hof Fortes toegelaten bewijs bij te brengen van het door hem gestelde causale verband tussen de afwezigheid van een ladder en het hem overkomen ongeval. Zijn beslissing om de bewijslast op Fortes te leggen in stede van - zoals Fortes had bepleit - Smits te belasten met het bewijs dat naleving van de ter zake geldende veiligheidsvoorschriften het ongeval niet zou hebben voorkomen, heeft het Hof daarmee gemotiveerd dat naar zijn oordeel uit 'de thans vaststaande omstandigheden van het ongeval' 'niet met voldoende mate van waarschijnlijkheid' volgt dat 'de aanwezigheid van een ladder het ongeval zou hebben voorkomen'.

Het Hof heeft aan een en ander toegevoegd: 'Het Hof gaat thans niet verder op de zaak in'.

(...)

5. Beoordeling van het middel in het principaal beroep

5.1. Het middel in het principaal beroep verwijt, kort gezegd, aan het Hof dat het Fortes heeft belast met het bewijs van het door hem gestelde causale verband tussen de afwezigheid van een ladder en het hem overkomen ongeval in stede van - zoals Fortes had bepleit - Smits te belasten met het bewijs dat naleving van de ter zake geldende veiligheidsvoorschriften het ongeval niet zou hebben voorkomen.

5.2. De tweede, door het Hof behandelde appelgrief van Fortes betrof het tweede verwijt van Fortes, dat betrekking had op de gevolgde werkwijze voor het inleggen van pontons (zie 3.5). Fortes heeft dit verwijt - zoals het Hof ook aangeeft - gebaseerd op schending van 'de geldende veiligheidsvoorschriften'. De stukken van het geding laten geen andere uitleg toe dan dat Fortes dit - aan de hand van produktie 2 bij repliek in prima - steeds aldus nader heeft uitgewerkt dat deze veiligheidsvoorschriften, kort gezegd en voor zover hier van belang, inhielden dat het inleggen van pontons - onverschillig of deze al dan niet aan de wal liggen - aldus dient te geschieden dat het bijsturen tijdens het afvieren geschiedt vanaf het gangboord, dat eerst nadat de (eerste) ponton op zijn plaats ligt, een matroos via een ruimpladder dan wel een extra loodsladder die boven de uitvloerde ponton wordt neergelaten, naar beneden gaat om de vierspruit los te maken, en dat de volgende ponton eerst - op dezelfde wijze - wordt neergelaten nadat deze matroos zich weer aan dek heeft begeven. Zou deze (voorgeschreven) werkwijze zijn gevolgd, aldus Fortes, dan zou hij zich, nu het noodweer uitbrak nadat hij de vier sluitings van de vierspruit van de eerste ponton (ponton nr. 3) had losgemaakt (zie 3.1 onder (ii)), aan dek hebben bevonden en zou het ongeval hem niet zijn overkomen. Daarbij heeft Fortes nog aangetekend dat bij de daadwerkelijk gevolgde - op zichzelf gevaarlijke en onaanvaardbare - werkwijze waarbij hij op de eerste ponton is neergelaten, geen ruim- of loodsladder te zijner beschikking stond om, toen het noodweer uitbrak, van de reeds gelegde ponton, resp. nadat ook de tweede ponton was gelegd, van de pontons af te komen, zodat hij als een rat in de val zat.

5.3. Mede in aanmerking genomen dat Fortes - die zich na het ongeluk niet precies kon herinneren wat er was gebeurd - omtrent de directe oorzaak van zijn val slechts vermoedens

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

kan uiten, voldoet de in 5.2 samengevatte toelichting op zijn tweede verwijt aan de in een geval als het onderhavige aan de stelplicht van de gelederde te stellen eisen.

5.4. De veiligheidsvoorschriften waarop Fortes zich aldus heeft beroepen (waarvan in cassatie veronderstellenderwijs moet worden aangenomen dat zij te dezen hadden moeten zijn opgevolgd) strekken naar hun aard ertoe de bij het leggen van pontons betrokkenen te beschermen tegen het gevaar dat daarbij ongelukken gebeuren. Dat brengt - voor zover thans van belang - mee dat, nu het gevaar waartegen deze voorschriften Fortes beoogden te beschermen zich heeft verwezenlijkt, het aan Smits was om te stellen en zo nodig te bewijzen dat inachtneming van deze veiligheidsvoorschriften het ongeval waarschijnlijk niet had kunnen voorkomen.

5.5. Tegen deze achtergrond moet de slotsom zijn dat het Hof door omtrent de bewijslast te oordelen als in 3.8 weergegeven, hetzij blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij zijn beslissing onvoldoende heeft gemotiveerd. In elk geval heeft het Hof aan voormeld betoog van Fortes een onbegrijpelijke uitleg gegeven. Het heeft immers daaruit diens stelling omtrent het ontbreken van een ladder waarmee hij van de ponton(s) kon komen, op ongeoorloofde wijze geïsoleerd en het is zonder motivering voorbijgegaan aan hetgeen in dat betoog overigens naar voren werd gebracht (met name omtrent het voorschrift dat na het leggen van de eerst afgevierde ponton degene die de vierspruit heeft losgemaakt, weer aan dek dient te zijn alvorens de tweede ponton mag worden afgevierd). De hierop gerichte, in het middel besloten klachten zijn derhalve gegrond.'

Recente rechtspraak; gevaarlijke stoffen op het werk en beroepsziekten, Unilever – Dikmans (2000), oplosmiddelen

Zoals gezegd is de beschreven causaliteitsregel op meer rechtsgebieden aanvaard dan die welke tot dusver aan de orde gekomen zijn. Nu ging het hier om geschreven veiligheidsregels, ten aanzien van *ongeschreven* veiligheidsnormen had de Hoge Raad al eerder, in 1993, eenzelfde standpunt ingenomen, in de arresten: *Cijsouw - De Schelde*, inzake de asbestziekte mesothelioom, en *Haaglanden-Nuts - Hofman*, dat betrekking had op psychisch instorten van een werknemer na disfunctioneren.²³ In het al aangestipte arrest van 17 nov. 2000, *Unilever – Dikmans*, volgt een consolidatie van die jurisprudentie, waarbij een nieuwe beroepsziekte in het geding is, namelijk een chronische ziekte die door oplosmiddelen veroorzaakt wordt.²⁴ Na het aan licht komen van de asbestziekten in de V.S. is deze ziekte een volgend fenomeen dat enkele jaren geleden tot nieuwe consternatie in de Amerikaanse verzekeringswereld geleid heeft. Ook hier weer een 'long-tail risk', een ziekte die jaren geleden op het werk, in chemische en verwante industrieën, opgelopen kan zijn.

De casus is als volgt. Dikmans, ingenieur chemische technologie, is in 1964 in dienst getreden van (de rechtsvoorgangster van) Unilever en werkt op verschillende laboratoria, vanaf 1975 bij Porous Structures, tot zijn vertrek bij Unilever in 1984. Sinds 1980 is hij herhaaldelijk ziek, vaak vele maanden achtereenvolgend; sinds medio 1985 heeft hij een volledige WAO-uitkering.

23. Resp. HR 25 juni 1993, *NJ* 686, nt PAS; *TMA* 1994, p.93, nt Van Dunné; HR 1 juli 1993, *NJ* 667, nt PAS. In het eerstgenoemde arrest, *Cysouw – De Schelde*, ging het om veiligheidsnormen, zoals blijkt uit het arrest *Janssen – Nefabas*, *NJ* 1990, 573, dat door de HR aangehaald wordt.

24. HR 17 nov. 2000, *NJ* 2001, 596. De oplosmiddelen-ziekte OPS (Organisch Psycho Syndroom), is in de V.S. aan de orde van de dag; het is een algehele aantasting van het zenuwstelsel ten gevolge van blootstelling aan organische oplosmiddelen.

§10. AANSPRAKELIJKHEID VAN WERKGEVERS

Dikmans heeft een aantal neusoperaties ondergaan en is in de jaren '80 bij dertien specialisten (o.m. in Bonn, Londen, Leuven) in behandeling geweest voor zijn ziekte. Hij stelt sinds 1978 een chronische ziekte opgelopen te hebben door het omgaan met stoffen en materialen op het werk, met name chemicaliën en oplosmiddelen (een sensitizatie door metaalzouten). Hij verwijst daarbij naar de rapporten van medici die hem hebben onderzocht of behandeld, en naar de medische literatuur. Dikmans stelt dat Unilever de zorgplicht geschonden heeft om te voorkomen dat hij ziek zou worden als gevolg van werkomstandigheden, dat geen medisch onderzoek plaatsgevonden heeft en geen veiligheidsmaatregelen getroffen zijn, noch informatie gegeven is over de gevaren verbonden aan het omgaan van met name nikkel.

Unilever voert het verweer dat Dikmans niet geconcretiseerd heeft welk causaal verband er bestaat tussen de werkomstandigheden en zijn ziekte, en evenmin het causaal verband tussen het ontbreken van voorzorgmaatregelen en zijn aandoeningen aangetoond heeft. De rechtbank onderschrijft dat verweer in een overweging die door de cassatierechter aangehaald wordt:

‘Met Unilever is de rechtbank van oordeel dat Dikmans onvoldoende heeft gesteld om zijn vordering te kunnen staven.

Ter toelichting dient het volgende:

Dikmans stelt dat hij bij Unilever met chemicaliën en oplosmiddelen heeft gewerkt en dat in zijn omgeving met die stoffen gewerkt werd, maar hij geeft niet exact aan:

- met welke stoffen hij precies heeft gewerkt dan wel welke stoffen in zijn werkomgeving voorkwamen (met chemische formule);
- in welke ruimte(n) hij met die stoffen gewerkt heeft of anderszins in aanraking kwam;
- in welke tijdspanne hij met die stoffen gewerkt heeft of in aanraking is gekomen;
- waarom hij met die stoffen in aanraking kwam voor zover die niet direct met zijn eigen werkzaamheden te maken hadden.

Voorts stelt Dikmans dat Unilever in haar zorgplicht jegens hem tekort is geschoten.

(...) Indien Dikmans er in mocht slagen alsnog voldoende te stellen – en zo nodig te bewijzen – dat zijn aandoeningen het gevolg zijn van zijn werkomstandigheden, zal het aan Unilever zijn om feiten te stellen en – zo nodig – te bewijzen waaruit valt af te leiden dat zij jegens Dikmans aan haar zorgplicht heeft voldaan.’

In cassatie bestrijdt Dikmans de wijze waarop de rechtbank is omgegaan met de stelplicht en bewijslast die hij zou dragen, met de klacht dat miskend is dat:

‘voor de veiligheidszorg van de werkgever geldt dat aan het onvoldoende inacht nemen hiervan rechtens ten gunste van de (geledeerde c.q.) werknemer het bewijsrechtelijk vermoeden ontleend mag worden, dat er voldoende causaal verband bestaat tussen diens schade en de (gevaarstelling c.q.) arbeidsomstandigheden, althans indien aannemelijk is dat de kans op die schade door het achterwege blijven van genoegzame veiligheidszorg in rechtens relevante mate is verhoogd’.

Een tweede klacht van Dikmans is gericht op de te vergaande eisen die de rechtbank heeft gesteld aan de stelplicht, en in het verlengde hiervan de bewijslast. De hoge raad overweegt, na het standpunt van Dikmans samengevat te hebben (in ov. 5.3) als volgt:

‘Blijkens het hiervoor in 5.3 overwogene heeft Dikmans gemotiveerd gesteld dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden en tevens wanneer en – onder vermelding van een reeks stoffen waarvan Unilever heeft erkend dat deze in een laboratorium als het hare thuishoren – hoe deze schade is ontstaan. Gelet hierop en in aanmerking genomen dat van een werkgever die op grond van art. 7:658 lid 2 door een werknemer wordt

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

aangesproken, in het kader van die motivering van de betwisting van de stellingen van de werknemer mag worden gevegd dat hij in het algemeen de omstandigheden aangeeft die meer in zijn sfeer dan in die van de werknemer liggen, heeft de rechtbank, nu zij niets heeft vastgesteld omtrent de betwisting door Unilever van hetgeen Dikmans heeft gesteld, met haar oordeel dat Dikmans niet aan zijn stelplicht heeft voldaan hetzij blijkt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de stelplicht van de werknemer in een geval als het onderhavige hetzij haar oordeel niet van een toereikende motivering voorzien.

Daarnaast geeft ook het oordeel van de rechtbank (rov. 4.2, slot), dat het eerst dan aan Unilever is om feiten te stellen (en zo nodig te bewijzen) waaruit valt af te leiden dat zij jegens Dikmans aan haar zorgplicht heeft voldaan, wanneer deze erin zou slagen voldoende te stellen (en zo nodig te bewijzen) dat zijn aandoeningen het gevolg zijn van zijn werkomstandigheden, blijkt van een onjuiste rechtsopvatting. Dit oordeel miskent immers dat wanneer een werknemer bij zijn werk is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen, het door de werknemer te bewijzen oorzakelijk verband aangenomen moet worden indien de werkgever heeft nagelaten de maatregelen te treffen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, en dat derhalve ook in zoverre op Unilever reeds thans de plicht rust nader aan te geven of en zo ja welke maatregelen zij in dit opzicht heeft getroffen. Een en ander leidt tot de slotsom dat het middel slaagt' (ov. 5.4).

Zoals men ziet, wordt de discussie wederom gevoerd rond het thema stelplicht (en eventueel: bewijslast), in combinatie met de nieuwe causaliteitsregel van vermoeden van causaal verband bij schending van veiligheidsnormen. Op het eerste gezicht is slechts aan de orde dat de werkgever de stelplicht en bewijslast heeft ten aanzien van genomen veiligheidsmaatregelen ten tijde van de blootstelling van de werknemer aan gevaarlijke stoffen. Dit betreft de periode eind jaren '70, begin jaren '80; net als in de asbestzaken kan men veilig aannemen dat er (vrijwel) geen voorzorgsmaatregelen genomen werden om de aandoeningen die mogelijk verband hielden met het omgaan met oplosmiddelen (en vooral nikkel) te voorkomen, omdat in die tijd werkgevers zich daar geen zorgen over maakten. Dat brengt de werkgever in een lastig bewijsparket, nog afgezien van de tijdsperiode die verstreken is, waardoor elk bewijs moeizaam zal zijn (overigens had Dikmans al in 1986 een dagvaarding tegen Unilever uitgebracht in deze zaak).

Daarmee is het arrest van eenzelfde gewicht als *Cysouw – De Schelde* op het gebied van asbestziekten. Onzekerheid over de toedracht bij het krijgen van de ziekte door de werknemer als gevolg van arbeidsomstandigheden (blootstelling aan oplosmiddelen) wordt ook hier in de risikosfeer van de werkgever gebracht. Betrof het bij de ziekte mesothelioom de tijdsfactor, met name de vraag wanneer asbestkristallen ingeademd waren, in de Unilever-zaak was de vraag nog basaler, namelijk of er wel causaal verband bestond tussen blootstelling aan een aantal chemische stoffen en de ziekte. Dat maakt toerekening van causaal verband nog spectaculairder in dit geval.

Het is interessant om na verwijzing door de hoge raad na te gaan hoe de stelplicht en bewijslast van de werkgever opgevat wordt met betrekking tot het nemen van veiligheidsmaatregelen, die 'redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt'. Ik laat die problematiek verder rusten.

Een jaar later vindt een bevestiging van deze jurisprudentie plaats, wat de toedeling van het risico van onzekerheid over de toedracht van tijdens het werk

§10. AANSPRAKELIJKHEID VAN WERKGEVERS

opgelopen schade betreft, dit keer geen ziekte, maar de traditionele figuur: een ongeval.²⁵ De Rechtbank Rotterdam had de bewijslast met betrekking tot de toedracht van het ongeval bij de werkgever gelegd (evenals eerder de kantonrechter), op grond van een redelijke uitleg van art. 7:658, lid 2, en de cassatierechter onderschrijft dat oordeel in een principiële beslissing, waarmee de rechtsontwikkeling op dit terrein weer een stap verder gekomen is. Uiteindelijk loopt het toch niet goed af voor de beschadigde werknemer, omdat de rechtbank op feitelijk gebied tekortgeschoten was in de motivering van haar oordeel; er lagen twee tegenstrijdige verklaringen over de toedracht van het ongeluk.

Banfic, in dienst bij Industromontaza, is in 1992 tewerk gesteld bij Wilton Feijenoord, aan boord van de 'Nedlloyd Neerlandia' – een goed rotterdamse casus, dus. Tijdens het werk maakt hij een val, beschadigt daarbij zijn knie, en lijdt daardoor schade (op te maken bij staat, dus: aanzienlijk). Nu had Wilton Feijenoord direct na het ongeval melding gemaakt in het 'dagen en nachtrapport', waarin als verklaring van Banfic opgenomen was dat hij van een luikhoofd wilde afstappen, op een rail stapte en ten val kwam; in het ziekte/ongevulsrapport is deze toedracht ook opgenomen. In zijn dagvaarding stelt Banfic echter dat hij, alleen achtergebleven op het schip, met twee pakken elektroden naar zijn werkplek ging en een steile trap beklom, slechts één hand vrij had, toen zijn evenwicht verloor en gevallen was. Het zal duidelijk zijn wie zich op welke verklaring beroept, in de procedure die zich vervolgens ontspint. Aangezien kennelijk niemand bij het ongeluk aanwezig was, is het duidelijk dat hier het adagium: 'bewijslast is bewijsrisiko' opgaat: wie de toedracht moet bewijzen heeft grote kans het geding te verliezen.

De Rb. overweegt dat met het nieuwe art. 7:658, de vervanger van art. 7A:1638x (oud-)BW, een wijziging van de verdeling van de bewijslast inhoudt, en ziet geen aanleiding om een onderscheid te maken tussen het bewijs van het treffen van voldoende voorzorgsmaatregelen en het bewijs van de toedracht van het ongeval. Werkgever Industromontaza krijgt de bewijslast ten aanzien van de toedracht, waarbij ook aangetoond mag worden dat het nalaten van het treffen van voorzorgsmaatregelen het ongeluk niet kan hebben veroorzaakt; uit de summiere rapportages kon volgens de rechtbank, gelet op de gemotiveerde betwisting ervan door Banfic, onvoldoende bewijs geput worden voor de stellingen van Industromontaza.

De hoge raad overweegt hierover het volgende:

3.4. onderdeel 2 betoogt dat de bewijsregel in lid 2 van art. 7:658 BW niet meebrengt dat Industromontaza de toedracht van het ongeval op 6 juni 1992 heeft aan te tonen in die zin dat niet het door [verweerder] beweerde ongeval maar het door haar gestelde ongeval heeft plaatsgevonden. Het onderdeel faalt. Nu in dit geding vaststaat dat [verweerder] de gestelde schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden, is Industromontaza ingevolge voormelde bepaling voor deze schade aansprakelijk tenzij zij, in het onderhavige geval, aantoont dat zij de in lid 1 van deze bepaling bedoelde verplichtingen is nagekomen. Deze bepaling impliceert dat op Industromontaza ook de bewijslast van de toedracht van het ongeval rust voor zover zij zich wil beperken tot het bewijs van het nakomen van op de aard van het ongeval toegespitte verplichtingen.

3.5. Onderdeel 3a strekt ten betoge dat de Rechtbank (i) heeft miskend dat onder de omstandigheden van dit geval de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat [verweerder] in afwijking van de in art. 7:658 lid 2 BW neergelegde bijzondere regel van bewijslastverdeling het bewijs dient te leveren van de toedracht van het door hem gestelde ongeval, althans (ii) nader had moeten motiveren waarom deze eisen onder de bedoelde

25. HR 29 juni 2001, NJ 476, nt PAS, *Industromontaza – Banfic*.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

omstandigheden toch niet meebrengen dat de bewijslast aldus wordt verdeeld. onderdeel 3b klaagt dat, mocht het vonnis van de Rechtbank impliciet het oordeel inhouden dat de bewijsregel in lid 2 van art. 7:658 geen afwijking op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid kan meebrengen, dit oordeel onjuist is. Bij de beoordeling van deze onderdelen dient te worden vooropgesteld dat niet is uitgesloten dat onder bijzondere omstandigheden moet worden geoordeeld dat de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat toepassing van een bijzondere regel van bewijslastverdeling als de onderhavige achterwege moet blijven en dus moet worden uitgegaan van de hoofdregel van art. 177 Rv. Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft de Rechtbank de grieven van Industromontaza niet aldus opgevat dat zij zich heeft beroepen op zodanige omstandigheden dat, ook tegen de achtergrond van de strekking van art. 7:658 lid 2 de werknemer te beschermen, moet worden geoordeeld dat naar de eisen van redelijkheid en billijkheid deze bepaling buiten toepassing dient te blijven. Nu de Rechtbank, hiervan uitgaande, niet op deze kwestie is ingegaan, kunnen de onderdelen 3a en 3b die berusten op de veronderstelling dat de Rechtbank een daartoe strekkend betoog heeft verworpen, bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden.

3.6. Onderdeel 4 slaagt. Zonder nadere toelichting, die evenwel ontbreekt, is niet begrijpelijk waarom de hiervoor in 3.1 onder (ii) en (iii) vermelde rapporten, waarin klaarblijkelijk op grond van de eigen verklaring van [verweerder] die pas geruime tijd na het ongeval met een afwijkende lezing is gekomen - de toedracht van het ongeval is omschreven, onvoldoende bewijs kan worden geput. Beide rapporten hebben mede tot doel zo kort mogelijk na het ongeval de toedracht ervan vast te leggen. De daarin gegeven omschrijving van de toedracht is niet onduidelijk of onvolledig, zodat de klacht dat zonder nadere motivering die ontbreekt, niet valt in te zien waarom naar het kennelijk oordeel van de Rechtbank een uitgebreidere of andere omschrijving van het ongeval zou moeten zijn gegeven dan thans is geschied, eveneens gegrond is.

Kort tevoren had de hoge raad zich ook over deze materie uitgesproken, en de gevolgde lijn al uitgezet, in een arrest van een maand eerder, mei 2001.²⁶ Het betrof daar eveneens een val van een werknemer in een boot, dit keer een vlet die op de wal stond, de toedracht was ook hier onduidelijk. De raad overweegt enerzijds, dat de werknemer moet stellen en zo nodig bewijzen dat hij de schade geleden heeft in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor de werkgever (met verwijzing naar een arrest van 15 dec. 2000, *NJ* 2001, 198), maar anderzijds: 'daarbij geldt niet dat van de werknemer kan worden verlangd dat hij ook aantoonst hoe het ongeval zich heeft toegedragen of wat de oorzaak ervan is' (ov. 3.4.1).

De werkgever heeft tegenwoordig een wettelijk verplichting om ongevallen te melden (art. 9 Arbowet), hetgeen vroeger een ongeschreven verplichting van goed werkgeverschap was. Indien er geen ongevalsrapportage opgemaakt is door de Arbeidsinspectie (waarvoor de werkgever moet zorgen), wordt dan aangenomen dat de werkgever niet aan zijn stelplicht voldaan heeft met betrekking tot het waarborgen van de veiligheid, evenals de vraag of opzet of bewuste roekeloosheid in het spel is (zodat wij aan bewijs niet hoeven toe te komen)? De Rechtbank Zwolle neemt dat standpunt in, maar wordt door de hoge raad teruggefloten: voor de strenge eisen die onder het oude art.1638x golden voor de stelplicht van de werkgever bestaat in het regime van art. 7:658 geen grond meer, hetgeen de rechtbank miskend heeft.²⁷ Stein wijst in zijn noot erop dat de raad al in 1998 het standpunt ingenomen heeft dat het ontbreken van een rapport over de toedracht van het ongeval de werkgever niet belet om bewijs te leveren dat hem geen verwijt betreft.

26. HR 4 mei 2001, *NJ* 377, *Bloemsma – Boot Service Hattuma*.

27. HR 15 dec. 2000, *NJ* 252, nt PAS, *Van Merkesteyn BV – Öztürk*.

§10. AANSPRAKELIJKHEID VAN WERKGEVERS

In de jurisprudentie van de laatste jaren zijn ook uitspraken te melden met betrekking tot het ontstaan van risico's op de werkvloer, waarbij de werkgever aan het langste eind trekt. Drie arresten verschenen achter elkaar in de *NJ* met een noot van Heerma van Voss, waarbij steeds, in afwijking van oudere rechtspraak, een risico-element buiten de risikosfeer van de werkgever gehouden wordt. In de eerste zaak wordt een risico dat door de werkgever in het leven geroepen was (het slijpen van broodmessen, die dus extra scherp waren, hetgeen niet bekend gemaakt was) voor rekening gebracht van werknemers die met de messen zachte broodjes moesten snijden, omdat nu eenmaal algemeen bekend is dat messen scherp zijn, en men zich daaraan kan snijden. Het verzaken van een waarschuwingplicht door de werkgever ten aanzien van het risico speelde derhalve geen rol. Zie HR 4 okt. 2002, *NJ* 2004, 175, *Imelda Laudy – Fair Play Centers*.

In de tweede zaak werd de werkgever (dakdekkersbedrijf) niet aansprakelijk geacht voor een bedrijfsongeval, aangezien deze niet hoefde te weten dat er een ander bedrijf (aannemer) ook op het werk bezig was, waarbij een werknemer van dat laatste bedrijf (Pielaat) een gevaarssituatie deed ontstaan waardoor zijn eigen werknemer (Dusarduyn) een val door het dak maakte en ernstig letsel opgelopen had (er was in een plat dak van een nieuw gebouwde bijkeuken door de aannemer een gat gezaagd voor een lichtkoepel dat met isolatiemateriaal aan het gezicht onttrokken was). Zie HR 16 mei 2003, *NJ* 2004, 176, *Dusarduyn – Gebr. Du Puy*.

Tenslotte het derde arrest, een schoonmaakster had een vinger ernstig verwond toen zij bij werkzaamheden (koffievlek van poot van bureau weghalen) haar evenwicht verloor; er was geen risico-inventarisatie ingevolge de Arbwet gemaakt. Zie HR 12 sept. 2004, *NJ* 2004, 177, nt GHvV, *Cornelia Peters – Schoonmaakbedrijf Hofkens*.

Het zijn alle drie uitspraken die niet direkt aanspreken, althans wat mij betreft; ik zal daarop in dit bestek niet verder ingaan. Het lijken mij gevallen van een gevaarssituatie op het werk, die typisch meer in de risikosfeer van de werkgever als ondernemer vallen (met verzekeringsmogelijkheden, c.q. regres op derden) dan van die van de werknemer. Het is wel tekenend dat in alle zaken het OM anders geconcludeerde dan de hoge raad beslist heeft (resp. a-g Spier en twee keer a-g De Vries Lentsch-Kostense). Ik verwijs verder naar de kritische noot van Heerma van Voss, die wijst op de incongruenties tussen de nieuwe jurisprudentie en oudere rechtspraak (zo draagt de werkgever volgens HR 1 juli 1993, *NJ* 687, *Power – Ardross*, aansprakelijkheid voor gevaren op het bouwterrein waarover hij geen zeggenschap heeft). Hij had wat mij betreft nog meer kunnen benadrukken dat de hoge raad de uitgangspunten van risikoaansprakelijkheid, die weinig verschilt van geobjektiveerde schuldaansprakelijkheid (om niet op tenen te gaan staan van arbeidsrechtsspecialisten) uit het oog verloren lijken te hebben, met het zoeken naar concrete fouten van de werkgever bij de uitvoering van een zorgplicht inzake de bescherming van werknemers tegen risico's op de werkvloer. En als er wel een concrete fout gemaakt wordt door de werkgever (zoals het niet waarschuwen dat de broodmessen net geslepen zijn, hetgeen voor a-g Spier de doorslag gaf), ziet de raad dat over het hoofd, of door de vingers (of is het de mantel der liefde die hier toedekkend gebruikt wordt?). Het lijken typisch (rechts-)politieke uitspraken van de hoogste rechter, die kennelijk de

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

bescherming van werknemers in de rechtspraak van de laatste jaren wat te verdoorgesloten vond en wilde bijsturen.

§ 11. Medische aansprakelijkheid

1. Inleiding. Medische aansprakelijkheid en bewijslastverdeling

Hierboven kwam op verscheidene plaatsen de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van een medische behandeling aan de orde, onder meer bij het onderscheid inspannings- v. resultaatsverbintenis, en de bewijslastverdeling.¹ Op deze plaats wil ik nader ingaan op hetgeen de jurisprudentie te bieden heeft ten aanzien van het bewijs bij beroepsaansprakelijkheid in de medische sfeer.²

Het eerste arrest is HR 20 nov. 1987, *NJ* 1988, 500, nt WLH, *heupoperatie*. Mevr. Timmer had in 1978 een operatie ondergaan aan haar rechter heup, waarbij een volledige heupprothese aangebracht is. Bij deze operatie is de hoofdstam van de rechter nervus ischiadicus beschadigd, met als gevolg een volledige verlamming van alle spieren van het rechter onderbeen en voet, gecombineerd met gevoelloosheid van delen van de voet. Timmer spreekt de orthopaedisch chirurg, Deutman, aan tot schadevergoeding wegens een medische kunstfout. Rechtbank en hof gaan ervan uit dat de beschadiging van de nervus ischiadicus slechts ontstaan kan zijn door een van drie mogelijke oorzaken, genoemd in een door Deutman overlegd rapport van de deskundige Gastkemper, dat op verzoek van diens aansprakelijkheidsverzekeraar opgesteld was. Die mogelijkheden zijn: *a.* de ischiadicus heeft teveel rekking ondervonden; *b.* de ischiadicus is doorgesneden; *c.* de ischiadicus is chemisch-thermisch beschadigd door de hitte van het uithardende botcement, dat door de bij de operatie geboorde gaten in het kleine bekken ter hoogte van de musculus iliacus terecht kan zijn gekomen in de buurt van het foramen ischiadicum. Rechtbank en hof hebben oorzaak *c* als de meest waarschijnlijke beschouwd en hebben Timmer met het bewijs belast dat in dit opzicht van een kunstfout sprake is, en zijn van oordeel dat zij er niet in geslaagd is om dat aannemelijk te maken. Overigens was oorzaak *c* als vaststaand aangenomen bij gebreke van deugdelijke betwisting door Timmer. De hoge raad geeft zijn standpunt in enkele overwegingen die voor ons onderwerp van groot belang zijn:

3.4. 'Onderdeel 1 berust op de stelling dat wanneer een arts, aangesproken tot vergoeding van schade als gevolg van een door hem verrichte operatie een kunstfout heeft gemaakt, de bewijslast niet op de patiënt maar op de arts rust. Deze stelling kan in haar algemeenheid niet als juist worden aanvaard. Hetzelfde geldt in het mede door het onderdeel genoemde geval dat vaststaat dat de oorzaak een kunstfout kan zijn. Wel kan van de arts worden verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de patiënt ten einde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen. Het hof is er kennelijk van uitgegaan dat aan dit laatste hier is voldaan doordat Deutman zijn lezing van het gebeurde heeft gegeven, met een beroep op en onder overlegging van het rapport-Gastkemper, het daarin aangehaalde operatieverslag en Deutmans brieven aan de medisch adviseur van zijn aansprakelijkheidsverzekeraar van 6 nov. 1979 en 4 dec. 1979;

3.5. Onderdeel 3 verwijt het hof voorbij te zijn gegaan aan het betoog van Timmer dat de onderhavige operatie zo moest worden uitgevoerd dat het risico van thermisch-chemische

1. Zie o.m. Deel I, Hfdst. 6, § 3, nr 4 (overmacht).

2. De hier volgende beschouwingen verschenen eerder als onderdeel van mijn artikel in *Ars Aequi*, *Rode draad 'Beroepsaansprakelijkheid'*, over de bewijslastverdeling op dat terrein, AA 1995, p. 664.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

inwerking van het botcement werd uitgesloten en dat Deutmman, die in zijn brief van 4 dec. 1979 schreef dat bij de door hem gevolgde operatietechniek nooit botcement terechtkomt in het gebied van de nervus ischiadicus, de operatietechniek in het onderhavige geval blijkbaar heeft verlaten, althans onvoldoende zorg en aandacht heeft besteed aan en onvoldoende maatregelen heeft genomen ter voorkoming van dit risico. Deze klacht is gegrond. Het hof heeft inderdaad aan dit betoog geen aandacht besteed' (volgt: een nadere uitwerking van dat laatste).³

Wij zien hier dat de hoge raad niet aan de bewijsregel bij medische kunstfouten wil dat de bewijslast omgekeerd wordt en bij de arts komst te liggen, in plaats van bij de patiënt-eiser, dat wil zeggen niet 'in haar algemeenheid'; in bijzondere gevallen zou dit derhalve anders kunnen zijn, indien de redelijkheid en billijkheid dit eisen. Hierbij valt te denken aan het geval dat de partij die over de informatie beschikt (arts) deze vernietigd of niet toegankelijk gemaakt heeft. Daarvan was in dit geval geen sprake, de arts in kwestie verleende alle medewerking bij het aan het licht brengen van de feitelijke toedracht. Dat laatste is voor de hoge raad aanleiding om opnieuw de regel ten aanzien het verlenen van medewerking aan de bewijsvoering van de wederpartij te formuleren. De arts-gedaagde heeft bij betwisting van het standpunt van eiser een stelplicht, hij moet voldoende 'aanknopingspunten voor bewijslevering' door de tegenpartij verschaffen.

Minstens zo belangrijk is hetgeen volgt in ov. 3.5: hier zien wij een partij aan haar eigen stelling opgehangen worden, à la *Jumbo II* en *Haagse gasfabriek*. Deutmman had gesteld dat bij de door hem gevolgde operatietechniek *nooit* botcement terechtkomt in het gebied van de bewuste zenuw, de nervus ischiadicus. Uit het feit dat er in casu wel botcement in nabijheid van die zenuw gekomen is, kan afgeleid worden dat de chirurg of de bedoelde operatietechniek niet gehanteerd heeft, of nalatig is geweest om te voorkomen dat het risico zich realiseerde. Met als gevolg dat de patiënt niets meer heeft te bewijzen; een ander hof kan de zaak na verwijzing afdoen.

Het arrest heeft de instemming van Haardt in zijn noot, hetgeen niet als verrassing komt; aan het slot trekt hij enkele conclusies die tot nadenken stemmen. Allereerst wijst hij op de schroom die de hoge raad kennelijk heeft om 'ronduit tot een bewijslastverschuiving te komen', wellicht te wijten aan de vrees om controle in cassatie te verliezen als de rechter op zijn billijkheidsgevoel afgaat, en doet de suggestie om de gevolgde bewijsconstructie te brengen onder een 'bijzondere regel' van bewijslastverdeling: 'de bewijslast wordt verschoven naar de partij op wie een aanvullende stelplicht rust waaraan zij niet heeft voldaan'. Voor het rechtstreeks opereren met de eisen van redelijkheid en billijkheid om te komen tot bewijslastomkering als *algemene* regel ziet Haardt geen grond, evenmin via de weg van het feitelijk vermoeden. En dan komt de uitsmijter: 'Alleen als de operatie die de schade veroorzaakte als volstrekt ongevaarlijk is aan te merken, zou tot het bewandelen van die wegen aanleiding zijn'. Het is overigens niet het enige voorstel om in bepaalde gevallen tot bewijslastomkering over te gaan bij medische aansprakelijkheid, de laatste jaren.³ Ik houd de uitwerking hiervan nog even aan, en ga over naar een volgend

3. Vgl. in dit verband: P.A. Stein in *NJB* 1988, p. 389, noot, die van mening is dat ingevolge art. 177 Rv op de arts/het ziekenhuis de bewijslast rust om aan te tonen dat de medische procedures zorgvuldig verricht zijn. B. Sluyters acht omkering van de bewijslast gegrond in

§11. MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID

arrest waarin de hoge raad een interessante toepassing van het arrest van 1987 geeft.

In het arrest HR 18 febr. 1994, *NJ* 1994, 368, ging het om het geval van Mevr. B. die in het ziekenhuis 'De Goddelijke Voorzienigheid' opgenomen was en bij wie de baarmoeder verwijderd was, het speelde in 1986. Tijdens de operatie op 21 april 1986 die door de gynaecoloog Schepers wordt uitgevoerd, wordt per ongeluk de blaas ingeknipt; de wond wordt direkt geconstateerd en wordt gehecht. Er wordt een katheter aangebracht om de urine te kunnen laten wegvloeden, die na een week verwijderd wordt en enkele dagen later mag mevr. B. weer naar huis. Op 4 mei is een nabloeding opgetreden; zij meldt zich op 16 mei bij Schepers en stelt hem op de hoogte van de nabloeding die zich voorgedaan heeft. Doorgestuurd naar de uroloog stelt deze vast dat er zich een zweer gevormd heeft tussen blaas en schede; na een eerste behandeling moet operatief ingegrepen worden en op 23 juni ligt mevr. B. weer in het ziekenhuis en wordt aan haar blaas geopereerd; op 12 juli wordt zij uit het ziekenhuis ontslagen. Zij spreekt haar gynaecoloog aan tot schadevergoeding. Een deskundige wordt benoemd die mogelijke oorzaken van het ontstaan van deze complicatie onderzoekt. Daarbij blijkt dat patiënte voorafgaand aan de nabloeding op 4 mei gemeenschap heeft gehad, waardoor een nabloeding ontstond die tot gevolg had dat het litteken op de blaas opengegaan is en een blaaszweer ontstaan is. Desgevraagd deelt mevr. B. mee dat haar geen advies gegeven is door Schepers dat zij drie maanden na de operatie geen gemeenschap mocht hebben.

De procedure spitst zich toe op het al of niet gegeven zijn van dat advies. Schepers stelt dat hij dat wel degelijk gegeven heeft op de dag dat mevr. B. uit het ziekenhuis ontslagen werd, bij het ontslaggesprek op 29 april. Dit wordt door mevr. B. pertinent ontkend. Er ontstaat een pat-stelling: geen van beide partijen kan 'hardmaken' dat haar stelling de juiste is; in de patiëntenadministratie staat slechts dat Schepers het ontslaggesprek gevoerd heeft. Schepers schrijft aan zijn advocaat in een brief van 14 febr. 1990: 'Zoals bij elke patiënte die een uterus-extirpatie ondergaat kreeg ook zij het advies tot na de volgende controle, zes weken later, geen samenleving te hebben. Dit is een dermate stringent advies dat dit aan elke patiënte meegegeven wordt en nooit vergeten wordt' (ov. 3.1 sub V). Het hof hakt de knoop door en draagt Schepers op om zijn stelling te bewijzen dat hij op 29 april 1986 mevr. B. heeft geadviseerd om zes weken geen samenleving te hebben, in welk bewijs hij niet slaagt, met als gevolg aansprakelijkstelling voor de door B. geleden schade.

het geval de gezondheid van de patient plotseling achteruit gegaan is na een kort ziekenhuisverblijf of een concrete poliklinische behandeling, zodat deze op arts/ziekenhuis komt te rusten (nl. dat vereiste zorg verleend is). Vgl. preadv. Ver. v. Rechtsvergelijking 1984 en zijn bijdrage aan de Jonge Balie-congresbundel *Beroepsaansprakelijkheid*, 1991, p. 98.

Stolker, diss. p. 88 v. verwerpt uiteindelijk het voorstel van Sluyters en kiest (toegespitst op de sterilisatie-problematiek) na aarzeling voor de bewijslast bij de patient, ook indien de kunstfout statistisch gezien hoogst uitzonderlijk is. W.D.H. Asser, 'Stelplicht en bewijslastverdeling en medische aansprakelijkheid in het Nederlandse recht', *TvG* 1991, p. 62, op p. 74 v., voelt evenmin voor het plan van Sluyters, dat hij ook weer teveel beperkt tot specifieke gevallen vindt; hij is voorstander van de verzwaarde stelplicht en is alleen ten aanzien van de causaliteitsvraag bereid om tot omkering van de bewijslast te komen.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Schepers gaat hiervan in cassatie, en betoogt dat geen bijzondere regel hier omkering van de bewijslast voorschrijft, terwijl ook de redelijkheid en billijkheid dat niet meebrengen. De hoge raad geeft eerst een herhaling van de kernoverweging van het *heupoperatie*-arrest van 1987, dat uitdrukkelijk genoemd wordt, over het medewerking verlenen aan de bewijsvoering van de wederpartij, en overweegt dat tegen de achtergrond daarvan de bestreden overweging van het hof:

‘aldus moet worden verstaan dat het hof de betwisting door Schepers van de stelling van B. dat hij meerbedoeld advies niet had gegeven, onvoldoende geadstrueerd heeft geacht en daarom Schepers heeft belast met het bewijs dat hij het advies inderdaad heeft gegeven. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk in het licht van de omstandigheid dat Schepers in zijn hiervoor in 3.1 onder (V) genoemde brief zelf zijn stelling dat hij het advies wèl heeft gegeven, in wezen slechts grondt op de ervaringsregel dat dit altijd gebeurt en nooit vergeten wordt, omdat dit advies zo stringent is’ (ov. 3.3).

Bewijslast was hier bewijsrisiko in optima forma. Het onvoldoende betwisten van eisers stelling en daardoor niet voldoen aan de stelplicht deed gedaagde de das om bij het hof, hetgeen de instemming van de hoge raad krijgt. De mededeling dat je altijd een dergelijk advies geeft na zo’n operatie is inderdaad niet zo’n bijster sterke stelling, maar waarschijnlijk het enige dat de gynaecoloog naar voren kon brengen. Zijn bewijsnood, daar ging het in wezen om, wordt afgewogen tegen die van de patiënte, en die laatste weegt zwaarder in de ogen van de rechter. Terecht? Ik zou menen van wel; het ligt meer op de weg van de arts om vast te leggen dat dergelijke cruciale adviezen gegeven worden, tegenover de patiënte en in zijn eigen administratie. Als dat teveel rompslomp met zich brengt kan hij ervoor kiezen dat niet zo te doen, maar dan is het risico dat dit naderhand niet komt vast te staan voor hem, als meest gereede partij om hiervoor zorg te dragen.⁴

Deze lijn wordt doorgetrokken in het arrest HR 13 jan. 1995, *NJ* 1997, 175, nt CJHB, *Ziekenhuis De Heel - Korver c.s.*, wederom een standaard-arrest. Het betrof hier de volgende casus. Korver, een PTT-beambte, ondergaat in 1978 een operatie aan zijn kaak die onder algehele narcose plaatsvindt. Na de operatie wordt hij naar een zgn. ‘uitslaapkamer’ gebracht, waar hij op een bed gelegd wordt om weer bij kennis te komen. Dat gebeurt in zijn geval echter op de vloer: bij het ontwaken heeft hij onwillekeurige bewegingen gemaakt waardoor hij uit bed gevallen is. Het bed had geen zgn. ‘onrusthekken’ of ‘onrustbanden’ om uit bed vallen te voorkomen en er was op dat moment geen verpleegkundige aanwezig om dat te beletten. Als gevolg van zijn val loopt hij een verwonding aan zijn oog op, die leidt tot blindheid aan dat oog. Hij eist schadevergoeding van het ziekenhuis, met de mooie naam ‘De Heel’, terwijl ook de staat en het

4. Vgl. ook het commentaar van Spier, A & V, 1994, p. 77. Overigens geldt naar Duits recht dat de bewijslast voor verstrekte informatie op de arts rust, vgl. Stolker, diss. p. 72. Zie ook: M. Kleuser, *Die Fehleroffenbarungspflicht des Arztes, Privat- und Wirtschaftsrecht*, Heft 95, Karlsruhe 1995.

§11. MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID

ABP als eiser optreden terzake van regresvorderingen wegens (pensioen-) uitkeringen.⁵ De bewijsvraag wordt duidelijk uit de overweging die hier volgt:

2.3.1. ‘Het hof heeft het bij zijn tussenarrest van 3 okt. 1991 bevolen deskundigenbericht aldus verstaan dat een onder narcose gebrachte patiënt na de operatie in de uitslaapkamer twee fasen pleegt door te maken: een eerste fase waarin de patiënt nog in diepe slaap kan verkeren en de mogelijkheid bestaat dat hij onwillekeurige bewegingen maakt en daardoor uit bed valt, en een tweede fase waarin hij slechts licht slaperig is en het niet waarschijnlijk is dat hij uit bed zal vallen. Gelet op deze beschrijving is het, aldus het hof, zeer waarschijnlijk, en moet bij gebreke van feiten die op een andere toedracht wijzen, ervan worden uitgegaan dat het ongeval zich in de eerste fase heeft voorgedaan. In dit verband merkt het hof op dat het op de weg van De Heel lag haar betoog dat Korver in de tweede fase uit het bed zou zijn gevallen, met concrete feitelijke stellingen te onderbouwen, en dat dit betoog, nu zulks niet is geschied, moet worden gepasseerd, voor een bewijsopdracht is in de gegeven omstandigheden geen plaats’.

Er stond vast dat de verpleegkundige bezetting tijdens de eerste fase ontoereikend was met het oog op de onwillekeurige bewegingen van Korver, in zo’n situatie was volgens het hof het plaatsen van onrusthekken een aangewezen voorziening, tegen te verwaarlozen kosten; het hof komt dan ook tot de vaststelling dat De Heel verwijtbaar tekortgeschoten is in haar zorgplicht tegenover Korver.

De Heels bestrijding van de uitleg die het hof aan het deskundigenbericht geeft acht de hoge raad ongegrond, mede vanwege het feitelijke karakter. De klacht gericht tegen het oordeel van het hof dat het op de weg van De Heel lag om haar betoog dat Korver in de tweede fase uit bed gevallen was met concrete feitelijke stellingen te onderbouwen wijst de cassatierechter eveneens af, en grijpt daarbij terug op het *heupoperatie*-arrest:

‘In een geval als het onderhavige, waarin een ziekenhuis wordt verweten verwijtbaar onzorgvuldig te hebben gehandeld, kan van het ziekenhuis worden verlangd dat het voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de patiënt ten einde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen (vgl. HR 20 nov. 1987, *NJ* 1988, 500 onder 3.4). Nu De Heel niet aan deze stelplicht heeft voldaan, was, zoals het hof met juistheid heeft geoordeeld, voor een bewijsopdracht geen plaats.’

Het opzienbarende is hier, dat de hoge raad een stap verder gaat dan de uitspraak in *heupoperatie* en geen noodzaak ziet voor het verlenen van een bewijsopdracht aan de partij die zijn stelplicht verzaakt heeft. Dat is een gepasseerd station, en daarmee is deze bewijsregel veel verder strekkend dan die van omkering van de bewijslast.

Het vervolg van het arrest is minstens zo belangrijk voor de medische aansprakelijkheid en betreft het causaal verband; het is natuurlijk vrij onwaarschijnlijk dat iemand bij een val uit een bed het zicht aan een oog verliest. Het hof had zich door het *Vershuis*-arrest (*NJ* 1980, 77) laten leiden: bij schending van verkeers- of veiligheidsnormen is men ook aansprakelijk voor schade van uitzonderlijke aard. In het middel wordt geklaagd dat hier geen sprake is van (geschreven) verkeers- en veiligheidsnormen, zoals door de hoge raad in het

5. In het kader van de Wet Geneeskundige Behandelingsovereenkomst die in 1995 van kracht geworden is, is het ziekenhuis overigens naast de behandelende arts aansprakelijk voor medische fouten.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

Versluis-arrest geëist had, eveneens zonder succes. De hoge raad stelt dat in casu sprake is van het tekortschieten bij het nemen van maatregelen in het belang van de veiligheid van Korver, zodat hier veiligheidsnormen geschonden zijn, met als gevolg dat ook letsel dat buiten de normale lijn der verwachting ligt toegerekend kan worden aan degenen die de norm schendt. Met deze uitspraak benadert de hoge raad een garantieverplichting van het ziekenhuis, namelijk instaan voor de veiligheid van de patiënt, met voorlopig slechts consequenties op het vlak van causaal verband.

Dit is een opmerkelijke stap die de hoogste rechter neemt; enkele jaren tevoren had het college nog steun gezocht bij geschreven veiligheidsnormen, die zo obscuur waren dat de annotator zijn verbazing daarover uitsprak. In het *Jumbo III*-arrest hanteerde de hoge raad de instructies van het Kraamcentrum voor het gebruik van kruiken door kraamzusters, de uitdrukkelijke en destijds gebruikelijke instructie om uitsluitend de eigen zgn. Jordense veiligheidskruiken te gebruiken (geheel afgesloten, met olie gevuld en 'au bain Marie' op te warmen).⁶ Nu waren dit interne veiligheidsnormen, het is dus een kleine, en logische volgende stap om algemene zorgvuldigheidsnormen met betrekking tot de veiligheid van een patiënt als grondslag te aanvaarden voor een zeer vergaand regime van causaal verband en aansprakelijkheid.⁷

2. *Bewijsregels bij medische aansprakelijkheid. Conclusies*

Indien wij het terrein overzien, ontstaat het volgende beeld van de bewijslastverdeling bij medische aansprakelijkheid, als vorm van beroepsaansprakelijkheid. Er werd al eerder op gewezen dat een aansprakelijkheidsakte in de medische sfeer ook een contractuele grondslag kan hebben, uit hoofde van de behandelingsovereenkomst, een materie die in Deel 1 ter sprake kwam. De problematiek van de bewijslastverdeling vertoont daarbij grote overeenkomst met die wanneer een actie uit onrechtmatige daad ingesteld wordt. Er kan dus sprake zijn van een samenloop van acties, contractueel en delictueel. Voor het overzicht worden beide figuren hier naast elkaar behandeld.

Indien sprake is van kennelijke fouten of vergissingen die de voorbereiding of de logistiek van de uitvoering van de werkzaamheden betreffen, of formele of procedurele eisen die daaraan gesteld worden, is sprake van de schending van een garantieverplichting door de beroepsbeoefenaar die zijn diensten aangeboden heeft. In dat geval kan de wederpartij die van de diensten gebruik gemaakt heeft, volstaan met het stellen dat het beoogde resultaat niet bereikt is.

6. HR 1 okt. 1993, *NJ* 1995, 182, nt CJHB. Het betreft hier het vervolg, na 24 jaar, op het voorval dat aanleiding gaf tot de eerdere *Jumbo*-arresten, dit keer een vordering ingesteld door Tamara Uitert zelf, die als baby de verwondingen opgelopen had.

De HR acht de kraamzuster aansprakelijk, tenzij deze bij gemotiveerde betwisting bewijst dat er klemmende redenen bestonden voor het niet in acht nemen van de instructies en dat daarbij alle voorzorgsmaatregelen genomen zijn die naar toenmalig inzicht vereist waren om te voorkomen dat het gevaar verbonden aan het gebruik van warmwaterkruiken zich zou verwezenlijken.

7. Zie voor een vervolg op deze jurisprudentie, het *trombose*-arrest (2001), onder, nr 3.

§11. MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID

De beroepsbeoefenaar is aansprakelijk indien hij zich niet op overmacht kan beroepen.

Wanneer sprake is van een kunstfout bij de uitvoering van de werkzaamheden dient allereerst de feitelijke toedracht vastgesteld te worden. In de vaste rechtspraak, met name in de medische sfeer, is de medewerkingsplicht van de gedaagde/arts om feitelijke informatie te geven die het de eiser/patiënt mogelijk kan maken zijn bewijs rond te krijgen een uiterst belangrijke tussenschakel bij de bewijslastverdeling.⁸ Zoals wij zagen kan het schenden van die verplichting die gelijk staat met een stelplicht van gedaagde, de consequentie hebben dat de bewijslast omgekeerd wordt (*heupoperatie*) of zelfs aan verder bewijs geen behoefte bestaat en de stelling van de eiser aanvaard wordt (*De Heel*). Verder kan de gedaagde/arts op zijn eigen stelling vastgeprikt worden, en kunnen de omstandigheden het vermoeden wettigen dat er aan zijn kant een kunstfout gemaakt is. Die laatste categorie moet nog wat nader bezien worden.

Een voorbeeld van de omstandigheden die aanleiding geven tot een vermoeden van schuld is het arrest Hof Den Bosch 17 mei 1988, *TvG* 1990, 85, *borstoperatie*. Het resultaat van een corrigerende borstoperatie beantwoordde zo weinig aan de verwachtingen van de patiënte dat het hof uit de feiten het vermoeden afleidde dat de arts niet aan haar verplichtingen had voldaan. Er was door de arts geen bewijsaanbod gedaan; het hof achtte geen termen aanwezig om de arts ambtshalve in de gelegenheid te stellen bewijs te leveren. Deze uitspraak ligt dus in de lijn van het arrest *De Heel*.⁹

Wij zagen dat de hoge raad in het *kraamzuster*-arrest uit 1976 aansprakelijkheid op grond van vermoeden van schuld uitdrukkelijk mogelijk acht in een dergelijke situatie, waarbij onduidelijkheid bestaat of het lekken van de kruik zijn oorzaak vond in een gebrek in de kruik of in een onzorgvuldigheid van de kraamzuster bij het aanleggen van de kruik; de kruik was eigendom van de eiser, en de oorzaak van het lekken was ondanks een TNO-rapport niet opgehelderd.

Wij vervolgen onze weg bij het in kaart brengen van kunstfouten, in verband met de bewijslastverdeling. Indien sprake is van het verrichten van werkzaamheden waarbij het inspanningsgehalte groter is dan het resultaatgehalte, is het de vraag of niet verdere onderscheidingen aangebracht kunnen worden. Zoals wij zagen is in de rechtspraak naar voren gekomen dat de beroepsbeoefenaar bij de uitvoering van zijn werkzaamheden initiatieven moet nemen, en niet kan volstaan met iets volgens het boekje af te werken. Hij heeft veelal een informatieplicht ten aanzien van de gevolgen van de voorgenomen handeling (arts, notaris). Indien een complicatie optreedt, mag verwacht worden dat hij daarop reageert als een redelijk bekwaam vakman, die redelijk handelt.

Dan is er een categorie te onderscheiden, waarbij de werkzaamheden een 'standaardprodukt' betreffen; ook in de medische sfeer kan bijvoorbeeld een operatie zo ingeburgerd zijn dat zij vrijwel risikolooz gedaan kan worden. Het plaatsen van een kroon door een tandarts of een blinde darmoperatie. Hierbij

8. Ingevolge de Wet Geneeskundige Behandelingsovereenkomst heeft de arts een informatieplicht en de patiënt een inzage-recht ten aanzien van zijn dossier; de laatste jaren werd op dit terrein al grote vooruitgang geboekt. Zie voor Duits recht: Frahm/Nixdorf, *Arztshaftungsrecht*, Karlsruhe 1996; Geiss/Greiner, *Arztshaftpflichtrecht*, 4e dr., München, 2001.

9. Zie voor de contractuele aspecten ook Deel 1, Hfdst. 6, § 3, nr 2.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

geldt dat het experiment van vandaag de standaard-operatie van morgen is, denk aan de open hartoperatie die zo'n vijftien jaar geleden nog een risico van 50 % inhield, hetgeen de patiënt door de chirurg tevoren onder ogen gebracht werd.

Neem het geval van sterilisatie, in ons land en elders een regelmatige bron van procedures, indien de sterilisatie niet gelukt blijkt te zijn, hetgeen meestal aan het licht komt indien zich (weer) een kind meldt.¹⁰ Meestal wordt de eis tot schadevergoeding behalve op smartegeld ook gebaseerd op de opvoedingskosten van het (ongewenste) kind. Indien men van de statistieken van mislukte sterilisaties kennisneemt, voor de meest gangbare ingreep namelijk voor vrouwen tussen 0,1 en 1,6 %, voor mannen 0,03 %, dringt de conclusie zich op dat het hier bij uitstek om een standaard-ingreep gaat die normalerwijze slaagt.¹¹ Er is naar mijn mening dan ook aanleiding om hier van een resultaatsverbintenis uit te gaan: de arts dient in te staan voor het slagen van de ingreep. Op het terrein van het bewijsrecht betekent dit dat de bewijslast omgekeerd kan worden: de arts dient aan te tonen dat er omstandigheden waren die niet voor zijn risico komen, zoals die welke in de sfeer van de patiënt(e) liggen (gezondheid, fysieke afwijkingen, e.d.).

Men kan dit construeren met het vermoeden van schuld, gezien het normale verloop van een dergelijke medische ingreep of door - een kleine stap verder - tot de aanvaarding van een 'bijzondere regel' van bewijslastverdeling te komen, gebaseerd op het gerechtvaardigde vertrouwen van de patiënt in de bekwaamheid van de arts en het normale verloop van de operatie. Dit vermoeden kan in de feitelijke constellatie zijn grond vinden, maar dat hoeft niet per se het geval te zijn. Het is enerzijds de normerende kracht van het feitelijke, waardoor een structuur aangebracht wordt; anderzijds een beleidsoordeel dat in wezen op de redelijkheid en billijkheid en slachtofferbescherming teruggaat, zoals dat in de rechtspraak over de arbeidsovereenkomst en de produktenaansprakelijkheid tot ontwikkeling gekomen is. Van uit het oogpunt van rechtsbescherming heeft dit het voordeel dat de rechter niet meer aangewezen is op een gunstige feitelijke situatie en een goed procederende eiser. In de voorgestelde constructie leunt men aan tegen een wettelijk vermoeden van schuld, een constructie die de wetgever van oudsher kent, en die ook ten grondslag ligt aan de ontwerp-EEG-richtlijn Dienstenaansprakelijkheid van 1990.¹²

Verskillende schrijvers hebben het nemen van deze stap al bepleit. Het zou, gezien de jurisprudentie van de hoge raad, een voor de hand liggende volgende stap zijn in de ontwikkeling van het bewijsrecht op dit gebied. Nu de wetgever weer zit te suffen, is het woord aan de rechter.

10. Zie voor deze problematiek: Stolker, diss.

11. Cijfers ontleend aan Stolker, diss. p. 78, 88; cijfers zijn uit 1986, bij vrouwen is in 30% van de mislukkingen sprake van buitenbaarmoederlijke zwangerschappen. De methoden zijn resp. dichtbranden van eileiders en vasectomie.

12. Het aanvaarden van risico-aansprakelijkheid in dergelijke gevallen (contractueel: een garantieverplichting) is, zoals zo vaak, een betere oplossing, maar stuit op aanzienlijke emotionele en maatschappelijke weerstanden in de betrokken sector, vgl. indertijd de produktenaansprakelijkheid (in het NBW koos men aanvankelijk voor omkering van de bewijslast, art. 6.3.13) en thans de milieu-aansprakelijkheid.

§11. MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID

3. *Schadevergoeding bij medische kunstfouten, Wrongful birth-arrest (1997).*

Begin 1997 heeft de hoge raad een belangrijke uitspraak gedaan inzake medische aansprakelijkheid, op een terrein dat in het buitenland al enige tijd tot jurisprudentie geleid heeft, en hierboven in het kader van de bewijsvraag aan de orde gesteld werd: de mislukte sterilisatie, alias *wrongful birth*.¹³ Hier stond de kunstfout van de behandelende arts buiten kijf, en waren vooral de schadevraag en het causaal verband in het geding: mogen de kosten van verzorging en opvoeding van het niet gewenste kind door de ouders op de arts verhaald worden? De hoge raad geeft hierop en bevestigend antwoord, en hanteert een streng causaliteitsregime: voor toerekening naar redelijkheid ex art. 6:98 is voldoende dat door de fout een risico geschapen is dat zich verwezenlijkt heeft.

Het arrest is van grote maatschappelijke betekenis en betreft een gevoelig onderwerp. In zijn uitspraak gaat de hoge raad uitvoerig in op de stand van de discussie over deze materie en daarmee kan het arrest als een weergave daarvan dienen. Al met al redenen om het arrest breed weer te geven.

‘3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) De vrouw is vanaf 1984 behandeld door de arts, die als gynaecoloog verbonden is aan het ziekenhuis T. te H. In 1984 werd door de arts bij de vrouw een IUD (nova T), ook wel genaamd spiraaltje, geplaatst. Bij een operatie in maart 1986 heeft de arts het spiraaltje verwijderd en, naar later gebleken is, toen niet opnieuw een spiraaltje geplaatst. De arts heeft de vrouw niet op de hoogte gesteld van het feit dat niet opnieuw een spiraaltje was geplaatst. De arts erkent dat het niet opnieuw plaatsen van een spiraaltje, althans het achterwege laten van waarschuwingen c.q. mededelingen daaromtrent, een beroepsfout vormt.

(ii) De vrouw bleek in augustus 1986 zwanger te zijn. Het kind is op 1 mei 1987 geboren.

(iii) De vrouw is gehuwd. Ten tijde van de geboorte van het kind had het echtpaar twee kinderen, geboren op respectievelijk 22 januari 1975 en 26 september 1981. Het echtpaar leeft van een RWW-uitkering, toegekend aan de man.

(iv) De assuradeur van de arts heeft aan de vrouw medegedeeld in beginsel de aansprakelijkheid van de arts te erkennen en heeft aan de vrouw op 7 december 1988 een bedrag van f 10 000 als voorschot onder algemene titel uitgekeerd.

3.2. De vrouw heeft naast voormelde feiten aan haar onder 1 vermelde vordering het volgende ten grondslag gelegd. De vrouw en haar echtgenoot hadden om verschillende redenen ‘zeer uitdrukkelijk het besluit genomen niet meer kinderen te willen hebben’. Daarom heeft zij zich tot de arts gewend en deze heeft zich jegens haar verbonden door het (opnieuw) plaatsen van een spiraaltje zorg te dragen voor het voorkomen van conceptie. Ten gevolge van een beroepsfout van de arts heeft de vrouw schade geleden en zal zij nog schade lijden, in totaal ten bedrage van f 290 976,55, welk bedrag zij specificceert als volgt:

a. aanschaf baby-uitzet e.d. f 10 000

b. loonderving ten gevolge van verminderd arbeidsvermogen, alsmede opvoedingskosten van het kind tot het achttiende jaar, door Expertisebureau P. begroot op f 241 286

c. immateriële schade f 25 000

d. kosten van expertise f 8882,50

e. kosten van rechtsbijstand tot datum opstellen dagvaarding f 5808.

3.3. De Rechtbank heeft - terecht - vooropgesteld dat op de onderhavige zaak het vóór 1 januari 1992 geldende recht van toepassing is. Daarbij verdient opmerking dat dat recht, voor zover hier van belang, niet verschilt van het thans geldende recht. De Rechtbank heeft geoordeeld dat de hiervoor in 3.2 onder a en e vermelde posten geheel, en die vermeld onder d

13. HR 21 febr. 1997, NJ 1999, 145.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

voor de helft, voor toewijzing vatbaar zijn. De Rechtbank heeft de onder b vermelde loonderving en post c niet voor toewijzing vatbaar geacht. De kosten van verzorging en opvoeding van het kind tot het achttiende jaar heeft de Rechtbank wel voor toewijzing vatbaar geacht. Met het oog daarop heeft de Rechtbank de vrouw verzocht een contante waardeberekening met betrekking tot die kosten in het geding te brengen en daartoe de zaak naar de rol verwezen.

3.4. Het Hof heeft in het incidenteel appel geoordeeld dat de kosten van verzorging en opvoeding slechts in bijzondere omstandigheden voor vergoeding in aanmerking komen en de zaak naar de rol verwezen teneinde partijen in de gelegenheid te stellen zich ter zake van het al dan niet bestaan van bijzondere omstandigheden, in de door het Hof aangegeven dan wel in andere zin, uit te laten. Onderdeel 1 keert zich tegen voormeld oordeel van het Hof. In het principaal appel heeft het Hof evenals de Rechtbank geoordeeld dat de vorderingen ter zake van loonderving en immateriële schade niet voor toewijzing vatbaar zijn. Daartegen keren zich de onderdelen 2 respectievelijk 3. De behandeling van de grief gericht tegen het oordeel van de Rechtbank dat de expertisekosten slechts voor de helft toewijsbaar zijn, heeft het Hof aangehouden.

3.5. Het Hof heeft zijn door onderdeel 1 bestreden oordeel omtrent de vordering ter zake van de kosten van verzorging en opvoeding van het kind gegrond op de volgende overwegingen. Het Hof heeft tot uitgangspunt genomen dat de zwangerschap van de vrouw en de geboorte van het kind zijn veroorzaakt door tekortschieten van de arts in de nakoming van een op hem rustende verbintenis. Het Hof heeft - op dit punt in cassatie terecht niet bestreden - vervolgens geoordeeld dat niet van de vrouw kon worden gevergd dat zij ter voorkoming van de door haar gestelde schade gebruik zou maken van de mogelijkheid de door haar niet gewenste zwangerschap te doen afbreken of het kind na de geboorte aan een derde af te staan. Het Hof heeft er voorts de nadruk op gelegd dat de door de vrouw in dit verband gestelde kosten bestaan in 'kosten die normaliter aan de verzorging en opvoeding van een kind zijn verbonden'. Daarna heeft het Hof geoordeeld dat, waar het dragen van de kosten van verzorging en opvoeding van de ouders voortvloeit uit 'de natuurlijke en door de wet erkende plicht van ouders om hun kinderen te verzorgen en op te voeden', die kosten niet zonder meer voor vergoeding in aanmerking komende 'schade in de zin van het vermogensrecht' vormen. Dit alles heeft het Hof tot de voormelde slotsom gebracht dat dergelijke kosten slechts in bijzondere omstandigheden voor vergoeding in aanmerking komen. Daarbij heeft het Hof omstandigheden voor ogen gehad als het ten gevolge van die kosten voor de vrouw ontstaan van ernstige financiële moeilijkheden of een aanmerkelijke verlaging van haar levensstandaard, waarbij het Hof denkbaar heeft geacht dat die bijzondere omstandigheden zich niet gedurende de gehele duur van de minderjarigheid van het kind zullen voordoen of slechts voor vergoeding van een deel van de jaarlijkse kosten grond geven.

3.6. Onderdeel 1 stelt naar aanleiding van deze overwegingen de principiële vraag aan de orde of in een geval als het onderhavige, waarin de vrouw door een beroepsfout van de arts tegen haar wil in een situatie is geraakt, waarin zij volgens de wet kosten in verband met de verzorging en opvoeding van het kind heeft te maken, in beginsel voldoende grond bestaat om die kosten aan te merken als rechtens voor vergoeding in aanmerking komende schade. Bij de beoordeling van het onderdeel dient te worden vooropgesteld dat het onderhavige geval blijkens de vaststellingen van de Rechtbank hierdoor wordt gekenmerkt dat vaststaat dat de vrouw en haar echtgenoot na de geboorte van hun tweede kind verdere zwangerschappen wensten te voorkomen teneinde hun gezin niet verder uit te breiden en dat met het oog daarop door de arts - die met deze wens bekend was - bij de vrouw een spiraaltje was geplaatst, hetwelk door hem na de hiervoor in 3.1 onder (i) bedoelde operatie niet door een nieuw spiraaltje is vervangen. Het is derhalve tegen de achtergrond van deze situatie dat de hiervoor bedoelde vraag moet worden beantwoord.

3.7. Voorts moet ter zake van het wettelijk kader waarin deze vraag beantwoording behoeft, het volgende in het oog worden gehouden. Het gaat hier om een medische fout van de arts die aldus op hem toe te rekenen wijze is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verbintenis uit de behandelingsovereenkomst met de vrouw. In verband met de art. 6:74, 6:96

§11. MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID

en 6:98 BW, in onderlinge samenhang gelezen, brengt dit mee dat de arts aansprakelijk is voor alle vermogensschade die in zodanig verband met die fout staat dat zij hem naar de maatstaf van art. 6:98 als een gevolg van die fout kan worden toegerekend. Voor een dergelijke toerekening is in beginsel voldoende dat door de desbetreffende fout een risico is geschapen, dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt. Dat geval heeft zich hier onmiskenbaar voorgedaan, nu de door de arts niet medegedeelde afwezigheid van het spiraaltje heeft geleid tot een doorkruising van de gezinsplanning die met het aanbrengen van een spiraaltje werd beoogd. Een gezinsplanning als hier blijkt het voorgaande aan de orde, strekt, naar moet worden aangenomen, in het algemeen tenminste mede ertoe de gezinsomvang af te stemmen op de financiële mogelijkheden die de ouders verwachten te zullen hebben. De schade waarvan hier vergoeding wordt verlangd, bestaat in kosten waarvan alleen reeds wegens hun omvang moet worden aangenomen dat zij gedurende de minderjarigheid van het kind in beginsel mede de financiële armslag van het gezin zullen gaan bepalen. Dergelijke kosten zijn onmiskenbaar vermogensschade en, gelet op de aard van zowel deze schade als van de voormelde gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, is niet in te zien waarom deze schade niet aan de arts als een gevolg van deze gebeurtenis toegerekend zou moeten worden. Anders dan het Hof heeft aangenomen, staat de wettelijke verplichting van de ouders ter zake van de verzorging en opvoeding van het kind daaraan niet in de weg; veeleer vloeit uit deze verplichting voort dat het hier inderdaad om kosten gaat die noodzakelijk moeten worden gemaakt en die juist daarom een financieel nadeel en derhalve vermogensschade vormen.

Een en ander brengt mee dat in een geval als het onderhavige de aansprakelijkheid van de arts voor de hier bedoelde schade in het stelsel van de wet past en de wet zelf geen grondslag biedt om vergoeding van dergelijke schade in beginsel af te wijzen.

3.8. Vervolgens dient te worden onderzocht of er andere bezwaren bestaan tegen het in beginsel toekennen van vergoeding voor schade, bestaande in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind. Zowel in Nederland als in andere landen zijn dergelijke bezwaren naar voren gebracht. Zo is aangevoerd - kort gezegd - dat het toekennen van vergoeding van dergelijke kosten in een geval als het onderhavige, waarin het om een normaal en gezond kind gaat, slechts op de opvatting kan berusten dat het kind zelf als schade of schadefactor moet worden beschouwd en dat een dergelijke toekenning in elk geval in strijd komt met de waardigheid van het kind als mens omdat aldus zijn bestaansrecht wordt ontkend.

Deze bezwaren komen de Hoge Raad niet overtuigend voor. De hiervoor in 3.7 in het kader van het stelsel van de wet ontwikkelde gedachtengang gaat uit van het rechtens te respecteren besluit van de ouders dat zij hun gezinsomvang wensten te beperken en neemt voor wat betreft de situatie nadat deze wens door de fout van de arts is doorkruist, uitsluitend tot uitgangspunt dat de ouders, die geacht moeten worden het kind in de nieuwe situatie te hebben aanvaard, aanspraak maken op een vergoeding voor het beslag dat op het gezinsinkomen wordt gelegd door de als gevolg van deze gang van zaken te verwachten kosten. In deze gedachtengang is geen plaats voor de opvatting dat het kind zelf als schade of schadefactor moet worden gezien. Het gaat immers uitsluitend om vergoeding voor de extra last die als gevolg van de fout van de arts op het gezinsinkomen wordt gelegd en die juist door de aanvaarding van het kind ontstaat. Voormelde gedachtengang kan evenmin worden gezegd in strijd te komen met de waardigheid van het kind als mens of zijn bestaansrecht te ontkennen. Integendeel mag, mede in het belang van het kind, aan de ouders niet de mogelijkheid worden onthouden om ten behoeve van het gehele gezin, met inbegrip van het nieuwe kind, aanspraak op vergoeding van de onderhavige kosten te maken.

3.9. Voorts is tegen toewijzing van een vordering tot vergoeding van kosten van verzorging en opvoeding van het kind als bezwaar naar voren gebracht dat die toewijzing ertoe kan leiden dat het kind op latere leeftijd op kwetsende wijze wordt geconfronteerd met de indruk dat het door zijn ouders niet werd gewenst, waarvan het kind psychische schade zou kunnen ondervinden. Ook dit bezwaar komt de Hoge Raad niet overtuigend voor. In de eerste plaats begeeft het zich in de tussen de ouders en het kind bestaande verhouding op een punt dat in beginsel aan de zienswijze van de ouders zelf dient te worden overgelaten. In de tweede plaats is het voorkomen van vooralsnog anonieme gezinsuitbreiding iets van geheel andere

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

orde dan het niet wensen of aanvaarden van het kind als het eenmaal zijn individuele menselijke identiteit heeft verkregen. De aanspraak ter zake van voormelde kosten houdt uitsluitend verband met het eerste, niet met het tweede. Die kosten hebben derhalve met het gewenst zijn van het kind als mens niet van doen. In de derde plaats mag ervan worden uitgegaan 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.

3.10. Evenmin staan aan toewijsbaarheid van een vordering als voormeld bezwaren in de weg, ontleend aan de gedachte van voordeelstoerekening. Met name dient het standpunt te worden verworpen, dat het enkele feit dat het gezin met een gezond kind wordt uitgebreid, reeds een immaterieel voordeel oplevert dat tegen elke vermogensschade van de onderhavige aard opweegt. In de eerste plaats strookt het niet met de hiervoor in 3.7 ontwikkelde gedachtengang om reeds op grond van dit enkele feit elke aansprakelijkheid te dezer zake van de arts te laten vervallen. In de tweede plaats zou het, gegeven het uitgangspunt dat de schade is ontstaan door het doorkruisen van een mede door financiële verwachtingen ingegeven gezinsplanning, ook niet redelijk zijn in de zin van art. 6:100. Veeleer moet ervan worden uitgegaan dat immateriële voordelen slechts in rekening behoren te worden gebracht bij de vaststelling van eventuele immateriële schade.

3.11. Met betrekking tot de hoogte van de ter zake van de kosten van verzorging en opvoeding vast te stellen schadevergoeding verdient nog het volgende opmerking. De Rechtbank heeft de wijze van berekening in het expertiserapport, welke aansluit bij het door de Rechtbank binnen het familierecht gehanteerde systeem van vaststelling van bijdragen in de kosten van verzorging en opvoeding voor minderjarigen, redelijk geacht. Blijkens het zich bij de gedingstukken bevindende expertiserapport zijn deze kosten begroot aan de hand van de gegevens van het Nationaal Instituut voor Budgetvoorlichting (NIBUD). De vrouw, die voormeld rapport in het geding heeft gebracht, heeft tegen dit oordeel geen grief aangevoerd.

In cassatie is derhalve niet aan de orde de vraag of in een geval als het onderhavige aanspraak kan worden gemaakt op een vergoeding die uitgaat boven de kosten begroot aan de hand van de gegevens van het NIBUD. Met betrekking tot deze in dit geding door partijen niet in hun debat betrokken vraag volstaat de Hoge Raad daarom vooralsnog met het volgende. Zoals hiervoor in 3.7 reeds aangegeven, komt uitsluitend voor vergoeding in aanmerking schade die aan de arts naar de maatstaf van art. 6:98 als een gevolg van zijn fout kan worden toegerekend. Deze maatstaf sluit de mogelijkheid niet uit kosten die de gemiddelde kosten van verzorging en opvoeding van een kind te boven gaan, niet toe te rekenen aan de arts, maar aan de ouders zelf, die in de hen persoonlijk betreffende omstandigheden aanleiding hebben gezien tot het besluit tot het maken van deze kosten. Onder het vanaf 1 januari 1992 geldende recht geeft art. 6:109 bovendien de rechter de mogelijkheid de verplichting tot schadevergoeding te matigen voor zover de arts zijn aansprakelijkheid niet door verzekering heeft gedekt. Voor de berekening van de gemiddelde kosten van verzorging en opvoeding kan, zoals ook in de onderhavige zaak door de vrouw is geschied, aansluiting worden gezocht bij de gegevens van het NIBUD.

3.12. Het in 3.6-3.10 overwogene leidt tot de slotsom dat onderdeel 1 gegrond is.

3.13.1. Bij de beoordeling van onderdeel 2 moet worden vooropgesteld dat ook inkomensderving als gevolg van zwangerschap en geboorte van het kind in een geval als het onderhavige in beginsel voor vergoeding in aanmerking komt.

3.13.2. Het Hof heeft de afwijzing van de vordering van de vrouw tot vergoeding van de door haar gestelde inkomensschade gegrond op de volgende overwegingen. De vrouw heeft ervoor gekozen de eerste jaren na de geboorte van het kind niet te werken, omdat zij het kind gedurende de eerste levensjaren zelf wilde opvoeden". In aanmerking genomen "dat in het algemeen aan het opvoeden van een kind niet in de weg staat dat de moeder een (volledige) werkkring vervult", komt de voormelde keuze 'voor rekening van de vrouw'. 'Voor het overige' heeft de vrouw onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd waaruit volgt dat de vrouw vanwege de verzorging en opvoeding van het kind niet in staat zou zijn een (volledige) werkkring te vervullen.

§11. MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID

Aldus heeft het Hof aan zijn beslissing ten grondslag gelegd dat de keuze om haar kind gedurende de eerste levensjaren zelf te willen opvoeden 'voor rekening' van de vrouw komt, waaruit het Hof klaarblijkelijk heeft afgeleid dat zij in beginsel geen vergoeding voor door deze keuze gederfd inkomen kan verlangen en waarvoor het Hof geen andere grond vermeldt dan dat het 'in aanmerking' heeft genomen 'dat in het algemeen aan het opvoeden van een kind niet in de weg staat dat de moeder een (volledige) werkkring vervult'. Zulks geeft evenwel blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Ter beantwoording van de vraag of de vrouw aanspraak kan maken op vergoeding van inkomensderving als gevolg van haar zwangerschap en de geboorte van het kind zal moeten worden beoordeeld of haar keuze om tijdelijk niet te werken in de gegeven omstandigheden als redelijk kan worden beschouwd. Daarbij zal enerzijds gewicht moeten worden toegekend aan de vrijheid van de vrouw om haar leven met het oog op het belang van het kind zodanig in te richten als haar met het oog daarop goedgeeft, terwijl anderzijds in het oog moet worden gehouden dat de vrouw haar schade voor zover haar dit mogelijk is en redelijkerwijze van haar kan worden gevergd, dient te beperken (vgl. bij dit alles HR 12 januari 1996, NJ 1996, 335). Voorts zullen bij de beoordeling van de redelijkheid van voormelde keuze onder meer een rol kunnen spelen de specifieke gezinsomstandigheden, zoals het aantal en de leeftijd van de andere kinderen, het al dan niet ingeschakeld zijn van de echtgenoot in het arbeidsproces en de financiële middelen van het gezin. Onderdeel 2 is in zoverre gegrond en behoeft voor het overige geen behandeling.

3.14. Het Hof heeft met betrekking tot de door de vrouw aan haar vordering tot vergoeding van immateriële schade ten grondslag gelegde omstandigheden geoordeeld dat weliswaar niet valt uit te sluiten dat deze omstandigheden tot meer of minder sterk psychisch onbehagen hebben geleid, maar niet dat deze geleid hebben tot geestelijk letsel dat grond geeft voor een vordering tot vergoeding van immateriële schade. Dit met feitelijke waarderingen verweven oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, is niet onbegrijpelijk en behoeft geen nadere motivering. Reeds hierop stuit onderdeel 3 af.'

Meer rechtspraak

Op het gebied van de medische aansprakelijkheid is in 2000 weer een arrest geweest waarin de causaliteit-nieuwe stijl speelde, het arrest van 16 juni 2000, *Sint Willibrord Psychiatrisch Centrum*.¹⁴ Aangezien zowel a-g Hartkamp als annotator Brunner het arrest in de context van het algemene aansprakelijkheidsrecht plaatsen, werd hierboven ingegaan op die aspecten van de uitspraak.¹⁵

Het betrof een geval van brandstichting door een man onder psychiatrische behandeling die met verlof van een psychiatrische inrichting was, met toestemming van het dienstdoend verplegend personeel; de omstandigheden waaronder dit gebeurde hingen van toevalligheden aan elkaar, niettemin wordt causaal verband aangenomen en wordt het psychiatrisch centrum aansprakelijk gesteld voor de schade die toegebracht werd. De man had zelf voor onderdak gezorgd en een reservering in een hotel getoond aan de verpleegkundigen; een taxi zet hem echter 's nachts af bij het verkeerde hotel, dat gesloten is. Hij belt bij het woonhuis ernaast aan, de daar slapende 15-jarige zoon des huizes laat hem met automatische deuropener binnen, denkend dat het zijn ouders zijn die thuisgekomen zijn, na een uur alleen in de woonkamer gezeten te hebben steekt de man het huis in brand met een aansteker die op tafel ligt.

De kern van de causaliteitsvraag die hier speelt is deze. Het verplegend personeel had de patiënt (L.) toestemming gegeven om per taxi 's nachts naar zijn hotel te vertrekken, zonder

14. NJ 2000, 584, nt CJHB. Het arrest is al direkt zeer kritisch besproken door Giesen en Drion, vgl. nog onder.

15. Zie voor die materie, boven, Hfdst. 11, § 2, nr 3, causaliteit.

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

eerst de dienstdoende psychiater te raadplegen. De fout was in confesso tussen partijen, en betekent schending van een veiligheidsnorm, maar de vraag was of dat enige invloed gehad zou hebben op het verloop der gebeurtenissen en daarmee op het causaal verband met de brandstichting. Het stond namelijk niet vast of de dienstdoende psychiater, desgevraagd, niet ingestemd zou hebben met het vertrek van L. naar het hotel. Naderhand heeft de behandelende psychiater van L. verklaard dat hij na een gesprek met hem wel met het vertrek ingestemd zou hebben. Uit de deskundigenrapporten die hierop gericht zijn blijkt overigens dat van de 21 geraadpleegde psychiaters 9 verklaard hebben dat zij L. zouden hebben laten vertrekken, 8 dat niet gedaan zouden hebben terwijl 4 geen standpunt konden innemen zonder een gesprek met L. gevoerd te hebben. Die verdeeldheid is niet zo verwonderlijk indien men van de nadere feiten kennisneemt.

L. was sinds sept. 1982 in St Willibrord opgenomen, op vrijwillige basis; hij zou op 17 nov. 1982 ontslagen worden, en de gebeurtenis speelt zich af in de nacht daarvoor, 16 november. Hij was die dag 's middags al vertrokken en had een kamer genomen in Motel Alkmaar. Om 1.15 uur belt hij St Willibrord met de mededeling dat hij zelfmoord wil plegen; Hem wordt gevraagd langs te komen, en hij maakt op het dienstdoend verplegend personeel een verwarde indruk en is dronken. Hij slaat een verpleger de bril van het hoofd, het nachthoofd wordt erbij gehaald, en die geeft hem toestemming om per taxi te vertrekken, nadat hem het boekingsbewijs van het hotel getoond is door L. De taxi brengt hem per abuis naar Motel Heiloo, en laat L. in verwarde toestand bij dat hotel achter, dat dicht is. Een ontslagfase uit een inrichting gaat vaak gepaard met gevoelsconflicten, terwijl L. in het verleden vaker suïcidaal geweest was en tijdens verblijf in St Willibrord tweemaal in de separeer cel geplaatst was in verband met angst en agressie als gevolg van alcoholgebruik, blijkt naderhand uit het dossier.

Daarnaast was de gang van zaken 'een hoogst uitzonderlijke en ongewone samenloop van omstandigheden', zoals het Centrum het stelt. Daarbij wordt gewezen op de reeks van toevalligheden: het gedrag van de taxichauffeur die een verward persoon voor een dicht hotel achterlaat in het holst van de nacht, het gedrag van de zoon des huizes, die niet kijkt wie hij binnenlaat, en de aansteker die op tafel lag. Het hof is niet erg onder indruk daarvan, en acht die omstandigheden naar ervaringsregels niet zodanig onwaarschijnlijk dat de ontstane schade niet meer aan St Willibrord kan worden toegerekend. Het hof acht overigens ook van belang dat St Willibrord, een professionele instelling, voor aansprakelijkheid verzekerd is, terwijl de eiser, een partikulier, wegens onderverzekering van zijn pand, tegen een zelf te dragen schade van zo'n vier ton aankijkt. Het hof doet dit in het kader van 'de aard van de aansprakelijkheid en de schade', en toerekening daarvan ex art. 6:98.

Daarmee komen wij op de beoordeling in cassatie. A-g Hartkamp verwerpt in zijn conclusie de cassatieklacht, met een beroep op de causaliteitsregel bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen die 'reeds lang' door de hoge raad aanvaard is. Na die regel weergegeven te hebben stelt Hartkamp: 'Zelfs kan m.i. worden aangenomen dat dit thans over de hele linie van het aansprakelijkheidsrecht geldt', waarop hij het arrest van 26 jan. 1996, *NJ* 607, nt WMK, aanhaalt (*Dicky Trading II*, inzake aansprakelijkheid notaris). Men zal zich kunnen voorstellen dat ik deze uitspraak van de a-g met instemming aanhaal; in dezelfde zin spreekt overigens ook Brunner zich in zijn noot uit. Die instemming geldt echter minder het vervolg van Hartkamps conclusie. In de alinea die volgt schrijft hij:

'Uit deze rechtspraak volgt dat niet, zoals het onderdeel (van het cassatiemiddel, v.D.) aanvoert, pas aansprakelijkheid kan worden aangenomen wanneer is aangetoond en vastgesteld dat de schade als gevolg van de fout is ingetreden (althans dat er sprake is van een aanmerkelijke of gerede kans dat de schade als gevolg van de fout is ingetreden). Veeleer staat (in geval van normschending gevolgd door verwezenlijking van het risico) die

§11. MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID

aansprakelijkheid vast, tenzij de aangesproken persoon aantoonbaar dat er geen sprake is van causaal verband (zowel *conditio sine qua non*-verband als ‘toerekeningsverband’, zie HR 2 okt. 1998, *NJ* 831). Anders gezegd: *conditio sine qua non*-verband is weliswaar vereist, maar het wordt aangenomen totdat de aansprakelijk gestelde persoon het tegendeel bewijst’.

Het aangehaalde arrest is *Nacap – Shellfish*, inzake een stukgetrokken kabel. In de passage die volgt, wordt afstand genomen van de door mij verdedigde opvatting over de rudimentaire betekenis van CSQN, een kwestie die eerder, bij de behandeling van causaliteit in Hoofdstuk 11, uitvoerig aan de orde gekomen is (§2, nr 4).

De hoge raad, op onderhand voorspelbare wijze, volgt zijn a-g, inclusief het door hem aangehaalde arrest van 1996, *Dicky Trading II*. Op het ook door Hartkamp genoemde arrest van 1998, *Nacap – Shellfish*, en de CSQN-problematiek, wordt echter niet ingegaan in de beslissing. De hoge raad overweegt:

‘Onderdeel A 2. bestrijdt ‘s hofs oordeel in rov. 4.5 van zijn eindarrest. Het onderdeel strekt ten betoge dat in een geval als het onderhavige, waarin één of meer verplegers van een psychiatrische inrichting een fout op verpleegkundig vlak maken, terwijl niet is uitgesloten dat ook zonder deze fout de later ingetreden schade zou zijn veroorzaakt, rechtens pas tot aansprakelijkheid voor de schade kan worden geconcludeerd, wanneer is aangetoond en vastgesteld dat de schade als gevolg van de fout is ingetreden, althans dat er sprake is van een aanmerkelijke of gereede kans dat de schade als gevolg van de fout is ingetreden. Het onderdeel faalt omdat het miskent dat, zoals de Hoge Raad heeft geoordeeld in zijn arrest van 26 januari 1996, *NJ* 607, indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.

De beide subonderdelen van onderdeel B - zijn gericht tegen ‘s-Hofs oordeel in zijn rov. 4.6 van zijn eind-arrest dat de door Sint Willibrord als ‘hoogst uitzonderlijke en ongewone samenloop van toevalligheden’ gekwalificeerde gang van zaken niet zodanig onwaarschijnlijk is dat de schade in redelijkheid niet meer aan Sint Willibrord kan worden toegerekend. Het hof heeft kennelijk aangenomen dat de verpleegkundigen in dienst van Sint Willibrord, door L. te laten gaan, een verhoogd gevaar voor enigerlei schade aan derden in het leven hebben geroepen. Door, daarvan uitgaande, te oordelen als hiervoor is weergegeven, heeft het hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. ‘s Hofs oordeel is ook niet onbegrijpelijk en behoeft geen nadere motivering. Daarop stuiten de klachten van onderdeel B - alle af’ (ov. 3.5, 3.6).

Men ziet dat de hoge raad in de laatste overweging de CSQN-eis in het geheel niet in zijn oordeel betreft, maar blijft denken in gevaarzettingstermen: de kern is of ‘een verhoogd gevaar voor enigerlei schade in het leven geroepen is’ door de fout van het verplegend personeel. Dat zou Scholten in 1902 niet anders gezegd hebben, en dat was toen nog maar de voorbode van de adequatieleer, die in 1928 aanvaard werd.

Brunner probeert het arrest in de sfeer van CSQN te brengen en noemt de toestemming van het personeel aan L. om te vertrekken ‘een noodzakelijke voorwaarde (*conditio sine qua non*) voor de brandstichting’. Hij vindt het terecht dat het hof oordeelde dat ‘het vermoeden dat de fout van de verpleging een noodzakelijke voorwaarde van de brandstichting was, niet was ontkracht door

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

het bewijs dat, ook zonder die fout aan de patiënt door de behandelend of dienstdoend psychiater, toestemming zou zijn verleend om te vertrekken'. Tenslotte stelt Brunner dat de raad in overweging 3.6 'alleen toetst of het hof kon oordelen of de fout van de verpleging niet zodanig onwaarschijnlijk was, dat de schade in redelijkheid niet meer aan de inrichting kon worden toegerekend'.

Men ziet hier het CSQN-begrip per se onder dit arrest geschoven worden; niet duidelijk is echter wat dit toevoegt aan de heldere betoogtrant van hof en cassatierechter. Ik verwijs voor mijn kritiek hierop naar de eerder aangehaalde beschouwingen in Hoofdstuk 11. Het *St Willibrord*-arrest heeft al grote ontstentenis teweeggebracht bij schrijvers die de CSQN-leer aanhangen – het *Conditio Sine Qua Nonnenkoor* - hetgeen meestal gekombineerd wordt met weerstand tegen omkering van de bewijslast op redelijkheidsgronden. Giesen en Drion getuigden al daarvan in recente commentaren, waarbij toespelingen gemaakt werden op het ontstaan van 'Amerikaanse toestanden' (hier: 'Haagse toestanden').¹⁶

Zoals al eerder opgemerkt werd, zijn wij tegenwoordig, na de eerste doorbraak bij de ontwikkeling van een eigen, juridisch causaliteitsbegrip, een eeuw verder met de causaliteit, en wordt het onderhand tijd om orde op zaken te stellen. De opgewonden reacties in de vakpers naar aanleiding van het arrest *St Willibrord* (en eerder: *Dicky Trading II*), ongetwijfeld opgeroepen door onrust in verzekeringsland, beloven interessante discussies in de komende tijd. De belangen die op het spel staan, zijn dan ook groot.

In 2001 kwam weer een geval van *medical malpractice* voor de hoogste rechter, dit keer toegespitst op de vraag wat de betekenis van het schenden van een intern ziekenhuis-protocol is voor de aansprakelijkheid, *trombose*-arrest.¹⁷ Deze problematiek is een vervolg op het *De Heel*-arrest van 1995, dat boven besproken werd (nr 1, in fine). De uitkomst is niet zo verrassend, indien men bedenkt dat in het arrest van 1995 obscure interne normen van een kraamcentrum maatgevend waren als veiligheidsnormen, dan zal dat voor een protocol van een ziekenhuis niet anders zijn. Toch werd door het ziekenhuis (en de arts) een poging gewaagd in cassatie, met onder meer het argument dat geen professionele consensus over dat protocol bestond.

H. ondergaat in 1992 een meniscus-operatie aan zijn linker knie; korte tijd later ontstaan trombose aan dat been, en anderhalf jaar later ook aan het andere been. Nu had hem op grond van een binnen het ziekenhuis vastgesteld protocol bij de knie-operatie een anti-stollingsmiddel toegediend moeten worden, hetgeen echter niet gebeurd was ('vergeten'). De rechtbank laat H. toe om te bewijzen dat de trombose te voorkomen was geweest met

16. I. Giesen, A & V 2000, 107 v.; C.E. Drion, *NJB* 2000, p.1956 v. Zij beroepen zich daarbij (uitsluitend) op de critici van *Dicky Trading II* te weten: Giesen, Spier, Akkermans, en Hartlief.

17. HR 2 mrt 2001, *NJ* 649, *Stichting M. – H. (trombose)*; zie ook boven, Hfdst. 10, § 10, in fine. Zie voor de problematiek van het medisch protocol als veiligheidsnorm: A. Hammerstein, *Causaliteit*, LSA-Bundel, 2003, p.10; E.H. Hulst, *NTBR* 2002, p.438. De problematiek van de 'gemiste kans' die hierbij speelt (de geïnformeerde patiënt had ervoor kunnen kiezen om geen risico te nemen en van de operatie af te zien, maar die kans was hem niet geboden doordat de arts het geven van informatie achterwege had gelaten) is aan de orde in Rb. Middelburg 11 mrt 1998, *NJ* 1999, 41, waarover Hammerstein, p.8.

§11. MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID

toepassing van anti-stolling. Het hof vernietigt dit vonnis, en draagt het ziekenhuis op om te bewijzen dat trombose ook zou zijn ontstaan met de anti-stolling behandeling. De opvatting van het hof, en de reactie daarop van de cassatierechter blijken uit de hier volgende overwegingen van de raad:

3.4.1. In de rov. 14 - 17 heeft het Hof - samengevat weergegeven - als volgt overwogen. Ervan uitgaande dat de in het protocol voorgeschreven anti-stollingstherapie een 'standaard-therapie' is waarvoor elke patiënt in aanmerking komt, heeft dit voorschrift het karakter van een veiligheidsnorm. Uitgangspunt is derhalve dat alle uit de schending van die norm voortvloeiende schade, dus ook de schade die zich in de causale keten op grotere afstand van het schade veroorzakende feit bevindt, of schade die buiten de normale lijn van de verwachtingen ligt, voor vergoeding in aanmerking komt. MCL c.s. hebben gesteld dat het vereiste causale verband tussen het nalaten van de anti-stollingsbehandeling en de (direct daaropvolgend zowel als de na verloop van anderhalf jaar) opgetreden trombose, ontbreekt. Nu het de schending van een veiligheidsnorm betreft, dient tot uitgangspunt te worden genomen dat, indien door een als tekortkoming aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven. Het is dan aan de aangesprokene om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.

3.4.2. De onderdelen 2.1 en 2.2 komen op tegen het oordeel van het Hof dat het onderhavige voorschrift uit het protocol als een 'veiligheidsnorm' heeft te gelden. Onderdeel 2.1 betoogt dat 'echte' veiligheidsnormen ertoe strekken ongelukken te voorkomen, en dat een zo ruim begrip veiligheidsnorm als het Hof hanteert tot het onaanvaardbare gevolg leidt dat alle normen in de gezondheidszorg, voorzover zij de invulling van de professionele standaard betreffen, veiligheidsnormen worden. Onderdeel 2.2 betoogt dat een regel als de onderhavige slechts een veiligheidsnorm kan zijn als binnen de gehele beroepsgroep een bepaalde mate van consensus bestaat over de effectiviteit van de therapie.

De onderdelen falen. Door de Rechtbank was al vastgesteld dat het verband tussen de ingreep en de daarna opgetreden trombose voldoende aannemelijk was. Dit uitgangspunt is in de procedure niet meer bestreden. Nu het overtreden voorschrift diende om het risico op het post-operatief optreden van trombose tegen te gaan (althans te verkleinen), en, zoals volgt uit hetgeen hiervoor in 3.3.2 is overwogen, H. aanspraak op naleving van het protocolvoorschrift mocht maken, geeft het oordeel van het Hof, erop neerkomende dat - nu het risico van het ontstaan van de schade in het leven is geroepen door het niet toepassen van het voorschrift standaard anti-stollingsmiddelen toe te dienen en nu dit risico (het optreden van trombose) zich heeft verwezenlijkt - het causaal verband tussen de verweten gedraging en de opgelopen schade in beginsel is gegeven, niet blijkt van een onjuiste rechtsopvatting. In het midden kan daarbij blijven of in het onderhavige geval sprake is geweest van een 'echte' veiligheidsnorm zoals door het middel bedoeld, terwijl evenmin nog van belang is of binnen de gehele beroepsgroep consensus bestond over de effectiviteit van de anti-stollingsbehandeling

Het arrest is ook van belang voor andere onderdelen van het aansprakelijkheidsrecht, wanneer er interne, of officieuze veiligheidsnormen in het geding zijn. Zie daarvoor ook hetgeen boven aan de orde kwam, Hoofdstuk 10, § 2, nr 10.

Een curieus arrest is dat inzake *baby Joost*, uit 2000, dat veel publiciteit heeft gekregen, ook in de landelijke pers, en tot Kamervragen en initiatieven van de wetgever.¹⁸ Het gaat om een medische fout, waardoor het leven van een baby

18. HR 8 sept. 2000, NJ 734, nt ARB, *Van Ruyven c.s. – W. c.s. en stichting G. (baby Joost)*. De Rb. Amsterdam 5 juli 1995, TvC 1996, p.130 nt Dommering-van Rongen, heeft de

12. BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEDEN

van enkele maanden in 1986 total loss raakt: de ontwikkeling van Joost is blijven steken op dat van een baby, met geestelijke vermogens die gestoord zijn. Toen Joost enkele maanden oud was werd hij aan een liesbreuk geopereerd; als gevolg van fouten is een ernstige hersenbeschadiging opgetreden; hij vraagt voortdurend volledige zorg van de ouders. In deze procedure gaat het om door de ouders gevorderd smartegeld, maar in cassatie vooral om de vraag wie partij is bij een behandelingsovereenkomst wanneer ouders een minderjarig kind laten behandelen door een arts. Daarnaast wordt ter ondersteuning van de stelling dat door de artsen/ het ziekenhuis jegens de ouders een onrechtmatige daad gepleegd werd, een beroep gedaan op art. 8 EVRM, bescherming van het gezinsleven; dat beroep sneuvelt voor het hof, waarmee de hoge raad kan instemmen.¹⁹

De ouders van Joost bleven dus met lege handen achter; naar aanleiding van Kamervragen heeft de minister een wetje in het vooruitzicht gesteld over de toekenning van smartegeld aan nabestaanden van een overledene en verwanten van een ernstig verwonde persoon.²⁰

Het wetsvoorstel Affectieschade dat er gekomen is heeft de nodige aandacht getrokken, evenals smartegeld-claims bij medische fouten in het algemeen.²¹ Ook de rechtspraak bleef de gemoederen bezig houden, zoals het *Baby Kelly*-arrest van het Hof Den Haag, 26 maart 2003, *NJ* 249, een wrongful life-zaak. Het nalaten van verrichten van genetisch onderzoek door een verloskundige is naar het oordeel van het hof een beroepsfout waardoor schade is veroorzaakt aan de zijde van moeder en kind.

De informatieplicht van de arts is de laatste tijd sterk in de belangstelling gekomen, niet in het minst omdat het schenden van een dergelijke zorgvuldigheidsnorm en het zich verwezenlijken van een gevaar waarvoor de patiënt gewaarschuwd had kunnen zijn, de vraag oproept of hier niet de 'omkeringsregel' om toepassing vraagt wat bewijs van causaal verband betreft.

vordering tot schadevergoeding van de ouders toegewezen; het Hof Amsterdam, arrest van 6 aug. 1998, heeft dat vonnis vernietigd. Zie voor lit. over deze procedure de concl. a-g Langemeijer, noten 5 en 6, en over shockschade, noot 19 v., en nog van Boom en Jansen, *NTBR* 2001, p. 276; Engelhard, idem, p. 415 (*baby Kelly*); Kottenhagen, *Letsel en Schade* 2000, p. 5.

19. Zie voor die materie, met verdere lit., de noot van Bloembergen, die opmerkt dat de HR hier 'de boot afhoudt', waarvoor hij wel enig begrip kan opbrengen. Aanvaarding van het beroep op art. 8 EVRM lijkt mij overigens een kwestie van tijd, mede gezien de jurisprudentie van het EHRM, bijv. het *Lopez Ostra*-arrest van enkele jaren geleden (het ziek raken van kinderen, als gevolg van luchtvervuiling door fabriek die conform vergunning handelde, is schending van privacy), EHRM 9 dec. 1994, *NJ* 1996, 506, nt EJD.

20. Zie *TK* 2000-2001, Aanhangel 105, ook in: *NJB* 2000, p.2165. Het was overigens een proefprocedure van de Consumentenbond.

21. Ik verwijs naar M. Keijzer-de Korver, Het wetsvoorstel affectieschade, *TvP* 2003, p.66; R.J.P. Kottenhagen, "Ik had niet geboren mogen worden", toewijzing van de wrongful life-vordering, *TvP*, 2003, p.61; C.J.J.M. Stolker en M.P. Sombroek-van Doorn, De wrongful life-vordering: schadevergoeding of euthanasie?, *NTBR* 2003, p.309; Stolker, Smartengeld: willen we niet teveel?, *RmThemis* 2003, p.307. Zie ook de artikelen van C.H. Sieburgh en S.C.J.J. Kortmann over wrongful life in *RmThemis*, 2004, p.202, ontleend aan de nijmeegse lustrumbundel over het onderwerp, *Wrongful Birth and Wrongful Life*, 2004 (red. Kortmann en Hamel).

§11. MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID

Deze vraag was aan de orde in het *polsoperatie*-arrest, evenals het *dwarslaesie*-arrest uit 2001, die als de ‘informed consent’-arresten bekend geworden zijn.²² Zoals wij eerder zagen, werd die toepassing afgewezen.

Dat is ook het geval in een arrest dat kort tevoren gewezen was, *ruggeprik*, waarbij een patiënte letsel had opgelopen als gevolg van een complicatie na toediening van een door middel van een injectie toegediende anesthesie, voor een gynaecologische operatie.²³ Bij die toediening is zij met een klap naar voren geschoten. Een essentieel punt wat de feitelijke toedracht betreft, was de vraag of de behandelende arts op dat moment assistentie had; dat wordt gesteld door de arts maar ontkend door de patiënte. Nu draagt de laatste de bewijslast van het causaal verband, maar de arts heeft een vergaande medewerkingsplicht, in die zin dat hij ‘zo nauwkeurig mogelijk zijn lezing moet geven van hetgeen, voor zover relevant, tijdens de medische behandeling is voorgevallen en de gegevens verschaffen waarover hij als arts de beschikking heeft of kan hebben’, zoals de hoge raad overweegt. Nu ontbraken gegevens welke assistent op de bewuste dag dienst had; de raad oordeelt (met het hof) dat het ontbreken van bepaalde gegevens niet voor risico van de arts komt. Hierbij dient men te bedenken dat de vrouw eerst 5 jaar na het voorval de vordering had ingesteld; bovendien was zij van haar kant niet bereid geweest om medische gegevens uit een andere procedure over te leggen, die de arts bij zijn bewijsvoering dat hij geen kunstfout gemaakt had zou kunnen gebruiken.

22. Resp. HR 23 nov. 2001, *NJ* 2002, 386, *polsoperatie*, en HR 23 nov. 2001, *NJ* 387, nt JMBV, *dwarslaesie* (onder beide arresten). Het eerste arrest werd bij de causaliteit besproken, Hfdst. 11, § 2, nr 6, met verdere opgave van literatuur hierover.

23. HR 7 sept. 2001, *NJ* 615, *ruggeprik*.

Deel IV

Verbintenissen uit de wet.
Het recht van onrechtmatige en
rechtmatige daden

Hoofdstuk 13.

Rechtmatige daden.

Ongegronde verrijking

§ 1. Het stelsel van de wet. Algemene beschouwing

A. DE GRENZEN TUSSEN RECHTSHANDELING, RECHTMATIGE DAAD EN ONGEGRONDE VERRIJKING

1. *Zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongegronde verrijking in de wilsleer*

Bij het hierboven bepleite sanering van het begrippenstelsel van rechtshandeling en onrechtmatige daad, dat een erfgoed is van de negentiende-eeuwse wilsdogmatiek - dat ook in deze tijd, zelfs bij hercodificatie, zonder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaard wordt - zou ik niet willen stilstaan. Ook het onderscheid tussen rechtshandeling en *rechtmatige daden* is, gezien de naar geldend recht aanvaarde methode van rechtsvinding, niet langer aanvaardbaar. Het onderscheid tussen de rechtsfiguren zaakwaarneming, onverschuldigde betaling, ongegronde verrijking, valt alleen te maken, indien men de *wilsleer* aanhangt. Zoals eerder betoogd, vindt men die leer, die naar men aanneemt in 1838 gangbaar was, in ons geldend recht niet in de jurisprudentie, doch slechts in de literatuur aanvaard. Zoals bekend, wordt in de heersende leer voor een aktie uit zaakwaarneming het vereiste gesteld, dat de waarnemer zijn handeling *willens en wetens* verricht ter behartiging van andermans belangen; aldus ook art. 6:198 BW.¹ Is aan dit wilsvereiste niet voldaan, dan biedt de zaakwaarnemingsfiguur geen soelaas, en dient men - aldus nog steeds de heersende leer - zijn heil bij de aktie uit ongegronde verrijking te zoeken. Vraagt men zich af, hoe in die visie die wil vastgelegd kan worden, dan blijkt van een sterke objektivering sprake te zijn. De wil moet naar buiten zijn gebleken, kan *uit de handeling zelf* blijken, terwijl bij twijfelgevallen het 'blijk van wil' *afgeleid* moet worden uit verklaringen van de *gestor* (zaakwaarnemer), of uit andere

1. In de omschrijving van Hofmann-Drion-Wiersma, p. 3: onder zaakwaarnemer wordt verstaan 'iedere vrijwillige, willens en wetens ondernomen, behartiging van andermans belangen voor diens rekening en risico, onder omstandigheden welke zulk een optreden rechtvaardigen'. De overige literatuur en art. 6:198 BW zijn in dezelfde zin, vgl. H.E. Ras, *Zaakwaarneming naar Nederlands recht, Jaarboek XI* (1967-68), p. 394 v. Vgl. voor Meijers' opvatting nog onder, no 7. Anders H. Schadee, *WPNR* 5023 (1969) m.b.t. 'passieve zaakwaarneming'. De heersende leer wordt gevolgd door de hoge raad in HR 10 april 1953, *NJ* 630, *Inverbo - Jacobi* (anders het Hof Amsterdam) en 26 juni 1959, *NJ* 586, nt. LEHR, *De Koning - Vorst*.

13. RECHTMATIGE DADEN

omstandigheden.² Op deze wijze zaagt men - zoals gebruikelijk - de poten onder de wilsleer door. Het laatste duwtje wil ik hierbij graag geven. Wat heeft het voor zin, om bij een dergelijke hantering van het wilsbegrip nog een grens met de ongegronde verrijksfiguur te trekken? Ook in die laatste situatie zal men toch alleen dan een aktie toestaan, als dit door de omstandigheden gerechtvaardigd wordt? In de *dynamische* verschijningsvorm van beide rechtsfiguren - dat wil zeggen in hun toepassing op het concrete geval - is naar ik meen geen grond voor een onderscheid te vinden.

Niet anders is het bij de grens tussen ongegronde verrijking en onverschuldigde betaling, geregeld in respektievelijk art. 6:212 en art. 6:203 BW. Ook dit onderscheid bestaat alleen bij gratie van de wilsleer, die voor toepassing van de laatste figuur eist, dat de handelende de *wil* gehad heeft om te betalen, 'des bewust' betaald heeft.³ Zo niet, dan klopt men tevergeefs aan, en rest nog de ongegronde verrijksaktie.⁴ En wederom - men voelt het al aankomen - stelt men dan, dat die wil uiteraard geobjektiveerd moet worden.⁵

2. *Het alternatief in de toerekeningsleer. De problematiek herleid tot rechtsvindingsvragen. Rechtmatige daad opgevat als rechtshandeling.* Van Blaaderen - Van Dijk (1969) en Gem. Katwijk - De Vroom (1969)

Ik zou willen bepleiten deze dorre hoogvlakte van dogmatiek die in de heersende leer bewandeld wordt, ver van het gewoel van het dagelijks (rechts-)verkeer, te verlaten, en ook hier van het 'recht der werkelijkheid' uit te gaan, en het mes in deze in oorsprong romeinsrechtelijke begrippen te zetten. Dat zal niet meevallen, want het zijn na bijna tweeduizend jaar wel rechtsfossielen geworden. Het alternatief dat ik zou willen bieden, gebaseerd op de methode van rechtsvinding van de heersende jurisprudentie, zoals die boven geanalyseerd werd, is het volgende. Ook op dit rechtsgebied zou ik willen uitgaan van de *handeling*. Welnu, wat is de situatie waar het hier om gaat? Iemand (X) heeft een handeling verricht, bijvoorbeeld een brand in het huis van Y geblust, een ziekenauto voor een buiten bewustzijn verkerende Y besteld bij Z, of de verwilderde tuin van Y opgeknapt. Relevante omstandigheden zijn onder andere, of Y van de handeling

2. Id., p. 9. Niet vereist is overigens, dat men weet *wie* de ander is voor wie men optreedt. Als Wiersma ook Suijling, II 2, no 605; G. Verburg, *De vrijwillige zaakwaarneming*, diss. Amsterdam (VU) 1949, p. 63.

3. Vgl. Hofmann-Drion-Wiersma, p. 22 v., en verder ook G. Hamaker, *De vordering uit onverschuldigde betaling naar ned. recht*, diss. Amsterdam 1971, die voor genoemde vordering naast een menselijk handelen de '*intentie tot schulddelging*' als vereiste stelt, en wel zowel bij 'betaler', als 'ontvanger'. Vgl. pp. 34, 39, 51, 57, 67.

4. Ook voor de toekenning van die aktie hanteren sommigen het wilskriterium. Zo maakt M.H. Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, diss. Amsterdam, 1927, Hfdst. IV, het onderscheid tussen de verrijking die door een gewilde daad, en die welke door een niet gewilde daad tot stand kwam. Alleen in dat laatste geval kan z.i. sprake zijn van ongegronde verrijking. Ook voor Suijling staat in de verrijkingproblematiek het wilsbegrip centraal. Vgl. daaromtrent Schoordijk, *De betekenis van het ontwerp-BW voor de rechtsvinding*, Pitlo-bundel, *Plus est en vous*, 1970, p. 47 v.

5. Vgl. bijv. Hamaker, p. 48 v., waarbij de konstruktie van de 'schijn van wil' gehanteerd wordt. Voor kritiek daarop, vgl. onder, no 4, in fine.

§1. STELSEL VAN DE WET

kennis droeg, en of Y in de handeling had toegestemd. En daarnaast, of X een vergoeding voor zijn handelen wenst te hebben, bijv. als beloning voor zijn inspanning, of als vergoeding voor door hem opgelopen schade (of beide). Indien derden (Z) bij die handeling betrokken werden, geldt het laatst opgemerkte ook ten aanzien van hen.

Als men al deze feiten en omstandigheden in een juridische ‘taal’ tracht om te zetten - als poging om de materie te kunnen ‘bevatten’ - doen verschillende mogelijkheden zich voor. Klassiek is de optiek, waarin men zich afvraagt, of het rechtens is dat Y aan X en/of Z een vergoeding moet doen toekomen, waarbij men zich vooral laat leiden door de omstandigheid of Y door de verrichte handeling er in fysiek of economisch opzicht beter van geworden is, of niet.⁶ Zonder het belang van die laatste vraag te willen ontkennen, meen ik evenwel dat men bij het begin moet beginnen, en zich moet afvragen *wat de rechtsbetekenis van de verrichte handeling is*. Met andere woorden, was hier sprake van een *feitelijke handeling* (bijv. een vriendendienst), dan wel van een *rechtshandeling*. Uiteraard wordt deze vraagstelling door dezelfde factoren beïnvloed, die ook in de meer klassieke benadering een rol spelen. Er wordt hier geen toverformule geboden, die rechtsvinding overbodig maakt.

In de situatie Y - X dient men in deze visie de vraag te stellen of hier van een rechtsverhouding sprake is, die als ‘overeenkomst’ bekend staat. Zoals betoogd, versta ik daaronder een rechtsverhouding, die door twee eenzijdige rechtshandelingen tot stand kwam, aanbod en aanvaarding. Zoals bij alle rechtshandelingen is hier slechts aan de orde, de vaststelling of gezien de omstandigheden en de daarin geldende normen, door de handeling rechtsgevolgen teweeg gebracht worden die de handelende toegerekend worden. Niet de rechtsstructuur die hier gehanteerd wordt is derhalve van bijzonder karakter, slechts de omstandigheden en de daaruit manifest wordende rechtsnormen⁷ zijn bijzonder. Doch niet meer bijzonder dan bij enige andere rechtshandeling, aangezien iedere rechtshandeling uniek is, omdat omstandigheden nu eenmaal oneindig kunnen variëren. Bij de rechtsvinding zal vastgesteld moeten worden of X - gezien de geconcretiseerde rechtsnormen die in casu gelden - recht heeft op een redelijke vergoeding voor zijn inspanning en/of ondervonden schade. Die normen kunnen aan de hand van de rechtspraak, of wel anticiperend in kaart gebracht worden - de taak van de wetenschap -, niet anders dan op dit moment algemeen gebruikelijk is ten aanzien van tal van rechtsfiguren.⁸ Degeen die tegenwerpt dat dit alles toch wel veel van het voorstellingsvermogen van de lezer vergt - ‘hoe kan nu een bewusteloze aanvaarden?’ - dient wel te bedenken dat hij - uitgaande van het wilsdogma - dan ook een protest moet aantekenen tegen arresten als *Eelman - Hin*, waarin de handelende ondanks zijn (niet kenbare) ‘gestoorde’ wilsvorming, een ‘aanbod’ toegerekend krijgt. En verder tegen al die arresten waarin men tegen wil en dank standaardvoorwaarden ‘toegerekend’ krijgt, indien de omstandigheden dat wettigen (vgl. bijv. het *Cayzer Irvine - Smit*-arrest, 1925). Het is

6. Is er sprake van een ‘vermogensverschuiving’, dan komt de vordering uit ongegronde verrijking in het blikveld, vgl. Hamaker, p. 34 v.; *Toel. NBW*, pp. 716, 724, 730 v.

7. Zie hiervoor boven, Hfdst. 9, § 1, nr 5.

8. Zoals bijv. bij de onrechtmatige daad in al zijn facetten, en de door de hoge raad ontwikkelde ‘regels van de goede trouw’, bijv. bij de dwaling.

13. RECHTMATIGE DADEN

maar een kwestie van een nuanceverschil, bepaald door de feitenconstellatie.⁹ Het is hier evenwel niet de plaats om uitvoerig bij deze problematiek stil te staan. Naar mijn indruk biedt de recente rechtspraak op dit terrein aanknopingspunten voor de hier verdedigde opvatting.¹⁰

In de situatie Y - Z (waarbij Z de derde is, die door toedoen van X een handeling verricht ten opzichte van Y; Z is bijv. de exploitant van de ziekenauto)¹¹ valt in de grond van de zaak eenzelfde structuur waar te nemen, zij het dat ook X daarin een rol speelt. Ook hier wil ik van de *handeling* uitgaan, wederom *van X*, en wel omdat eerst daardoor Z in het beeld verschijnt (vgl. boven). Hier laat het probleem zich stellen in de vorm van de vraag: kan de feitelijke handeling van X jegens Z, aan Y als rechtshandeling *toegerekend* worden, op grond van de in casu geldende rechtsnormen? Daarmee is men beland op het terrein van de 'vertegenwoordiging', waaraan hierboven beschouwingen werden gewijd (vgl. boven, Hfdst. 9, § 3 v.). Onder verwijzing naar het daar betoogde, zou ik willen stellen dat men in de X-Y-Z situatie, onder hantering van de aangegeven methode van rechtsvinding - die als 'vertegenwoordiging' te boek staat, het *toerekenen* van rechtshandelingen - kan komen tot de vaststelling van de overeenkomst Y - Z (waarbij Z de derde is, en Y degene die de feitelijke handeling van X als rechtshandeling (aanbod of aanvaarding) toegerekend krijgt). Een overeenkomst, waarbij de prestatie van Y jegens Z aan de hand van de redelijkheid en billijkheid, in het licht van de omstandigheden, bepaald moet worden.¹² Niet ondenkbaar is, dat onder omstandigheden een driepartijen-overeenkomst X-Y-Z aangenomen kan worden, bijv. indien voor Z niet kenbaar was dat X in kwaliteit (als 'lasthebber' of 'gevolmachtigde') voor Y optrad, terwijl Y geen verhaal biedt en X wel. Ik moet aan die problematiek echter hier voorbijgaan. Het gaat er in de hier verdedigde visie om, de rechtsnormen op te tekenen, aan de hand van een onderzoek van de jurisprudentie en de behoeften van het maatschappelijk verkeer, die de rechtsvinding op dit stuk beheersen. Wat bijv. te denken van het geval dat de directeur van publieke werken van een gemeente, een bouwbedrijf hangende de goedkeuring van gedeputeerde staten een toezegging doet omtrent de gunning van een werk, waarop de aannemer reeds met het werk aanvangt.

9. Zo kan men zich voorstellen, in het geval van de bewusteloze Y, waarvoor X een ziekenauto bestelt, dat ieder ander redelijke voorbijganger ingezien zou hebben dat Y slechts een middagdutje op het plaveisel deed, gezien de plaats van de handeling (de Dam bijv.), de gewoonte aldaar, de kleding van X, het tijdstip, etc. In die situatie komen door X gemaakte kosten voor eigen rekening. 'Een ieder vergisse zich op eigen kosten', zoals aanhangers van de vertrouwensleer het in de vorige eeuw stelden.

10. Vgl. het arrest *Van Blaaderen - Van Dijk*, HR 31 jan. 1969, *NJ* 241, nt GJS, zie onder. Hier wordt geen overeenkomstconstructie gehanteerd, maar gesteld dat de *toestemming* van Van Blaaderen, het onrechtmatige karakter aan de gedragingen van Van Dijk ontnemt (hetgeen een beroep op art. 1401 *oud* door Van Blaaderen belet).

11. Vgl. Hof den Bosch 8 nov. 1966, *NJ* 1967, 368 (inzake de kosten van het wegslepen van een autowrak (in opdracht van de politie)); Ktg. Delft 15 jan. 1959, *NJ* 455 (ziekenhuiskosten van een gewonde, dronken arrestant, die de politie had laten opnemen). Zie ook: HR 11 okt. 1996, *NJ* 1998, 239 (opslag inboedel door gemeente: zaakwaarneming aangenomen).

12. Vgl. de analoge benadering in het *Van Blaaderen - Van Dijk*-arrest, en het daarover mij opgemerkte, vgl. nog onder. In de heersende leer kon ook de hoogte van de tegenprestatie, indien pp. dit onterecht liet, ex art. 1375 *oud* BW aangevuld worden.

§1. STELSEL VAN DE WET

Moeten die handelingen van de directeur, de gemeente als rechtshandeling - aanbod toegerekend worden, welk aanbod in casu door de aannemer aanvaard werd?¹³ Gewoonte, en eisen van billijkheid - indien het werk zich al in een stadium bevindt, waarbij de gemeente ten koste van inspanningen van de zijde van de bouwondernemer gebaat werd - zullen hier naast de overige omstandigheden het materiaal vormen waaruit in concreto een rechtsnorm voortkomt. Beginselen als 'voor wat hoort wat' en dat men niet hoeft te accepteren dat men door een handeling van een ander een bestedingspatroon opgedrongen krijgt - welke beginselen elkaar kunnen kruisen,¹⁴ zullen bij de rechtsvinding een richtsnoer vormen.^{15 16}

De casus van *Van Blaaderen - Van Dijk* (1969) is deze. Het echtpaar Serry-van Dijk bewoont een huis aan de Loosdrechtse Plassen, dat eigendom is van mevr. Van Dijk. In de loop der jaren had het water het erf van Van Dijk zo ver weggeslagen, dat in 1956 de vaste grond onder het huis verdwenen was en de palen van de fundering geheel bloot lagen. Het water spoelde onder het huis door. Van Dijk wil voor de herfststormen hier wat aan doen, en geeft een zandzuigerbedrijf opdracht om uit haar perceel dat in de plas gelegen was (100m van haar huis) zand op te zuigen en onder het huis te spuiten. Toen uit dat perceel geen zand, maar veen

13. Vgl. HR 18 april 1969, *NJ* 336, nt GJS, *Gem. Katwijk - De Vroom* (zie onder), en het daaromtrent door mij opgemerkte bij het debat tijdens de jaarvergadering van de Ned. Ver. v. rechtsvergelijking 1969, in: No. 3bis, p. 32 v. Daar werd door mij verdedigd, dat i.c. de gemeente o.g.v. de billijkheid toegerekend wordt een volmacht gegeven te hebben aan de directeur Publieke Werken, om namens de gemeente een toezegging te doen. Dit indien de gemeente 'ongegrond verrijkt' werd door de handelingen van de aannemer. Het arrest vindt men ook kritisch besproken bij Schoordijk, *Pitlo-bundel*, p. 58 v. en bij P. Abas, *Tien jaren na Quint - Te Poel*, *WPNR* 5108 (1970).

14. Vgl. over dat botsen van beginselen, Scholten, *Alg. Deel*, Asser-Serie, p. 62 v.

15. In het *Quint - Te Poel*-arrest, HR 30 jan. 1959, *NJ* 548, nt DJV wilde de HR voorkomen, 'dat iemand, wien tegen zijn wil een vermogensrechtelijk voordeel is opgedrongen, verplicht zou worden dit door betaling van een geldsom ongedaan te maken'. (4e Ov.). In het BW schrijft art. 6:210, lid 2, een vergoeding van de waarde van de prestatie voor, 'voor zover dit redelijk is' (in dezelfde zin art. 6:212). De *Toelichting*, p. 724, geeft in dit verband het voorbeeld, dat iemand door een vergissing van zijn kant onverschuldigd andermans huis schildert. De 'opgedrongen verrijking' behoeft niet - aldus de *Toel.* - naar haar waarde in geld vergoed te worden indien een dergelijke uitgave de eigenaar niet 'convenieert'.

Hamaker, diss. p. 175, stelt daarentegen met een beroep op Suijling, dat in een dergelijk geval nóóit een vordering mag worden toegekend, ook niet uit ongerechtvaardigde verrijking. Het citaat van Suijling - 'De moraal van het praktisch leven is nu eenmaal manlijker en daarom harder dan de moraal van de apostelen der volmaakte rechtvaardigheid', etc. - mij maar matig imponeren. Maar Hamakers zorg gaat meer uit naar de rechtszekerheid, dan naar de billijkheid, vgl. p. 96. Overigens gaat de *Toel.* er merkwaardigerwijze aan voorbij, t.a.p., laatste al., dat indien de prestatie de ontvanger 'is toe te rekenen', in geval van een vergissing 'die geheel aan de ontvanger is te wijten', men in de heersende ('vertrouwens'-)leer, een *overeenkomst* tussen pp. aanneemt.

16. Een poging om de op dit terrein geldende normen, al probleemdenkend, zonder het keurslijf van de dogmatiek, in kaart te brengen, wordt door Schoordijk ondernomen in zijn al genoemde bijdrage aan de *Pitlo-bundel*. Daar wordt door schr. de verwerping van het onverschuldigde betalingsbegrip bepleit, dat z.i. voor de afpaling van verrijkingsakties onbruikbaar is. Schoordijk is voorstander van een casuïstische methode van rechtsvinding, analoog aan die op het gebied van art. 1401 *oud*. Vgl. pp. 52, 56, 61. Vgl. voor de ongegronde verrijking ook nog: dezelfde schr. in *WPNR* 5211 v. (1973) en i.h.a. A.M. Biegman-Hartogh, *Ongegronde verrijking*, diss. Leiden 1974; Asser-Rutten III, nr 349 v.

13. RECHTMATIGE DADEN

en prut bleek te komen, gaf zij opdracht meer oostelijk te zuigen, waar zich inderdaad zand bevond. Dat was echter het perceel van buurvrouw Van Blaaderen, die hier tegen bezwaar maakte. Van Dijk deelde mee dat het om een 'kleine' hoeveelheid zand ging, zo'n 3000 m³, en dat als mocht blijken dat dit uit Van Blaaderens perceel zou zijn gekomen, zij daarvoor een vergoeding zou betalen. Het zand wordt aan één kant van het huis opgespoten, maar door de zijwaardse druk ging het huis scheef zakken; alle burens werden te hulp geroepen, en met behulp van een domme kracht wordt het huis opgekrikt. Het opspuiten van zand aan de andere zijde lijkt noodzakelijk, en dat gebeurt vervolgens.

Het huis is gered, maar nu nog de verdere afwikkeling van deze affaire tussen de burens. Mevr. Van Blaaderen zit een tijd stil, en gaat na 3 jaar gaan aan het rekenen; zij stelt dat er 23.000 m³ zand aan haar perceel onttrokken is ('aan den natte onttrokken', heet dat), en dat het weer aanvoeren van zand, ten bedrage van f 3,50 per kuub, de kosten op f 80.500,- brengt; bij verkoop van het opgezogen zand zou dat f 4,50 per kuub opgeleverd hebben, maar de buurvrouw wil het goed houden, en rekent de eerstgenoemde prijs bij het vaststellen van de vergoeding die haar toekomt. Dat valt toch een beetje tegen voor Van Dijk, en zij weigert haar buurvrouw voor dat bedrag schadeloos te stellen. Het loopt dus op een proces uit; Van Blaaderen neemt als grondslag voor haar vordering de onrechtmatige daad, subsidiair wanprestatie (indien van een overeenkomst sprake zou zijn). Zij stelt overigens ook dat Van Dijk verrijkt is door haar handeling: haar huis (op instorten) is in waarde gestegen van f 15.000,- tot f 100.000,-, terwijl er ook sprake zou zijn van ruim 2.200 m² landaanwinst.

De rechtbank wijst de vordering uit onrechtmatige daad toe; deskundigen hebben echter vastgesteld dat de hoeveelheid opgezogen zand op 10.000 m³ gesteld moet worden, waarvan de helft van het perceel van Van Blaaderen afkomstig is. De waarde van het zand wordt door hen op f 0,20 gesteld, doch de Rb. verhoogt dit tot f 0,50, zodat een schadeloosstelling van f 2.500,- toegewezen wordt. Van Blaaderen gaat in appel, en vermeerdert haar vordering tot 23.000 x f 29,50 = f 678.500,-, aangezien het zand van bijzondere kwaliteit zou zijn, en bijvoorbeeld geschikt voor de aardewerkindustrie. Het hof stelt zich achter het deskundigenrapport, hetgeen betekent dat 10.000 m³ opgezogen is, maar komt tot de conclusie dat 2/3 deel uit het perceel van Van Blaaderen afkomstig is. Als gevolg krijgt de laatste 6.666 x f 0,20 toegewezen: f 1.333,20. Het hof is van oordeel dat hier geen sprake is van een onrechtmatige daad, aangezien de houding die Van Blaaderen ingenomen heeft tijdens het zandzuigen gezien moet worden als een stilzwijgend verleende *toestemming* waardoor de onrechtmatigheid van de handeling van Van Dijk opgeheven werd. Daarbij waren ook nog de omstandigheden van belang: de goede verhouding die destijds tussen partijen bestond, en de nood situatie waarin Van Dijk verkeerde. Als grondslag voor een schadeloosstelling neemt het hof de beginselen van de artt. 657 en 660 oud BW (zie thans: art. 3:123), waar sprake is van een waardevergoeding bij het bouwen met andermans bouwstoffen, hetgeen naar het oordeel van het college tegen een 'normale prijs' zou moeten gebeuren (vgl. voor het gebruik van soortgelijke artikelen ook nog onder, *Quint - Te Poel*).

In cassatie stelt de hoge raad zich achter het amsterdams hof op; de houding van Van Blaaderen, zoals door het hof 'uitgelegd', moet bij Van Dijk en Serry de indruk gevestigd hebben (of doen bestaan) dat wat zij deden hun vrijstond, zodat achteraf geen verwijt van het plegen van een onrechtmatige daad gedaan kon worden. Ook de toepassing van 'de beginselen die ten grondslag liggen aan de artt. 657 en 660 (oud) BW', en de wijze waarop dit gebeurt, als vergoeding van de waarde die ten tijde van het onttrekken aan het zand kon worden toegekend, krijgen het fiat van de hoogste rechter. Buurvrouw Van Blaaderen af door de zijdeur.

Het heeft er alle schijn van dat aldus in deze zaak een redelijk resultaat bereikt is, wat betreft de vergoeding voor het zand dat gebruikt werd om in een nood situatie de instorting van een huis te voorkomen. De vraag is echter, of de rechters het zich gemakkelijk gemaakt hebben, met de door hen gevolgde methode. Het had meer voor de hand gelegen om de verhouding tussen de dames Van Dijk en Van Blaaderen als een *overeenkomst* te kwalificeren: een

§1. STELSEL VAN DE WET

overeenkomst 'voor open rekening', zoals dat in de bouwwereld heet. Het hof was immers al normatief te werk gegaan bij de vaststelling van de (stilzwijgende) 'toestemming' van Van Blaaderen, met instemming van de hoge raad, die hier sprak van de 'uitleg' van het hof. Een overeenkomst met een leemte wat de vergoeding van het gebruikte zand betreft, hetgeen van later zorg was; een leemte die ingevuld kan worden met gebruik van de verkeersopvatting (wat vraagt men doorgaans voor dergelijk zand dat opgezogen wordt), de aard van de overeenkomst (noodgeval/burenhulp), en de redelijkheid (men moet niet achteraf proberen er een slaatje uit te slaan). In casu was deze benadering ook gevolgd door de feitelijke rechters, met instemming van de hoogste rechter, zij het onder de vlag van onrechtmatige daad, en later de beginselen van de ongegronde verrijkingsartikelen avant la lettre, 657 v. oud BW. De overeenkomst-construktie maakt het hier niet nodig om gebruik te maken van figuren als zaakwaarneming en ongegronde verrijking. Een saillant detail was, dat Van Blaaderen in haar stellingen ervan uitging dat partijen uitgingen van een hoeveelheid zand van 3.000 à 5.000 m³ die benodigd zou zijn; achteraf blijken het niet meer dan 5.000 kuub geweest te zijn, zoals deskundigen vastgesteld hebben. Een overeenkomst tussen partijen ligt dan nog meer voor de hand.

Het genoemde arrest *Gem. Katwijk - De Vroom*, eveneens uit 1969, betrof het volgende geval.

Aannemer Westdijk heeft ingeschreven op een werk in de Berghaven in Katwijk; voordat de gemeenteraad een gunningsbesluit terzake genomen heeft, dat nog door Gedeputeerde Staten goedgekeurd zou moeten worden, verzoekt de directeur gemeentewerken van Katwijk hem vast met het werk te beginnen. Westdijk doet dat, erop rekenend dat het werk hem gegund zal worden. Dat laatste is echter niet het geval, en dan heeft Westdijk er al heel wat werk op zitten. Het ging hierbij, in de eerste fase van het project, om het afgraven van een kleilaag, waaronder zich zand bevond. Nu moet men weten dat op dat eerste onderdeel geld toegelegd wordt door een aannemer, terwijl op het laatste geld verdiend wordt, hij kan namelijk het zand aan derden verkopen. Westdijk was net toe aan het verwijderen van het zand, toen hij het werk moest staken en een andere aannemer ten tonele verschijnt. Hij gaat, waarschijnlijk van schrik, failliet, en zijn curator De Vroom neemt de honneurs waar. De Gemeente Katwijk vordert een vergoeding voor weggenomen zand à f 3.650,85, waarop de curator in reconventie f 26.000,- van de gemeente vordert wegens verrichte werkzaamheden. Hij stelt dat de directeur gemeentewerken Westdijk dringend verzocht zou hebben om vast met het werk te beginnen, hetgeen aan zaakwaarneming doet denken. De rechtbank acht dat niet bewezen, maar is wel van oordeel dat Westdijk, hangende de onderhandelingen, met *medeweten en toestemming* van de directeur van publieke werken klei uit de Berghaven heeft afgehaald. De Rb. acht een verrijkingsaktie gerechtvaardigd, en vindt een aanknopingspunt daarvoor in de artt. 1487 en 1489 oud BW, de wegens onbekwaamheid of wilsgebreken vernietigbare overeenkomsten (vgl. artt. 6:203 v.; 209 BW). Het hof zit op dezelfde lijn; het maakt niet uit of de afgraving door Westdijk op verzoek gedaan is, nu aangenomen moet worden dat Westdijk 'dit werk niet zou zijn begonnen met de wetenschap dat hem het werk niet zou worden gegund. Het hof neemt hierbij aan, met Rb. en deskundigen, dat de gemeente door de werkzaamheden van Westdijk gebaat is. Het college overweegt echter ook dat Westdijk zozeer op de gunning van het werk rekende, dat 'hij wel enig risico durfde nemen en ook heeft genomen'. De gemeente gaat in cassatie, en voor de zekerheid legt Westdijk zich bij incidenteel cassatiemiddel voor het anker van een vordering uit onverschuldigde betaling, naast die uit ongerechtvaardigde verrijking, waarvan de lagere rechters uitgingen.

De hoge raad verwerpt de benadering van Rb. en hof, en acht de toepassing van de artt. 1487, 1488 *oud* niet op haar plaats: 'dat toch in de artt. 1487 en 1488 wordt gedoeld op

13. RECHTMATIGE DADEN

prestaties, die verricht zijn ingevolge een overeenkomst welke later nietig wordt verklaard, waarmede niet op één lijn kan worden gesteld een prestatie die *zonder enige verplichting en slechts in de hoop en verwachting dat een gedane offerte zal worden geaccepteerd, is verricht* (mijn curs.). Het vangnet van de actie uit onverschuldigde betaling moet nu zijn diensten bewijzen, doch de cassatierechter ziet ook in die benadering geen heil: met een soortgelijke formulering wordt gesteld dat een aannemer in zo'n situatie geen werkzaamheden verricht die als betaling in de zin van art. 1395 oud BW kunnen worden opgevat.

Hard cases make bad law. Dit arrest is een goed voorbeeld van hoe het niet moet in gevallen die tegen zaakwaarneming, ongegronde verrijking en onverschuldigde betaling aanliggen. Het arrest is zeer kritisch ontvangen in de literatuur, vergelijk de al genoemde kritiek van Schoordijk, Abas en G.J. Scholten. Ter aanvulling nog het volgende.

Men moet een dergelijke casus als die van Westdijk, die het loodje legt tegen de gemeente, zien in de context van de aannemingswereld, met name wanneer de overheid als opdrachtgever in het spel is. Een directeur publieke werken is een soort onderkoning in de gemeentelijke sfeer; als hij zegt dat je met het werk moet beginnen, is het verstandig daaraan gehoor te geven. Indien een aannemer zich strikt juridisch zou opstellen, en zou zeggen dat hij liever toch even of de officiële gunning van het werk wacht - dan weet je wat je hebt - loopt hij een reëel gevaar dat de directeur zegt: 'voor jou een ander', en dat je het werk kunt vergeten, en wellicht ook toekomstige opdrachten. Men kan zelfs stellen dat het in de bouwwereld een vast gebruik is dat met de uitvoering van een werk begonnen wordt voordat de bevestiging van de gunning ontvangen wordt door de aannemer (vgl. ook Scholten in zijn noot). Het komt zelfs voor, dat het werk al voltooid is voordat het bericht van de 'officiële' gunning de aannemer bereikt.

Intussen zijn de opdrachten die de directeur mondeling verstrekt heeft, vaak niet te bewijzen, zoals ook in dit geval blijkt. De verrijkingsgedachte kan dan uitkomst bieden, in combinatie met het gewicht toekennen aan de typische precontractuele fase die hier in het geding is; men kan ook aan een voor-overeenkomst denken. Hierboven noemde ik ook de mogelijkheid van een volmacht-construktie, toerekening op grond van gebruik en billijkheid.

B. HET STELSEL VAN DE TOEREKENINGSLEER EN HET WETSSYSTEEM VAN HET OUDE BW

3. Art. 1389 oud BW, een constructievoorschrift. Mol - Verbove (1946)

Ten aanzien van de hier verdedigde opvatting inzake rechtmatige daden, onrechtmatige daden en ongegronde verrijking, ligt de tegenwerping voor de hand, dat, wat er zij van het nieuwe recht, deze zienswijze voor het oude recht niet staande te houden valt. Heeft de wetgever niet uitdrukkelijk bepaald - in art. 1389 oud - dat er onderscheidenlijk rechtmatige en onrechtmatige daden bestaan, waaruit verbintenissen ontstaan? Ik zou bij de weerlegging hiervan willen aanhaken bij de opvatting van Hijmans en Scholten inzake het gezag van de wet.¹⁷ Indien een wetbepaling een *theoretische* uitspraak behelst, heeft zij

17. Vgl. voor de wetsuitleg in het algemeen, *N.U.*, diss. p. 223 v.; *Dialektiek R. en R.*, 1a, p. 26 v.

§1. STELSEL VAN DE WET

alleen gezag voor degeen die dezelfde theorie toegegaan is, meer niet. Hijmans onderscheidt naast 'bevelen' en 'verordeningen' ook 'constructievoorschriften', 'min of meer theoretische uiteenzettingen van het een of andere rechtsinstituut'.¹⁸ Zoals deze schr. stelt - Scholten¹⁹ volgt een overeenkomstige gedachtengang -: 'Geen bindende bevelen zijn het, maar slechts min of meer gelukte pogingen tot ordening der rechtsstof, welke geenszins een andere rangschikking dier stof beletten, en zeer zeker geen invloed mogen hebben op de in dat gebied te geven beslissingen'.²⁰

Mijns inziens behoort art. 1389 oud BW, dat onderscheidt tussen rechtmatige en onrechtmatige daden, tot die 'constructie-voorschriften', en betreft het hier een minder gelukte poging tot ordening van de rechtsstof, zodat een 'nieuwe rangschikking dier stof' geboden is. Voor degeen die deze opvatting te gewaagd, deze omvang met de wet - het wetsysteem nog wel - te vrij vindt, kan geweest worden op een (weinig bekende) uitspraak van de hoge raad van 19 december 1946 inzake *Mol - Verbove*.²¹ Daarbij overweegt het college met betrekking tot art. 1389:

'dat immers aan deze *bepaling van leerstellingen aard*, welke als inleiding tot de volgende wetsbepalingen *een zekere groepering geeft* van de zogenaamde verbintenissen, welke uit kracht der wet geboren worden ten gevolge van 's menschen toedoen, *geen stellig-rechtelijke beteekenis toekomt*;

dat dit temeer klemmt, nu uit de geschiedenis van de totstandkoming van den derden titel van het derden boek valt af te leiden, dat *ook de wetgever aan bedoelde groepering geen voor het geldende recht bepalende beteekenis heeft gehecht*'.²²

Men zie verder voor deze materie de eerste druk van dit boek, p. 259-262 (1985).

18. *Het recht der werkelijkheid*, inaugurale rede Amsterdam 1910, i.h.b. p. 11 v. Schr. wijst bij de laatste figuur vooral ook op de oorsprong van ons wetboek: geschriften van juristen, en zelfs *leerboeken*. Vgl. voor de wijze waarop het duitse BGB en de dogmatiek die eraan ten grondslag ligt, eveneens op leerboeken (liever: compendia) berusten, die elke duitse universiteit rond het begin van de vorige eeuw het licht deed zien, S. Schlossmann, *Festschrift Haenel* (1903), p. 68 v.

19. *Alg. Deel*, p. 58 v., waarbij de rechtspersoonlijkheid van de v.o.f. als voorbeeld gebruikt wordt.

20. Vgl. in dezelfde zin Hamaker, *Verspr. Geschr.* VII, p. 281, waarbij Scholten zich aansluit, *Beschouwingen over recht* (1924), p. 176. Vgl. voor Hijmans' rechtsvisie ook nog: *De tweesprong der rechtswetenschap*, diesrede 1933. Daar vindt men de dogmatisch-scholastische richting tegenover de sociologische richting gezet.

21. *NJ* 1947, 139, nt EMM. De uitspraak wordt onderschreven door Asser-Rutten II, p. 373. Vgl. ook reeds Diephuis X, p. 15.

22. Mijn curs. In een volgende overweging geeft de HR uitvoerig de wetshistorie weer. Eiser beriep zich op de letter van het wetssysteem voor de stelling dat een actie uit art. 1395 *oud* niet opgaat indien de handeling in kwestie een *onrechtmatige daad* is. Hetgeen Meijers een origineel argument noemt, waarbij de 'nemo auditor'-problematiek omzeild wordt. Het haagse hof had al geweest op art. 1398 (kwade trouw van ontvanger) dat mede ziet op de onrechtmatige daad, hetgeen in de overweging die de HR aan de wetshistorie wijdt, zijn bevestiging vindt.

13. RECHTMATIGE DADEN

4. *Conclusie. Toerekeningsleer contra quasi-dogmatiek*

In deze paragraaf heb ik in een schets - voor de verdere uitwerking van de hier verdedigde opvatting is hier geen plaats - trachten aan te geven hoe men in het kader van normatieve uitleg de plaats van rechtshandelingen ten opzichte van rechtmatige en onrechtmatige daden kan zien. Daarbij werd de zienswijze verdedigd, dat ook de laatste twee rechtsfiguren als *rechtshandelingen* (in de hier verdedigde opvatting) aangemerkt dienen te worden. De enige grens die dan nog overblijft, is die tussen rechtshandeling en feitelijke handeling. Alleen door rechtsvinding, dat wil zeggen normatieve uitleg van handelingen, kan die grens getrokken worden. Alle verschillen tussen rechtshandelingen onderling, vormen daarbij vergeleken slechts nuanceverschillen, te wijten aan het kaleidoskopisch beeld dat omstandigheden nu eenmaal altijd bieden.

Het is de taak van de rechtswetenschap om uitgaande van de rechtspraktijk, analyserend en anticiperend tot de formulering van beginselen, rechtsregels of blanketnormen te komen - begrippen die voor mij synoniemen zijn²³ - die een leidraad kunnen vormen bij toekomstige rechtsvinding. De klassieke dogmatische onderscheidingen op het onderhavige terrein verlichten de rechtsvinding niet, integendeel. De aldus opgetrokken gekunstelde grenzen betekenen voor de rechtsvinder een vermorsen van tijd, aangezien van hem verwacht wordt dat hij een etiket aanbrengt, terwijl die bezigheid op z'ich hem geen stap dichterbij een rechtsbeslissing brengt. Het aangehechte etiket 'zaakwaarneming', 'onverschuldigde betaling' of 'ongegronde verrijking' leert hem niets omtrent bijvoorbeeld de vraag of onder de zich voordoende omstandigheden een vergoeding voor een handeling op zijn plaats is. Onder de invloed van de omstandigheden van het geval blijkt dat etiket ook nog vaak los te laten, of soms een onleesbaar opschrift te hebben.²⁴ Alle tijd en inspanning is beter besteed aan het theoretiseren - al probleemdenkend - omtrent vragen als de laatste, door bijv. regels te ontwerpen die het beginsel, dat men door zijn handelen een ander geen bestedingspatroon mag opdringen (in beginsel), nader uitwerken.

De hier verdedigde visie op het verbintenissenrecht komt op vele punten overeen met die welke door Schoordijk enige tijd geleden ontwikkeld werd.²⁵ In zijn beschouwingen toont hij aan - eigenlijk in de geest van Schlossmann en Naber - hoe de rechter bij de rechtsvinding om de billijkheid tot haar recht te laten komen, zich van die dogmatische constructie bedient die de hand vindt. Uit de in de praktijk vervagende grenzen tussen de klassieke leerstukken concludeert

23. Vgl. Hfdst. 9, § 2, nr 2.

24. Al in de vorige eeuw wees Naber erop, dat de rechter de rechtsbegrippen, zoals overeenkomst en onrechtmatige daad, als etiket op de feitenconstellatie plakt, zonder zich veel aan de inhoud van dat begrip gelegen te laten liggen, vgl. *Begrip of Etiket*, RM 1889. Naber volgde daarmee Schlossmann, die de overeenkomst als 'ein juristisches Nichts' opvatte, vgl. *N.U.*, diss. p. 393 v.

25. Vgl. de reeks van geschriften, waarin een open systeem van verbintenissen bepleit wordt: de surinaamse rede, *De verbintenis uit de wet*, 1968, zijn bijdrage aan de Pieters-bundel, *Rechtsvinding*, 1970, *Typologiseren en moduleren in de rechtsvinding*, en zijn al genoemde bijdrage aan de Pitlo-bundel. Vgl. ook *Oordelen en vooroordelen*, rede 1972, en recenter, zijn *Alg. gedeelte van het verbintenissenrecht naar NBW*, 1979, i.h.b., pp. 11 v.; 41 v. De hier genoemde artikelen zijn ook opgenomen in Schoordijks *Verspreid werk*, 1991.

§1. STELSEL VAN DE WET

Schoordijk, dat het typologiseren van een rechtssituatie geen halszaak meer is om de rechtsvinding tot een bevredigend einde te kunnen brengen.²⁶ De verwantschap tussen deze benaderingswijze en de hier verdedigde zit vooral in het gemeenschappelijk uitgangspunt: het recht zoals het in de jurisprudentie gestalte krijgt, en niet de begrippenwereld van de dogmatiek. Daarmee zet Schoordijk overigens de (amsterdamse) lijn voort van Moltzer, Hijmans en Paul Scholten.

Toch bestaat er ook een groot verschil tussen Schoordijks visie en de mijne. Gaat het bij Schoordijk om een relativering van het systeem van de dogmatiek in zijn betekenis voor de rechtsvinding, in mijn benadering wordt getracht het systeem te vernieuwen door het - aprioristisch daarmee verbonden geachte - begrippenstelsel van de negentiende-eeuwse wilsdogmatiek te vervangen door een op de rechtsvinding van de erop volgende eeuw gebaseerd rechtssysteem, de toerekeningsleer.

Tegen het behoud van het traditionele dogmatische rechtssysteem, en voor de hier bepleite vernieuwing, zijn dezelfde theoretische en praktische argumenten aan te voeren die eerder naar voren gebracht werden bij de verdediging van de conceptie van de rechtshandeling in de toerekeningsleer (vgl. Hfdst. 9, § 1 v.). Ook hier geldt dat handhaving van het centraal staande wilsbegrip - vgl. de begrippen 'intentie tot schulddeging', 'desbewuste zaakwaarneming', 'gewilde verrijking' en 'schuld' bij onrechtmatige daad - het zicht op de bestaande rechtsvragen en hun onderlinge samenhang verduistert, en anderzijds ontsparingen bij de rechtsvinding mogelijk maakt. Al kan men in de doktrine objectivering van die begrippen bepleiten, het zal niet de eerste keer zijn dat men zich in de praktijk door de vlag van het wilsbegrip laat misleiden, en meent dat daaronder een subjektieve lading vervoerd wordt. Daarnaast speelt ook de omstandigheid een rol, dat niet iedere rechter tot *Etikettenschwindel* bereid zal zijn.

Dat men slechts tot de hier verdedigde opvatting kan komen indien men bereid is de wilsleer en de daarbij behorende dogmatische denktrant te verlaten, komt in alle duidelijkheid naar voren als men het in deze paragraaf betoogde vergelijkt met Meijers' visie op enkele van de hier besproken rechtsfiguren. De zaakwaarneming is bijvoorbeeld voor Meijers een *quasi-rechtshandeling*. Dit begrip wordt als volgt omschreven:

'Quasi-rechtshandelingen zijn gedragingen, waarbij na een rechtmatige handeling een rechtsgevolg intreedt, niet omdat de handelende persoon dit gewild heeft, maar omdat het objectieve recht dit redelijk oordeelt'.²⁷

Een soortgelijk standpunt neemt Meijers in ten aanzien van een ander hier aan de orde gesteld probleem, de grens tussen onrechtmatige daad en rechtshandeling. Werd door mij de dogmatische scheidslijn tussen die rechtsfiguren uitgewist, in Meijers' visie staat de wilsleer, hier vertegenwoordigd door het schuldvereiste,

26. Met instemming haalt schr. de uitspraak van Cardozo aan: 'Those who think more of symmetry and logic in the development of legal rules than of practical adoption by the attainment of a just result remain troubled by a classification where the lines of division are so wavering and blurred'. Vgl. voor Schoordijks visie ook nog boven, nt 16.

27. *Alg. Begrippen*, p. 295 v.

13. RECHTMATIGE DADEN

dat niet toe. Ook hier komt Meijers tot de invoering van de ‘Verlegenheidsnamen “Quasi-”²⁸, met als gevolg de figuur van de *quasi-onrechtmatige daad*:

‘Een *quasi-onrechtmatige daad* is een handeling in strijd met een algemene norm, doch die zich van de onrechtmatige daad hierin onderscheidt, dat aan de dader geen verwijt van zijn handeling kan gemaakt worden omdat ten aanzien van een of meer elementen het vereiste schuldelement ontbreekt’ (p. 305).

Zoals beschreven, wordt Meijers hierin gevolgd door de ontwerpers van Boek 6 BW (men zegt dat de bewuste afdeling van de hand van J. Drion is), daarbij - eveneens in de geest van Meijers - aan Meijers’ zienswijze een fictie-construktie toevoegend.²⁹

Indien men Meijers’ stelsel beziet, lijkt de gevolgtrekking gerechtvaardigd dat dogmatiek geconfronteerd met de rechtswerkelijkheid, *quasi-dogmatiek* oplevert, niet anders dan al in de herfsttij der middeleeuwen het geval was.³⁰

De woorden die J.A. Levy in 1881 tot de aanhangers van het wilsdogma richtte, hebben in deze tijd nog weinig aan hun betekenis ingeboet. Ervan uitgaande dat ‘consequentie het geweten is des onderzoekers en de adelbrief der wetenschap’, stelt hij:

‘Een dogma, dat als algemeen geldig wordt uitgegeven, doch die belofte niet houdt; dat ongenoegzaam is, dus zijn plicht niet doet, moet met allen eerbied jegens zijn hoogen ouderdom verlaten en door een ander, naar wij hopen beter, vervangen worden.’³¹

28. Esser, *Grundsatz und Norm*, p. 232. Men vindt daar de ontwikkeling van de *quasi-contracts* in het engelse recht besproken, ‘die ursprünglich völlig undogmatische Billigkeitsforderung’, die later ‘dogmatiseerd’ werd. Vgl. in onze literatuur voor het quasi-contract N. de Beneditty, *RmTh* 1940, p. 219 v., *Een in zijn ontwikkeling gestuit rechtsinstituut*. In de duitse literatuur ontstond voor het quasi-contract hernieuwde belangstelling in verband met de opkomst van de ‘faktische Schuldverhältnisse’. Vgl. H. Hübner en Th. Mayer-Maly in *Festschrift-Nipperdey*, 1965, I, resp. 399 v., en p. 521 v. Overigens werd de ‘verwongen constructie van quasi-contract en quasi-delict’ al verworpen door Meijers’ tegenpool, Paul Scholten, diss. 1899, p. 152: ‘Dat dit systeem veel kwaad heeft gedaan, acht ik zeker’. Het is een typisch 19e-eeuwse constructie.

29. Zoals wij boven zagen is deze constructie door de ontwerpers van het NBW als uitgangspunt genomen voor de regeling van aansprakelijkheid voor *zaken, dieren en opstallen*, art. 6:173 v. BW, zie Hfdst. 12, § 2 v. Deze fictie-construktie wordt door Hommes, t.a.p., omschreven als ‘het novum van J. Drion’.

30. Indien men naar een verklaring zoekt van de geestesgesteldheid die achter de rechtsvisie van Meijers c.s. schuil gaat, kan gewezen worden op de door de amerikaan I.L. Fuller ontwikkelde figuur van *intellectual conservatism*, door hem afgezet tegen ‘conservatism of policy’, ‘emotional conservatism’, en ‘the conservatism of convenience’. Vgl. daaromtrent uitvoerig Drilmsa, diss. 1948, p. 148 v. Voor die problematiek verwijs ik verder naar mijn oratie en mijn Diesrede, Rotterdam 1987 (*Dialektiek R. en R.*, 1c, 1988, p. 160).

31. *Nw Bijdr.* 1881, p. 322, vgl. ook p. 319.

§ 2. Zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking naar geldend recht

A. ZAAKWAARNEMING EN ONVERSCHULDIGDE BETALING, ARTT. 6:198 v. EN 6:203 v. BW

1. Zaakwaarneming

Hierboven kwamen de vereisten die voor zaakwaarneming gesteld worden al aan de orde, zoals dit onder het oude recht gold, art. 1390 *oud* (§ 1, nr 1). Het huidige art. 6:198 BW stelt voor deze rechtsfiguur, die bij de Romeinen als *negotiorum gestio* bekend stond, vrijwel dezelfde eisen, en omschrijft zaakwaarneming als: ‘het zich willens en wetens en op redelijke grond inlaten met de behartiging van eens anders belang, zonder de bevoegdheid daartoe aan een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding te ontlenen’. Men kan niet zeggen dat de wetgever de stand van de doktrine en rechtspraak met frisse blik bezien heeft, en getracht heeft dit leerstuk, evenals dat van onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking, van een moderne leest te voorzien. Veel merkwaardigheden onder het oude recht (de objectivering van het ‘willens en wetens’ handelen) zijn blijven bestaan, veel grensperikelen zijn niet nader tot een oplossing gebracht. Sterker nog, zoals wij nog zullen zien is, ondanks de indringende beschouwingen van Schoordijk en anderen, de kunstmatig aandoende scheiding tussen de genoemde rechtsfiguren bewust vergroot door de wetgever, zonder dat duidelijk wordt welke meerwaarde dit heeft voor de rechtspraktijk. Kortom, er valt nog heel wat verder te ontwikkelen aan titel 4 van Boek 6. In deze druk van het boek zal ik mij echter (wederom) tot de hoofdzaken beperken.¹

In de omschrijving die de wetgever geeft, zien wij dat het buiten de deur houden van opgedrongen prestaties gebeurt met behulp van term, het ‘op redelijke grond’ behartigen van andermans belangen. Wat het ontbreken van een bevoegdheid daartoe betreft, dit betekent niet dat er in casu geen (wettelijke) verplichting tot handelen kan bestaan: de verplichting om hulp te verlenen aan een persoon in nood (vgl. art. 450 Sr en art. 30 WvW). Onder het oude recht werd dit ook in de doktrine aangenomen, en onder het begrip ‘vrijwillige zaakwaarneming’ gebracht (vgl. ook Ras, diss. p. 398 v.).

De zaakwaarnemer heeft een zorgplicht (art. 199) en recht op schadevergoeding indien sprake is van behoorlijke zaakwaarneming (art. 200). Dit is conform het oude recht; nieuw is dat de zaakwaarnemer ook recht op loon kan hebben indien hij ter uitoefening van beroep of bedrijf handelde, hetgeen de wetgever onder het oude recht niet toegestaan had (art. 1394 *oud*). De zaakwaarnemer heeft, bij behoorlijke zaakwaarneming, vertegenwoordigingsbevoegdheid, vgl. art. 201. Indien ten slotte de zaakwaarneming zonder redelijke grond gebeurde of onbehoorlijk verricht werd, heeft de belanghebbende de

1. Zie voor dit onderwerp verder Asser-Hartkamp III, nrs 291-367. Vgl. ook het proefschrift van M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, diss. Leiden, 1997. Voor historische wortels en rechtsvergelijking, zie ook nog: W.J. Zwolve, *Zaakwaarneming en ongerechtvaardigde verrijking*, NTBR 1995, p. 157. Vgl. ook P.F.A. Bierbooms, *Zaak-waarneming door de overheid*, NTBR 1996, p. 140.

13. RECHTMATIGE DADEN

mogelijkheid om deze alsnog goed te keuren, waartoe hem ook een termijn gesteld kan worden (art. 202).

De regel van art. 1394 oud-BW dat de zaakwaarnemer tot geen loon gerechtigd is, heeft onder het oude recht veel last bezorgd. Dat was onder meer het geval in het arrest *Marcel Petit*, HR 10 dec. 1948, *NJ* 1949, 122, nt PhANH. Deze zaak is nog steeds instructief voor het leerstuk van de zaakwaarneming, en vormt een aardig contrast met het katwijkse arrest uit 1969.

Een duitse reder brengt in oorlogstijd een aan een franse eigenaar toebehorend schip in gebroken toestand bij een werf in Terneuzen, de 'Marcel Petit'. Het is begin juli 1944, en de werf maakt geen haast om het schip weer zeewaardig te maken, maar met de bevrijding van Zeeuw-Vlaanderen, in september 1944, gaat hij werkelijk aan de slag om het schip te repareren. Het schip was eigendom van de Lloyd Rhenan te Straatsburg, en na de bevrijding had de eigenaar zich bij de werf gemeld, volgens de laatste werd haar daarbij de opdracht gegeven om tot reparatie over te gaan. Dat laatste komt echter niet vast te staan, en later zal de werf - een bewijsopdracht ontwijkend - zich baseren op zaakwaarneming als grondslag voor haar werkzaamheden. De reparatie is in de loop van 1945 voltooid, en als de eigenaar het schip opeist, beroept de werf zich op het recht van retentie met betrekking tot de reparatiekosten ad f 26.000,- (in die tijd een aanzienlijk bedrag), en dan ontspint zich een procedure, die tot de hoge raad zal leiden. De Lloyd ontkent namelijk een opdracht gegeven te hebben, en weigert de reparatiekosten te voldoen.

De hoge raad erkent om te beginnen de mogelijkheid van een retentierecht bij zaakwaarneming, naar analogie van de situatie bij lastgeving; het college verwerpt het standpunt dat slechts van zaakwaarneming sprake kan zijn indien de belanghebbende zelf niet in de gelegenheid is te handelen; het niet vragen om instructies, toen dit mogelijk was, ziet de raad evenmin als beletsel voor het aanvaarden van zaakwaarneming en de aanspraak op een vergoeding van gemaakte kosten voor herstel. Het hof had beslist dat het herstellen van het schip een noodzakelijke en behoorlijke waarneming van de belangen van de eigenaar is geweest, 'en alsdan de vraag, of de werf wellicht - mede in haar eigen belang ter vermindering van het risico, dat achteraf anders geoordeeld zou worden - beter zou hebben gehandeld door vòóraf of tijdens het werk instructies te vragen, op het stuk van de vergoeding der gedanne uitgaven geen rol speelt'.

Dat is nog eens andere koek dan hetgeen in de zaak van de katwijkse haven door de cassatierechter gepresenteerd werd. Over risico's nemen gesproken! Uiteraard moet men aan 'distinguishing' doen bij deze zaken; de werf had in ieder geval ervoor gezorgd dat het schip niet voor de duitse bezetter in gereedheid gebracht werd (al kwam de bevrijding wel vrij snel; het 'dienen van de belangen van het vaderland' zal men - zoals zo vaak - wel met een korrel zout moeten nemen). Niettemin was het ook in het belang van de eigenaar dat de reparatie zo snel mogelijk uitgevoerd werd (scheepsruimte was schaars in die tijd), en als het werk behoorlijk uitgevoerd was, zou de eigenaar - zo hoor je de rechter denken - niet moeten zeuren dat het geen aangenomen werk was.

Men vindt in de literatuur wel betoogd, dat het verschil tussen de aktie uit zaakwaarneming en die uit ongegronde verrijking hierin bestaat, dat in het eerste geval de vergoeding van kosten plaatsvindt onafhankelijk van de vraag of degeen voor wie gehandeld werd *gebaat* is. Aldus onder meer Rutten en Hartkamp (vgl. Asser-Hartkamp III, nr 311). In de eerste druk van dit werk heb ik deze zienswijze bestreden, p. 260. In geval van *behoorlijke* zaakwaarneming is de belanghebbende per definitie gebaat; dat kan ook het geval zijn als het doel van de belangenbehartiging niet bereikt is, bijvoorbeeld bij een reddingsaktie. Het gaat hier niet om zuiver geldelijk voordeel, maar een gebaat zijn in

§1. STELSEL VAN DE WET

ekonomische zin; de kans op succes telt dan ook mee. In een oud arrest dacht de hoge raad er ook zo over: *Klomp - burg. van Woudenberg, NJ 1931, 1501*, met kritische noot van Meijers.

2. *Onverschuldigde betaling*

In de artt. 6:203 v. BW vindt men de onverschuldigde betaling geregeld: het betalen aan een ander 'zonder rechtsgrond' (het oude art. 1395). In art. 203 onderscheidt de wetgever de klassieke drie betalingsvormen, het geven van een goed, betalen van een geldsom en het verrichten van een andere prestatie. Ook deze figuur is uit het Romeinse recht afkomstig: de *condictio indebiti*. Zoals al eerder door mij opgemerkt werd, zijn deze oude Latijnse benamingen nog steeds nuttig, met name indien men met buitenlandse juristen te maken heeft. Indien men niet zo gauw weet wat zaakwaarneming of onverschuldigde betaling in het Frans, Duits of Engels is, kan men met de Latijnse benaming zich verstaanbaar maken. Het zal meestal gaan om een betaling die verricht werd, terwijl nooit een betalingsplicht bestaan heeft, of deze verplichting is komen te vervallen. Er kan sprake van een vergissing zijn: er is dat aan of door de verkeerde persoon betaald. In elk geval is geen vereiste dat men in dwaling verkeerde bij het betalen.²

De wet geeft enkele regels voor deze materie, waarbij onder meer de zorgplicht van de ontvanger van de prestatie neergelegd is (art. 204), de aanspraak op vergoeding voor kosten en uitgaven gedaan door de ontvanger met betrekking tot het ontvangen goed (art. 207), en de positie van handelingsonbekwame ontvanger geregeld wordt (art. 209, het oude art. 1487: het gebaat zijn is van belang). De wetgever heeft voor de vordering uit onverschuldigde betaling een nieuwe term bedacht: *ongedaanmaking*, een woord dat een goede kans maakt op de lelijkheidsprijs bij de hercodificatie. De verrichte prestatie moet ongedaan gemaakt worden, er is sprake van een 'ongedaanmakingsverbintenis'. Het hangt van de aard van de prestatie af op welke wijze dat gebeuren moet. Een goed dat gegeven is, kan teruggegeven worden, door afgifte van een zaak of levering van een goed. Men zie de artt. 203 en 210. Indien ongedaanmaking op deze wijze onmogelijk is gezien de aard van de prestatie, geeft lid 2 van art. 210 aan dat de waarde van de prestatie vergoed moet worden, indien dit redelijk is. Hiervoor gelden de vereisten, dat de ontvanger verrijkt is door de prestatie, het aan hem toe te rekenen is dat de prestatie verricht is, of indien hij erin toegestemd had een tegenprestatie te verrichten. In art. 211 vindt men een bepaling voor het geval geen waarde van de prestatie vastgesteld kan worden; in zo'n geval vervalt de vordering uit onverschuldigde betaling, wanneer dit in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn. Het tweede lid belet een revindicatie van een overgedragen goed. Deze wat duistere bepaling is blijkens de toelichting gericht op duistere zaken: overeenkomsten met een onzedelijke strekking, het plegen van misdrijven, waarbij behalve aan moord en doodslag en zedenmisdrijven ook gedacht kan worden aan bedrijfsspionage, fraude, het geven van steekpenningen, etcetera. Indien iemand een ander opdracht geeft om een

2. Zie Scheltema, diss. p. 29 v., voor de achtergronden van deze rechtsfiguur, en rechtsvergelijking.

13. RECHTMATIGE DADEN

persoon uit de weg te ruimen - in de drugswereld geen onbekend fenomeen, ik meen eens gelezen te hebben dat de prijs f 25.000,- is - gaat het wat ver dat de opdrachtgever het betaalde bedrag zou kunnen terugvorderen omdat de overeenkomst nietig is wegens strijd met de goede zeden. De Romeinen kenden het beginsel van *nemo auditur turpitudinem suam allegans* (niemand wordt gehoord die een beroep doet op eigen onzedelijkheid), maar deze *nemo auditur*-regel werd door de hoge raad voor de oorlog verworpen, tot verontwaardiging van schrijvers als J.C. van Oven. Hij was niet de enige schrijver die deze regel voor het oude recht aanvaardde, een regel die ook in het buitenland gangbaar is. De wetgever heeft met art. 211 getracht een soortgelijke voorziening te geven als de *nemo auditur*-regel. Zoals elders besproken, nam Van Oven het standpunt in dat de gevolgen van nietige overeenkomsten beheerst worden door het beginsel van de goede trouw. Men zie voor dit artikel verder Asser-Hartkamp III, nr 345.

De vraag laat zich stellen wat precies de grondslag van de vordering uit onverschuldigde betaling is. In de oudere rechtspraak had de hoge raad beslist, in navolging van Bregstein, dat daaraan de *verrijkingsgedachte* ten grondslag ligt. Vgl. HR 8 maart 1957, *NJ* 525, *Staat - Assuradeuren*, vgl. ook Hofmann--Drion-Wiersma, p. 22 v. In deze zin nog HR 31 maart 1978, *NJ* 363 nt GJS, *Soc.Verzekeringsbank*. In 1985 heeft de hoge raad de koers richting NBW verlegd en aanvaard dat voor een aktie uit onverschuldigde betaling het bestaan van een verrijking bij de ontvanger geen vereiste is, zij het dat de verrijking wel van belang kan zijn voor het vaststelling van een vergoeding. Deze aktie heeft aldus een zelfstandige funktie naast de aktie uit ongegronde verrijking (art. 212); dit gebeurde niet tot vreugde van Schoordijk, die de afschaffing van de eerstgenoemde aktie bepleit heeft, aangezien deze naast de vordering uit ongegronde verrijking naar zijn mening geen bestaansrecht had. Maar, zoals ik ook al in de eerste druk van dit werk schreef, hier geldt dat 'the half truths of one generation tend at times to perpetuate themselves in the law as the whole truths of another' ... (vgl. p. 262).

Het genoemde arrest van 1985 is HR 11 okt. 1985, *NJ* 1986, 322, nt MS en G, *Avanti*. Deze zaak is het vermelden waard, als illustratie hoe ingewikkeld dit type gevallen kan zijn, althans, als men zich afvraagt waarom een vordering uit onverschuldigde betaling toegewezen zou moeten worden.

Stenekes heeft voor zijn schip de 'Avanti' in het kader van de Sloopregeling Binnenvaart een sloopuitkering van f 28.000,- gekregen van de staat, op voorwaarde dat het schip uiterlijk 2 aug. 1977 gesloopt zou zijn. Hij verkoopt zijn schip aan een sloper, die zich verbonden heeft het schip binnen drie maanden te slopen en tot schroot te verwerken. De staat bemerkt echter dat het schip nog enkele jaren na aug. 1977 vaart, onder de naam 'Augurk'; het is ten slotte in 1980 gesloopt, overigens na een aanvaring. De staat eist de betaalde sloopuitkering als onverschuldigd betaald terug, nu Stenekes zich niet aan de daaraan verbonden voorwaarde gehouden heeft. Stenekes stelt dat hij ervan mocht uitgaan dat het schip binnen de gestelde termijn gesloopt zou worden, dat het tenslotte gesloopt is, en dat hij niet ongerechtvaardigd verrijkt is indien de betaling onverschuldigd plaatsgevonden zou hebben.

De hoge raad acht dat laatste van geen belang voor een aktie uit onverschuldigde betaling en wijst de vordering van de staat toe. Verrijkingsvragen kunnen wel van belang zijn, stelt de raad, voor het geval van art. 207, vergoeding aan de ontvanger voor kosten en uitgaven. Ik kan niet direkt bewondering voor dit arrest opbrengen. Indien vaststaat dat Stenekes geen betrokkenheid gehad heeft bij de wanprestatie van de sloper, is het resultaat wel schrijnend, wanneer men de billijkheid wil dienen (die in de artt. 210 en 211 toch een plaats gevonden

§1. STELSEL VAN DE WET

heeft). Daar staat tegenover dat Stenekes verhaal kan zoeken op de sloper, maar dan moet dat wel mogelijk zijn. Indien de rechter zou willen voorkomen dat schippers en slopers onder één hoedje spelen bij het opstrijken van slooppremies, zou dat met zoveel woorden in de uitspraak neergelegd kunnen worden.

De hoge raad is onlangs weer teruggekeerd tot de *verrijkingsgedachte* als grondslag van de aktie uit onverschuldigde betaling. In een arrest van september 1997 overwoog de raad het volgende.³

De Ontvanger der Belastingen had per abuis restitutie van belasting gedaan (f 12.000,-) aan Wolfson Informatica BV, terwijl Wolfson Groep BV recht had op restitutie. De eerste BV verkeerde in faillissement, en de curator weigerde terugbetaling, erkende de vordering van de fiscus als een boedelvordering, maar liet het bedrag wel in de boedel vloeien.

De hoge raad overweegt:

‘Laatstbedoelde handelwijze van de curator, die aan de gezamenlijke (overige) schuldeisers valt toe te rekenen, *leidt tot een verrijking van die schuldeisers ten koste van degene die bij vergissing heeft betaald*, waarvoor in het licht van het voorgaande geen rechtvaardiging is te vinden, ook niet in het stelsel van de Faillissementswet. Aldus eist de redelijkheid dat aan degene die als gevolg van een onmiskenbare vergissing heeft betaald aan de curator, de hierdoor voor hem ontstane schade tot het *gehele* bedrag van die verrijking wordt vergoed. Ingevolge het bepaalde in art. 6:212 BW is de curator in het hier bedoelde geval dan ook verplicht om, nadat hij het onverschuldigd betaalde heeft ontvangen en heeft geconstateerd dat sprake is van een vergissing, uit de beschikbare middelen van de boedel *een bedrag gelijk aan dat waarmee de boedel is verrijkt te voldoen aan degene die onverschuldigd heeft betaald*. De aard van deze verplichting brengt mee dat de curator haar zo spoedig mogelijk behoort na te komen, zonder de afwikkeling van de boedel af te wachten en met voorbijgaan van aanspraken van andere boedelcrediteuren.’ (ov. 3.4).

(...)

‘Uit het vorenoverwogene volgt dat de curator na de ontvangst van de door de ontvanger *onverschuldigd betaalde geldsom*, zodra hij constateerde dat deze betaling het gevolg was van een vergissing *ingevolge het bepaalde in art. 6:212 BW verplicht was*, en nog steeds verplicht is, om te handelen zoals hiervoor in 3.4 is aangegeven’ (ov. 3.5).

De aansluiting die de hoge raad in dit arrest voor de aktie uit onverschuldigde betaling zoekt bij de figuur van ongerechtvaardigde verrijking (inclusief de aktie uit art. 212) is overduidelijk; wel wordt door de raad aangegeven dat dit geldt voor ‘onmiskenbare vergissingen’ waarbij de curator handelt ‘in overeenstemming met hetgeen in het maatschappelijk verkeer als betamelijk wordt beschouwd indien hij meewerkt aan het ongedaan maken van die vergissing’⁴. Wij zien hier dus ook de onrechtmatige daad de kop opsteken, naast de redelijkheid die in het eerder gegeven citaat naar voren kwam. Intussen heeft de hoge raad expliciet aangegeven dat hij bij deze benadering niet het oog heeft op een andere vorm van onverschuldigde betaling, het wegvallen van de rechtsgrond, met terugwerkende kracht tot vòòr de datum van faillietverklaring (zie ov. 3.4, 3e al.). Het is de vraag wat wij met dat onderscheid aanmoeten, een vraag die ik hier laat rusten; de raad heeft in dit arrest een apert geval van onverschuldigde betaling genomen om de koerswijziging te laten plaatsvinden, maar wil dat kennelijk stap voor stap doen.

3. HR 5 sept. 1997, NJ 1998, 437, *Ontvanger - Hamm q.q.* (inzake: Wolfson Informatica BV).

4. ov. 3.4, 4e al. Van deze zienswijze is niets terug te vinden in het arrest HR 30 juni 2000, NJ 536, *Ermer - ABN Amro*, zie onder nr 3.

13. RECHTMATIGE DADEN

De hoge raad sluit met deze benadering van onverschuldigde betaling gebaseerd op de verrijkingsgedachte aan bij een sterke stroming in de doctrine; Schoordijk werd al genoemd, bij wie ik mij lang geleden aangesloten heb, terwijl behalve de oude leermeesters Bregstein en Suijling nog genoemd kunnen worden: Zwitser en Nieskens-Ispording.⁵ Scheltema heeft in zijn (leidse!) proefschrift sympathie voor die opvatting, maar blijft toch trouw aan het systeem van de nieuwe wet, dat hij eerder als weinig systematisch en inconsequent aan de kaak gesteld had. Hij kiest op zeer technische gronden voor handhaving van een zelfstandige aktie uit art. 203 naast art. 212; om de onvolkomenheden van de regeling van art. 203 het hoofd te bieden zoekt hij aansluiting bij het duitse recht en stelt voor onverschuldigde betaling het vereiste van *doelgerichtheid* van de betaling, hetgeen echter in het wettelijk systeem ingepast zou moeten worden. Indien het doel wegvalt, is de betaling onverschuldigd gebleken. Het begrip 'betaling' wordt overigens, evenals het begrip 'rechtshandeling', in heel klassieke zin opgevat, met het vereiste van de wil, die op het rechtsgevolg gericht moet zijn, *e tutti quanti*. Naar mijn mening zou, als men toch aan het sleutelen gaat aan het zeer onvolkomen en ondoordachte systeem van de wet, het meer voor de hand liggen om dat op andere wijze te doen, uitgaande van een moderner begrippenstelsel van 'betaling' en 'rechtshandeling'. Ik verwijs voor een poging daartoe naar het hierboven betoogde, dat aan mijn (leidse!) proefschrift ontleend is. *The tale of two cities*.

Als laatste kanttekening, mijn benadering uit 1971, evenals die van verwante auteurs, is in sterke mate gebaseerd op vertegenwoordiging in de zin van toerekening (het gaat immers om drie-partijen-overeenkomsten), en op uitleg van (rechts)handelingen door middel van normatieve uitleg. Nu de hoge raad sinds de jaren '80 zich steeds duidelijker uitgesproken heeft voor vertegenwoordiging 'nieuwe stijl' en voor normatieve uitleg in ruime zin, is er eens temeer grond voor een herijking van de figuur van rechtmatige daden. Men zie voor die ontwikkelingen op het gebied van de uitleg (in ruime zin), ook de indringende beschouwingen van Van Schilfgaarde in *WPNR* van september 1997, naar aanleiding van het *Hemmen BV*-arrest van 11 april 1997.⁶

B. ONGERECHTVAARDIGDE VERRIJKING, ART. 6:212 BW

3. *De aanvaarding van de aktie uit onrechtvaardige verrijking in de jurisprudentie.* Quint - Te Poel. Art. 6:212 BW

Art. 6:212 BW, dat de mogelijkheid biedt om een aktie uit onrechtvaardigde verrijking in te stellen, heeft een lange voorgeschiedenis. Het oude BW kende deze aktie niet; lang geleden gingen er in de doktrine al stemmen op om in ons recht de verrijkingssaktie te aanvaarden, het proefschrift van Bregstein (bij Paul Scholten) uit 1927 was een mijlpaal op dit gebied.⁷ In het franse recht kende

5. Zie met verdere lit.-verwijzing: Scheltema, diss. p. 35.

6. P. van Schilfgaarde, *Uitleg van rechtshandelingen*, *WPNR* 6282/83 (1997). Zie voor de vertegenwoordiging boven, Hfdst. 9, § 3, en voor de uitleg Deel 1, Hfdst. 2.

7. *Ongegronde vermogensvermeerdering*, diss. Amsterdam (UvA), 1927. Het pleidooi van Bregstein voor een algemene baattrekkingsaktie vond algemeen weerklank, met name bij de jongere auteurs, vgl. Asser-Rutten, 1e dr., 1954, p. 474 v. Rutten verwoordt het aldus: 'er moet

§1. STELSEL VAN DE WET

men overigens al geruime tijd die figuur, zonder dat daarvoor een wettelijke grondslag bestond (de *action de in rem verso*, die terugging op het romeinse recht).

Het heeft tot 1959 geduurd voor het zover was dat de aktie uit ongegronde verrijking aanvaard was, en dat ging nog maar mondjesmaat, zoals wij zullen zien, in het befaamde arrest *Quint - Te Poel*.⁸ Het arrest is ook onder het nieuwe recht nog van belang, allereerst vanwege de gevolgde methode van rechtsvinding: de wijze waarop de hoge raad in het stelsel van de wet naar een opening zoekt waar een dergelijke aktie zou passen. Dat gebeurde door middel van uitleg van art. 1269 oud BW, dat aangaf welke verbintenissen de wet kent. Ten tweede, het huidig recht heeft in art. 6:1 een 'gesloten' systeem van verbintenissen aanvaard; bij de uitleg daarvan, wat onder 'gesloten' verstaan moet worden, wordt zoals wij eerder zagen, aangehaakt op de formulering uit dit arrest van de hoge raad.⁹ Ten slotte vindt men in dit arrest het voor en tegen van een verrijgingsaktie, en die argumenten zijn nog steeds van belang bij het gebruik maken van dit jonge leerstuk.

De casus speelt in het Limburgse. Aannemer Quint had met Hubertus Te Poel in Heerlen een overeenkomst gesloten tot het bouwen van huizen in die stad, voor f 80.000,-. De opdrachtgever blijft in gebreke met de betaling (die in de bouw in gedeelten gaat), de huizen zijn klaar, maar er moet nog f 24.500,- betaald worden. De opdrachtgever biedt geen verhaal, en Quint zoekt andere wegen om aan geld te komen; dan ontdekt hij dat Hubertus geen eigenaar van de grond is waarop de huizen gebouwd zijn, maar diens broer Heinrich, die in Amsterdam woont, en die volgens zijn zeggen niets van de bouw op zijn grond afweet. Heinrich was door natrekking eigenaar geworden van de huizen die op zijn grond staan - volgens de ijzeren regel: 'natrekking is natrekking' - maar is niet van zins het resterende bedrag te betalen dat aan Quint verschuldigd is uit de aannemingsovereenkomst. Quint neemt het recht in de arm en vordert het bedrag van f 24.500,- van Heinrich, primair uit onrechtmatige daad, omdat de broers tegen hem samengespannen zouden hebben, subsidiair op grond van 'baatrekking'. De Rb. Maastricht verwerpt de eerste eis, maar wijst de tweede toe; de wijze waarop dit gebeurt is nog steeds interessant, als samenvatting van de verrijgingsaktie en haar toepassingsmogelijkheden, zoals dat tegenwoordig in art. 6:212 neergelegd is.

'dat Quint subsidiair ten grondslag harer vordering heeft gesteld: ongerechtvaardigde verrijking van Heinrich te Poel ten koste van Quint; dat een op deze rechtsgrond steunende actie in overeenstemming is met de op onderscheidene plaatsen in het burgerlijk recht te vinden gedachte van erkenning ener rechtsvordering tot ongedaanmaking van ongerechtvaardigde verrijking, welke rechtsvordering haar grondslag vindt in de redelijkheid

verrijking van de één ten koste van de ander zijn zonder redelijke grond; geëist kan worden worden niet meer dan het beloop der verarming, noch meer dan het beloop der verrijking.' Vgl. ook Hofmann-Drion-Wiersma, p. 41 v. en verder Biegman-Hartogh, diss. 1974.

Zie voor dit onderwerp ook: Asser-Hartkamp III, nr 349 v.; Schoordijk, *Alg. gedeelte verbint.recht NBW*, 1979, p. 452 v. Voor een rechtsvergelijkend overzicht: Zweigert/Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 1987 (1992), pp. 575-633; H.L.E. Verhagen, *Ongerechtvaardigde verrijking*, in *OpRecht*, Struycken-Bundel, 1996, p. 367; Goff/Jones, *The Law of Restitution*, 5e dr., London, 1998, suppl. 1999.

8. HR 30 jan.1959 *NJ* 548, nt DJV. Bregstein, hoogleraar in Amsterdam (UvA) heeft dit arrest niet meer meegemaakt, hij overleed in 1957 door een ongeluk. In zijn proefschrift en in een later artikel had hij overigens aangetoond, dat vrijwel alle codificaties de verrijgingsaktie kennen, vgl. *Verzameld werk I*, 1960, p. 282 v. (1948).

9. Zie boven, Hfdst. 8, § 2, nr 1.

13. RECHTMATIGE DADEN

en billijkheid, en het bestaan derzelve dan ook aangenomen kan worden, zijnde het rechtsbeginsel, dat tot de verbintenis leidt, in de wet besloten, al is de verbintenis zelve ook niet met zoveel woorden in de wet aangegeven en geregeld; dat voor de ontvankelijkheid van zodanige verrijgings- of baatrekkingsactie moet zijn voldaan aan de vereisten van vermogensvermeerdering enerzijds, voortvloeiende uit vermogensvermindering anderzijds en wel zonder causa of rechtvaardigingsgrond, terwijl er geen andere aktie mogelijk is, of, indien de verarmde terzake een aktie tegen een derde heeft, deze aktie door bijzondere omstandigheden - waarvan wel de voornaamste is insolventie van die derde - niet tot het doel moet kunnen leiden;

dat naar het oordeel der Rb. volgens de posita van Quint in casu aan deze vereisten is voldaan; dat immers volgens deze posita Quint door de bouw der litigieuze huizen is verarmd, terwijl Heinrich te Poel als onmiddellijk gevolg van die bouw is verrijkt, zonder dat Heinrich te Poel enige aanspraak op verrijking had en enigerlei contra-prestatie voor die verrijking verrichtte of tot enigerlei contra-prestatie verplicht was, terwijl de aktie, welke Quint te dezer zake tegen Hubertus te Poel heeft, wegens diens insolventie niet tot resultaat kan leiden; dat van deze posita reeds thans als in confesso zijnde vaststaat, behalve dat Quint tengevolge van de bouw der huizen is verarmd, biedende toch Hubertus te Poel, de aanbesteder derzelve, geen verhaal voor al de kosten van aanneming, dat Heinrich te Poel zonder enigerlei rechtsgrond of contraprestatie of verplichting daartoe - gedaagden stellen immers zelf dat het tussen hen bestaande huurcontract onveranderd is gebleven - door natrekking de eigendom dier huizen heeft verworven en dus verrijkt is.'

Heinrich te Poel gaat in appel en heeft voor het Hof Den Bosch succes. Het hof stelt dat art. 1269 oud BW 'uitputtend' voorschrijft hoe verbintenissen ontstaan, namelijk uit overeenkomst of uit de Wet (met hoofdletter), en aangezien de wet aan de gestelde feiten geen verbintenis verbindt er geen verbintenis ontstaan kan zijn. Dat kan ook niet op de redelijkheid en billijkheid gebaseerd worden, zoals de rechtbank gedaan heeft, aangezien deze geen grondslag voor een rechtsvordering kunnen vormen.

Stelliger kan het haast niet, en de hoge raad had een gouden kans om hier tot aanvaarding van de verrijkingsaktie te komen, in het voetspoor van het arrest uit 1919. Zo dacht althans a-g Loeff erover, in een sterk gedocumenteerde conclusie, waarbij zwaar op het proefschrift van Bregstein gesteund werd. Het liep toch ietsje anders. De hoge raad gaat allereerst na of er grond is voor de aanvaarding van een *algemene* aktie uit ongerechtvaardigde verrijking:

'dat het middel in de eerste plaats stelt, dat het B.W. de regel inhoudt, dat op een ieder die zonder wettige grond ten koste van het vermogen van een ander is verrijkt, een verbintenis rust om die ander schadeloos te stellen tot het bedrag waarmede hij is verrijkt;

dat een rechtsregel van deze inhoud niet in het Wetboek is opgenomen, doch eiseres meent, dat uit een aantal wetsbepalingen, waarin de wetgever zich klaarblijkelijk heeft laten leiden door de overweging, dat ongerechtvaardigde verrijking moet worden voorkomen, kan worden afgeleid, dat de genoemde regel algemene gelding heeft;

dat echter uit deze artikelen niet volgt, dat het genoemde gezichtspunt naar het oordeel van den wetgever onder alle omstandigheden beslissend moet zijn en het achterwege laten van een algemene regel in de geest van art. 2987 van het Ontwerp 1820 op het tegendeel wijst;

dat niet onmogelijk moet worden geacht, dat de wetgever zich van het geven van een regel heeft onthouden omdat de toepassing daarvan in sommige gevallen tot ongewenste resultaten zou leiden, waarbij in het bijzonder kan worden gedacht aan de mogelijkheid, dat een schuldeiser zich langs dezen weg boven andere schuldeisers zou bevoordelen of aan de mogelijkheid, dat iemand tegen zijn wil een vermogensrechtelijk voordeel is opgedrongen, verplicht zou worden dit door betaling van een geldsom ongedaan te maken.'

In de overweging die volgt wordt de verwijzing naar het franse recht, en ons eigen recht voor invoering van het oude BW, waar een verrijkingsaktie te vinden is, van de hand gewezen. Een algemene aktie, 'onder alle omstandigheden'

§1. STELSEL VAN DE WET

wordt dus afgewezen. De argumenten waarmee dit gebeurt zijn nog steeds van belang: de *paritas creditorum* mag niet doorbroken worden, en het opdringen van prestaties moet niet bevorderd worden.

Toch is hiermee het doek nog niet gevallen; er volgen nog uiterst belangrijke overwegingen, die betrekking hebben op het systeem der wet en art. 1269 *oud*:

‘O. dat het middel zich eveneens richt tegen de door het hof aan art. 1269 gegeven uitlegging;

O. daaromtrent:

dat aan het hof kan worden toegegeven, dat de door art. 1269 gegeven regeling niet toelaat om aan te nemen, dat tussen twee personen een verbintenis ontstaat in alle gevallen, waarin naar het oordeel van den rechter de redelijkheid of de billijkheid verlangt, dat de een tegenover de ander een zekere prestatie verricht;

dat echter het hof door, na te hebben bevonden dat het door Quint gepretendeerde vorderingsrecht niet in een bepaald wetsartikel steun vindt, daaraan de gevolgtrekking te verbinden, dat aan Quint geen vorderingsrecht toekomt, een te enge uitlegging heeft gegeven aan de woorden ‘uit de wet’;

dat uit deze woorden immers geenszins volgt, dat elke verbintenis rechtstreeks op enig wetsartikel moet steunen, doch daaruit slechts mag worden afgeleid, dat in gevallen die niet bepaaldelijk door de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard, die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wèl in de wet geregelde gevallen’.

Dit is de kern van het arrest, waardoor het één van de grote arresten van de vorige eeuw geworden is, in de reeks ‘1919’, ‘1926’, ‘1957’. De deur wordt dus niet echt dicht gedaan voor de verrijksingsaktie: men moet zich richten op *het stelsel van de wet* en aansluiting zoeken bij de (wèl) in de wet geregelde gevallen. Geen algemene aktie werd aanvaard, maar een beperkte. Geen ramp dus, op het eerste gezicht. Maar dan gaat de hoge raad zijn eigen regel toepassen op het concrete geval, en dat is een minder gelukkige gang van zaken. Niet alleen dat de uitkomst negatief is voor de arme Quint (ook in de zin van: ‘verarmd’) en hier geen verrijksingsaktie aanvaard wordt, de manier waarop dit gedaan wordt, door middel van de uitleg van relevante wetsbepalingen die een element hebben van ongedaan maken van verrijking, is naderhand door de schrijvers vrijwel unaniem verworpen. Hier volgen, meer als curiositeit, die overwegingen:

‘dat thans moet worden onderzocht, of in het onderhavige geval een verbintenis tussen partijen geacht kan worden in de hierboven bedoelde zin ‘uit de wet’ te zijn ontstaan;

O. daaromtrent:

dat zich te dezen de vraag voordoet of op de eigenaar van een onroerend goed die door toepasselijkheid van de natrekkingsregel is verrijkt, de verplichting rust om tot het bedrag zijner verrijking dengene die de werken heeft aangelegd, schadeloos te stellen;

dat de wet daarover regelingen heeft getroffen voor het geval dat werken zijn aangelegd door een beperkt zakelijk gerechtigde (artt. 762. 772 en 826), doch deze - onderling afwijkende - regelingen, die samenhangen met de bijzondere aard van de zakelijke rechten, waarop zij betrekking hebben, te dezen niet van beslissend belang, kunnen zijn;

dat echter blijkens de artt. 658 en 1603 van den grondeigenaar niet kan worden gevergd, dat hij door betaling van een geldsbedrag de verrijking ongedaan maakt die hij heeft genoten doordat de bezitter of de huurder van de grond daarop werken heeft aangelegd;

dat onaannemelijk is, dat een aanspraak die de wet aan de bezitter en aan den huurder onthoudt, zou toekomen aan de aannemer die ter uitvoering van een met de huurder aangegane overeenkomst werken heeft aangelegd, en die schade lijdt door dat zijn medecontractant niet tot betaling in staat blijkt te zijn;

13. RECHTMATIGE DADEN

dat hieraan het in art. 659 bepaalde niet afdoet, aangezien een bijzondere bescherming, gelijk aan die van den bezitter te goeder trouw, niet toekomt aan Quint, die hoewel zij door tijdig de openbare registers te raadplegen had kunnen weten, dat zij ging bouwen op grond die niet aan haar opdrachtgever toebehoorde, daarvan naar haar eigen stellingen eerst na afloop van de bouw heeft kennis genomen;

O. dat, nu uit het bovenstaande volgt, dat het hof terecht - zij het niet op juiste gronden - Quint niet-ontvankelijk heeft verklaard in haar vordering, het cassatiemiddel niet kan slagen.'

Het commentaar van J.C. van Oven uit 1961 is waard aangehaald te worden: 'men kan een uitspraak van ons hoogste rechtsprekend college betreuren, maar zich tegelijkertijd verheugen, dat zij niet nog betreurenswaardiger is uitgevallen'.¹⁰ Het kon inderdaad nog slechter, en de beperkte erkenning van de verrijkingsaktie was winst.

In de jurisprudentie die volgde heeft de hoge raad weinig pogingen gedaan om het onwillige dogmatische been bij te trekken. De zaak *Gem. Katwijk - De Vroom* in 1969 was een gemiste kans; dit arrest kwam boven al ter sprake (§ 1, nr 2).

In de jaren tachtig heeft de hoge raad de aktie uit ongegronde verrijking toegepast in het huwelijksgoederenrecht.¹¹ In deze rechtspraak is de hoge raad niet afgeweken van de lijn van *Quint - Te Poel*. Het is de vraag of met het in werking treden van art. 212 de aktie uit ongegronde verrijking een grote vlucht zal nemen; de ontwerpers zelf dachten van niet, hetgeen indertijd door Langemeijer bestreden is, in zijn bijdrage aan de Beekhuis-bundel (1969), p. 156. Veel is echter nog in het ongewisse, wat de toepassing van het artikel betreft. Eén van de problemen is de samenloop met andere akties, met name die uit overeenkomst. Bregstein was altijd een tegenstander geweest van het toelaten van een aktie uit ongegronde verrijking indien het partijen bij een overeenkomst betreft; in dezelfde zin Schoordijk, die in later werk enigszins daarop teruggekomen is.¹² De wetgever laat de aktie binnen contract toe, indien de overeenkomst daarvoor ruimte biedt. Men zie voor deze materie, met verdere literatuurverwijzingen, Asser-Hartkamp III, nr 362.¹³

In 1997 heeft de hoge raad het standpunt ingenomen dat de aktie uit art. 212 ook open staat indien men van de aktie uit onrechtmatige daad gebruik kan maken (jegens een andere partij) om verhaal te zoeken; het is dus geen subsidiair rechtsmiddel.¹⁴

10. *WPNR* 4673 (1961), p. 178. Zie ook de kritische noot van J.H.Beekhuis in *AA*, 1959, p. 175, en *RmThemis*, 1960, p. 481. Het arrest is verdedigd door H.Drion, *WPNR* 4606 (1959), p. 499.

11. Vgl. HR 11 april 1986, *NJ* 622, nt G. Baartman - Huijbers; HR 22 mei 1987, *NJ* 1988, 231, nt EAAL, X - Y; en HR 12 juni 1987, *NJ* 1988, 150, nt EAAL, Kriek - Smit; *AA* 1987, p.780, nt v.Sch. Vgl. ook mijn artikel in *WPNR* 5849 (1987), en verder Pitlo - Van der Burgh, *Personen- en familierecht*, 1989, p. 130, 224 v.

12. Zie bijvoorbeeld zijn artikel *Dwaling, ongerechtvaardigde verrijking, redelijkheid en billijkheid en vermogensverschuivingen om niet*, *NTBR* 2001, p. 13; zie ook: p. 310 v.

13. Voor de toepassing van de verrijkingsaktie in precontractuele situaties, zie: E. McKendrick, *The battle of forms and the law of restitution*, 8 *OJLS*, p. 197.

14. HR 27 juni 1997, *NJ* 1997, 719, *Setz - Brunings*; zie hierover, in kritische zin, Zwolve, *WPNR* 6282 (1997), p. 585.

§1. STELSEL VAN DE WET

Dat was eerder aanvaard voor het geval een derde uit ongegronde verrijking aangesproken werd, terwijl de eiser ook zijn wederpartij uit overeenkomst voor zijn schade had kunnen aanspreken.¹⁵ Hier was de derde verrijkt door het werk dat eiser ten aanzien van onroerend goed van zijn wederpartij had verricht, waarvoor hij geen betaling verkregen had.

Hier volgt een bespreking van deze twee arresten, die model lijken te staan voor de visie van de hoogste rechter op het onderwerp, waarbij de nodige verwarring ontstaan is onder de schrijvers.

Het arrest *Setz – Brunings* (1997) ging over de volgende casus, die aangezien het op de Antillen speelt, ons voorstellingsvermogen wat op de proef stelt. Brunings koopt in 1987 een perceel op Sint Maarten, Tamarind Hill no 34, van N.V. Codico; de koopsom van \$ 80.000 wordt voor een kwart ineens betaald, en de rest in maandelijkse termijnen van ongeveer \$ 2.000. Na betaling van 9 termijnen, in totaal dus zo'n \$ 38.000, krijgt hij financiële problemen, en hij vindt Rose-Marie Setz bereid om zijn contractuele positie tegenover Setz over te nemen, door cessie, althans, dat is zijn verhaal (dat door Setz ontkend wordt).

Intussen heeft Codico, zonder Brunings daarin te kennen, het perceel aan Setz verkocht voor \$ 47.000; Codico heeft aldus ongeveer \$ 85.000 in totaal ontvangen, en is daarmee een tevreden verkoper. Brunings is minder tevreden, en stelt een actie in tegen Setz op grond van een overeenkomst en cessie van zijn vordering op Codico (c.q. het afbreken van onderhandelingen), maar die weg loopt dood.

Brunings spreekt nu Setz aan uit ongegronde verrijking: zij heeft immers een perceel ter waarde van \$ 80.000 verkregen voor iets meer dan de helft: \$ 47.000, en is dus verrijkt, tegenover een verarming van Brunings, die achter het net vist, en zonder Tamarind Hill is blijven zitten. Setz stelt echter dat die koopprijs in overeenstemming met de marktprijs was, aangezien de markt intussen ingezakt was, dus van verrijking zou geen sprake zijn. Brunings toont echter aan dat een bank aan Setz een hypothecair krediet had verleend op het perceel voor \$ 55.000, zodat de marktwaarde nog steeds ongeveer \$ 80.000 moest zijn, waarmee hij het hof weet te overtuigen. Hof en hoge raad wijzen de verrijkingsvordering van Brunings tegen Setz toe; er wordt een verband aangenomen tussen de verrijking van Setz en de verarming van Brunings, waardoor die verrijking ten koste van de laatste gegaan is. Ook al had Brunings uit onrechtmatige daad tegen verkoper Codico kunnen ageren, niettemin staat de verrijkingsactie jegens de tweede koper (Setz) ook open, oordeelt de raad.

Het is een heel curieuze casus (waarbij veel feiten onbekend zijn): een onrechtmatig handelen zou ook Setz verweten kunnen worden, terwijl eveneens van verrijking van verkoper Codico sprake is. De laatste verkoopt het perceel immers voor een te lage prijs aan een derde (Setz), hetgeen deze weet, en waarbij hij het voordeel heeft dat een deel van de 'koopsom' door een ander (Brunings) reeds voldaan is. Een breinbreker, dus.

Het arrest *Vermobo – Van Rijswijk* (1993) betrof een casus die een bron van juridische acties zou kunnen zijn, waarbij de verrijkingsactie komt bovendrijven, de waarnemer in verbazing achter latend. De toedracht is als volgt.

Van Rijswijk heeft een boerenbedrijf met zijn zoon in Esbeek. De laatste geeft aan aannemersbedrijf Vermobo opdracht om een varkensstal te bouwen voor f 85.000; de grond waarop gebouwd wordt is eigendom van Van Rijswijk Sr. Deze heeft daarmee ingestemd, hij is vaak op de bouwplaats aanwezig geweest en heeft hand- en spandiensten verricht. Hij heeft bij zijn bank voor de grond en in aanbouw verkerende stal een hypotheek gesloten tot een bedrag van f 250.000.

Van Rijswijk Jr heeft echter niet de gehele aanneemsom aan Vermobo betaald, en aangezien op hem geen verhaal te verkrijgen is, zoekt deze het bij zijn vader. De rechtbank wijst de vordering toe, aangezien Van Rijswijk Sr door toestemming te verlenen tot de bouw

15. HR 29 jan. 1993, *NJ* 1994, 172, *Vermobo - Van Rijswijk*.

13. RECHTMATIGE DADEN

in een contractuele relatie met Vermobo gekomen is. Het Hof Den Bosch vernietigt dat vonnis, en ziet evenmin heil in de subsidiaire gronden: ongerechtvaardigde verrijking of onrechtmatig handelen van Van Rijswijk Sr.

De hoge raad acht daarentegen beide akties mogelijk. Indien Vader Van Rijswijk wist dat zijn zoon wanprestatie zou plegen jegens Vermobo, handelt hij onrechtmatig door 'zich onvoldoende de belangen van Vermobo aan te trekken'. Deze redenering, waar het aannemen van een contractuele verhouding niet zou misstaan, met behulp van de nieuwe vertegenwoordigingsleer die elders besproken werd, is geen unicum. In het arrest *Mooijman – Netjes* van 1998 komen wij hem ook tegen, overigens eveneens in een aanneming van werksituatie; een vage relatie tussen partijen wordt niet tegen het licht gehouden, maar uit de maatschappelijke zorgvuldigheid worden verplichtingen tot een doen of geven afgeleid (HR 29 mei 1998, *NJ* 1999, 98, nt JMBV). Het ging hierom een aannemer die tegenover een projektonwikkelaar die een rijtje villa's verkocht had op zich genomen had om bij villa's zonneveranda's aan te leggen, waar het nodige mee misgegaan was. Die verplichting, die door de feitenrechter niet in een overeenkomstvorm geplaatst kon worden, merkwaardigerwijs, was de grondslag voor een zorgvuldigheidsverplichting om de wederpartij geen schade toe te brengen.

De tweede mogelijkheid die de raad aanvaardt is de verrijkingsaktie. Nu had het hof zich hier door Vader Van Rijswijk op het verkeerde been laten zetten door diens verweer serieus te nemen, namelijk dat hij aan zijn zoon *f* 68.000 in contanten en *f* 25.000 door middel van compensatie met een vordering betaald had en dat het de bedoeling was dat zoonlief dit bedrag aan Vermobo zou betalen ter zake van de aanneemsom, hetgeen deze heeft nagelaten. Pa was dus niet verrijkt, maar had betaald voor de stal, zij het dat het bedrag buiten zijn schuld nooit bij aannemer Vermobo aangekomen was. Een roerend verhaal, als familiegeschiedenis, maar wat levert dat juridisch op? Een simpele redenering is natuurlijk dat het zoek raken van het geldsbedrag niet voor risico van de aannemer gebracht kan worden, maar in de risikosfeer van Vader Van Rijswijk ligt (zonen beter opvoeden, en zo). Het telt dus niet mee als 'verarming' aan zijn kant. Maar dat is kennelijk te eenvoudig gedacht. De hoge raad komt tot hetzelfde resultaat, maar met een wettelijk hulpmiddel: art. 6:212, 2e en 3e lid. Daar staat dat een vermindering van de verrijking buiten beschouwing blijft indien deze plaatsvond in een periode waarin de verrijkte redelijkerwijze met een verplichting tot schadevergoeding rekening behoorde te houden. Wanneer Pa weet dat zijn zoon niet deugt, of in financiële moeilijkheden verkeert, weet hij toch dat het geld dat bestemd is voor de aannemer daar niet terecht gaat komen? Door dat niet onder ogen te zien, heeft het hof een onjuiste rechtsopvatting gevolgd, hetzij onvoldoende motivering van zijn oordeel gegeven, overweegt de cassatierechter. Daarmee is de verrijkingsaktie van aannemer Vermobo gered.

Al met al zijn beide arresten voorbeelden van een rijkelijk gekunstelde constructie, en het is de vraag of dat een goede reclame voor de jonge verrijkingsaktie is. Er zijn dan ook voornamelijk kritische reacties gevolgd, waarbij Schoordijk, een 'old hand' op dit gebied, zich zelfs afvroeg of het verrijkingsrecht bij de hoge raad wel in goede handen is.¹⁶ Het is merkwaardig dat bij alle kritiek zo weinig aandacht is gegeven aan de rol van de overeenkomst als draagvlak voor verplichtingen die de redelijkheid en billijkheid met zich brengen, het nieuwe vertegenwoordigingsrecht heeft dat toch mogelijk gemaakt. Terecht had de rechtbank in de varkensstal-zaak die weg gevolgd, *low-profile*, zonder alle geleerdheden over ongegronde verrijking. De tweede zaak, met zijn antilliaanse kleur, laat zien dat daar ook een probleem kan

16. Ongerechtvaardigde verrijking in een drie-partijen-verhouding, *NJB* 1997, p.1749. Zie ook het genoemde artikel van Zwalve, die geen causaal verband ziet tussen de verrijking van Setz en de verarming van Brunings.

§1. STELSEL VAN DE WET

liggen, en wel indien de feiten niet helder worden, mede omdat de eiser niet erin slaagt om zijn bewijs op dat punt rond te krijgen. Wat indien de wederpartij glashard blijft ontkennen dat er iets afgesproken was? Ook indien men ‘aan zijn water voelt’ – zoals de Amsterdammer zegt – dat dit anders ligt en er een toezegging gebroken is, kan de sprong te groot zijn. Indien er meer feitelijke informatie is, zoals in de brabantse boeren-zaak, ligt dat anders, maar dan wreekt zich wanneer men niet weet dat vertegenwoordiging ook aangenomen wordt indien men een situatie in het leven roept en laat voortbestaan waardoor tegenover een derde redelijkerwijze een schijn van volmacht gewekt wordt. Hetgeen dus ook door een niet-doen, een stilzitten kan gebeuren.

Maar wat, indien die laatste benadering – de kortste, en vaak gemakkelijkste weg – geblokkeerd is door ontbreken van feiten? Vranken heeft er in een interessant artikel op gewezen dat de verrijkingsaktie ook gebruikt kan worden voor het oplossen van een ‘unclean hands’-situatie.¹⁷ Hij noemt behalve de twee hier besproken arresten ook het arrest *Reimes – Constandse* uit 1993, over de huurder met twee petten op (tegelijk directeur van het verhurende bedrijf), en de bijkomende een verrijkingsfiguur uit het huurrecht (art. 7: 1603 BW, het wegnemingsrecht van de huurder, waarmee een verrijking van de verhuurder ongedaan gemaakt kan worden). Daarnaast ziet Vranken voor de verrijkingsaktie, behalve de ‘aanvullende functie’, ook de ‘corrigerende functie’. Een voorbeeld van het eerste is het arrest *Van der Tuuk – Batelaan*, uit 1996, dat hieronder nog genoemd zal worden, inzake de concurrerende apotheker. Van de tweede categorie noemt hij slechts een arrest waarin dit niet gelukt is.¹⁸ Ik ben niet echt onder de indruk van deze indeling, maar het dwingt de lezer wel om na te gaan waar de essentie van de verrijkingsaktie in ligt. En die is, zoals zo vaak, meervoudig: het kan om pure verrijking gaan - archetype: bouwen op andermans grond – maar soms is meer aan de hand, en is wat men noemt van ‘indirekte verrijking’ sprake – archetype: derde, niet-contractspartij, heeft voordeel van in duigen vallen van contract doordat wederpartij van eiser het laat afweten, *Vermobo – Van Rijswijk*, bijvoorbeeld. Zoals gezegd, is daarbij om een of andere reden het aanbrengen van een contractuele band met die derde mislukt, terecht of ten onrechte. Dan biedt de verrijkingsaktie, als billijkheidsaktie, uitkomst. Maar dan kan men ook een andere billijkheidsaktie ter hand nemen, de maatschappelijke zorgvuldigheid, die verplicht om zich belangen van derden ‘aan te trekken’. Een benadering die een hoog eenvoud-gehalte heeft (doet wat denken aan een oplossing van een casus door een eerste jaars-student, die overal de onrechtmatige daad tegenaan gooit), maar het werkt kennelijk, en dan is het resultaat aantrekkelijk.

Wij zagen dat in de visie van de hoge raad de verrijkingsaktie rustig naast de aktie uit onrechtmatige daad gezet is; de gedachte, nog uit het tijdperk van Bregstein, dat slechts van de verrijkingsaktie gebruik gemaakt kan worden indien geen ander rechtsmiddel open staat (subsidiariteit), ligt dus ver achter ons.

Zoals wij hieronder nog zullen zien, heeft de hoge raad in rechtspraak van de laatste jaren – meestal op het terrein van milieu-aansprakelijkheid – de

17. J.M.B. Vranken, De strijd om het nieuwe verrijkingsrecht, *NJB* 1998, p.1495. Ook Vranken blijft aan de spijker van het ‘causaal verband’ in de antilliaanse zaak hangen.

18. Namelijk HR 30 juni 1995, *NJ* 707, *Royal – Van Kemenade*, een ‘ontvanger’-zaak, die haaks op het arrest *Ontvanger – Hamm* (1997) staat, en niet kan overtuigen.

13. RECHTMATIGE DADEN

verrijkingsaktie nader uitgewerkt, en daarbij bepaald dat pure verrijking een voldoende grondslag is voor de actie, zonder dat elementen van onrechtmatig handelen aanwezig behoeven te zijn. Aldus *Daams - Staat*, van 2002. Ik kom dan nog terug om de dogmatische aspecten van de verrijkingsfiguur; zoals men ziet buitelt alles vrolijk over en door elkaar heen, wat mogelijke rechtsfiguren en akties betreft. Eerst volgt nog een bespreking van rechtspraak uit de jaren 2000 en 2001.

De eerder beschreven opvatting van de hoge raad over de verrijkingsaktie uit de jaren '90 is niet terug te vinden in het arrest uit 2000, waar een verrijkingsaktie tegen een contractspartij verworpen wordt, in een geval waarbij verhaal op een derde onmogelijk bleek.¹⁹ De hoge raad komt aan de verrijkingsaktie niet toe, aangezien er een overeenkomst tussen partijen bestaat (een opdracht tot betaling aan de bank); een actie uit (wederzijdse) dwaling werd echter afgewezen, vanwege een toekomstverwachting die hier in het spel zou zijn. Een even ongelukkige als onbillijke uitspraak, die door Schoordijk terecht aan de kaak gesteld werd in zijn *NTBR*-artikel.

De casus is als volgt. Ermer geeft aan zijn bank (de Bank) opdracht om \$ 75.000 over te maken op de rekening van Black Hole Systems in Miami (een stad bekend van Miami Vice). De bank voert de opdracht per abuis twee keer uit en debiteert Ermer ook voor deze tweede betaling. In een telefoongesprek met de bank hierover, stemt Ermer met die dubbele debitering in, waarbij hij ervan uitgaat dat op Black Hole regres gezocht kan worden, welk vertrouwen zij uitspreekt tegenover de bank. *Black Hole* doet zijn naam eer aan: er valt geen regres op haar te plegen.

Het beroep op wederzijdse dwaling door Ermer - geen gekke gedachte in deze context - wordt door het hof verworpen aangezien dit een toekomstverwachting van Ermer geweest zou zijn. Dit wordt merkwaardigerwijze door de hoge raad gedekt met de nog merkwaardiger overweging dat dit anders geweest zou zijn 'wanneer deze toekomstverwachting in de vorm van enigerlei voorwaarde aan de opdracht (tot debitering) verbonden zou zijn' (ov. 3.3). Ermer had dus op zijn *qui-vive* moeten zijn en het risico moeten wegstipuleren. Vanwege het feitelijk karakter van de kwestie komt de raad niet aan een nadere beoordeling toe.

Daarmee valt ook het doek voor de actie uit ongerechtvaardigde verrijking: nu er sprake is van een rechtsgeldige opdracht, heeft de vermogensverschuiving daarin haar redelijke grond.

Men wrijft hier zijn ogen uit, om een aantal redenen. Allereerst is de common sense, het basale redelijkheidsgedoele of, op zijn zondags: de billijkheid of rechtvaardigheid, ver te zoeken. De bank maakt een dikke fout, probeert haar client daarmee op te zadelen, die daarin heel goeïg en naïef meewerkt, in de uitgesproken verwachting dat het geen problemen zal opleveren wanneer hij aldus de bank terwille is, en vervolgens blijkt de bank op die wijze het risico voor *haar* fout bij client Ermer gelegd te hebben. Wanneer het hof het dwalingsleerstuk niet in de vingers blijkt te hebben, slikt de hoge raad dat voor zoete koek. Nog vreemder is het dat dit arrest niet spoort met de eerder genoemde uitspraken in *Ontvanger - Hamm* en *Setz - Brunings*, beide van 1997. Het lijkt typisch een casus waarin men - al is het om twijfelachtige redenen - een actie uit overeenkomst niet mogelijk acht, toch op billijkheidsgronden verhaal

19. HR 30 juni 2000, *NJ* 536, *Ermer - ABN Amro*; waarover Schoordijk, *NTBR* 2001, p.13; Van Peursen en Wissink, *Contracteren* 2000, p.13.

§1. STELSEL VAN DE WET

toestaat, tot de hoogte van de verrijking die een ander verkregen heeft. Het is ook een duidelijk sprekend geval waar de *verkeersopvatting* van art. 162 lid 3, als grondslag voor een billijkheidsaktie, goed op haar plaats zou zijn. Hierboven zagen wij (nr 2) dat in het eerstgenoemde arrest de hoge raad overweegt dat een curator handelt 'in overeenstemming met hetgeen in het maatschappelijk verkeer als betamelijk wordt beschouwd indien hij meewerkt aan het ongedaan maken van die vergissing'. Dat geldt kennelijk niet voor banken, in de visie van de raad.

Al met al is dit arrest geen reclame voor de nieuwe figuur van de verrijking. Daar moet nog wat verder op gestudeerd worden, naar het schijnt.

Degeen die dat gaat doen stuit ook op het arrest van februari 2001, waarin de hoge raad een uitspraak deed die haaks staat op het arrest van 15 mrt 1996, *NJ 1997, 3, Van der Tuuk Adriani - Batelaan*, inzake de vestiging van een apotheker, die een apotheek-houdend huisarts het brood uit de mond stoot, in dit geval zijn oude-dagsvoorziening bij beëindiging van zijn praktijk, de goodwill-waarde ervan.²⁰ De hoge raad komt hier tot een tegengestelde uitspraak, mede op grond van andere wetgeving die van toepassing is. Van alle verrijkingen die zich (sinds de formulering van Bregstein) kunnen voordoen, zoals: is er verrijking, is er verarming, ging het een ten koste van het andere, is vergoeding redelijk, staat er geen ander rechtsmiddel open, ging het hier voornamelijk om de vraag of de *verrijking ongerechtvaardigd* is. Ik verwijs voor die materie naar het arrest, en de instructieve noot van Vranken eronder. Vanwege de specialistische casus levert dit arrest weinig op voor de ontwikkeling van het leerstuk.

Bij de verdere ontwikkeling van deze rechtsfiguur zal de redelijkheid, waarvan ook art. 212 in lid 1 spreekt, een belangrijke faktor zijn. Over de omvang van de vergoeding zie men nog het artikel. Uitgangspunt is het bedrag van de verrijking, lid 1; de leden 2 en 3 brengen daarop verfijningen aan in geval de verrijking door omstandigheden verminderd is.

In het laatste decennium heeft de toepassing van de verrijking grotendeels plaats gevonden bij de milieu-aansprakelijkheid, en wel op het gebied van kostenverhaal van de overheid in geval van bodemsanering, op grond van art. 75 lid 3 Wbb (Wet bodembescherming) dat medio jaren '90 van kracht geworden is. Er is nog veel onzekerheid over deze rechtsfiguur, waarbij zich wreekt dat het onderwerp zo lang stiefmoederlijk behandeld is.²¹ In 2002 heeft de hoge raad

20. HR 2 febr. 2001, *NJ 319, Hulsman - Van der Graaf (apotheker II)*. Zie over dit arrest en dat van *Ermer - ABN Amro* ook de amsterdamse oratie van Hartkamp: *Ongerechtvaardigde verrijking naast overeenkomst en onrechtmatige daad*, *WPNR 6440/41* (2001).

21. Men zie voor deze materie, met verdere verwijzingen naar rechtspraak en literatuur: G.A. van der Veen, Bodemvervuiling en de verplichting tot schadevergoeding wegens ongerechtvaardigde verrijking, in: *Aansprakelijkheden in de Wet Bodembescherming*, Serie Aansprakelijkheidsrecht, Deel 4, 1997, p. 59. Vgl. ook Bierbooms en Van der Veen, Samenloop (over samenloop tussen onrechtmatige daad en ongegronde verrijking), idem, p. 73; F.C.S. Warendorf, Kostenverhaal op grond van ongerechtvaardigde verrijking. De redelijkheid van verhaal op de koper-eigenaar, *TMA 2001*, p. 68. Voor recente rechtspraak en

13. RECHTMATIGE DADEN

verder richting gegeven aan de ontwikkeling van de verrijksaksie. In *Daams - Staat* werd bepaald dat met de term 'ongerechtvaardigde verrijking' niet beoogd was dat er behalve van een verrijking zonder grond ook van onrechtmatig handelen sprake moest zijn bij de verrijkte persoon.²² Bij de bodemvervuilingsproblematiek was een bekend vraagstuk of degene die door sanering van de grond door de overheid verrijkt was door waardevermeerdering van de grond (welke meerwaarde de overheid wilde vangen door middel van een verrijksaksie, waarin de wetgever voorzien had in art. 75 lid 3 Wbb) zelf de bodemvervuiling veroorzaakt moest hebben, of anders de grond uit speculatie-overwegingen verkregen had, teneinde de aksie te doen slagen.

Het laat zich raden dat de advokaten van door de staat aangesproken personen en bedrijven deze argumenten met kracht naar voren gebracht hebben. *Sed frustra*.²³

De hoge raad heeft ook aangenomen dat een direkte, zakenrechtelijke band met de zaak waarop de verrijking betrekking heeft, niet vereist is. Daarmee is ook de economisch eigenaar in beeld (die vaak met behulp van veel juridische konstrukties geonstrueerd was om verhaalsakties door de staat te voorkomen). Aldus het arrest *Staat – Geveke*, eveneens van 2002.²⁴

Om terug te keren naar de analyse van de dogmatische aspekten van ongegronde verrijking, de recente rechtspraak toont aan dat één van de funkties van de verrijksaksie in ieder geval is een billijkheidsaksie om verrijking van de één, waar verarming van een ander tegenover staat, ongedaan te maken. Daar hoeven verder geen toeters en bellen aan die uit het onrechtmatige daadsrecht en elders ontleend zijn, door behendige advokaten (onzorgvuldig handelen, voorzienbaarheid, speculatie, etc.). Uit de eerdere rechtspraak weten wij dat subsidiariteit geen vereiste is, de aksie staat ook open wanneer bijvoorbeeld uit onrechtmatige daad geageerd zou kunnen worden. De Wet bodembescherming is overigens een goed voorbeeld daarvan, aangezien beide akties gebroederlijk naast elkaar opgenomen zijn, in lid 3 en lid 6 van art. 75.

Dan kennen wij daarnaast nog de funktie die Vranken met 'unclean hands' aangeduid heeft, het is geen zuivere koffie wat er gebeurd is, maar gewone akties bieden geen soulaas, meestal vanwege bewijsproblemen. Dan kan men volgens de hoge raad ook naar de verrijksaksie grijpen. Vaak is dat niet nodig, omdat de onrechtmatige daadsfiguur daarvoor gebruikt wordt, in haar billijkheidsgedaante: het is onzorgvuldig om de belangen van de derde niet aan te trekken, dat wil zeggen diens schade voor zijn rekening te nemen. Dat is een 'wild card', in mijn ogen, hoe sympathiek ook; het hanteren van een konstruktie met overeenkomst – juncto – vertegenwoordiging zou mijns inziens meer voor de hand liggen. Maar misschien zijn meer eenvoudig ingestelde rechters en

literatuur, zie het Thema-nummer 'Ongerechtvaardigde verrijking', *TMA* 2003-3, p.63 v., met bijdragen van Warendorf en Simons-Vinckx.

22. HR 15 mrt 2002, *NJ* 2004, 126; *TMA* 2003, p.78.

23. In dezelfde benadering oordeelde het Hof Leeuwarden terecht dat het oogmerk van de verkrijger, noch de voorzienbaarheid van de verrijking van belang zijn, vgl. Hof Leeuwarden 29 mei 2002, *TMA* 2003, p.81, *Roman – Staat*. Vgl. ook, Hof Leeuwarden 17 dec. 2003, *TMA* 2004, p.133, *Staat – Dekker*. Zie voor de verdere lagere rechtspraak het eerder genoemde Thema-nummer van *TMA*.

24. HR 13 sept. 2002, *NJ* 2003, 400; *TMA* 2003, p.79.

§1. STELSEL VAN DE WET

advokaten meer gediend bij een ruime onrechtmatige daadsakke, doorgaans toch al hun toevlucht bij ongerechtigheden.²⁵

Evenals in de vorige druk opgemerkt werd, is het einde van de ontwikkelingen op dit gebied nog niet in zicht, niet in het minst omdat door de praktijkjurist zo weinig gebruik gemaakt wordt van rechtsvergelijking op vaderlandse bodem, tot verdriet van comparatisten.²⁶ Zoals zo vaak, zit daar de toekomst in, afgezien dan van bezinning waarmee men mee bezig is. Want daaraan ontbreekt het zo vaak, in rechtspraak en doktrine.

25. Zie voor een discussie over de funkties van de verrijksakke ook nog: A.S. Hartkamp, Ongerechtvaardigde verrijking naast overeenkomst en onrechtmatige daad, *WPNR* 6440/41 (2001), met reaktie van Van Maanen, in nr 6446; W.H. van Boom en M.H. Wissink, *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking*, preadviezen Ver. v. burgerlijk recht 2002, met de kommentaren hierover in de literatuur.

26. Van de rechtsvergelijkende werken op dit terrein noem ik: H.J. van Kooten, *Restitutierechtelijke gevolgen van ongeoorloofde overeenkomsten*, diss. Utrecht 2002. Ik zag geen kans om bij deze herdruk op die materie in te gaan. De Feestbundel voor Gareth Jones, *Restitution. Past, Present and Future*, Oxford, 1998, biedt veel interessant materiaal.