



W.E.J. Tjeenk Willink

Redactie:

W.H. van Boom

C.E.C. Jansen

J.G.A. Linssen

Tussen 'Alles' en 'Niets'



*Van toedeling naar
verdeling van nadeel*

Schoordijk Instituut
Centrum voor aansprakelijkheidsrecht



Tussen 'Alles' en 'Niets'

Schoordijk Instituut

Centrum voor aansprakelijkheidsrecht

Redactie

W.H. van Boom

C.E.C. Jansen

J.G.A. Linssen

Tussen 'Alles' en 'Niets'

Van toedeling naar verdeling van nadeel



W.E.J. Tjeenk Willink

1997

Deventer

Omslagontwerp: Marit van Vliet

Deze uitgave is gedrukt op chloorvrij papier.

© 1997 A.J. Akkermans, J.M. Barendrecht, M.A.M.C. van den Berg, W.H. van Boom, M.A.B. Chao-Duivis, I. Giesen, C.E.C. Jansen, J.G.A. Linssen, J.M. Smits, J. Spier, W.J.M. Voermans, Schoordijk Instituut en Centrum voor aansprakelijkheidsrecht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgeverij.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 aug. 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 90-271-4796-5
NUGI 692/206

Voorwoord

Deze bundel bevat een elftal bijdragen van medewerkers en oud-medewerkers van de juridische faculteit van de KU Brabant omtrent het thema 'Tussen Alles en Niets'. Het idee voor deze bundel ontstond tijdens een van de wetenschappelijke bijeenkomsten die het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht van het aan de juridische faculteit verbonden Schoordijk Instituut regelmatig organiseert.

Ons recht — in het bijzonder het verbintenissenrecht — maakt een ontwikkeling door van enerzijds het *toedelen* van vermogenrechtelijk waardeerbaar nadeel aan één persoon, naar anderzijds het *verdelen* van dergelijk nadeel over meer personen. 'Eigen schuld', 'proportionaliteit bij onzeker causaal verband', 'risico-aanvaarding' en 'rechterlijke matiging' zijn slechts enkele van de vele thema's die in dit verband kunnen worden genoemd. Op het eerste gezicht lijkt er niet veel nieuws onder de zon: de hierbedoelde ontwikkelingen doen zich op sommige deelgebieden immers al veel langer voor. Dat neemt echter niet weg dat er ook deelgebieden zijn waar de ontwikkeling van de verdelingsgedachte nog maar net is ingezet. Om die reden lijkt het zinvol om de genoemde ontwikkelingen aan een nader onderzoek te onderwerpen. De vragen die de auteurs in deze bundel aan de orde stellen, betreffen in essentie steeds vragen als: 'waar komt de verdelingsgedachte vandaan', 'waarop kan zij worden gegrond', 'hoe kan ze nader worden uitgewerkt', en: 'heeft zij toekomst'?

De redactie heeft de verschillende auteurs binnen de grenzen van het overkoepelende thema de vrije hand gelaten. Daarbij is geen volledigheid nagestreefd in de keuze voor de verbintenisrechtelijke thema's die zich lenen voor een nader onderzoek van de verdelingsgedachte.

De redactie dankt alle auteurs hartelijk voor hun bijdragen aan deze bundel. Voorts is zij dank verschuldigd aan prof. mr. J.M. Barendrecht, mw. M. van Merriënboer en mw. M.W. de Hoon voor hun bijdragen aan de redactiewerkzaamheden.

Tilburg, 1 oktober 1997

W.H. van Boom
C.E.C. Jansen
J.G.A. Linssen

Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen

XV

J.M. BARENDRECHT

Inleiding	1
1 Alternatieven voor de zwart-wit benadering	1
2 Waarom een tussenoplossing?	1
2.1 Het aantrekkelijke midden	1
2.2 De problematische tussenoplossing	2
3 Tussenoplossingen in overgangssituaties	4
3.1 Rondom de overeenkomst	4
3.2 Overgang in beleid	6
3.3 Terugbrengen tot een normale toedeling door onderscheid in posten?	6
3.4 Vertrouwen op het normale patroon met toedoen?	7
3.5 Ongerechtvaardigde verrijking?	7
4 Tussenoplossingen bij verwevenheid van het handelen van partijen	8
4.1 Eigen schuld binnen contract	8
4.2 Zelfbeschermings- en anticipatieplichten	8
4.3 Toezichtsplichten en hoofdelijke aansprakelijkheid	9
5 Verdeling van onzekerheid	10
5.1 Onzeker causaal verband	10
5.2 Andere feitelijke onzekerheden?	11
6 Hoe te verdelen?	11
6.1 Zorgvuldige inpassing, horen van partijen en consistent wegen	12
6.2 Verdelingsmaatstaven?	13
6.3 Symmetrie?	13
6.4 Zuinig met begrippen; de 'tweezijdige zorgvuldigheidsnorm'?	14
7 De toekomst	14

VII

M.A.M.C. VAN DEN BERG

**Van ‘alles of niets’ tot gedeelde draaglast
in de precontractuele fase** **15**

1	Rekening houden met elkaars belangen?	15
1.1	Twee geloven op één kussen, daar slaapt de duivel tussen	15
1.2	Quid pro quo	16
2	De Plas/Valburg-doctrine	18
2.1	Uitwerking grondregel	18
2.2	Latere nuanceringen	19
3	Betekenis fasenindeling voor draaglast	21
3.1	Eerste fase: niet ‘niets’	21
3.2	Tweede fase: gedeelde draaglast	22
3.3	Derde fase: ‘alles’-stelsel	25
4	Plas-Valburg en Europa	28

C.E.C. JANSEN

Toerekening van ‘eigen schuld’ in het contractenrecht **31**

1	Inleiding	31
2	Contract als proces van elkaar opvolgende keuzes en beslissingen	32
2.1	Gemeenschappelijke doelverwezenlijking	32
2.2	Samenhang tussen partijgedragingen en doelverwezenlijking	33
2.3	Casus (1) – Debiteur van materiële of intellectuele prestatie maakt een onjuiste keuze	35
2.4	Casus (2) – Debiteur van materiële of intellectuele prestatie maakt een onjuiste keuze die door de crediteur over het hoofd wordt gezien	36
2.5	Casus (3) – Crediteur van materiële of intellectuele prestatie maakt in het geheel geen keuze	37
2.6	Casus (4) – Crediteur van de materiële of intellectuele prestatie maakt een onjuiste keuze die niet door de debiteur behoefde te worden opgemerkt	38
2.7	Casus (5) – Crediteur van de materiële of intellectuele prestatie maakt een onjuiste keuze die de debiteur had moeten opmerken	39
2.8	Crediteursverzuim, ‘eigen schuld’ en de gehoudenheid tot medewerking van de crediteur	40

2.9	Casus (2) en casus (5) – Gedraging crediteur als aansprakelijkheidsexoneratie of als correctiefactor bij vaststelling schadevergoedingsplicht debiteur?	42
3	Kan de omstandigheid aan de benadeelde worden toegerekend?	44
3.1	Vervagend onderscheid tussen contract en onrechtmatige daad?	44
3.2	Toerekening van ‘eigen schuld’ in casuspositie (2)?	51
3.3	Toerekening van ‘eigen schuld’ in casuspositie (5)?	52
4	De vermindering van de vergoedingsplicht in concreto	54
5	Besluit	55

J.G.A. LINSSEN

Ontbinding als ultimum remedium **57**

1	Inleiding	57
2	Recht op ontbinding?	57
3	Relativeringen	60
3.1	Redelijkheid en billijkheid	60
3.1.1	De ‘tenzij-bepaling’	60
3.1.2	Het ‘redelijk alternatief’	62
3.2	Gedeeltelijke ontbinding	65
4	Extensivering van de relativeringstendens?	65
4.1	De materiële rechtvaardiging	66
4.2	De formele rechtvaardiging	67
4.3	Over kwantitatieve en kwalitatieve aanpassingen en wijzigingen	68
5	Slot	69

M.A.B. CHAO-DUIVIS

Postcontractuele schadevergoeding **71**

1	Inleiding	71
1.1	Boogaard/Vesta (casus i)	72
1.2	Mattel/Borka (casus ii)	73
2	De grondslag van postcontractuele verplichtingen in het algemeen	75
3	De praktijk	82

4	De verdeling van de schade, welke elementen spelen een rol?	85
5	Conclusie	89

J. SPIER

Aansprakelijkheidsverzekeringen: alles en niets **91**

1	Inleiding	91
2	Iustum pretium en wilsgebreken	92
3	Speelt rechtvaardigheid toch een rol?	94
4	Bezwarende verzekeringsbedingen: inleiding	98
5	Beperkingen van de verzekeringsdekking	99
6	Slot	104

A.J. AKKERMANS

**Grondslagen voor proportionele aansprakelijkheid bij
onzeker causaal verband** **105**

1	Inleiding	105
2	Het verlies van een kans	106
3	Gecombineerde toepassing van de principes van alternatieve veroorzaking en 'eigen schuld'	108
4	Toerekening naar kansbepaling	110
5	Het fictieve aan het 'feitelijk' causaal verband	111
6	Besluit	115

I. GIESEN

Bewijsrisico, ongedeelde smart?! **117**

1	Inleiding	117
2	Verschuiving van het bewijsrisico	118
3	Aanvullende stelplicht	120
4	Gedeelde smart?	126
5	Conclusie	133

W.H. VAN BOOM

Aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsaandeel 135

1	Inleiding	135
2	Ontwikkelingen in de Verenigde Staten van Amerika	137
2.1	Opkomst en verval van de 'indivisibility' doctrine	137
2.2	De 'tort reform'	139
2.3	'Joint and several liability' versus 'proportionate liability'	141
3	Beweging in Engeland	144
3.1	De Engelse 'several concurrent tortfeasors'	144
3.2	Engelse accountants op de barricades	145
4	Nederlands recht	147
4.1	Hoofdelijkheid van toevallige medeveroorzakers	147
4.2	Hoofdelijkheid heroverwogen?	150

J.M. BARENDRECHT

Eigen schuld: consistentie en verdelingsmaatstaven 153

1	Inleiding	153
2	Eigen schuld en anticipatie op fouten van mogelijke slachtoffers	154
2.1	Schets van het probleem; verkeersaansprakelijkheid als voorbeeld	154
2.2	Bij bestaan anticipatieplicht geen volledige eigen schuld	155
2.3	Bereik van deze redenering	156
2.4	De uitzondering voor opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid	157
2.5	Toepassing buiten het verkeersrecht	158
3	Een algemene consistentieregel?	159
3.1	Eigen schuld en onrechtmatigheid: opzettelijk handelen van de dader	159
3.2	Eigen schuld en onrechtmatigheid: strafvorderlijke maatregelen	160
3.3	Eigen schuld en causaal verband: predisposities	161
3.4	Eigen schuld en overmacht	161
3.5	Consistentie bij selectie relevante omstandigheden; risico-aanvaarding	162
3.6	Consistentie ook in andere verdelingsleerstukken?	164
4	Maatstaven voor verdeling	165

4.1	Wat voor maatstaf zoekt men?	165
4.2	De veroorzakingswaarschijnlijkheid	166
4.3	Moeilijke toepasbaarheid causaliteitsmaatstaf	168
4.4	Intuitief inzicht en motivering	169
4.5	Meer systeem in de afweging	170
4.6	50/50 oplossingen of andere vaste regels	173
5	Vuistregels	174
5.1	Een voorkeur voor vuistregels	174
5.2	Afweging van anticipatieplicht en zelfbeschermingsplicht	174
5.3	Anticipatieplicht en norm die meer is dan zelfbeschermings- plicht: voorrang op kruisingen	179
5.4	Fout dader en niet voldoen aan zelfbeschermingsplicht: dragen van veiligheidsgordel of helm	181
5.5	Fout dader en niet voldoen aan zelfbeschermingsplicht: andere gevallen	184
6	Conclusies en afronding	185

W.J.M. VOERMANS

**Going Dutch in het bestuursrecht: ontwikkelingen in
nadeelcompensatie onder de Awb** **187**

1	Via de varkenspest naar de basis van het bestuursrecht	187
1.1	Inhoud van deze bijdrage	188
2	De geïntensiverde discussie rondom het leerstuk van de nadeelcompensatie	188
3	De gehoudenheid tot nadeelcompensatie	192
3.1	De binnenwettelijke nadeelcompensatie	193
3.2	Buitenwettelijke nadeelcompensatie	194
3.2.1	De constructie van de overheidsaansprakelijkheid	195
3.2.2	De (on)rechtmatigheid van overheidsdaden	196
3.2.3	De asymmetrische beoordeling van (on)rechtmatig overheidshandelen	197
3.3	De wens tot zelfstandig bestuursrechtelijk schade- vergoedingsrecht	199
4	Aansprakelijkheid in wederzijdse rechtsbetrekkingen en de risicosfeer van de burger	202
4.1	Criteria voor aansprakelijkheid	202
4.1.1	Slechts directe schade	202
4.1.2	Risico-toerekening	203

4.1.3	Eigen schuld	203
4.1.4	Eigen schuld: de schadebeperkingsplicht	204
4.1.5	Quasi eigen schuld	205
4.1.6	Voordeelstoerekening en 'behoorlijk burgermanschap'	205
4.2	6:100 tot en met 6:102 BW het geëigende kader?	206
4.3	Afwenteling van nadeel door de overheid	207
5	Een wettelijke regeling?	208

J.M. SMITS

**Van risico-aanvaarding en toestemming naar eigen schuld:
een ontwikkeling naar billijkheid? 213**

1	Inleiding	213
2	Opkomst van gedeelde draaglast bij eigen schuld: korte schets van een ontwikkeling	214
3	Risico-aanvaarding en toestemming: gebrekkige bressen in het systeem van het onrechtmatige daadsrecht	216
4	Wegen naar de verdeling van de draaglast	219
4.1	Algemeen	219
4.2	Zorgvuldigheid, wederzijdse causaliteitsweging en billijkheid	220
4.3	De schending van een zorgvuldigheidsnorm	224
4.4	Voordelen van de voorgestelde benadering	225
5	Lessen voor de huidige benadering; risico-aanvaarding en toestemming passé?	226

Artikelenregister 229

Jurisprudentieregister 233

Trefwoordenregister 239

Uitgaven Centrum voor aansprakelijkheidsrecht 243

Lijst van afkortingen

1re	première chambre
2d	Second Series
4th	Fourth Series
A.	Atlantic Reporter
AA	Ars Aequi
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABRRS	Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State
A.C.	Appeal Cases
A-G	Advocaat-Generaal
AGRvS	Afdeling Geschillen van bestuur Raad van State
All E.R.	All England Law Reports
ALR	American Law Reports
Am.J. of Trial Advocacy	American Journal of Trial Advocacy
APV	Algemene Politie Verordening
ARRS	Afdeling rechtspraak Raad van State
A&V	Aansprakelijkheid en Verzekering
a.w.	aangehaald werk
Awb	Algemene wet Bestuursrecht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BR	Bouwrecht
Bull. Civ.	Bulletin Civil
BW	Burgerlijk Wetboek
CA	Court of Appeal
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CBStf.	College van beroep voor de Studiefinanciering
C. civ.	Code civil
Cir.	Circuit
CRvB	Centrale Raad van Beroep
Ct. App.	Court of Appeal

Lijst van afkortingen

D.	Digesten
DES	Diethylstilbestrol
diss.	dissertatie
DNB	De Nederlandsche Bank
e.a.	en anderen
EHRM	Europees Hof voor de rechten van de mens
ERPL	European Review of Private Law
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in der Österreichische Juristenzeitung
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
F.	Federal Reporter
HL	House of Lords
HMSO	Her Majesty's Stationary Office
HR	Hoge Raad
JB	Jurisprudentie bestuursrecht
JBl	Juristische Blätter
J.C.P.	Juris-Classeur Periodique
JZ	Juristen Zeitung
KB	Koninklijk Besluit
KG	Kort Geding
Ktg.	Kantongerecht
Law Com.	Law Commission
L.J.	Law Journal
L.Q.R.	Law Quarterly Review
L. Rev.	Law Review
M. & W.	Meeson & Welsby
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJV	Nederlandse Juristenvereniging
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
nt.	noot
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NvVR	Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelij- king
N.W.	North Western Reports

OGH	Oberster Gerichtshof
OM	Ontwerp-Meijers
OR	Obligationenrecht
P.	Pacific Reporter
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
Pa. Super	Pennsylvania Superior Court Reports
preadv.	preadvies
Q.B.	Queen's Bench
RAwb	Rechtspraak Algemene wet bestuursrecht
Rb.	Rechtbank
RCJB	Revue Critique de Jurisprudence Belge
Rdn.	Randnummer
Rec. D. chron.	Recueil Dalloz chronique
r.k.	rechterkolom
RM	Rechtsgeleerd Magazijn
RMTh	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
r.o.	rechtsoverweging
RSI	Repetitive Strain Injury
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvA	Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven Nederland
RvdW	Rechtspraak van de Week
Rz.	Randziffer
s.	section
SEW	Sociaal-Economische Wetgeving, Tijdschrift voor Europees en economisch recht
So.	Southern Reporter
SR 1997	Standaardvoorwaarden 1997 Rechtsverhouding opdrachtgever-architekt
Supr. Ct.	Supreme Court
t.a.p.	ter aangegeven plaatse
TAR	Tijdschrift voor Ambtenarenrecht
TVGR	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
TVVS	Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigin- gen en Stichtingen
UAV 1989	Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken 1989
U.S. Ct.App.	United States Court of Appeal

Lijst van afkortingen

VAR	Vereniging voor Administratief Recht
VersR	Versicherungsrecht
VR	Tijdschrift voor Verkeersrecht
Vz	Voorzitter
W	Weekblad van het Recht
WAM	Wet Aansprakelijkheid Motorrijtuigen
Wis.	Wisconsin Reports
W.L.R.	Weekly Law Reports
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WRO	Wet op de Ruimtelijke Ordening
WVW	Wegenverkeerswet
ZSS (ROM)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (romantische Abteilung)

Inleiding

1 Alternatieven voor de zwart-wit benadering

Het verbintenissenrecht gaat er in beginsel van uit dat één partij helemaal gelijk heeft. Er is een toerekenbare tekortkoming of niet. Er bestaat een voldoende causaal verband tussen onrechtmatige daad en schade of niet. Een partij had een mededelingsplicht of niet. In dit boek bekijken wij de uitzonderingen op dit beginsel: de mogelijkheden om tot tussenoplossingen te komen. Oplossingen waarbij ontstaan nadeel via een bepaalde sleutel over partijen wordt verdeeld, in plaats van exclusief aan één partij te worden toegerekend.

Sommige juridische instrumenten om tot verdeling van nadeel te komen staan sterk in de belangstelling, zoals eigen schuld. Andere, zoals de rechterlijke matiging, worden zelden toegepast. Nog weer andere methoden zitten in het systeem verscholen en komen langzaam tot ontwikkeling, zoals de proportionele verdeling bij onzeker causaal verband. In ieder van de bijdragen aan deze bundel wordt een leerstuk onderzocht waarbinnen verdeling van nadeel mogelijk is. Deze inleiding geeft eerst een heel ruwe schets van de voordelen, maar vooral ook van de problemen die te verwachten zijn als men tussenoplossingen aanvaardt. Vervolgens wordt in het kort weergegeven wat de belangrijkste uitkomsten zijn waartoe de bijdragen komen. Daarbij onderscheid ik een paar thema's die bij verdeling van nadeel regelmatig lijken terug te keren. Die thema's lenen zich waarschijnlijk ook goed voor vervolgonderzoek.

2 Waarom een tussenoplossing?

2.1 *Het aantrekkelijke midden*

Waar twee partijen een geschil krijgen, is het zelden zo dat de ene partij helemaal fout is geweest en de ander niet. Bij dit ervaringsfeit sluiten tussenoplossingen goed aan.

Tussenoplossingen passen ook bij de manier waarop partijen met elkaar omgaan, als zij in onderling overleg een geschil oplossen. Wat geven en

nemen zal meestal de beste manier zijn om tot elkaar te komen. Ook als een geschil verder is geëscaleerd en gejuridificeerd, speelt de tussenoplossing nog een belangrijke rol. Procespartijen schatten hun proceskansen in en laten die mede bepalen of zij tot een schikking komen. Zelfs als de rechter al heeft gesproken, komt het uiteindelijk vaak tot een tussenoplossing, omdat er nog lang kan worden doorgeprocedeerd en omdat ook de kansen op verhaal van de vordering een rol gaan spelen.

Langzamerhand krijgt de tussenoplossing ook in de civiele procedure zelf een steeds belangrijkere plaats. Tijdens de comparitie na antwoord wordt nadrukkelijk naar tussenoplossingen gezocht. In kort gedingen is vrijwel iedere middenweg in het stelsel in te passen en de praktijk van de kort geding-rechtspraak laat een breed scala aan creatieve tussenoplossingen zien. Ook arbitrale colleges en consumentengeschillencommissies komen zonder veel plichtplegingen tot beslissingen die het nadeel over partijen verdelen.

Dat de tussenoplossing steeds sterker naar voren komt, past in de zoektocht naar rechtvaardigheid in het individuele geval, die het civiele recht de voorbije decennia heeft bepaald. Wie genuanceerd wil zijn en aan alle omstandigheden recht wil doen, ziet dat de weegschaal van vrouwe Justitie vaak lang op en neer blijft bewegen, voor uiteindelijk dat ene argumentje de doorslag geeft. Hij ziet ook dat een net iets andere weging van de argumenten de balans naar de andere kant zou hebben laten doorslaan, zodat de uiteindelijke beslissing over het al dan niet bestaan van een bepaalde verbintenis vaak iets willekeurigs heeft.

2.2 *De problematische tussenoplossing*

Als dit allemaal zo is, waarom komt het civiele recht dan niet vaker op de tussenoplossing uit? Ergens past die niet in onze cultuur. Misschien moeten wij dat wel op de rekening van Paul Scholten schrijven. In de passage die nog steeds als het hoogtepunt van de Nederlandse rechtsliteratuur kan gelden, de paragraaf over 'De beslissing' in het Algemeen Deel, keert hij zich tegen de tussenoplossing.¹ Om te laten zien wat hij van de rechter verwacht, stopt Scholten de tussenoplossing in de hoek van de besluiteloze slappelingen. 'Van de rechter wordt de *daad* verwacht. Hij moet de verantwoordelijkheid aandurven (...). Wie in de twijfel blijft steken, en niet tot de daad der beslissing kan komen, deugt niet voor rechter.'²

1 In de gedaante van het bemiddelend vonnis als voorgesteld door Hartzfeld.

2 P. Scholten, *Algemeen Deel*, tweede druk Zwolle 1974, p. 134.

Als je het zo uit zijn verband gehaald leest, blijft er weinig over dan manhaftige taal. Maar de in deze passage tot uiting komende weerzin staat niet op zichzelf. In het Romeinse recht wilde men zelfs niets weten van de meest voordehandliggende tussenoplossing, die bij eigen schuld. Pas in de achttiende eeuw werd deze serieus verdedigd en het duurde tot rond 1900 voor verdeling van aansprakelijkheid in continentaal Europa algemeen werd geaccepteerd. In Engeland duurde dat tot 1945 en in de Verenigde Staten is het debat over 'contributory' tegenover 'comparative' negligence nu pas op zijn einde aan het lopen.³

Het is verleidelijk om hier te gaan psychologiseren. Rechters die knopen durven door te hakken, beantwoorden wellicht inderdaad aan een bepaald 'rechterbeeld', al is dat er dan één van vroegere tijden. Een grijs tussengebied is voor de jurist misschien ook moeilijk te aanvaarden, omdat hij richting de maatschappij graag het beeld wil ophouden van een duidelijke ordening, waarin mensen zich vrij kunnen bewegen, totdat zij op de rechten van anderen stuiten. De twijfel over de juistheid van die ordening is er bij ons juristen wel, maar om die in de beslissing zelf tot uiting te laten komen, zou afdoen aan het gezag daarvan. En misschien zien wij tussenoplossingen intuïtief als iets waar geen van beide partijen iets aan heeft. Ook het verhaal van Salomo is in ons rechterbeeld gaan zitten.

Veel meer dan speculatie is dit niet. Wij krijgen meer vaste grond onder de voeten als wij constateren dat het aanvaarden van tussenoplossingen de jurist in een moeilijk parket plaatst. Eerst worden al zijn bestaande problemen verdubbeld. Waar het werk gewoonlijk bestaat uit het vinden van een grens tussen het geoorloofde en het ongeoorloofde, moeten er nu een tweetal grenzen komen: tussen wit en grijs en tussen grijs en zwart. Er zal immers een gebied moeten worden afgebakend waarbinnen die tussenoplossing aanvaardbaar is. Want niemand zal tussenoplossingen willen verdedigen bij evident onrechtmatig gedrag of als de schade zonder enige twijfel volledig aan de benadeelde is te wijten.

Maar met die verdubbeling zijn wij er nog niet, want grijs komt in vele tinten. Wie tussenoplossingen wil aanvaarden, zal ook moeten kunnen aangeven hoeveel van het nadeel dan bij wie moet komen te liggen. Ja, hij kan het nog even proberen met 'gewoon ieder de helft', maar dezelfde argumenten die voor een tussenoplossing pleiten, keren zich al snel ook tegen die uitweg.

3 Smits in deze bundel, p. 215.

Een 'hoeveel' rechtvaardigen, vereist in beginsel⁴ een heel ander type normen dan een ja/nee beslissing. Als men hecht aan rechtsgelijkheid en niet in intuïtieve oordelen wil blijven steken, zal men er dan niet aan ontkomen bepaalde omstandigheden om te zetten in kwantitatieve grootheden. Voor de balans met zijn twee schalen waarvan er uiteindelijk altijd een naar beneden komt, krijgt de jurist een maatlat in zijn handen geduwd. Maar wat hij daarlangs moet leggen, is meestal een groot aantal ongelijksoortige omstandigheden die niet in dezelfde eenheden zijn uit te drukken. De rechtstaal zit vol met termen die uitdrukken dat het goed funderen van een beslissing uiterst lastig wordt als vele ongelijksoortige omstandigheden moeten worden verdisconteerd: 'ex aequo et bono', 'naar billijkheid', 'intuïtief oordeel', 'niet nader te motiveren' en 'onevenredig nadeel'.

Dat de zoektocht naar het evenwichtige midden geen eenvoudige is, blijkt uit ieder van de bijdragen in deze bundel. De besproken thema's zijn verre van platgetreden. Regelmatig moest zelfs een eerste ordening nog worden aangebracht, als eenmaal de stap is gezet dat verdeling van nadeel kan plaatsvinden. Waar verdeling al langer mogelijk wordt geacht, heerst nog veel onzekerheid en verwarring.

3 Tussenoplossingen in overgangssituaties

Uit het hiervoor opgemerkte vloeit voort dat tussenoplossingen aantrekkelijk zijn in situaties waar het recht een scherpe scheidslijn aanbrengt, terwijl de sociale werkelijkheid die van een geleidelijke overgang is. De scherpe kanten kunnen dan worden weggenomen door een tussengebied te aanvaarden, waarin het nadeel over partijen kan worden verdeeld.

3.1 Rondom de overeenkomst

Maar wij zagen dat er dan eigenlijk twee nieuwe afbakeningen nodig zijn. Als dat ergens duidelijk wordt, dan is dat op het grensvlak tussen ongebondenheid en de overeenkomst. De Hoge Raad heeft hier het grijze tussengebied voor geopend verklaard. Maar waar de grens ligt tussen de eerste fase (geen enkele binding) en de tweede (enige vergoeding) maakt hij niet duidelijk. Iets meer aandacht heeft de grens tussen de tweede fase en de derde (volledige vergoeding van het positief contractsbelang) gekregen.⁵

4 Zie hierna p. 6 voor een mogelijkheid om dit te vermijden.

5 Van den Berg, p. 19 e.v.

Van den Berg laat zien dat soms in de onderhandelingsfase al een begin met het verrichten van de nog overeen te komen prestatie moet worden gemaakt: onderhandelingen over de prijs kunnen pas plaatsvinden, nadat de wensen van de opdrachtgever geconcretiseerd zijn tot een (al dan niet ruw) ontwerp van de te verrichten prestatie. Bij het afketsen van de onderhandelingen kan de opdrachtgever zijn voordeel doen met dat ontwerp door het aan andere potentiële opdrachtgevers te tonen, die daarmee ontwerpkosten uitsparen en dus goedkoper kunnen offeren. Het *quid pro quo* (of 'voor wat, hoort wat') kan hier een goed argument zijn voor vergoeding.⁶

Anders ligt dat met de zuivere calculatiekosten, de kosten die worden gemaakt om uit te rekenen wat de prijs zal moeten zijn als de prestatie eenmaal nader is gedefinieerd. Die behoren tot het gewone bedrijfsrisico, als het in normale onderhandelingen niet tot een overeenkomst komt. Wel bepleit Van den Berg vergoeding van calculatiekosten bij 'leuren' door een aanbesteder, die met de door hem uitgelokte aanbieding meteen naar andere potentiële aanbieders gaat. Degene die calculeert, heeft dan niet de faire kans in de onderhandelingen gehad, die hij mocht verwachten toen hij werd uitgenodigd een aanbieding te doen. Wie een ander bewust onderhandelingskosten laat maken, behoort die ander een redelijke kans te geven op het binnenhalen van het contract.⁷

Chao-Duivis bekijkt de overgangsfase bij de beëindiging van een contractuele relatie. Ook daar komt het voor dat een partij investeringen pleegt in de gerechtvaardigde verwachting dat hij een behoorlijke kans krijgt om deze terug te verdienen. Chao-Duivis vindt de grondslag van een desbetreffende vergoedingsplicht in het feit dat de investering mede door de wederpartij is veroorzaakt.⁸ Naar mate het initiatief tot de investeringen meer bij de wederpartij heeft gelegen, zal die meer gehouden zijn de gelegenheid te geven tot het terugverdienen van deze investeringen.⁹

Een tweede categorie gevallen die zij bespreekt, is die waarbij bepaalde voordelen verbonden aan de samenwerking bij de ene partij terechtkomen, terwijl de andere partij daar eigenlijk het meeste aanspraak op kan maken, omdat zij kosten heeft gemaakt waardoor die voordelen zijn ontstaan of om die voordelen te verwerven. Het gebruik maken van bedrijfsgebonden know-how verworven in de dienstbetrekking door een ex-werknemer is

6 Van den Berg, p. 23.

7 Van den Berg, p. 18.

8 Chao-Duivis, p. 84.

9 Chao-Duivis, p. 88.

daarvan een voorbeeld.¹⁰ En zij behandelt ook het geval waarin een onderneming wordt overgedragen en de overdragende partij vervolgens als concurrent gaat optreden. Van den Berg's *quid pro quo* is hierin terug te zien.

3.2 Overgang in beleid

Een andere overgangssituatie doet zich voor als de overheid haar beleid wijzigt en een burger daardoor wordt getroffen. De verdeling van nadeel is dan in beginsel zo, dat de overheid alleen onevenredig nadeel behoeft te compenseren. Voermans gaat in op de grondslagen en criteria voor nadeelcompensatie. Die blijken nog moeilijk toepasbaar te zijn. Hij vraagt zich met name af of het kader voor verdere rechtsontwikkeling wel moet zijn gelegen in het schadevergoedingsrecht van Afdeling 6.1.10 van het BW.¹¹

3.3 Terugbrengen tot een normale toedeling door onderscheid in posten?

Het lijkt alsof de verdelingsmogelijkheden in deze overgangssituaties enige gemeenschappelijke kenmerken vertonen. In de eerste plaats valt op dat in deze situaties vooralsnog geen sprake is van procentuele verdeling van het nadeel, maar dat de werkwijze een andere is. Eerst wordt het nadeel opgesplitst in verschillende posten (zuivere calculatiekosten, ontwerpkosten). En dan wordt bekeken welke post mogelijk eerder voor vergoeding in aanmerking komt dan een andere, omdat de argumenten daarvoor beter zijn. Door de opsplitsing in posten wordt een verdelingsprobleem weer gereduceerd tot een gewoon 'digitaal' probleem, zoals wij dat gewend zijn: er ontstaat geen grijs gebied met alle complicaties vandien.

Dit is een benadering die ruimere toepassing vindt en kan vinden. Steeds waar verschillende nadeelscategorieën bestaan, kan deze immers worden toegepast. De nadruk bij de juridische beoordeling komt dan te liggen op de argumenten voor het wel vergoeden van de ene post en het niet vergoeden van de andere post. Die zullen het verschil in rechtsgevolg moeten kunnen dragen.

10 Chao-Duivis, p. 83.

11 Voermans, p. 206.

3.4 *Vertrouwen op het normale patroon met toedoen?*

Uit de beschouwingen van Van den Berg en Chao-Duivis komen nog een paar argumentatielijnen naar voren die wellicht algemenere betekenis hebben. Zij onderscheiden beiden situaties waarin de benadeelde er op mocht vertrouwen dat zij de kans zouden krijgen bepaalde investeringen (calculatiekosten, investeringen van de distributeur) bij een normale gang van zaken (onderhandelen, voortzetten overeenkomst) terug te kunnen verdienen, waarbij dat vertrouwen is ontstaan door toedoen van de wederpartij (uitnodigen een aanbieding te doen, instigeren van investeringen).

Ook in de analyse van Voermans komt dit vertrouwen op de normale gang van zaken aan de orde. Investerings genieten bescherming tegen schade als gevolg van een overheidsmaatregel, die niet voortvloeit uit normale maatschappelijke ontwikkelingen of uit het verwezenlijken van een normaal bedrijfsrisico.¹² Het toedoen van de overheid komt bij hem niet naar voren, maar zou een sterk argument pro vergoeding kunnen opleveren: als de overheid de benadeelde heeft gestimuleerd om de bewuste maatschappelijke activiteit te gaan verrichten of op de bewuste plaats te gaan verrichten.¹³

3.5 *Ongerechtvaardigde verrijking?*

Een tweede thema dat meerdere keren terugkeert, is dat de voordelen (ontwerpgegevens, klantgegevens) in een overgangssituatie soms door feitelijke omstandigheden terecht komen bij een andere partij dan die daarvoor de lasten heeft gedragen. Dan komt het *quid pro quo*-beginsel in stelling. Men zou ook aan ongerechtvaardigde verrijking kunnen denken.

Ook hier geldt dat het leerstuk van de nadeelcompensatie natuurlijk een sterk afwijkende positie inneemt, maar wellicht dat er toch een parallel is. Nadeelcompensatie lijkt eerder geboden als de 'charges publiques' die op een burger worden gelegd hun pendant vinden in grote voordelen voor die overheid of voor anderen wier belangen door de overheidsmaatregelen worden gediend. Men zou dan van een ongerechtvaardigde verrijking-achtige situatie kunnen spreken.¹⁴

¹² Voermans, p. 203.

¹³ Vergelijk losbl. Bestuursrechtelijke schadevergoeding (Van Ravels), F 10.4.7.5.

¹⁴ Zie de discussie over 'afwenteling' in het bestuursrecht waarover Voermans, p. 207.

4 Tussenoplossingen bij verwevenheid van het handelen van partijen

Tussenoplossingen liggen ook voor de hand als het handelen van partijen met elkaar verweven is. Nadeel ontstaat zelden alleen door één geïsoleerde fout van een partij. Vaak is ook van belang hoe partijen zich hadden moeten voorbereiden op gevaarscheppend gedrag van hun wederpartij en hoe zij op elkaars handelen reageren.

4.1 Eigen schuld binnen contract

Met name in een contractuele verhouding kunnen de gedragingen van partijen sterk met elkaar verweven zijn. Jansen constateert dat het eigen schuld-leerstuk binnen contract toch weinig wordt toegepast. Hij verklaart dit voor het meest voorkomende contacttype: dat waarbij een partij een goed of dienst inkoopt bij een andere partij. Jansen onderscheidt vijf oorzaken voor het achterblijven van die prestatie bij de verwachtingen.¹⁵ Slechts in twee van die situaties kan eigen schuld aan de orde komen, kort gezegd als de ene partij een verkeerde keuze van de andere partij had behoren op te merken.¹⁶

Als de afnemer van de prestatie de verkeerde keuze van de leverancier niet opmerkt, zal hem volgens Jansen slechts zelden eigen schuld kunnen worden verweten. Binnen de geschetste contractuele verhouding zal het immers meestal zo zijn dat die partij juist beoogt de werkzaamheden en de verantwoordelijkheid daarvoor aan een ander over te laten. Hij mag die ander dan wel controleren, maar hoeft dat niet te doen.¹⁷

Iets eerder kan eigen schuld aan de orde komen als de leverancier had moeten merken dat de afnemer een ongelukkige keuze heeft gemaakt. Die leverancier zal immers bij het verwezenlijken van de prestatie regelmatig met eventuele fouten in de opdracht worden geconfronteerd.¹⁸

4.2 Zelfbeschermings- en anticipatieplichten

Ook in mijn eigen bijdrage over eigen schuld komt het thema van de verwevenheid uitvoerig aan de orde. De door Jansen geschetste situatie blijkt zich algemener voor te doen. Zo bestaan in het verkeersrecht en daar-

¹⁵ Jansen, p. 35 e.v.

¹⁶ Jansen, p. 42.

¹⁷ Jansen, p. 51.

¹⁸ Jansen, p. 52.

buiten plichten van potentiële benadeelden om zichzelf te beschermen tegen nadeel (dragen van een valhelm of veiligheidsgordel). De vraag is onder meer of schending van een ‘zelfbeschermingsplicht’ alleen tot eigen schuld mag leiden als sprake is van een rechtsplicht.¹⁹

Voorts zijn er plichten om rekening te houden met fouten van potentiële benadeelden (in het wegverkeer jegens andere verkeersdeelnemers, van de werkgever jegens de werknemer). Zowel de zelfbeschermingsplicht als de anticipatieplicht hebben eigenlijk pas effect als de wederpartij een fout heeft gemaakt. Zij zijn er op gericht toch nog te voorkomen dat die fout tot nadeel leidt. De verwevenheid van het handelen van partijen is daarmee gegeven.

De anticipatieplicht is een belangrijk middel tot het verkrijgen van slachtofferbescherming, omdat daarmee aansprakelijkheid kan worden gecreëerd, terwijl het slachtoffer zelf een fout heeft gemaakt. Dat roept problemen op binnen het eigen schuld-leerstuk, omdat de neiging zal bestaan de fout van het slachtoffer zwaar aan te rekenen. Een analyse van dit probleem en een voorstel voor oplossingen is in mijn bijdrage te vinden.²⁰ Ook de rechtspraak van de Hoge Raad over eigen schuld in het wegverkeer kan in het ontwikkelde kader worden gepast.

4.3 Toezichtsplichten en hoofdelijke aansprakelijkheid

Verwevenheid kan zich ook voordoen als er meerdere veroorzakers zijn. Tegenover het slachtoffer zijn die volgens de Nederlandse wet en rechtspraak hoofdelijk aansprakelijk. Van Boom verdiept zich in de positie van een medeveroorzaker, die slechts een gering aandeel heeft in het ontstaan van de schade, maar een goedgevulde beurs heeft in vergelijking met de primaire veroorzaker en daarom een aantrekkelijk doelwit vormt voor claims van het slachtoffer. Wettelijke en andere toezichthouders als commissarissen, accountants, ouders en verantwoordelijken voor psychiatrische patiënten zijn voorbeelden van wat men in de Amerikaanse rechtspraak is gaan noemen: ‘peripheral tortfeasors’.

In Amerika is er een door Van Boom diepgaand geanalyseerde stroming om deze daders niet hoofdelijk aansprakelijk te stellen, maar slechts voor een geringer aandeel.²¹ In Nederland is er nog niet de noodzaak om tot een beperking van de hoofdelijke aansprakelijkheid in dit type gevallen te

¹⁹ Barendrecht, p. 185; zie ook Jansen, p. 52.

²⁰ Barendrecht, p. 174 e.v.

²¹ Van Boom, p. 137 e.v.

komen, maar zou die ontstaan, dan geeft Van Boom mooi een overzicht van de in aanmerking komende oplossingen en hun voor- en nadelen.²²

5 Verdeling van onzekerheid

Verdeling van nadeel is ook een mogelijkheid als er onzekerheid bestaat over de feiten. In plaats van die onzekerheid voor rekening van één partij te laten, kan verdeling over partijen plaatsvinden, bijvoorbeeld naar rato van de kans dat de versie van de betreffende partij juist is.

5.1 *Onzeker causaal verband*

Bij onzekerheid over het causaal verband komt een proportionele benadering langzamerhand in zwang, mede onder invloed van het werk van Akkermans, die in deze bundel nog eens kijkt naar de grondslagen die daarvoor geschikt zijn.²³ De kans dat het nadeel door een bepaalde omstandigheid is veroorzaakt, is dan beslissend voor de omvang van de vergoedingsplicht.

Het lijkt of er nog vele mogelijkheden zijn om de proportionele benadering bij onzeker causaal verband toe te passen. Wat bijvoorbeeld te denken van een aansprakelijkheid naar rato van de kans dat een contract tot stand zou zijn gekomen als partijen te goeder trouw hadden dooronderhandeld, zoals Van den Berg aanstipt?²⁴ Of naar rato van de mate waarin de beslissing tot het doen van een bepaalde investering door elk van beide partijen is veroorzaakt, zoals Chao-Duivis impliceert?²⁵ Of naar rato van de mate waarin de overheid bepaalde investeringen heeft gestimuleerd?²⁶

Eén van de onbeantwoorde vragen is nog in welk gebied proportionele verdeling toelaatbaar is. Bestaat al bij een gering percentage veroorzakingswaarschijnlijkheid een recht op (een dienovereenkomstig geringe) vergoeding? Als een causale relatie zeer waarschijnlijk is, maar er een kans op het ontbreken daarvan overblijft, moet dan (een dienovereenkomstig kleine) aftrek plaatsvinden? Kortom: waar gaat 'wit' over in 'grijs' en 'grijs' over in 'zwart'?²⁷

22 Van Boom, p. 150 e.v..

23 A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, diss. KU Brabant, Deventer 1997.

24 Van den Berg, p. 27.

25 Chao-Duivis, p. 88.

26 Zie hiervoor, p. 7.

27 Vergelijk hierover wel Akkermans, a.w. (noot 23), p. 244 e.v.

5.2 *Andere feitelijke onzekerheden?*

Een gemakkelijk gestelde, maar zeer moeilijk bevredigend te beantwoorden vraag is of ook andere feitelijke onzekerheden mogen worden verdisconteerd door het nadeel over partijen om te slaan naar rato van de kans dat zij het gelijk aan hun zijde hebben. Een proportionele benadering zou het bewijsrecht wel erg op zijn kop zetten, is de strekking van het stuk van Giesen 'Bewijsrisico, ongedeelde smart!?' Het bewijsrecht mag dan veel genuanceerder zijn geworden door specifieke bewijsregels en aanvullende stelplichten, maar verdeling van het nadeel ontstaan door bewijsnood wordt in de Nederlandse bewijsrechtelijke literatuur niet als optie genoemd en in de buitenlandse literatuur slechts terloops.²⁸

Aan een proportionele benadering zitten ook hier voordelen: het verschuiven van een deel van het bewijsrisico is minder verstrekkend dan het belasten van een partij met het gehele risico en het kan de waarheidsvinding bevorderen, aldus Giesen. Maar de bezwaren vanuit het systeem van het bewijsrecht blijven voorlopig de doorslag geven, behalve voor de ook door Akkermans behandelde gevallen van onzeker causaal verband.²⁹ Akkermans zoekt ook naar een rechtvaardiging van die beperking. Hij vindt die in het argument dat het bij de vaststelling van causaal verband gaat om een 'hypothetische gebeurtenis': wat zou er gebeurd zijn als het verweten handelen niet had plaatsgevonden? Die hypothetische toestand is nooit kenbaar, zoals andere te bewijzen feiten dat wel kunnen zijn.³⁰ Giesen voegt daar nog een argument aan toe: bij onzekerheid over het causaal verband is tenminste duidelijk dat de aansprakelijke enig verwijt kan worden gemaakt.³¹

6 **Hoe te verdelen?**

Een laatste centrale thema is de wijze waarop verdeling moet plaatsvinden als eenmaal de stap is gezet naar de mogelijkheid van proportionele verdeling.

28 Giesen, p. 126.

29 Giesen, p. 131.

30 Akkermans, p. 114.

31 Giesen, p. 132.

6.1 Zorgvuldige inpassing, horen van partijen en consistent wegen

Dat de terughoudendheid bij het aanvaarden van tussenoplossingen niet helemaal zonder grond is, blijkt als wij zien voor welke onvermoede inpassingsproblemen deze kunnen zorgen. Uit de bijdrage van Spier blijkt hoe voorzichtig men moet zijn met het aanvaarden van tussenoplossingen, als daarmee de evenredigheid van de prestaties van partijen in een contractuele verhouding wordt aangetast. Het evenwicht kan met name worden verbroken als een voor één partij bezwarend beding, zoals een exoneration, buiten werking wordt gesteld. De tegenprestatie, meestal de prijs, is dan wellicht niet meer evenredig met het totaal van de prestaties die moeten worden verricht en de risico's die worden gelopen. Dit toepassend op verzekeringsovereenkomsten, komt hij tot het resultaat dat dekkingsbeperkingen zich in het algemeen niet lenen voor rechterlijke inhoudscontrole, ook niet bij 'claims made'-verzekeringen. Eventuele bescherming van de verzekerde is wel mogelijk als de dekkingsbeperking voor de verzekerde onvoldoende kenbaar was.³²

Linssen onderzocht de mogelijkheden van een gulden middenweg bij de ontbinding van een contractuele relatie en bepleit meer evenredigheid tussen de sanctie en de situatie waarin wordt ontbonden.³³ Hij laat zien dat het aanvaarden van tussenoplossingen daar een toename van het aantal oplossingsmogelijkheden voor een concreet geschil betekent. Dat zou gevolgen moeten hebben in de procesrechtelijke sfeer, omdat daardoor eerder het risico ontstaat dat een partij door de rechterlijke beslissing wordt verrast. Het beginsel van hoor en wederhoor zou zo kunnen worden uitgelegd dat de rechter verplicht is partijen eerst over een bepaalde tussenoplossing te horen wanneer hij die wil opleggen. In hoeverre deze redenering ook voor andere tussenoplossingen op zou kunnen gaan, is nog een interessante vraag.³⁴ Linssen verwijst in ieder geval naar de regeling van de onvoorziene omstandigheden.³⁵

Oppassen is het ook met de consistentie.³⁶ Bij eigen schuld kan het voorkomen dat in het kader van de verdeling oplossingen worden aanvaard, die zich niet verdragen met wat elders in het vermogensrecht geldt.³⁷ Als voor een bepaald feitencomplex eenmaal aansprakelijkheid wordt aangenomen

32 Spier, p. 98.

33 Linssen, p. 60 e.v.

34 Linssen, p. 67.

35 Linssen, p. 68.

36 Barendrecht, p. 159.

37 Smits, p. 219 en 226.

men, moet bijvoorbeeld niet binnen het leerstuk van de eigen schuld voor hetzelfde feitencomplex volledige eigen schuld worden aanvaard. Dan zou het recht met de ene hand weer terugnemen wat het met de andere hand heeft gegeven.

6.2 Verdelingsmaatstaven?

Hoe de aandelen van partijen nu precies moeten worden vastgesteld is nog een belangrijke onderzoeksvraag. Uit veel van de bijdragen komt de causaliteit als belangrijke factor naar voren. De Hoge Raad gaat bij art. 6:101 BW uit van de veroorzakingswaarschijnlijkheid, de kans dat de omstandigheden aan beide zijden tot schade als de onderhavige zouden hebben geleid.³⁸ Duidelijk is ook dat ‘schuld’ en ‘billijkheidsargumenten’ een plek in het systeem hebben, maar de onderlinge verhouding van deze factoren is nog onzeker, evenals de aard van de billijkheidsargumenten die mogen meewegen. In de rechtspraktijk bestaat steeds meer behoefte aan een ordening, die misschien kan worden verkregen door voor veel voorkomende situaties vuistregels te ontwikkelen.³⁹

6.3 Symmetrie?

Een terugkerend probleem thema is ook dat van de symmetrie. Wie gaat afwegen heeft de neiging om aansprakelijke en benadeelde gelijk te behandelen en de omstandigheden aan beide zijden langs dezelfde ‘maatlat’ te leggen. ‘Gelijke behandeling’ is bij ons juristen ingebakken.

Maar de positie van partijen is daarvoor vaak te verschillend: een letselslachtoffer kan niet hetzelfde type verwijt worden gemaakt, wanneer hij een enkele keer niet goed heeft opgelet, als een dader die bepaalde gevaren in het leven roept en die zich kan verzekeren.⁴⁰ Het verbinden van rechtsgevolg aan ‘risico-aanvaarding’ is iets heel anders dan het opleggen van risico-aansprakelijkheid.⁴¹ Ook de posities van overheid en burger zijn zeer verschillend zegt Voermans, die daarom de gebruikelijke civielrechtelijke afwegingskaders, zoals art. 6:101 BW, niet erg geschikt acht voor de verdeling van nadeel bij bestuurscompensatie.⁴²

38 Barendrecht, p. 166.

39 Barendrecht, p. 170.

40 Barendrecht, p. 163.

41 Smits, p. 217; Barendrecht, p. 163.

42 Voermans, p. 207.

In het stuk van Van Boom zit nog een ander soort asymmetrie. De ‘minimale medeveroorzaker’ behoort mogelijk slechts voor zijn aandeel aansprakelijk te zijn richting het slachtoffer, maar de medeveroorzaker die een groot aandeel heeft gehad in het ontstaan van de schade kan dan nog steeds voor 100% hoofdelijk aansprakelijk zijn. Dan is de aansprakelijkheid niet proportioneel.⁴³

6.4 Zuinig met begrippen; de ‘tweezijdige zorgvuldigheidsnorm’?

Smits besluit met een radicale gedachte. De wel vaker gesignaleerde problematiek van ‘communicerende vaten’, te weten dat bepaalde vragen steeds in een iets andere gedaante terugkomen in de verschillende leerstukken van het onrechtmatige daadsrecht, blijkt zich ook voor te doen bij verdelings-vraagstukken. Die kunnen binnen het eigen schuld-leerstuk, maar ook binnen andere leerstukken als de zorgvuldigheidsnorm of matiging worden benaderd.⁴⁴ Smits vraagt zich af of het ter voorkoming van dubbel werk en begripsmatige verwarring niet beter zou zijn om uit te gaan van een ‘tweezijdige zorgvuldigheidsnorm’, waarbinnen in één keer de afweging van het gedrag van beide partijen tot bepaalde uitkomsten leidt.⁴⁵ Die gedachte lijkt zeker nadere bestudering waard...

7 De toekomst

Het exploreren van de mogelijkheden om tot verdeling van nadeel te komen, is met deze bundel nog lang niet afgerond. Het beeld zal nog completer moeten worden. Onderwerpen als matiging, onvoorziene omstandigheden, beperking van de gevolgen van nietigheid en gedeeltelijke buitenwerkingstelling op grond van de redelijkheid en billijkheid kunnen ook in dit licht worden gezien. De uitkomsten die wij hierna presenteren, zijn bovendien slechts voorlopig en geven aanleiding tot nieuwe vragen. Die hebben ons echter niet af kunnen brengen van de basisgedachte dat het civiele recht vaker tussenoplossingen zou moeten bieden. Het is eerder de beredenering van die tussenoplossing die ons voor problemen plaatst, dan dat er iets mis zou zijn met de basisgedachte die daar achter zit.

43 Zie de situatie in enkele Amerikaanse staten als beschreven door Van Boom, p. 143.

44 Smits, p. 218.

45 Smits, p. 224.

Van ‘alles of niets’ tot gedeelde draaglast in de precontractuele fase

1 Rekening houden met elkaars belangen?

1.1 Twee geloven op één kussen, daar slaapt de duivel tussen

Ben ik mijn broeders hoeder?¹ Deze bijbelse vraag wordt voor onderhandelende partijen ontkennend beantwoord door Lord Ackner in zijn ‘leading speech’ in de zaak *Walford v. Miles*:²

The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations. To advance that interest he must be entitled, if he thinks it appropriate, to threaten to withdraw from further negotiations or to withdraw in fact. A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party.

Een tegenovergesteld geluid had jaren eerder de Hoge Raad laten weerklinken in het arrest *Baris/Riezenkamp*:³

Door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst komen partijen tot elkaar te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding die meebrengt, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.

Twee elkaar uitsluitende opvattingen. Volgens Lord Ackner staat het een bij onderhandelingen betrokken partij in beginsel⁴ vrij haar eigen belang na te jagen. Een verplichting tot onderhandelen te goeder trouw is

* Matton van den Berg is als hoogleraar privaatrecht in het bijzonder bouwrecht verbonden aan de vakgroep privaatrecht en aan het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht, KU Brabant. Hij is tevens als hoogleraar bouwrecht verbonden aan de RU Leiden.

1 Genesis 4:9.

2 *Walford v. Miles* [1992] 2 W.L.R. 174 (HL). Zie voor beschouwingen over deze uitspraak vanuit de optiek van een groot aantal verschillende rechtsstelsels ERPL 2 [1994], p. 267-327.

3 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*).

4 ‘So long as he avoids misrepresentations’.

‘inherently inconsistent with the position of a negotiating party’. Naar de mening van de Hoge Raad daarentegen bestaat zulk een verplichting wél en brengt zij mee dat partijen rekening dienen te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen.

Tussen twee zo tegengestelde overtuigingen valt geen harmonie te bereiken. Een keuze voor de ene óf de andere benadering is onvermijdelijk. Daarbij lijkt his lordship op het eerste gezicht sterke papieren te hebben. Voor zijn opvatting valt namelijk krachtige steun te putten uit een groundbeginsel van het contractenrecht: de *contractvrijheid*.⁵ Daarvan vormt de vrijheid om een contract *niet* te sluiten een onmisbaar onderdeel.⁶ Zoals vaker in het recht valt te constateren, kan echter het ene beginsel worden doorkruist door het andere. Dat lijkt mij ook in dit kader mogelijk. In het onderhandelingstraject kan het beginsel van de contractvrijheid confligeren met een ander fundamenteel beginsel van het contractenrecht. Dit (oer)beginsel werd door de Romeinen in drie woorden samengevat: *quid pro quo*.⁷ Wij hebben er vier voor nodig: voor wat, hoort wat.

1.2 *Quid pro quo*

Hoe komt het *quid pro quo*-beginsel hier in het beeld? Laat ik dat demonstreren aan de hand van een casus. Lucullus wil de verouderde keuken van zijn restaurant weer geheel bij de tijd brengen. Hij zoekt daartoe contact met het in keukeninrichting gespecialiseerde bedrijf Cuisine. Lucullus beschikt niet over een in bouw- en installatietechnische termen gesteld programma van eisen. Wel heeft hij concrete wensen voor de inrichting en uitrusting van de beoogde keuken. Om een verantwoorde aanbieding te kunnen doen vertaalt Cuisine deze wensen in bouwkundige termen. Daartoe oriënteert zij zich in de logistieke processen die zich in de restaurantkeuken zullen voordoen en in de aard en vereiste capaciteit van de te installeren apparatuur. Zij legt haar bevindingen vast in een inrichtingsplan voor de keuken. Lucullus is daarmee zeer content. Vervolgens brengt Cuisine op basis van dat inrichtingsplan een offerte uit die, conform de wens van Lucullus, vergezeld gaat van een gedetailleerde kostenbegroting. Cuisine ontvangt op haar offerte geen reactie. Na enige tijd ontdekt zij de

5 Zie over dit beginsel Asser-Hartkamp II (1997) nrs. 33 e.v.

6 Aldus J.H. Nieuwenhuis, *Point of no return*, RMTh 1989, p. 467; in deze zin ook L. Hardenberg, *De onderhandeling, enkele beschouwingen over de zogenaamde precontractuele verhouding*, WPNR 4971 (1967), p. 469.

7 Zie over dit beginsel J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss. Leiden, 1979, p. 75.

reden daarvan. Lucullus blijkt na ontvangst van de aanbieding van Cuisine nog een ander bedrijf, Gaarkeuken, in de gelegenheid te hebben gesteld een offerte uit te brengen. Lucullus heeft Gaarkeuken daarbij de beschikking gegeven over het inrichtingsplan en de begroting van Cuisine. Het zal niet verwonderen dat de aanbieding van Gaarkeuken op een lager bedrag sloot dan die van Cuisine. Aan Gaarkeuken is het werk daarom gegund.

De hier beschreven gang van zaken wordt in aannemersjargon *leuren* genoemd. Men verstaat daaronder het door de aanbesteder achtereenvolgens benaderen van verschillende gegadigden met een verzoek om prijsopgave, waarbij de latere gegadigde wordt geïnformeerd over de prijsaanbieding van de eerdere met het doel aldus een onderbieding uit te lokken.⁸ In een dergelijke handelwijze schuilt een onzuiver element: het aan de ene concurrent doorspelen van prijsinformatie afkomstig van de andere. Daardoor vindt geen objectieve vergelijking plaats op basis van onafhankelijk van elkaar tot stand gekomen prijsaanbiedingen, doch wordt in de latere aanbieding de in de eerdere besloten informatie verdisconteerd. De eerdere gegadigde heeft hierdoor geen eerlijke kans om de opdracht te verwerven. Hij lijdt daardoor een dubbel nadeel. In de eerste plaats blijven de gemaakte offertekosten ongedekt. In de tweede plaats heeft de gegadigde kansen op andere opdrachten moeten laten lopen. De menskracht die hij in de voorbereiding van de mislukte aanbieding heeft ingezet, heeft hij immers niet terzelfdertijd kunnen benutten voor het dingen naar andere opdrachten. Tegen deze achtergrond heeft een tot prijsaanbieding uitgenodigde gegadigde er mijns inziens een gerechtvaardigd belang bij dat hem een *faire* kans wordt geboden op het verwerven van de opdracht, opdat tegenover de aan de voorbereiding van zijn aanbieding gespendeerde moeite ook een reële kans op succes zal bestaan.⁹

Maar waarom zou de aanbesteder met dat belang rekening houden? Is de kans op een mislukte aanbieding niet een normaal zakelijk risico? Sterker nog, schuilt daarin nu juist niet de door Hardenberg zo lyrisch beschreven 'dynamiek' van het zaken doen?¹⁰ Mij lijkt dat bij de beantwoording van deze vragen niet over het hoofd mag worden gezien, dat de in de offerte besloten informatie ook voor de vragende partij *economische waarde* heeft. De vragende partij verkrijgt hiermee inzicht in de kosten en condities waartegen de door haar verlangde prestatie op de markt kan worden ingekocht. Ik acht het redelijk dat een vragende partij die ertoe aanleiding

8 Zie hiervoor nader mijn oratie *Een faire kans*, inaugurele rede Leiden, 1991, p. 3-6.

9 Zie ook mijn oratie, a.w. (noot 8), p. 5-6.

10 Vergelijk Hardenberg, t.a.p. (noot 6), p. 472.

geeft dat een aanbiedende partij kosten maakt om dergelijke marktinformatie te verschaffen, *daartegenover* bereid moet zijn die aanbiedende partij een faire kans te bieden op het verwerven van de opdracht. *Quid pro quo* heet dat in de nuchtere taal van de Romeinen.

In de besproken casus zou daarvan sprake zijn geweest als Lucullus de uit de aanbieding van Cuisine verkregen informatie niet zou hebben doorgespeeld naar Gaarkeuken, doch deze slechts dezelfde wensen zou hebben voorgelegd als hij aan Cuisine had kenbaar gemaakt. Gaarkeuken had zich dan zelfstandig een oordeel moeten vormen over de wijze waarop aan die wensen in bouwkundige zin gestalte zou kunnen worden gegeven. Lucullus zou in dat geval twee onafhankelijk van elkaar tot stand gekomen oplossingen voor zijn bouwbehoefte hebben verkregen. Een objectieve vergelijking zou dan mogelijk zijn geweest. Cuisine en Gaarkeuken zouden in dat geval ieder een eerlijke en gelijke kans hebben gehad als winnaar uit de bus te komen. Ook in die situatie had Cuisine het misschien tegen Gaarkeuken hebben moeten afleggen. Maar dan zou dat zijn geschied in een faire competitie.

In mijn visie is de vragende partij dus niet helemaal vrij de aanbiedende partij aan de kant te zetten. Het *quid pro quo*-beginsel perkt het beginsel van de contractvrijheid in zoverre in, dat de vragende partij de aanbiedende partij die haar op haar uitnodiging marktinformatie heeft verstrekt, toch *ten minste* een faire kans moet bieden op het verwerven van de opdracht. Daarmee is de ondergrens bepaald. Of en in hoeverre daarboven nog verdergaande verplichtingen kunnen rusten op de vragende partij zullen wij hieronder bezien. Daaraan gaat echter een excursie in de rechtspraak over het onderhandelings-thema vooraf.

2 De Plas/Valburg-doctrine

2.1 *Uitwerking grondregel*

De in het arrest *Baris/Riezenkamp* gegeven *grondregel* voor de wijze waarop onderhandelende partijen met elkaar dienen om te gaan, heeft lang onder het stof gelegen. Het heeft bijna 25 jaar geduurd vooraleer die regel nader werd geconcretiseerd. In het arrest *Plas/Valburg* echter werd de al bijna vergeten *grondregel* plotseling en op spectaculaire wijze uitgewerkt.¹¹

¹¹ HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723, nt. CJHB; BR 1983, p. 398, nt. L.D. Pels Rijcken (Plas/Valburg). Zie voor een eerdere beschouwing over dit arrest van schrijver dezès, Plas-

De leidinggevende gedachte die daarbij wordt gevolgd, is dat naarmate onderhandelingen zich verder verdichten, partijen minder vrijblijvend tegenover elkaar komen te staan. Een denklijn die uitstekend spoort met het zoëven besproken *quid pro quo*-beginsel. In de uitwerking ervan onderscheidt de Hoge Raad een drietal mogelijke fasen waarin onderhandelingen kunnen geraken. In de eerste — niet expliciet verwoorde, maar wel vooronderstelde — fase zijn partijen vrij op ieder ogenblik en zonder kostenconsequenties de tussen hen lopende onderhandelingen af te breken. In de tweede fase zijn de onderhandelingen in een zodanig stadium gekomen dat het een partij niet meer vrijstaat de onderhandelingen af te breken zonder de door de wederpartij gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk voor haar rekening te nemen. Tenslotte kan nog een derde fase intreden. De onderhandelingen zijn dan zover gevorderd, dat het afbreken daarvan in strijd zou zijn met de goede trouw en derhalve niet meer vrijstaat. Dit stadium wordt bereikt als partijen 'over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren'. Zou een partij in dit stadium de onderhandelingen toch nog afbreken, dan zal zij in de eerste plaats gehouden zijn de door de wederpartij in de onderhavige en mogelijk zelfs in een vorige fase gemaakte kosten te vergoeden. Daarenboven kan er in zo'n situatie ook nog plaats zijn voor vergoeding van gederfde winst.

2.2 Latere nuanceringen

De in het arrest *Plas/Valburg* ontwikkelde leer is in latere arresten genuanceerd. Zo is in de arresten *VSH/Shell* en *Vogelaar/Skil* het criterium ter bepaling van het moment waarop de derde fase is ingetreden, in tweeërlei opzicht versoepeld.¹² In de eerste plaats wordt niet langer vereist dat partijen 'over en weer' mochten vertrouwen op het tot stand komen van een overeenkomst, doch wordt voldoende geacht dat daarop mocht worden vertrouwd door de wederpartij van degene die de onderhandelingen afbrak.¹³ In de tweede plaats wordt thans erkend dat ook andere omstandigheden dan dit vertrouwen kunnen meebrengen, dat het afbreken der

Valburg in de toekomstige tijd, in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *In het nu, wat worden zal, Liber amicorum H.C.F. Schoordijk*, Deventer 1991, p. 15-27.

12 Vergelijk HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017, nt. CJHB (*VSH/Shell*) en HR 31 mei 1991, NJ 1991, 647, nt. PvS (*Vogelaar/Skil*). De in deze arresten gegeven bijstelling van de *Plas/Valburg*-leer is duidelijk geïnspireerd door de tekst van een tijdens de parlementaire behandeling van het NBW voorgesteld, doch later weer bij amendement geschrapt wetsartikel (art. 6.5.2.8a), zie daarover Parl. Gesch. Boek 6, p. 1438-1448.

13 Vergelijk r.o. 3.1 van het arrest *VSH/Shell*, respectievelijk r.o. 3.5 van het arrest *Vogelaar/Skil*.

onderhandelingen jegens de wederpartij als onaanvaardbaar moet worden aangemerkt.¹⁴ Verwerken we beide correcties in de voor de derde fase gegeven regel, dan komt deze als volgt te luiden: het afbreken van onderhandelingen staat niet meer vrij als dat op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van een overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar is.

In de arresten *De Ruitery/MBO* en *Combinatie/Staat* is deze regel nog nader verduidelijkt.¹⁵ In de eerste uitspraak wordt overwogen dat ingeval bij de wederpartij van degene die de onderhandelingen over een te sluiten overeenkomst afbreekt, het gerechtvaardigde vertrouwen bestond dat die overeenkomst tot stand zou komen, dit niet onder alle omstandigheden behoeft te leiden tot de slotsom dat het afbreken *onaanvaardbaar* is. Rekening dient ook te worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt, tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen, en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij; hierbij kan ook van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan.

In het arrest *Combinatie/Staat* overweegt de Hoge Raad dat in gevallen waarin onderhandelingen ondanks gewijzigde omstandigheden over een lange tijd worden voortgezet, bij het oordeel omtrent de vraag of het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar is wegens gerechtvaardigd vertrouwen in het tot stand komen van de overeenkomst, voor wat betreft dit vertrouwen doorslaggevend is hoe daaromtrent tenslotte, op het moment van afbreken, moet worden geoordeeld tegen de achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen. Het arrest laat zien dat naarmate onderhandelingen zich over een langere periode uitstrekken, het gerechtvaardigd vertrouwen in het tot stand komen van de overeenkomst nog niet recht evenredig hoeft toe te nemen.¹⁶ Het is heel wel mogelijk dat de vertrouwenscurve aanvankelijk een stijgende lijn vormt, doch gaandeweg in neerwaartse richting afbuigt. Men denke aan in het arrest genoemde omstandigheden als het in toenemende mate groeien van reserves ten aanzien van de realiseerbaarheid van het project of het doorwoekeren van tussentijds

14 Vergelijk de in de vorige noot geciteerde rechtsoverwegingen.

15 Vergelijk HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481; BR 1997, p. 695, nt. M.A.B. Chao-Duivis (*De Ruitery/MBO*) en HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 65; BR 1997, p. 701, nt. M.A.B. Chao-Duivis (*Combinatie/Staat*).

16 Zie in dit verband ook Hof 's-Hertogenbosch, 13 augustus 1996, BR 1997, p. 698, nt. M.A.B. Chao-Duivis (*Theunissen/Van Kan-Jongen*).

ontstane conflicten over deelaspecten waardoor het onderhandelingsklimaat als geheel ongunstig wordt beïnvloed.

3 Betekenis fasenindeling voor draaglast

Heeft de in de rechtspraak ontwikkelde fasenindeling die zoëven in hoofdlijn werd geschetst, betekenis voor de draaglast voor de nadelige consequenties van het mislukken van onderhandelingen? Hieronder zal een antwoord op die vraag worden gezocht voor elk van de drie onderscheiden fasen.

3.1 Eerste fase: niet 'niets'

In de door de Hoge Raad impliciet onderscheiden eerste fase zijn partijen ieder vrij desgewenst en zonder financiële consequenties de tussen hen lopende onderhandelingen af te breken. De bepaling van de draaglast voor de inmiddels gemaakte kosten ligt dan eenvoudig: iedere partij draagt haar eigen kosten. Eventuele vergoeding van offertekosten is in dit stadium niet aan de orde.

Met een variant op de hierboven onder 1.2 weergegeven casus wil ik echter aantonen dat de zaak zelfs in de eerste fase niet altijd zo eenvoudig ligt. In deze variant wendt Lucullus zich niet meteen tot een bouwer, doch volgt hij de meer traditionele weg door eerst een architect in te schakelen voor het maken van een ontwerp voor de renovatie van de restaurantkeuken. Op basis van dit ontwerp wordt een onderhandse aanbesteding gehouden waarvoor twee gegadigden worden uitgenodigd: Cuisine en Gaarkeuken. Van beiden blijkt Cuisine te hebben ingeschreven voor de laagste prijs. Lucullus nodigt aansluitend Droomkeuken uit om eveneens op basis van hetzelfde ontwerp een aanbieding te doen. Lucullus informeert Droomkeuken daarbij over de eerdere prijsaanbieding van Cuisine. Droomkeuken offreert, het zal niet verbazen, een lagere prijs en verkrijgt daarvoor de opdracht.

In de geschetste gang van zaken dient zich andermaal, in nog alledaagser vorm, een geval van 'leuren' aan. De precontractuele contacten met Cuisine hebben echter geen hoge graad van verdichting bereikt. Vóór noch na de aanbesteding is met haar overleg gevoerd. Cuisine heeft wel een aanbieding gedaan, doch daar is het verder bij gebleven. Op grond van de mate van gevorderdheid van het onderhandelingsproces kan niet worden waargemaakt dat de tweede fase al zou zijn bereikt. In de denklijn van de Hoge Raad komt echter pas in die fase een mogelijke aanspraak op kostenvergoeding in beeld. Toch is in de geschetste casus iets fundamenteel scheef gegaan.

Cuisine heeft geen faire kans gekregen op het verwerven van de opdracht. Haar prijs is louter gebruikt om een onderbieding uit te lokken. Aldus heeft Lucullus op kosten van Cuisine marktinformatie verkregen, zonder dat Cuisine *daartegenover* een reële kans is geboden haar moeite beloond te zien door het binnenhalen van de opdracht. Hierdoor is geen recht gedaan aan het *quid pro quo*-beginsel. Dat zou in dit verband hebben meegebracht dat Lucullus zich pas tot een derde had mogen wenden, nadat gebleken was dat ondanks redelijk overleg geen overeenstemming kon worden bereikt met Cuisine. Deze schending van het *quid pro quo*-beginsel rechtvaardigt m.i. dat Cuisine ten minste een vergoeding toekomt voor de gemaakte calculatiekosten. Afhankelijk van de mate waarin door de voorbereiding van haar offerte beslag is gelegd op haar acquisitiecapaciteit zou mogelijkerwijs ook reden kunnen bestaan voor een vergoeding voor gederfde winstkansen elders. Op deze wijze zou Cuisine worden gecompenseerd voor wat haar ten onrechte is onthouden: een faire kans op gunning.

Ik hoop hiermee te hebben aangetoond dat reeds in de eerste fase grond kan bestaan de afbrekende partij te belasten met de nadelen die de wederpartij van de breuk ondervindt.

3.2 Tweede fase: gedeelde draaglast

In de tweede fase zijn de onderhandelingen in een zodanig stadium gekomen dat het een partij niet meer vrijstaat de onderhandelingen af te breken zonder de door de wederpartij gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk voor haar rekening te nemen. De onderhandelingen zijn in dit stadium nog niet zover gevorderd dat het afbreken daarvan *zélf* in strijd zou zijn met de eisen van redelijkheid en billijkheid. Naleving van de in het arrest *Baris/Riezenkamp* gegeven grondregel om met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening te houden, brengt echter in deze fase wel mee dat de partij die de onderhandelingen afbreekt, gehouden is zich de belangen van de wederpartij aan te trekken door deze een redelijke kostenvergoeding aan te bieden. Niet het afbreken *zélf* is hier onbehoorlijk, doch dat te doen zonder zich de belangen van de wederpartij op adequate wijze aan te trekken.¹⁷ In dit

17 Volgens verschillende schrijvers klinkt in de wijze waarop de Hoge Raad de onderhavige vergoedingsplicht formuleert een constructie door die eertijds door J. Drion is bedacht in het kader van de onrechtmatige overheidsdaad. In mijn bijdrage aan de Schoordijkbundel, t.a.p. (noot 11), p. 16-17 heb ik de geschiktheid van deze constructie als bron voor de onderhavige vergoedingsplicht betwist en als alternatief de eisen van redelijkheid en billijkheid voorgesteld.

stadium gekomen staat het partijen nog slechts *voorwaardelijk* vrij de onderhandelingen te verbreken.

Het gaat hier dus om situaties waarin het afbreken der onderhandelingen genoegzaam wordt gerechtvaardigd door de omstandigheden van het geval. Daarvan is bijvoorbeeld sprake als partijen op reële basis hebben uitonderhandeld, doch desondanks geen overeenstemming hebben kunnen bereiken. Een ander voorbeeld is dat het doel dat werd beoogd met de overeenkomst waarover onderhandeld werd, inmiddels door gewijzigde omstandigheden onbereikbaar of zinledig is geworden. Mogelijk is ook dat een project waarin reeds veel tijd en moeite is geïnvesteerd, alsnog wordt afgeblazen, omdat doorvoering ervan onverwachte weerstand blijkt op te roepen bij de bevolking en de afbrekende partij daarvoor het hoofd wil buigen.¹⁸ In dergelijke gevallen zou, ondanks de gerechtvaardigdheid van het afbreken, niettemin een gehoudenheid kunnen bestaan de wederpartij daarbij een redelijke kostenvergoeding aan te bieden. Dat roept natuurlijk de vraag op wanneer daarvoor reden bestaat.

Voor de beantwoording van die vraag zou ik onderscheid willen maken tussen enerzijds kosten direct gemaakt ter voorbereiding van de *prijsaanbieding* (in het bijzonder calculatiekosten) en anderzijds kosten reeds gemaakt ter voorbereiding of uitvoering van de beoogde overeenkomst zelf.¹⁹ Eerstgenoemde kosten zijn *zuivere acquisitiekosten*. Zij behoren in principe tot het normale bedrijfsrisico van partijen aan de *aanbodzijde*. Het lijkt mij dan ook redelijk zulke offertekosten in het onderhavige stadium, waarin het afbreken der onderhandelingen op zichzelf niet als onbehoorlijk kan worden bestempeld, voor rekening te laten van de aanbiedende partij. Met de kosten uit de tweede categorie ligt dat anders. Deze strekken tot voorbereiding of uitvoering van de verlangde prestatie zelf, en behoren daarom in beginsel te worden gedragen door de partij aan de *vraagzijde*. Als de onderhandelingen slagen, zullen deze kosten haar ongetwijfeld ook, door verdiscontering in de aanbiedingsprijs, in rekening worden gebracht. Worden de onderhandelingen evenwel verbroken, dan gaat voor de aanbiedende partij de mogelijkheid verloren deze kosten te kunnen terugverdienen. Het resultaat daarvan zou zijn, dat de vragende partij de

18 Zie voor een voorbeeld van een dergelijke situatie Rb. Zwolle, 12 februari 1997, NJ 1997, 497 (Expo/Gemeente).

19 Ik propageerde deze onderscheiding eerder in mijn bijdrage aan de Schoordijkbundel, t.a.p. (noot 11), p. 18 e.v. Ik werd daarbij geïnspireerd door een analoge onderscheiding bij B.W.M. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, diss. KU Brabant, Tilburg, 1991, p. 133-134. Zie over deze onderscheiding voorts M.A.B. Chao-Duivis, *Vrijheid en aansprakelijkheid van (pre)contractuele partijen*, BR 1994, p. 576 en H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, diss. VU Amsterdam 1992, nr. 310.

waarde van de voorbereidende of uitvoerende werkzaamheden zo maar in de schoot valt, zonder dat daar enig offer van haar kant tegenover staat. In dat geval zou sprake zijn van een vermogensverschuiving *sine causa*.²⁰ Het *quid pro quo*-beginsel rechtvaardigt hier de partij die zulk een *onbalans* teweegbrengt, gehouden te achten het verstoorde evenwicht te herstellen door het aanbieden van een redelijke kostenvergoeding. In wat voor gevallen zo'n vergoedingsplicht geïndiceerd kan zijn, wil ik hieronder demonstreren aan de hand van enkele modulaties van de in 2.1 en 3.1 beschreven casusposities. Uit beide verwijder ik daartoe het element van 'leuren'. Ik ga nu uit van de situatie dat Lucullus zich pas tot een andere gegadigde wendt, nadat gebleken is dat ondanks redelijk gevoerde onderhandelingen met Cuisine toch geen prijsovereenstemming kan worden bereikt.

In geen van beide varianten bestaat dan grond voor enige gehoudenheid van Lucullus tot het vergoeden van de door Cuisine gemaakte calculatiekosten. Zij heeft immers tegenover haar calculatie-arbeid een faire kans gekregen op het verwerven van de opdracht. Aan het *quid pro quo*-beginsel is daarmee recht gedaan. Dat calculatiekosten ook bij een eerlijke competitie onbeloond kunnen blijven, hoort typisch tot het risico van een partij aan de aanbodzijde.

In de in 2.1 beschreven situatie heeft Cuisine echter veel meer moeten doen dan het louter calculeren van het werk. Anders dan in het in 3.1 geschetste geval, heeft Lucullus hier niet het traditionele spoor gevolgd waarbij de initiatiefnemer tot de bouw op eigen kosten deskundigen (architect, adviserend ingenieur) inschakelt om zijn vraag in bouwkundige termen te specificeren. Om een reële prijsaanbieding voor de beoogde verbouwingen te kunnen doen, heeft Cuisine daarin zelf moeten voorzien. Zij heeft daartoe werkzaamheden verricht die al strekken ter voorbereiding van de beoogde prestatie, het verbouwen van de keuken, als zodanig. Ik denk hierbij aan de studies naar de logistieke processen in de restaurantkeuken en naar de aard en capaciteit van de benodigde apparatuur, alsmede aan het concretiseren van de uitkomsten hiervan in een inrichtingsplan voor de keuken. Nu Cuisine de opdracht voor de verbouwing niet heeft kunnen verwerven, ontbeert zij de mogelijkheid deze kosten af te kunnen dekken op de bedongen tegenprestatie. Tegenover dit verlies aan de kant van Cuisine staat echter winst aan de zijde van Lucullus. Deze heeft immers,

20 Zie in dit verband de stelling van H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuw burgerlijk wetboek*, Deventer 1979, p. 452, dat alle vermogensrechtelijk denken een denken is in termen van gegronde en ongegronde verrijking. Vergelijk ook de stelling van Nieuwenhuis, a.w. (noot 7), p. 72 dat vermogensverschuivingen 'gegrond' dienen te zijn.

dankzij de voorbereidende studies van Cuisine, de beschikking gekregen over waardevolle informatie. Daarmee kan hij bij verdere onderhandelingen met een volgende gegadigde, zijn voordeel doen. Alleen al door over die informatie te beschikken, zal de volgende gegadigde een lagere prijs kunnen berekenen dan die waarop Cuisine uitkwam. Hierdoor doet zich de zoëven bedoelde onbalans voor. Het *quid pro quo*-beginsel rechtvaardigt mijns inziens in dit geval dat Lucullus het verstoorde evenwicht herstelt door tegenover het hem opgekomen voordeel een redelijke vergoeding te stellen ten gunste van Cuisine.

Met een tweede modulatie wil ik ook een voorbeeld geven van de mogelijkheid dat tijdens de onderhandelingen zelfs al met de uitvoering wordt begonnen. Stel dat enerzijds Lucullus nogal haast heeft met de voorgenomen verbouwing en anderzijds Cuisine erg om werk verlegen zit. In die context is denkbaar dat Cuisine, met instemming van Lucullus en vooruitlopende op de feitelijke gunning, alvast een begin maakt met de uitvoering, bijvoorbeeld door het verrichten van hak- en breekwerk dat in ieder geval moet worden uitgevoerd alvorens met de verdere afbouw kan worden gestart. Als dan vervolgens toch geen overeenstemming wordt bereikt, dreigt andermaal een onbalans. Lucullus zou dan bij het afbreken der onderhandelingen *zonder tegenbaat* de waarde verwerven van een met zijn instemming en te zijnen behoefte verrichte prestatie. Ook hier zou ik echter willen verdedigen dat Lucullus door het aanbieden van een redelijke vergoeding aan Cuisine voor het verrichte hak- en breekwerk, het verstoorde evenwicht zou dienen te herstellen.²¹

3.3 *Derde fase: 'alles'-stelsel*

In de derde fase zijn de onderhandelingen zover gevorderd dat het afbreken daarvan in strijd zou zijn met de eisen van redelijkheid en billijkheid en derhalve niet meer vrijstaat. In 2.2 werd geconstateerd dat dit stadium wordt bereikt als het afbreken van onderhandelingen op grond van het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar is.

Daarmee wordt voor het intreden van de derde fase een zwaar criterium gegeven. Zo zal men toch al wel in het voorportaal van het contractstadium

21 Deze denklĳn spoort niet met HR 18 april 1969, NJ 1969, 336, nt. GJS (Katwijk/Westdĳk). Zie voor een bestrijding van dit arrest mijn bijdrage aan de Schoordĳkbundel, t.a.p. (noot 11), p. 19-20.

moeten zijn aanbeland, vooraleer een partij gerechtvaardigd zal mogen vertrouwen in het tot stand komen van de overeenkomst. Maar zelfs als dat vertrouwen op zich gerechtvaardigd zou zijn, is desondanks mogelijk dat het afbreken der onderhandelingen, rekening houdende met de gerechtvaardigde belangen van de afbrekende partij, toch niet als *onaanvaardbaar* behoeft te worden beoordeeld.²² Men denke bijvoorbeeld aan de omstandigheid dat in het eindstadium der onderhandelingen het contractdoel ten gevolge van onvoorziene gewijzigde omstandigheden onbereikbaar of zinledig is geworden. Voorts hoeft het vertrouwen in het welslagen van de onderhandelingen niet recht evenredig te groeien met de toename van de duur der onderhandelingen.²³ Het kan heel wel zijn dat de aanvankelijk klimmende vertrouwenscurve, onder invloed van tussentijds opgekomen fricties allengs in neerwaartse richting is gaan dalen. Zeer onduidelijk is tenslotte welke 'andere omstandigheden' dan gerechtvaardigd vertrouwen relevant kunnen zijn voor het bepalen van het moment waarop het afbreken onaanvaardbaar wordt.²⁴

Als echter deze forse drempel overschreden wordt, zijn de consequenties evenzeer zwaar te noemen. Anders dan in de tweede fase waarin sprake kan zijn van een gehoudenheid tot kostenvergoeding bij een op zich niet onbehoorlijk handelen, verschijnt in de derde fase een verplichting tot vergoeding van *schade* wegens onbehoorlijk handelen in het beeld. Door dit veranderde perspectief raakt de gedachte aan een gedeelde draaglast uit het zicht. Ik zie althans geen reden een partij wier handelen getoetst aan de eisen van redelijkheid en billijkheid als onaanvaardbaar moet worden bestempeld, niet vol te belasten met de door haar handelen veroorzaakte schade. Voor wat betreft de derde fase kom ik dus voor de nadelige consequenties van het mislukken van onderhandelingen uit op een 'alles'-stelsel: de afbrekende partij dient alle schade voor haar rekening te nemen.

De te vergoeden schade bestaat in de eerste plaats uit de door de wederpartij in het kader van de onderhandelingen gemaakte kosten. Naast de in de afgebroken fase gemaakte kosten komen ook de in eerdere fasen gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking.²⁵ Anders dan ik heb verdedigd voor de tweede fase, zie ik geen reden de zuivere offertekosten van de vergoedingsplicht uit te sluiten. Ook van deze kosten geldt dat door het onterechte afbreken der onderhandelingen aan de wederpartij een reële

22 Vergelijk het arrest *De Ruiterij/MBO* besproken in 2.2.

23 Vergelijk het arrest *Combinatie/Staat* besproken in 2.2.

24 Zie daarover nader mijn bijdrage aan de Schoordijkbundel, t.a.p. (noot 11), p. 24-26.

25 Vergelijk het arrest *Plas/Valburg*, geciteerd in noot 11, r.o. 3.5.

kans is onthouden deze kosten door het verwerven van de opdracht te kunnen afdekken. Boven de plicht tot kostenvergoeding kan er bij een afbreken van de onderhandelingen in dit stadium ook nog plaats zijn voor een vergoeding van gederfde winst.²⁶ Dit opent de mogelijkheid van een vergoeding van het *positief belang* dat de wederpartij had bij het welslagen van de ten onrechte afgebroken onderhandelingen.²⁷ Daarvoor is slechts vereist dat *aannemelijk* is dat bij voortzetting van de onderhandelingen enige overeenkomst tot stand zou zijn gekomen.²⁸ Hierdoor wordt geen al te hoge eis gesteld aan het bewijs van het causaal verband tussen het afbreken en de schade.²⁹

De mogelijke aanspraken op vergoeding van gemaakte kosten en gederfde winst vormen een belangrijke bescherming tegen ontijdig afbreken van onderhandelingen. Toch zal menige partij in plaats van compensatie te ontvangen voor onterecht afgebroken onderhandelingen, liever zien dat die onderhandelingen uiteindelijk zullen slagen. Voor veel marktpartijen is het namelijk van wezensbelang continuïteit te houden in de orderportefeuille.³⁰ Tegen die achtergrond rijst de vraag of niet tevens zou kunnen worden gesteld dat zolang het in strijd zou zijn met de eisen van redelijkheid en billijkheid om onderhandelingen af te breken, *dooronderhandelen* een *plicht* is waarvan zo nodig nakoming kan worden gevorderd. Hoewel de Hoge Raad zich in de besproken arresten niet met zoveel woorden over de vraag heeft uitgelaten, ligt in de daarin gevolgde denklijn een bevestigend antwoord wel in de rede. Deze consequentie wordt ook algemeen in literatuur en (lagere) rechtspraak getrokken.³¹

26 *Idem* r.o. 3.4.

27 Volgens Hof 's-Hertogenbosch, 4 september 1996, NJ 1997, 364, (OBM/Maral), behoort tot het te vergoeden positief belang ook de opslag op de directe kosten voor algemene kosten voor zover die redelijkerwijs ten laste van het werk zouden zijn gebracht, ware het werk doorgegaan.

28 Vergelijk het arrest *VSH/Shell*, geciteerd in noot 12, r.o. 3.2.

29 Zie over dit aspect Asser-Hartkamp II (1997) nr. 163.

30 Zie over het belang van dit aspect voor de bouw mijn Leidse oratie, a.w. (noot 8) p. 4-5.

31 Zie voor een uitgebreid overzicht van literatuur en jurisprudentie hieromtrent losbl. Verbintenissenrecht I art. 217-227 I (Blei Weissmann), aant. 86.3 respectievelijk 86.4.

4 Plas-Valburg en Europa

Keren wij terug naar Genesis. De respectievelijk in Engeland en Nederland gegeven antwoorden op de vraag of onderhandelende partijen mede elkaars 'hoeder' dienen te zijn, bleken diametraal tegenovergesteld te luiden. Zij vormen tevens twee uitersten op de juridische landkaart van Europa. De meeste Europese rechtsstelsels (alsmede de UNIDROIT Principles) opteren namelijk voor een tussenpositie: de partij die bij haar wederpartij het *vertrouwen* heeft gewekt dat een overeenkomst tot stand zou komen, doch niettemin *zonder goede reden* de onderhandelingen afbreekt, dient haar wederpartij het *negatief belang* te vergoeden dat deze daarbij heeft.³²

Het Nederlandse stelsel wijkt daar in verschillende opzichten van af. In de eerste plaats kan hierin reeds sprake zijn van een gehoudenheid tot het vergoeden van kosten vóórdat de wederpartij mocht vertrouwen op het tot stand komen van de overeenkomst. Dit is de situatie die zich voordoet in de hierboven beschreven tweede fase. Juist daarvoor propageerde ik de figuur van de gedeelde draaglast voor de vergeefs gemaakte kosten. De exportkansen van deze gedachte lijken dus niet erg gunstig. De vooralsnog afwezige Europese steun voor het reeds in dit stadium aanvaarden van een eventuele gehoudenheid tot kostenvergoeding, behoeft evenwel nog niet onmiddellijk te leiden tot de conclusie dat deze mogelijkheid maar beter kan worden geofferd op het altaar van een eenvormig Europees privaatrecht. Zoals in 3.2 werd gesteld kan deze vergoedingsplicht worden gestoeld op een fundamenteel beginsel van privaatrecht: *quid pro quo*. Dit beginsel nu stamt regelrecht van het Romeinse recht, het Europese *ius commune* avant la lettre!

Andere verschillen hangen samen met de erkenning in het Nederlandse stelsel dat de onderhandelingen in een stadium kunnen geraken waarin het niet langer vrijstaat deze af te breken. Die situatie is aan de orde in de hierboven beschreven derde fase. Worden de onderhandelingen desondanks afgebroken, dan kan zulks worden gesanctioneerd met een verplichting tot vergoeding van het *positief belang* en zelfs met een *plicht tot dooronderhandelen*. Ook deze beide afwijkingen van de Europese lijn zou ik niet voetstoots willen opofferen ten gunste van een eenvormig privaatrecht. In de eerste plaats acht ik een vergoeding van het positief belang een zuiverder sanctie op het in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid afbreken

32 Zie hieromtrent nader de uitvoering gedocumenteerde analyse van M.W. Hesselink, *De schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het licht van het Europese privaatrecht (I en II)*, WPNR 6248 en 6249 (1996), p. 879-883 en p. 906-910.

van onderhandelingen dan vergoeding van slechts het negatief belang. Wel bestaat in die situatie nog geen volstrekte zekerheid dat de beoogde overeenkomst bij voortzetting van de onderhandelingen ook werkelijk tot stand zal komen. Zoals de onder 2.2 besproken arresten *De Ruiterij/MBO* en *Combinatie/Staat* laten zien, blijft het immers ook bij voortzetting van de onderhandelingen mogelijk dat er een moment aanbreekt waarop het niet langer meer strijdt met de eisen van redelijkheid en billijkheid om de onderhandelingen af te breken.³³ Zolang echter het afbreken van onderhandelingen onder de omstandigheden van het geval wél confligeert met redelijkheid en billijkheid, bestaat er een alleszins reële kans dat de onderhandelingen zullen resulteren in een overeenkomst. Als in die context de onderhandelingen worden afgebroken, wordt de wederpartij onterecht de kans ontnomen de met die overeenkomst te behalen winst te realiseren. Compensatie daarvoor lijkt mij dan de meest adequate vorm van schadevergoeding.³⁴

Meer nog hecht ik echter aan de tweede remedie tegen onterecht afbreken, de plicht tot dooronderhandelen. Naarmate de onderhandelingen voortschrijden krijgt de aanbiedende partij er namelijk steeds meer belang bij dat het beslag op zijn acquisitiecapaciteit uiteindelijk zal renderen door het welslagen van de onderhandelingen. Het vangnet van een mogelijke aanspraak op alleen het negatief belang hierbij kan dan een inadequate bescherming bieden tegen het ontijdig afbreken der onderhandelingen. Met name het in 3.3 besproken belang van continuïteit in de orderportefeuille kan allengs zwaar gaan wegen. In een bedrijfssector als de bouw is het bijvoorbeeld geenszins ongebruikelijk dat de behoefte om 'werk bij werk' te houden een belangrijker drijfveer vormt om naar een bepaalde opdracht te dingen dan de op het werk te behalen winst. Niet zelden wordt daartoe ingeschreven met een marginale winstmarge of zelfs geheel zonder winst. In zo'n situatie is een dooronderhandelingsplicht een uiterst effectieve remedie tegen een ontijdig afbreken der onderhandelingen. De frequentie waarmee vorderingen tot dooronderhandelingen worden ingesteld, wijst er ook op dat aan dit middel maatschappelijk behoefte bestaat.³⁵

Tenslotte zij er op gewezen dat reeds van de erkenning van beide besproken remedies een heilzame *preventieve* werking uitgaat tegen overijld

33 Tegen deze achtergrond lijkt mij de mening van Hesselink, t.a.p. (noot 32), p. 809) dat de in *Plas/Valburg* voor de derde fase gegeven regel zou leiden tot contractsdwang, niet juist.

34 In die zin ook Pels Rijcken in zijn noot onder het arrest *Plas/Valburg*, BR 1983, p. 405.

35 Zie voor een uitgebreid overzicht van de jurisprudentie hieromtrent Blei Weissmann, a.w. (noot 31), aantek. 86.4.

afbreken van onderhandelingen. Die omstandigheid draagt op haar beurt weer bij aan het binnen de perken houden van de aan contractvorming verbonden transactiekosten. Dat acht ik macro-economisch gezien een niet te versmaden voordeel. Al met al durf ik met de *Plas/Valburg*-doctrine Europa wel in.

Toerekening van ‘eigen schuld’ in het contractenrecht

1 Inleiding

Het leerstuk van ‘eigen schuld’ vinden we terug in afdeling 10 van boek 6 BW, waar de wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding zijn geregeld. De plaats van het artikel brengt met zich mee dat het leerstuk in beginsel niet alleen kan worden toegepast bij onrechtmatige daad, maar dat het tevens relevant kan zijn voor de schadevergoedingsverplichting wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst. Uit de dogmatiek komt echter het beeld naar voren als zou aan het leerstuk van ‘eigen schuld’ slechts betekenis moeten worden toegekend in situaties waarin partijen in een buitencontractuele verhouding tot elkaar staan. Aan een analyse van de toerekening van ‘eigen schuld’ binnen het contractenrecht wordt dikwijls niet meer toegekomen.¹ Wellicht hangt een en ander samen met het schaarse aanbod van rechtspraak. In zijn conclusie onder het arrest *Ove Skou/De Jonge*² schrijft Langemeijer dat:

‘(...) dit terrein wetenschappelijk nog zo weinig is ontgonnen en bovendien zo uiteenlopende situaties omvat, dat men niet licht de gerustheid zal mogen hebben, dat een theorie, die in haar algemeenheid overtuigend schijnt, voor een concreet geval een juiste opvatting zal aan de hand doen.’

Deze constatering lijkt bijna 35 jaar later nog altijd als juist te moeten worden beschouwd. De omstandigheid dat in de rechtspraak weinig voorbeelden zijn te vinden van de toerekening van eigen schuld binnen het contractenrecht, zou wellicht tot de conclusie moeten leiden dat de rechtspraktijk binnen het contractenrecht geen behoefte aan het leerstuk heeft. Niet uitgesloten is echter dat toepassing van ‘eigen schuld’ binnen het contractenrecht onverwachte mogelijkheden in zich bergt die tot nog

* Christian Jansen is als postdoc verbonden aan het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht, Schoordijk Instituut, KU Brabant.

1 Zie de kritiek van A.R. Bloembergen in RMTh 1987, p. 250, in diens bespreking van A.J.O. Van Wassenauer van Catwijk, *Eigen schuld en medeschuld volgens BW en NBW*, Zwolle 1985. Bloembergen lijkt overigens dezelfde kritiek te moeten incasseren van Spier, zie Mon. Nieuw BW B-36 (Spier), nr. 1.

2 HR 2 februari 1962, NJ 1964, 329, nt. HB.

toe onderbelicht zijn gebleven, als gevolg waarvan de rechtspraktijk het leerstuk als het ware nog niet heeft 'ontdekt'. In dit verband moet worden opgemerkt dat in andere rechtsculturen regelmatig leerstukken vergelijkbaar met 'eigen schuld' worden toegepast binnen het contractenrecht.³ Interessant is dan dat toepassing van die leerstukken tot een vermindering van schadevergoedingsplichten kan leiden. In het kader van de centrale thematiek van deze bundel rijst vervolgens de vraag of, en zo ja, in welke gevallen, met het leerstuk van toerekening van 'eigen schuld' in het contractenrecht aan 'alles of niets'-oplossingen kan worden ontkomen.

In het navolgende zal ik op de voorgaande vraag ingaan, zonder ook maar de geringste illusie te hebben een theorie aan de hand te doen die, in de woorden van Langemeijer, 'in haar algemeenheid overtuigend zal schijnen'. Zoals zal blijken, roept mijn poging tot beantwoording van de gestelde vraag weer andere vragen op, welke een diepgaander onderzoek vergen dan ik in het kader van deze bijdrage heb kunnen verrichten.

2 Contract als proces van elkaar opvolgende keuzes en beslissingen

2.1 *Gemeenschappelijke doelverwezenlijking*

Overeenkomsten worden over het algemeen gesloten tussen partijen die elk afzonderlijk uit zijn op de verwezenlijking van bepaalde, persoonlijke doelstellingen. Daartoe wenden zij zich tot elkaar, omdat een bundeling van hun individuele inspanningen tot deze doelverwezenlijking kan leiden.⁴ In de overeenkomst die tussen partijen wordt gesloten, vindt vervolgens

3 Daarmee overigens niet gezegd hebbende dat die leerstukken identiek zijn aan het in art. 6:101 lid 1 BW bepaalde. Zie het Duitse leerstuk van 'mitwirkendes Verschulden' in de zin van § 254 I BGB, het Franse leerstuk van 'faute de la victime' dat onderdeel uitmaakt van het meeromvattende leerstuk van 'cause étrangère' in de zin van art. 1147 C. civ., alsmede het Engelse leerstuk van 'contributory negligence'. Vooral in Engeland staat het leerstuk binnen het contractenrecht in de belangstelling. Op 6 december 1993 publiceerde de Engelse Law Commission haar rapport *Contributory negligence as a defence in contract*, Law Com. No. 219, HMSO, London 1993. In dit rapport worden aanbevelingen gedaan die uitmonden in de door de Law Commission opgestelde Draft Contributory Negligence Bill, zie Law Com. No. 219, a.w. p. 54. Het wetsvoorstel zou een aanvulling betekenen op de Law Reform (Contributory Negligence) 1945 Act, die oorspronkelijk bedoeld was voor toepassing van 'contributory negligence' in het 'tort'-recht maar waarvan de werkingssfeer langzamerhand naar het contractenrecht is uitgebreid. Een belangrijke rechterlijke beslissing die in dit verband kan worden genoemd is *Forsikringsaktieselskapet Vesta v. Butcher* [1986] 2 All E.R. 488 at 508, [1989] A.C. 852 (CA), bevestigd in [1989] A.C. 880 (HL).

4 Zie hierover bijvoorbeeld Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1989, no. 85.

een vervlechting van genoemde persoonlijke doelstellingen plaats: uit de overeenkomst kan worden afgeleid hoe partijen zich in het kader van de verwezenlijking van die doelstellingen jegens elkaar zullen gaan gedragen. Rechtens relevante problemen treden op, wanneer de aan de overeenkomst ten grondslag liggende doelen niet worden gerealiseerd.

In dat verband kunnen de volgende twee hoofdproblemen onderscheiden worden. In de eerste plaats zijn er de gevallen waarin het proces van doelverwezenlijking een ongewenste stagnatie ondervindt. Deze categorie zal ik als 'tijdsproblemen' aanduiden. De tweede groep van gevallen wordt gekenmerkt door de omstandigheid dat het proces van doelverwezenlijking weliswaar voortgang kan vinden, doch de uiteindelijke kwaliteit van het gerealiseerde doel niet beantwoordt aan hetgeen een van beide partijen daarvan verwachtte. In het navolgende worden deze gevallen met de term 'kwaliteitsproblemen' aangeduid. Van belang is nu om te zien hoe het verbintenissenrecht opereert, wanneer het ontstaan van problemen rechtstreeks verband houdt met gedragingen van *beide* partijen.⁵

2.2 Samenhang tussen partijgedragingen en doelverwezenlijking

Overeenkomsten zijn wederkerig, indien elk van beide partijen een verbintenis op zich neemt ter verkrijging van de prestatie waartoe de wederpartij zich daartegenover jegens haar verbindt.⁶ Van beide partijen wordt verwacht dat zij in het kader van de contractuele doelverwezenlijking iets 'doen' of 'nalaten'.

Echter, bij tal van overeenkomsten — zoals bijvoorbeeld koopovereenkomsten — zullen de contractuele gedragingen van één van beide partijen vaak weinig meer omvatten dan het betalen van een geldsom aan de wederpartij. Naast het verrichten van die betaling zal de debiteur van de betalingsverbintenis — de koper — vaak ook de door diens wederpartij geleverde prestatie — de verkoper — in ontvangst moeten nemen. Daar blijft het dan vaak bij: de meeste activiteiten die gericht zijn op de uitvoering van koopovereenkomsten zullen door de verkoper worden verricht. Uit de aard van dergelijke overeenkomsten vloeit dan voort dat er binnen het raamwerk van het contract slechts een beperkte ruimte lijkt te zijn voor gedragingen van de koper die de doelverwezenlijking zouden kunnen verstoren. De feitelijke uitvoering van de overeenkomst, het *maken van*

5 Daarbij zal ik mij beperken tot problemen inzake de *uitvoering* van de overeenkomst. De *totstandkoming* van de overeenkomst zal derhalve buiten beschouwing blijven.

6 Art. 6:261 BW.

keuzes die gericht zijn op de uiteindelijke doelverwezenlijking, ligt grotendeels in handen van de verkoper.

Geheel anders ligt dat vervolgens bij overeenkomsten, waarbij de ene partij zich buiten dienstbetrekking verplicht om — tegen betaling door diens wederpartij — een bepaalde materiële of intellectuele prestatie te leveren, niet bestaande uit de verkoop van een goed. Bij dergelijke overeenkomsten weet de debiteur van die materiële of intellectuele prestatie zich vaak in een zekere afhankelijke positie ten opzichte van de crediteur geplaatst, in die zin dat hij slechts tot nakoming van diens eigen verbintenissen in staat is wanneer hij daartoe de noodzakelijke medewerking verkrijgt van de crediteur. Dit lijkt met name het geval te zijn bij tal van ‘dienstencontracten’, die hetzij als overeenkomsten van aanneming van werk hetzij als overeenkomsten van opdracht kunnen worden gekwalificeerd.⁷ Van de opdrachtgever⁸ wordt verwacht dat deze de noodzakelijke voorinformatie aan de aannemer of opdrachtnemer verschaft, die deze laatste nodig heeft om te kunnen bepalen hoe hij de op hem rustende verbintenissen zal nakomen. Voorts zal de aannemer of opdrachtnemer dikwijls niet kunnen presteren zonder dat de opdrachtgever bepaalde feitelijke handelingen verricht ter ondersteuning van diens wederpartij. Anders dan de koper bij koopovereenkomsten lijkt de opdrachtgever hier een veel grotere invloed op de contractuele doelverwezenlijking te kunnen uitoefenen. Voor hem is namelijk een zekere rol weggelegd bij de uitvoering van de overeenkomst. Niet alleen de aannemer of opdrachtnemer, doch ook de opdrachtgever zal binnen het raamwerk van de overeenkomst *keuzes maken* die gericht zijn op de contractuele doelverwezenlijking.

Tenslotte zijn er overeenkomsten — en dit kunnen overigens zowel koopovereenkomsten als overeenkomsten van aanneming van werk en opdracht zijn — waarbij de ene partij — bijvoorbeeld de koper of de

7 Art. 7A:1640 e.v. BW respectievelijk 7:400 e.v. BW. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan contracten met bouwaannemers, architecten, ingenieurs, ontwerp bureaus, automatiseringsbedrijven, reorganisatiebedrijven, onderzoeksbureaus, banken, accountants, advocaten, medici, alsmede verschillende soorten adviseurs. Het maken van een onderscheid tussen ‘aanneming van werk’ en ‘opdracht’ doet theoretisch aan. Veel pragmatischer lijkt het Franse recht te zijn, waar het ‘contrat du louage d’ouvrage’ — ook wel ‘contrat d’entreprise’ genaamd — de overkoepelende rechtsfiguur is voor alle contracten die hetzij het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, hetzij het leveren van een intellectuele prestatie door de ‘entrepreneur’ betreffen. Dergelijke overeenkomsten worden ook wel aangeduid met de term ‘prestation de services’, vergelijk J. Huet, *Traité de droit civil — Les principaux contrats spéciaux*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1996, no. 32104.

8 De term ‘opdrachtgever’ zal naar komend recht niet alleen voor de overeenkomst van opdracht maar ook voor de overeenkomst van aanneming van werk gelden, vergelijk art. 7:12.1 lid 1 (ontwerp) BW, *Kamerstukken II* 1992/93, 23095, nrs. 1-2.

opdrachtgever — voor zichzelf de mogelijkheid heeft gecreëerd om tijdens de uitvoering van de overeenkomst de *keuzes* die door diens wederpartij worden gemaakt in meer of mindere mate te controleren. Ook *déze* gedragingen, het controleren van de *keuzes* van de ander, kunnen van invloed zijn op de contractuele doelverwezenlijking, bijvoorbeeld wanneer zij er toe leiden dat het gebrekkige presteren van de verkoper, aannemer of opdrachtnemer door de koper of opdrachtgever over het hoofd wordt gezien.

Gelet op het voorgaande zou de nakoming van een overeenkomst vanuit een abstract oogpunt kunnen worden beschouwd als een proces, waarin *beide* partijen in meer of mindere mate *keuzes* maken en *beslissingen* nemen die gericht zijn op de verwezenlijking van het doel dat zij voor ogen hebben. Bij het maken van *keuzes* kan een partij vervolgens in meer of mindere mate afhankelijk zijn van het maken van *keuzes* door diens wederpartij. Tenslotte kan het nog zo zijn dat partijen gedurende het geschetste keuzeproces in meer of mindere mate inzicht kunnen verkrijgen in de invloed die wederzijdse *keuzes* en *beslissingen* zullen uitoefenen op de uiteindelijke doelverwezenlijking.⁹

Uitgaande van situaties waarin kwaliteits- en tijdsproblemen ontstaan als gevolg van de door partijen gemaakte *keuzes* of *beoordelingen* van die *keuzes*, kan vervolgens een aantal casusposities worden geschetst waarin mogelijk een rol is weggelegd voor de toepassing van het leerstuk van 'eigen schuld' in de zin van art. 6:101 lid 1 BW.

2.3 *Casus (1) — Debiteur van materiële of intellectuele prestatie maakt een onjuiste keuze*

Casus (1) bevat op zichzelf geen elementen die raakvlakken vertonen met het leerstuk van 'eigen schuld'. Slechts de gedraging van de debiteur van de materiële of intellectuele prestatie heeft geleid tot het ontstaan van een rechtens relevant kwaliteits- en/of tijdsprobleem. Verondersteld dat deze gedraging de toerekenbare tekortkoming van een verbintenis uit de overeenkomst impliceert, kan de debiteur aansprakelijk worden gehouden

9 De veronderstelling dat de uitvoering van een overeenkomst als een proces van *keuzes* van partijen kan worden beschouwd waarbij een *wederzijdse beoordeling* van die over en weer gemaakte *keuzes* kan plaatsvinden, heb ik nader uitgewerkt voor traditionele en moderne bouwcontracten, zie mijn Grondbeginselen van moderne bouwcontractvormen, in: M.A.M.C. van den Berg en C.E.C. Jansen (red.), *De ontwerpende bouw: over turnkey- en design & build-contracten*, Deventer 1996, p. 20. e.v.

op basis van art. 6:74 BW. Vanuit een feitelijk en een juridisch oogpunt vormt deze casus echter het vertrekpunt voor de interessante casus (2).

2.4 *Casus (2) — Debiteur van materiële of intellectuele prestatie maakt een onjuiste keuze die door de crediteur over het hoofd wordt gezien*

In deze casus blijft de onjuiste keuze van de debiteur van de materiële of intellectuele prestatie als *primaire* oorzaak ten grondslag liggen aan het ontstaan van het probleem, doch thans wordt verondersteld dat een *secundaire oorzaak* aan de zijde van de crediteur daaraan heeft bijgedragen. De crediteur was in staat de debiteur bij de uitvoering van de overeenkomst te controleren. Ondanks die controlemogelijkheid heeft de crediteur de onjuiste keuze van de debiteur laten passeren.¹⁰ Beide gedragingen gezamenlijk leiden tot het ontstaan van kwaliteits- en/of tijdsproblemen. In *theorie* zou de juridische analyse van deze casus als volgt kunnen verlopen. Gesteld dat de secundaire oorzaak zou worden meegewogen op het niveau waarop de *aansprakelijkheid* van de debiteur van de materiële of intellectuele prestatie wordt vastgesteld, dan zou de uitkomst van *die* weging slechts in termen van 'alles of niets' kunnen uitvallen. Immers, er zal dan moeten worden uitgemaakt of de omstandigheid dat de crediteur de onjuiste keuze van de debiteur heeft laten passeren, met zich brengt dat die tekortkoming van de laatste al dan niet aan hem kan worden toegerekend. Blijkt voor een zodanige toerekening in het gegeven geval geen ruimte te zijn, dan is daarmee de kous af. Kan echter worden vastgesteld dat de gedraging van de crediteur niet aan vaststelling van aansprakelijkheid van de debiteur in de weg staat, dan is de laatste in beginsel ook voor 100% aansprakelijk. Echter, wanneer men vervolgens op het niveau van de vaststelling van de omvang van de *schadevergoedingsverplichting* van de aansprakelijke debiteur is aanbeland, zou de gedraging van de crediteur

10 Met name in het bouwcontractenrecht vormt deze problematiek een heet hangijzer. Vergelijk M.A.M.C. van den Berg, *Samenwerkingsvormen in de bouw*, diss. KU Brabant, Tilburg 1990, nrs. 112-117, 135-137 en 441, en dezelfde, *Ondanks nauwlettend toezicht*, inaugurele rede KU Brabant, Tilburg 1993; zie ook de bespreking van deze rede door J.M. Rozemond, RMTh 1994, p. 240 en dezelfde, *De gevolgen van het tekortschieten in de uitoefening van het toezicht in de verhouding opdrachtgever-aannemer*, BR 1995, 186. Vergelijk voorts C.E.C. Jansen, *Enige rechtsvergelijkende opmerkingen over de toerekening van falend architectentoezicht aan de opdrachtgever in geval van samenloop met uitvoeringsfouten tijdens de aannemer*, BR 1994, p. 825. Zie ook de annotatie van L.C. Makkinga onder de uitspraken RvA 10 februari 1995, No. 70.091, BR 1997, p. 519, RvA 19 april 1996, No. 18.051, BR 1997, p. 522, RvA 18 juli 1996, No. 18.018, BR 1997, p. 525. Vergelijk ook de door de Engelse Law Commission genoemde voorbeelden buiten het bouwcontractenrecht, Law Com. No. 219, a.w. (noot 3), para. 4.11 e.v., p. 31 e.v.

wellicht kunnen worden meegewogen binnen het kader van de toepassing van art. 6:101 lid 1 BW ten einde aan het geven van een 'alles of niets'-oplossing te ontsnappen. Of deze redenering in het gegeven geval ook zo zou *moeten* zijn, laat ik nog even rusten.

2.5 Casus (3) — Crediteur van materiële of intellectuele prestatie maakt in het geheel geen keuze

Casus (3) omvat — net als casus (1) — een situatie waarin feitelijk gezien slechts de gedraging van één partij aan het ontstaan van het probleem, in dit geval een tijdsprobleem, ten grondslag ligt.¹¹ Interessant is echter dat het in deze casus een gedraging van de *crediteur* betreft, zodat de vraag rijst in hoeverre deze casus elementen bevat die raakvlakken vertonen met het leerstuk van 'eigen schuld'. Die vraag kan tamelijk stellig worden beantwoord: deze casus heeft niets van doen met 'eigen schuld' in de zin van art. 6:101 lid 1 BW, maar moet worden opgelost aan de hand van het leerstuk van crediteursverzuim in de zin van art. 6:58 BW, gesteld dat de keuze die door de crediteur moest worden gemaakt als een *conditio sine qua non* kan worden beschouwd voor de nakoming door de debiteur van diens prestatie.¹² In deze casus schiet de debiteur van de materiële of intellectuele prestatie in beginsel tekort in de tijdige nakoming van zijn verbintenissen. Echter, op het niveau van de vaststelling van diens aansprakelijkheid zal, gelet op het crediteursverzuim, die tekortkoming niet aan de debiteur kunnen worden toegerekend.¹³ De aansprakelijkheid van de debiteur vervalt derhalve geheel door toedoen van de gedraging van de crediteur, zodat aan het leerstuk van 'eigen schuld' niet kan worden toegekomen. Desalniettemin lijkt er een zekere raakvlak te bestaan tussen de leerstukken 'crediteursverzuim' en 'eigen schuld', hetgeen met name in de volgende casuspositie tot uitdrukking komt.

-
- 11 Vele voorbeelden zijn hier denkbaar. Ik noem de Engelse standaardzaak *Holme v. Guppy* (1838) 3 M. & W. 387. Holme had viereneenhalve maand de tijd om timmerwerkzaamheden uit te voeren in het kader van de bouw van een brouwerij aan de oostzijde van Kent-Street in Liverpool. Pas vier weken na het sluiten van de overeenkomst kon Holme beginnen met de uitvoering van het werk, omdat Guppy als gevolg van een slechte planning van de werkzaamheden niet in staat was gebleken Holme tot de brouwerij toe te laten.
 - 12 Art. 6:58 BW: 'De schuldeiser komt in verzuim, wanneer nakoming van de verbintenis verhinderd wordt doordat hij de daartoe noodzakelijke medewerking niet verleent of doordat een ander beletsel van zijn zijde opkomt, tenzij de oorzaak van verhindering hem niet kan worden toegerekend.'
 - 13 De debiteur verkeert in overmacht, zie ook Asser-Hartkamp I (1996) nr. 280.

2.6 *Casus (4) — Crediteur van de materiële of intellectuele prestatie maakt een onjuiste keuze die niet door de debiteur behoefde te worden opgemerkt*

Net als in casus (3) kan ook in de onderhavige casus worden vastgesteld dat een gedraging van de crediteur als primaire oorzaak ten grondslag ligt aan het ontstaan van het probleem. Echter, anders dan in casus (3) heeft die gedraging in eerste instantie niet tot gevolg dat het proces van doelverwezenlijking stagneert. De keuze die door de crediteur wordt gemaakt vormt voor de debiteur van de materiële of intellectuele prestatie de grondslag voor de nakoming van zijn eigen verbintenissen: hij bouwt op die keuzes van de crediteur voort. Binnen het kader van de doelverwezenlijking zoals partijen die voor ogen hadden, blijkt de door de crediteur gemaakte keuze echter een onjuiste te zijn geweest. Het voortbouwen op die keuze door de debiteur resulteert in het ontstaan van een kwaliteitsprobleem, dat op zichzelf wellicht ook nog een tijdsprobleem zou kunnen veroorzaken.¹⁴

Ten einde een antwoord te kunnen geven op de vraag wie de consequenties moet dragen die uit het ontstaan van de genoemde problemen voortvloeien, is het natuurlijk zaak om te weten hoe we de gedraging van de *debiteur* — namelijk het voortbouwen op de onjuiste keuze van de crediteur — juridisch moeten duiden. Laten we voor de onderhavige casus eens uitgaan van de veronderstelling dat die voortbouwende gedraging van de debiteur *niet* als de schending van een verbintenis uit de overeenkomst kan worden gekwalificeerd. De verbintenis waar ik hier op doel, wordt dikwijls uitgedrukt in termen van onderzoeks-, informatie-, mededelings-, of zelfs waarschuwingsplichten. Verondersteld wordt derhalve dat de debiteur, binnen het raamwerk van de keuzes en beslissingen van de crediteur, zelf de juiste vervolgkeuzes heeft gemaakt omdat hij wist noch behoorde te weten dat de eerder door de crediteur gemaakte keuzes in feite

14 Bekend is de Franse stomerijzaak Civ. 1re, 11 mei 1966, Bull. Civ. I, no. 281 (*Société nouvelle des teintureries Courtial c/ veuve Argence et autre*). Na het stomen blijken tafellaken en servetten ernstig beschadigd. De stomerij heeft op normale wijze het werk uitgevoerd. De klant heeft evenwel verzuimd mede te delen dat zij zelf vóór het stomen de vlekken met bleekwater te lijf is gegaan. Vergelijk ook *Ingham v. Emes* [1955] 2 Q.B. 366. Het betrof hier een overeenkomst tussen Mrs. Ingham en kapsalon 'Maison Emes'. Mrs. Ingham had ooit bij een andere kapper een kleurspoelingbehandeling gekregen met 'Inecto Rapid hairdye', waarna zij last kreeg van ernstige allergische reacties. De medewerkster van Maison Emes, Mrs. Hughes, stelt thans voor om hetzelfde kleurspoelingsmiddel te gebruiken. Er wordt allereerst een test uitgevoerd die goed lijkt uit te pakken. Mrs. Ingham zwijgt daarom over haar ervaringen in het verleden en stemt toe in de toepassing van 'Inecto Rapid hairdye', met alle nare gevolgen van dien...

onjuist waren. Deze vooronderstellingen leiden er toe, dat de voortbouwende gedraging van de debiteur een rechtens irrelevant karakter krijgt. De debiteur heeft binnen het kader van de overeenkomst alles gedaan wat van hem verlangd mocht worden. Zijn gedragingen kunnen niet als verbintenis-schendend worden gekenschetst: de debiteur is niet aansprakelijk.

Zo men nog een juridische grondslag zou zoeken voor deze uitkomst, zouden de art. 6:74 en 6:75 BW de eerst aangewezen bepalingen zijn: de tekortkoming kan de debiteur niet worden toegerekend omdat zij niet te wijten is aan diens schuld. Men zou echter kunnen betogen dat, nu de aan de overmacht ten grondslag liggende oorzaak uit een gedraging van de crediteur bestond, er sprake is van crediteursverzuim in de zin van art. 6:58 BW. Immers, met het maken van de onjuiste keuze heeft de crediteur niet de medewerking verleend die voor de nakoming van de verbintenis van de debiteur noodzakelijk was. In beide redeneringen is de uitkomst echter hetzelfde: de debiteur komt in overmacht te verkeren en is niet aansprakelijk zodat aan 'eigen schuld' in de zin van art. 6:101 BW niet kan worden toegekomen. De oplossing die wordt bereikt levert een 'alles of niets'-situatie op.

2.7 Casus (5) — Crediteur van de materiële of intellectuele prestatie maakt een onjuiste keuze die de debiteur had moeten opmerken

De laatste casus is exact hetzelfde als casus (4), met dien verstande dat de voortbouwende gedraging van de debiteur thans *wel* als verbintenis-schendend kan worden gekwalificeerd. Verondersteld wordt namelijk dat de debiteur wist of behoorde te weten dat — binnen het kader van de doelverwezenlijking van partijen — de door de crediteur gemaakte keuze een onjuist karakter vertoonde.¹⁵ Desalniettemin heeft de debiteur op die onjuiste keuze voortgebouwd, hetgeen als de schending van een contractuele onderzoeks-, informatie-, mededelings- of waarschuwingsplicht kan worden beschouwd.¹⁶ Net als in casus (2) is het hier derhalve zo, dat de gedragin-

¹⁵ Vergelijk hier ook de bijdrage van J.M. Barendrecht aan deze bundel, inzake de 'anticipatieplicht', in het bijzonder paragraaf 2.

¹⁶ Vergelijk bijvoorbeeld HR 23 mei 1997, RvdW 1997, 128C (Rabobank/Everaars). De bank stond toe dat Everaars risicovolle shortposities in opties nam, terwijl er voortdurend een aanzienlijk tekort op Everaars' margeverplichting aanwezig was. Het initiatief tot de transacties ging geheel van Everaars uit. Everaars ging daar mee door met toestemming van de bank, hoewel deze hem veelvuldig en uitdrukkelijk waarschuwde. Echter, wanneer de bank Everaars strikt aan diens margeverplichting had gehouden, zou dat een aanzienlijk effectievere waarschuwing hebben opgeleverd, aldus de Hoge Raad. Zie over dit arrest ook de bijdrage van J.M. Barendrecht aan deze bundel, paragraaf 5.2.

gen van *beide* partijen aan het ontstaan van het probleem hebben bijgedragen. Echter, anders dan in casus (2) is het thans de gedraging van de *crediteur* van de materiële of intellectuele prestatie die *primair* aan het ontstaan van dat probleem ten grondslag ligt.

In deze casus moet de aansprakelijkheid van de debiteur in beginsel weer op basis van art. 6:74 BW worden beoordeeld. Net als bij casus (2) rijst de vraag of de gedraging van de crediteur, die als primaire oorzaak van het probleem kan worden beschouwd, in het kader van de toetsing aan de eisen van art. 6:74 BW tot de slotsom kan leiden dat de tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst door de debiteur, de secundaire oorzaak, niet aan de laatstgenoemde zou kunnen worden toegerekend. Zou men *in theorie* tot die slotsom komen, dan zou aldus een ‘alles of niets’-oplossing worden bereikt omdat de aansprakelijkheid van de debiteur dan immers niet vast zou komen te staan. Zou men echter tot de conclusie komen dat, niettegenstaande de onjuiste keuze van de crediteur, de debiteur niet ontslagen kan worden geacht van diens contractuele verbintenis, dan is de *aansprakelijkheid* van de laatste in beginsel gegeven. Vervolgens zou men dan kunnen trachten om bij de vaststelling van de omvang van de *schadevergoedingsverplichting* van de debiteur, de gedraging van de crediteur binnen de toepassing van het leerstuk van ‘eigen schuld’ in de zin van art. 6:101 BW mee te wegen, ten einde een ‘alles of niets’-oplossing te voorkomen. Net als hiervoor bij casus (2) werd gesteld, zou ik ook thans nog even in het midden willen laten of deze redenering in het gegeven geval ook zo zou *moeten* zijn.

2.8 *Crediteursverzuim, ‘eigen schuld’ en de gehoudenheid tot medewerking van de crediteur*

Het bindend element in de casusposities (2) tot en met (5) is de (negatieve) invloed die door de crediteur van de materiële of intellectuele prestatie op het proces van doelverwezenlijking wordt uitgeoefend. De eerste indruk is dat de gedragingen van de crediteur als niet coöperatief kunnen worden bestempeld: door hem wordt niet de medewerking verleend die noodzakelijk is om het proces van doelverwezenlijking tot een goed einde te brengen.

De terminologie ‘medewerking van de crediteur’ doet de gedachten uitgaan naar het leerstuk van crediteursverzuim in art. 6:58 BW. Deze bepaling wordt als de basis van de medewerkingsgehoudenheid van de crediteur in ons verbintenissenrecht beschouwd. Ik spreek met nadruk over *gehoudenheid* omdat de crediteur naar Nederlands recht in beginsel geen contractuele medewerkings**verbintenis** heeft, waarvan de nakoming in rechte

zou kunnen worden gevorderd door diens wederpartij.¹⁷ Desalniettemin werd het aan het begin van deze eeuw wenselijk geacht om de rechtsgevolgen van bepaalde vormen van inadequate medewerking in het nadeel van de crediteur uit te leggen, als gevolg waarvan het leerstuk van 'crediteurs-verzuim' tot ontwikkeling kwam.¹⁸ Nu art. 6:58 BW geen medewerkings-*verbintenis* op de crediteur doet rusten, kan men zich overigens afvragen hoe die gehoudenheid van de crediteur dan wél juridisch moet worden gekwalificeerd.

Sommigen hebben betoogd dat, nu het instellen van de vordering tot nakoming van de 'medewerkingsgehoudenheid' niet mogelijk is, die gehoudenheid als een 'Obliegenheit' zou moeten worden gekwalificeerd.¹⁹ Eerder heb ik twijfel geuit ten aanzien van de juistheid van deze kwalificatie.²⁰ Naar Duits recht zal de schending van een 'Obliegenheit' door de 'debiteur' van die 'Obliegenheit' immers geen zelfstandige rechtsgrond zijn, op basis waarvan diens wederpartij een vordering tot schadevergoeding en/of ontbinding kan instellen. Zo'n schending levert voor de 'crediteur' van de 'Obliegenheit' slechts een verweermiddel op wanneer deze door de 'debiteur' van de 'Obliegenheit' wordt aangesproken uit hoofde van de niet nakoming van een verbintenis uit de overeenkomst. Echter, wanneer de medewerkingsgehoudenheid van de crediteur in het Nederlandse recht als een 'Obliegenheit' moet worden gekenschetst, dan is het moeilijk uit te leggen waarom onze rechtspraak enerzijds de vordering tot *nakoming* van die medewerkingsgehoudenheid afwijst en tegelijkertijd de vordering tot *schadevergoeding* en/of *ontbinding* erkent ten faveure van de contractpartij die niet tot presteren in staat wordt gesteld als gevolg van de gebrekkige medewerking van diens wederpartij.²¹ De contractuele medewerkingsgehoudenheid van de crediteur lijkt enerzijds méér te zijn dan een 'Obliegenheit' doch nog altijd minder te omvatten dan een echte verbintenis. Wat er ook zij van de exacte kwalificatie van de medewerkingsgehoudenheid, het gaat er om dat *inadequate* medewerking aan de zijde

17 Parl. Gesch. Boek 6, p. 219 en 230; Mon. Nieuw BW B-32c (Streefkerk) nr. 3.1. Slechts in uitzonderingsgevallen, waarin de debiteur een zelfstandig, positief belang heeft bij de medewerking door de crediteur, rust er op deze laatste een *verbintenis* tot medewerking. Vergelijk Jansen, a.w. (noot 9), p. 17-18 alsmede de aldaar genoemde literatuur en rechtspraak.

18 Aan de basis van art. 6:58 BW staan twee sterk door het Duitse recht beïnvloede dissertaties: J. Willeumier, *Het verzuim van den schuldeischer*, diss. UvA 1903, en F.A.M. Cavadino, *Onmogelijkheid van rechtsuitoefening*, diss. UvA 1919.

19 Vergelijk Jansen, a.w. (noot 9), p. 16, met name de literatuurverwijzingen in noot 30. De verwijzing naar Streefkerk aldaar moet zijn: Mon. Nieuw BW B-32c (Streefkerk) nr. 4.1.

20 Jansen, a.w. (noot 9), p. 16-17.

21 Jansen, a.w. (noot 9), p. 17.

van de crediteur, welke de debiteur van een materiële of intellectuele prestatie belemmert in de nakoming van die prestatie, in het nadeel van de crediteur kan werken.²²

Frappant is dat ook het leerstuk van 'eigen schuld' — verondersteld dat het in de hiervoor geschetste casusposities (2) en (5) zou kunnen worden toegepast — raakvlakken met die medewerkingsgehoudenheid van de crediteur vertoont.²³ Als krachtens art. 6:101 lid 1 BW de schadevergoedingsplicht van de debiteur van een materiële of intellectuele prestatie in het contractenrecht zou kunnen worden verminderd, dan lijkt dat samen te hangen met de omstandigheid dat de crediteur niet de noodzakelijke medewerking verleende in het proces van doelverwezenlijking. Het fundamentele verschil is echter dat bij *crediteursverzuim* die gebrekkige medewerking slechts tot een 'alles of niets'-oplossing zal leiden: de gebrekkige medewerking wordt immers op het niveau van de vaststelling van de *aansprakelijkheid* van de debiteur gewogen. Aan het leerstuk van *eigen schuld* kan men daarentegen pas toekomen wanneer de aansprakelijkheid van de debiteur in beginsel gegeven is: de gebrekkige medewerking van de crediteur wordt op het niveau van de vaststelling van de omvang van de *schadevergoedingsplicht* van de op zich zelf aansprakelijke debiteur in beschouwing genomen.²⁴ 'Eigen schuld' vooronderstelt de aansprakelijkheid van de debiteur, *niettegenstaande* de gebrekkige medewerking van de crediteur. Crediteursverzuim exonereert de debiteur van diens aansprakelijkheid *vanwege* die gebrekkige medewerking.

2.9 *Casus (2) en casus (5) — Gedraging crediteur als aansprakelijkheidsexoneratie of als correctiefactor bij vaststelling schadevergoedingsplicht debiteur?*

Eerder werd in het midden gelaten, op basis van welke juridische redenering de casusposities (2) en (5) zouden moeten worden opgelost. Zoals gezegd

22 De juridische kwalificatie van de medewerkingsgehoudenheid lijkt dan vervolgens maatgevend te zijn voor de *aard* van het 'nadeel' dat bij de crediteur wordt gelegd.

23 Aldus ook Mon. Nieuw BW B-32c (Streefkerk) nr. 4.1 en 9.1.

24 In zoverre lijkt deze tweetrapsraket het beste te vergelijken met de Duitse en Engelse aanpak. Anders in theorie lijkt daarentegen het Franse recht te zijn, waar men de zaak afdoet op één en hetzelfde beslissingsmoment. Daar waar de 'responsabilité contractuelle' van de debiteur moet worden beoordeeld, kan de gedraging van de crediteur krachtens het leerstuk 'faute de la victime' aanleiding geven tot een 'exonération partielle' van de debiteur. Vergelijk bijvoorbeeld Civ. 1re, 31 januari 1973, J.C.P. 1973, II, 17450 (Dantony c/ Condour). Praktisch gezien kunnen in de verschillende stelsels echter dezelfde oplossingen worden bereikt. Vergelijk in dit verband ook de bijdrage aan deze bundel van J.M. Smits.

zijn dat de casusposities waarin het leerstuk van 'eigen schuld' *mogelijk* een rol zou kunnen spelen. Echter, aan de eventuele toepassing van het leerstuk kan alleen worden toegekomen indien vastgesteld kan worden dat de gedraging van de crediteur van een materiële of intellectuele prestatie er binnen het kader van de art. 6:74 en 6:75 BW niet reeds toe leidt, dat de tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst door de debiteur niet aan deze kan worden toegerekend.²⁵

Casus (2) gaat uit van de situatie dat de debiteur primair is tekortgeschoten in de nakoming van een verbintenis. De vraag is of de secundaire gedraging van de crediteur — het laten passeren van die tekortkoming — er aan in de weg kan staan dat de tekortkoming van de debiteur aan deze laatste wordt toegerekend. Ik betwijfel sterk of er iemand is die deze vraag bevestigend durft te beantwoorden. Men zal toch niet kunnen ontkennen dat de debiteur in eerste instantie *zelf* verantwoordelijk is voor de nakoming van diens verbintenissen. Het ligt in de eerste plaats binnen *zijn* mogelijkheden om de tekortkoming te vermijden. Zolang die mogelijkheden nog niet zijn uitgeput, is de debiteur *zelfstandig* in staat om zijn verbintenissen na te komen. In casus (2) kan de tekortkoming derhalve aan de debiteur worden toegerekend omdat verondersteld kan worden dat hij zelf *schuld* heeft aan die tekortkoming. Eerst wanneer hij *zelf* niet langer meer over mogelijkheden tot nakoming beschikt, zal binnen de overige criteria van art. 6:75 BW eventueel kunnen worden onderzocht of zijn beroep op overmacht zal slagen.²⁶ Ik wijs er op dat het voorgaande in alle gevallen geldt, *ongeacht* de omstandigheden waaronder de crediteur de tekortkoming van de debiteur heeft laten passeren, zoals bijvoorbeeld de omstandigheid dat hij *wist* dat de debiteur tekortschoot in de nakoming van zijn verplichtingen. De art. 6:74 en 6:75 BW lijken geen ruimte voor een andere opvatting te bieden.²⁷

In casus (5) heeft de crediteur binnen het kader van de beoogde doelverwezenlijking een onjuiste keuze gemaakt. Naast deze primaire oorzaak wordt het probleem secundair veroorzaakt door de omstandigheid

25 Vergelijk losbl. Schadevergoeding art. 101 (Boonekamp), aant. 6.

26 Naast het criterium 'schuld' zijn dat: 'wet', 'rechtshandeling' en 'in het verkeer geldende opvattingen'.

27 Vergelijk hier ook HR 15 november 1996, NJ 1997, 152 (Leutscher/Banco de Jerez). Bank en klant bedenken gezamenlijk een plan voor het uitvoeren van illegale deviezentransacties. De klant wordt daarvoor strafrechtelijk vervolgd en wordt veroordeeld tot het betalen van aanzienlijke boetes. De klant spreekt de bank aan: door medewerking te geven aan de uitvoering van het mede door haar directeur bedachte plan is de bank tekortgeschoten in de nakoming van haar contractuele verplichtingen jegens de klant. Het Hof oordeelde dat deze tekortkoming niet aan de bank kon worden toegerekend, gelet op de bewuste wetsovertreding aan de zijde van de klant. De Hoge Raad casseert deze beslissing.

dat de debiteur van de materiële of intellectuele prestatie de crediteur niet omtrent diens onjuiste keuze informeert en het ontstaan van het probleem probeert te voorkomen, terwijl hij van het bestaan van de onjuiste keuze en de consequenties daarvan wist of behoorde te weten. Deze gedraging van de debiteur heb ik gekarakteriseerd als een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit de overeenkomst. Kan men stellen dat die tekortkoming niet aan de debiteur mag worden toegerekend, gelet op de primaire gedraging van de crediteur? Het behoeft nauwelijks betoog dat deze stelling geen stand kan houden. Het is zinledig om in eerste instantie een verbintenis tot waarschuwen tegen een onjuiste beslissing van de ander te identificeren, om dan vervolgens die verbintenis teniet te doen juist vanwege de omstandigheid dat die ander een onjuiste beslissing nam.²⁸

De conclusie is dat in beide casus de gedragingen van de crediteur niet verhinderen de tekortkoming in de nakoming van een verbintenis door de debiteur in beginsel aan deze laatste toe te rekenen. Thans kan worden onderzocht of die gedragingen moeten worden meegewogen bij de vaststelling van de schadevergoedingsverplichting van de debiteur.

3 Kan de omstandigheid aan de benadeelde worden toegerekend?

3.1 Vervagend onderscheid tussen contract en onrechtmatige daad?

Thans kom ik toe aan een aspect dat mijns inziens tot de kern van de problematiek inzake toerekening van 'eigen schuld' in het contractenrecht moet worden gerekend. Dit aspect betreft de vraag, wanneer een 'omstandigheid aan de benadeelde kan worden toegerekend' gesteld dat art. 6:101 lid 1 BW binnen het kader van een contractuele rechtsverhouding wordt toegepast. In de casusposities (2) en (5) is de aansprakelijkheid van de debiteur in beginsel komen vast te staan, doch diens tekortkoming is zoals gezegd niet de enige oorzaak van het feit dat partijen niet in hun doelverwezenlijking geslaagd zijn. Beide casusposities veronderstellen dat ook een gedraging van de crediteur *causaal* gezien aan het ontstaan van het probleem heeft bijgedragen, zodat een toepassing van het leerstuk van 'eigen schuld'

28 Vergelijk hier ook de bijdrage van J.M. Barendrecht aan deze bundel, met name paragraaf 2.2, waar hij stelt dat de aansprakelijkheid wegens schending van een anticipatieplicht door de dader 'hol' zou zijn indien deze aansprakelijkheid binnen het leerstuk van 'eigen schuld' zou worden weggeredeneerd door te verwijzen naar het gedrag van de benadeelde. Let echter op het verschil: de aansprakelijkheid staat aldaar reeds vast terwijl die in mijn voorbeeld nog vastgesteld moet worden.

tot de mogelijkheden lijkt te behoren.²⁹ De vraag is echter of de aansprakelijke debiteur slechts naar het *causaal verband* tussen de gedraging van de benadeelde crediteur en het ontstaan van het probleem — de schade, zoals art. 6:101 lid 1 BW dat noemt — behoeft te verwijzen, ten einde de toepassing van het leerstuk van 'eigen schuld' in zijn voordeel te kunnen doen uitvallen.

In theorie betreft het hier een vraag die ook bij de toepassing van art. 6:101 lid 1 BW in het onrechtmatige daadsrecht moet worden gesteld. Immers, het leerstuk van 'eigen schuld' is relevant voor zowel het onrechtmatige daadsrecht als het contractenrecht. Opvallend is dan dat binnen het onrechtmatige daadsrecht sterk de nadruk lijkt te worden gelegd op de causaliteitseis die door art. 6:101 lid 1 BW wordt gesteld. Toegegeven, voldoende auteurs lijken te betogen dat de gedraging van de benadeelde niet slechts in *causaal verband* met de schade moet staan, maar dat die gedraging daarnaast ook als 'foutief gedrag' — als *normschendend* — moet kunnen worden gekwalificeerd, wil zij als een 'omstandigheid' kunnen worden beschouwd die aan de benadeelde kan worden 'toegerekend' in het kader van art. 6:101 lid 1 BW.³⁰ Het lijkt dan overigens niet vereist dat dergelijk *normschendend* gedrag gedragingen omvat die op zichzelf beschouwd tot *aansprakelijkheid* uit onrechtmatige daad van de benadeelde jegens een ander zouden kunnen leiden, met dien verstande dat de eisen voor de bepaling van aansprakelijkheid als bedoeld in art. 6:162 lid 3 BW desalniettemin een rol zouden kunnen spelen.³¹ Maar dat is allemaal theorie. In de jurisprudentie vindt in concrete gevallen namelijk zelden een zelfstandige toetsing plaats van de vraag of de gedraging van de benadeelde ook daadwerkelijk als 'normschendend' kan worden gekwalificeerd. De beantwoording van de vraag of de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die mede aan de benadeelde kan worden *toegerekend*, blijft in de onrechtmatige daad-jurisprudentie onderbelicht.³²

29 Art. 6:101 lid 1 BW luidt: 'Wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelden en de vergoedingsplichtigen te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist.'

30 Losbl. Schadevergoeding art. 101 (Boonekamp), aant. 11. Vergelijk vooral ook aant. 5, 6, 11 en 12. Vergelijk ook Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) nr. 1.

31 Losbl. Schadevergoeding art. 101 (Boonekamp), aant. 7 en 12.

32 Zie echter HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547, nt. CJHB (Diemen/Rep-Tax BV). De gedraging van de benadeelde taxibestuurder, het inrijden van een bussluis, werd gekwalificeerd als een overtreding van de wegenverkeerswetgeving. Onduidelijk zijn in dit verband echter de

Wat er ook zij van de uitleg die binnen het onrechtmatige daadsrecht wordt toegekend aan de zinsnede 'omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend', het staat mijns inziens buiten twijfel dat bij de toepassing van 'eigen schuld' in het *contractenrecht* de enkele vervulling van de causaliteitseis onvoldoende reden is om de schadevergoedingsverplichting van de debiteur te verminderen, wanneer de gedraging van de crediteur aan het ontstaan van de schade heeft bijgedragen. Anders dan het geval is bij buitencontractuele rechtsverhoudingen, hebben *contractpartijen* expliciet dan wel impliciet overeenstemming bereikt ten aanzien van de rechten en plichten die zij in het kader van de nakoming van de overeenkomst jegens elkander hebben. Bij de toerekening van 'eigen schuld' in contractuele rechtsverhoudingen moet *uitdrukkelijk* worden ingegaan op de aard en de omvang van de verbintenissen die voor partijen uit de overeenkomst voortvloeien. Indien de gedraging van de crediteur slechts aan de causaliteitseis van art. 6:101 lid 1 BW zou worden getoetst, zou immers een bizarre situatie ontstaan: aan de schadeveroorzakende gedraging van de *debiteur* worden zwaardere eisen gesteld dan aan die van de *crediteur*. De eerstgenoemde dient niet alleen de schade (mede) te hebben veroorzaakt, neen, diens gedraging moet daarnaast ook de tekortkoming in de nakoming van een contractuele verbintenis inhouden, wil men in staat zijn de hele schade in beginsel bij hem te kunnen leggen. Om vervolgens een deel van de schade naar de *crediteur* te verplaatsen, mag men dan geen genoegen nemen met de loutere vervulling van het causaliteitscriterium. De gedraging van de crediteur zal op zichzelf in expliciete termen tevens

drie arresten van de Hoge Raad van 2 juni 1995, RvdW 1995, 118C, 119C en 120 C (Marloes de Vos, Quafa Ayachi en Pierre Wildiers), waarin de Hoge Raad heeft gepreciseerd wat de toepassing van de primaire maatstaf van art. 6:101 lid 1 BW precies inhoudt: 'Deze toepassing houdt een causaliteitsafweging in, die in een geval als het onderhavige daarop neerkomt dat moet worden beoordeeld in welke mate enerzijds het weggedrag van het kind en anderzijds de wijze van rijden van het motorrijtuig gevaar voor het ontstaan van de aanrijding in het leven heeft geroepen. Bij deze beoordeling komt het derhalve niet aan op de mate van verwijtbaarheid van een en ander. (...) Beoordeling van de mate van verwijtbaarheid komt eerst aan de orde bij de toepassing van de in art. 6:101 lid 1 tevens vervatte billijkheidscorrectie.' Niet geheel duidelijk is of men bij de uitleg van het *eerste* in art. 6:101 lid 1 BW genoemde begrip 'toerekenen' in een concreet geval nog wel het normschendende karakter van de gedraging van de benadeelde in beschouwing mag nemen. Ik denk overigens dat dat wel degelijk kan. Mijns inziens beperkte de Hoge Raad zich hier tot de uitleg van de zinsnede: 'de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen'. *Dat* is louter een causaliteitsafweging. Zie echter hierna onder 4. Een dergelijke afweging staat er niet aan in de weg dat bij de beantwoording van de daaraan voorafgaande vraag, of de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, onderzocht wordt of de gedraging van de benadeelde 'normschendend' was. Niet geheel duidelijk T. Hartlief en R.J. Tjittes, *Verkeersaansprakelijkheid*, NTBR 1996, p. 31.

als normschendend moeten worden gekwalificeerd, als een falen in het doen of nalaten van datgene waartoe hij juridisch gehouden was, *en wel veel nadrukkelijker dan dat thans in het onrechtmatige daadsrecht lijkt te geschieden*. Steun voor deze benadering lijkt te kunnen worden gevonden bij het arrest *Ove Skou/De Jonge*.³³

Het aan rederij Ove Skou toebehorende schip 'Marie Skou' lag in maart en april 1953 enige dagen in de haven van Rotterdam. Ove Skou had een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten gesloten met het bewakingsbedrijf van De Jonge. De Jonge verplichtte zich tot het ter beschikking stellen van een zogenaamde wachtsman die op zijn beurt tot taak had om gedurende een aantal nachten met name de enige toegang tot het schip, de 'gangway', te bewaken. Op een zekere nacht werd de wachtsman door de scheepskok enige malen uitgenodigd om zich in de kombuis van het schip te verwarmen en zich te goed te doen aan koffie en voedsel. In die nacht zijn dieven via de 'gangway' het schip binnengedrongen en hebben zij sigaretten en tabak kunnen stelen zonder dat dit door de wachtsman is opgemerkt. Vastgesteld werd, dat De Jonge was tekortgeschoten in diens verbintenis tot terbeschikkingstelling van een wachtsman en dat hij in beginsel aansprakelijk was voor de schade die Ove Skou door de diefstal geleden had. Echter, Ove Skou had zelf een zogenaamde dekwacht aangesteld, wiens taak het was om de trossen waarmee het schip was vastgelegd aan te halen of te laten vieren, zulks met het oog op de getijdewisselingen. Het Hof overwoog dat dit weliswaar de *uitsluitende* taak van de dekwacht van Ove Skou was geweest, doch dat dit hem niet van de verplichting onthief om ook zijnerzijds op eventueel onraad te letten, vooral nu op de 'Marie Skou' slechts één wachtsman vanwege de Jonge aanwezig was. Nu de dekwacht van Ove Skou niet goed had opgelet, oordeelde het Hof dat de door De Jonge te betalen schadevergoeding met de helft moest worden verminderd. Het arrest van het Hof werd door de Hoge Raad gecasseerd op basis van art. 6.1.9.6 van het toenmalige voorontwerp voor Boek 6 Nieuw BW:

'dat de schade die iemand heeft geleden doordat een ander tegenover hem in de nakoming van een verbintenis is tekortgeschoten, voor rekening van den benadeelde moet worden gelaten voor zover dit met het oog op het feit, dat de schade mede is te wijten aan een omstandigheid die aan een benadeelde kan worden toegerekend, redelijk is; dat (...) de tussen pp. gesloten overeenkomst niet inhield dat Ove Skou enigen maatregel moest nemen tot afwending van gevaren die zich bij plichtsverzuim van den wachtsman van De Jonge zouden kunnen voordoen, en Ove Skou niettemin

33 HR 2 februari 1962, NJ 1964, 329, nt. HB.

door het aanstellen van een dekwacht een maatregel heeft genomen, die naar 's Hofs oordeel deze gevaren zou hebben kunnen afwenden; dat onder deze omstandigheden het aan Ove Skou in haar verhouding tot De Jonge niet kan worden toegerekend, dat deze maatregel door onoplettendheid van den dekwacht het door het Hof bedoelde effect niet heeft gehad.³⁴

Het arrest van de Hoge Raad lijkt te dwingen tot een nadere bezinning ten aanzien van de vraag wat moet worden verstaan onder het begrip 'toegerekend' in het eerste zinsdeel van art 6:101 lid 1 BW, wanneer het leerstuk van 'eigen schuld' binnen de context van het contractenrecht wordt geplaatst. Het arrest zou mijns inziens zodanig moeten worden uitgelegd, dat een 'omstandigheid' niet aan de crediteur kan worden 'toegerekend' wanneer deze omstandigheid de gedaante heeft van een gedraging die de schade weliswaar mede heeft veroorzaakt, maar die op zichzelf beschouwd nog geen schending van een uit de overeenkomst voortvloeiende norm met zich brengt.³⁵ Deze opvatting wordt ook in Duitsland gehuldigd.³⁶ Een dergelijke door de benadeelde crediteur overtreden norm behoeft overigens op zichzelf nog niet te bestaan uit het tekortschieten in de nakoming van een *verbintenis* jegens diens wederpartij, de debiteur van de materiële of intellectuele prestatie.³⁷ In zoverre lijkt er weer een zekere parallel te kunnen worden getrokken tussen de leerstukken 'crediteursverzuim' en 'eigen schuld', ook al komen zij op verschillende momenten in de juridische

34 HR 2 februari 1962, NJ 1964, 329, op p. 758.

35 Langemeijer drukte het niet zo stellig uit in zijn conclusie bij het arrest: 'Intussen zal men, wanneer men dit beginsel aldus uitstrekt tot het terrein van de contractuele wanprestatie terdege in het oog behoren te houden, dat daar de strekking van de overeenkomst verkrijgen kan', zie NJ 1964, 329, p. 760. Vergelijk ook de noot onder het arrest op p. 763.

36 Art. 254 I BGB: 'Hat bei der Entstehung des Schadens ein *Verschulden* des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist (mijn cursivering, CJ).' Vergelijk bijvoorbeeld BGH 18 januari 1973, NJW 1973, p. 518, betreffende de uitvoering van een bouwcontract, waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen gedragingen van de opdrachtgever die *wel* en gedragingen die *niet* als het tekortschieten in de nakoming van een 'gegenüber dem Bauunternehmer obliegende Pflicht' kunnen worden gekarakteriseerd. In het eerste geval kon de bouwverzekering zich op 'mitwirkendes Verschulden' beroepen, in het tweede geval niet.

37 Vergelijk hetgeen eerder werd gesteld ten aanzien van de toepassing van 'eigen schuld' in het onrechtmatige daadsrecht: de gedraging van de benadeelde hoeft afzonderlijk beschouwd nog niet te leiden tot diens aansprakelijkheid jegens een ander op grond van onrechtmatige daad. Desalniettemin kan bij de uitleg van het begrip 'toerekenen' in het eerste zinsdeel van art. 6:101 lid 1 BW aansluiting worden gezocht bij art 6:75 BW, indien 'eigen schuld' in het contractenrecht wordt toegepast, vergelijk losbl. Schadevergoeding art. 101 (Boonekamp), aant. 5.

redenering aan de orde.³⁸ Immers, ook voor de toepassing van art. 6:58 BW is niet vereist dat de gedraging van de crediteur — welke gedraging de debiteur verhinderde in de nakoming van diens materiële of intellectuele prestatie — als het tekortschieten in de nakoming van een medewerkingsver**bin**tenis kan worden gekwalificeerd.

Ook de Engelse Law Commission stelt dat een 'breach of a contractual term' van de crediteur geen vereiste is om een beroep te kunnen doen op 'contributory negligence'.³⁹ Vereist is 'slechts' dat de gedraging van de crediteur kan worden gekarakteriseerd als de schending van een schadebeperkingsplicht, een 'failure to take reasonable care for the protection of himself or his interests'.⁴⁰ Daar wordt echter terstond aan toegevoegd dat de rechter, bij de beantwoording van de vraag *of* de gedraging van de crediteur als zo'n 'failure' kan worden gekarakteriseerd,

'shall have regard to the nature of the contract and the mutual obligations of the parties.'⁴¹

Het Duitse recht plaatst zo'n schadebeperkingsplicht binnen het kader van 'mitwirkendes Verschulden': het verzuim van een dergelijke plicht lijkt daar onderdeel te zijn van het meeromvattende 'Verschulden' van de 'Beschädigten' in de nakoming van diens plichten in het algemeen.⁴²

Niet te ontkennen valt, dat op de 'benadeelde' binnen de context van het leerstuk van art. 6:101 lid 1 BW eveneens een schadebeperkingsplicht rust.⁴³ Het feit dat partijen in een contractuele rechtsverhouding tot elkaar staan, doet aan het bestaan van die plicht in beginsel niet af. Echter, bij de vraag *of* de gedraging van de crediteur als het verzuim van zo'n contractuele schadebeperkingsplicht kan worden beschouwd, zal men nadrukkelijk moeten meewegen tot welk gedrag de crediteur gelet op de

38 Zie eerder 2.8: crediteursverzuim komt aan de orde bij de vaststelling van de aansprakelijkheid van de debiteur, terwijl bij de toepassing van 'eigen schuld' die aansprakelijkheid als een gegeven wordt verondersteld.

39 Law Com. No. 219, a.w. (noot 3), para. 2.3 *in fine* op p. 4, para. 3.13 op p. 14, para. 3.23 op p. 17, para. 3.30 op p. 19, para. 3.41 op p. 23, en met name para. 3.46 op p. 24-25.

40 Zie s. 1 (1)(b) Draft Contributory Negligence Bill, Law Com. No. 219, a.w. (noot 3), p. 54.

41 S. 1 (3)(b) Draft Contributory Negligence Bill, Law Com. No. 219, a.w. (noot 3), p. 54. Zie ook para. 3.46 op p. 25: 'We believe that the parties' contractual obligations should be of paramount importance in assessing whether the plaintiff's conduct was reasonable.' Zie voorts para. 4.29 op p. 38.

42 § 254 I BGB betreft 'mitwirkendes Verschulden' in het algemeen, terwijl § 254 II BGB specifiek betrekking heeft op 'Verschulden' in de nakoming van een schadebeperkingsplicht.

43 Losbl. Schadevergoeding art. 101 (Boonekamp), aant. 37.

overeenkomst gehouden was. Wanneer de gedraging van de crediteur die de schade mede veroorzaakte niet als het verzuim van zo'n schadebeperringsplicht kan worden gekarakteriseerd, zou men in beginsel kunnen betogen dat voor toepassing van het leerstuk van 'eigen schuld' in het gegeven geval geen ruimte is. Echter, gegeven de aard en inhoud van de overeenkomst valt niet uit te sluiten dat de gedraging van de crediteur op zich zelf niet het karakter van het tekortschieten in de nakoming van een schadebeperringsplicht heeft, maar desalniettemin kan worden gekenschetst als het niet naleven van een *andere* norm die de crediteur gelet op de aard en de inhoud van de overeenkomst gehouden was na te leven. Hier zal men naar mijn mening kunnen toekomen aan art. 6:101 lid 1 BW.

Bij lezing van het voorgaande kan de indruk zijn ontstaan dat het leerstuk van 'eigen schuld' niet in *al* haar facetten als een exponent van het vervagend onderscheid tussen onrechtmatige daad en contract kan worden beschouwd. Uitdrukkelijk aandacht vragen voor een toetsing van het eerste begrip 'toerekenen' in art. 6:101 lid 1 BW, in die gevallen waarin 'eigen schuld' binnen het *contractenrecht* wordt toegepast, suggereert immers dat een dergelijke toetsing irrelevant zou zijn in vergelijkbare gevallen binnen het onrechtmatige daadsrecht. Niets is minder waar. Ook dáár dient mijns inziens een dergelijke toetsing plaats te vinden, doch de rechtspraak lijkt daar zoals gezegd geen expliciete aandacht aan te besteden.⁴⁴ Wellicht dat hier de volgende verklaring voor kan worden gegeven.

Alle deelnemers aan het maatschappelijk verkeer dienen hun leven op een zodanige wijze dienen in te richten, dat zij geen onrechtmatige daden plegen. Elke deelnemer kan en behoort dat te doen door middel van een ontelbaar aantal gedragingen, die hij in feite gedurende zijn hele bestaan aan de dag dient te leggen jegens een onbeperkt aantal andere deelnemers aan dat maatschappelijk verkeer. Deelnemers aan het maatschappelijk verkeer hebben daarnaast de verplichting om binnen de grenzen van hun mogelijkheden te voorkomen dat zij schade zullen lijden. Gezien de veelheid aan relaties die zij met anderen onderhouden — hetzij op regelmatige hetzij op incidentele basis — zullen zij door middel van een onbegrensd aantal gedragingen invulling behoren te geven aan de op hen rustende schadebeperringsplicht. Waarschijnlijk is het zo dat men bij de toepassing van art. 6:101 lid 1 BW in onrechtmatige daadsituaties bijna altijd wel een concrete schadebeperringsplicht zal kunnen aanwijzen, die de benadeelde in het concrete geval verzuimde na te komen. Wellicht dat om die reden de

44 Het *Bussluit*-arrest daargelaten, zie HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547, nt. CJHB (Diemen/Rep-Tax BV).

noodzaak tot het aanwijzen van het verzuim van een dergelijke plicht bij de toepassing van 'eigen schuld' binnen het onrechtmatige daadsrecht naar de achtergrond is gedrongen. Bij de toepassing van het leerstuk binnen contractuele rechtsverhoudingen kan men er naar mijn mening echter niet aan ontkomen om het tekortschieten in de naleving van een op de crediteur rustende norm — voortvloeiend uit de overeenkomst — aan te wijzen. Binnen de overeenkomst hebben partijen zich jegens elkander immers tot andere gedragingen verplicht dan die waartoe zij buiten de overeenkomst verplicht zouden zijn geweest.⁴⁵ De vraag die dan vervolgens rijst is, of de gedragingen van de crediteur in de casus (2) en (5) als normschendend kunnen worden gekenschetst.

3.2 Toerekening van 'eigen schuld' in casuspositie (2)?

In casus (2) werd de aansprakelijkheid van de debiteur van de materiële of intellectuele prestatie vastgesteld: hij was het, die in het proces van doelverwezenlijking een onjuiste keuze maakte die tot het ontstaan van een probleem leidde, terwijl hij over de mogelijkheden beschikte om de juiste beslissing te nemen. Kan de gedraging van de crediteur, namelijk het laten passeren van die onjuiste keuze van de debiteur, als 'eigen schuld' aan de laatste worden toegerekend? Kan die gedraging worden gekarakteriseerd als de schending van een norm waartoe de benadeelde crediteur gelet op de overeenkomst gehouden was? In hoeverre speelt daarbij een rol dat de crediteur zich contractueel de bevoegdheid heeft voorbehouden om de debiteur te kunnen controleren bij de nakoming van diens verplichtingen?

Laat ik vooropstellen dat, wanneer de crediteur zich er contractueel toe *gebonden* heeft de nakoming van de overeenkomst door de debiteur op gezette tijden te controleren en, indien nodig, de laatste op diens tekortkomingen te wijzen, er eenvoudig een tekortkoming in de nakoming van een *verbinten*is kan worden geconstrueerd indien de crediteur een tekortkoming van de debiteur laat passeren terwijl bij deugdelijke nakoming van zijn controleverplichting die tekortkoming de crediteur had moeten opvallen. In dergelijke gevallen zou men aan 'eigen schuld' kunnen toekomen. Maar ik betwijfel of dat óók het geval is daar waar de crediteur

45 Vergelijk ook Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) nr. 1, waar de schrijver terecht opmerkt dat partijen in het delictuele aansprakelijkheidsrecht slechts toevallig met elkaar in aanraking komen en dat van een bijzondere relatie, waarbij rekening zal moeten worden gehouden met al hetgeen over en weer is afgesproken en de gerechtvaardigde verwachtingen die beide partijen hebben — mede gelet op hetgeen zich eerder tussen hen heeft afgespeeld — geen sprake is. Vergelijk ook de bijdrage aan deze bundel van M.A.B. Chao-Duivis, paragraaf 2, in het bijzonder noot 29.

zich louter de contractuele *bevoegdheid* heeft voorbehouden om de nakoming van de overeenkomst door de debiteur naar eigen inzichten aan een controle te onderwerpen. Uitoefening van die bevoegdheid staat de crediteur vrij en geschiedt enkel en alleen in diens eigen belang. Die uitoefening is geen *conditio sine qua non* voor de debiteur ten einde de op hem rustende verplichtingen te kunnen nakomen: ook wanneer de crediteur besluit géén controle uit te oefenen, zal de debiteur toch in staat moeten zijn de overeenkomst zelfstandig na te komen. Voorts maakt het *in concreto* uitoefenen van een contractuele controlebevoegdheid die bevoegdheid niet automatisch tot een controleverbintenis, wanneer bij het uitoefenen daarvan een tekortkoming van de debiteur over het hoofd wordt gezien. Van een normschending door de benadeelde crediteur zal hier geen sprake zijn. De grens ligt naar mijn mening daar waar kan worden vastgesteld dat de crediteur *wist* dat de debiteur tekortschoot in de nakoming van zijn verplichtingen en hij deze tekortkoming desalniettemin liet passeren.⁴⁶

3.3 Toerekening van 'eigen schuld' in casuspositie (5)?

In casus (5) wordt de aansprakelijkheid van de debiteur van de materiële of intellectuele prestatie eveneens verondersteld. Hij verzuimde in te grijpen daar waar de crediteur een onjuiste keuze maakte die het resultaat van het proces van doelverwezenlijking ongunstig beïnvloedde. De gedraging van de crediteur kon er in deze casus niet toe leiden dat de debiteur van diens aansprakelijkheid uit hoofde van de niet nakoming van zijn verplichting tot ingrijpen werd ontslagen. Maar kan die gedraging van de crediteur vervolgens reden geven om de *schadevergoedings*verplichting van de debiteur te verminderen? Het is goed om voor ogen te houden dat *beide* partijen in dit geval een onjuiste keuze hebben gemaakt en dat *beide* keuzes in hun onderlinge samenhang tot het ontstaan van de schade hebben geleid. Het is derhalve niet zo dat het causale verband tussen de primaire onjuiste keuze van de crediteur als het ware doorbroken wordt door de secundaire onjuiste keuze van de debiteur. Zou men de causale betekenis van de gedraging van de crediteur *wel* laten neutraliseren door de secundaire gedraging van de debiteur, dan maakt men een *normatieve* keuze, daarbij de feiten terzijde schuivend.

46 In zo'n geval lijkt me dat een tekortschieten in de nakoming van een schadebeperkingsplicht kan worden geconstrueerd. De tekortkoming aan de zijde van de debiteur van de materiële of intellectuele prestatie zal immers tot (nog meer) schade leiden wanneer de crediteur niet ingrijpt daar waar hij op de hoogte is van die tekortkoming.

De vraag die vervolgens rijst is, of het maken van een onjuiste keuze door de crediteur in dit geval kan worden gekarakteriseerd als een falen in het doen of nalaten van datgene waartoe hij gelet op de overeenkomst gehouden was. Het lijkt mij dat hier in elk geval een normschending kan worden aangenomen in die gevallen waarin de crediteur willens en wetens hetzij relevante voorinformatie achterhoudt dan wel onjuiste voorinformatie aan de debiteur verschaft, die door deze laatste vervolgens als verdere basis voor de nakoming van *zijn* materiële of intellectuele prestatie wordt gebruikt. Daar lijkt mij ruimte voor de toepassing van het leerstuk van 'eigen schuld'.⁴⁷ Maar in veel gevallen zal door de crediteur juist een onjuiste keuze worden gemaakt *zonder* dat hij zelf van die onjuistheid op de hoogte is. Tekortschieten in de nakoming van een schadebeperkingsplicht lijkt mij hier niet voor de hand te liggen. Toch lijkt het mij mogelijk om in dit geval — anders dan bij casus (2) — de gedraging van de crediteur als normschendend te karakteriseren ten einde de casus binnen het raamwerk van art. 6:101 lid 1 een plaats te kunnen geven. De norm die de crediteur hier mijns inziens schendt is, dat hij de debiteur niet de medewerking verleent die voor de laatstgenoemde *nodig* is om de overeenkomst te kunnen nakomen. Eerder werd gesteld dat op de crediteur uit hoofde van art. 6:58 BW een zodanige gehoudenheid rust. Wanneer noodzakelijke medewerking niet door de crediteur wordt verleend, worden daaraan rechtsgevolgen in zijn nadeel toegekend, zo bleek ook uit de casusposities (3) en (4). In de onderhavige casuspositie doet zich in feite hetzelfde voor, zij het dat thans ook aan de zijde van de debiteur een rechtens relevante onjuiste keuze is gemaakt. Betoogd zou kunnen worden dat de crediteur niet de voor de debiteur noodzakelijke medewerking verleent wanneer hij een *onjuiste* keuze of beslissing aan de debiteur kenbaar maakt, terwijl een *juiste* keuze of beslissing voor de laatste een noodzakelijke voorwaarde vormde ten einde de overeenkomst te kunnen nakomen.⁴⁸ Deze uit normschending bestaande gedraging van de crediteur heeft mede bijgedragen aan het ontstaan van de schade en zou mitsdien moeten worden meegewogen bij de vaststelling van de omvang van de schadevergoedingsplicht van de debiteur.

47 Ook hier zou aansluiting kunnen worden gezocht bij het tekortschieten in de nakoming van een schadebeperkingsplicht.

48 Hier onderscheidt casus (5) zich ook van casus (2), waar de uitoefening van een controlebevoegdheid door de crediteur vanuit het oogpunt van de debiteur geen noodzakelijke voorwaarde is om de laatste in staat te stellen zijn verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst na te kunnen komen.

4 De vermindering van de vergoedingsplicht in concreto

De laatste vraag die in deze bijdrage nog kan worden gesteld, indachtig het centrale thema van de onderhavige bundel, betreft de wijze waarop moet worden vastgesteld in welke mate de schadevergoedingsplicht van de aansprakelijke debiteur behoort te worden verminderd gelet op de 'eigen schuld' van diens contractuele wederpartij. Ik zou slechts kort op deze kwestie willen ingaan; zij roept voor mij meer vragen op dan ik thans kan beantwoorden, door de wijze waarop de verdelingsmaatstaf van art. 6:101 lid 1 BW in het onrechtmatige daadsrecht wordt uitgelegd.

Als verdelingsmaatstaf geldt binnen het Nederlandse onrechtmatige daadsrecht ontegenzeggelijk de wederzijdse *causaliteit*.⁴⁹ Steun voor deze opvatting wordt gevonden bij art. 6:101 lid 1 BW, waaruit kan worden afgeleid dat 'de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen' maatgevend zijn bij de verdeling van de schade over beide partijen. Betoogd wordt dat de mate van wederzijdse schuld niet bepalend zou zijn. Gesteld dat dat laatste juist zou zijn, vraag ik mij af wat een jurist dan verder nog te zoeken heeft bij de toepassing van het leerstuk van 'eigen schuld'. Deze is immers niet opgeleid om vast te stellen in welke mate beide oorzaken aan het ontstaan van de schade hebben bijgedragen, anderen lijken daarvoor betere papieren te hebben. Ik vraag mij in dit verband voorts af of het eigenlijk wel mogelijk is om exact te bepalen in welke mate de ene oorzaak 'meer' aan het ontstaan van de schade heeft bijgedragen dan de andere. De samenlopende oorzaken in de bovenstaande casusposities (2) en (5) bijvoorbeeld, zijn mijns inziens te zeer met elkaar verweven. Het lijkt dan verleidelijk om het meeste gewicht toe te kennen aan de *primaire* oorzaak, hetgeen in casus (2) de onjuiste keuze van de debiteur is en in casus (5) die van de crediteur. Maar ik betwijfel of een dergelijk uitgangspunt vanuit een natuurwetenschappelijke optiek wel houdbaar is en of het niet veel meer een *normatief* oordeel is dat aan het maken van een dergelijke verdeelbeslissingen ten grondslag ligt. Ik wijs er op dat, analoog aan de causaliteitsmaatstaf in art. 6:101 lid 1 BW, in § 254 I BGB wordt bepaald dat de wijze waarop de schade over partijen zal moeten worden verdeeld met name ervan afhangt in hoeverre de schade overwegend door de ene dan wel de andere partij 'verursacht' is. In het Duitse recht gelooft men echter al lang niet meer dat de causaliteit

49 Losbl. Schadevergoeding art. 101 (Boonekamp), aant. 5 en 16. Vergelijk ook HR 2 juni 1995, RvdW 1995, 118C, 119C en 120 C (Marloes de Vos, Quafa Ayachi en Pierre Wildiers), eerder besproken onder 3.1 in noot 32.

als enige maatstaf kan functioneren bij het beantwoorden van verdelingsvraagstukken in het kader van § 254 I BGB. Naast 'Verursachung' zal ook de mate van 'Verschulden' van beide partijen in beschouwing moeten worden genomen.⁵⁰ Eenzelfde uitgangspunt ligt ten grondslag aan de Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945 en wordt voorts ondersteund door de Engelse Law Commission: zowel 'causation' als 'blameworthiness' zullen door de Engelse rechter in ogenschouw moeten worden genomen bij het vaststellen van de 'apportionment' in concrete gevallen.⁵¹ Het schijnt mij toe dat hier nog voldoende reden voor onderzoek is.

Ten slotte, meer stellige uitspraken kunnen mijns inziens worden gedaan in het kader van de toepassing van de billijkheidscorrectie aan het slot van art. 6:101 lid 1 BW binnen het kader van de casusposities (2) en (5). Een partij die tijdens het proces van doelverwezenlijking *willens en wetens* een onjuiste keuze maakt dan wel een onjuiste keuze van diens wederpartij laat passeren, trekt mijns inziens een belangrijk deel van de schade zo niet de gehele schade naar zich toe. Voor casus (2) betekent dat in de gevallen waarin de crediteur slechts een controlebevoegdheid heeft dat, zodra het tekortschieten van een schadebeperkingsplicht aan de zijde van de crediteur kan worden geconstrueerd, de billijkheidscorrectie per definitie in het nadeel van de crediteur kan worden toegepast. Immers, zo'n tekortschieten zou ik voor die casus alleen willen aannemen in de gevallen waarin de crediteur *wist* dat de debiteur gebrekkig presteerde. In casus (5) zou de billijkheidscorrectie in ieder geval in het nadeel van de debiteur moeten uitvallen in de gevallen waarin deze *wist* dat de crediteur een onjuiste keuze maakte en desalniettemin op basis van die keuze voortging met de nakoming van de overeenkomst.

5 Besluit

Toerekening van 'eigen schuld' in het contractenrecht behoeft beslist geen anomalie te zijn. Het leerstuk lijkt mogelijkheden te bieden om de consequenties van een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst over *beide* partijen te spreiden, daar waar die consequenties door de gedragingen van beide contractpartijen gezamenlijk in het leven zijn geroepen. De vragen die daarbij moeten worden beantwoord, zijn voor

50 *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Beck, München 1994, § 254 (Grunsky) Rdn. 19.

51 Law Com No. 219, a.w. (noot 3), para. 4.18-4.22, p. 35-36.

een deel gelijk aan die welke de onderzoeksagenda van de onrechtmatige daadspecialisten beheersen en die ik hierboven onder 4 slechts kort belicht heb. Het betreft dan de toepassing in concrete gevallen van de primaire verdelingsmaatstaf ('de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen') alsmede die van de billijkheidscorrectie aan het einde van art. 6:101 lid 1 BW ('dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist'). Een eigen kleur lijkt evenwel aan de toepassing van het leerstuk binnen het contractenrecht te kunnen worden gegeven, door bij die toepassing een meer expliciete bezinning te eisen op de vraag wanneer een 'omstandigheid' 'aan de benadeelde kan worden toegerekend'. Bij de beantwoording van die vraag dient mijns inziens als maatstaf te gelden, tot welk gedrag de crediteur uit hoofde van de overeenkomst verplicht was.

Ontbinding als ultimum remedium

1 Inleiding

Ontbinding is een rechtsmiddel dat nog steeds in belangrijke mate gekleurd wordt door de ‘alles of niets’-benadering. Het gaat hier om een ingrijpend rechtsmiddel, doordat het gericht is op (partiële) opheffing van de contractband. Voorts is de bevoegdheid tot ontbinding van meerzijdige rechtshandelingen een wilsrecht. De rechter komt daarbij geen discretionaire bevoegdheid toe. De Nederlandse wetgever is zich in het kader van het codificatieproces bewust geweest van dit ingrijpende karakter. In de wet zijn zowel de gronden als de gevolgen van ontbinding teruggedrongen ten opzichte van het oude — vóór 1 januari 1992 geldende — recht. Voorts is mogelijkheid tot aanpassing van een contractuele verhouding bij de invoering van het huidige BW aanzienlijk toegenomen. Deze relativering van de ontbinding is in overeenstemming met de ook in het privaatrecht inmiddels diep gewortelde ontwikkeling in deze eeuw van een individualistisch naar een meer sociaal maatschappijbeeld. Een contractspartij moet niet alleen rekening houden met zijn eigen belangen, maar — afhankelijk van de omstandigheden van het geval — redelijkerwijze ook met die van de wederpartij. Deze ontwikkelingslijn heeft haar eindpunt nog niet bereikt. In de Nederlandse en buitenlandse literatuur wordt in toenemende mate met kracht gepleit voor verdere relativering van de bevoegdheid tot ontbinding van overeenkomsten.

2 Recht op ontbinding?

Art. 6:265 lid 1 BW bepaalt dat iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen aan de wederpartij in beginsel de bevoegdheid geeft om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te

* Jack Linssen is als universitair docent verbonden aan de vakgroep privaatrecht en aan het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht, KU Brabant.

ontbinden.¹ Deze bepaling is een uitvloeisel van de — mijns inziens inmiddels achterhaalde — klassieke opvatting dat bij niet-nakoming de wederpartij *recht* heeft op ontbinding. In de Toelichting-Meijers wordt in dit verband opgemerkt:

‘In het algemeen moet een teleurgestelde crediteur erop kunnen rekenen dat hij recht op ontbinding heeft.’²

Dit uitgangspunt wordt onder meer bevestigd in de Toelichting-Meijers op de regeling voor misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 lid 3 BW).³ Daar wordt opgemerkt dat wilsrechten, zoals de bevoegdheid tot ontbinding van een overeenkomst, in beginsel niet misbruikt kunnen worden omdat de uitoefening daarvan ‘door het recht geheel aan het vrije oordeel van hem, wie deze bevoegdheid is toegekend, is overgelaten’. In deze context is begrijpelijk dat in de Nederlandse literatuur doorgaans wordt opgemerkt dat de wet en de Parlementaire Geschiedenis in beginsel geen ruimte laten voor de opvatting dat de rechter discretionaire bevoegdheid toekomt bij de beslissing of een overeenkomst al dan niet ontbonden zal worden.⁴

Dat deze klassieke benadering nog steeds als uitgangspunt geldt, is vrij recent in de rechtspraak bevestigd. In *Tromp-Franca/Regency Residence NV*⁵ werd in cassatie gesteld dat het hof — ambtshalve — had moeten onderzoeken of niet via een ander minder ver gaand alternatief dan door (partiële) ontbinding recht zou kunnen worden gedaan aan de gerechtvaardigde belangen van partijen.⁶ De Hoge Raad oordeelde dat deze opvatting geen steun vindt in het Nederlandse recht:

1 Art. 6:265 lid 1 BW spreekt over ‘iedere tekortkoming’. Blijkens de Parl. Gesch. Boek 6, p. 1004, maakt het in beginsel geen verschil of de niet-nakoming totaal is, dan wel gedeeltelijk, of kwalitatief van aard.

2 Parl. Gesch. Boek 6, p. 1005. Zie voorts Parl. Gesch. Boek 6, p. 300: ‘De Hoge Raad heeft enkele malen beslist, dat bij wederkerige overeenkomsten de schuldeiser door het verzuim een verkregen *recht* op ontbinding heeft, dat hem door een aanbod van de schuldenaar om alsnog te presteren, niet kan worden ontnomen’ (curs. JGAL). Verwezen wordt naar HR 30 december 1892, W 6330 en HR 14 december 1893, W 6445. *Idem*, p. 1012: ‘dat aan degene jegens wie in de nakoming tekortgeschoten is, *de keuze* is gegeven of hij gehele of gedeeltelijke ontbinding wenst, zoals hij ook vrij is om in het geheel geen ontbinding te kiezen, maar vervangende schadevergoeding dan wel nakoming met aanvullende schadevergoeding’ (curs. JGAL).

3 Parl. Gesch. Boek 3, p. 1040.

4 Parl. Gesch. Boek 6, p. 1005: ‘(...) dat het voor de rechtszekerheid van groot belang is dat verklaringen tot ontbinding niet te spoedig nietig worden verklaard’.

5 HR 24 november 1995, NJ 1996, 160.

6 M.M. van Rossum, *Het recht op ontbinding en de gerechtvaardigde belangen van partijen*, NJB 1997, p. 577 e.v.

‘Indien wanprestatie van een contractspartij van dien aard is dat zij (...) in beginsel ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigt, heeft de partij jegens wie deze wanprestatie is gepleegd, *de keuze* tussen de hem, mede als gevolg van die wanprestatie, ten dienste staande bevoegdheden en brengt geen regel van dat recht mee dat van ontbinding zou behoren te worden afgezien op de enkele grond dat de schuldeiser door een alternatief — bij voorbeeld nakoming met schadevergoeding — niet in een wezenlijk nadeliger positie zou komen te verkeren, laat staan dat de rechter deze mogelijkheid ambtshalve zou dienen te onderzoeken.’

In deze uitspraak ligt mijns inziens besloten dat iedere voldoende ernstige tekortkoming in beginsel ontbinding rechtvaardigt (art. 6:265 BW) en dat tussen de tekortkoming en de sanctie van ontbinding geen (volledige) evenredigheid behoeft te bestaan. Dit betekent niet dat de debiteur die zich in het kader van een wederkerige overeenkomst schuldig heeft gemaakt aan een tekortkoming, (steeds) overgeleverd is aan de willekeur van de crediteur. Zoals we hierna nog zullen zien is het uitgangspunt, dat ontbinding in beginsel een recht van de crediteur is, in de loop der tijd gerelativeerd. In het kader van deze relativiseringstendens is de rol van de rechter (enigszins) toegenomen. Momenteel geldt echter nog niet dat de ontbinding ter discretie van de rechter staat. Zoals Hijma en Olthof terecht opmerken is de toetsing door de rechter in het kader van een ontbindingsprocedure ‘min of meer marginaal’;⁷ de rechter volstaat in beginsel met te oordelen over de vraag: ontbinden, ja of neen, of partieel.⁸

In Duitsland wordt de bevoegdheid tot ontbinding weliswaar aangemerkt als een aan de crediteur toekomend (keuze)recht,⁹ maar uitoefening daarvan is eerst mogelijk na het verstrijken van een aan de in verzuim verkerende debiteur gestelde ‘Nachfrist’ waarbinnen alsnog kan worden gepresteerd.¹⁰

7 J. Hijma en M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer 1996, nr. 523.

8 HR 24 november 1995, NJ 1996, 160 (Tromp-Franca/Regency Residence NV), in het bijzonder het incidenteel cassatiemiddel, nr. 4.4.

9 Zie: BGH 28 maart 1952, BGHZ 5, p. 337-342 (op p. 340): ‘§ 326 BGB gibt dem Berechtigten die Wahl zwischen dem Rücktritt und dem Verlangen auf Schadensersatz; er kann die Wahl nach seinem Belieben ausüben und wird in der Regel dasjenige Recht vorziehen, dessen Geltendmachung ihm eine günstigere wirtschaftliche Lage verspricht.’ Vergelijk: K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil*, München 1987, § 22 IIa, noot 19; V. Emmerich, *Das Recht der Leistungsstörungen*, München 1986, § 10 I.

10 Een ‘Nachfrist’ is gesteld in het belang van de debiteur. Dit systeem treffen we ook aan in het Ontwerp Meijers. Art. 6.5.4.6 lid 2 OM bepaalde dat indien nakoming nog mogelijk is, de bevoegdheid tot ontbinding slechts kan worden uitgeoefend indien de in verzuim verkerende schuldenaar niet voldoet aan een schriftelijke of gerechtelijke aanmaning tot nakoming binnen een redelijke termijn. Uit het Voorlopig Verslag II (Parl. Gesch. Boek 6, p. 1009 en in het bijzonder p. 303) zou men zelfs kunnen afleiden dat het aan de schuldeiser toekomende keuzerecht mede gerechtvaardigd wordt door de ‘Nachfrist’: ‘De termijn van de (...) verplicht gestelde aanmaning is voor de schuldenaar voldoende om nog

In het Franse recht is de autonomie van de schuldeiser veel verder beperkt. Er is geen sprake van een aan hem toekomend recht op ontbinding. De ontbinding dient in rechte gevorderd te worden en de rechter heeft een ruime discretionaire bevoegdheid.¹¹ Zo schrijft Starck:

‘Il ne suffit pas que la résolution soit demandée, il faut encore que le tribunal estime qu’il est opportun de la prononcer. A cet effet, le juge dispose d’un large pouvoir d’appréciation.’¹²

De Franse rechter kan naar aanleiding van de vordering tot ontbinding bijvoorbeeld de schuldenaar een ‘terme de grâce’ gunnen (art. 1184 lid 3 C. civ), of de vordering slechts gedeeltelijk toewijzen, of indien hij de ontbinding afwijst kan hij een schadevergoeding toekennen en/of nakoming bevelen indien zulks onder de gegeven omstandigheden mogelijk is. Deze rechterlijke vrijheid vindt haar rechtvaardiging in het ingrijpende karakter van de ontbinding. Zo schrijft Carbonnier: ‘C’est que la résolution n’est qu’un ultimatum subsidium, un remède extraordinaire, auquel l’exécution doit toujours être préférée.’¹³

3 Relativeringen

3.1 Redelijkheid en billijkheid

3.1.1 De ‘tenzij-bepaling’

Als hoofdregel geldt dat een tekortkoming de schuldeiser de bevoegdheid verschaft de overeenkomst te ontbinden, *tenzij* de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis de gevraagde (partiële) ontbinding

na te komen en aldus een dreigende omzetting tegen te gaan. Is eenmaal die termijn verlopen, dan moet de schuldeiser vrij zijn om, al naargelang het hem uitkomt, zijn keuze te bepalen ófwel op nakoming plus aanvullende schadevergoeding ófwel op vervangende schadevergoeding ófwel (eventueel) op ontbinding plus schadevergoeding.’

11 Zie de bijdrage van D. Tallon aan hoofdstuk 6 (Remedies), in: D. Harris en D. Tallon (ed.), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons*, 1989, p. 271: ‘The judge has a discretionary power to decide whether or not to bring the contract to an end and he is not constrained by the choice of the plaintiff.’ Vergelijk H.L.J. Mazeaud en F. Chabas, *Leçons de droit civil*, T. II, deel I, Parijs 1978, p. 1114.

12 B. Starck, *Droit Civil, Obligations* 2, Paris 1986, nr. 1599.

13 Zie in dit verband T. Hartlief, *Ontbinding, over ongedaanmaking, bevrijding en rechterlijke bevoegdheden bij ontbinding wegens wanprestatie*, Deventer 1994, par. 4.6.6. Hij verwijst aldaar naar J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, Paris 1992, nr. 187, p. 345.

met haar gevolgen niet rechtvaardigt (art. 6:265 lid 1 BW). Deze uitzondering wordt vaak aangemerkt als een uitvloeisel van de algemene redelijkheid en billijkheid (6:2 BW).

De Parlementaire Geschiedenis leert dat men van de 'tenzij-bepaling' geen al te grote verwachtingen mag koesteren. In de Toelichting-Meijers wordt opgemerkt:

'Men blijve zich echter steeds ervan bewust dat de hier besproken zinsnede (lees: 'de tenzij-bepaling', JGAL) een *uitzonderingsbepaling* is, en dat vooral de gevallen waarin de bijzondere aard van de tekortkoming of de buitengewoon ingrijpende gevolgen van een ontbinding de doorslag geven tot een uitsluiting van de ontbinding, *vrij zeldzaam zijn*.¹⁴

Deze nogal eenzijdige benadering zien we terug in het kader van de bewijslastverdeling. In *Abbas/Woningbouwvereniging 's-Gravenhage* kwam aan de orde de vraag wie dient te bewijzen dat de tekortkoming de ingrijpende gevolgen van ontbinding *niet* rechtvaardigt.¹⁵ De Hoge Raad besliste dat het hier gaat om een uitzondering op de regel dat een tekortkoming ontbinding wettigt en dat het de taak is van de in gebreke zijnde debiteur om voldoende gemotiveerd te stellen waarom ontbinding in het concrete geval niet gerechtvaardigd is.

Hieruit volgt dat ook de 'tenzij-bepaling' gekleurd is door de opvatting dat de teleurgestelde schuldeiser erop moet kunnen rekenen dat hij recht op ontbinding heeft. Daarmee lijkt Nederland enigszins uit de pas te lopen met de internationale ontwikkelingen. Zo wordt in art. 7.3.1 van de UNIDROIT-principles bepaald:

'A party may terminate the contract where the failure of the other party to perform an obligation under the contract amounts to a *fundamental non-performance*' (curs. JGAL).

Of er sprake is van een 'fundamental non-performance' moet, evenals bij de toepassing van de Nederlandse 'tenzij-bepaling', worden bepaald op grond van de feiten en omstandigheden van het geval. Beide bepalingen hoeven niet te leiden tot uiteenlopende resultaten. De tekst van art. 6:265 lid 1 BW laat voldoende ruimte en — zoals Nieuwenhuis terecht opmerkt — 'Parlementaire geschiedenis is inderdaad geschiedenis; altijd instructief maar nimmer definitief'.¹⁶

14 Parl. Gesch. Boek 6, p. 1005.

15 HR 31 december 1993, NJ 1994, 317.

16 J.H. Nieuwenhuis, *Vernietiging, ontbinding of aanpassen*, WPNR 6164-6165 (1995), p. 39.

3.1.2 *Het 'redelijk alternatief'*

Bakels heeft zich in zijn dissertatie sterk gemaakt voor een algemenere beperking of uitsluiting van de bevoegdheid tot ontbinding

- indien er voor de schuldeiser andere juridische wegen opstaan dan die van (de gekozen vorm van) ontbinding,
- terwijl voor de schuldenaar onnodig of anderszins onredelijk nadeel wordt veroorzaakt door de (gekozen vorm van) ontbinding'.¹⁷

Bakels spreekt in dit verband over 'het redelijk alternatief' als beperking van het recht op (algehele) ontbinding: ontbinding als meest ingrijpende maatregel is in beginsel pas gerechtvaardigd als aan de schuldeiser geen minder vergaande middelen ten dienste staan. Als (redelijke) alternatieven voor een algehele ontbinding noemt hij niet alleen de 'gedeeltelijke ontbinding', maar ook de aanvullende of vervangende schadevergoeding, de opschorting en herstel of vervanging. Voor dit voorstel zijn vooral aanknopingspunten te vinden in het systeem van de koopovereenkomst en dat van aanneming van werk. Juist op die terreinen geldt meer evenredigheid tussen de tekortkoming en de daaraan verbonden gevolgen.

Voor de *koopovereenkomst* bepaalt art. 7:21 lid 1 BW: beantwoordt het geleverde niet aan de overeenkomst, dan kan de koper aflevering van het ontbrekende, herstel of vervanging van de afgeleverde zaak vorderen. De aan de koper toekomende vrijheid om te kiezen voor vervanging of herstel is niet onbegrensd.

Aan een vordering tot *herstel* kan worden tegengeworpen dat zij alleen kan worden verlangd indien het voor de verkoper mogelijk is én indien het — mede bedrijfseconomisch bezien — in redelijkheid van de verkoper kan worden gevergd. Of herstel redelijkerwijs van de verkoper kan worden verlangd, komt neer op een afweging van de belangen van de koper en verkoper. Hierbij zal onder meer gewicht worden toegekend aan omstandigheden als: 'aard van het gebrek; gebruiksdoel van de zaak; de aard van het herstel; de omvang der herstelkosten, mede in relatie tot de waarde van de zaak en de kosten van een eventuele vervanging; de omvang van de ondeugdelijkheid; de te verwachten duur van het gebruik van de zaak; de woonplaats van verkoper en koper'.¹⁸

17 Mon. Nieuw BW B-58 (Bakels), nr. 27. Zie ook F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten*, diss. Leiden 1993, p. 260.

18 Zie Asser-Schut-Hijma (1994) nr. 390 en R.H.C. Jongeneel, *Koop en Consumentenkoop*, Zwolle 1990, p. 56.

Bij kennisneming van de Parlementaire Geschiedenis in verband met *vervanging* blijkt dat de wetgever niet altijd dezelfde duimstok heeft gebruikt. Verlangt de koper bijvoorbeeld¹⁹ vervanging, terwijl herstel van het afgeleverde vrij eenvoudig te realiseren is, dan kan de verkoper op grond van art. 7:21 lid 1 c BW tegenwerpen dat de afwijking van het overeengekomene te gering is om vervanging te rechtvaardigen. Met deze beperking wordt blijkens de Parlementaire Geschiedenis hetzelfde beoogd als met de in art. 6:265 lid 1 BW voor de ontbinding gestelde eis dat de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, de ontbinding met haar gevolgen moet rechtvaardigen.²⁰ Tot zover is er nog weinig nieuws. De vergelijking tussen ontbinding en vervanging is interessanter zodra het gaat om de situatie dat géén sprake is van een geringe afwijking. Vordert de koper in een dergelijk geval (gedeeltelijke) ontbinding ex art. 6:265 BW, dan zal op basis van het huidige systeem deze vordering moeten worden toegewezen. Deze keuze mag volgens de wetgever niet worden beperkt:

‘Indien de koper (in beginsel onder aanbidding van de ondeugdelijke zaak) de koopprijs terugvordert, moet de verkoper hieraan voldoen. Het gebrek zal de koper niet zelden zijn vertrouwen in de deugdelijkheid van de soort, waartoe de zaak behoort, hebben doen verliezen. Vervanging behoort hem daarom niet te kunnen worden opgedrongen indien hij ontbinding wenst.’²¹

Verlangt de koper geen ontbinding maar op grond van art. 7:21 BW vervanging van het afgeleverde, dan kan hij wel geconfronteerd worden met een nadere beperking:

‘evenzo is het — afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval — mogelijk dat, ook al is de afwijking niet te gering om vervanging te rechtvaardigen, de koper in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou handelen door zijn keuze op vervanging te laten vallen zonder dat hij de verkoper de gelegenheid heeft geboden de zaak te herstellen’.²²

19 De vordering tot herstel is slechts toewijsbaar indien de verkoper daaraan redelijkerwijs kan voldoen. Of dit het geval is moet worden beantwoord op basis van een belangenafweging waarbij eveneens bedrijfseconomische gezichtspunten moeten worden meegewogen. Staan de kosten voor herstel bijvoorbeeld niet in een redelijke verhouding tot de waarde van de zaak en het belang voor de koper bij herstel, dan is de verkoper niet verplicht om herstel uit te voeren (Parl. Gesch. Boek 7, p. 142).

20 Parl. Gesch. Boek 7, p. 136.

21 Parl. Gesch. Boek 7, p. 138.

22 Parl. Gesch. Boek 7, p. 136. Zie hierover Bakels, a.w. (noot 17), p. 266 en Hartlief, a.w. (noot 13), p. 94 e.v.

Deze laatste benadering verdient de voorkeur. Zij biedt de mogelijkheid om, op basis van een integrale belangenafweging, te komen tot een voor beide partijen minst bezwarende uitkomst. Het valt alleen te betreuren dat de koper eenzijdig deze uitkomst (steeds) kan verhinderen door geen vervanging maar ontbinding te vorderen en vervolgens met de gerestitueerde kooppenningen op zoek kan gaan naar een andere verkoper.

Uit de rechtspraak op het terrein *aannemingscontracten* volgt dat de bijzondere vordering tot nakoming, gericht op herstel, moet worden afgewezen indien bij toewijzing daarvan de aannemer zou worden geconfronteerd met zodanige hoge kosten, die niet langer meer in een redelijke verhouding staan tot de tekortkoming en indien daarnaast, hetzij door het treffen van een alternatieve voorziening een andere aanvaardbare oplossing kan worden gevonden, hetzij door toekenning van een schadevergoeding een redelijke compensatie kan worden verkregen. De hieraan ten grondslag liggende gedachtegang heeft kennelijk inspiratie opgeleverd voor de nieuwe regeling voor aanneming van werk. Art. 7.12.8 lid 2 BW bepaalt dat de aanbesteder een recht op herstel van gebreken toekomt, tenzij de kosten daarvan niet in verhouding staan tot het belang van de aanbesteder bij het wegnemen der gebreken.²³ Daarnaast kent art. 7.12.9 BW de aanbesteder die de volledige prijs niet betaald heeft nog de bevoegdheid toe — zonder rechterlijke tussenkomst — de aannemingssom te verminderen overeenkomstig de mindere waarde van het geleverde.

Ondanks al deze aanknopingspunten vormt het systeem van het 'redelijk alternatief' nog geen algemene grond voor beperking van de bevoegdheid tot ontbinding. In het hiervoor genoemde arrest *Tromp-Franca/Regency Residence NV*²⁴ laat de Hoge Raad (vooralsnog) geen of in elk geval weinig ruimte voor het systeem van 'het redelijk alternatief'.²⁵ Indien de wanprestatie de ontbinding rechtvaardigt, heeft de schuldeiser volgens de Hoge Raad de keuze tussen de hem mede als gevolg van die wanprestatie ten dienste staande bevoegdheden. Deze aan de schuldeiser toekomende keuzemogelijkheid wordt niet doorkruist op de enkele grond dat de schuldeiser door een

23 Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen (1994) nrs. 575-579. H.O. Thunnissen, *Bouwaaneming volgens het NBW: evaluerende en rechtsvergelijkende beschouwingen*, Publikatie van de Vereniging voor Bouwrecht, Nr. 18, Deventer 1990, p. 65-66.

24 HR 24 november 1995, NJ 1996, 160.

25 T. Hartlief, *Subsidiariteit en proportionaliteit in het contractenrecht?*, AA 1997, p. 202, stelt dat het wel mee valt met de afwijzende houding van de Hoge Raad ten aanzien van het systeem van het 'redelijk alternatief'. Hij onderstreept de woorden 'op de enkele grond'. Hier kan men uit afleiden dat indien er tevens andere omstandigheden aan de orde zijn, wellicht wel de mogelijkheid bestaat tot voor het zogenaamde 'redelijk alternatief'.

alternatief — bijvoorbeeld nakoming met schadevergoeding — niet in een wezenlijk nadeliger positie zou komen te verkeren.

3.2 Gedeeltelijke ontbinding

De partij die bevoegd is om ontbinding te verlangen, is op grond van art. 6:265 BW vrij om te kiezen tussen gehele of gedeeltelijke ontbinding. De keuze voor gedeeltelijke ontbinding vindt eveneens haar begrenzing in de hiervoor besproken ‘tenzij-bepaling’. Toewijzing van een vordering tot gedeeltelijke ontbinding leidt tot een evenredige vermindering van de wederzijds prestaties in hoeveelheid of hoedanigheid en impliceert derhalve aanpassing van de contractuele verhouding.

Belangrijker zijn de uiteenzettingen in de Parlementaire Geschiedenis in verband met de situatie dat de schuldeiser voor algehele ontbinding heeft gekozen, doch dat dit niet gerechtvaardigd is als gevolg van de geringe betekenis of bijzondere aard van de tekortkoming. Mag de rechter in dit geval — ondanks een duidelijk geformuleerd *petitum* — beslissen tot toewijzing van een gedeeltelijke ontbinding? De wetgever beantwoordt deze vraag bevestigend: dat het mogelijk is dat afweging tussen de ontbinding en haar gevolgen en de aard en betekenis van de tekortkoming tot de conclusie leiden dat een algehele ontbinding niet, maar een vorm van gedeeltelijke ontbinding wel door de tekortkoming gerechtvaardigd is of dat de ene vorm van gedeeltelijke ontbinding niet en een andere vorm wel toewijsbaar is.²⁶

4 Extensivering van de relativeringstendens?

Zoals in de inleiding opgemerkt ziet het er niet naar uit dat het eindpunt van relativering — door middel van terugdringen van de bevoegdheid tot ontbinding en uitbreiding van de mogelijkheid tot aanpassing en wijziging van contractuele verhoudingen — al is bereikt. Hammerstein en Vranken werpen terecht de vraag op waarom het systeem van aanpassings- en

26 G. Hamaker, *De gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis*, in: *Nieuw BW, confronteer je er mee!*, Jonge Balie Congresbundel, Zwolle 1981, p. 177. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1005. Blijkens de in de invoeringswet geschrapte leden 2 en 3 van art. 6:270 BW was het aanvankelijk ook mogelijk om een rechterlijke ontbinding te verlangen indien een prestatie niet voor evenredige vermindering in hoeveelheid of hoedanigheid vatbaar was. De rechter kon dan in plaats van de vermindering betaling van een evenredig geldbedrag opleggen zowel aan de partij die recht heeft op ontbinding als aan de wederpartij. Hier wordt in de Memorie van Antwoord, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1021, aan toegevoegd: ‘De rechter heeft aldus de nodige vrijheid om in ieder individueel geval tot een redelijke oplossing te komen.’

wijzigingsbevoegdheden bij vernietiging niet ook geldt bij de ontbinding van een overeenkomst.²⁷ Ontbinding kan soms immers even ingrijpend en ongerechtvaardigd zijn als een vernietiging.

Extensivering van de relativeringstendens zal bij menigeen de indruk wekken dat de deur wordt opengezet voor rechtsonzekerheid en onvoorspelbare rechterlijke uitspraken. Om dergelijke gevaren af te wenden is het zaak nader aandacht te besteden aan enkele begrenzings voor de extensivering van de relativeringstendens.

4.1 *De materiële rechtvaardiging*

De rechtvaardiging voor een relativering van de (gevolgen) van de door een partij ingestelde vordering ligt allereerst besloten in de feiten en omstandigheden van het geval. In verband met de vordering tot ontbinding geeft Bakels een enuntiatieve reeks van gezichtspunten op basis waarvan in concreto kan worden beoordeeld of de gekozen juridische weg vanuit oogpunt van proportionaliteit (on)aanvaardbaar is.²⁸ Als belangrijke gezichtspunten worden onder andere genoemd:

- (1) de wederzijdse belangen van partijen: het nadeel bij de ene partij door en het belang voor de wederpartij bij effectuering van de gekozen vordering; de door de schuldeiser getroffen maatregelen om door de ontbinding bij de schuldeiser veroorzaakt nadeel te beperken;
- (2) het (voort)bestaan van het noodzakelijk vertrouwen tussen partijen: welke houding heeft de schuldenaar aangenomen naar aanleiding van de tekortkoming en in welke mate treft hem terzake de tekortkoming een verwijt?;
- (3) het gewicht van de tekortkoming: de ernst van de tekortkoming en de aard van de verbintenis waarin de schuldenaar tekortschiet.

Dergelijke gezichtspunten zijn niet alleen bepalend bij beantwoording van de vraag of er grond bestaat voor een zogenaamd 'redelijk alternatief', maar ook bij de afweging of er grond bestaat voor uitoefening van een aanpassings- of wijzigingsbevoegdheid. Samenvattend kan gezegd worden dat de materiële rechtvaardiging vergt dat de rechter op basis van de feiten en omstandigheden tot het oordeel komt dat het door eiser gevorderde als te vergaand niet kan worden toegewezen, maar dat een andere (eventueel minder ver strekkende) voorziening wel op zijn plaats is.

27 A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, Beëindiging en wijzigen van overeenkomsten, in: J. ten Kate (e.a.), *Miscellanea, Jurisconsulto vero Dedicata*, Deventer 1997, p. 125.

28 Mon. Nieuw BW B-58 (Bakels), nr. 27.

4.2 *De formele rechtvaardiging*

De rechter mag het aan hem gegeven proportionaliteits- of relativeringsinstrumentarium eerst aanwenden indien een der partijen dat verlangt of indien dat besloten ligt in de vordering die geldend wordt gemaakt.²⁹ Ambtshalve toepassing van de ontbinding van art. 6:265 BW is, net als bijvoorbeeld bij de aanpassings- en wijzigingsbevoegdheid van art. 6:230 BW, niet mogelijk. Evenmin is de rechter gehouden om — indien bijvoorbeeld ontbinding is gevorderd — ambtshalve te onderzoeken of en zo ja in hoeverre de noodzaak bestaat voor een alternatieve uitkomst. Dit volgt ook uit het eerder genoemde arrest *Tromp-Franca/Regency Residence NV*³⁰ waarin onder meer werd uitgemaakt dat de rechter niet ambtshalve dient te onderzoeken of de schuldeiser door een alternatieve uitkomst in een wezenlijk nadeliger positie komt te verkeren. Negeert men deze uitgangspunten dan bestaat kans op uitspraken die strijdig zijn met ons systeem van burgerlijke rechtsvordering.

Indien de rechter in vrijheid zou opereren dan zouden partijen geconfronteerd kunnen worden met ‘rechterlijke verrassingen’ die strijdig (kunnen) zijn met fundamentele beginselen van het burgerlijk procesrecht, zoals het beginsel van hoor en wederhoor. In dit verband zij erop gewezen dat ons systeem van burgerlijke rechtsvordering niet toestaat dat de rechter meer of anders toewijst dan door partijen is gevorderd (art. 382 Rv) en dat het de rechter evenzeer is verboden om rechtsfeiten of feitelijke gronden aan te vullen (art. 48 Rv). Deze en andere procesrechtelijke normen waarborgen de partij-autonomie. Bij de afgrenzing van de partij-autonomie en de vrijheid van de rechter dient in elk geval te worden uitgegaan van de navolgende gezichtspunten:

- (1) de feitelijke grondslag voor de verschillende vorderingen en uitspraken moet dezelfde zijn;
- (2) het moet aannemelijk zijn dat in het door eiser gevorderde ook een vordering tot het treffen van een minder verstrekkende of andere voorziening besloten ligt;
- (3) de wederpartij moet de vordering redelijkerwijze zo hebben opgevat of redelijkerwijze hebben begrepen dat eiser toewijzing van het andere (of mindere) heeft gewild, indien het primaire (of meerdere) niet toewijsbaar is.³¹

²⁹ Parl. Gesch. Boek 3, p. 239.

³⁰ HR 24 november 1995, NJ 1996, 160.

³¹ Zie voor deze gezichtspunten: Brunner in zijn noot onder HR 5 november 1982, NJ 1984, 125 (Algemeen Ziekenfonds Midden Brabant/Klijnsen).

4.3 Over kwantitatieve en kwalitatieve aanpassingen en wijzigingen

Juist in het kader van kwantitatieve aanpassingen en wijzigingen zal eerder voldaan zijn aan de hiervoor genoemde formele rechtvaardiging. Bijwege van voorbeeld kan gewezen worden op het in de Parlementaire Geschiedenis genoemde geval dat volledige ontbinding is gevorderd, terwijl de rechter slechts grond ziet voor een gedeeltelijke ontbinding. In een dergelijk geval kan de rechter zelf beslissen tot aanpassing van de contractuele verhouding. Vereist is wel dat aannemelijk is dat in hetgeen gevorderd is ook een vordering tot het treffen van de minder ver strekkende voorziening besloten ligt.³²

Problematischer zijn die gevallen waar aanpassing of wijziging zou leiden tot afwijking van het door eiser geformuleerde *petitum* in de dagvaarding. In dergelijke gevallen is, vooral in verband met de formele rechtvaardiging, tenminste voorafgaand overleg of instemming van partijen vereist. Aanknopingspunten hiervoor liggen onder meer besloten in het systeem van art. 6:258 BW.³³ Daarin wordt bepaald dat de rechter in verband met het intreden van onvoorziene omstandigheden in de rechtsgevolgen van een overeenkomst ingrijpt, door — desgevraagd — de overeenkomst te wijzigen of ontbinden. Hier staat het de rechter niet vrij om te wijzigen indien ontbinding wordt verlangd, of een wijziging uit te spreken anders dan gevraagd is. Ingevolge art. 6:260 lid 1 BW is het de rechter wel toegestaan om aan de gevraagde wijziging een voorwaarde te verbinden, bijvoorbeeld dat hij de gevraagde wijziging slechts gerechtvaardigd acht indien aan de ander tevens een schadeloosstelling wordt betaald. In dat geval geldt dat de partij die de ontbinding vroeg alsnog de keuze heeft: betaalt hij de schadeloosstelling, dan wordt daarmee de wijziging of ontbinding definitief; weigert hij betaling, dan mag de wederpartij hem aan de oorspronkelijke overeenkomst houden.³⁴

32 Vergelijk R. Overeem, *Overlast door kraaiende hanen (HR 29 oktober 1993, RvdW 1993, 212)*, Advocatenblad 1994, p. 76-77. In dit arrest van 29 oktober 1993 overwoog de Hoge Raad onder meer: 'Indien de rechter van oordeel is dat weliswaar een gevorderde voorziening als te vergaand niet kan worden toegewezen, maar dat een minder verstrekkende voorziening wel op zijn plaats zou zijn, zal hij laatst bedoelde voorziening moeten toewijzen, indien hij aannemelijk oordeelt dat in hetgeen gevorderd is ook een vordering tot het treffen van de minder verstrekkende voorziening besloten ligt'.

33 Vergelijk M.E.G.M. Peletier, *Rechterlijk ingrijpen in evenredigheid, Over de keuze van correctie-mechanismen bij imprévision*, RMTh 1995, p. 423 e.v.

34 In het kader van een ontbinding van een arbeidsovereenkomst bepaalt art. 7:685 lid 9 BW dat de rechter, alvorens een ontbinding met daaraan een vergoeding uit te spreken, partijen van zijn voornemen in kennis stelt en partijen een termijn binnen welke de verzoeker de bevoegdheid heeft zijn verzoek in te trekken. Voor de goede orde zij benadrukt dat deze

5 Slot

Het systeem van ontbinding van overeenkomsten is geschreven in het belang van de schuldeiser en de in art. 6:265 lid 1 BW geregelde hoofdregel leidt in de meeste gevallen tot 'alles of niets'-oplossingen: indien de schuldenaar zich schuldig heeft gemaakt aan een tekortkoming, dan bepaalt de schuldeiser of de overeenkomst (geheel of gedeeltelijk) in stand blijft of wordt ontbonden. Deze 19e eeuwse benadering doet soms onvoldoende recht aan de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar. De binnen de contractuele verhouding geldende redelijkheid en billijkheid verlangen dat de schuldeiser bij de uitoefening van zijn bevoegdheid tot ontbinding niet alleen zijn eigen belangen nastreeft en die van de schuldenaar verwaarloost. Indien de gevolgen van een ontbinding te ingrijpend zijn dan moeten andere wegen open staan. Men denke hierbij niet alleen aan bijvoorbeeld nakoming en/of schadevergoeding in plaats van ontbinding, maar ook aan de mogelijkheden tot het afleveren van 'maatwerk' via aanpassing of wijziging van de contractuele verhouding. Dit systeem zal leiden tot een ander procesverloop, het dwingt partijen tot actief procederen en verlangt van de rechterlijke macht soms een iets andere taakopvatting.

bepaling praktisch gezien een dode letter is.

Postcontractuele schadevergoeding

1 Inleiding

Het onderwerp postcontractuele schadevergoeding geniet aanzienlijk minder bekendheid dan het spiegelbeeld ervan: de precontractuele schadevergoeding. Wie de registers in de handboeken erop na slaat, doet dat behoudens één uitzondering tevergeefs. Alleen Abas vermeldt in de registers van zijn bewerking van de negende druk van Hofmanns *Het Nederlands Verbintenissenrecht*, de algemene leer van de verbintenissen, het onderwerp postcontractuele verhoudingen. Dat verbaast bij nader inzien niet, want Abas heeft aan dat onderwerp in het WPNR in 1972 een groot artikel gewijd.¹ In dat artikel gaat hij in op de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak *Boogaard/Vesta*;² men zou kunnen zeggen dat dit de eerste 'leading case' met betrekking tot het onderhavige onderwerp is geweest. Dit arrest heeft in de literatuur enige aandacht³ getrokken — vooral echter vanwege de samenloopproblematiek tussen de actie uit wanprestatie en die uit onrechtmatige daad — maar met het artikel van Abas hebben we dan een tijd lang gehad.⁴ Daar trad verandering in met het arrest *Mattel/Borka*,⁵

* Monika Chao-Duivis is als directeur verbonden aan het Instituut voor Bouwrecht te 's-Gravenhage.

1 P. Abas, *Postcontractuele verplichtingen*, WPNR 5177 en 5178 (1972), p. 265-268 en p. 277-281.

2 HR 9 december 1955, NJ 1956, 157, nt. LEHR (Boogaard/Vesta).

3 Zie met name L.D. Pels Rijcken, *Verplichtingen van ex-firmenten na beëindiging der vennootschap*, TVVS, 1965, p. 39 e.v.; C.A. Boukema, *Civielrechtelijke samenloop*, diss. RU Leiden, p. 125 e.v.; Hofmann, Drion, Wiersma, *Het Nederlands verbintenissenrecht, de algemene leer der verbintenissen*, 1968, 8e druk, p. 188 e.v.; K. Wiersma, *Behoort de wet algemene regelen te bevatten omtrent de verhouding tussen de vorderingen uit onrechtmatige daad en die uit overeenkomst, en zo ja, welke?*, NJV preadvies 1960, p. 251 e.v.

4 Wel is er tussentijds aandacht voor de vraag naar de opzegbaarheid van overeenkomsten. Ik noem de dissertatie van J.F.M. Strijbos, *Opzegging van duurovereenkomsten*, Nijmegen 1985, die terloops aandacht aan het probleem van de schadeplichtigheid na het opzeggen besteedt, zie noot 20 op p. 164 behorende bij hoofdstuk 5, p. 112; en G.J.P. de Vries, *Opzegging van obligatoire overeenkomsten*, UvA 1990 (promotor was Abas).

5 HR 21 juni 1991, NJ 1991, 742, nt. PAS. In zijn artikel *Opzegging van duurovereenkomsten, tekortschietend jurisprudentierecht*, Advocatenblad 1993, p. 369 e.v. besteedt F.M. Smit in paragraaf 3, Goodwillvergoeding/schadevergoeding, aandacht aan deze uitspraak. Zijn

waar het dan echt ging om postcontractuele schadevergoeding en welke uitspraak de tweede 'leading case' genoemd kan worden.

Omdat het bij de postcontractuele schade om een nog min of meer onbekend gebied gaat, is het nodig alvorens op de verdeling van schade in de postcontractuele fase in te gaan een aantal voorvragen te beantwoorden. Ik begin echter met het weergeven van de beide arresten.

1.1 *Boogaard/Vesta (casus i)*

Van omstreeks oktober 1937 tot 1 januari 1954 is Boogaard werkzaam bij de verzekeringsmaatschappij Vesta en haar voorgangster, de verzekeringsmaatschappij Hollandia.⁶ Op 1 januari vertrekt Boogaard bij Vesta. De banden met zijn oude cliënten verbreekt Boogaard daarmee niet. Integendeel: hij spant deze uit en poogt ze bij andere maatschappijen onder te brengen. Zijn voormalige werkgever accepteert dit niet en spreekt hem met succes aan uit onrechtmatige daad. Het hof oordeelt dat het de taak van Boogaard was als werknemer van Vesta om verzekeringsposten aan te brengen, die in beginsel bestemd waren een duurzaam karakter te hebben. Door na het einde van de dienstbetrekking pogingen te doen bij Vesta om het door hem en zijn collega's opgebouwde werk weer geheel of gedeeltelijk af te breken door verzekerden over te halen hun lopende verzekering op te zeggen casu quo een nieuwe verzekering bij een andere maatschappij af te sluiten (uitspannen), handelt Boogaard tegen de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer jegens een anders goed betaamt. Dit klemmt temeer nu Boogaard daarbij gebruik maakt van de kennis en gegevens die hij in dienst van Vesta omtrent de bij haar verzekerde personen en posten heeft gekregen. Irrelevant hierbij is dat Boogaard zich bediende van jegens Vesta ontoelaatbare mededelingen.

Tegen dit oordeel wordt in het middel aangevoerd, dat het hof hiermee aan Boogaard beperkingen oplegt in zijn werkzaamheid na de dienstbeëindiging zonder dat daarvoor een volgens artikel 1637x BW gemaakt beding is gemaakt, terwijl ook geen ander artikel deze beperking kan dragen, met name niet artikel 1401 (oud) BW. Het hof heeft immers niet vastgesteld dat Boogaard handelingen verrichtte die los van de oude dienstbetrekking onrechtmatig zouden zijn, want de vraag naar de ongeoorloofde mededelingen is buiten beschouwing gelaten.

artikel bevat veel jurisprudentie over de opzeggingsproblematiek bij duurovereenkomsten in het algemeen, maar terzake van de postcontractuele schadevergoeding noemt hij slechts *Mattel/Borka*.

6 Zie HR 9 december 1955, NJ 1956, 157, nt. LEHR.

De Hoge Raad gaat niet met het cassatiemiddel mee. Het hof heeft de onrechtmatigheid niet getoetst aan een contractuele verplichting, welke voor Boogaard uit de gewezen dienstbetrekking zou voortvloeien, doch aan een verplichting buiten overeenkomst, welke de eis van zorgvuldig handelen in het verkeer ten opzichte van anders goed onder de gegeven omstandigheden aan Boogaard ten opzichte van Vesta zou opleggen. Het feit dat er een contractuele verhouding heeft bestaan en dat Boogaard zeker blijvend werk heeft verricht en daarvoor is beloond, is meegewogen als een deel van de omstandigheden waarnaar het hof voor het gegeven geval het bestaan voor Boogaard van een betamelijkheidsverplichting om zich in het verkeer van de gewraakte handelingen tegenover Vesta heeft te onthouden, heeft beoordeeld.

Door rekening te houden met de met de vroegere dienstbetrekking heeft het hof er niet aan voorbij gezien dat een handeling niet in de zin van 1401 (oud) BW onrechtmatig kan zijn, indien zij niet onafhankelijk van een tussen partijen bestaande contractuele verhouding — dat is onafhankelijk van schending van de contractuele verplichtingen — onrechtmatig is. Aannemende dat het hof de handeling van Boogaard terecht als onrechtmatig kenmerkt, kan van schending van artikel 1637x geen sprake zijn.

1.2 Mattel/Borka (casus ii)

Van 1972 tot 1980 heeft tussen de speelgoedfabrikant/handelaar Mattel en Kamlag een distributieovereenkomst bestaan. In 1980 neemt Borka de handelsactiviteiten van Kamlag over; Mattel geeft in een schrijven van 8 april 1980 duidelijk aan, de beslissing om met Borka in zee te gaan, aan zich te houden. Dit staat er niet aan in de weg dat Borka als distributeur van Mattel is gaan optreden. In het voorjaar van 1984 komt Mattel tot het oordeel de verkoopinspanningen in Nederland door een eigen dochter te laten verrichten en op 13 juli 1984 wordt de distributieovereenkomst met Borka tegen 1 januari 1985 opgezegd. Zij is bereid tot een 'fair and equitable cash settlement by way of compensation to Borka' te komen. De onderhandelingen hierover lopen echter op niets uit en partijen treffen elkaar naar aanleiding van een schadevordering van Borka bij de rechter, alwaar Borka in drie instanties het gelijk aan haar zijde vindt.

Borka heeft zich met het oog op haar distributeurschap ten behoeve van Mattel aanzienlijke investeringen getroost en verkoopkosten gemaakt, waarbij gewezen wordt door het hof op reclamekosten, kosten voor de bouw van een nieuwe showroom en kosten van afvloeiing van door de opzegging overtollig geworden personeel. Ook al is de opzegtermijn van vijf en een

halve maand niet onredelijk of onbillijk, dan nog eisen redelijkheid en billijkheid dat Mattel, in wier — op zichzelf niet ongerechtvaardigd — belang de beëindiging plaatsvond, de door Borka tevergeefs gemaakte (inclusief de afvloeiings-) kosten voor haar rekening neemt.

Hier tegen voert het cassatiemiddel onder andere aan dat er naast de verplichting om een redelijke opzegtermijn in acht te nemen, niet ook nog eens een in louter in redelijkheid en billijkheid wortelende verplichting tot schadevergoeding kan zijn. De Hoge Raad denkt er anders over: bij een duurovereenkomst als waarvan hier sprake is, kan het voorkomen dat de partij tot wie de opzegging gericht is, met het oog op het voortduren van de overeenkomst investeringen heeft gedaan, die niet alleen worden gecompenseerd door, of verdisconteerd zijn in, een bepaalde opzegtermijn, waarvan de duur immers mede wordt bepaald door de belangen van de opzeggende partij. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kunnen desondanks de eisen van redelijkheid en billijkheid nopen tot een toekenning van schadevergoeding. Dit betekent niet dat er sprake is van een dubbele compensatie.

In beide casus was er op rechtmatige wijze een einde gekomen aan de contractuele relatie tussen partijen, maar echt 'gewone medemensen'⁷ zijn zij daarmee jegens elkaar nog niet. In het oude arrest heet het dat de voormalige contractuele relatie medebepalend is voor de vraag naar de inhoud van de betamelijkheidsverplichting van Boogaard jegens zijn voormalige werkgever. In het nieuwe arrest staan partijen zo mogelijk nog in nauwer contact, omdat over het einde van de overeenkomst heen verplichtingen blijken te bestaan, gebaseerd op de beëindigde overeenkomst, al lijken die dan voort te vloeien uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid en niet direct uit de overeenkomst zelf.

Er is dus een verandering van grondslag terzake van de postcontractuele verplichtingen te constateren. Deze grondslagvraag vormt het eerste onderwerp in deze bijdrage (paragraaf 2). In paragraaf 3 baken ik het probleem van de postcontractuele verhoudingen eerst af. Blijken zal dat niet alle problemen die tot nu toe in de literatuur gerangschikt zijn onder de benaming postcontractueel, dat ook werkelijk zijn. In paragraaf 4 wordt ingegaan op het eigenlijke onderwerp van de bundel, de vraag naar de schadevergoeding. In hoeverre is er reden om de schade die geleden wordt als gevolg van een regelmatige opzegging niet te laten liggen, waar hij gevallen is. Hierbij zal met name ingegaan worden op de argumenten die de Hoge Raad noemt in het arrest *Mattel/Borka*. De uiteindelijke meetlat

7 De terminologie is van Abas, t.a.p. (noot 1), p. 266.

die aangelegd wordt, wordt echter gevormd door de uitkomst van de vraag die in de tweede paragraaf aan de orde is geweest.

Ter afbakening van het onderwerp volgt hier eerst nog een definitie van het begrip 'postcontractueel'. In navolging van Abas⁸ bedoel ik daarmee: de verhouding tussen ex-contractanten, dat wil zeggen tussen partijen die een door hen gesloten overeenkomst ten uitvoer hebben gebracht. De terminologie is kleurloos bedoeld; er is geen indicatie uit af te leiden terzake van de grondslag van eventuele verplichtingen die in die fase aangenomen kunnen worden.⁹

Eveneens ter afbakening nog de volgende twee opmerkingen. Het gaat in deze bijdrage alleen om contracten die regelmatig beëindigd zijn. De gevolgen die zich in de postcontractuele fase voordoen en waarvoor een oplossing bedacht moet worden kunnen van verschillende aard zijn. Men denke aan een arbitrageclausule, waarvan betoogd zou kunnen worden dat die nog een rol speelt; een heronderhandelingsplicht die opgelegd zou kunnen worden als al dan niet uit het inmiddels beëindigde contract voortvloeiend; de uitloop bij kredietovereenkomsten waaraan de kredietverlener gebonden zou kunnen zijn; het terugnemen van niet verkochte voorraden etc. Deze gevolgen zijn het onderzoeken zeker waard, maar in deze bijdrage heb ik de aandacht vooral beperkt tot de mogelijkheid van schadevergoeding.

2 Grondslag van postcontractuele verplichtingen in het algemeen

Abas ziet de keuze voor de grondslag van het aannemen van verplichtingen in de postcontractuele fase als een tussen wanprestatie (art. 1374 lid 3 jo. 1279 (oud) BW) en onrechtmatige daad (art. 1401 (oud) BW). 'Tertium non datur',¹⁰ zo merkt hij op.¹¹ Hij vergelijkt de precontractuele met de postcontractuele fase¹² en hij wijst erop dat waar in de eerste fase partijen elkaar juist opzoeken en dus *bewust* (cursivering ook in origineel) in een vertrouwensrelatie treden, partijen bij de postcontractuele relatie juist van elkaar af willen. 'Het bindende element wordt ontbonden.' En daarmee beëindigt de goede trouw haar werking. Dat is maar goed ook, aldus Abas, want anders zou het begrip vertrouwensrelaties beslissend verwateren. Het contract speelt na de beëindiging geen andere rol meer

8 Abas, t.a.p. (noot 1), p. 265.

9 Vergelijk tevens Abas, t.a.p. (noot 1), p. 280.

10 Een derde mogelijkheid is er niet.

11 Abas, t.a.p. (noot 1), p. 265.

12 Abas, t.a.p. (noot 1), p. 266.

dan dat het een factor is bij de beoordeling bij de zorgvuldigheidsvraag, gelijk de Hoge Raad deed in het arrest *Boogaard/Vesta*. Iets verder zegt hij het zo: waar de vertrouwensrelatie een einde neemt, wijkt de goede trouw voor de zorgvuldigheid.¹³

Abas zet zich dan ook af tegen het hanteren van de aanvullende werking van de goede trouw in situaties anders dan die waarbij de overeenkomst uitgevoerd wordt. En hij illustreert dat onder andere aan de hand van het geval *Pool/Peeper*¹⁴ (casus iii). Pool verkoopt zijn winkel, Modehuis Pool, aan Peeper. Voor de verkoop zegt Pool zich voorgoed uit de zaken te willen terugtrekken en om die reden wordt het niet nodig geacht een concurrentiebeding te maken. Met ingang van februari 1966 start Peeper de winkel. In strijd met zijn eerdere mededeling begint echter Pool in september 1967 op zeer korte afstand van zijn oude modehuis een nieuwe winkel en ter gelegenheid van de opening stuurt hij zo'n 700 à 800 kaarten rond, waarvan de helft aan zijn oude klanten. De kaarten hebben dezelfde kleur en opmaak van de annonces die hij vroeger gebruikte en op de kaarten staat ook nog gedrukt 'eig. Pool'. Peeper is niet gediend van deze concurrentie en in kort geding vordert hij dat Pool zich zal onthouden voor de duur van vijf jaar van de uitoefening van de detailhandel in damesmodeartikelen. Ondanks de afwezigheid van een concurrentiebeding, zo betoogt hij, is er sprake van een stilzwijgend concurrentiebeding, althans de goede trouw brengt mee, dat de verkoper zich onthoudt van concurrentie.

De president weigert de voorziening (van ontoelaatbaar gedrag was in casu geen sprake), maar het hof wijst de eis toe (de overeenkomst brengt naar haar aard mee dat overeenkomstig de billijkheid Pool zich onthoudt van concurrentie), terwijl cassatie om, volgens Abas, niet terzake doende redenen wordt verworpen.

Abas is niet te spreken over de weg die het hof bewandelt:¹⁵ Pool heeft geen enkele uitdrukkelijk aanvaarde verplichting geschonden en evenmin een die op grond van de goede trouw kan worden geacht te zijn ontstaan. Men kan een concurrentiebeding maken als men dat wil en hoe men dat wil, maar dat was hier niet gebeurd. En nu fingeert het hof, daarmee de grenzen van de interpretatie van de overeenkomst overschrijdend, er wel een inhoudende dat binnen een straal van 1500 meter concurrentie voor vijf jaar verboden is. Willekeur, zo waarschuwt Abas, loert hier. Wordt een dergelijk beding ook aanwezig geacht bij 2000 meter; en wat te denken

13 Abas, t.a.p. (noot 1), p. 279.

14 Abas, t.a.p. (noot 1), p. 279-280; te kennen uit HR 7 juni 1968, NJ 1968, 325.

15 Abas, t.a.p. (noot 1), p. 280.

van de termijn van 5 jaar, waarom niet 4 of 6 jaren? Het ware dus beter geweest te redeneren dat onder de gegeven omstandigheden het openen van een concurrerend bedrijf nog gaan anderhalf jaar na de verkoop en nog op zo'n korte afstand onzorgvuldig is.

Abas staat in zijn pleidooi, voor het gronden van postcontractuele verplichtingen op de zorgvuldigheidsnorm en niet voor het gronden in de aanvullende werking van de goede trouw, tot nu toe eigenlijk alleen. Zo noemt hij zelf¹⁶ Slagter, die zonder uitleg zegt, dat de goede trouw niet alleen de precontractuele verhoudingen beheerst, maar ook de postcontractuele verhoudingen. Drion suggereert bij zijn bewerking van Hofmanns Verbintenissenrecht in ieder geval, aldus Abas,¹⁷ dat de aanvullende werking van de goede trouw postcontractuele verplichtingen in het leven kan roepen. Bij Wiersma¹⁸ lezen we:

‘Wanneer men van oordeel is dat een contract ook na afloop van de duur daarvan nog bepaalde verplichtingen voor partijen meebrengt, kan men die beter stoelen op de goede trouw en de billijkheid dan op algemeene rechtsplichten. Meer dan bij aansprakelijkheid op grond van art. 1401 kan bij de toepassing van art. 1374, derde lid en 1375 immers rekening worden gehouden met het incidentele karakter van het gegeven geval. Of een contract bepaalde verplichtingen meebrengt, wat de omvang daarvan is en over welke duur zij zich uitstrekken, is, als ik het goed zie, een vraag welke meer in de contractssfeer thuishoort dan in de sfeer der algemeene maatschappelijke verplichtingen.’

Pels Rijcken wijst erop dat een gewezen firmant verplicht is zich van concurrentie te onthouden, dat wil zeggen ongeoorloofde concurrentie, er in bestaande relaties van het oude bedrijf afhandig te maken, ook al is hieromtrent niets uitdrukkelijk bij het vennootschapscontract bepaald. Hij grondt dat op de aanvullende werking van de goede trouw en billijkheid die krachtens art. 1374 lid 3 en 1375 (oud) BW aanvullende werking hebben.¹⁹ Tot slot wordt Boukema genoemd door Abas.²⁰ Ook Boukema zet zich af tegen de uitspraak Boogaard/Vesta: de rechter had volgens Boukema moeten nagaan of er op grond van de goede trouw niet een ongeschreven, contractuele norm was op grond waarvan concurrentie als hier wanprestatie op zou leveren. Het vaststellen van buitencontractuele normen waarbij mede een beroep gedaan wordt op contractuele normen

16 Abas, t.a.p. (noot 1), p. 266. Het citaat van Slagter is afkomstig uit het Preadvies NJV, 1963, p. 159.

17 Abas, t.a.p. (noot 1), p. 267.

18 Wiersma, a.w. (noot 3), p. 252.

19 Pels Rijcken, t.a.p. (noot 3), p. 40.

20 Abas, t.a.p. (noot 1), p. 277-278.

is zijns inziens onjuist, want de grens tussen beide wordt zo uitgewist. Terecht wijst Abas erop dat Boukema er vanuit gaat dat er nog een contractuele verhouding zou bestaan, terwijl die er nu juist niet meer is.

Hoe denken de moderne schrijvers over deze grondslag vraag? Asser-Maeijer spreekt van het uit de objectieve goede trouw of billijkheid voortvloeien van verplichtingen voor de uitgetreden vennoot;²¹ ter illustratie wordt het concurrentieverbod genoemd. Bij de literatuurverwijzingen treffen we Pels Rijckens genoemde artikel aan, alsmede de bijdrage van Van der Ploeg aan de *Bundel Goed en Trouw*²² en de losbladige *Personenassociaties* I, II, 17, 1 en II, IV, 2, 6, waar hetzelfde standpunt wordt ingenomen. *Mattel/Borka* annotator Stein merkt op dat wanneer een vergoedingsplicht in de precontractuele fase wordt aanvaard, dat dan a fortiori een zodanige verplichting voor de gemaakte kosten moet worden aanvaard als een reeds tot stand gekomen overeenkomst wordt opgezegd. Maar, hoewel het arrest past in de ontwikkeling van de precontractuele verhoudingen, zijn er toch wel inpassingsproblemen, omdat onder andere de wettelijke bepalingen die op dit soort situaties zien uitgaan van onredelijke opzegging of andere afwijkingen van dit geval vooronderstellen. Hartkamp lijkt er bij Asser vanuit te gaan dat er sprake is van aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.²³ Smit laat zich niet uit over de grondslag van de schadevergoeding.²⁴

De diverse meningen overziend zijn de standpunten de volgende: Abas ziet de postcontractuele verhouding als een die niet beheerst wordt door de redelijkheid en de billijkheid; partijen staan eigenlijk weer 'at arm's length' tegenover elkaar, maar het voormalige bestaan van de overeenkomst is wel bepalend voor de invulling van de onrechtmatige daadsnorm. De overige schrijvers daarentegen zien na het beëindigen van de overeenkomst ruimte voor het aannemen van de werking van de aanvullende werking van de goede trouw. Wat van deze standpunten te denken; is er nog een derde weg mogelijk?

Bepalend voor de grondslag van postcontractuele gehoudenheden is uiteraard het standpunt dat ingenomen wordt terzake van de grondslag van de totstandkoming van de overeenkomst. Wie zich op het standpunt van de wilstheorie stelt, zie artikel 3:33 BW, gaat er van uit dat voor zover de

21 Asser-Maeijer (1995), nr. 266.

22 P.W. van der Ploeg, Voortdurend van de vennootschap na het overlijden van een vennoot binnen het raam van artikel 1688 BW, in: E.A.A. Luyten e.a. (red.), *Goed en Trouw* (Van der Grintenbundel), Zwolle 1984, p. 174.

23 Asser-Hartkamp II (1997) nr 311.

24 Zie het in noot 5 genoemde artikel.

wil van een of beide partijen ontbreekt er geen overeenkomst is dan wel op onderdelen van de vermeende overeenkomst geen overeenstemming is. Nu hoeft niet alles van te voren verklaard te zijn, want wie alles verklaart wat hij wil, wil heel weinig of verklaart heel veel. Het is dus zeer wel mogelijk dat gaandeweg de overeenkomst verplichtingen blijken waarvan ook eerst dan blijkt dat zij door de wil worden gedragen.²⁵ De verplichtingen die uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid voortvloeien kunnen zeer wel een basis in de wil hebben. Verplichtingen²⁶ die uit anders dan de wil van partijen (of van slechts een van hen) voortvloeien, zie artikel 3:35 en mogelijk 6:248 lid 1 BW, hebben in die visie geen contractuele basis, omdat die basis nu eenmaal alleen de wil van beide partijen kan zijn. In deze visie bestaat er derhalve een tweedeling: verplichtingen berusten op de wil of zij berusten er niet op en volgen in feite uit de wet. Het doet er in principe daarbij niet toe of die verplichtingen van de tweede soort verder onderverdeeld kunnen worden in ontstaand uit de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid of uit onrechtmatige daad. Allesbepalend is de vraag naar de gedragenheid van de verplichtingen door de wil.

Dit is geen heersende leer. Deze kent immers als grondslag voor het ontstaan van contractuele gehoudenheden de zogenaamde dubbele grondslag: uitgangspunt is de wilsleer, zie artikel 3:33, maar het gerechtvaardigd vertrouwen dat er een op een rechtsgevolg gerichte wil is, is eveneens een contractuele grondslag. Daarnaast worden in deze leer ook de gehoudenheden uit artikel 6:248 lid 1, ook al beweert niemand dat deze op de wil of de schijn van wil berusten, bestempeld als contractueel.

In de eerst beschreven visie zijn postcontractuele verplichtingen voor zover zij niet door de wil gedragen worden niet contractueel, maar volgen ze uit de 'wet'; in de tweede visie biedt het leerstuk van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid een weg om hier wel van *postcontractuele* verplichtingen te spreken.

Ik stel voorop dat dogmatisch gesproken gegeven het wettelijk verankerd zijn van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid binnen de overeenkomst er niets op tegen is om ook na het beëindigen van de overeenkomst nog zekere verplichtingen voortvloeiend uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid aan te nemen. Wat Abas zegt is waar: partijen willen door de beëindiging juist van elkaar af, maar iets

25 Uiteraard is het niet uitgesloten dat blijkt dat dergelijke verplichtingen niet gewild zijn en dat ook de kans dat ze aanwezig zouden zijn niet genomen is.

26 Ik laat de inhoud van die verplichtingen vooralsnog daar.

vergelijkbars geldt ook met betrekking tot verplichtingen die binnen contract op grond van de redelijkheid en billijkheid worden aangenomen:²⁷ die zullen ook wel niet gewild zijn en toch zit een of zitten beiden er aan vast. Ex-contractpartners zijn dan ook niet altijd zomaar gewone medemensen, feitelijke gebeurtenissen kunnen soms nog doorlopen en moeten op een acceptabele wijze gescheiden worden. In termen van de heersende leer: er kan nog een vertrouwensrelatie zijn die overeenkomstig de beëindiging van de overeenkomst (er is immers opgezegd) ook een einde dient te nemen. Mijn voorkeur gaat echter uit naar de eerste weg: waar de wil ontbreekt, is niet uitgesloten dat verplichtingen bestaan, maar de grondslag is een andere dan de wil. Dit brengt mij naar de opvatting van Abas. Na de opzegging is het contract ten einde en moet men niet langer in termen van vertrouwen spreken.

Maar waarop dan de postcontractuele verplichting baseren? Abas grijpt naar het onrechtmatige daadsrecht. De wijze waarop hij dat doet komt overeen met die waarop de Hoge Raad en het hof te werk gingen in *Boogaard/Vesta*. Het contract dat er lag, is niet volkomen irrelevant:

‘De beslissing over de vraag of zeker gedrag tegenover de wederpartij onzorgvuldig mag heten, is afhankelijk van tal van omstandigheden. Eén daarvan is het feit, dat partijen vroeger contractanten waren.’²⁸

Welke andere omstandigheden anders dan het voormalige contract medebepalend zijn, vertelt Abas ons niet en het hof en de Hoge Raad ook niet. Het hof noemt wel een en ander — de taak van Boogaard wordt omschreven, het feit dat het resultaat van de werkzaamheden een duurzaam karakter had en het feit dat Boogaard na afloop van het contract probeert de oude klanten over te halen naar een andere maatschappij te gaan — maar deze omstandigheden zijn of een beschrijving van het contract zelf of een beschrijving van feiten die los van het vroegere contract niet onrechtmatig kunnen zijn. Het is immers niet verboden klanten te winnen onder de concurrentie. Deze redenering heeft dan ook terecht kritiek ontmoet. Ik citeer Wiersma:

‘In feite komt de beslissing van de Hoge Raad (in casus i, MCD) intussen neer op een erkenning van verplichtingen voortvloeiend uit het aangaan van een contract in de vorm van algemene rechtsplichten.’²⁹

27 En waar Abas geen moeite mee heeft.

28 Abas, t.a.p. (noot 1), p. 266-267.

29 Wiersma, a.w. (noot 3), p. 252. In zijn poging de kritiek te weerleggen, negeert Abas dat kenmerkend voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is het feit dat algemene normen

Ik sluit mij bij die kritiek aan. Als in een postcontractueel geval de zorgvuldigheidsnorm wordt ingevuld aan de hand van het contract — bij gebreke van andere omstandigheden — dan getuigt het van een teveel aan intellectuele acrobatiek om te betogen dat men hier een andere norm hanteert dan die van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.³⁰ Ervan uitgaande dat de partij die de verplichting op zich ziet gelegd, deze niet als gewild beschouwt, waarop dan de gehoudenheid te baseren? Van een contractuele relatie wil ik alsdan niet weten en de invulling van de onrechtmatige daadsnorm lijkt tot mislukken gedoemd?!

Het probleem lost zich op indien we afstand nemen van het begrip onrechtmatige daad.

‘But why should the obligation to make good the damage arise only in case of fault? This is by no means as self-evident (or ‘natural’) as Grotius’ magisterial assertion makes it sound. If the basic precept is ‘alterum non laedere’,³¹ strict liability based merely on the fact that one person caused the other damage may well be seen to be more appropriate consequence.’³²

Aldus reeds in de 17e eeuw Christian Thomassius (1655-1728). Het zou te ver voeren verder op de ontwikkeling van het veroorzakersprincipe, want daar zijn we aangekomen, in te gaan.³³ Ik volsta met erop te wijzen dat het karakter van het onrechtmatige daadsrecht sinds de invoering van het oud burgerlijk wetboek, in 1838, wezenlijk veranderd is. Was het onrechtmatige daadsrecht er aanvankelijk op gericht om zich te kunnen onttrekken aan aansprakelijkheid, nu is het een middel om te komen tot aansprakelijkheid binnen veel wijdere grenzen dan men in de negentiende eeuw ooit heeft kunnen bevroeden. Ik wijs op de uitbreiding van de toerekeningsgronden: van subjectieve schuld naar tal van risico-aansprakelijkheden; de uitbreiding van het onrechtmatigheidsbegrip: van onwetmatig-

worden geschonden die op iedereen van toepassing zijn, terwijl het bij schending van contractuele normen, nu juist gaat om schending van een norm, die niet per se ook op andere personen van toepassing zijn. Neem de schending van een concurrentiebeding: niet ex-contractpartners mogen elkaar zonder meer beconcurreren.

30 Abas’ bezwaar van de willekeur die dreigt indien men te werk gaat met de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, zie zijn opmerkingen bij casus iii, overtuigen al evenmin. Dat gevaar is niet geringer bij toepassing van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid in contract.

31 Men behoort de ander niet te kwetsen.

32 Citaat overgenomen van R. Zimmermann, *The law of obligations, Roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town 1990, p. 1033.

33 Ik moge daarvoor verwijzen naar mijn dissertatie, *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst, een onderzoek naar de eigenlijke en oneigenlijke dwaling*, diss. KU Brabant, Tilburg 1996, p. 352 e.v.

heid naar maatschappelijke onzorgvuldigheid en — al liggen daar ook andere gronden aan ten grondslag — de schadeplichtigheid van de overheid bij rechtmatig, doch schadeveroorzakend handelen; en ‘last but not least’: de onnatuurlijke beperkingen die het causaal verband tussen schade en onrechtmatige daad beheersten, zijn ook grotendeels verdwenen, zie immers artikel 6:98 BW.

Kortom we zijn de situatie beschreven door Thomassius — veroorzakers-aansprakelijkheid — zeer dicht benaderd. En het is op die grond dat ik de post-contractuele (niet gewilde) verplichtingen zou willen baseren. Wie schade veroorzaakt terzake van een subjectief, rechtens relevant³⁴ recht zou gehouden moeten zijn deze te vergoeden. De voordelen van een veroorzakers aansprakelijkheid zijn door Tunc al eens genoemd: de leer is relatief eenvoudig zonder dat de eenvoud ten koste gaat van de degelijkheid van de uitkomst; het feit dat toevallig veroorzaakte schade voor vergoeding in aanmerking komt; het vooruitzicht dat de administratie van het delictenrecht aanzienlijk vereenvoudigd wordt; en bij dit alles komt dan nog dat er ten opzichte van het huidige recht, en dat geldt zo voeg ik daar aan toe voor ons recht evenzo, slechts sprake zal zijn van een ‘restatement of the law as it is or as it tends to be.’³⁵

3 De praktijk

In het voorafgaande heb ik drie gevallen uiteengezet die voor ons onderwerp als exemplarisch beschouwd kunnen worden. In deze paragraaf zal ik deze gevallen nader beschouwen.

Het eerste geval was dat van de verzekeringsagent, Boogaard, die nadat hij bij zijn voormalige werkgever, Vesta, was vertrokken onder zijn oude klanten ging werven ten behoeve van concurrenten van Vesta met gebruikmaking van gegevens verworven tijdens zijn oude dienstbetrekking. Onrechtmatig gedrag is dit, zo oordeelde de Hoge Raad met instemming van Abas, maar onder afkeuring van alle andere schrijvers.

Ik stel voorop dat een concurrentiebeding het naar onze huidige maatstaven verdient met argusogen bekeken te worden. Het gaat hier immers om een kartelafsprake, waarbij de bewegingsvrijheid om in concurrentie te treden met elkaar wordt belemmerd.³⁶ Vanuit de cliënten bekeken

34 Of het recht op non-concurrentie zo'n recht is, komt in de volgende paragraaf aan de orde.

35 *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XI-I (Tunc), p. 103.

36 Zie M.R. Mok, *Kartelrecht, Nederland*, derde druk, 1995, p. 60, die het concurrentieverbod noemt als een van de horizontale mededingingsregelingen.

verdient het bovendien opmerking dat met de concurrentiebeperkende afspraak tussen Boogaard en Vesta gevolgen in het leven worden geroepen die deze cliënten raken — hun informatiestroom wordt beperkt — maar zonder dat zij in de afspraak gekend worden. Wellicht kozen zij voor Vesta juist vanwege Boogaard.

Ik zou dus menen dat het Boogaard vrij zou moeten staan te doen wat een ieder vrijstaat: concurrentie te voeren waar hij dat opportuun acht. Daarmee is echter niet gezegd, dat hij daarvoor geen tegenprestatie aan Vesta verschuldigd zou moeten zijn, indien hij van gegevens gebruik maakt die economisch gesproken toebehoren aan Vesta.³⁷ Hier doet zich de spiegelbeeldige situatie voor van de agentuurregeling. De agent in de zin van de wet heeft na het einde van de agentuurovereenkomst recht op klantenvergoeding, zie artikel 7:442 BW (deze situatie zich hier niet voor). Waarom zou de principaal na het einde van de overeenkomst geen recht hebben op een vergoeding gebaseerd op het gebruik van zijn gegevens door de voormalige agent? Net zoals de principaal in de zin van de wettelijke agentuurovereenkomst zijn net aan cliënten heeft kunnen opbouwen dank zij de agent en daar duurzaam van profiteert, hetgeen rechtvaardigt dat ook na de beëindiging de agent recht houdt op een vergoeding, is het rechtvaardig dat Boogaard, de ex-‘agent’, die dankzij zijn voormalige dienstbetrekking aan kennis over een netwerk cliënten kon komen³⁸ hiervoor een vergoeding betaalt aan zijn voormalige werkgever.

Maar waarop deze verplichting te gronden? Ik zou er, tenzij een der partijen het tegendeel beweert, primair van uit gaan dat het hier om een uit het contract voortvloeiende verplichting gaat. Wie zich in dienst stelt van een ander om klanten te winnen voor een ander, vergaart daarmee kennis waarvan hij het ‘exploitatierecht’ als het ware overdraagt aan die ander. In ruil daarvoor wordt hij betaald. Als we aannemen dat een concurrentieverbod eigenlijk niet door de beugel kan, dan volgt daaruit dat de werknemer na het dienstverband gebruik kan maken van zijn kennis omtrent de aangebrachte cliënten. Hij zou zich echter contrair aan de gemaakte afspraak gedragen, indien hij dat zonder tegenprestatie zou doen. Hij heeft het ‘exploitatierecht’ immers ‘overgedragen’ en het kan niet zo zijn dat hij zich nu ‘toeëigent’ wat een ander toebehoort.

Dan het geval *Pool/Peeper*. Pool verkoopt zijn modezaak en geeft daarbij aan zelf geen zaak meer te beginnen. Daarmee verkoopt hij niet alleen de

37 De gegevens zien immers op contractuele wederpartijen van Vesta en betreffen een prestatie die Vesta jegens deze wederpartijen levert.

38 Hij heeft het immers niet ‘op eigen houtje’ gedaan.

fysieke zaak, maar tevens de goodwill. Aangenomen mag worden dat een *en* ander in de prijs is verdisconteerd. Contrair aan deze afspraak begint Pool toch een winkel en gaat hij actief werven onder zijn oude klanten; daarmee eigenlijk zijn goodwill terugnemend³⁹ zonder de genoten tegenprestatie teruggevend. De verplichting zich te onthouden van deze activiteiten (althans zonder tegenprestatie) vloeit in dit geval voort uit de overeenkomst, aannemende althans dat de prijs hiervan de reflectie vormt. Mocht nu feitelijk vast komen te staan dat de goodwill niet in de afspraak mee is genomen, dan komt Peeper mijns inziens, en indien aan de eisen van 6:228 BW is voldaan, een beroep op dwaling toe.

Ook bij *Mattel/Borka* ging het om een gehoudenheid die zijn grond niet vindt in de letterlijke bewoording van de overeenkomst. Het ging daar om een duurovereenkomst in welk kader de verplichtingen over en weer in de tijd aanzienlijk uit elkaar kunnen liggen, waardoor er een probleem van 'ensuring the equilibrium of the obligations' op de loer ligt.⁴⁰ De fabrikant kent de distributeur een recht tot distributie toe, welk recht vooralsnog geen financiële vruchten afwerpt, maar ten behoeve waarvan de distributeur wel onmiddellijk investeringen moet plegen. De distributeur gaat daarmee akkoord in de wederzijds begrepen bedoeling dat de beloning wel komt, zij het op een later moment. Beëindigt de fabrikant de overeenkomst voordat de investeringen zijn terugverdiend en zonder dat hij de kosten daarvan voor zijn rekening neemt, dan gedraagt ook hij zich anders dan hij de ander heeft doen denken én handelen. Waar de fabrikant de (mede) veroorzaker is van het handelen van de distributeur is hij gehouden daarvoor op te komen, hetzij door de overeenkomst zijn volle noodzakelijke beloop te laten hebben; hetzij door de investering voor zijn rekening te nemen of een combinatie hiervan zoals bij *Mattel/Borka* uiteindelijk resulteerde.⁴¹

39 Net als bij het concurrentiebeding bij *Boogaard/Vesta* is dat op zich mijns inziens niet onrechtmatig jegens Peeper, maar zit wederom het probleem in het kartelrecht alsmede in de positie van de klanten van de modezaak *over* wie, maar niet *met* hen een afspraak is gemaakt.

40 H. Collins, *The law of contract*, Londen 1993, p. 281.

41 In de VS heeft het probleem van de (auto)distributeurs die te maken kregen met opzeggende fabrikanten in 1964 geleid tot de federale 'Dealers Day in Court Act'. De wet geeft de distributeurs het recht 'to sue manufacturers who failed to act in 'good faith''. En deze verplichting werd als volgt gedefinieerd: 'the duty of each party to any franchise (...) to act in a fair and equitable manner towards each other so as to guarantee the one party freedom from coercion, intimidation from the other party: Provided, that recommendation, endorsement, exposition, persuasion, urging or argument shall not be deemed to constitute a lack of good faith.' Zie *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VII (Macaulay), p. 25. Hoewel Macaulay in zijn betoog wijst op de financiële gevolgen met betrekking tot gedane investeringen die een opzegging kan hebben, wordt vooral aandacht besteed aan de wijze van opzeggen en laat hij in het midden in hoeverre er tegemoet gekomen

Uit het voorgaande volgt dat het probleem van de postcontractuele verhoudingen te lijf gegaan kan worden met het leerstuk van de uitleg van de overeenkomst — voor alle duidelijkheid: niet in normatieve zin bedoeld⁴² — in combinatie eventueel met een beroep op dwaling. Waar de overeenkomst tekort schiet — er blijken geen of onduidelijke afspraken te zijn of partijen verschillen van mening over de betekenis van de overeenkomst — dan is de weg om eventuele vorderingen tot vergoeding op te lossen, door te achterhalen wie de kosten ten grondslag liggend aan de vordering veroorzaakte. Deze oplossing is buitencontractueel van karakter.

Twee wegen leiden derhalve tot een oplossing bij postcontractuele problemen: de inmiddels beëindigde overeenkomst biedt bij nader inzien voor beide partijen een oplossing; is die voor beide partijen acceptabele oplossing er niet, dan wordt de oplossing gevonden door te achterhalen wie de kosten waarvoor een vergoeding wordt gezocht, veroorzaakte.

4 De verdeling van de schade, welke elementen spelen een rol?

De gedachte dat er bij opzegging van een overeenkomst ruimte dient te zijn voor vergoeding van schade eventueel naast het tegelijk in acht nemen van een redelijke opzegtermijn, is weinig omstreden. Abas, Van Dunné,⁴³

wordt aan de postcontractuele schade. Veel hebben de dealers niet gehad aan de wet; slechts een handjevol dealers deed er met succes een beroep op. Ook in Frankrijk en Engeland is onderzoek gedaan naar de juridische positie van autodistributeurs, zie de bijdragen van H. Beale e.a. aan hoofdstuk 7 (The distribution of cars: a complex contractual technique), in: D. Harris en D. Tallon (ed.), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons*, 1989, p. 301-379. Opvallend is dat in Frankrijk de distributieverhouding aanleiding is tot een veelheid aan juridische geschillen; in Engeland is dat veel minder het geval, geopperd wordt onder andere dat dat te maken heeft met het gebruik van arbitrage alsmede met het feit dat de distributie-overeenkomsten veel milder zijn voor de distributeur dan de vergelijkbare contracten in de VS. De Franse ex-distributeur zit tussen hamer en aambeeld: als hij na het einde van de overeenkomst nog met voorraden zit (voorraden die hij moet aanhouden tot de laatste dag van de overeenkomst) dan zal hij beticht worden van oneerlijke concurrentie indien hij alsnog probeert deze na het einde van de overeenkomst te verkopen. En anderzijds: als er daaromtrent niets afgesproken is dan heeft de ex-dealer geen aanspraak op het mogen retourneren van de overtollige voorraad naar de fabrikant. Mitigatie van dit voor de distributeur onredelijk standpunt is nog wel mogelijk indien de fabrikant zich schuldig maakt aan misbruik van recht bij het beëindigen van de overeenkomst. In de literatuur worden verschillende contractuele wegen gesuggereerd om de fabrikant te verplichten de overtollige voorraad terug te nemen.

42 De uitleg dient een feitelijke te zijn en de instemming van beide partijen te hebben. Ontbreekt die dan ontbreekt wilsovereenstemming en wordt het terrein van de overeenkomst verlaten en resteert nog slechts een afwikkeling van de reeds eventueel ontstane gevolgen; dat wil zeggen: een ongedaan maken daarvan.

43 J.M. van Dunné, *Verbindenissenrecht in ontwikkeling*, 1985, p. 186.

Strijbos, Smit vinden dit allemaal voor de hand liggend. Strijbos merkt op:

‘Wanneer een partij op verlangen of instigatie van haar wederpartij (omvangrijke) investeringen heeft gedaan, dan heeft zij er in beginsel recht op dat de overeenkomst niet eerder wordt beëindigd dan dat zij die investeringen redelijkerwijs zal hebben kunnen terug verdienen. Dit klemmt te meer als die investeringen niet voor de uitvoering van soortgelijke overeenkomsten met anderen bruikbaar zijn. Hier dringt zich de parallel op met het leerstuk betreffende de eisen van goede trouw in pré-contractuele verhoudingen. HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (...).’⁴⁴

Hij vervolgt met het noemen van een aantal kosten (reclamemateriaal, investeringen in verbouwing van een winkelruimte en dergelijke meer) die voor vergoeding in aanmerking zouden dienen te komen.

Van Dunné wijst erop dat de wetgever, waar hij zich met de opzegging heeft beziggehouden, zich ook op het standpunt stelt dat de opzeggende partij gehouden is tot schadevergoeding. Van Dunné noemt o.a art. 7A:1647 BW, 1854 BW (lastgeving); 518 K (de zeereisbevrachting); 881 K e.v. voor de binnenvaart. Hij formuleert dan ook een algemeen beginsel luidend dat:

‘een partij die door opzegging de overeenkomst beëindigt, de schade die hij daardoor zijn wederpartij toebrengt, dient te vergoeden; op de omvang van de schadevergoeding zijn de aard van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval van invloed.’⁴⁵

Soms zal vergoeding van winstderving aan de orde zijn, zie art. 7A:1647;⁴⁶ ook valt te denken aan artikel 1282,⁴⁷ aldus Van Dunné. Er zijn nog wel meer bepalingen te noemen waarbij voorzien wordt in een schadevergoedingsregeling terzake de beëindiging van een overeenkomst. Ik wijs op paragraaf 14 lid 10 UAV 1989, waar een regeling is gegeven die in principe

⁴⁴ Strijbos, a.w. (noot 4), p. 164, noot 20.

⁴⁵ Van Dunné, a.w.(noot 43), p. 186.

⁴⁶ ‘De aanbesteder kan, des goedvindende, de aannemer opzeggen, ofschoon het werk reeds begonnen zij, mits hij den aannemer, wegens alle deszelfs gemaakte kosten, arbeid en winstderving, volkomen schadeloos stellen.’ Ondanks de kritiek die er is terzake van de vrijheid op te zeggen, bevat het nieuwe recht dezelfde vrijheid, art. 7.12.14 lid 1 (ontwerp) BW; in het tweede lid is een schadevergoedingsregeling opgenomen, die er grofweg op neer komt dat de opdrachtgever de prijs voor het gehele werk moet betalen verminderd met de besparingen die uit de opzegging voor de aannemer voortvloeien.

⁴⁷ ‘De vergoeding van kosten, schaden en interessen, welke de schuldeischer regt heeft te vorderen, bestaat in het algemeen, in het verlies hetwelk hij heeft geleden, en in de winst welke hij heeft moeten derven, behoudens de hierna vermelde uitzondering en wijzigingen.’

overeenkomt met die van artikel 7.12.14; (ontwerp) BW⁴⁸ artikel 7:442 BW dat de agent samengevat het recht geeft op een vergoeding voor zover hij nieuwe klanten aanbracht die de principaal aanzienlijke voordelen opleverden, het bedrag van de vergoeding is niet hoger dan dat van de beloning van één jaar; artikel 1635a BW dat voorziet in de vergoeding van goodwill bij opzegging van de huur van bedrijfsruimten⁴⁹.

Mattel/Borka annotator Stein ziet voor de vergoeding waarvoor de Hoge Raad ruimte maakt inpassingsmoeilijkheden in het verbintenissenrecht zoals daar wettelijk voorzien is in schadevergoedingsmogelijkheden bij de opzegging van duurovereenkomsten. De Hoge Raad lijkt immers verder te gaan dan Strijbos, die nog als voorwaarde stelt dat de kosten gemaakt zijn op verzoek of op instigatie van de opzeggende partij. De reden voor Steins aarzelingen vermeldt hij aan het einde van zijn noot: het stelsel van de handel is dat ieder verantwoordelijkheid draagt voor zijn eigen berekeningen, kosten en investeringen en voor afwenteling op een ander moet zich een duidelijke indicatie voordoen. Als zo'n indicatie noemt hij dan hetgeen door Strijbos is beschreven: de kosten zijn gemaakt op verlangen of instigatie van de opzeggende partij.

De reden die Stein noemt, doet denken aan het achterhaalde adagium: ieder draagt zijn eigen schade, waarbij dan niet de veroorzaking van de schade deze tot 'eigen schade' maakt, maar slechts de plaats van openbaring. Het hangt er immers maar helemaal vanaf hoe de schade is veroorzaakt. Hetzelfde geldt bij berekeningen, kosten en investeringen die zijn gemaakt. Ook daarbij hangt het er maar vanaf hoe ze zijn veroorzaakt. Op verzoek van een ander of geheel op eigen initiatief. Deze vraag herkent men bij de genoemde regelingen: waar een ander iets met het ontstaan van de kosten en/of investeringen uitstaande heeft en in neutrale zin verantwoordelijk is voor het ontnemen van de terugverdienmogelijkheid, wordt op deze een

48 Zie voor het architectenrecht, dat beide partijen het recht geeft de opdracht op te zeggen (art. 23 SR 1997), art. 33 SR 1997, dat in grote lijnen neerkomt op betaling van hetgeen verricht is met een 'bonus' van 15%.

49 Zie verder ook de 'Guide to drafting international distributorship agreements' van de Internationale Kamer van Koophandel waar in hoofdstuk 14 wordt gewezen op het probleem van de schadevergoeding na afloop van de overeenkomst. Er wordt daar gewezen op de mogelijkheid om in de overeenkomst de betaling van een vergoedingssom vast te leggen en tevens de criteria te bepalen aan de hand waarvan deze vergoeding berekend wordt. Hoofdstuk 15 is gewijd aan post-contractuele gebeurtenissen; het gaat daarbij om de goederenvoorraad, het gebruik van handelsmerken en de 'after sales'-service en naleving van garantie. In het Belgische recht waar de opzegging van de distributieovereenkomst wettelijk geregeld is uitgaande van de gedachte dat de concessiegever doorgaans de sterkere van de twee partijen is en haar wil aan de andere partij kan opleggen, zie W. van Gerven, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, Handels- en economisch recht, deel 1, ondernemingsrecht*, Brussel 1989, p. 508.

vergoedingsplicht gelegd. Dat gebeurt niet zomaar en ook de Hoge Raad deed dat niet zomaar, want bij *Mattel/Borka* wordt expliciet door de Hoge Raad gewezen op het feit dat het ging om een duurovereenkomst met het oog waarop investeringen zijn verricht en waarvoor het redelijk kan zijn schadevergoeding toe te kennen.

De suggestie die van Steins noot uitgaat, dat onder de in de *Mattel/Borka* gegeven regel zou vallen de situatie, dat een distributeur 'zo maar' zonder daartoe signalen te hebben ontvangen van de fabrikant over is gegaan tot investeringen, is uit de lucht gegrepen. Weliswaar biedt de publicatie van de uitspraak niet veel zicht op de feiten waarop het oordeel dat het redelijk is om tot schadevergoeding te komen, steunt, maar iets is er wel over te zeggen.⁵⁰ Vermeld wordt dat Mattel participeerde in de reclamekosten; een dergelijke handelwijze zal bij Borka niet anders kunnen overkomen dan dat haar positie 'goed zit'; in ieder geval zal bij haar niet de gedachte postvatten dat zij binnen afzienbare tijd van haar distributeurschap ontheven zal worden. Verder wordt melding gemaakt van een showroom die gedeeltelijk voor Mattel was gereserveerd en een showboat. Het ligt in de rede dat over deze investeringen contact is geweest met Mattel en dat ook toen geen indicatie is afgegeven dat er een einde in zicht was. Voordat overgegaan wordt tot vergoeding van dit soort postcontractuele schade zal iedere rechter willen weten wat de investerende bewoog tot het doen van de investeringen. En zo daar een oorzaak geconstateerd kan worden bij een ander dan de investeerder komt schadevergoeding in beeld.

In deze context gaan de gedachten ook nog uit naar de beroemde Amerikaanse zaak *Hoffman v. Red Owl Stores Inc.*⁵¹. In dat geval ging het om onderhandelingen tussen Hoffman en de winkelketen Red Owl waarbij partijen na lange onderhandelingen niet tot een overeenkomst kwamen. Omdat de keten Hoffman aangemoedigd had tot het doen van uitgaven en het verrichten van ingrijpende handelingen (onder andere het verkopen van zijn bakkerij), waardoor bij Hoffman de verwachting ontstond dat hij in de keten zou mogen participeren, werd door de rechter geoordeeld dat Red Owl had op te komen voor de op niets uitgelopen uitgaven, de schade, zijdens Hoffman. De vergoeding vond plaats in het kader van paragraph 90 van de Restatement (second) on Contract (promissory estoppel), maar dat doet niet af aan het feit dat hier rechterlijk gereageerd werd op een veroorzaking van verandering in het leven van een partij door een andere partij terwijl er van contractueel noch delictueel handelen sprake was. Iets

50 Het kan toch niet zo zijn dat de Hoge Raad de deur naar een opgedrongen prestatie openzet.

51 26 Wis.2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965).

vergelijkbaars doet zich voor bij postcontractuele schadevergoeding: het contract tussen partijen is ten einde en de distributeur gedraagt zich niet onrechtmatig door de overeenkomst — zeker indien een redelijke opzeggingstermijn in acht is genomen — te beëindigen. De beëindiging kan echter voor de distributeur niettemin te vroeg komen daar hij zijn investeringen nog niet heeft terugverdiend. Of de investeringen dus pre- of postcontractueel zijn gedaan, is nauwelijks relevant. De vraag is in beide gevallen — en daarom is Red Owl in casu het noemen waard — dat het erom gaat te achterhalen wie de investering deed plaatsvinden.

5 Conclusie

Ik kom tot een afronding. Is er een reden om de kosten die zich voordoen in de postcontractuele fase *te delen* over beide partijen (en niet slechts bij een partij neer te leggen of te laten liggen)? Tenslotte is dat het overkoepelende thema van deze bundel. Ook dat hangt af van de feiten: zoek de veroorzaker en het antwoord is gegeven: denkbaar is dat er wel signalen van een op handen zijnde beëindiging zijn afgegeven, maar dat deze niet opgepikt zijn. Dan is de vraag die de rechter zal hebben te stellen: waarom is dat niet gebeurd? Hadden beide partijen boter op het hoofd dan is er reden om tot een deling van de schade over te gaan, in die zin dat de investerende partij met een deel van de kosten blijft zitten. Maar *Mattel/Borka* is blijkbaar een voorbeeld van een andere situatie. Wie in dit soort situaties recht wil doen, moet de tijd nemen uitgebreid de feiten te achterhalen. Hoe meer feiten voorhanden zijn, hoe minder er af zal hangen van redelijkheid en billijkheid.

Aansprakelijkheidsverzekeringen: alles en niets

1 Inleiding

In zijn indrukwekkende 'Algemeen Deel' betoogt Vranken dat het *iustum pretium*-beginsel inmiddels stevig in ons recht is verankerd.

'De beste illustratie hiervan is dat de alles-of-niets-houding van vroeger bijna niet meer voorkomt. Het is evenredigheid en evenwichtigheid wat de klok slaat'.¹

De krachtige en indringende formulering van Vranken maakt nieuwsgierig naar de argumenten.² Deze zijn er *iure constituto* nauwelijks en dat is maar goed ook. De leer van het *iustum pretium* heeft zich, afgezien van een korte opleving in de dertiger jaren, nooit in een grote populariteit mogen verheugen. Slechts sporadisch vindt zij nog aanhangers in ons land.³

Een zwak aftreksel van het beginsel is verankerd in de Unidroit principles, waar art. 3.10 een regel geeft over 'gross disparity'.⁴ Het lijkt erop dat ook de Lando-principles uitgaan van (een soort) *iustum pretium*. De toelichting op art. 1.108, dat betrekking heeft op 'reasonableness', stelt immers dat in aanmerking ware te nemen de vraag: 'Is a price or a term equitable'. Dienaangaande heet het dat mede acht moet worden geslagen

* J. Spier is Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad. Tevens is hij als hoogleraar privaatrecht verbonden aan de vakgroep privaatrecht en aan het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht, KU Brabant.

1 Asser-Vranken (1995) nr. 137. Eenzelfde — evenmin gemotiveerde — stelling duikt op in A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten, in: J. ten Kate e.a. (red.), *Miscellanea, Jurisconsulto vero Dedicata*, Deventer 1997, p. 124.

2 Uiteraard onderbouwt Vranken zijn stelling. Met hem geloof ik dat het 'alles of niets'-denken op veel terreinen met juistheid naar de geschiedenis is verbannen. Maar met F.W. Grosheide *lustum pretium. Enkele opmerkingen over de contractuele gebondenheid*, WPNR 6227 (1996), p. 435, meen ik niet dat het betoog veel van doen heeft met het *iustum pretium*-beginsel. Ook T. Hartlief plaatst enkele kanttekeningen: *Subsidiariteit en proportionaliteit in het contractenrecht*, AA 1997 p. 198.

3 Zie recentelijk F.W. Grosheide, t.a.p. (noot 2), p. 435. Zijn betoog is evenwel zeer abstract. Zie voorts de interessante uiteenzettingen van J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, Arnhem 1995, vooral p. 281 e.v. De wetgever wil er kennelijk niet van weten. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 1521.

4 Zie daarover de fraaie en gedegen beschouwing van O.A. Haazen, The principle of gross disparity, in: *Europees contractenrecht*, BW-krant jaarboek 1995, Arnhem 1995, p. 13 e.v.

op handelsgebruiken en verkeersopvattingen. Worden bepaalde bedingen veelvuldig gemaakt, dan is dat een aanwijzing dat ze redelijk zijn.⁵

Het belang van deze kwestie is ook in het verzekeringsrecht groot. Vooral door de invoering van claims made-verzekeringen is de vraag gerezen of het wel aangaat dat een verzekeringsovereenkomst een verzekerde geen dekking geeft wanneer deze laatste haar het hardst nodig heeft. Maar ook los van zodanige dekkingen kan de vraag rijzen of een verzekeraar wel steeds beroep kan doen op de beperkingen die de polis stelt aan de omvang van de dekking. Het gaat hier om een belangrijk probleem. De vraag is zeker niet retorisch. Toch meen ik dat het antwoord bevestigend luidt. Daarmee blijft er nog ruimte voor 'alles of niets'.

Bij de 'alles of niets'-discussie heeft het er vaak de schijn van dat men vooral kijkt naar de partij die met lege handen staat (het 'niets'). Daarbij gaat men er dan als vrij vanzelfsprekend vanuit dat de ander 'alles' heeft, hetgeen *deswege* kennelijk als evident onbillijk wordt ervaren. Die evidentie is er intussen geenszins.⁶ Hoe dat zij, de stelling dat een 'middenpositie' *dus* rechtvaardig is, is niet veel meer dan een sirenenroep: verlokkelijk en gevaarlijk.

2 Iustum pretium en wilsgebreken

Zoals aangestipt onder 1 heeft de leer van het *istum pretium* in ons land niet veel aanhangers. De meer gangbare gedachte is dat aanvaarding ervan de rechtszekerheid in gevaar zou brengen. Daarmee zou zij funest zijn voor het handelsverkeer.⁷

De vraag wat wel en wat geen 'rechtvaardige' prijs is, is te subjectief.⁸

5 O. Lando en H. Beale (red.), *Principles of European Contract Law*, deel I, Dordrecht, Boston, Londen 1995, p. 62 en 63. De noot op p. 63 vermeldt dat art. 1.108 'the common core of the legal systems' schijnt uit te drukken.

6 Zie nader mijn Mythevorming over oorlog en vrede, in: *Iustitia en Amicitia, Geschillenbeslechting in en buiten rechte*, Arnhem 1985, p. 185 e.v.

7 Asser-Hartkamp II (1997), nr. 44 en Asser-Schut-Hijma (1994) nr. 212 en 213; M.H.S. Lebens-de Mug, *Het wilsgebrek misbruik van omstandigheden*, Zwolle 1981 p. 115, allen met verdere vindplaatsen. Anders Hugh Collins, *The Law of Contract*, 2e druk, Londen 1993, p. 261 en 262.

8 Eender J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer 1979 p. 58 en klaarblijkelijk M.M. van Rossum, "Gross disparity": een herleving van de leer van het *istum pretium*?, WPNR 6237 (1996), p. 663. Dit probleem wordt gedeeltelijk opgelost wanneer men de benadering kiest van de toelichting op genoemd art. 3.10: alleen 'gross disparity' als de verstoring van het evenwicht zo groot is 'as to shock the conscience of a reasonable person', aangehaald door Haazen, a.w. (noot 4), p. 18 en voor uitwerking p. 34. Ook een 50% te hoge prijs is op zich onvoldoende. Opmerking verdient evenwel dat de praktijk,

Voor goederen of diensten waar een (doorzichtige) markt voor bestaat, ligt al aanstonds niet voor de hand aan te nemen dat sprake is van grote onevenwichtigheden⁹, tenzij sprake is van kartels of monopolies.¹⁰¹¹ Gaat het om bijzondere prestaties dan werkt het marktmechanisme niet. Dan zal soms zeker veel te veel worden betaald. Wil iemand per se een bepaalde Rembrandt kopen, dan zal hij moeten betalen wat de verkoper ervoor vraagt. Het gaat niet aan deze — mogelijk exorbitante — prijs te voldoen en later te betogen dat zij te hoog was: de Rembrandt wordt behouden, maar de verkoper moet een deel van de prijs teruggeven.¹²

Het valt dan ook te begrijpen dat de discussie zich heeft verplaatst naar de totstandkomingsfase.¹³ Als de partij die klaagt over 'onevenwichtigheid' heeft geweten wat hij deed, dan is er (in beginsel) geen grond hem in bescherming te nemen.¹⁴ De wederpartij zal hem wel voldoende informatie hebben te verstrekken, zeker wanneer aan twijfel onderhevig is of hij zich

volgens Collins, a.w. (noot 7), p. 259, uitwijst dat 'courts display considerable ingenuity in manipulating the rules of contract law to avoid the enforcement of what they perceive to constitute unfair contracts'.

- 9 Uitzonderingen zijn denkbaar. Zie Collins, a.w. (noot 7), p. 260, onder verwijzing naar Trebilcock.
- 10 In zo'n geval kan sprake zijn van misbruik van omstandigheden. Zie nader Asser-Hartkamp II (1997) nr. 209 e.v.
- 11 Waar het de overheid betreft zou het evenredigheidsbeginsel mijns inziens wel moeten gelden. Zie, ook voor vindplaatsen, losbl. Verbintenissenrecht II (Spier) aant. 7.2.8 en 43.
- 12 Zie nader ook Lebens-de Mug, a.w. (noot 7), p. 115. Zou men anders oordelen, dan moet worden onderzocht *welk deel* van de prijs moet worden teruggegeven. In de rede ligt dat alleen het excessieve, hoe dan ook bepaald, moet worden gerestitueerd. Zie nader O.A. Haazen, a.w. (noot 4), p. 37-38. Op zich ben ik het daarmee wel eens, maar men verzeilt dan in een zo mogelijk nog neteliger problematiek: wat is excessief en wat mag als 'aanvaardbaar' voordeel nog worden behouden? Soortgelijke vragen rijzen — en zijn nog allesbehalve opgehelderd — in het kader van het indemniteitsbeginsel bij schadeverzekeringen.
- 13 Lebens-de Mug, a.w. (noot 7), p. 115 en 118, Asser-Vranken, a.w. (noot 1), nr. 137, O.A. Haazen, a.w. (noot 4), p. 31 e.v., J.H. Nieuwenhuis, a.w. (noot 8), p. 60-61 en 122, M.M. van Rossum, t.a.p. (noot 8), p. 663. Ook de Engelse rechter bemoeit zich niet met de redelijkheid van de prijs; wel kan daarmee rekening worden gehouden in het kader van de vraag of sprake is van een wilsgebrek: zie uitvoerig Collins, a.w. (noot 8), p. 253 e.v. Zijn uitvoerige en heldere beschouwingen zijn ook voor Nederland mijns inziens van belang. Ik laat hier rusten wat de dogmatische grondslag is van genoemd art. 3.10. Zie daarover Van Rossum, t.a.p. (noot 8) en A.S. Hartkamp, *The Unidroit Principles for International Commercial Contracts and the New Dutch Civil Code*, in: S. Boekman (red.), *CJHB* (Brunner-bundel), Deventer 1994, p. 131.
- 14 Tenzij sprake is van misbruik van omstandigheden. Dat laat ik hier verder rusten. Zie Asser-Hartkamp II (1997) nr. 44; losbl. *Contractenrecht III* (Wuisman), nr. 137 e.v. en C.J. van Zeben, *De leer van het iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, Zwolle 1960 met vindplaatsen aldaar. In het algemeen is niet onjuist dat een wanverhouding tussen de wederzijdse prestaties een vermoeden schept dat sprake is van misbruik van omstandigheden: J.H. Nieuwenhuis, a.w. (noot 8), p. 129 en 132. Met Lebens-de Mug, a.w. (noot 7), p. 116 zou ik evenwel niet zonder meer van zo'n regel willen uitgaan.

realiseert wat hij doet.¹⁵ Naarmate de voorwaarden van de overeenkomst onevenwichtiger zijn, kan er aanleiding bestaan om vraagtekens te plaatsen bij de (vrije) wil van degene die een duidelijk onvoordelige overeenkomst aangaat.¹⁶ Maar als het niet heeft geschort aan duidelijke voorlichting en de 'bezwaarde partij' wist wat zij deed, dan bestaat er niet veel grond haar te hulp te schieten buiten de sfeer van de klassieke wilsgebreken. Aan deze laatste ga ik hier voorbij.

Buiten het kader van het geven van adequate voorlichting aan de (aspirant) wederpartij behoeft men zich mijns inziens in het algemeen niet mede te laten leiden door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.¹⁷ Met name kan naar geldend recht niet worden aanvaard dat een partij *gehouden* is een overeenkomst te sluiten of bedingen op te nemen die hij zelf niet wenst, alleen omdat de wederpartij haar wel wil en er mogelijk ook aanzienlijk belang bij heeft.¹⁸

3 Speelt rechtvaardigheid toch een rol?

Intussen zal de enkele omstandigheid dat een wederpartij nauwkeurig op de hoogte was van de voor hem onaantrekkelijke inhoud van de overeenkomst niet steeds meebrengen dat hij daaraan à la rigueur is gebonden. Ons recht biedt verschillende uitlaatkleppen: misbruik van omstandigheden, de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid,¹⁹ bijvoorbeeld in het kader van exonerationclausules en de uitleg van de overeenkomst²⁰. Betekent dit dat hetgeen aan het slot van 2 werd betoogd bijstelling behoeft? Dat

15 Asser-Vranken (1995) nr. 137 en J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeks-plichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle 1989, onder meer p. 15 e.v. Eender Collins, a.w. (noot 7), p. 254 e.v.

16 Collins, a.w. (noot 7), p. 254.

17 Vergelijk HR 15 november 1957, NJ 1958, 67, nt. LEHR (Baris/Riezenkamp).

18 Mogelijk (enigszins) anders Vranken, a.w. (noot 15), p. 204 en 205. Wellicht moet ook art. 1:106 van de Lando-principles anders worden begrepen. Blijkens de toelichting moet 'due regard for the interests of the other party' worden gegeven: a.w. (noot 5), p. 54. Voorts heet het, zonder verdere toelichting, dat een contractspartij niet het recht heeft voordeel te trekken uit een contractueel beding 'in a way that, given the circumstances, would be unacceptable according to the standards of good faith and fair dealing' (*idem* p. 56).

19 Zie voor voorbeelden Asser-Hartkamp II (1997) nr. 313. Ik laat hier rusten of ook ethiek een zelfstandige grondslag zou zijn, dan wel of deze wordt gesublimeerd in redelijkheid en billijkheid. Zie de interessante bijdrage van H. Cousy, Lectuurnoties en reflecties over ethiek in het zakenleven, in het bijzonder in de verzekeringen, in: F. Fleerackers (red.), *Mens en Recht, Liber Amicorum Jan M. Broekman*, p. 47 e.v.

20 Terecht wordt er in Asser-Hartkamp I (1996) nr. 345a op gewezen dat uitleg ook een rol kan spelen bij het uitschakelen van exonerationclausules. Hierna heb ik het oog op clausules waarvan voor partijen duidelijk was dat zij betrekking hebben op de voorgervallen schade.

een partij door een juridisch machtswoord kan worden gehouden tot prestaties die hij expliciet niet heeft willen aanvaarden?

Uitleg van overeenkomst kan aanstonds terzijde worden geschoven. Het gaat daar immers juist om niet geheel duidelijke overeenkomsten, gevallen derhalve waarin niet vast staat dat één partij een overeenkomst met een bepaalde overeenkomst wilde.²¹ Hieraan doet niet af dat voor de uitleg van belang kan zijn hetgeen partijen over en weer van elkaar mochten verwachten.²² Daarmee zijn we terug op hetgeen onder 2 werd besproken.

Misbruik van omstandigheden kan ertoe leiden dat een overeenkomst wordt vernietigd.²³ Zij is daarmee in beginsel van de baan.²⁴ Met name kan een beroep hierop niet meebrengen dat de 'misbruiker' wordt gedwongen een prestatie te leveren die hij niet wilde verrichten. Veeleer vloeit uit het leerstuk voort dat zodanige verplichting juist *niet* bestaat. Met juistheid heeft Hartkamp erop gewezen dat bij misbruik van omstandigheden doorgaans moet worden gedacht aan 'een onevenwichtigheid in de contractsvoorwaarden'.²⁵ Zeker wanneer de 'sterke partij' goede grond heeft om alleen op de op zich zelf beschouwd bezwarende voorwaarden te contracteren, is van onevenwichtigheid niet licht sprake.²⁶ Ik ga daarop nader in onder 4.

Lastiger ligt — om me daartoe te beperken — de vraag of op een exonerationeclausule beroep kan worden gedaan.²⁷ Zoals bekend heeft het

21 In gelijke zin losbl. Contractenrecht IV (De Klerk-Leenen) nr. 16.

22 Bijvoorbeeld HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635, nt. CJHB (Haviltex), 18 november 1983, NJ 1984, 272, nt. G (Kluf/B en W Supermarkten) en 22 april 1988, NJ 1988, 754 (Van Popering/Daems).

23 Terecht wijst Asser-Hartkamp II (1997) nr. 210 erop dat 'het rechtsgevoel' lang niet altijd verlangt dat zelfs een in min of meer ernstige noodtoestand gesloten overeenkomst tot vernietiging leidt.

24 Ik ga hier voorbij aan art. 3:54 lid 2 BW, ook al omdat de indruk bestaat dat daarmee thans nog weinig wordt gedaan. Zie over deze bepaling Asser-Hartkamp II (1997) nr. 181 en Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1988, Deventer 1988, p. 177 e.v. en over de terughoudendheid waarmee het nieuwe instrumentarium wordt gebruikt T. Hartlief, *Subsidiariteit en proportionaliteit in het contractenrecht*, AA 1997 p. 201.

25 Asser-Hartkamp II (1997) nr. 215.

26 Zie ook Hofmann-Abas, *Het Nederlands verbintenissenrecht, Deel I, tweede gedeelte*, 9e druk, Groningen 1977 p. 162 en 163. R.P.J.L. Tjittes geeft aan dat een beroep op economisch overwicht zelden soelaas biedt: *De hoedanigheid van contractspartijen*, Deventer 1994, p. 107 e.v.

27 Volgens H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer 1979, p. 220, zou het de voorkeur verdienen om exonerationeclausules vanuit rechtspolitiek gerechtigheidsperspectief te bezien. Als men dergelijke bedingen te lijf wil gaan is daarvoor zeker het nodige te zeggen. Maar men zij daarmee mijns inziens erg voorzichtig.

Saladin/HBU-arrest²⁸ de bijl gezet aan de vanzelfsprekendheid dat beroep kon worden gedaan op een overeengekomen exoneratieclausule.²⁹ De meeste door de Hoge Raad (en de doctrine) ten tonele gevoerde omstandigheden waarop acht moet worden geslagen behoeven hier geen bespreking. Ten dele omdat zij vallen onder hetgeen onder 2 aan de orde is gekomen, ten dele omdat naar geldende inzichten voor de hand ligt dat een (ernstig) verwijtbaar schade berokkenen een beroep op zo'n beding blokkeert.³⁰

Intrigerend blijft 's Hogen Raads oordeel dat de onderlinge verhouding van partijen en de uiteenlopende verhouding tussen de overeengekomen beperking van aansprakelijkheid in verband met de omvang van de voorzienbare schade³¹ factoren zijn waarop acht moet worden geslagen.³² Daaruit kan bezwaarlijk iets anders worden afgeleid dan dat het college *onder omstandigheden* een duidelijk beding terzijde schuift. Het beding wordt onredelijk geoordeeld.

Zou deze benadering zo moeten worden begrepen dat de exonerant wordt voorgehouden dat hij voor het voorliggende geval redelijkerwijs niet kán hebben *bedoeld* zich vrij te tekenen, dan staat er niets wat met het voorafgaande op gespannen voet staat. Door toepassing van deze kunstgreep doet zich, *juridisch beschouwd*, immers niet het geval voor dat de exonerant alleen maar op basis van *deze* overeenkomst wilde contracteren.

Het is evenwel minder aannemelijk dat 's Hogen Raads oordeel zo moet worden verstaan. Het college maakt zich los van, of toont geen interesse voor, hetgeen de exonerant werkelijk wilde. De Hoge Raad veroordeelt het beding in het concrete geval, in feite omdat het daarvoor niet had *mogen* worden gemaakt. Daarmee wordt per saldo niet veel anders dan de *iustum*

28 HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261, nt. GJS (*Saladin/HBU*).

29 In het eerste *Bovag*-arrest, HR 3 juni 1938, NJ 1938, 920, nt. EMM, toonde de Hoge Raad zich nog buitengewoon terughoudend. Mogelijk staat er impliciet (eerste r.o.) dat op zo'n beding geen beroep kan worden gedaan ingeval van meer dan eigen schuld of onoordeelkundigheid.

30 Zie daarover uitvoerig losbl. Contractenrecht III (Wuisman) nr. 174a e.v.

31 HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486, nt. GJS (Van der Laan/Top's Broederij), HR 18 december 1981, NJ 1982, 71 (Van Kleef/Monster) en HR 8 maart 1991, NJ 1991, 396 (Staalgrit/Van der Ende).

32 Verder kan worden gedacht aan de aard van de overeenkomst. Ook daarvoor geldt klaarblijkelijk dat deze ertoe kan leiden dat een uitdrukkelijk overeengekomen beding, dat de wederpartijkende en begreep, terzijde wordt geschoven, waardoor wordt ingegrepen in de door een van de partijen contractueel overeengekomen prestaties. Zie nader losbl. Contractenrecht III (Wuisman) nr. 182 e.v. Verder valt te denken aan de maatschappelijke positie en verzekering (respectievelijk nr. 185 en 191 e.v.).

pretium-leer binnengesmokkeld, zij het *alleen in de context van art. 6:248 BW*.³³

De conclusie zal moeten zijn dat de Hoge Raad op deelgebieden bereid is om de expliciete partijbedoelingen te negeren. Omdat dit oordeel wordt gesteld in de sleutel van *redelijkheid en billijkheid* zal mogen worden aangenomen dat hij bedingen die een contractant opnam ter *redelijke bescherming* van eigen belang niet van hun betekenis zal beroven.³⁴ Een andere benadering ware immers kras onbillijk. Hoe ver het terzijde schuiven van delen van een overeenkomst waarvan partijen de inhoud kenden, kan worden doorgetrokken is uiterst onduidelijk. In het navolgende ga ik er veronderstellenderwijs vanuit dat dit in voorkomende gevallen ook buiten de sfeer van exoneratieclausules mogelijk is.

Verdere uitwerking van deze stelling gaat het bestek van deze bijdrage te buiten. Opmerking verdient slechts dat deze benadering, zoals hierna nog zal blijken, iets onevenwichtigs in zich bergt. De invalshoek van art. 6:248 BW brengt, mede gezien het gangbare uitgangspunt dat de *iustum pretium*-leer in ons land niet geldt, mee dat inhoudelijke controle op talloze contractuele bepalingen onmogelijk blijft. Dat geldt vooral voor wat in de setting van afdeling 6.5.3 BW wordt aangeduid als kernbedingen, zoals de prijs.³⁵ Zou men deze buiten toepassing laten, dan zou het quid pro quo wegvallen. Dat ligt anders bij vrijtekeningsbedingen. De overeenkomst blijft intact; het enige wat gebeurt is dat een beroep daarop (in het voorliggende geval) wordt afgesneden.³⁶

Men dient evenwel in het oog te houden dat de prijs niet zelden mede afhankelijk is van de inhoud en omvang van een exoneratie.³⁷ Zo bezien

33 In zijn noot onder het derde *Bovag*-arrest kon Hymans van den Bergh nog met reden betogen dat de Hoge Raad deze leer verwierp. Zulks omdat 'wanverhouding' alleen onvoldoende is om het beding als strijdig met de goede zeden aan te merken (HR 11 januari 1957, NJ 1959, 37, p. 120). Voor latere arresten gaat die redenering niet meer op, omdat de wanverhouding alleen voldoende reden kan zijn om een beroep op het beding ontoelaatbaar te achten. Het verband met de *iustum pretium*-leer wordt impliciet ook gelegd door A-G Langemeijer in zijn conclusie voor het genoemde arrest: 'Minder zeker komt het mij voor dat de inhoud van de clausule inderdaad zo ver afwijkt van een evenwicht van de belangen van partijen dat zij uit zedelijk oogpunt verzet kan wekken' (NJ 1959, 37 p. 118 r.k.).

34 Tenzij daarvoor een andere grond bestaat, als bijvoorbeeld onbekendheid van de wederpartij met het beding.

35 Zie voor uitwerking Asser-Hartkamp II (1997) nr. 348.

36 Zeer terecht heeft Vranken erop gewezen dat het ook bij (een beroep op) exoneratiebedingen allerminst een kwestie van 'alles of niets' behoeft te zijn: *Het alles of niets bij exoneratie bedingen*, WPNR 6142 (1994), p. 453 en 454.

37 Vergelijk P.A. Stein onder HR 19 mei 1967, AA 1967, p. 217 en 218.

is niet bijster gelukkig dat de prijs niet, maar de omvang van een exoneration wél vatbaar is voor rechterlijk ingrijpen.³⁸

Opmerking verdient nog dat ook de Lando-principles bepalen dat exonerationbedingen niet onredelijk mogen zijn (art. 3.109). Volgens de toelichting moet hier mede acht worden geslagen op het eerder al genoemde art. 1.108. Voorts op de prijs en de vraag wie zich het gemakkelijkst kon verzekeren.³⁹ Nadere uitwerking ware zeer wenselijk geweest, maar is vermoedelijk achterwege gebleven omdat een grootste gemene deler van de verschillende rechtsstelsels ontbrak.

4 **Bezwarende verzekeringsbedingen: inleiding**

Toegepast op verzekeringen betekent het zoëven betoogde dat voor de verzekerde zeer bezwarende bedingen het risico in zich bergen⁴⁰ terzijde te worden geschoven.⁴¹ Tenzij de verzekeraar goede gronden had om deze in de verzekeringsovereenkomst op te nemen en de verzekeraar de verzekerde niet in het ongewisse heeft gelaten over inhoud, strekking en eventueel de consequenties daarvan.⁴²

38 Ik spreek hier louter over het zogenaamde wanverhoudingsaspect. Anders ligt het wanneer men zich vrijtekent voor eigen opzet of grove schuld of wanneer het gaat om een beding dat de wederpartij niet kende of redelijkerwijs had behoren te kennen.

39 A.w. (noot 5), p. 149.

40 Ik formuleer met opzet voorzichtig. De vraag wat de consequenties zijn van de exoneration-clausule-jurisprudentie is nog onvoldoende uitgekristalliseerd.

41 Daaraan doet niet af dat de omvang van de dekking heeft te gelden als kernbeding (Parl. Gesch. Boek 6, p. 1521 en 1527). Ik laat hier rusten of de 'redelijkheid en billijkheid' in het verzekeringsrecht een andere betekenis heeft dan elders. Verdedigd wordt wel dat sprake zou zijn van *contractus uberrimae fidei*, dat 'utmost good faith' zou gelden. Zie uitvoeriger, ook voor vindplaatsen, losbl. Bijzondere Contracten XI (Van Huizen en Verschoof) art. 24 nr. 26. Er zijn, mijns inziens, in de rechtspraak niet veel, laat staan duidelijke, aanknopingspunten te vinden die erop wijzen dat art. 6:248 BW in de verzekeringsrechtelijke context een andere betekenis zou toekomen dan daarbuiten. In de Verenigde Staten ligt dat klaarblijkelijk anders. Zie Keeton en Widiss, *Insurance Law*, West Publishing Co, St. Paul 1988, p. 615 en 623 e.v. Begrijpelijkerwijs wordt in Engeland aangenomen dat de verplichting tot het betrachten van 'utmost good faith' ophoudt zodra een procedure is aangevangen: M.A. Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, First Supplement to the Second Edition, LLP Londen, New York en Hong Kong 1996 p. 93 en 94. Clarke citeert onder meer Tuckey J in *The Star Sea*: 'The spectre of underwriters, having rejected a claim, and lying in wait for the opportunity to allege that at some stage in the adversarial process the insured has made a false or misleading statement, appals me' (p. 94).

42 Zie uitvoerig J. Spier en O.A. Haazen, *Aansprakelijkheidsverzekeringen op claims made-grondslag*, Deventer 1996 p. 136 e.v. en 145.

Een verzekerde zal zich er niet met vrucht over kunnen beklagen dat de premie te hoog is.⁴³ Bijvoorbeeld omdat sprake is van een standaardtarief, terwijl hij minder schade berokkent dan de gemiddelde verzekerde.⁴⁴ Of omdat hij juist een hogere premie betaalt gezien zijn schadeverloop, zulks onder verwijzing naar de solidariteitsgedachte (die men zelden in tegenovergestelde richting hoort bepleiten).⁴⁵ Zoals aangestipt onder 3 stuiten deze klachten af op art. 6:231 BW en het feit dat de *iustum pretium*-leer geen geldend recht is.⁴⁶

5 Beperkingen van de verzekeringsdekking

Ik kom dan op de beperkingen die eigen zijn aan iedere verzekeringsovereenkomst. Door de omschrijving van de dekking wordt duidelijk welke evenementen wél en welke géén aanspraak jegens de verzekeraar geven. Is de dekkingsomschrijving beperkt, dan zal de verzekerde het deel van de schade dat daarbuiten valt, voor eigen rekening moeten nemen. Dit kan zich op allerlei terreinen voordoen.⁴⁷ Ik beperk me hierna tot aansprakelijkheidsverzekeringen.

Deze polissen bevatten allerhande beperkingen van de dekking. Te denken valt aan de plaats waar de schade voorvalt of wordt geleden, de periode voor welke de verzekering is aangegaan, limieten, de verzekerde hoedanigheid, serieschade en de dekkingsgrondslag.

43 Zie losbl. Bijzondere Contracten XI (Van Huizen en Verschoof) art. 246 nr. 44. De MvT op art. 7:17.1.1 *Kamerstukken II* 1985/86, 19529, nr. 3, p. 5, wijdt geen woord aan deze kwestie. In de Verenigde Staten bestaat, althans in theorie, een vergaand systeem van premie-regulering. Zie uitvoerig, ook voor voor- en nadelen, Keeton en Widiss, a.w. (noot 41), p. 954 e.v. en voor relativerende kanttekeningen over de beperkte betekenis in de praktijk op p. 966 en 967.

44 RvT IV-91/23, aangehaald in losbl. Bijzondere Contracten, a.w. (noot 41). Keeton en Widiss, a.w. (noot 41), p. 965 wijzen op de nadelen van vergaande differentiëring. Voor autoverzekeringen behoort vergaande differentiëring in Oostenrijk goeddeels tot het verleden: M. Schauer, *Das Oesterreichische Versicherungsvertragsrecht*, 3e druk, Wenen 1995 p. 427.

45 Vergelijk H. Cousy, a.w. (noot 19), p. 61. Op p. 54 verzucht hij, meer in het algemeen, dat er in de huidige tijd weinig ruimte is voor solidariteit.

46 Zoals eerder vermeld kan louter in de sleutel van art. 6:248 BW in zeer specifieke gevallen een andere opvatting worden verdedigd.

47 Te denken valt aan reisverzekeringen die ski-ongevallen uitsluiten en brand- en diefstalverzekeringen waarvan de limiet niet automatisch wordt aangepast aan eventuele waardestijgingen van de verzekerde objecten (hetgeen bij onroerende zaken of kunst tot beduidende onderverzekering kan leiden).

Voor advocaten geldt een verplichte verzekering voor het onbegrijpelijk lage bedrag van één miljoen gulden.⁴⁸ Wanneer een advocaat zo onverstandig is om zich slechts voor dit bedrag te verzekeren, dan kan hij niet met vrucht betogen dat op deze limiet geen beroep kan worden gedaan wanneer hij een (aanzienlijk) hogere schade berokkent. Evenmin zal hij met succes in stelling kunnen brengen dat de verzekeraar hem had moeten inlichten over de ontoereikendheid van deze limiet. Deze laatste zal redelijkerwijs mogen aannemen dat de advocaat dat zelf kan bedenken. Ik zou niet zonder meer willen uitsluiten dat anders kan worden geoordeeld ingeval een verzekerde volstaat met de minimale WAM-dekking van twee miljoen.⁴⁹

Aansprakelijkheidsverzekeringen plegen serieschadeclausules in te houden. Daardoor worden schades die dezelfde oorzaak hebben tot één gebeurtenis gesmeed.⁵⁰ De voor de verzekerde nadelige consequentie daarvan is hij maar éénmaal de voor één serie geldende limiet vergoed krijgt. De verzekeraar weet uiteraard heel goed dat dit voor de verzekerde heel nadelig kan zijn. Maar dergelijke clausules zijn geboden ter bescherming van de verzekeraar. Een verzekerde zal art. 6:248 BW niet als instrument kunnen gebruiken om deze bepaling uit de polis te verwijderen. Omdat dergelijke bepalingen al sinds mensenheugenis wijd verbreid zijn zal de verzekeraar mogen aannemen dat de verzekerde ermee op de hoogte is. Hij zal er dus niet specifiek op hebben te wijzen. Hetzelfde geldt uiteraard voor limieten.⁵¹⁵²

48 Art. 3 Verordening op de beroepsaansprakelijkheid.

49 Bedacht moet worden dat dit minimum is gebaseerd op de wet (art. 22 WAM in verband met art. 2 lid 1 Besluit bedragen aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen). Het gaat ver te menen dat een verzekeraar gehouden is een aspirant-verzekerde, die er allicht vanuit gaat dat dit bedrag toereikend is, voor te houden dat het door de wetgever klaarblijkelijk toereikend geachte bedrag onvoldoende kan zijn. Of toch een mededelingsverplichting bestaat hangt mijns inziens vooral af van de vraag hoe vaak grotere schades voorkomen en wat de extra premie is om een hogere limiet te krijgen. Opmerking verdient nog dat zelfs zeer aanzienlijke schades geen luchtspiegelingen zijn. Zie O.A. Haazen en J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, preadv. NJV 1996, Zwolle 1996 p. 26.

50 Zie uitvoerig J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, 2e druk, Zwolle 1994 p. 122 e.v.

51 Anders dan Wansink, a.w. (noot 50), p. 119, beschouw ik dat niet als onbillijk ten opzichte van de verzekerde. Een andere vraag is — en vermoedelijk heeft Wansink veeleer daar het oog op — of het valt toe te juichen dat onverzekerbare aansprakelijkheden oprukken. Zie daarover mijn bijdrage aan de Van Dunné-bundel, *De (on)verzekerbaarheid van aansprakelijkheden*, in: J. ten Kate e.a. (red.), *Miscellanea, Jurisconsulto vero Dedicata*, Deventer 1997, p. 409 e.v.

52 Y. Lambert-Faivre, *Droit des assurances*, 9e druk, Parijs 1995, nr. 522 en 547 benadrukt deze vrijheid zeer terecht, al wijst zij ook op de schaduwzijden (nr. 562).

Het ligt niet anders ten aanzien van uitsluiting van bepaalde exportrisico's. Wederom: niet valt uit te sluiten dat een verzekeraar onder omstandigheden een aspirant-verzekerde moet informeren over zodanige uitsluiting. Niet verdedigbaar is dat een verzekerde die ervan op de hoogte is of redelijkerwijs had kunnen zijn deze beperking met behulp van art. 6:248 BW kan ecarteren.

Ik realiseer me dat het bovenstaande klinkt als het intrappen van open deuren. Het lijkt zó vanzelfsprekend, dat er geen aanleiding bestaat om er op in te gaan. Zelfs *als* de *iustum pretium*-leer zou worden toegepast, zou er niets unfairs aan deze dekkingsbeperkingen zijn. Alle gememoreerde beperkingen zijn goed verklaarbaar. De verzekeraar kan de omvang van de risico's niet overzien. Hij voelt er niets voor zich in onpeilbare diepten te storten. Wat de verzekerde betreft: hij betaalt geen premie voor de niet gedekte risico's. Hij mag redelijkerwijs niet verwachten — en verwacht ook niet — dat de verzekeraar zal inspringen buiten de grenzen van de dekking. Het feit dat, bij mijn weten, rechtspraak op dit terrein (vrijwel geheel)⁵³ ontbreekt, illustreert dat een en ander inderdaad als evident wordt ervaren.

Toch missen de beschouwingen allerm minst goede zin. Zoals bekend is binnen en buiten Nederland omstreden of het bovenstaande ook geldt voor claims made-verzekeringen. Elders zijn Haazen en ik uitvoerig op die problematiek ingegaan.⁵⁴ Daarom kan ik hier kort zijn.

Moeilijk valt in te zien waarin het kenmerkende verschil met de andere hierboven genoemde beperkingen gelegen is. A prima vista zou men kunnen menen dat een belangrijk onderscheid is dat de verzekerde bij de eerder genoemde dekkingsbeperkingen steeds bij de verzekeraar terecht kan en bij claims made-dekkingen alleen ingeval de verzekering nog niet is beëindigd.⁵⁵ Dit is evenwel gezichtsbedrog. Hetzelfde geldt voor andere beperkingen: voor niet gedekte risico's, schades die groter zijn dan de gedekte limiet, schades die na afloop van de looptijd ontstaan,⁵⁶ kan de verzekerde niet bij de verzekeraar terecht. Voorzover de schade binnen de dekking valt, dan kan hij wél bij de verzekeraar aankloppen. Dat is bij claims made-verzekeringen niet anders.

53 Wansink wijst op een Duits arrest dat in andere zin oordeelt ten aanzien van een zeer beperkt geformuleerde serieschadeclausule (a.w. (noot 50), p. 126 noot 236). Naar Nederlands recht zou ik de betrokken clausule wél toelaatbaar achten, al was het maar omdat de gevolgen van de Duitse benadering moeilijk kunnen worden overzien.

54 Spier en Haazen, a.w. (noot 42), p. 125 e.v. met vindplaatsen aldaar.

55 Korthedshalve ga ik voorbij aan namelding en de omstandighedenclausule, waarover Spier en Haazen, a.w. (noot 42), p. 69 e.v.

56 Bij 'loss occurrence'-verzekeringen.

Is het beslissende verschil dan daarin gelegen dat de claims made-verzekeraar een uitkeringsverplichting van zich kan afschudden door beëindiging van de polis? Of dat de verzekerde door beëindiging moeilijkheden ondervindt dekking te vinden voor het inlooprisico? Hoewel niet kan worden ontkend dat hierdoor voor de verzekerde moeilijkheden kunnen ontstaan, zou onjuist zijn te veronderstellen dat zij inherent zijn aan claims made-verzekeringen. Bij een behoorlijke omschrijving van 'occurrence' kan een verzekeraar zijn exposure in de tijd eveneens vergaand beperken. Vreest hij voor toekomstige ontwikkelingen, dan kan hij door beëindiging van de verzekeringsovereenkomst ook een wezenlijk deel van de problemen van zich afschudden. Als hij in die opzet slaagt, is de verzekerde zelfs slechter af dan met een claims made-verzekering, omdat deze laatste hem een namelingsmogelijkheid en een omstandighedenclausule biedt. Doen zich verontrustende ontwikkelingen voor, die de kans op grote claims reëel maken, dan is het een illusie te menen dat (verstandige) 'loss occurrence'-verzekeraars ruimhartig zullen zijn met het verstrekken van inloopekking.

Kortom: de verschillen bestaan, maar deze zijn veel kleiner dan men geneigd zou zijn te denken. Reeds daarom is niet zonder meer begrijpelijk waarom claims made-verzekeringen zozeer in de vuurlinie liggen, terwijl 'loss occurrence'-verzekeringen zich mogen verheugen in een rustig bestaan.⁵⁷

Ook allerhande andere beperkingen kunnen meebrengen dat de verzekerde een belangrijk deel van de schade zelf moet betalen. Wanneer een bedrijf met zeer veel werknemers wordt besprongen met een groot aantal RSI-claims zal de serieschadeclausule vermoedelijk bewerkstelligen dat slechts een deel van de schade door de werkgever op de verzekeraar kan worden verhaald. Terecht is er door velen op gewezen dat een van de schaduwzijden van 'loss occurrence'-verzekeringen is dat bij long tailschades vaak een inadequate limiet geldt.⁵⁸ Toch — en volstrekt begrijpelijk — heeft dat niet geleid tot procedures om die limiet met behulp van art. 6:248 BW terzijde te schuiven. Veel polissen sluiten dekking uit ter zake van onder

57 Geheel waar is dat niet. Vooral in de Verenigde Staten, waar de 'multiple trigger'-theorie wel opgeld doet, is de rechtspraak ook verzekeraars op deze grondslag niet goed gezind. Zie onder heel veel meer Robert H. Jerry, II, *Understanding Insurance Law*, 2e druk, New York 1996, p. 456 e.v., M.A. Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, 2e druk (1994) p. 403 e.v. en Supplement, a.w. (noot 41), p. 48 en 49, R.C. Tinney, *Event as Occurring within Period of Coverage of 'Occurrence' and 'Discovery' or 'Claims Made' Liability Policies*, 37 ALR4th 382 e.v. en N.R. Andrea, *Exposure, Manifestation of Loss, Injury-in-Fact, Continuous Trigger: The Insurance Coverage Quagmire*, 21 Pepperdine Law Review [1994], p. 813. Zeer kort gezegd wordt deze benadering doorgaans gevolgd met als redengeving dat de betrokken clausule niet geheel duidelijk is.

58 Zie nader Spier en Haazen, a.w. (noot 42), p. 24.

meer Amerikaanse aanspraken. Dat is alleszins begrijpelijk. De verzekerde heeft niet in eigen hand of deze zich zullen voordoen. Wanneer een afnemer zijn producten exporteert naar de Verenigde Staten kan hij daarmee worden geconfronteerd, zonder dat hij kan terugvallen op zijn verzekeraar. En zo is er meer.

Ook op andere terreinen wordt kennelijk als een maatschappelijk aanvaard risico beschouwd dat men een schade, waarop men niet bedacht kón zijn en waarvoor men zich dus ook niet kon verzekeren, zelf moet dragen omdat er geen of een inadequate verzekeringsdekking voorhanden is. Ik doel hier op wijziging van de rechtspraak of wetgeving met terugwerkende kracht.⁵⁹ Als zodanige wijzigingen, waarbij zelden aan de gevolgen wordt gedacht, al toelaatbaar zijn — hetgeen rechter en wetgever blijkbaar menen — dan valt niet in te zien dat een verzekeringsdekking waarvan de verzekerde *wél weet* dat zij beperkt is, ontoelaatbaar zou zijn.

Voorzover hetgeen hiervoor is betoogd onvoldoende overtuigende kracht heeft om de doorgaans met pakkende 'one liners' als het aangaan van een 'gezamenlijk avontuur' geschraagde beweringen in andere zin te ontzenuwen, moet nog de '*iustum pretium*-toets' worden uitgevoerd.⁶⁰ Ik gaf al aan dat een overeenkomst niet kan worden gezegd daarmee op gespannen voet te staan wanneer een der partijen gegronde redenen had om slechts te contracteren zoals zij deed, zeker wanneer de wederpartij zich rekenschap gaf van de risico's die zij daardoor loopt.

Die situatie doet zich bij aansprakelijkheidsverzekeringen voor. Op een aantal terreinen bestaat een gerede kans dat zowel aantal als omvang van de claims zeer drastisch zullen stijgen.⁶¹ Of dat gebeurt, wanneer en in welke omvang is evenwel geheel ongewis.

Verzekeraars kunnen hun premies er dus niet op afstemmen. Daarom ligt voor de hand — en is ook geenszins onredelijk — dat zij wegen hebben gezocht om hun gerechtvaardigde belangen veilig te stellen. Voor de verzekerde betekent dit dat hij kán worden geconfronteerd met aanspraken die hij niet op zijn verzekeraar kan afwentelen. Dat is uiteraard een weinig fortuinlijke situatie, maar daarin schuilt niets onredelijks of onevenwichtigs. Voor deze niet bestaande dekking heeft de verzekerde geen premie betaald. Zou hij desondanks, met voorbijgaan aan de beperkingen van de polis, tóch

59 Zie voor voorbeelden Haazen en Spier, a.w. (noot 49), p. 45 en 46 en T. Hartlief en J. Spier, *Verzekering en aansprakelijkheid met terugwerkende kracht*, A&V 1994 p. 27-28.

60 Als gezegd: die leer wordt in het algemeen verworpen, maar is in het kader van de exoneratie-jurisprudentie op bescheiden schaal ons recht binnengesmokkeld.

61 Zie nader Haazen en Spier, a.w. (noot 49), p. 10 e.v. en A.T. Bolt en J. Spier, *idem* p. 384 e.v.

dekking krijgen, dan zou hem een onverwacht en onverdiend voordeel in de schoot worden geworpen. De verzekeraar zou een prestatie moeten leveren waar niets tegenover heeft gestaan. Dat ware eerst werkelijk onbillijk. Zoiets kan nimmer worden gedragen door een *iustum pretium*-beginsel, hoe ook begrepen, zelfs als het onverkort zou gelden.

6 Slot

Duidelijk moge zijn dat de in dit artikel besproken kwestie vooral speelt in het raam van aansprakelijkheidsverzekeringen. Het aansprakelijkheidsrecht maakt roerige tijden door. Verzekeraars hebben maatregelen genomen om hun positie veilig te stellen. Volledige verzekerbaarheid is daarmee in rook opgegaan. Dat legt de zwarte piet van de ontwikkelingen bij de aansprakelijke en, als deze geen verhaal biedt, bij het slachtoffer.

De oplossing van de moeilijkheden die daardoor ontstaan moet men *niet* zoeken door met behulp van 'alles of niets'-slogans verzekeringsdekkingen te creëren waar deze expliciet niet bestaan. Zij zal elders moeten worden gevonden. Hetzij door ingrepen in het aansprakelijkheidsrecht, door overheidsverzekeringen, schadefondsen of andere oplossingen.⁶²

Met een kleine variatie op H. Drion: het simplisme van de realisten à outrance dat verzekeraars alle problemen maar moeten oplossen moet een halt worden toegeroepen.

'Het zijn gevaarlijke hervormers die de pijn niet voelen, inhaerent aan elk veranderen. Maar wie niet de moed heeft, die pijn te nemen als het leven verandering vraagt, doet beter zich terug te trekken aan de borreltafel, waar de oude garde — van alle leeftijden — in vreedzame wrok het hoofd schudt over de verderfelijke nieuwigheden van een losgeslagen wereld'.⁶³

62 Zie mijn bijdrage aan de Van Dunné-bundel, a.w. (noot 51) en, zij het zonder duidelijke conclusie, J.H. Nieuwenhuis, *De ramp op het Pikmeer*, Oratie Groningen 1996, Deventer 1997.

63 H. Drion, *Verzekering en aansprakelijkheidsrecht*, rede Rotterdam 1955, 's-Gravenhage p. 24.

Grondslagen voor proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband

1 Inleiding

Een terrein waarop het doorbreken van het 'alles of niets' ten behoeve van een gedifferentieerde benadering potentieel van verstrekkende betekenis is, is dat van het onzeker causaal verband. Dit niet alleen omdat in de praktijk, met name bij beroepsfouten van artsen, advocaten, notarissen en andere 'vrije' beroepsbeoefenaars, relatief vaak onzekerheid bestaat over het *conditio sine qua non*-verband tussen de fout en de schade, maar ook omdat een proportionele oplossing op pregnante wijze lijkt te breken met de traditionele juridische dogmatiek, waarin onzekerheid over het CSQN-verband wordt gezien als een bewijsprobleem met betrekking tot feitelijke omstandigheden, waarover de rechter aan de hand van het bewijsrecht de knoop behoort door te hakken.¹ Toch is proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband veel minder 'vreemd' voor het aansprakelijkheidsrecht dan wel wordt verondersteld. Dit zowel wat het systeem van het aansprakelijkheidsrecht betreft, als wat betreft de praktijk, althans wanneer men daarbij ook andere rechtsstelsels in ogenschouw neemt. Bijna in elk land worden proportionele benaderingen gehanteerd, soms (nog) incidenteel, zoals in Nederland,² maar soms ook op relatief grote schaal, in het kader van gevestigde leerstukken, zoals in Frankrijk, België en in toenemende mate in de Verenigde Staten.³

Het systeem van het aansprakelijkheidsrecht biedt voor proportionele aansprakelijkheid verschillende solide aanknopingspunten. In het navolgende

* Arno Akkermans is advocaat bij Kennedy Van der Laan Advocaten te Amsterdam.

1 Zie de bijdrage van I. Giesen aan deze bundel.

2 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 4 januari 1996, NJ 1997, 213; A&V 1996, p. 67 e.v., nt. A.J. Akkermans; TvG 1997, p. 58, nt. M.J.J. de Ridder (Wever/De Kraker c.s.); HR 13 februari 1981, NJ 1981, 456, nt. CJHB (Heesch/Reijs); Rb. Utrecht 28 oktober 1942, NJ 1943, 231; HR 8 juli 1993, NJ 1994, 210, nt. MMM (Hogenboom/Unigarant); Rb. Zwolle 12 oktober 1994, Advocatenblad 1995, p. 341 (aldaar ten onrechte aangeduid als Ktr. Zwolle 12 oktober 1994), nt. J.R. Beversluis.

3 Voor een overzicht zie A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, diss. KU Brabant, Tilburg 1997.

zal ik drie benaderingen bespreken die naar mijn mening de toets der kritiek kunnen doorstaan.⁴ De eerste is de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans, waardoor een proportionele oplossing kan worden bereikt zonder afbreuk te doen aan de traditionele opvattingen over het CSQN-verband. De tweede is de gecombineerde toepassing van de principes van alternatieve veroorzaking en 'eigen schuld', waarmee de traditionele dogmatiek weliswaar tot haar uiterste wordt opgerekt, maar in essentie overeind blijft omdat gebruik wordt gemaakt van reeds bestaande openingen in het systeem.

De derde benadering is die waarin een proportionele schadevergoedingsplicht rechtstreeks wordt gebaseerd op de toerekening van artikel 6:98 BW. Anders dan de eerste twee betekent deze 'toerekening naar kansbepaling'⁵ onvermijdelijk een vrij radicale breuk met de traditionele dogmatiek, omdat het CSQN-verband de facto haar status verliest als vereiste voor aansprakelijkheid en gedegradeerd wordt tot één van de toerekeningsfactoren die in het kader van artikel 6:98 in aanmerking dienen te worden genomen. Voor een dergelijke vérgaande dogmatische vernieuwing is echter veel te zeggen, omdat de traditionele dogmatiek inzake het causaal verband met haar nadrukkelijke onderscheid tussen het feitelijke en het normatieve de juridische werkelijkheid niet op een bevredigende wijze weergeeft, en hard aan herformulering toe is.

2 Het verlies van een kans

Door toepassing van leerstuk van het verlies van een kans wordt het probleem van onzeker causaal verband benaderd als een geval met een specifiek soort schade. Men kent geen vergoeding toe voor de schade zoals die definitief bij de benadeelde is ingetreden, maar voor het verlies van de kans die de benadeelde had om deze te ontlopen. Door deze zijsprong naar het schadebegrip wordt een frontale confrontatie met het CSQN-vereiste vermeden. Klassieke voorbeelden zijn het mislukken van een juridische procedure door de fout van een advocaat, deurwaarder of notaris, waarbij niet kan worden vastgesteld wat de uitkomst van het proces zou zijn geweest wanneer geen fout was gemaakt,⁶ en het mislukken van een medische behandeling door de fout van een arts, waarbij niet kan worden vastgesteld

4 Voor nog meer benaderingen — maar door mij gewogen en te licht bevonden — zie mijn in noot 3 genoemde proefschrift, p. 437 e.v.

5 Zie het gelijknamige artikel van N. Frenk, NJB 1995, p. 482 e.v.

6 Zie Rb. Utrecht 28 oktober 1942, NJ 1943, 231.

of de behandeling tot genezing zou hebben geleid indien geen fout was gemaakt.⁷ In zo'n geval is wél zeker dat de benadeelde door de fout in elk geval een bepaalde kans verloor op een beter resultaat. De essentie van het leerstuk van het verlies van een kans is het uitgangspunt dat die kans een waarde heeft die op geld waardeerbaar is. Het verlies van deze kans vormt een vermogensschade en die moet worden vergoed. Het causaal verband met *deze* schade staat wél vast. Aan het CSQN-vereiste wordt dus niet getornd.

Zoals elders uitvoeriger door mij betoogd is dit in de regel een valide redenering.⁸ Dat kansen een zelfstandige waarde kunnen hebben in feitelijke-economische zin is evident. Sommige kansen hebben zelfs een objectieve marktwaarde, zoals opties op aandelen en valuta's, en loten in een loterij. Andere hebben betrekking op overdraagbare vermogensbestanddelen, en zijn dan van invloed op de verkeerswaarde daarvan. Maar ook van niet overdraagbare kansen, zoals gezondheidskansen, kan de financiële waarde veelal niet worden ontkend. Staat eenmaal vast dat door het verlies van een kans een vermogensschade werd geleden dan kunnen de — evidente — moeilijkheden bij de begroting daarvan geen beletsel zijn om schadevergoeding toe te wijzen. Dat volgt uit het beginsel dat wanneer een schade voldoende zeker is in haar bestaan, de moeilijkheid om haar omvang te bepalen niet aan haar vergoeding in de weg kan staan.⁹

Het leerstuk van het verlies van een kans houdt een proportionele benadering in die zonder bezwaar op een ruim gebied kan worden gehanteerd. In bepaalde casusposities kan dit echter erg gekunsteld voor komen, met name wanneer de niet-aansprakelijkheidscheppende mogelijke oorzaak van de definitieve schade niet is gelegen in 'de natuur' (zoals bij de medische fout) of in andere omstandigheden die min of meer vanzelfsprekend voor het risico van de benadeelde komen (zoals bij de mislukte procedure), maar in het handelen van een persoon, die echter niet aansprakelijk is wegens het ontbreken van een voorwaarde daarvoor. Zoals in het hierna te bespreken Duitse *Wilderer-fall*,¹⁰ waar een particulier wel, maar een jachtopziener niet onrechtmatig handelde bij het vuren op een stroper. Reeds daarom zou het te betreuren zijn wanneer alleen het verlies

7 Zie Hof Amsterdam 4 januari 1996, NJ 1997, 213; A&V 1996, p. 67 e.v., nt. A.J. Akkermans; TvG 1997, 58, nt. M.J.J. de Ridder (Wever/De Kraker c.s.).

8 Zie mijn in noot 3 genoemde proefschrift, p. 168 e.v., alsmede mijn noot bij Hof Amsterdam 4 januari 1996, A&V 1996 p. 67 e.v., (Wever/De Kraker c.s.).

9 Dit beginsel wordt internationaal algemeen aanvaard. Voor Nederland komt het tot uitdrukking in artikel 6:97 BW, tweede zin: 'Kan de omvang van de schade niet worden vastgesteld, dan wordt zij geschat'.

10 BGH 17 december 1952, VersR 1953, p. 146.

van een kans als een grondslag voor proportionele aansprakelijkheid zou worden aanvaard.

3 **Gecombineerde toepassing van de principes van alternatieve veroorzaking en ‘eigen schuld’**

Twijfel over het bestaan van CSQN-verband tussen de schade en de gebeurtenis waarvoor de aansprakelijk te houden persoon moet instaan, hangt per definitie samen met een andere mogelijke oorzaak van de schade. Is dat een mogelijke oorzaak waarvoor een ander dan de eerstgedaagde persoon moet instaan, dan is sprake van alternatieve veroorzaking zoals bedoeld in artikel 6:99 BW. Het klassieke voorbeeld is dat van twee jagers die beide in de richting van de benadeelde schoten, terwijl niet kan worden uitgemaakt door wiens kogel deze werd getroffen.¹¹ Mijn stelling is dat ook wanneer op één van de alternatieve oorzaken *geen* aansprakelijkheid kan worden gebaseerd, het principe van artikel 6:99 kan worden toegepast, zij het met vermindering van de vergoedingsplicht van de aansprakelijke mogelijke veroorzaker door toepassing van het principe van artikel 6:101 BW (‘eigen schuld’).¹² Een voorbeeld dat precies bij het klassieke jagervoorbeeld aansluit is het Duitse *Wilderer-fall*,¹³ waar niet kon worden uitgemaakt of een stroper (een ‘Wilderer’) dodelijk werd geraakt door een particuliere jager die tijdens een achtervolging op hem geschoten had en daarmee onrechtmatig had gehandeld, of door een jachtopziener die eveneens op de stroper had geschoten maar daartoe gerechtigd was.

In dit soort casusposities ligt, geredeneerd vanuit de ‘normale’ aansprakelijkheid bij alternatieve veroorzaking, een proportionele oplossing het meest voor de hand. Tegenover de gedaagde is een proportionele vergoedingsplicht gerechtvaardigd omdat — vergeleken met het standaardgeval van artikel 6:99 — enerzijds de voorwaarden voor vestiging van zijn aansprakelijkheid onverminderd zijn vervuld en hij dus niet ‘onverdiend’ vrijuit behoort te gaan, terwijl hij anderzijds ook niet behoort te worden benadeeld door het niet-aansprakelijkheidscheppende karakter van de andere mogelijke oorzaak. Daarom behoort zijn aansprakelijkheid te worden verminderd met de theoretische draagplicht die de andere mogelijke oorzaak met zich meebrengt. In het voorbeeld: voor de aansprakelijkheid van de

11 Zie onder meer Parl. Gesch. Boek 6, p. 346.

12 Zie hoofdstuk 2 van mijn in noot 3 genoemde proefschrift.

13 BGH 17 december 1952, VersR 1953, p. 146.

onrechtmatig handelende jager behoort het niet uit te maken of de andere schutter eveneens onrechtmatig handelde of niet, omdat deze omstandigheid hem in het geheel niet aangaat. Dit behoudens zijn mogelijkheid van regres, die in de standaard jager-casus wel, en in de stroper-casus niet bestaat, reden waarom zijn aansprakelijkheid in het laatste geval behoort te worden verminderd met de theoretische interne draagplicht van de jachtopziener. Tegenover de benadeelde is een proportionele oplossing gerechtvaardigd omdat — vergeleken met het standaardgeval van artikel 6:99 — enerzijds het niet-aansprakelijkheidscheppende karakter van de ene mogelijke oorzaak, niet redengevend kan zijn om ook zijn vordering wegens de andere mogelijke oorzaak te laten vervallen, terwijl anderzijds die eerste mogelijke oorzaak wél in zijn risicosfeer ligt, waardoor zijn vordering behoort te worden verminderd met de theoretische draagplicht die deze mogelijke oorzaak met zich meebrengt. Deze vermindering komt neer op toepassing van het principe van de 'eigen schuld' van artikel 6:101. In het voorbeeld: waarom de nagelaten betrekkingen van de stroper, omdat zij de jachtopziener niet kunnen aanspreken, ook hun vordering jegens de onrechtmatig handelende jager zouden moeten verliezen, valt niet in te zien, behoudens de theoretische interne draagplicht van de jachtopziener, die aan hen kan worden toegerekend omdat het handelen van de jachtopziener nu eenmaal voor hun risico komt.¹⁴

Bij deze gecombineerde toepassing van (de principes van) de artikelen 6:99 en 6:101 blijft de traditionele dogmatiek over het CSQN-verband in essentie overeind, omdat gebruik wordt gemaakt van reeds bestaande openingen in het systeem. In Oostenrijk is deze benadering geldend recht.¹⁵ Maar ook voor deze benadering geldt — net als voor het verlies van een kans — dat zij onder omstandigheden erg gekunsteld voor kan komen. Dit met name bij het verlies van kansen die overdraagbaar zijn (denk aan opties op aandelen en loten in een loterij), of bij kansen die betrekking hebben op overdraagbare vermogensbestanddelen, en waarvan de invloed op de verkeerswaarde daarvan relatief eenvoudig aan het licht kan worden gebracht door gebruik te maken van de maatstaf van een fictieve koper. In dit soort gevallen is de realiteit van de kansschade zo in het oog springend dat een benadering die gebaseerd is op de mogelijkheid van causaal verband met de definitieve schade (de prijs in de loterij die niet werd gewonnen) erg gekunsteld aandoet.

14 Voor een uitvoeriger onderbouwing zie mijn in noot 3 genoemde proefschrift, p. 80 e.v.

15 Zie OGH 4 juni 1993, EvBl 1994/13; OGH 7 november 1995, JBl 1996, p. 181.

4 Toerekening naar kansbepaling

In de derde en laatste hier te bespreken benadering wordt een proportionele schadevergoedingsplicht rechtstreeks gebaseerd op de toerekening van artikel 6:98. Deze bepaling biedt een grondslag voor een grote rechterlijke vrijheid. In principe lijkt die groot genoeg om slechts een gedeelte van de schade toe te rekenen, naar rato van de kans dat de totale schade daadwerkelijk door de aansprakelijk te houden persoon werd veroorzaakt. Frenk heeft deze benadering 'toerekening naar kansbepaling' gedoopt.¹⁶ Zij heeft alvast de charme van de eenvoud. Waarom een omweg maken langs de artikelen 6:99 en 6:101 — laat staan een zijsprong naar het leerstuk van het verlies van een kans — als het gewenste resultaat ook door toepassing van de hoofdregel van 6:98 kan worden bereikt?

Het problematische van deze benadering is haar onverenigbaarheid met de traditionele opvattingen over het CSQN-verband. Volgens de heersende leer ziet de toerekening van artikel 6:98 als zodanig niet op de vestiging van aansprakelijkheid, maar slechts op de omvang daarvan,¹⁷ al wordt hierover ook anders gedacht.¹⁸ Bij toerekening naar kansbepaling wordt het CSQN-vereiste als het ware overgeslagen. Vestiging en toerekening vloeien ineen. De facto verliest het CSQN-verband zo definitief haar status als *vereiste* — toch al zwaar onder vuur vanwege het toenemend aantal uitzonderingen¹⁹ — en wordt het gedegrademd tot één van de toerekeningsfactoren die in het kader van artikel 6:98 in aanmerking dienen te worden genomen. Wie immers het CSQN-verband juist passeert wanneer daarover serieuze twijfel bestaat, kan per saldo hooguit nog doen alsof het om een 'vereiste' gaat in gevallen waar dit verband *buiten* alle twijfel staat. Dat zou niet méér inhouden dan een vrijblijvende lippendienst aan een in werkelijkheid volledig inhoudsloos dogmatisch geloofsartikel.

Toerekening naar kansbepaling betekent dus een vrij vergaande breuk met de traditionele juridische dogmatiek. Toch valt er veel te zeggen voor deze benadering, omdat de traditionele dogmatiek inzake het causaal verband hard aan vernieuwing toe is. Zij wordt namelijk gekenmerkt door een

16 Frenk, t.a.p. (noot 5), p. 482 e.v.

17 Zie losbl. Schadevergoeding art. 98 (Boonekamp), aant. 3; M.F.H.S. Haan, *Oorzaak: onbekend*, Zwolle 1996, p. 14 e.v.

18 Zie bijv. Asser-Hartkamp I (1996) nr. 440 en (uiteraard) N. Frenk, Ruime toerekening van schade: rechtvaardigingen en remedies, in: *Schademecum*, Bundel Jonge Balie Congres 1995, p. 13.

19 Voor een overzicht zie A.J. Akkermans, Oorzakelijk verband, in: *Onrechtmatige daad*, BW-krant Jaarboek 1996, p. 39 e.v.; de conclusie van A-G Hartkamp bij het DES-arrest, HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535, nr. 20.

nadrukkelijk onderscheid tussen het feitelijke en het normatieve, dat naar mijn mening niet kan worden volgehouden.

5 Het fictieve aan het ‘feitelijk’ causaal verband

In de traditionele juridische dogmatiek wordt onzekerheid over het CSQN-verband gezien als een bewijsvraag over feitelijke omstandigheden.²⁰ De rechter moet tijdens een procedure de feiten vaststellen waarop hij het recht toepast. Voorzover deze worden betwist is het een kwestie van bewijs welke versie van de feitelijke gang van zaken als juist heeft te gelden. Zo bezien bestaat bij onzeker causaal verband niet meer dan een bepaalde bewijsimpasse waar men aan de hand van de toepasselijke regels van bewijsrecht — zoals over bewijslastverdeling en bewijswaardering — uit moet zien te geraken. Om aan het bestaan van deze bewijsimpasse een oplossing vast te knopen die materieelrechtelijk een geheel andere weg inslaat — proportionele aansprakelijkheid — is aan deze benadering wezensvreemd. Als eiser stelt dat hij pas op vrijdag over iets cruciaals werd geïnformeerd, en gedaagde volhoudt dat hij reeds op maandag aan zijn informatieplicht terzake voldeed, dan moet de rechter daarover uiteindelijk toch gewoon de knoop doorhakken, en niet in plaats daarvan beslissen alsof de informatie op woensdag werd gegeven?

Deze bewijsrechtelijke benadering houdt nauw verband met de notie van CSQN-verband als een feitelijk, niet normatief gegeven. Dit in tegenstelling tot de toerekeningsfase van het causaal verband, die zuiver normatief zou zijn. Het onderscheid wordt soms nog zwaarder aangezet door met betrekking tot het CSQN-verband te spreken van ‘primaire causaliteit’, die zou zien op de *vestiging* van aansprakelijkheid, en met betrekking tot de toerekening te spreken van ‘secundaire causaliteit’, die zou zien op de *omvang* van de aansprakelijkheid.²¹

In werkelijkheid kan de aldus gesuggereerde scheiding van het feitelijke en het normatieve niet in alle opzichten worden volgehouden. In de eerste plaats bestaat een belangrijk verschil tussen feitelijke gebeurtenissen die in het verleden hebben plaatsgevonden — zoals het verstrekken van cruciale informatie op een bepaalde dag — en het ‘feit’ van CSQN-verband. Historische gebeurtenissen hebben plaatsgevonden of hebben dat niet. Dat

²⁰ Zie de bijdrage van I. Giesen aan deze bundel.

²¹ Zie losbl. Schadevergoeding art. 98 (Boonekamp), aant. 4; M.F.H.S. Haan, a.w. (zie noot 16), p. 14 e.v.

is inderdaad zuiver een kwestie van waarheidsvinding. Maar bij het vaststellen van CSQN-verband moet worden vergeleken met de *hypothetische* toestand die zou zijn ontstaan wanneer de fout niet was gemaakt. En het is nu eenmaal niet mogelijk om een hypothetische toestand vast te stellen, om de eenvoudige reden dat zij nooit werkelijk heeft plaatsgevonden. Zo bezien gaat het bij CSQN-verband nooit om een 'feit', maar per definitie slechts om een veronderstelling, waaraan een hoge mate van waarschijnlijkheid ten grondslag kan liggen, maar waarover absolute zekerheid in principe is uitgesloten.²² De traditionele dogmatiek lost dit probleem op door voor het bewijs van CSQN-verband geen absolute zekerheid, maar slechts een redelijke mate van waarschijnlijkheid te eisen.²³ Deze formule laat voldoende ruimte om de notie van de feitelijkheid in stand te houden: wanneer aan deze maatstaf is voldaan wordt het 'feit' van CSQN-verband voor bewezen gehouden. In werkelijkheid wordt zo slechts aangegeven wanneer het bestaan van CSQN-verband voldoende waarschijnlijk kan worden geacht om een veroordeling tot schadevergoeding te rechtvaardigen.²⁴ Dit beoordelingsmoment maakt dat qua 'feitelijkheid' niet echt een principieel verschil bestaat met de toerekeningsfase.

Vanwege het hypothetische element van CSQN-verband rust op eiser dus niet zozeer de taak om een 'feit' te bewijzen, maar slechts om een veroorzakingswaarschijnlijkheid aan te tonen die voldoende hoog is. En de rechter constateert niet het 'feit' van CSQN-verband, maar oordeelt dat dit voldoende waarschijnlijk is. Deze beslissing wordt onvermijdelijk meer normatief van aard naarmate de veroorzakingswaarschijnlijkheid lager is. Dat komt uiteraard het duidelijkst aan het licht bij substantiële twijfel over de causale gang van zaken. Nemen wij bijvoorbeeld de casus van de Amerikaanse zaak *Martin v. Johns-Manville Corporation*.²⁵

Werknemer Martin vorderde schadevergoeding van asbestproducent Johns-Manville omdat zijn longklachten zouden zijn veroorzaakt door de blootstelling aan asbest. De producent verweerde zich door erop te wijzen dat Martin bijna zijn hele volwassen leven lang twee pakjes sigaretten per dag had gerookt, en dat dit roken evengoed de oorzaak van de longklachten

22 Ik merk op dat ik hier aan een onderwerp raak dat inzet is van een wetenschapsfilosofische controverse. Zie daarover A.J. Van, *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit*, diss. Rotterdam 1995, p. 19-20.

23 Zie losbl. Schadevergoeding art. 98 (Boonekamp), aant. 13.1 alsmede aant. 14.

24 Mede om deze reden geeft Hartkamp er de voorkeur aan om het soepel geformuleerde artikel 6:98 BW zo ruim op te vatten dat ook het CSQN-verband daaronder valt. Zie Asser-Hartkamp I (1996) nr. 440.

25 502 A.2d 1264 (Pa.Super 1985), 'reversed' in *Martin v. Owens-Corning Fiberglas Corp.*, 528 A.2d 947 (1987).

kon zijn. Ondanks dat niet minder dan vijf medische deskundigen werden geraadpleegd, kon de ware oorzaak van Martins schade — tabaksrook of asbest — niet worden achterhaald. Onder dit soort omstandigheden treedt het normatieve karakter van de beslissing over het CSQN-verband — hoe die ook zou uitpakken — duidelijk aan het licht. Wie bijvoorbeeld de bewijslast omkeert — zoals gebeurt bij de schending van verkeers- en veiligheidsnormen — kan wel beweren dat het ‘feitelijke’ CSQN-verband bij gebrek aan tegenbewijs is komen vast te staan, maar dat kan natuurlijk niet verhullen dat de gedaagde aansprakelijk wordt gehouden terwijl *in werkelijkheid* in het geheel niet vaststaat dat hij de schade veroorzaakte. Formeel wordt daar weliswaar vanuit gegaan, maar dat is de uitkomst van een zuiver normatieve afweging en heeft met het vaststellen van feiten weinig of niets meer te maken.²⁶

Hier komt bij dat om volstrekt normatieve redenen een aantal uitzonderingen op het CSQN-verband worden geaccepteerd,²⁷ zoals bij de groepsaansprakelijkheid van artikel 6:166,²⁸ bij de alternatieve veroorzaking van artikel 6:99, bij dubbele veroorzaking²⁹ (voor een deel eveneens gecodificeerd in artikel 6:99) en bij kosten ter voorkoming of beperking van schade als bedoeld in artikel 6:96 lid 2 sub a.³⁰ Weliswaar probeert men in de dogmatiek deze uitzonderingen zoveel mogelijk te ‘verfeitelijken’ — zo zou bij artikel 6:166 sprake zijn van ‘psychisch causaal verband’,³¹ en wordt artikel 6:99 doorgaans gekwalificeerd als een regel van bewijslastverdeling³² — maar dat kan niet verhullen dat in de bedoelde gevallen juridisch-normatieve motieven de doorslag geven. Met name bij dubbele veroorzaking komt men daarvoor soms ook openlijk uit.

Nu zou men met recht kunnen tegenwerpen dat het aannemen van CSQN-verband op grond van normatieve regels van bewijsrecht niets

26 Ik merk op dat hetzelfde geldt wanneer besloten wordt de bewijslast *niet* om te keren. Ook zo’n besluit kan slechts worden gegrond op overwegingen van normatieve aard.

27 Zie de verwijzingen in noot 18.

28 Zie R.J.B. Boonekamp, *Onrechtmatige daad in groepsverband volgens NBW*, diss. Leiden 1990, p. 13-18.

29 Zie hierover Schadevergoeding art. 98 (Boonekamp), aant. 18 e.v.

30 De rechtspraak vereist immers niet dat de getroffen maatregelen zonder de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust niet zouden zijn genomen. De kosten van deze maatregelen komen zelfs voor vergoeding in aanmerking indien zij werden gemaakt nog voordat de laatst bedoelde gebeurtenis had plaatsgevonden. Zie Schadevergoeding art. 98 (Boonekamp), aant. 10.

31 Waarover — mijns inziens heel treffend — R.J.B. Boonekamp, a.w. (zie noot 28), p. 18. Anders: A.J.O. van Wassenae van Catwijk in zijn bespreking van Boonekamps dissertatie in RMTh 1992, p. 439 e.v. (op p. 440-441).

32 Hetgeen ik uitvoerig tracht te weerleggen in mijn in noot 3 genoemde proefschrift, p. 55 e.v.

bijzonders is. Altijd wanneer onduidelijkheid blijft bestaan of bepaalde feiten zich wel of niet hebben voorgedaan — een zogenaamd '*non liquet*' — hebben de toepasselijke regels van bewijsrecht onvermijdelijk materieelrechtelijke gevolgen.³³ Maar het hiervoor bedoelde verschil tussen historische feiten en CSQN-verband maakt dat een benadering van onzeker causaal verband als een probleem van bewijsrecht waarover gewoon de knoop moet worden doorgehakt, in tenminste één belangrijk opzicht voorbij gaat aan de bijzondere aard van deze problematiek. Historische gebeurtenissen hebben — zoals gezegd — plaatsgevonden of hebben dat niet. Zo heeft een bepaalde uitwisseling van informatie al of niet op een zekere dag plaatsgehad, en het lijkt inderdaad een arbitraire uitvlucht om het op woensdag te houden, wanneer maandag noch vrijdag afdoende kan worden bewezen. Dat hangt samen met de omstandigheid dat historische gebeurtenissen ten minste *in principe kenbaar* zijn, en wanneer zij in een procedure niet kunnen worden bewezen wil dat slechts zeggen dat degene die de bewijslast draagt er niet in slaagt de werkelijke gang van zaken te ontsluiten. Maar bij onzekerheid over het CSQN-verband zoals hier wordt besproken is niet slechts sprake van een dergelijke 'subjectieve' onzekerheid, maar van 'objectieve' onzekerheid, zoals in *Martin v. Johns-Manville Corporation*:³⁴ de vraag of Martin eveneens ziek zou zijn geworden wanneer hij niet aan asbest was blootgesteld, kan *uit de aard der zaak* niet met zekerheid worden beantwoord, door eiser noch door gedaagde noch door enig ander, omdat zij niet betrekking heeft op een *historische*, maar op een *hypothetische* toestand. CSQN-verband is nooit echt 'kenbaar', maar altijd slechts meer of minder waarschijnlijk. Het gaat niet om het onthullen van 'de waarheid', maar om het aanwijzen van een punt op een glijdende schaal van waarschijnlijkheid. Het problematische aan *Martin v. Johns-Manville Corporation* is dat beide oorzaken — roken en asbest — medisch gezien (ongeveer) even waarschijnlijk zijn.

Bij een dergelijke impasse bestaat geen enkele logisch-dwingende reden om de rechter gevangen te houden in het keurslijf van het 'alles of niets'. Gegeven het feit dat normatieve gezichtspunten sowieso de doorslag geven, valt niet in te zien waarom deze niet ook zouden kunnen leiden tot een proportionele oplossing. Omdat de veroorzakingswaarschijnlijkheid van asbest zich hier ongeveer op het midden van de waarschijnlijkheidsschaal bevindt, ligt een dergelijke beslissing logisch gezien juist het meest voor de hand.

33 Zie Mon. Nieuw BW A-24 (Asser) nrs. 2 en 11.

34 Zie noot 25.

Alle geloofsbelijdenis over het ‘feitelijke’ karakter van de vestigingsfase ten spijt, bestaat dus niet echt een principieel verschil met de toerekeningsfase. Het sterke punt van ‘toerekening naar kansbepaling’ is dat hieruit de consequentie wordt getrokken, en dat vestiging en toerekening in één openlijk normatief geheel worden ondergebracht.

6 Besluit

Het systeem van het aansprakelijkheidsrecht biedt voor proportionele aansprakelijkheid verschillende solide aanknopingspunten, zowel binnen als buiten het leerstuk van de causaliteit. Alle drie de hier besproken benaderingen kunnen naar mijn mening de toets der kritiek doorstaan. Vanuit zuiver dogmatisch oogpunt heb ik een zekere voorkeur voor de laatst besproken benadering, de ‘toerekening naar kansbepaling’ in de sleutel van artikel 6:98. Deze benadering lijkt mij het meest recht door zee, en maakt korte metten met een concept — de ‘feitelijke’ primaire causaliteit — dat ik als achterhaald beschouw. Maar juist omdat zij dogmatisch het meest overhoop haalt is de kans dat zij in de praktijk ook zal worden aanvaard misschien het geringst. De toekomst zal het uitwijzen. In elk geval vormen de twee andere benaderingen een volwaardig alternatief. Welke benadering in een concreet geval de voorkeur verdient is bovendien mede afhankelijk van het feitencomplex, dat kan maken dat een bepaalde benadering meer, of juist minder passend is.

Dat een proportionele oplossing in principe kan worden bereikt langs heel verschillende dogmatische routes beschouw ik bepaald niet als een probleem. Dat zou anders kunnen zijn wanneer de uitkomst naar gelang de gekozen route zou verschillen, maar waar die in beginsel hetzelfde is, versterken de verschillende benaderingen elkaar mijns inziens alleen maar. En welke route men ook kiest, uiteindelijk telt vooral het resultaat. En dat is in alle drie gevallen het loslaten van het ‘alles of niets’, en het aannemen van een proportionele aansprakelijkheid.

Bewijsrisico, ongedeelde smart?!

1 Inleiding

De verdeling der bewijslast¹ is naar haar 'aard' een typisch product van de 'alles of niets'-gedachte. Indien de partij die in een civiele procedure het bewijsrisico draagt, slaagt in haar bewijsvoering en de rechter weet te overtuigen van de juistheid van haar stellingen, wint deze partij. Indien dat niet lukt, verliest die partij de procedure.² Een tussenweg is er niet, het is 'alles of niets'.

De verdeling van het bewijsrisico vindt in principe plaats via het adagium *actori incumbit probatio, reus excipiendo fit actor*.³ Dat betekent dat de eiser die feiten dient te bewijzen die zijn vordering staven, terwijl de gedaagde die feiten moet bewijzen die het ontstaan van de vordering voorkomen of de vordering teniet doen gaan. Dat is ook het systeem dat in de hoofdregel van art. 177 Rv neergelegd is.

Het doel van deze bijdrage is te onderzoeken in hoeverre er uitzonderingen mogelijk zijn op deze 'alles of niets'-structuur in het materiële bewijsrecht. Met andere woorden, kunnen de regels van bewijsrisico tot een proportioneel resultaat leiden? Daarbij zal ook met enige regelmaat het Duitse recht in de beschouwingen betrokken worden.

'At first sight' dienen zich enkele mogelijke uitzonderingen op het 'alles of niets'-principe aan. Ten eerste is dat de verschuiving van het bewijsrisico ten aanzien van één of meerdere voorwaarden waaraan een vordering zou moeten voldoen om toegewezen te kunnen worden. Ten tweede is er de notie van de aanvullende stelplicht die regelmatig in de rechtspraak naar

* Ivo Giesen is assistent in opleiding bij het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht van de KU Brabant. Hij bereidt een proefschrift voor onder de werktitel: 'De bewijslastverdeling in het aansprakelijkheidsrecht'.

1 Ik zal in het vervolg de termen 'bewijsrisico' en 'bewijslast' door elkaar gebruiken, waarbij bewijslast voornamelijk in combinatie met 'verdeling' gebezigd zal worden. Met beide termen bedoel ik het volgende: wie verliest uiteindelijk de procedure als er geen bewijs voorhanden is?

2 Zie hierover ook Mon. Nieuw BW A-24 (Asser) nr. 11.

3 Vergelijk daarover Asser-Anema-Verdam, *Van Bewijs*, vijfde druk, Zwolle 1953, p. 83.

voren komt. Beide mogelijkheden zullen in het navolgende nader onderzocht worden. Daarna zal bekeken worden of wellicht een radicalere oplossing, namelijk het (in tweeën) delen van het bewijsrisico (en dus uiteindelijk: de schade) tussen de twee partijen, aanvaard zou kunnen worden.

2 Verschuiving van het bewijsrisico

Zowel in Nederland als elders is in de rechtspraak bepaald dat er gevallen zijn waarin de eiser niet alle elementen van zijn vordering hoeft te bewijzen om de procedure te kunnen winnen. Het is mogelijk om uitzonderingen op het hierboven beschreven systeem van bewijslastverdeling te maken. Art. 177 Rv biedt daarvoor ook de nodige ruimte. Ten aanzien van één of meer elementen van de vordering kan het bewijsrisico verschuiven van de eiser naar de gedaagde.

Zo kan de rechter bijvoorbeeld bepalen dat eiser de onrechtmatigheid van een gedraging dient te bewijzen, terwijl de gedaagde dient te bewijzen dat hij geen schuld aan het gebeuren had. In de Nederlandse rechtspraak is dit bijvoorbeeld gebeurd op het terrein van de productaansprakelijkheid. In het *Lekkende Kruik*-arrest besliste de Hoge Raad dat het Hof had moeten onderzoeken of 'het niet aan de schuld van Jumbo (de gedaagde producent, IG) was te wijten' dat het product toch in het verkeer was gebracht.⁴ Het ging er dus om dat het ontbreken van schuld vast zou komen te staan en niet dat de aanwezigheid van schuld, in positieve zin, bewezen zou worden. Met andere woorden, het bewijsrisico kwam bij de gedaagde te liggen.⁵

Een ander voorbeeld betreft de werkgeversaansprakelijkheid op basis van art. 1638x (oud) BW (nu art. 7:658 BW). Daarbij werd door de Hoge Raad impliciet een bewijslastverschuiving aangenomen ten aanzien van het al dan niet voldaan hebben aan de zorgverplichting door de werkgever. Onder verwijzing naar het systeem van de aanvullende stelplicht (zie paragraaf 3) zegt de Hoge Raad in *Janssen/Nefabas* bijvoorbeeld dat de werkgever *aannemelijk moet maken* dat hij aan zijn zorgplicht voldaan heeft, terwijl in het arrest *Power/Ardross* wordt gezegd dat de werkgever ervoor

4 HR 2 februari 1973, NJ 1973, 315, nt. HB (*Lekkende Kruik I*).

5 Hoe zich dit verhoudt tot de meer algemene lijn in de rechtspraak die uitgaat van een vermoeden van schuld als de onrechtmatigheid vaststaat (vergelijk Asser-Hartkamp III (1994) nr. 77), is onduidelijk.

moet zorgen dat met *een redelijke mate van zekerheid vaststaat* dat hij aan zijn verplichtingen voldaan heeft.⁶

Ook het Duitse aansprakelijkheidsrecht kent partiële bewijslastomkeringen door de rechter. Een voorbeeld biedt ook daar de regeling van productaansprakelijkheid. Als de eiser aantoonst dat het gebrek van het product ontstaan is binnen het 'Organisations- und Gefahrenbereich' van de gedaagde, verschuift het bewijsrisico ten aanzien van het element 'Verschulden' naar de gedaagde. Die gedaagde zal dan dienen aan te tonen dat hij niet opzettelijk of 'fahrlässig' handelde.⁷ Ook valt te denken aan de medische aansprakelijkheid, een terrein waarop een bewijslastverschuiving ten aanzien van causaal verband is aangenomen, als er tenminste een 'grobe Behandlungsfehler' aangetoond is.⁸

We zien in dit soort gevallen dat het bewijsrisico van de eisende partij verlicht wordt in die zin dat die eiser niet *alle* elementen hoeft te bewijzen om zijn vordering te doen slagen, hetgeen volgens de hoofdregel van bewijslastverdeling wel zou moeten. Betekent dat dan dat er ook op het terrein van de bewijslastverdeling sprake is van een beweging van 'alles of niets' naar 'gedeelde bewijslast' en mitsdien 'gedeelde draaglast'?

Het antwoord op voorgaande vraag moet ontkennend zijn. Dat er aan de bewijslastverdeling gesleuteld wordt en de eiser zodoende tegemoet gekomen wordt in zijn bewijsvoering, is een toe te juichen ontwikkeling. Het zou toch immers niet zo mogen zijn dat een partij niet krijgt wat hem (materieelrechtelijk gezien) toekomt, alleen omdat de bewijsvoering daaraan in de weg staat. Maar, deze processuele bewijslastverlichting leidt niet tot een systeem van gedeelde draaglast in materiële zin. Wat er gebeurt, is dat het bewijsrisico gedeeltelijk verschoven wordt van de ene partij naar de andere partij. Stel dat we ons bevinden in een situatie waarin zowel de eiser als de gedaagde niet in staat zal zijn het bewijs met betrekking tot het causale verband rond te krijgen en waarin het bewijsrisico ten aanzien van het causale verband verplaatst is van de eiser naar de gedaagde.⁹ De verschuiving van het bewijsrisico heeft dan tot gevolg dat niet de eiser maar de gedaagde de procedure zal verliezen, gesteld natuurlijk dat aan de andere

6 HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, nt. PAS (Janssen/Nefabas) respectievelijk HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687, nt. PAS en Ma (Power/Ardross). Inmiddels heeft art. 7:658 BW de bewijslastomkering gecodificeerd.

7 Sinds het 'Hühnerpest-Urteil' van het Bundesgerichtshof (BGHZ 51, 91) is dat vaste rechtspraak. Vergelijk G. Baumgärtel, *Handbuch der Beweislast im Privatrecht*, Band 1., 2. Auflage, Köln 1991, Par. 823 Anhang C III, Rdn. 2 en 25.

8 Zie daarover Baumgärtel, a.w. (noot 7), Par. 823 Anhang C II, Rdn. 3.

9 Een voorbeeld biedt HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535, nt. CJHB (DES).

voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan.¹⁰ Van een gedeelde bewijs- en draaglast is dan geen sprake. We komen dan terecht bij *verschoven bewijs- en draaglast*.¹¹ En zo is gebleken dat de eerste mogelijke uitzondering op het 'alles of niets'-principe toch niet als zodanig aanvaard kan worden.¹²

3 Aanvullende stelplicht

De laatste decennia is in de Nederlandse rechtspraak een (hernieuwde) ontwikkeling zichtbaar geworden die de aandacht verplaatst van de bewijslast naar de stelplicht van partijen.¹³ In plaats van sleutelen aan en verschuiven van het bewijsrisico, wordt de noodzakelijk geachte verlichting van de moeilijke bewijspositie van de eiser gezocht in een verzwaring van de stelplicht van diens wederpartij.¹⁴

In principe dient een procespartij de feiten te stellen die nodig zijn om het beoogde rechtsgevolg te doen intreden.¹⁵ Voor de eiser betekent dat dat minimaal alle feiten die nodig zijn voor een veroordeling bij verstek, gesteld moeten zijn. Ook de gedaagde moet zijn verweren staven met zodanige feiten dat aanvaarding van het verweer mogelijk is als er geen tegenspraak zou zijn.

Nu is het mogelijk dat de rechter aan de hierboven beschreven stelplicht nadere eisen stelt. Hij kan aan een der partijen vragen haar stellingen nader te motiveren. De art. 91 lid 1, 140 en 141 Rv spreken immers over 'met reden omklede' conclusies.¹⁶ In zeer algemene zin werd deze bevoegdheid

10 Bij de beoordeling of er verandering optreedt in de 'alles of niets'-situatie ga ik hier, en in het vervolg, uit van de materiële gevolgen van het hanteren van een bepaald instrument en ga ik voorbij aan de processuele effecten van dat instrument. Deze twee consequenties kunnen overigens uiteen lopen. Gedeelde last in processuele zin hoeft niet tot gedeelde draaglast in materiële zin te leiden.

11 Hieronder valt ook de 'bewijslastomkering' na aanname van een vermoeden (een oneigenlijke omkering, omdat het bewijsrisico *niet* verschuift, zie Asser, a.w. (noot 2), nr. 13, en I. Giesen, *Res ipsa loquitur, een bijzonder vermoeden in het aansprakelijkheidsrecht*, WPNR 6265 (1997), p. 245).

12 Vergelijk M. Faure, (*Geen schijn van kans*, Oratie RL, Antwerpen 1993, p. 43).

13 'Stelplicht' is iets van deze tijd. Vergelijk H.C.F. Schoordijk, *De bewijslastverdeling onder het nieuwe bewijsrecht*, WPNR 5937 (1989), p. 683.

14 Vergelijk Asser, a.w. (noot 2), nr. 33 e.v. Deze ontwikkeling stamt uit de jaren '20. Zie voor een overzicht W.A.J.P. Van den Reek, *Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht*, diss. KU Brabant, Tilburg 1997, p. 19 e.v.

15 H.J. Snijders (e.a.), *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Zwolle 1993, nr. 425.

16 Hierover Pitlo-Hidma-Rutgers, *Het Nederlands burgerlijk recht*. Deel 7. Bewijs, 7e druk, Arnhem 1995, p. 38.

van de rechter bevestigd door de Hoge Raad in het arrest *Van der Meulen/Hacquebord*.¹⁷ Indien een partij een ongeloofwaardige stelling als grondslag voor zijn vordering aanvoert, en de wederpartij daartegenover een gemotiveerd en gedocumenteerd verweer voert, kan van de eerste partij worden verlangd dat deze nadere gegevens aanvoert om aan zijn stelplicht te voldoen. Dit wordt over het algemeen aangeduid als de verzwaarde stelplicht. De sanctie op het niet voldoen aan deze aanvullende stelplicht, is gelegen in art. 176 Rv: hetgeen door de andere partij te bewijzen was, staat als onvoldoende betwist vast.¹⁸ Ook een verschuiving van het bewijsrisico kan in aanmerking komen, evenals de beslissing door de rechter dat een bewijsopdracht niet meer nodig is.¹⁹ De Hoge Raad is het instrument van de aanvullende stelplicht dus gaan gebruiken als methode om tegemoet te komen aan de zware bewijslast die op de eiser rust.²⁰

Het toepassingsbereik van deze tegemoetkoming in de bewijsvoering is de laatste jaren vrij divers geworden. Zo wordt de aanvullende stelplicht bijvoorbeeld gebruikt als het gaat om de aansprakelijkheid van een arts. Het bekende arrest *Timmer/Deutman*²¹ verwoordt het aldus:

‘Onderdeel 1 berust op de stelling dat (...) de bewijslast niet op de patiënt maar op de arts rust. Deze stelling kan in haar algemeenheid niet als juist worden aanvaard. (...) 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 bewijlslevering te verschaffen.’

De Hoge Raad vindt een verschuiving van het bewijsrisico te ver gaan, maar is wel bereid de eiser tegemoet te komen door de stelplicht van de

17 HR 8 juli 1992, NJ 1992, 713, (Van der Meulen/Hacquebord).

18 Asser, a.w. (noot 2), nr. 33 en R.P.J.L. Tjittes, *Een mededelingsplicht voor een procespartij als tegemoetkoming aan een onredelijk bewijsrisico voor diens wederpartij*, NJB 1988, p. 1128.

19 Vergelijk Tjittes, t.a.p. (noot 18), p. 1129, op basis van HR 11 december 1987, NJ 1988, 339, nt. PAS (Vermaat Bakkerijen/Aamar) en HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368 (Schepers/De Bruijn) respectievelijk HR 13 januari 1995, NJ 1995, 175, nt. CJHB (De Heel/Korver) en Van Dunné, *De bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, AA 1995, p. 672.

20 Vergelijk Asser, a.w. (noot 2), nr. 33 en Schoordijk, t.a.p. (noot 13), p. 685-686.

21 HR 20 november 1987, NJ 1988, 500, nt. WLH (Timmer/Deutman).

arts te verzwaren.²² Het is daarbij de vraag of het verschil in effect tussen beide methoden in alle gevallen wel zo groot is.²³

De aanvullende stelplicht heeft ook zijn heilzame werking getoond op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid. Op dat terrein heeft de werkgever, doordat steeds nadere en scherpere eisen gesteld werden aan zijn stelplicht met betrekking tot het al dan niet voldaan hebben aan zijn zorgplicht, uiteindelijk het bewijsrisico opgelegd gekregen.²⁴

Dat het gebruik van de aanvullende stelplicht niet alleen ingegeven is door de notie van 'slachtofferbescherming', toont de rechtspraak inzake werknemers die wegens 'ziekte' niet komen werken en op grond van dringende reden (onwettig verzuim) ontslagen worden. De redenering begint nog 'slachtoffervriendelijk' doordat de werkgever het *niet* ziek zijn van de werknemer, en meer algemeen de dringende reden, dient te bewijzen, omdat anders het systeem van ontslagbescherming (bij ziekte) doorbroken zou worden, maar als tegemoetkoming aan dit zware bewijsrisico voor de werkgever legt de Hoge Raad wel een aanvullende stelplicht bij de werknemer. Bovendien moeten aan die stelplicht van de werknemer zware eisen worden gesteld.²⁵

Deze aanvullende stelplicht voor de eiser zien we ook terug in het Duitse medische aansprakelijkheidsrecht met betrekking tot de informatieplicht van de arts. In verband met het vaststellen van het causale verband, waarvoor de arts het bewijsrisico draagt, dient de patiënt gemotiveerd te stellen dat hij tenminste in een 'Entscheidungskonflikt' terecht zou zijn gekomen als de arts wel voldoende en volledige informatie zou hebben verstrekt.²⁶

22 In dezelfde zin HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368 (Schepers/De Bruijn) en HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175, nt. CJHB (De Heel/Korver). Vergelijk ook W.H.D. Asser, *Stelplicht en bewijslastverdeling en medische aansprakelijkheid in het Nederlandse recht*, TvGR 1991, p. 73-74, en M.A. Goslings, *Medische aansprakelijkheid: een stand van zaken*, TvGR 1995, p. 205-210.

23 J.B.M. Vranken, Aansprakelijkheden en bewijsrecht, in: M.J.G.C. Raaijmakers e.a. (red.), *Aansprakelijkheden*, Deventer 1990, p. 227, meent dat het verschil gering zal zijn. Als echter de gedaagde erin slaagt om een motivering te verzinnen die niet direct weerlegbaar is, zal het effect van de aanvullende stelplicht vrijwel nihil zijn.

24 Zie paragraaf 2 en speciaal de in noot 6 genoemde arresten die het sluitstuk van de ontwikkeling vormen. Die ontwikkeling begon in 1982 met HR 25 juni 1982, NJ 1983, 151, nt. PAS (Rijnberg/Speerstra's Heibedrijf).

25 HR 11 december 1987, NJ 1988, 339, nt. PAS (Vermaat Bakkerijen/Aamar) en HR 27 september 1996, NJ 1997, 42 (Brinkman/Theelen). Vergelijk hierover W.H.D. Asser, *Rechtspraakoverzicht Bewijslastverdeling*, Arnhem 1995, p. 97.

26 Zie daarover mijn bijdrage, *Bewijslastverdeling, de informatieplicht van de arts en het recht op zelfbeschikking: communicerende vaten!*, AA 1996, p. 539-540, en de daar genoemde literatuur. Vergelijk ook Baumgärtel, a.w. (noot 7), Par. 823 Anhang C II, Rdn. 45.

Het gebruik van de aanvullende stelplicht als tegemoetkoming in de bewijsvoering is verder ook terug te vinden bij de vordering tot schadevergoeding in verband met een kennelijk onredelijk ontslag,²⁷ bij de vraag of een werknemer een ondergeschikte was als het gaat om de kwalitatieve aansprakelijkheid van een werkgever,²⁸ bij de vordering op basis van art. 2:248 BW tegen de commissaris van een gefailleerde BV door de curator,²⁹ en ook bij het invoeren van de nietigheid van een ontslag wegens zwangerschap³⁰.

De uit onrechtmatige daad of wanprestatie aangesproken notaris was tot voor kort niet onderworpen aan een aanvullende stelplicht. De reden daarvoor was waarschijnlijk gelegen in het feit dat de uitspraken op dit terrein die over bewijsrisico gaan, de vraag betroffen of het causale verband aanwezig was, terwijl de aanvullende stelplicht in Nederland vooralsnog alleen in stelling gebracht wordt als het gaat om het vaststellen van de onzorgvuldigheid. Mijns inziens zijn de redenen om de arts of de werkgever een aanvullende stelplicht op te leggen, ook toepasselijk op de notaris.³¹ Het gaat er namelijk om dat de arts en de werkgever, en ook de notaris, beter in staat is om de nodige informatie te verschaffen. De benodigde informatie moet immers uit 'de sfeer' van de arts of de werkgever of de notaris gehaald worden.³² Ter vergelijking, in het Duitse recht wordt de notie van 'de sfeer' van een partij onder de noemer 'Organisations- und Gefahrenbereich' gebruikt om een omkering van het bewijsrisico te kunnen bewerkstelligen.³³ Inmiddels is duidelijk geworden dat ook de Hoge Raad er zo over denkt. Recentelijk is de constructie van de aanvullende stelplicht

27 Zie HR 25 april 1986, NJ 1986, 624, (Millenaar/Oerlemans).

28 HR 3 mei 1996, NJ 1996, 642, nt. PAS (Daalimpex/Heeringa).

29 HR 28 juli 1996, NJ 1997, 58, nt. Ma (Pasma/Br.). Daarbij is opvallend dat ook aan de stelplicht van de eiser (de curator) zware eisen gesteld moeten worden, aldus Rb. Leeuwarden 24 maart 1994, NJ 1995, 361 (Van den Elst/Van der Meulen), omdat het bestuur 'kennelijk' onredelijk dient te zijn.

30 HR 9 maart 1990, NJ 1990, 561, nt. PAS (Kacar-Kisacik/Stegeman). Het bewijs dat de werknemster niet zwanger was, dient de werkgever te leveren; de werknemster dient wel de nodige informatie te verstrekken.

31 T.R. Hidma, *Het A B C van de notariële aansprakelijkheid*, WPNR 6239 (1996), p. 706-707, meent ook dat de aanvullende stelplicht bij de aansprakelijkheid van de notaris in te roepen is.

32 Vergelijk HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, nt. PAS (Janssen/Nefabas): de werkgever dient die omstandigheden aan te geven die meer in zijn sfeer liggen. Vergelijk W. Tonkens-Gerkema, De mededelingsplicht van de gedaagde, in: G.J. Bijleveld e.a. (red.), *Qui bene distinguit bene docet*, Arnhem 1991, p. 135.

33 Zie paragraaf 2, en over de 'Gefahrenbereichstheorie', G. Baumgärtel, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, Köln 1996, Rdn. 163, alsmede J. Pröller, *Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß*, Karlsruhe 1966, p. 65 e.v.

ook toegepast in een geval waarin de aansprakelijkheid van een notaris in het geding was.³⁴

Is de aanvullende stelplicht nu geschikt om de moeilijkheden van een 'alles of niets'-systeem in het bewijsrecht te omzeilen? Nu de niet met het bewijsrisico belaste partij de andere partij aanknopingspunten voor diens bewijsvoering moet verschaffen, is het duidelijk dat de aanvullende stelplicht tot een processuele bewijsverlichting leidt. Maar wordt zodoende aan het bewijsrecht een dimensie van 'gedeelde bewijs- en draaglast' in materieel opzicht gegeven?³⁵ Nader doordenken van de aanvullende stelplicht leert ons dat dat niet het geval is.

Als de partij die een aanvullende stelplicht heeft opgelegd gekregen, niet aan die plicht voldoet, zijn er twee sancties mogelijk: het bewijsrisico wordt verschoven naar die partij of er is helemaal geen plaats meer voor een bewijsopdracht, de stelling van de wederpartij staat daarmee vast. In het eerste geval zijn we terug bij de in paragraaf 2 besproken situatie, waarvan al vastgesteld werd dat het 'alles of niets'-systeem gehandhaafd bleef.

In het tweede geval staat de stelling van de partij op wie het bewijsrisico rust, vast zonder dat de tegenstander daaraan nog iets kan veranderen. De bewijsbelaste partij wint de procedure, althans op dit punt, zonder dat de feiten daadwerkelijk vaststaan. We hebben dan dus opnieuw te maken met de toedeling, en geen deling van risico's, nu echter op het materiële vlak en niet op bewijsrechtelijk vlak.

Het is ook mogelijk dat de partij die een aanvullende stelplicht heeft, wel voldoende feitelijke gegevens verschaft om de andere partij aanknopingspunten voor bewijsvoering te verschaffen. Dan dient die andere partij dus de feiten te bewijzen en rust op die partij ook het bewijsrisico. Daarbij dienen zich opnieuw twee mogelijkheden aan. Ten eerste. De met het bewijsrisico belaste partij slaagt in haar bewijsvoering en wint de procedure. Een tussenweg is er dan niet. Ten tweede. De met het bewijsrisico belaste partij slaagt niet in haar bewijsvoering en verliest. Opnieuw is er 'no middle of the road'.

Het is overigens nog maar de vraag of het voldoen aan de aanvullende stelplicht de beoogde winst oplevert. Het is denkbaar dat de verschaft feitelijke aanknopingspunten niet voldoende zijn om de te bewijzen feiten

34 HR 10 januari 1997, RvdW 1997, 17 (Notaris W./W.). De Hoge Raad oordeelde, in navolging van het hof, dat de notaris aan die stelplicht voldaan had.

35 Zie mijn opmerking in noot 10. *Processueel* gezien maakt de aanvullende stelplicht hier een einde aan het bewijsrechtelijke 'alles of niets'. Hoe 'proportioneel' de situatie dan wordt, is moeilijk aan te geven, en zeker niet in een percentage te vatten.

onomstotelijk vast te kunnen stellen. Als de patiënt zegt dat de arts bepaalde informatie niet verstrekt heeft, en de arts beweert dat dat wel gebeurd is, kan het medisch dossier daarover niet echt veel opheldering verschaffen.³⁶ De aantekening in dat dossier dat de informatie verstrekt is, zegt niet zoveel over het gesprek dat gevoerd werd.³⁷ Wellicht is er wel informatie verstrekt, maar was dat niet de in casu benodigde informatie. Het is uiteraard mogelijk om in bepaalde gevallen bepaalde vermoedens te ontleen aan eventuele aantekeningen in het dossier, maar als dat om welke reden dan ook niet gebeurd is, is de beslissing van de rechter over welke partij het bewijsrisico draagt (opnieuw) beslissend. We komen dus opnieuw niet verder dan ‘verschoven bewijs- en draaglast’. Overigens, als wel een vermoeden kan worden aangenomen, komen we aan het bewijsrisico helemaal niet toe, omdat de rechter de feiten bewezen zal achten, waardoor opnieuw één partij geheel wint. Zo zien we en passant dat ook het systeem van bewijswaardering geen verandering brengt in de overheersende kracht van het ‘alles of niets’-karakter van het bewijsrecht.

Het voorgaande zal overigens alleen spelen indien de notie van de aanvullende stelplicht in al zijn zuiverheid wordt toegepast. De toepassing van dit systeem wekt echter nogal eens de indruk dat het niet de bedoeling van de Hoge Raad is dat de tegenpartij inderdaad die aanknopingspunten verschaft en dat de met het bewijsrisico belaste partij dan alsnog niet slaagt in de bewijsvoering. De vereiste nadere motivering gaat veelal zo ver dat er eigenlijk bewijs geleverd wordt door niet met het bewijsrisico belaste partij. De facto gaat het in zulke gevallen dus ook om een bewijslast-omkering.³⁸ De regeling van de aanvullende stelplicht op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid is opnieuw toonaangevend, met de lijst van opdrachten die de Hoge Raad aan de werkgever in het arrest *Janssen/Nefabas*³⁹ geeft als sprekend voorbeeld. Wat hier ook van zij, duidelijk is in elk geval dat ook de aanvullende stelplicht ons niet voert naar een ‘gedeelde draaglast’ in het bewijsrecht.

Als ‘gedeelde draaglast’ staat voor het moderne, het beter ontwikkelde in het recht, dan komt het bewijsrecht er bekaaid vanaf en mag dat als antiek

36 Het voorbeeld is ontleend aan HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368 (Scheepers/De Bruijn).

37 In HR 10 januari 1997, RvdW 1997, 17 (Notaris W./W.), was deze omstandigheid echter voldoende om vooralsnog niet ervan uit te hoeven gaan dat de stelling dat de informatie gegeven was, onjuist zou zijn.

38 In dezelfde zin W.H.D. Asser, *Bewijsrecht in het civiele recht*, in: W. Plessen (red.), *Bewijsrecht in het sociaal recht*, Zwolle 1994, p. 17-18. Zie ook de in noot 6 genoemde rechtspraak. Uit HR 10 januari 1997, RvdW 1997, 17 (Notaris W./W.), volgt echter dat deze stelling alleen met de nodige nuancering geponeerd mag worden.

39 HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, nt. PAS (Janssen/Nefabas).

bestempeld worden.⁴⁰ Ik geloof echter niet dat de kwalificatie 'antiek' helemaal terecht is. Het ligt immers juist in de aard van de materie besloten dat of de één of de ander het risico van een *non liquet* (de situatie dat de te bewijzen feiten niet komen vast te staan) met zich draagt. De bewijslast-verdelingsregels zijn immers juist bedoeld om de knoop door te hakken als de feiten niet een bepaalde kant op wijzen.

4 Gedeelde smart?

In het navolgende zou ik niettemin — het onderwerp van deze bundel vraagt daarom — willen nagaan of die aard van de regels van bewijslastverdeling niet onder bepaalde voorwaarden buiten beschouwing gelaten zou kunnen worden. Een idee in die richting is wellicht gelegen in het volgende. In de Duitse literatuur wordt soms opgemerkt dat het theoretisch gezien ook anders zou kunnen met de bewijslastverdeling. Bettermann⁴¹ zegt het als volgt:

'Andere Lösungen sind durchaus denkbar (...); wenn man nicht genau weiß, wie es gewesen ist, "machen wir halbe-halbe" - ein etwas primitiver Grundsatz, aber ich möchte annehmen, daß er mindestens im Unterbewußtsein vieler Richter, besonders unterer Instanzen eine Rolle spielt. In Schadensersatzprozessen wird sicherlich häufig so verfahren, und man sollte nicht allzu gering von einer solchen Faustregel denken.'

Wahrendorf spreekt in min of meer dezelfde bewoordingen.⁴² Ook Reinecke, Motsch en Musielak stippen deze mogelijkheid aan.⁴³ Genoemde schrijvers menen dat het theoretisch denkbaar is dat beide partijen een deel van het (bewijs)risico dragen, met als gevolg dat het bedrag van de

40 Hetgeen ten aanzien van de bewijslastverdeling ook waarheid is. Zie over de romeinsrechtelijke grondslagen van de bewijslastverdeling K.H. Schwab, Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie, in: W. Frisch e.a. (red.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Köln 1978, p. 516-519, en W. Gautschi, *Beweislast und Beweiswürdigung*, Zürich 1913, p. 1-4.

41 K.A. Bettermann, *Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages*. Band II. Teil E: Die Beweislast im Verwaltungsprozess, p. E 27.

42 V. Wahrendorf, *Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht*, Köln 1976, p. 4 en 60.

43 G. Reinecke, *Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe*, Berlin 1976, p. 22; R. Motsch, *Von rechtsgenügenden Beweis*, Berlin 1983, p. 73; H.J. Musielak, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, Berlin 1975, p. 20.

vordering gedeeld wordt tussen partijen indien de feiten niet vast komen te staan. Ik noem die gedachte verder 'gedeeld bewijsrisico'.⁴⁴

Het zal niet verbazen dat alle genoemde schrijvers uiteindelijk de mogelijkheid van een gedeeld bewijsrisico verwerpen. Van een heersende leer is hier dan ook absoluut geen sprake. Dat argument wordt door deze auteurs dan ook met kracht naar voren gebracht om de notie van het gedeelde bewijsrisico te verwerpen. Bettermann merkt verder nog op dat deze opvatting in een gecultiveerd rechtssysteem juridisch gezien natuurlijk niet houdbaar is.⁴⁵ Reinecke voert voorts nog aan dat een uitspraak in deze zin geen der partijen tevreden zal stellen, omdat de beslissing zeker anders zou zijn geweest indien de feiten vastgestaan hadden.⁴⁶ Wahrendorf en Musielak stellen alleen dat het positieve recht deze methode niet aanvaardt.⁴⁷

De vraag die ik mezelf in het kader van deze bundel zou willen stellen, is of de gedachte van gedeeld bewijsrisico wel zo verwerpelijk is als gesuggereerd wordt. De hiervoor genoemde argumenten leiden mijns inziens niet noodzakelijk tot een volledige verwerping van deze gedachte. Ervan uitgaande dat in een procedure de feiten helemaal niet te bewijzen zijn en dus alleen zeker is dat geen zekerheid te verkrijgen is over wat er daadwerkelijk gebeurde, leidt elke beslissing op basis van de toedeling van het bewijsrisico tot een onbillijke uitkomst voor één der partijen.⁴⁸ Als de gedaagde schadevergoeding moet betalen, is dat onbillijk omdat niet zeker is dat hij de veroorzaker van de schade was. Als de benadeelde geen schadevergoeding krijgt, is dat onbillijk omdat het niet zeker is dat niet een ander verantwoordelijk was voor het ontstaan van zijn schade. Is het in zo'n situatie niet billijker om beide partijen een deel van de schade voor hun rekening te laten nemen?⁴⁹

44 In de Nederlandse literatuur komt deze gedachte, voor zover mij bekend, alleen naar voren bij H. Thesingh, *De grondslagen van de bewijslast in de civiele procedure*, diss. Groningen 1961, p. 115-116, die de gedachte billijk acht, doch deze verwerpt omdat deels toewijzen van een vordering ook een vorm van toewijzing is, en hij dat laatste nu juist niet mogelijk acht in verband met onzekerheid over de feiten.

45 Zie Betterman, a.w. (noot 41), p. E 27.

46 Reinecke, a.w. (noot 43), p. 22.

47 Wahrendorf, a.w. (noot 42), p. 4; Musielak, a.w. (noot 43), p. 20. Motsch, a.w. (noot 43), p. 73, noemt deze mogelijkheid theoretisch, doch niet in lijn met de werkelijkheid.

48 Vergelijk Faure, a.w. (noot 12), p. 25 en 44; Thesingh, a.w. (noot 44), p. 115, en A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, diss. KU Brabant, Tilburg 1997, p. 2. Het navolgende is mijns inziens dus niet toepasselijk indien op basis van de billijkheid een der partijen het bewijsrisico zou moeten dragen.

49 Dezelfde gedachte is terug te vinden bij F. Bydlinski, *Probleme der Schadenverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, Stuttgart 1964, p. 86-90, die voor 'Teilhaftung' pleit als 'mögliche Kausalität' aanwezig is.

De opvatting van gedeeld bewijsrisico kan mijns inziens nog een voordeel hebben. Geheel in lijn met de huidige ontwikkelingen⁵⁰ zou de waarheidsvinding in het proces en de medewerking van partijen aan die waarheidsvinding, (ten dele) kunnen worden gestimuleerd. De niet met het bewijsrisico belaste partij zal eerder geneigd zijn mee te werken aan de waarheidsvinding, in de zin van het verstrekken van informatie, omdat hij wel eens tot een gedeeltelijk schadevergoeding veroordeeld zou kunnen worden als de feiten niet vast komen te staan, terwijl die partij in de huidige situatie kan afwachten omdat het bewijsrisico bij de tegenpartij ligt. Het verschuiven van het bewijsrisico lost het probleem van de gebrekkige informatiestromen niet op, want als een bewijslastomkering plaatsvindt, kan de andere partij rustig afwachten. Het is dus in ieders belang om mee te werken. Daarbij past uiteraard de kanttekening dat dat niet zal opgaan indien een partij beschikt over voor haarzelf zeer ongunstige informatie. In zo'n geval zal die partij natuurlijk kiezen voor betaling van een deel in plaats van het geheel.

Als deze notie van gedeeld bewijsrisico enige vorm van erkenning wil verkrijgen, zal er een gedegen grondslag voor gevonden moeten worden. Omdat we geneigd zijn ten aanzien van het bewijsrecht in procesrechtelijke termen te denken, komt natuurlijk meteen de gedachte van 'fair trial' en van de eisen van een goede procesorde naar boven. Volgt uit het beginsel van fair trial soms ook dat als alles onzeker is, de last gedeeld zou moeten worden? Leidt de gelijkheid van partijen voor de rechter⁵¹ ('equality of arms') wellicht tot het aanvaarden van de mogelijkheid van gedeeld bewijsrisico?

Afgezien van het feit dat 'equality of arms' alleen ziet op gelijke mogelijkheden in het proces,⁵² en die gelijke mogelijkheden hier niet perse in het geding zijn, is een nader probleem daarbij dat de grondslag van de regels van bewijslastverdeling in de weg staat aan de volledige doorvoering van het 'equality of arms'-beginsel. Cross en Tapper⁵³ hebben die grondslag als volgt verwoord:

'(...) a fundamental requirement of any judicial system is that the person who desires the court to take action must prove his case to its satisfaction.'

50 Zie onder andere de art. 1.3.3 en 1.3.4 uit het wetsvoorstel tot herziening van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, *Kamerstukken II* 1995/96, 24651.

51 Zie EHRM 27 oktober 1993, Series A, vol. 274, NJ 1994, 534, nt. HJS en EJD (Dombo Beheer/Nederland).

52 Vergelijk HR 22 november 1996, NJ 1997, 205, nt. PAS (Boukacem/Martinair).

53 R. Cross & C. Tapper, *Cross on Evidence*, 7th ed., London 1990, p. 123.

Hij die meent dat er van de bestaande toestand afgeweken zou moeten worden, zou daarvoor dus een rechtvaardiging aan moeten voeren en die moeten staven.⁵⁴ Als de vordering niet bewezen is en toch (deels) wordt toegekend, wordt dit uitgangspunt verlaten.

Hiertegen is natuurlijk aan te voeren dat er toch al uitzonderingen gemaakt worden op bovenstaand uitgangspunt. De in paragraaf 2 behandelde gevallen zijn daar voorbeelden van. Wellicht volgt daaruit dat de 'equality of arms'-gedachte sterker is dan de grondgedachte achter de regels van bewijslastverdeling.⁵⁵ Nu de bewijslastverdeling ingebed is in het proces, en 'equality of arms' richtinggevend is in dat proces, zou dat op zich ook niet zo vreemd zijn. Bovendien kan erop gewezen worden dat de billijkheid ook in art. 177 Rv, direct na de hoofdregel, genoemd wordt als basis voor een uitzondering op die hoofdregel. Als uitvloeisel van de billijkheidstheorie gaat het bij die zinssnede, zoals bij 'equality of arms', om de processuele billijkheid.⁵⁶ Hierbij mag echter niet vergeten worden dat de bewijslastverdeling ook een zeer sterke materieelrechtelijke component heeft.⁵⁷ Immers, of het materiële recht verwezenlijkt kan worden, is in grote mate afhankelijk van de verdeling van het bewijsrisico (en van de mogelijkheden om dat bewijs te leveren). Het is dus de vraag of het materiële recht, al dan niet op basis van fair trial of 'equality of arms', via de hier geschetste gedachte doorkruist kan worden.

Toegespitst op het aansprakelijkheidsrecht komt het voorgaande neer op deze vraag: is het verdedigbaar dat iemand dient te betalen zonder dat duidelijk is dat hij bijgedragen heeft aan het ontstaan van de schade? De eerste gedachte zal zijn dat dat te ver zou gaan. Als we ons echter inleven in de gedachte van gedeeld bewijsrisico en deze net iets verder doordenken, ontdekken we dat dat wellicht niet onder alle omstandigheden het geval hoeft te zijn. Immers, onderscheid ten opzichte van een geval waarin een procedure middels de gebruikelijke verdeling van het bewijsrisico beslist wordt, is in de kern niet aanwezig: een der partijen krijgt geen schadevergoeding of moet juist betalen terwijl niet vaststaat dat die partij niet,

54 P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, diss. Rotterdam 1996, p. 121, spreekt in dit verband dan ook van 'equity of arms', de 'eerlijkheid' van de bewijslastverdeling, omdat er van een gelijkelijk over partijen verdeelde bewijslast ('equality') geen sprake is vanwege het karakter van de bewijslastverdeling.

55 De koppeling tussen beide wordt gelegd in de noot van Dommering bij EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994, 534, nt. HJS en EJD (Dombo Beheer/Nederland).

56 Vergelijk Schoordijk, t.a.p. (noot 13), p. 680.

57 Zie o.a. W.H.D. Asser, *Mijns broeders hoeder?*, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer 1997, p. 528, en Thesingh, a.w. (noot 44), p. 115 en p. 117.

respectievelijk wel bijgedragen heeft aan de schade. Datzelfde gebeurt (voor een gedeelte) bij toepassing van het gedeelde bewijsrisico. Anders gezegd, als het meerdere kan (verschuiven van het gehele bewijsrisico naar de wederpartij, zie paragraaf 2), waarom zou het mindere dan niet kunnen (verschuiven van een deel van het bewijsrisico)?

Is het mogelijk deze gedachte in het wettelijke systeem te verankeren? Mijns inziens is die verankering op basis van het *DES*-arrest,⁵⁸ en sindsdien op basis van art. 6:99 BW als zodanig, (theoretisch) denkbaar. De Hoge Raad besliste in dat arrest dat het enkele feit dat er wellicht ook producenten zouden zijn die niet onrechtmatig handelden, niet tot de conclusie mocht leiden dat alle andere producenten vrijuit zouden gaan wegens het ontbreken van causaal verband. De hoofdelijke aansprakelijkheid van de andere producenten blijft bestaan, met als gevolg dat deze aansprakelijk gehouden worden voor meer schade dan ze veroorzaakt *kunnen* hebben.⁵⁹

Dezelfde gedachte schuilt achter het idee van het gedeelde bewijsrisico. Ook bij toepassing van die gedachte moet er betaald worden, terwijl de aansprakelijkheid niet vast staat. Het verschil is gelegen in het feit dat er in de *DES*-zaak meerdere producenten als schadeveroorzaker in aanmerking kwamen, terwijl het in de gedeelde bewijsrisico-situatie zoals hiervoor geschetst, veelal om een combinatie van mogelijke onrechtmatigheid en toeval zal gaan.⁶⁰

De hier ontvouwde gedachte kan mijns inziens ook in lijn gebracht worden met de gedachte achter de 'perte d'une chance'-theorie.⁶¹ Volgens die doctrine wordt de vordering niet afgewezen als het causale verband niet bewezen is, indien wel vastgesteld is dat een bepaalde kans (bijvoorbeeld de kans op genezing) verloren is gegaan door een onrechtmatige handeling. De schade die door het verloren gaan van de kans ontstaan is, komt dan voor vergoeding in aanmerking. Ook bij toepassing van die theorie wordt onzekerheid, in dit geval over causaal verband, gedeeld door partijen. De waarde van dit aanknopingspunt kan overigens niet anders dan beperkt zijn nu de theorie als zodanig in Nederland nog niet ten volle aanvaard is.⁶²

58 HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535, nt. CJHB (*DES*).

59 Zie onder andere A.J. Akkermans, Oorzakelijk verband, in: M.E. Franke e.a. (red.), *Onrechtmatige Daad*, BW-krant Jaarboek 1996, Deventer 1996, p. 55, en dezelfde, a.w. (noot 48), p. 330 en p. 358 e.v.

60 Over die combinatie heeft Bydlinski het als hij voor 'Teilhaftung' pleit, a.w. (noot 49), p. 87.

61 Vergelijk over die theorie Akkermans, a.w. (noot 48), p. 117 e.v., en dezelfde, *Noot bij Hof Amsterdam 4 januari 1996 (Wever/De Kraker)*, A&V 1996, p. 66 e.v., en M. de Ridder, *Kansverlies als schadefactor bij medische aansprakelijkheid*, AA 1995, p. 548 e.v.

62 Zie echter Hof Amsterdam 4 januari 1996, NJ 1997, 213, A&V 1996, p. 66, nt. A.J.

Aanknopingspunten zijn er dus wel te vinden voor de van het geldende recht afwijkende notie van het gedeelde bewijsrisico. Dat die aanknopingspunten betrekking hebben op uitzonderlijke situaties doet daaraan niet af, nu verondersteld mag worden dat, mocht de notie van het gedeelde bewijsrisico ooit al een ingang vinden, de *toepassing* ervan ook *zeer beperkt* zal zijn. Als stelregel moet er toch vanuit gegaan worden, zoals ik zelf ook doe en blijf doen, dat één der partijen het bewijsrisico zal dragen. Ik zou hier niet willen pleiten voor het overboord zetten, voor eens en voor altijd, van het geldende systeem van bewijslastverdeling. De grondslag van de bewijslastverdelingsregels is daarvoor te sterk. Maar daarmee is nog niet gezegd dat het ondenkbaar is dat in uitzonderlijke situaties de billijkheid gebiedt om geen uitsluitel naar één beider zijden te geven, maar om de oplossing in het midden⁶³ te zoeken. Als voorbeelden van zulke situaties zouden mijns inziens de *DES*-zaak en de asbest-zaken kunnen dienen.⁶⁴

De twee voornoemde voorbeelden hebben beide te maken met onzeker causaal verband. Daarop voortbouwend zou ik me kunnen voorstellen dat de optie van gedeeld bewijsrisico in die situaties aan bod zou kunnen komen waarin het vaststellen (of het ontkennen) van het causale verband helemaal niet mogelijk is, maar waarin wel al vaststaat dat de gedaagde onrechtmatig handelde.⁶⁵ In zulke gevallen is er in elk geval een aanknopingspunt gegeven om de gedaagde tot een gedeeltelijke schadevergoeding te veroordelen.⁶⁶ Er is dan tenslotte al vastgesteld dat die gedaagde onrechtmatig handelde, waardoor het betalen van schadevergoeding voor een deel van de totale schade, niet zonder enige grond is.

Een tweede situatie waarin ik me voor kan stellen dat de notie van het gedeelde bewijsrisico eventueel gebruikt zou kunnen worden, betreft die gevallen waarin er meerdere gedaagden zijn (zoals in de *DES*-zaak) en niet

Akkermans (Wever/De Kraker).

63 Waarmee ik een andere verdeling der schade dan 50-50 niet zou willen uitsluiten, het gaat hier tenslotte om de billijkheid.

64 HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535, nt. CJHB (DES) respectievelijk HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686, nt. PAS (Cijssouw/De Schelde). In concreto kan gedacht worden aan die situatie waarbij de ziek geworden werknemer met asbest werkte, maar ook rookte, zie Akkermans, a.w. (noot 48), p. 420 e.v.

65 Een voorbeeld van een dergelijke situatie is te vinden in de casus die leidde tot het tweede *Dicky Trading*-arrest (HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607, nt. WMK). De notaris stelde dat een wel gegeven waarschuwing van zijn kant de schade niet voorkomen zou hebben en dat er dus geen causaal verband was. De Hoge Raad belaste de notaris met het bewijsrisico. Als het om waarschuwingplichten gaat, moet dus wel al bewezen zijn dat een waarschuwing nodig was en toch niet gegeven is, alvorens we aan de hier behandelde problematiek zouden kunnen toekomen. Hiermee wil ik overigens niet zeggen dat gedeeld bewijsrisico de te volgen koers zou moeten zijn op dit terrein.

66 Vergelijk Akkermans, a.w. (noot 48), p. 307.

duidelijk is of elk van hen onrechtmatig gehandeld heeft. Behalve bij art. 6:99 BW, zoals uitgelegd door de Hoge Raad, zou voor deze opvatting ook aansluiting gezocht kunnen worden bij art. 6:166 BW. Ook op basis van dat laatste artikel kunnen personen aansprakelijk gehouden worden, terwijl hen geen onrechtmatige handeling die direct de schade veroorzaakte, te verwijten valt. De schade zou dan gedeeld moeten worden door het aantal betrokken personen. Het verschil met de eerste situatie is gelegen in het feit dat hier de onzekerheid over het causale verband te wijten is aan het feit dat er meerdere gedaagden zijn waarvan een enkeling wellicht niets onzorgvuldigs gedaan heeft, terwijl de eerste situatie zich ook kan voordoen als er één gedaagde is.

Nu we toch het terrein van het element 'onrechtmatigheid' betreden hebben, rijst de vraag of we misschien nog een extra stapje zouden kunnen nemen. Het feit dat het bewijsrisico als geheel bij tijd en wijle verplaatst wordt naar de wederpartij, opent de mogelijkheid dat ook ten aanzien van de onrechtmatigheid met de notie van gedeeld bewijsrisico gewerkt zou kunnen worden. Immers, het meerdere omvat het mindere. Te denken valt bijvoorbeeld aan situaties waarin volledig onduidelijk is en blijft of bepaalde informatie nu wel of niet verstrekt is door de gedaagde. Het probleem daarbij is echter dat er in een zodanige situatie geen enkel aanknopingspunt is te vinden voor de aansprakelijkheid van de gedaagde. Het is niet voor niets dat de eiser in principe zijn vordering moet rechtvaardigen door het leveren van bewijs. Ware dat niet zo, dan zou ongegrond claimen wel erg aantrekkelijk worden. Ik acht het daarom verstandiger om vast te houden aan de gedachte dat er op zijn minst aanleiding moet zijn om te veronderstellen dat de gedaagde niet geheel vrijuit zou mogen gaan. Vandaar dat ik de notie van het gedeelde bewijsrisico zeker niet zou willen doortrekken naar het element 'onrechtmatigheid',⁶⁷ maar zou willen beperken tot die gevallen van onbewijsbaar causaal verband, zoals hiervoor aangegeven.⁶⁸

67 Ik kan me overigens wel nog voorstellen dat de notie gebruikt wordt indien de aansprakelijkheid vaststaat, maar de schade(omvang) niet te bewijzen is door de eiser. Dit overigens voor zover art. 6:97 BW niet toereikend zou zijn, hetgeen zich niet snel zal voordoen. In gelijke zin, R. Bender, *Das Beweismaß*, in: W. Grunsky e.a. (red.), *Festschrift für Fritz Baur*, Tübingen 1981, p. 269-270.

68 Consequentie daarvan is dat het hier betoogde niet verder gaat dan hetgeen Akkermans betoogd heeft in zijn proefschrift (a.w. (noot 48)), en in zijn bijdrage aan deze bundel. Ingeval van onzekerheid over causaal verband wordt proportionele aansprakelijkheid aanvaard als de meest billijke oplossing. Waar Akkermans die oplossing een grondslag geeft via het causaal verband-vereiste en het schadebegrip, is hier een bewijsrechtelijke redenering naar voren gebracht onder de noemer 'gedeeld bewijsrisico'. In beide gevallen is de billijkheid de leidraad, de gekozen route verschilt. Of deze extra route nog wel nodig was, laat ik hier in het midden, zie paragraaf 5.

Een voorbehoud dat nog gemaakt dient te worden, betreft het volgende. Toepassing van de notie van gedeeld bewijsrisico kan alleen gerechtvaardigd geschieden als geen van de mogelijke verklaringen van het voorgevallene waarschijnlijker is gebleken dan de andere verklaringen. Het moet dus altijd om situaties gaan waarin de toedracht niet opgehelderd kan worden. Als de rechter echter middels zijn waardering van de bewijsstukken de ene verklaring, hoewel wellicht niet geheel bewezen, wel waarschijnlijker acht dan de andere verklaring, dan zou hij op basis van die waardering dienen te beslissen. Met andere woorden, het beslissen op basis van de waardering van het bewijs voorkomt dat toepassing van de notie van gedeeld bewijsrisico nodig en mogelijk is. Door bewijswaardering wordt immers het *non liquet* als zodanig al vermeden.

5 Conclusie

De bewijslastverdeling in het civiele proces is moeilijk denkbaar zonder een 'alles of niets'-karakter. Noch het verschuiven van de bewijslast naar de andere partij, noch het aanvaarden van een aanvullende stelplicht voor de wederpartij, doet aan dat karakter iets af. Ook bij toepassing van die bewijslastverlichtingstechnieken is er uiteindelijk één partij die materieelrechtelijk als winnaar naar voren komt.

Gepoogd is om enkele gedachten over een notie die wel dat 'alles of niets'-karakter aantast, door het bewijsrisico te delen, op een rij te zetten. Ik meen, in alle voorzichtigheid, te mogen concluderen dat er in het Nederlandse recht aanknopingspunten gevonden zouden kunnen worden die het mogelijk maken om, in uitzonderingsgevallen, het bewijsrisico tussen de twee partijen in de procedure te *delen* in plaats van *toe te delen*. Die aanknopingspunten duiden er overigens wel op dat het dan om echt uitzonderlijke situaties moet gaan waarin het billijker is de schade te delen in plaats van toe te delen. Daarbij zou gedacht kunnen worden aan die situaties waarin het causale verband met geen mogelijkheid te bewijzen is, terwijl wel al vastgesteld is dat de gedaagde onrechtmatig handelde en aan die situaties waarin het causale verband niet te bewijzen is, omdat er meerdere potentiële daders en niet-daders bij de schade betrokken zijn. Tot die situaties, en die waarin het puur om de schade(omvang) gaat, zou ik het bereik van deze notie dan ook beperken. Vooral de voorwaarde dat de bewijsvoering voor *beide* partijen onmogelijk is, is voor eventuele toepassing van deze notie van eminent belang. Waar Bettermann in het

hiervoor aangehaalde citaat dan ook spreekt over 'nicht genau weiß', zou ik 'überhaupt nicht weiß' willen lezen.

Ik sprak zonet over het op een rij zetten van enkele gedachten. Dat was een bewuste keuze, en meer moet daar dan ook niet achter gezocht worden, want ik realiseer me terdege dat die gedachten ver verwijderd zijn van wat we in Nederland gewend zijn op het terrein van het bewijsrecht. De bedoeling was dan ook niet om het huidige bewijsrecht op de helling te zetten. Ondernomen is een denkexercitie, die langs de randen van het bewijsrecht voerde, waarbij ik heb trachten te laten zien dat het aftasten van die randen niet altijd een duik in diepe dalen tot gevolg hoeft te hebben. Door middel van deze exercitie heb ik dan ook niet meer willen doen dan aangeven dat het ook allemaal helemaal anders kan als we met het bewijsrecht in de hand tot billijke oplossingen willen komen. Die antithese is hier geponeerd. De synthese hoop ik later nog te bereiken.

Aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsaandeel

Van toevallige medeveroorzakers, 'deep pocket defendants' en hun minimale veroorzakingsaandelen

1 Inleiding

Hoewel het niet met zoveel woorden in art. 6:102 BW staat,¹ wordt algemeen aangenomen dat zich hoofdelijke aansprakelijkheid voordoet als door de fouten (of wanprestatie) van twee of meer personen jegens een derde, een en dezelfde schade ontstaat. Dit geldt niet alleen als deze personen gezamenlijk één handeling verrichten of min of meer in samenwerking handelen, maar ook als de daden van twee of meer personen als het ware toevallig samenlopen en uitmonden in één schade.² Ik beperk mij hierna tot deze zogenaamde toevallige medeveroorzakers.

Als de benadeelde een van de medeveroorzakers aanspreekt en het staat vast dat de aangesprokene een fout heeft begaan, dat deze fout noodzakelijke voorwaarde was voor het intreden van de schade en dat de schade in redelijkheid kan worden toegerekend aan deze veroorzaker, dan heeft de benadeelde jegens de aangesprokene recht op vergoeding van zijn gehele schade. De aangesprokene kan zich niet tegen deze aansprakelijkheid voor de gehele schade verweren door er op te wijzen dat er nog meer aansprakelijke veroorzakers in het spel zijn.³ Voor zijn aansprakelijkheid voor de

* Willem van Boom is als universitair docent verbonden aan de afdeling burgerlijk recht, Rijksuniversiteit Leiden.

1 Aldus ook A.J. Akkermans, *Veroorzaking van deelschade*, WPNR 6043 (1992), p. 251 noot 40, p. 252 noot 48, dezelfde, Oorzakelijk verband, in: M.E. Franke e.a. (red.), *On-rechtmatige daad* (BW-krant Jaarboek 1996), Deventer 1996, p. 42 en 43 en Mon. NBW B-36 (Spier) nr. 13.

2 Asser-Hartkamp I (1996) nr. 99, nr. 458. Deze regel bestaat in een of andere vorm in vrijwel alle Europese rechtssystemen; zie C. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht* (deel I), München 1996, nr. 51-53, 315-318. De genoemde regel is terug te voeren op het Romeinse recht; zie daarover F.K. von Savigny, *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts*, Band I, Berlin 1851, p. 200-201 en P.F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8e druk door F. Senn, Parijs 1929, p. 793-794.

3 Parl. Gesch. Boek 6, p. 354. Vergelijk Von Bar, a.w. (noot 2), nr. 318. Dit uitgangspunt lijdt uitzondering indien de fout van de betreffende medeveroorzaker aan de benadeelde als

gehele schade is voldoende dat ten aanzien van hem aan de vereisten van art. 6:162 (resp. 6:74) jo. 6:98 BW is voldaan.⁴ Als vervolgens mocht blijken dat de aansprakelijkheden van de veroorzakers elkaar overlappen — dat wil zeggen: als blijkt dat zij voor dezelfde schade aansprakelijk zijn — *dan* is art. 102 van toepassing en heeft degene die de schade vergoedde in de regel een regresrecht op de andere veroorzakers naar rato van ieders aandeel in de veroorzaking van de schade.⁵

De regel dat elke toevallige medeveroorzaker jegens de benadeelde voor het geheel aansprakelijk is, heeft in ons land nooit fundamentele kritiek ontmoet.⁶ In schril contrast daarmee staat de diepgaande kritiek die recentelijk is geuit in de Verenigde Staten van Amerika en in Engeland.⁷ In Amerika heeft dit zelfs geleid tot ingrijpende hervormingen. Dit contrast is voor mij aanleiding om de Amerikaanse en Engelse ervaringen te onderwerpen aan een nader onderzoek en te toetsen aan de uitgangspunten in ons eigen rechtssysteem. Daartoe breng ik eerst bedoelde ontwikkelingen onder de aandacht die zich (recentelijk) in de Verenigde Staten van Amerika en — in mindere mate — in Engeland hebben voorgedaan. Vervolgens confronteer ik deze ontwikkelingen met de stand van zaken naar Nederlands recht. Aansluitend zal ik de vraag stellen of ook voor ons recht hervorming in het verschiet ligt.

eigen schuld (art. 6:101 BW) kan worden toegerekend.

- 4 Zo reeds voor het oude recht HR 3 mei 1901, W 7601 (Jansen van Oist/Ariese), bevestigd in HR 18 juni 1920, WPNR 2667 (1921), nt. EMM, W 10630, nt. HdJ ('Lied der Natuur').
- 5 Vergelijk Spier, a.w. (noot 1), nr. 13-14.
- 6 Hetzelfde lijkt het geval te zijn in andere Europese landen. Oftinger-Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (deel I), Zürich 1995, § 10 nr. 11, noemt het zelfs een 'Fundamentalsatz' van het aansprakelijkheidsrecht. Zie voor een van de weinige auteurs die een andere oplossing 'geenszins onverdedigbaar' vinden: A. Wolfsbergen, WPNR 3004 (1927), p. 512, dezelfde, *Onrechtmatige daad*, Leiden 1946, p. 238-239.
- 7 Vergelijkbare kritiek op deze aansprakelijkheid 'in solidum' werd enige decennia geleden geuit in de Franse literatuur. De kritiek vond weinig gehoor. Zie over een en ander *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XII (Weir), § 12-80, alsmede R. Meurisse, *Le déclin de l'obligation in solidum*, Rec.D. chron. XL (1962), p. 243-245, M. Vanquickenborne, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid*, Brussel 1972, p. 374-375 en Starck-Roland-Boyer, *Responsabilité délictuelle*, 4e druk Parijs 1991, nr. 1262-1266, nr. 1272-1286.

2 Ontwikkelingen in de Verenigde Staten van Amerika

2.1 Opkomst en verval van de 'indivisibility' doctrine

Sinds de tweede helft van de negentiende eeuw werd langzaam gemeengoed dat toevallige medeveroorzakers 'jointly and severally' aansprakelijk, oftewel aansprakelijk voor het geheel waren indien de ontstane schade 'indivisible' was.⁸ Was 'apportionment' van de schade wel mogelijk, dan was elke veroorzaker slechts voor het door hem veroorzaakte deel aansprakelijk. De scheidslijn tussen aansprakelijkheid voor het geheel en deelaansprakelijkheid was dus gelegen in de 'indivisibility' doctrine. Die doctrine vond zijn weerslag in de eerste zogenaamde 'Restatement on Torts' (1939).⁹ In de tweede 'Restatement on Torts' (1965) wordt die lijn voortgezet: aansprakelijkheid van elke medeveroorzaker voor het geheel ('joint and several liability') bestaat als regel alleen als sprake was van een 'indivisible harm'. In geval van 'divisible harms' bestond slechts *deelaansprakelijkheid*.¹⁰ Als bijvoorbeeld twee automobilisten door onvoorzichtigheid een ongeval veroorzaken waardoor een derde gewond raakt, dan is het een feitelijke kwestie of sprake is van deelbare of ondeelbare schade. Zou bijvoorbeeld de ene automobilist over een been rijden en de andere over een arm, dan is de facto afzonderlijk letsel toegebracht, hoe moeilijk het ook moge zijn om de herstelkosten afzonderlijk toe te rekenen aan de verschillende oorzaken.¹¹ Heeft het ongeval de dood ten gevolge, dan wordt van een ondeelbare schade gesproken.¹²

De idee van ondeelbaarheid van schade heeft decennia lang een centrale plaats ingenomen in het schadevergoedingsrecht van de verschillende staten: de personen wier 'negligence' een 'proximate cause' was voor de ondeelbare schade van de benadeelde, konden elk niet anders dan voor de gehele schade aansprakelijk zijn, omdat nu eenmaal geen 'apportionment of harm' kon

8 Over de historische ontwikkelingen op dit punt, zie men Leonard Charles Schwartz, *The myth of nonapportionment among tortfeasors under traditional tort law and its significance for modern comparative fault*, 19 Northern Kentucky L.Rev. (1991), p. 83 e.v. Vergelijk John W. Wade, *Should joint and several liability of multiple tortfeasors be abolished?*, 10 Am.J. of Trial Advocacy (1986), p. 194-197 en Paul Bargren, *Joint and several liability: protection for the plaintiffs*, Wisconsin L.Rev. 1994, p. 455.

9 Schwartz, a.w. (noot 8), p. 90 e.v.

10 Zie resp. § 875, 879, 881 en 433a Rest. 2d Torts. Vergelijk *Mitchell v. Volkswagenwerk AG*, 669 F.2d 1199 (U.S. Ct.App. 8th Cir. 1982).

11 Commentaar op § 433a ss. 1 (ad b.) Rest. 2d Torts.

12 Zie W. Prosser, W. Keeton, *Prosser and Keeton on Torts*, 5e druk St. Paul 1984, § 52, alsmede alsmede Weir, a.w. (noot 7), § 12-83.

worden gemaakt.¹³ Deze ondeelbaarheid had in het recht van de meeste staten ook gevolgen voor de verdeling van de schade tussen de aansprakelijken onderling. Sommige staten ontkenden elk recht van regres,¹⁴ andere staten kwamen niet verder dan regres naar gelijke delen (wat de Duitsers zo mooi 'Kopfteile' noemen).¹⁵ De verdeling van de schade tussen de aansprakelijken onderling in (ongelijke) *aandelen* in de veroorzaking van de (ondeelbare) schade werd lange tijd in geen enkele staat toegepast. Een dergelijke verdeling kwam pas in zwang toen ook de 'contributory negligence' doctrine ten grave was gedragen. Deze doctrine hield in dat eigen schuld van de benadeelde zijn schadevergoedingsactie jegens de aansprakelijke volledig blokkeerde; de gedachte was dat, nu de schade van de benadeelde ondeelbaar was, er geen plaats was voor verdeling van de schadelast en de vordering dus volledig moest worden ontzegd.¹⁶ Toen deze ondeelbaarheidsdoctrine bij eigen schuld eenmaal werd verlaten, achtte men het algemeen ook mogelijk de ondeelbare schade tussen meerdere aansprakelijken onderling in (ongelijke) aandelen te splitsen.¹⁷

13 Zie over de 'indivisibility' doctrine bijv. Mike Steenson, *Recent legislative responses to the rule of joint and several liability*, 23 Tort & Insurance L.J. (1987-88), p. 483, M. Kevin Queenan, *Civil Code Article 2324: a broken path to limited solidary liability*, 49 Louisiana L.Rev. (1989), p. 1362 e.v., Carol A. Mutter, *Moving to comparative negligence in an era of tort reform: decisions for Tennessee*, 57 Tennessee L.Rev. (1990), p. 204, Bryan Harnetiaux, *RCW 4.22.070, joint and several liability, and the indivisibility of harm*, 27 Gonzaga L.Rev. (1991/92), p. 196 e.v., Julie O'Daniel McClellan, *Apportioning Liability to Nonparties in Kentucky Tort Actions: A Natural Extension of Comparative Fault or a Phantom Scapegoat for Negligent Defendants?*, 82 Kentucky L.J. (1994), p. 790, Thomas C. Galligan Jr., *Article 2324: the discombobulating State of solidarity in post Tort Reform Louisiana*, 54 Louisiana L.Rev. (1994), p. 551 e.v.

14 In Arizona bijvoorbeeld, bestond tot 1984 geen regresrecht voor 'joint and several tortfeasors'. Zie Kelly Catherine Myers, *Tort 'Reform' in Arizona: an analysis of the demise of joint and several liability*, 35 Arizona L.Rev. (1993), p. 721-722. Uit het overzicht dat Jean Macchiaroli Eggen, *Understanding State contribution Laws and their Effect on the Settlement of Mass Tort Actions*, 73 Texas L.Rev. (1995), p. 1750, geeft, blijkt dat inmiddels alle staten die ongewijzigde 'joint and several liability' kennen, ook een regresrecht toekennen ingeval van toevallige medeveroorzaking.

15 Dan B. Dobbs, *Torts and Compensation*, 2e druk St. Paul 1993, p. 737.

16 Dit hing deels samen met de zogenaamde 'clean hands'-doctrine; zie Charles O. Gregory, *Legislative loss distribution in negligence actions*, Chicago 1936, p. 49, John G. Fleming, *Report to the Joint Committee of the California Legislature on Tort Liability on the problems associated with American Motorcycle Association v. Superior Court*, 30 Hastings L.J. (1979), p. 1485, Jordan H. Leibman, *Comparative Contribution and intentional torts: a remaining roadblock to damages apportionment*, 30 American Business L.J. (1992), p. 678, noot 2 en Prosser & Keeton, a.w. (noot 12), § 65. Zie voor mogelijke andere verklaringen Mutter, t.a.p. (noot 13), p. 206 e.v. en Ernest M. Jones, *Contribution among tortfeasors*, 11 U. of Florida L.Rev. (1958), p. 178-182.

17 Zie bijv. Galligan, t.a.p. (noot 13), p. 553-555 voor een beschrijving van de wettelijke overstap van regres 'per capita' naar regres naar de mate van 'fault'. Zie in het algemeen Victor E. Schwartz, *Comparative Negligence*, Charlottesville 3e druk 1994, § 16-1 en 16-2.

Sommige rechters meenden dat na het inruilen van de 'contributory negligence' doctrine voor een verdeling van de schade tussen aansprakelijke en benadeelde, ook een streep gezet kon worden door de 'joint and several liability'. De ondeelbaarheid van de schade kon niet langer als rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid voor het geheel gelden, en dus moest 'joint and several liability' plaats maken voor wat ik zal noemen proportionele aansprakelijkheid: aansprakelijkheid van elke medeveroorzaker voor dat deel van de ondeelbare schade dat een weerspiegeling was van zijn aandeel in de veroorzaking van die totale schade.¹⁸ In de meeste staten ging men echter niet onmiddellijk zo ver en werd de aansprakelijkheid voor het geheel vooralsnog gehandhaafd.¹⁹

2.2 De 'tort reform'

In het begin van de tachtiger jaren kwam daar echter drastisch verandering in. In die tijd deed zich de zogenaamde 'tort (insurance) crisis' voor. Even afgezien van de vraag of er werkelijk een crisis in het aansprakelijkheidsrecht gaande was of dat Amerikaanse verzekeraars de problemen goeddeels aan hun bedrijfsvoering te danken hadden,²⁰ feit was dat in menige staat grote politieke druk ontstond om 'joint and several liability' af te schaffen of af te zwakken.²¹ Deze roep om hervorming werd voornamelijk gevoed door rechtspraak waarin zogenaamde 'peripheral tortfeasors' voor de volledige schade aansprakelijk werden gehouden, hoewel het aandeel van deze tortfeasors in de veroorzaking minimaal te noemen was.

18 *Brown v. Keill*, 580 P.2d 867 (Kansas Supr. Ct. 1978), besproken door Mutter, t.a.p. (noot 13), p. 313, *Bartlett v. New Mexico Welding Supply*, 646 P.2d 579 (New Mexico Ct. App. 1982), besproken door bijvoorbeeld Mutter, t.a.p. (noot 13), p. 266, Bargren, t.a.p. (noot 8), p. 468; zie ook de Amerikaanse rechtspraak besproken in het rapport *Feasibility Investigation of Joint and Several Liability*, Common Law Team of the Law Commission, Londen 1996, p. 59-60 alsmede Richard W. Wright, *The logic and fairness of joint and several liability*, 23 Memphis State University L.Rev. (1992), p. 45 e.v. Vergelijk John M. Rogers, *Apportionment in Kentucky after comparative negligence*, 75 Kentucky L.J. (1986), p. 103, Damon Ball, *A reexamination of joint and several liability under a comparative negligence system*, 18 St. Mary's L. J. (1987), p. 896 e.v. en Thomas J. McLaughlin, Bradley L. Fisher, *Apportioning the 'indivisible': comparative liability*, 27 Gonzaga L.Rev. (1991/92), p. 211-212.

19 Zie bijvoorbeeld *American Motorcycle Association v. Superior Court*, 578 P.2d 899 (California Supr. Ct. 1978), waarover Fleming, t.a.p. (noot 16), p. 1480 e.v. Vergelijk Schwartz, a.w. (noot 17), § 15-4, en Ball, t.a.p. (noot 18), p. 896.

20 Zie daarover F.C. Schirmeister, *Amerikaanse toestanden in het schadevergoedingsrecht?*, diss. VU Amsterdam 1996, p. 437 e.v.

21 Voor een kritische analyse van deze politieke beweging zie men Richard W. Wright, *Allocating liability among multiple responsible causes: a principled defense of joint and several liability for actual harm and risk exposure*, 21 U.C. Davis L.Rev. (1988), p. 1147 e.v.

Kenmerkend voor deze 'peripheral tortfeasors' was dat ze veelal door weinig coulante jury's aansprakelijk werden geacht wegens nalatigheid, dat hun aandeel in de schadeveroorzaking minimaal was en zij door een verzekeringsdekking vrijwel altijd voldoende solvent waren om het volledige schadebedrag op te hoesten. Zij werden al snel 'deep pocket defendants' genoemd. De aansprakelijke persoon die het leeuwendeel van de schade had veroorzaakt, bleek veelal onvindbaar of insolvent. Het resultaat was dat de 'peripheral tortfeasor' die bijvoorbeeld slechts één procent aandeel in de veroorzaking van de schade had gehad, moest opdraaien voor de volle honderd procent. Regres op de 'echte' dader, de 'primaire' veroorzaker, was vaak illusoir. Dit weerhield jury's er vrijwel nooit van om de 'deep pocket defendant' mede-aansprakelijk te achten.²²

Voorbeelden van deze 'peripheral tortfeasors' zijn verhuurders van appartementen en hotelexploitanten die aansprakelijk werden geacht wegens het onvoldoende treffen van veiligheidsmaatregelen tegen inbraak, insluiping en verkrachting en cafébazen die aansprakelijk waren omdat zij niet hadden voorkomen dat hun klanten dronken werden om vervolgens verkeersongevallen te veroorzaken.²³ Andere 'deep pocket defendants' waren met name overheidsinstellingen, grote bedrijven en beroepsbeoefenaren. Een ongeknipt hegje dat het zicht benam op een kruising gaf aanleiding tot volledige aansprakelijkheid van een gemeente jegens de benadeelde, toen deze door een dronken en insolvente 'primaire' aansprakelijke werd aangereden.²⁴ Accountants die door nalatigheid bepaalde malversaties in de administratie over het hoofd zagen, werden samen met de betreffende oplichter aansprakelijk gehouden voor de gehele schade. De oplichter bood vrijwel nooit (volledig) verhaal, zodat de accountant structureel meer schade moest dragen dan zijn aandeel in de veroorzaking ervan.²⁵ Maar ook een pretpark dat één procent veroorzakingsaandeel had in het letsel van een bezoekerster die door haar verloofde nogal ruw werd aangestoten in een botsauto-attractie, moest vrijwel de gehele schade vergoeden.²⁶

22 Zie over mogelijke 'jury bias' ten opzichte van 'deep pocket defendants' Nancy L. Manzer, 1986 *Tort reform legislation: a systematic evaluation of caps on damages and limitations on joint and several liability*, 73 Cornell L.Rev. (1988), p. 646.

23 Zie Leibman, t.a.p. (noot 16), p. 680.

24 *Sills v. City of Los Angeles*, aangehaald door Mutter, t.a.p. (noot 13), p. 308.

25 Zie McLaughlin en Fisher, t.a.p. (noot 18), p. 208, alsmede *Gehres v. City of Phoenix*, 753 P.2d 174 (Arizona Ct. App. 1987), waarover Myers, t.a.p. (noot 14), p. 725.

26 *Walt Disney World Co. v. Wood*, 489 So.2d 61 (Florida Ct. App. 4th District 1986), waarover bijv. McClellan, t.a.p. (noot 13), p. 789. Het pretpark moet de benadeelde 86% van de schade vergoeden, te weten onder aftrek van 14% eigen schuld.

De aansprakelijkheid van deze ‘deep pocket defendants’ voor het geheel van de schade betekende in de praktijk vaak dat zij de gehele schade moesten dragen omdat de veroorzaker met het grootste aandeel in de schade onvindbaar of insolvent bleek. Aldus beschouwd fungeert de ‘deep pocket defendant’ als ‘verzekeraar’ van de benadeelde, om hem te beschermen tegen onvindbaarheid of insolventie van de ‘primaire’ veroorzaker.²⁷ Dit was, zo beweerde men, een belangrijke oorzaak van de ‘tort crisis’; aangezien ‘deep pocket defendants’ structureel meer schade moesten vergoeden en dragen dan waarvoor zij verantwoordelijk waren, werd hun aansprakelijkheid allengs onverzekerbaar.²⁸ In de meeste staten werden in de jaren tachtig wettelijke maatregelen afgekondigd om de crisis af te wenden; van die maatregelen maakte stevast hervorming van de ‘joint and several liability’ deel uit. Uiteindelijk bleef ‘joint and several liability’ slechts in een handjevol staten ongewijzigd in stand.²⁹

2.3 *‘Joint and several liability’ versus ‘proportionate liability’*

In het debat over de wenselijkheid van enige vorm van proportionele aansprakelijkheid, evenredig aan het aandeel in de veroorzaking van de schade, wordt vrijwel steeds het voorbeeld aangehaald van een medeveroorzaker die, alhoewel slechts verantwoordelijk voor één procent van de schade, voor de volle honderd procent aangesproken kan worden. Tegenstanders van ‘joint and several liability’ menen dat hieruit blijkt dat bijvoorbeeld ‘minimale’ medeveroorzakers als het ware aansprakelijk zijn voor de daden van anderen.

De verdedigers van ‘joint and several liability’ brengen naar voren dat dit een onjuiste voorstelling van zaken is. Ten aanzien van de betreffende veroorzaker moet namelijk worden vastgesteld dat zijn onzorgvuldig gedrag in voldoende causaal verband staat tot de ingetreden schade. De gehanteerde causaliteitsleer van de ‘proximate cause’ leidt wat dit betreft tot resultaten die vergelijkbaar zijn met de toerekeningsleer van art. 6:98 BW. Aldus staat vast dat deze veroorzaker voor de gehele schade aansprakelijk is en dus voor honderd procent kan worden aangesproken.

27 Bargren, t.a.p. (noot 8), p. 454.

28 Zie John Scott Hickman, *Efficiency, Fairness and Common Sense: the case for one action as to percentage of fault in comparative negligence jurisdictions that have abolished or modified joint and several liability*, 48 Vanderbilt L.Rev. (1995), p. 747.

29 Zie bijv. het overzicht bij Eggen, t.a.p. (noot 14), p. 1750, waaruit blijkt dat in 1995 de ‘joint and several liability’ in 14 jurisdicties onverkort van kracht was.

Daar werd echter tegenin gebracht dat het inmiddels gemeengoed is in regresprocedures de schade tussen de aansprakelijken onderling te verdelen in veroorzakingsaandelen;³⁰ daar blijkt een verdeling dus heel wel mogelijk te zijn. De ondeelbaarheid van de schade kan daarom niet langer de ratio zijn van 'joint and several liability'; de volledige toerekening van de gehele schade aan elke aansprakelijke individueel moet dus elders zijn rechtvaardiging vinden. De tegenwerping dat de regels van causaliteit nu eenmaal een volledige toerekening van de gehele schade aan elk van de medeveroorzakers tengevolge hebben,³¹ volstaat niet. Het is namelijk juist die volledige toerekening die men ter discussie stelt, zodra men afschaffing van 'joint and several liability' overweegt.

De voorstanders van 'joint and several liability' hebben er daarom nader op gewezen dat een van de belangrijkste doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht dat van 'full compensation' is. De benadeelde moet volledig schadeloos worden gesteld; zou elke medeveroorzaker slechts voor zijn aandeel in de schade aansprakelijk zijn, dan is de kans aanwezig dat de benadeelde niet zijn gehele schade kan verhalen als een van de medeveroorzakers onvindbaar of insolvent blijkt te zijn. Bovendien zou de benadeelde steeds terugkerende kosten moeten maken om elk van de medeveroorzakers tot betaling van zijn aandeel in de schade te bewegen. Het beginsel van 'full compensation' zou dus rechtvaardiging zijn om het onvindbaarheids- en insolventierisico volledig bij de aansprakelijken neer te leggen.³²

Tegenover het beginsel van 'full compensation' wordt wel gesteld het uitgangspunt van 'proportionate responsibility', dat er kort gezegd toe zou nopen dat elke persoon slechts aansprakelijk behoort te zijn in evenredigheid met zijn daden of zijn 'fault'. Het is juist deze evenredigheid die — zo wordt wel beweerd — ontbreekt bij volledige toerekening van de gehele schade aan elk van de medeveroorzakers.³³

30 Voor het gemak laat ik in het midden of de maatstaf hier de mate van veroorzakingsaandeel of de mate van 'fault' is; voor het betoog is het niet relevant.

31 Op dit argument wordt zwaar geleund door Wright, t.a.p. (noot 18) en Wade, t.a.p. (noot 8), p. 203.

32 Zie *Seattle First National Bank v. Shoreline Concrete Co.*, 588 P.2d 1308 (Wash. Supr. Ct. 1978), waarover bijvoorbeeld Steenson, t.a.p. (noot 13), p. 483-484, Harnetiaux, t.a.p. (noot 13), p. 196-197, Chris J. Leblanc, *Solidary Liability in Louisiana Tort law, Article 2324: Amendments and Ambiguities*, 54 Louisiana L.Rev. (1994), p. 1637, en *Touchard v. Williams*, 617 So.2d 885 (Louisiana Supr. Ct. 1993), waarover Galligan, t.a.p. (noot 13), p. 565. Zie ook Fleming, t.a.p. (noot 16), p. 1483, Myers, t.a.p. (noot 14), p. 719-720, p. 728. Vergelijk reeds in dezelfde zin V. Savigny, a.w. (noot 2), p. 217-219.

33 Zie Cornelius J. Peck, *Washington's partial rejection and modification of the common law rule of joint and several liability*, 62 Washington L.Rev. (1987), p. 238 en Edward J. McBride jr., *Fair enough? Modifying the rule of joint and several liability in New Jersey*, 20 Rutgers L.J. (1988), p. 191-193.

De voorstanders van 'joint and several liability' die zich beroepen op het beginsel van 'full compensation', beroepen zich er in wezen op dat het niet de onschuldige benadeelde maar de schuldige medeveroorzaker is die het risico behoort te dragen dat een van zijn medeveroorzakers onvindbaar of insolvent is.³⁴ Tegenstanders wijzen op de relatieve waarde van dat argument door te stellen dat het risico van onvindbaarheid of insolventie volledig bij de benadeelde ligt wanneer er slechts één aansprakelijke is.³⁵ Het verdient in hun ogen op zijn minst nadere uitleg waarom dat risico min of meer volledig overgaat als er niet een maar twee of meer aansprakelijken zijn. Voorts lijkt het er op dat juist de onvindbaarheid of insolventie van de 'primaire' veroorzaker (de beschonken automobilist, de insluiper, de verkrachter etcetera) de aanleiding is om te zoeken naar anderen die aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de schade, zoals de 'minimale' medeveroorzaker. Dat stelt het beginsel van 'full compensation' minst gesproken in een ander daglicht.

Het uitgangspunt van 'proportionate responsibility' spreekt voor sommige gevallen aan. Men zal mogelijk enige sympathie kunnen opbrengen voor de afschaffing van 'joint and several liability' als men in gedachten neemt de veel voorkomende gevallen waarin een 'minimale' medeveroorzaker die voor honderd procent aansprakelijk wordt gehouden, geen regres kan nemen wegens onvindbaarheid of insolventie. Veel minder aansprekend is echter proportionele aansprakelijkheid als men niet de aansprakelijkheid van de 'minimale' veroorzaker, maar juist die van de 'primaire' veroorzaker in gedachten neemt. Sommige staten reserveren om die reden proportionele aansprakelijkheid voor die 'minimale' medeveroorzaker wiens aandeel in de veroorzaking minder dan vijftig procent bedraagt. Voor de veroorzaker met een aandeel groter dan vijftig procent is in die staten 'joint and several liability' blijven bestaan.³⁶

34 In sommige staten (Nevada, New Mexico, Oklahoma en — voor wat betreft immateriële schade — Ohio) is daarom de afschaffing van 'joint and several liability' beperkt tot die gevallen waarin de benadeelde zelf ook schuld had aan zijn schade. Zie het overzicht bij Eggen, t.a.p. (noot 14), p. 1750.

35 Dit tegenargument is afkomstig uit *Bartlett v. New Mexico Welding Supply*, 646 P.2d 579 (New Mexico Ct. App. 1982), p. 585. Zie McLaughlin en Fisher, t.a.p. (noot 18), p. 210 en Common Law Team-rapport, a.w. (noot 18), p. 18.

36 Bijvoorbeeld Iowa, Montana, New York (aandeelaansprakelijkheid als de betreffende aansprakelijke minder dan 50% 'at fault' is), New Jersey (*idem*, maar dan 20%), Illinois (*idem*, maar dan 25%). Minnesota kent een ingewikkelder regeling: verminderde aansprakelijkheid indien de betreffende aansprakelijke 15% of minder 'at fault' is; in dat geval is de betreffende aansprakelijke maximaal aansprakelijk voor een percentage dat viermaal zijn eigen aandeel in de schade overtreft (*idem* South Dakota, met dien verstande dat sprake is van 50% resp. tweemaal het eigen aandeel).

De processuele bezwaren die tegen proportionele aansprakelijkheid zijn ingebracht, lijken goed te zijn ondervangen. De vrees dat het aantal gerechtelijke procedures zou toenemen door afschaffing van 'joint and several liability' bleek tot op heden niet bewaarheid;³⁷ bovendien zou in theorie slechts een verschuiving (en dus geen toename) kunnen plaatsvinden van regresprocedures naar hoofdprocedures.³⁸ Het probleem van mogelijk tegenstrijdige vonnissen tegen de verschillende veroorzakers (bijvoorbeeld verschil in berekening van de aandelen) kan op verschillende wijzen worden ondervangen. Er is wel geopperd de benadeelde te verplichten alle personen in één procedure te dagen op straffe van verval van zijn rechten;³⁹ er zijn ook staten die een procedure hebben ontworpen waarin het aan de aangesproken veroorzaker is om medeveroorzakers aan te wijzen opdat hun aandeel in de schadeverdeling kan worden betrokken.⁴⁰

3 Beweging in Engeland

3.1 De Engelse 'several concurrent tortfeasors'

Naar Engels recht zijn, net als naar Amerikaans recht, toevallige medeveroorzakers — de zogenaamde 'several concurrent tortfeasors' — aansprakelijk voor de gehele schade als deze 'indivisible' is.⁴¹ Elk van de medeveroorzakers kan individueel tot vergoeding van de gehele schade worden aangesproken,⁴² en omdat naar 'common law' regres tussen de aansprakelijken onderling niet mogelijk werd geacht,⁴³ bestaat sinds 1935 een wettelijke regeling die onderling regres mogelijk maakt.⁴⁴ De rechter bepaalt de maatstaf om de aandelen van de 'concurrent tortfeasors' vast te stellen die hem 'just and equitable' voorkomt, maar hij dient wel acht te slaan op 'the extent of the person's responsibility for the damage in question'.⁴⁵

37 Han-Duck Lee, Mark J. Browne, Joan T. Schmit, *How does joint and several tort reform affect the rate of tort filings? Evidence from the State Courts*, 61 Journal of Risk and Insurance (1994), p. 295-316.

38 Zie het Common Law Team-rapport, a.w. (noot 18), p. 19.

39 Hickmann, t.a.p. (noot 28), p. 749 e.v.

40 Zie daarover uitgebreid Robert E. Benson, *Application of the pro rata liability, comparative negligence and contribution Statutes*, 23 the Colorado Lawyer (1994), p. 1717-1730.

41 Glanville L. Williams, *Joint torts and contributory negligence*, Londen 1951, p. 16-20.

42 Margaret Brazier, *Street on torts*, 9e druk Londen 1993, p. 262-263, 576-577.

43 W.V.H. Rogers, *Winfield & Jolowicz on Torts*, 14e druk Londen 1994, p. 627.

44 Sinds 1978 neergelegd in de Civil Liability (Contribution) Act 1978.

45 Civil Liability (Contribution) Act 1978, s. 2 (1).

Het leerstuk van de 'joint and several liability' van toevallige medeveroorzakers kende in Engeland tot voor kort weinig weerstand. Hervorming zoals in de Verenigde Staten was niet aan de orde. Verklaring hiervoor is waarschijnlijk dat zich in Engeland geen 'tort (insurance) crisis' heeft voorgedaan zoals in de Verenigde Staten het geval was; ook de rol van het aansprakelijkheidsrecht in de Engelse maatschappij lijkt een veel marginalere te zijn dan in Amerika. Bedacht moet voorts worden dat de roep om hervorming van 'joint and several liability' in Amerika voornamelijk gebaseerd was op het schrikbeeld van de 'peripheral tortfeasor' die, hoewel slechts minimaal verantwoordelijk, toch volledig aansprakelijk werd geacht en aldus structureel schadedrager was. Het moet zeker niet uitgesloten worden dat het verschijnsel van de 'peripheral tortfeasor' in Engeland minder voorkomt dan in Amerika. Men denke slechts aan de beperkingen die worden gesteld aan het werkingsbereik van de 'duty of care' van bijvoorbeeld overheidsinstellingen. Deze zullen niet spoedig aansprakelijk worden geacht wegens 'negligence';⁴⁶ het bezwaar van de 'peripheral tortfeasor' rijst dan mogelijk ook minder snel.⁴⁷

3.2 *Engelse accountants op de barricades*

Er is de laatste tijd echter ook in Engeland op kleine schaal verzet gerezen tegen de gevolgen van 'joint and several liability'. Het is met name de accountancy geweest die voor afschaffing heeft gepleit.⁴⁸ Een accountant die nalatig is in zijn controle van de administratie en daardoor bepaalde fouten niet ontdekt, is aansprakelijk voor de schade van het gecontroleerde bedrijf. Als de fouten opzettelijk zijn gemaakt door frauderende personeelsleden, dan zal sprake zijn van 'joint and several liability'. De omvang van de schade is vaak buitengewoon groot. Het is de accountant niet toegestaan zijn aansprakelijkheid terzake uit te sluiten. Gevolg is dat accountants

46 Zo bijvoorbeeld ten aanzien van nalatigheid van de politie *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire* [1988] Q.B. 60, bevestigd door het House of Lords in [1988] 2 All ER 238; zie hierover B.S. Markesinis, S.F. Deakin, *Tort law*, 3e druk Oxford 1994, p. 139 alsmede C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten* (preadvies NVvR), Deventer 1995, p. 10-12.

47 Niettemin wordt (de ernst van) het verschijnsel wel onderkend; zie Jane Stapleton, *Duty of care: peripheral parties and alternative opportunities for deterrence*, 111 L.Q.R. (1995), p. 301 e.v., met name p. 311-312. Vergelijk voor een beschrijving van het verschijnsel naar Frans recht François Grua, *La responsabilité civile de celui qui fournit le moyen de causer un dommage*, RTD Civ. 1994, p. 1 e.v.

48 Ook vanuit de bouwwereld werd bezwaar aangetekend. Zie het Common Law Team-rapport, a.w. (noot 18), p. 2; vergelijk ook de partiële afschaffing van 'joint and several liability' in verschillende Australische deelstaten voor wat betreft aansprakelijkheid in de bouw, genoemd in het rapport op p. 73-74.

(overigens in toenemende mate) geconfronteerd worden met claims terzake van schade, waar zij een in verhouding tot de frauderende medeveroorzaker minimaal veroorzakingsaandeel aan hebben geleverd. En alhoewel het aandeel van de accountant klein is, wordt hij toch voor de volledige schade aansprakelijk geacht. Aangezien de frauderende medeveroorzakers in de regel geen verhaal bieden, hebben accountants het gevoel dat zij opdraaien voor een onevenredig aandeel in de schade. Een accountant drukt het zo uit.⁴⁹

'The balance has been tipped too much in favour of the plaintiffs and now needs to be redressed. The most liquid of defendants in negligence cases is underwriting all the other parties in a transaction. I am an accountant, not an insurer.'

De accountantslobby heeft daarom opgeroepen tot afschaffing van 'joint and several liability' teneinde de 'correlation between blame for a mistake and financial accountability for that mistake'⁵⁰ te herstellen.

Naar aanleiding van deze roep om hervorming is van de hand van de 'Common Law Team of the Law Commission'⁵¹ een rapport verschenen waarin de voor- en nadelen van 'joint and several liability' worden afgewogen. Het voorlopig oordeel van de commissie luidt dat 'joint and several liability' de voorkeur verdient boven proportionele aansprakelijkheid en dat de oplossing van de problemen in de accountancy in een andere richting moet worden gezocht, zoals de opheffing van het exonatieverbod en de invoering van 'partnership' met beperkte verhaalsaansprakelijkheid.

Het rapport noemt een aantal gronden voor handhaving van 'joint and several liability'.⁵² In de eerste plaats zijn de opstellers van mening dat de medeveroorzakers het insolventierisico behoren te dragen omdat zij nu eenmaal door hun onrechtmatige gedragingen de schade hebben veroorzaakt, terwijl de benadeelde geen enkele blaam treft.

In de tweede plaats vinden de opstellers dat er reeds voldoende rekening wordt gehouden met de belangen van de medeveroorzakers in het stadium waarin wordt bekeken of de daad van elk van de medeveroorzakers wel

49 International Accounting Bulletin, 23 februari 1996, p. 4.

50 Susan Flint, *Joint and several liability?*, 17 the Company Lawyer (1996), p. 153.

51 Het Team-rapport heeft de status van een advies aan de Law Commission om al of niet tot nader onderzoek over te gaan, a.w. (noot 18). Een eventueel nader rapport zou een advies aan de wetgever inhouden om al of niet tot nadere regelgeving over te gaan.

52 Rapport, t.a.p. (noot 18), p. 16 e.v.

in voldoende causaal verband staat tot de schade. De maatstaven die daarbij worden aangelegd,⁵³ vormen reeds een ‘formidable hurdle for plaintiffs’.

In de derde plaats wordt er door de opstellers van het rapport op gewezen dat na afschaffing van ‘joint and several liability’ de vreemde situatie bestaat dat een benadeelde beter af is als zijn schade het gevolg is van één oorzaak waarvoor aansprakelijkheid bestaat dan wanneer twee (of meer) medeveroorzakers aansprakelijk zijn, indien één van die medeveroorzakers insolvent is. Het rapport wuift vervolgens ongemotiveerd de tamelijk voor de hand liggende tegenwerping weg dat de benadeelde nog slechter af is als er slechts één aansprakelijke veroorzaker is die geen verhaal biedt.

In de vierde plaats leidt volledige afschaffing van ‘joint and several liability’ er volgens het rapport toe dat ook ‘primaire’ veroorzakers die een groot aandeel hebben gehad in de veroorzaking van de schade, toch niet volledig aansprakelijk zijn. Dit nu vinden opstellers van het rapport onaanvaardbaar.

De rapporteurs benadrukken dat ‘joint and several liability’ een belangrijk instrument is bij de verwezenlijking van een van de voornaamste doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht, te weten het volledig schadeloos stellen van de benadeelde. Daarom wijzen de opstellers van het rapport uiteindelijk ook een variant van proportionele aansprakelijkheid af waarbij alleen ‘peripheral tortfeasors’ proportioneel aansprakelijk zijn. Het rapport kan nog wel meegaan met een grens gesteld bij 50%, maar het principiële bezwaar blijft dat de benadeelde ten onrechte het risico van oninbaarheid van zijn vorderingen op de andere aansprakelijke(n) draagt.

4 Nederlands recht

4.1 Hoofdelijkheid van toevallige medeveroorzakers

In 1901 besliste de Hoge Raad over de omvang van de aansprakelijkheid van elk van meerdere veroorzakers:⁵⁴

‘(...) dat art. 1401 BW (...) alleen vordert, dat door de onrechtmatige daad aan een ander schade moet zijn toegebracht, of met andere woorden, dat de schade een gevolg moet zijn van de daad;

53 Dit zijn naar Engels recht de zogenaamde ‘but for test’ en de ‘sufficient cause test’; vergelijkbaar met onze vereisten van *conditio sine qua non* en toerekening naar redelijkheid.

54 HR 3 mei 1901, W 7601 (Jansen van Oist/Ariese).

dat, daar een feitelijke toestand zeer wel het gevolg kan zijn van onderscheidene daden uit het gemis van eenige beperking in genoemd artikel volgt, dat in zoodanig geval vergoeding kan gevorderd worden van ieder, die voor een dezer daden aansprakelijk is;

dat er bepaald geene reden is om, indien er meerdere elkander opvolgende handelingen hebben plaats gehad, de verplichting tot schadevergoeding te beperken tot hem, die aansprakelijk is voor de laatste handeling, zonder welke de eerste geenerlei uitwerking zoude hebbe gehad; zoowel omdat hetzelfde gezegd kan worden van de handelingen aan de laatste voorafgaande, als omdat hij, die voor de laatste daad aansprakelijk is, niet altijd de meest schuldige behoeft te zijn of het meest tot het gemeenschappelijk gevolg te hebben bijgedragen;

dat de aldus aan art. 1401 gegeven toepassing niet vreemd of onbillijk te achten is, indien slechts vaststaat, dat elke handeling op zich zelve eene onrechtmatige daad vormde, en het integendeel niet te rechtvaardigen zou zijn, dat iemand eene schade leed, welke hij niet zou geleden hebben, wanneer een ander niet onrechtmatig gehandeld had, zonder dat hij van dien ander schadevergoeding kon eischen;'

In 1920 wordt deze uitspraak bevestigd met de volgende overwegingen:⁵⁵

'(...) dat art. 1401 BW slechts vordert dat de schade een gevolg van de daad zij, en uit het gemis van eenige beperking in dit artikel mitsdien moet worden afgeleid, dat, bijaldien de schade door de handelingen van verschillende personen is veroorzaakt, zij op ieder hunner, die voor een dezer handelingen aansprakelijk is, kan worden verhaald.'

En in 1925 heet het dat art. 1401 BW met zich brengt dat⁵⁶

'(...) zonder eenige beperking (...) ingeval van schade, als gevolg van een onrechtmatige daad bij schuld van meerderen tegenover een onschuldigen derde, ieder der daders voor het geheel tot vergoeding der schade is gehouden (...).'

Terwijl de Hoge Raad daar in 1955 aan toevoegt:⁵⁷

'(...) dat dan ook ingeval een schade het gevolg is geweest van onrechtmatige daden van meer dan een persoon ieder hunner, als vallende onder den regel van art. 1401, jegens den benadeelde voor het geheel tot vergoeding van de schade is gehouden; dat derhalve de benadeelde een hunner tot vergoeding van de gehele schade kan aanspreken;

dat daarin voor den aangesprokene persoon ook hierom niets onredelijks is gelegen, omdat tussen degenen die jegens den benadeelde tot vergoeding verplicht zijn, onderling verhaalsrecht bestaat;

55 HR 18 juni 1920, WPNR 2667 (1921), nt. EMM, W 10630, nt. HdJ ('Lied der Natuur').

56 HR 30 oktober 1925, NJ 1926, 157, nt. PS (Aldebaran).

57 HR 4 november 1955, NJ 1956, 1, nt. LEHR (The London & Lancashire Insurance Company/Huygen).

dat weliswaar bij dit verhaalsrecht het risico van onvermogen van een regresplichtige op den regresgerechtigde drukt, doch zulks minder onbevredigend is dan dat — gelijk de opvatting der Rb. medebrengt — dit risico door den benadeelde zou worden gedragen.'

De motivering van de Hoge Raad lijkt in grote lijnen overeen te komen met de 'joint and several liability' van toevallige medeveroorzakers naar Engels en Amerikaans recht, zoals dat hiervoor aan de orde is gesteld. Alhoewel uit geen van de geciteerde uitspraken duidelijk blijkt of aan de aansprakelijkheid van medeveroorzakers voor het geheel steeds de ondeelbaarheid van de ontstane schade ten grondslag ligt, wordt het 'ondeelbaarheidsvereiste' in de literatuur wel als scheidslijn gehanteerd tussen aansprakelijkheid van elk voor het geheel en aansprakelijkheid voor een deel.⁵⁸ De rechtvaardiging van aansprakelijkheid voor het geheel is volgens de Hoge Raad dat het minder onbevredigend is om de medeveroorzakers voor elkaar in te laten staan dan om de benadeelde met (gedeeltelijk) onvergoede schade te laten zitten. De Hoge Raad stelt de aansprakelijkheid voor het geheel daarmee blijkbaar in de sleutel van het beginsel van 'full compensation': de benadeelde dient zoveel als mogelijk schadeloos gesteld te worden.⁵⁹ Blijkbaar bedoelt de Hoge Raad met het 'minder onbevredigend' ook te zeggen dat het *gerechtvaardigd* is de toevallige medeveroorzakers voor elkaars aandelen in te laten staan. Die rechtvaardiging is overigens niet altijd zo evident als de Hoge Raad lijkt te suggereren;⁶⁰ met name als het een 'peripheral tortfeasor' betreft die een minimale bijdrage in de veroorzaking had, is het niet zondermeer duidelijk waarom deze het risico dient te dragen van de insolventie van de andere medeveroorzaker(s), met wie hij niets anders gemeen heeft dan het toevallige samentreffen van hun daden in een ondeelbare schadegebeurtenis.

Daar kan aan worden toegevoegd dat het ondeelbaarheidsvereiste een soms wat arbitraire scheidslijn is tussen enerzijds aansprakelijkheid voor het geheel, waarbij het insolventierisico verschuift en anderzijds aansprakelijkheid voor het deel, waarbij het insolventierisico niet verschuift. Dat die scheidslijn arbitrair is, komt omdat feiten arbitrair zijn: nu eens is schade ondeelbaar, dan weer deelbaar; nu eens is er één veroorzaker, dan weer blijken er meerdere te zijn.

58 Akkermans, *Veroorzaking van deelschade*, t.a.p. (noot 1), met verdere verwijzingen. Zie ook reeds P.H. Loeff, *Hoofdelijke verbintenissen volgens het Nederlandsche recht*, diss. UvA 1891, p. 94.

59 Hetzelfde beginsel leidde tot toepassing van de hoofdelijkheidsfiguur in HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535, nt. CHJB (DES-dochters).

60 Vergelijk H.G.F.M. de Kok, *Het regres*, diss. Nijmegen 1965, p. 53.

Hoe dit alles ook zij, in de rechtspraak van de Hoge Raad wordt zwaar geleund op het bekende causaliteitsargument: vanuit de benadeelde beschouwd is tegenover elke individuele medeveroorzaker voldaan aan de vereisten voor aansprakelijkheid voor de gehele schade.⁶¹ En aangezien de wet nergens de mogelijkheid biedt om zich te verweren met de stelling dat ook anderen aansprakelijk zijn voor dezelfde schade, volgt dat elke medeveroorzaker voor het geheel aansprakelijk is. Deze jurisprudentiële lijn is door de invoering van het nieuwe BW niet doorkruist.⁶²

4.2 Hoofdelijkheid heroverwogen?

Als we de ontwikkelingen in de Verenigde Staten van Amerika en in Engeland beschouwen en in verband brengen met de stand van het recht in ons land, moet de conclusie dan luiden dat ook het Nederlandse recht hervorming behoeft? Ik meen van niet, maar dat wil niet zeggen dat er geen waardevolle gezichtspunten aan de buitenlandse ervaring kunnen worden ontleend. Voor wat betreft de beweging in het Engelse recht het volgende. De aansprakelijkheid van toevallige medeveroorzakers voor het geheel van de schade zou in de toekomst ook in ons land onder druk kunnen komen te staan als bijvoorbeeld de aansprakelijkheid van accountants een grote vlucht zou nemen. Omdat aansprakelijkheid van accountants niet zelden nalatigheid zal betreffen in het ontdekken van opzettelijk verborgen gehouden informatie, en omdat in dergelijke gevallen de betreffende fraudeur vaak geen verhaal zal blijken te bieden, kan er een moment komen waarop accountants niet langer willen 'instaan' voor het veroorzakingsaandeel van fraudeurs.

Over de relevantie van de Amerikaanse ervaringen voor Nederland kan mijns inziens het volgende worden gezegd. Allereerst speelt het aansprakelijkheidsrecht in ons land een andere rol dan in Amerika; geen

61 In dezelfde zin reeds D. Simons, *Ons burgerlijkrechtelijk delictsrecht*, Themis 1902, p. 6 e.v., met name p. 90-91, C.O. Segers, *Opmerkingen omtrent hoofdelijke aansprakelijkheid bij onrechtmatige daden*, Themis 1920, p. 392 e.v., met name p. 407 e.v. Zie voor vergelijkbare benaderingen in Frankrijk en België: Malaurie-Aynès, *Droit Civil VI - les obligations*, 7e druk Parijs 1996, nr. 1173, respectievelijk S. Stijns, Over passieve hoofdelijkheid en in solidum-gehoudenheid, over gemeenschappelijke fouten en samenlopende fouten, in: *Recente arresten van het Hof van Cassatie 1994*, p. 53-54, A. Meinertzhagen-Limpens, RCJB 1996, p. 49-50 en (kritisch) R. Kruithof, De aard van de buitencontractuele verbintenis tot herstel van de geleden schade bij pluraliteit van aansprakelijken, in: G. Baert e.a. (red.), *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel 1986, p. 623 e.v., met name p. 631 e.v.

62 Het enige verschil is dat thans van hoofdelijkheid mag worden gesproken, terwijl onder het oude BW de buitenwettelijke figuur van 'toevallig samenlopende verbintenissen' werd gebruikt.

van de omstandigheden die tot de Amerikaanse 'tort reform' aanleiding gaven, doen zich in vergelijkbare hevigheid in Nederland voor. Alleen al om die reden is vergelijking met het Amerikaanse recht een hachelijke onderneming. Toch kan een zekere vergelijkbaarheid niet worden ontkend: ook in Nederland zijn bepaalde aansprakelijkheidsrisico's niet langer verzekeraar of dreigen zulks te worden.⁶³ Als nu in ons land een vergelijkbare weerstand zou ontstaan tegen hoofdelijke aansprakelijkheid van de 'peripheral tortfeasor', dan zouden de hervormingen in het Amerikaanse recht als voorbeeld kunnen dienen. Thans lijkt het verschijnsel van de 'peripheral tortfeasor' in ons recht echter weliswaar te bestaan, maar het trekt weinig aandacht. Dat het *kán* bestaan, volgt uit een arrest van de Hoge Raad uit 1981, waarin hij bepaalde dat ook een 'minimale' medeveroorzaker volledig aansprakelijk is:⁶⁴

'(...) (het cassatiemiddel) gaat uit van de opvatting dat indien een schade het gevolg is van onrechtmatige daden van meer dan één persoon, diegene van de daders wiens schuld, vergeleken met de schuld van de andere dader of daders, in het niet valt, althans is te verwaarlozen, niet door de benadeelde tot vergoeding van die schade kan worden aangesproken. Deze opvatting vindt echter geen steun in het recht.'

Praktisch gesproken lijkt in elk geval steeds dan sprake te zijn van een 'peripheral tortfeasor' wanneer een persoon nalaat in te grijpen of te waarschuwen, of anderszins nalaat de benadeelde te behoeden voor de (veelal opzettelijke of daaraan grenzend roekeloze) schadetoebrenging door een derde. Zuiver causaal beschouwd is het aandeel van de 'peripheral tortfeasor' relatief klein in verhouding tot het aandeel van deze derde. Voorbeelden uit de rechtspraak zijn schaars,⁶⁵ maar dat kan in de toekomst wel eens veranderen. Men denke slechts aan de toenemende claimbewustheid als het gaat om nalatigheid van accountants, notarissen⁶⁶ en toezichthouders.⁶⁷ Zouden in de toekomst min of meer vastomlijnde groepen van personen structureel aansprakelijk worden geacht voor schade, in de

63 Zie daarover O.A. Haazen en J. Spier, in: *Handelingen NJV* 1996-I, p. 10 e.v.

64 HR 20 februari 1981, NJ 1981, 418 (FRAM BV/Bedrijfsvereniging Bank- & Verzekeringswensen).

65 Zie bijvoorbeeld voor de eigenaar van een motorrijtuig in de rol van 'peripheral tortfeasor' HR 2 december 1966, NJ 1967, 42, nt. GJS (Haringkar).

66 Vergelijk voor de notaris als 'peripheral tortfeasor' HR 18 december 1992, NJ 1994, 91, nt. EAAL (Dicky Trading I).

67 Niet alleen kan hierbij worden gedacht aan toezichthouders zoals commissarissen van vennootschappen, maar ook aan instellingen die een wettelijke toezichtstaak hebben (bijvoorbeeld Verzekeringskamer, Stichting Toezicht Effectenverkeer en DNB) en zelfs aan psychiatrische ziekenhuizen die fysiek toezicht dienen te houden op hun patiënten (vergelijk HR 12 mei 1995, NJ 1996, 118, nt. JdB ('t Ruige Veld/Univé)).

veroorzaking waarvan zij slechts minimale aandelen hebben, dan zal ongetwijfeld behoefte ontstaan aan opheffing of aanpassing van het stelsel van hoofdelijke aansprakelijkheid.⁶⁸ Met name de oplossingen die in de verschillende Amerikaanse deelstaten zijn aanvaard, kunnen daarbij als voorbeeld dienen. Tot het zover is, zullen toevallige medeveroorzakers echter trouw blijven instaan voor elkaars gegoedheid.

68 Een dergelijke opheffing of aanpassing lijkt overigens zonder wetswijziging mogelijk te zijn, te weten door gewijzigde invulling van de 'redelijkheid' als bedoeld in art. 6:98 BW, op grond waarvan medeveroorzaking door een derde — al dan niet onder voorwaarden — een verweer tegen volledige aansprakelijkheid zou kunnen zijn. Vergelijk in ander verband het Pruisische Allgemeines Landrecht (1794), dat de omvang van de schadevergoedingsplicht rechtstreeks relateerde aan de ernst van de schuld; zie daarover het zeer lezenswaardige *Preußisches Deliktsrecht und Proportionalitätsprinzip am Beispiel des Schopenhauer-Marquet-Prozesses*, van K. Muscheler in JZ 1994, p. 1132-1142.

Eigen schuld: consistentie en verdelingsmaatstaven

1 Inleiding

Eigen schuld is een prachtig leerstuk. Het geeft de mogelijkheid recht te doen aan de werkelijkheid en die is dat nadeel vrijwel altijd ontstaat uit een samenloop van omstandigheden, sommige aan de zijde van de dader en sommige aan de zijde van het slachtoffer. Hoe die omstandigheden aan beide zijden moeten worden gewogen, is echter iets waar de jurist maar nauwelijks vat op krijgt. Ja, wij weten dat art. 6:101 BW een causale afweging kent met een billijkheidscorrectie, die tot nu toe vooral in het voordeel van jonge kinderen en ongemotoriseerde verkeersslachtoffers heeft gewerkt. Het artikel toepassen in een concreet geval is echter buitengewoon moeilijk. Tekenend is dat de Hoge Raad deze beslissingen veelal gebaseerd acht op ‘intuïtief inzicht’,¹ maar soms toch ingrijpt als de lagere rechtspraak bepaalde omstandigheden als eigen schuld aan het slachtoffer in rekening brengt.²

Waarom is eigen schuld zo weerbarstig? Natuurlijk is er het probleem van de vaststelling van een bepaalde mate van aansprakelijkheid, terwijl het bij de meeste civielrechtelijke leerstukken om gelijk of ongelijk gaat. Die mate, dat percentage, is bijna steeds moeilijk te verantwoorden, moeilijker dan een ‘alles’ of een ‘niets’. De pogingen daartoe komen hierna aan de orde (zie onder 4 en 5).

Maar al voor de uiteindelijke weging plaatsvindt, spelen er problemen. Eigen schuld komt aan de orde waar het handelen van dader en slachtoffer met elkaar verweven zijn. Zij hebben vaak niet alleen allebei gehandeld, maar de handelingen van de één vormen een reactie op het handelen van

* Maurits Barendrecht is als hoogleraar privaatrecht verbonden aan de vakgroep privaatrecht en aan het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht, KU Brabant.

1 Zie de uitspraken genoemd in losbl. Schadevergoeding art. 101 (Boonekamp), aant. 22.

2 Vergelijk bijvoorbeeld HR 31 mei 1985, NJ 1986, 690, nt. CJHB (Boon/Prenger): geen toerekening aan kind van gebrek aan toezicht door vader; HR 4 november 1988, NJ 1989, 751, nt. CJHB (ABP/Van Stuyvenberg): predispositie rechtvaardigt geen toerekening eigen schuld; HR 24 januari 1992, NJ 1992, 302 (Kortekaas/Bethlehem): hond los laten lopen die in gevecht komt met andere hond rechtvaardigt geen volledige toerekening van eigen schuld.

de ander. Dat maakt het waarderen van die handelingen nog moeilijker (zie onder 2).

Daarbij komt dat deze interactie tussen de handelingen van dader en slachtoffer ook binnen andere leerstukken gevolgen heeft, zodat tegenstrijdigheden kunnen ontstaan. De belangrijkste stelling die in deze bijdrage wordt ingenomen, is dan ook dat de toepassing van het eigen schuld leerstuk consistent moet zijn met datgene wat binnen andere leerstukken geldt (zie onder 3).

2 Eigen schuld en anticipatie op fouten van mogelijke slachtoffers

2.1 Schets van het probleem; verkeersaansprakelijkheid als voorbeeld

In de zorgvuldigheidsnormen die gelden in het wegverkeer is de interactie tussen het handelen van het slachtoffer en dat van de dader terug te vinden.³ Een automobilist moet rekening houden met verkeersfouten van anderen, zoals voetgangers en fietsers, met name als deze jeugdig zijn. Hij heeft een 'anticipatieplicht'. Alleen als deze fouten zo onwaarschijnlijk zijn dat een redelijk handelend automobilist daarmee geen rekening behoeft te houden, is hij van aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW en art. 185 VWW bevrijd.⁴

Stel nu dat een automobilist onvoldoende rekening heeft gehouden met de mogelijkheid dat een voetganger onvoorzichtig oversteeft. Dan is de aansprakelijkheid gegeven. Maar vervolgens rijst de vraag of het onvoorzichtige gedrag van het slachtoffer als eigen schuld kan worden toegerekend. Als dat onverkort zou gebeuren, dan zou er wel eens weinig van de schadevergoedingsactie van de voetganger kunnen overblijven. Indien de automobilist zich keurig aan de snelheidsbeperking hield, terwijl de voetganger niet uitkeek bij het oversteken, zal de afweging van de causale bijdrage van het handelen van beide partijen sterk in het nadeel van de voetganger kunnen uitvallen. En ook de billijkheidscorrectie zal hem wellicht niet helpen, zeker als het intuïtieve inzicht van de rechter doorslaggevend mag zijn.

3 Vergelijk A.J.O. van Wassenauer van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en medeaansprakelijkheid*, tweede druk Zwolle 1995, nr. 54, die echter andere gevallen van 'afhankelijke oorzaken' uitwerken en niet verder op de hierna te bespreken problematiek ingaan.

4 Zie voor art. 185 VWW: losbl. Onrechtmatige daad III (Bouman), aant. 176.2. Of dit ook geldt voor de aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW is minder duidelijk, maar dat wordt wel aangenomen, zie losbl. Onrechtmatige daad III (Bouman), aant. 16.2.

Het probleem dat zich hier aandient, is dat met de anticipatieplicht een ‘overlap’ van plichten ontstaat. Normaal is het zo dat plichten van potentiële daders en potentiële slachtoffers elkaar niet overlappen. Ieder hebben zij plichten om eigen potentiële schadeoorzaken weg te nemen, zodat schade voor het potentiële slachtoffer wordt voorkomen.

Maar soms hebben potentiële daders daarnaast nog de plicht om rekening te houden met normschendend gedrag van hun potentiële slachtoffers. Die plicht overlapt de plicht van het potentiële slachtoffer. Zowel deze anticipatieplicht als de plicht van het potentiële slachtoffer zijn immers gericht op het wegnemen van dezelfde schadeoorzaak: de fout van het slachtoffer. Het potentiële slachtoffer moet die fout niet maken. Als het die toch maakt, moet schade worden voorkomen, doordat de potentiële dader er al rekening mee hield dat de fout zou worden gemaakt en met het oog daarop zijn maatregelen nam.⁵ De overlap leidt altijd tot een toerekeningsprobleem in het kader van eigen schuld: als schending van de anticipatieplicht tot schade leidt, heeft het slachtoffer immers per definitie ook een plicht tot het voorkomen van schade aan zijn eigen belangen geschonden.

2.2 Bij bestaan anticipatieplicht geen volledige eigen schuld

Natuurlijk zijn onrechtmatigheid en eigen schuld op zichzelf staande leerstukken. Maar het zou weinig consistent zijn om de schade die door de wederzijdse schending van plichten ontstaat, geheel ten laste van het slachtoffer te laten komen. Het is immers vreemd om in het kader van onrechtmatigheid een zorgplicht te formuleren die verplicht om te anticiperen op fouten van anderen en dan via eigen schuld het verkregen resultaat weer geheel weg te redeneren. De anticipatieplicht zou dan hol zijn; schending van die plicht zou niet tot enig gevolg leiden.⁶

Een normschending waarmee de aansprakelijke bij zijn gedrag rekening moest houden, kan dus, zo lijkt het, geen aanleiding geven tot het geheel vervallen van aansprakelijkheid op grond van eigen schuld. In de literatuur

5 Wat de potentiële dader dan precies moet doen om de schade te vermijden, is overigens lang niet altijd duidelijk. Anticipatie past bij een ideale bestuurder, die in de praktijk zelden voorkomt. De anticipatieplicht is een schoolvoorbeeld van het oprekken van de zorgvuldigheidseisen om tot slachtofferbescherming te komen.

6 Vergelijk hier ook de bijdrage aan deze bundel van C.E.C. Jansen, in het bijzonder de door hem geschetste ‘casus (5)’.

komt men ook wel tot dit resultaat, al is niet altijd even duidelijk op welke gronden.⁷

In het Franse recht is de situatie eigenlijk net omgekeerd. Daar staat de anticipatieplicht zeer centraal in het eigen schuld-leerstuk, terwijl wij juist moeite hebben deze naar het eigen schuld leerstuk te vertalen. De gedachte is echter vergelijkbaar. Men neemt als algemene regel aan dat slechts omstandigheden aan de zijde van het slachtoffer die 'imprévisible et insurmontable' zijn, de aansprakelijkheid geheel kunnen wegnemen. Dit geldt ongeacht de aansprakelijkheidsgrond en dus ook ongeacht of de norm de dader verplichtte rekening te houden met fouten van anderen.⁸

2.3 Bereik van deze redenering

Tot nu toe ging het om het geval dat het enige wat de dader heeft misdaan de schending van de anticipatieplicht is geweest. Geheel verval van aansprakelijkheid is *a fortiori* onverdedigbaar wanneer de dader naast de schending van de anticipatieplicht ook nog een 'gewone' fout heeft gemaakt. Er is dan naast de elkaar overlappende oorzaken ook nog een oorzaak waarvoor de dader alleen aansprakelijk is en die hem dus in ieder geval moet worden toegerekend.

Wij gingen tot nu toe bovendien uit van schending van een rechtsplicht aan de zijde van het slachtoffer, zoals een verkeersregel. De hiervoor ontwikkelde redenering zou ook moeten gelden als het slachtoffer geen schending van een rechtsplicht kan worden verweten, maar slechts onvoorzichtigheid ten aanzien van zijn eigen belangen.⁹ Als die onvoorzichtigheid iets was waarmee de dader moest rekening houden, is volledige toerekening van de schade aan het slachtoffer evenmin consistent.

7 Vergelijk A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden 1946, p. 216, die bij onvoorzichtigheid van kinderen waarmee de dader rekening moest houden volledige aansprakelijkheid voorstaat; A-G Hartkamp voor HR 8 december 1989, NJ 1990, 778, nt. CJHB (Lars Rürode) onder 5; C.C. van Dam, noot onder HR 8 december 1989, RvdW 1990, 3 (Lars Rürode), Kwartaalbericht Nieuw BW 1990, p. 93, en de schrijvers genoemd in losbl. Schadevergoeding, art. 101 (Boonekamp), aant. 17.4.

8 Ph. le Tourneau et L. Cadet, *Droit de la responsabilité*, Paris 1996, no. 958; men ziet dit als een geval van 'force majeure', a.w., no. 3076. Overigens wordt die onvoorzienbaarheid in bepaalde gevallen tamelijk snel aangenomen: de exploitant van de spoorwegen behoeft er geen rekening mee te houden dat een passagier op een rijdende trein springt en de eigenaar van een hond evenmin dat een bordje 'chien méchant' wordt genegeerd, zie a.w., no 961 en 962.

9 Zie voor onvoorzichtig, maar niet normschendend handelen als eigen schuld: losbl. Schadevergoeding art. 101 (Boonekamp), aant. 6 en Van Wassenae en Jongeneel, a.w. (noot 3), nr. 17 e.v.

Het bereik van deze redenering hangt verder af van het bereik van de anticipatieplicht. In het verkeersrecht is niet geheel duidelijk voor welke situaties die geldt. Aannemelijk is dat een gemotoriseerde verkeersdeelnemer in ieder geval rekening moet houden met verkeersfouten van kinderen onder de 14 jaar en mogelijk ook met die van voetgangers en fietsers.¹⁰ Voor die categorieën brengt het hiervoor betoogde echter niets nieuws, want de 100%-regel en de 50%-regel maken volledige toerekening van eigen schuld aan het slachtoffer al onmogelijk. Indien en voorzover de anticipatieplicht ook ten opzichte van andere gemotoriseerde verkeersdeelnemers zou gelden,¹¹ ligt wel een nieuwe regel in het verschiet: volledige toerekening van eigen schuld aan het slachtoffer (bestuurder of, moeilijker denkbaar, passagier) zou dan niet mogelijk zijn.

Met dit alles is nog niet gezegd hoeveel eigen schuld het slachtoffer dan wel toebedeeld mag krijgen. Wordt dat 99% of misschien zelfs 90% dan komt dat neer op een vrijwel geheel ongesanctioneerd blijven van de anticipatieplicht en ook dat lijkt niet consistent. Maar waar ligt de grens? Daarover hierna meer, als wij dieper in zijn gegaan op de verdelingsmaatstaven.¹²

2.4 De uitzondering voor opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid

De anticipatieplicht kent echter grenzen. Met 'gewone verkeersfouten' moet men rekening houden, maar niet met opzettelijk gevaarlijk gedrag van het slachtoffer of wat daarbij dicht in de buurt komt.¹³ Dat zou de anticipatieplicht overspannen.

Het bijzondere karakter van anticipatieplichten kan dus verklaren dat de 100%-regel en de 50%-regel uitzonderingen kennen voor opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid van het slachtoffer. Met dergelijk gedrag behoeft de aansprakelijke immers in beginsel geen rekening te houden bij het treffen van zijn veiligheidsmaatregelen, zo zou kunnen worden betoogd. Die uitzondering zou dus ook moeten gelden voor gemotoriseerde

¹⁰ Zie hiervoor noot 4.

¹¹ Kennisneming van de lagere rechtspraak, te vinden in losbl. Onrechtmatige daad III (Bouman), aant. 276, leert dat een anticipatieplicht vrijwel steeds wordt aangenomen voor de voorrangsgerechtigde en ook veelvuldig in andere situaties.

¹² Zie onder 5.3.

¹³ Le Tourneau et Cadiet, a.w. (noot 8), no. 970 met betrekking tot opzettelijk handelen van het slachtoffer.

slachtoffers. Aan hen moet in die gevallen eveneens volledige eigen schuld kunnen worden toegerekend.¹⁴

2.5 Toepassing buiten het verkeersrecht

Ook buiten het verkeersrecht kan een aansprakelijke verplicht zijn rekening te houden met handelingen van potentiële slachtoffers die zij beter hadden kunnen nalaten met het oog op de bescherming van hun eigen belangen.¹⁵ In het kader van art. 7A:1638x BW (oud) en art. 7:658 BW moet de werkgever zijn veiligheidsmaatregelen afstemmen op de menselijke neiging om bij dagelijkse omgang met machines, werktuigen of gereedschappen niet steeds alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongevallen geraden is.¹⁶ Consistentie tussen de leerstukken onrechtmatigheid en eigen schuld is dus ook voor de Hoge Raad een issue. De Hoge Raad gebruikt dit zelfs als argument om bij de aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen het gewone eigen schuld leerstuk in het geheel niet toe te passen en verbindt dus nog veel verdergaande gevolgen aan het niet in acht nemen van een anticipatieplicht dan hiervoor is gebeurd. Alleen als sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer vervalt de aansprakelijkheid van de werkgever geheel.¹⁷ En dat is in ieder geval een resultaat dat wij zouden verwachten gezien de achtergrond van de anticipatieplicht.

Ook voor productenaansprakelijkheid geldt dat de aansprakelijke rekening dient te houden met fouten van mogelijke slachtoffers, in die zin dat de producent er niet op mag rekenen dat de gebruiker steeds alle mogelijke voorzorgsmaatregelen in acht neemt.¹⁸ Aan de andere kant is hij niet aansprakelijk als het product wordt gebruikt op een apert onjuiste of onvoorzichtige wijze.¹⁹ Als de gebruiker dan onvoorzichtig handelt

14 Dat wordt in het algemeen voor opzettelijk of 'grof roekeloos' gedrag aangenomen, zie Van Wassenae en Jongeneel, a.w. (noot 3), nr. 11.

15 Zie in het algemeen, maar niet erg uitgewerkt, Van Wassenae en Jongeneel, a.w. (noot 3), nr. 13; vergelijk ook G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, vierde druk 1990, nr. 20, sprekend over de 'consideratieplicht'.

16 Zie onder meer HR 7 januari 1987, NJ 1987, 948, nt. PAS (Sweegers/Van den Hout) en verder losbl. Arbeidsovereenkomst art. 7:658 (Christe), aant. 10.

17 Zie art. 7:658 lid 2 Nieuw BW en onder art. 7A:1638x BW HR 20 september 1996, NJ 1997, 198, nt. PAS (Pollemans/Hoondert) waarin werd beslist dat bewuste roekeloosheid slechts mag worden aangenomen als het slachtoffer zich tijdens zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging daadwerkelijk van het roekeloos karakter van die gedraging bewust is geweest.

18 Zie Asser-Hartkamp III (1994) nr. 205.

19 Asser-Hartkamp III (1994) nr. 205.

zonder dat kan worden gezegd dat hij misbruik van het product maakt, zou er een grens moeten zijn aan de mate waarin dit als eigen schuld kan worden toegerekend.

De redenering dat de anticipatieplicht doorwerkt naar het terrein van eigen schuld zou kunnen worden doorgetrokken naar alle situaties waarin de aansprakelijke rekening moet houden met bepaald gedrag van potentiële slachtoffers en juist dit gedrag zich verwezenlijkt. Te denken valt bijvoorbeeld aan artsen die hun patiënten behoren te waarschuwen voor bepaalde handelingen die hen gevaar kunnen opleveren. Of aan andere dienstverleners, zoals banken, die hun afnemers voor risico's van bepaalde beleggingsvormen moeten waarschuwen. Dit speelt overal waar men niet alleen gewoon zijn broeders hoeder moet zijn, maar deze ook moet behoeden voor de gevolgen van diens onvoorzichtig gedrag. Algeheel wegvallen van aansprakelijkheid op grond van eigen schuld is dan niet aanvaardbaar met de uitzondering voor opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid.

3 Een algemene consistentieregel?

3.1 Eigen schuld en onrechtmatigheid: opzettelijk handelen van de dader

Wellicht kan de consistentie-eis ook verklaren waarom velen in sommige andere categorieën gevallen moeite hebben met de eigen schuld rechtspraak van de Hoge Raad. Zo is er veel kritiek op het *Inter Scaldes*-arrest waarin een restaurantbezoeker de schijn wekte zonder betalen weg te gaan, door de eigenaar bij de kraag van zijn jasje werd gepakt, zich losrukte met als gevolg dat hij de eigenaar over zijn gezicht krabde, wat als een bedreiging mocht worden opgevat, en toen een klap van hem kreeg, waardoor hij tegen een deur viel met ernstig letsel als gevolg.²⁰ De Hoge Raad liet het oordeel van het Hof (dat tot 100% eigen schuld kwam) in stand.

Treiterende woorden of zelfs een bedreiging zijn geen rechtvaardigingsgrond voor het toebrengen van opzettelijk letsel (waarvan bij het geven van een klap sprake lijkt te zijn), zeker niet als de bedreiging is gevolgd op een begin van handtastelijkheden aan de zijde van de dader. Het lijkt dan inconsistent wel eigen schuld te aanvaarden, zeker als die tot een volledig verval van aansprakelijkheid zou leiden.²¹

20 Zie HR 31 maart 1995, RvdW 1995, 83 (Taams/Boudeling) waarover onder meer G. van Maanen, *Het noenmaalarrest*, NTBR 1996, p. 62 e.v.

21 Het Franse recht aanvaardt wel een gedeeltelijke toerekening in geval van 'provocation', maar dat houdt verband met het feit dat dit in het strafrecht als verweer werd beschouwd,

In buitenlandse rechtsstelsels geldt veelal zelfs dat bij opzettelijk handelen van de dader in het geheel geen toerekening van eigen schuld mogelijk is, indien het slachtoffer zelf niet opzettelijk heeft gehandeld.²² Ook voor het Nederlandse recht wordt dit verdedigd.²³

3.2 *Eigen schuld en onrechtmatigheid: strafvorderlijke maatregelen*

En wat te denken van de rechtspraak waarin een verdachte schadevergoeding vordert wegens ten onrechte getroffen strafvorderlijke maatregelen, maar als eigen schuld krijgt tegengeworpen dat hij zich nu eenmaal had schuldig gemaakt aan ernstige strafbare feiten respectievelijk dat hij zich zonder noodzaak had begeven in een situatie die het risico van dit optreden in zich droeg?²⁴ De rechtspraak heeft hier gekozen voor risico-aansprakelijkheid. Wanneer de verdenking achteraf ten onrechte blijkt te zijn geweest, dan vervalt de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond voor het strafvorderlijk optreden. Een verdenking zal meestal gestoeld zijn geweest op gedragingen van de verdachte. Die gedragingen vormden dus geen voldoende reden voor het overheidsoptreden.

Het lijkt dan ongerijmd om de schadevergoedingsplicht via het leerstuk van eigen schuld toch weer geheel te laten vervallen. Deze gevallen lijken op die waarin de aansprakelijke rekening moet houden met fouten van potentiële slachtoffers. Strafvorderlijk optreden is ook steeds een reactie op handelingen van een verdachte. Als dan eenmaal wordt aangenomen dat die handelingen een onvoldoende rechtvaardiging voor dat optreden vormden, en daarmee dat het optreden onrechtmatig was, is het inconsistent die handelingen vervolgens als (volledige) eigen schuld toe te rekenen. In de normen die het strafvorderlijk optreden begrenzen waren die gedragingen al verdisconteerd.²⁵

zie Le Tourneau et Cadiet, a.w. (noot 8), no. 971 en 1060.

22 Le Tourneau et Cadiet, a.w. (noot 8), no. 966; Palandt-Heinrichs, 55. Auflage München 1996, § 254, Rz. 53.

23 Zie Asser-Hartkamp I (1996) nr 452.

24 Zie HR 22 december 1995, NJ 1996, 301 (Mr Osse q.q./Staat) respectievelijk HR 10 december 1993, NJ 1994, 242 (Slingerland/Staat); in de laatstgenoemde zaak is niet helemaal zeker of het om een toepassing van art. 6:101 BW gaat of dat wordt aangenomen dat niet onrechtmatig gehandeld was.

25 Meer in deze richting: Hof Amsterdam 28 november 1996, VR 1997, 99, over een vrouw die in beschooten toestand en over haar toeren verzet bood tegen insluiting en daarbij haar hand knelde tussen de deur die door twee agenten werd dichtgeduwd. Het hof nam een gelijke veroorzakingsbijdrage aan, maar corrigeerde naar 100% aansprakelijkheid voor de politie op grond van de billijkheid, nu de fout van de vrouw als een paniecreactie en/of onberaden recalcitrantie valt te kwalificeren waarop de agenten bedacht dienden te zijn.

3.3 *Eigen schuld en causaal verband: predisposities*

De consistentie-eis is ook van belang in de verhouding tussen de leerstukken causaal verband en eigen schuld. Dat hoeft niet te verbazen, nu men eigen schuld als een gedeeltelijke doorbreking van het causaal verband kan beschouwen.

Een predispositie van het slachtoffer kan zoals bekend het causaal verband tussen de handeling en de schade niet doorbreken.²⁶ De Hoge Raad heeft beslist dat deze evenmin eigen schuld kan opleveren, behoudens bijzondere omstandigheden, zoals het geval dat het slachtoffer zich onvoldoende inspant om een bijdrage te leveren aan het herstelproces.²⁷

3.4 *Eigen schuld en overmacht*

Dat de Hoge Raad tot een systeem tracht te komen waarbij dezelfde vragen die in meerdere leerstukken aan de orde komen consistent worden beantwoord, blijkt ook uit het feit dat onvoorzichtig gedrag van kinderen in het wegverkeer noch eigen schuld, noch overmacht in de zin van art. 185 WW kan opleveren. Zowel voor eigen schuld als voor overmacht geldt ook dezelfde uitzondering voor opzettelijk of daaraan grenzend roekeloos gedrag.²⁸

De regels voor overmacht en eigen schuld zijn niet gelijkgeschakeld voor andere ongemotoriseerde verkeersslachtoffers. Daar moet eerst worden beslist of sprake is van overmacht in de zin dat de fout voor de gemotoriseerde verkeersdeelnemer zo onwaarschijnlijk was dat hij daarbij bij zijn verkeersgedrag redelijkerwijs geen rekening diende te houden. Vervolgens zal maximaal 50 % eigen schuld kunnen worden aangenomen, tenzij sprake is van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid.²⁹ Dit stelsel is voor kritiek vatbaar. Of het inconsistent is, hangt af van het antwoord op de vraag of fouten van ongemotoriseerde slachtoffers ouder dan 14 jaar denkbaar zijn waarmee de automobilist geen rekening hoeft te houden, maar die ook geen opzettelijk of daaraan grenzend roekeloos gedrag opleveren. Uit de rechtspraak blijkt dat die gevallen zich, zij het sporadisch, voordoen, waarbij moet worden bedacht dat lagere rechters vaak kiezen voor de gemakkelijker route van het vaststellen van overmacht dan voor

26 Losbl. Schadevergoeding art. 98 (Boonekamp), aant. 46.

27 HR 4 november 1988, NJ 1989, 751; zie ook J.H. Nieuwenhuis, *The tortfeasor takes his victim as he finds him*, in: *Eigen schuld bij onrechtmatige daad*, Lelystad 1997, p. 57 e.v.

28 HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721, nt. CJHB (De Backer/Van Uitregt).

29 Zie losbl. Schadevergoeding III (Bouman), aant. 176.

het moeilijkere bepalen van de schuldgraad aan de kant van het slachtoffer.³⁰ Voor jongere kinderen geldt dat een automobilist in verband met hun speelse karakter rekening moet houden met alle denkbare verkeersfouten met als enige uitzondering dit opzettelijk of daaraan grenzend roekeloos gedrag.

3.5 *Consistentie bij selectie relevante omstandigheden; risico-aanvaarding*

De consistentie-eis kan misschien ook relevant zijn bij de selectie van omstandigheden die een rol kunnen spelen in het leerstuk van de eigen schuld en met name bij de toepassing van de billijkheidscorrectie. De norm van art. 6:101 BW is naar twee zijden erg open: nodig is slechts dat de schade het gevolg is van een 'omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend', en de billijkheidscorrectie kan worden gerechtvaardigd door toepassing van 'omstandigheden' van het geval. Deze openheid kan worden gebruikt om argumenten toe te laten, die elders in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht niet of slechts onder zeer uitzonderlijke omstandigheden zouden mogen meewegen. Is dat goed, omdat het recht juist zo tot aanvaardbare tussenoplossingen kan komen? Of worden met de diffusere weging van omstandigheden aan beide zijden factoren binnen gehaald die in een civielrechtelijke beslissing niet thuishoren?

Zo is het de vraag of mee zou moeten kunnen tellen dat een slachtoffer überhaupt de activiteit gaat verrichten waarin hem de schade overkomt. Op zich is er niets mis met het gaan paardrijden, het deelnemen aan een contactsport of het los laten lopen van een hond.³¹ Het toetreden tot een situatie als deze kan betekenen dat de normen voor onrechtmatigheid anders komen te liggen. Dat is aansprekend, met name in sport en spel situaties, en eigenlijk is dat ook niet meer dan het gevolg van de algemene regel dat de zorgvuldigheidsnorm met het oog op de specifieke omstandigheden wordt ingevuld.³² Daarnaast heeft de Hoge Raad in zijn bekende rechtspraak over risico-aanvaarding ook de mogelijkheid opengelaten dat sprake is van

30 Losbl. Schadevergoeding III (Bouman), aant. 178.1 sub b en 178.2 sub b; zie voor een recent voorbeeld HR 16 februari 1996, NJ 1996, 393 (Staat/Royal), waarin de fietser bij onvoldoende zicht door rood licht was gereden, zodat aan opzet grenzende roekeloosheid een denkbare uitkomst was geweest.

31 In deze richting wellicht ook Asser-Hartkamp I (1996) nr. 454, die aan risico-aanvaarding in feitelijke zin rechtens geen betekenis wil toekennen, maar wel een verdiscontering via eigen schuld mogelijk acht, hetgeen de vraag naar de consistentie doet rijzen. Overigens zou het los laten lopen van een hond strijdig kunnen zijn met de plaatselijke APV.

32 Vergelijk hier ook de bijdrage aan deze bundel van J.M. Smits.

eigen schuld. Is het echter gerechtvaardigd dat het enkele deelnemen aan volledig geoorloofde activiteiten betekent dat de risico's daarvan gedeeltelijk voor rekening van het slachtoffer blijven? In de lagere rechtspraak lijkt dat regelmatig te worden aangenomen.³³ En misschien is er iets voor te zeggen om deelnemers aan gevaarlijke activiteiten zo te stimuleren zichzelf te verzekeren. Maar dan moet wel duidelijker worden of dit een algemener beginsel is en voor welke activiteiten dit geldt, zeker nu na een ongeval bijna iedere activiteit gevaarlijk lijkt.

Nadere overdenking is dus op zijn plaats. Aanknopingspunt daarvoor is de Duitse rechtspraak over 'Handeln auf eigene Gefahr', die duidelijk terughoudender is dan de Nederlandse en meestal eist dat het slachtoffer tot een boven het normale gevaar van de activiteit uitgaand specifieke gevaarssituatie toetreedt.³⁴ En ook valt in gedachten te houden de uitspraak van Nieuwenhuis dat bij eigen schuld sprake moet zijn van 'echte' schuld, door hem betrokken op schadebeperkende maatregelen, maar wellicht ruimer toepasbaar.³⁵ Denkbaar is met name dat men als algemene regel voor slachtoffers die natuurlijke personen zijn, in ieder geval als het letselschade betreft, bij de toepassing van art. 6:101 BW slechts rekening houdt met handelen dat anders is dan men van een zorgvuldig handelend mens had mogen verwachten met het oog op de zorg voor zijn eigen belangen.³⁶

33 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 22 oktober 1996, VR 1997, 59 (gehandicapt slachtoffer valt van paard in gehandicapten-manège) waarin het gaan paardrijden (als gehandicapte of überhaupt?) al als gedraging wordt gezien die aan de zijde van het slachtoffer causaal wordt meegewogen, ook zonder dat sprake is van een fout of een onvoorzichtige gedraging. Dat gebeurde ook in de nog vreemdere uitspraak van het Hof Arnhem 22 oktober 1996, VR 1997, 60. Ook Ktg. Apeldoorn 1 mei 1991, NJ 1991, 684 en Rb. Almelo 26 juli 1995, NJKort 1995, 42, lijken op deze gedachtegang, die bij de aansprakelijkheid voor dieren vaak voorkomt, te berusten. De Hoge Raad lijkt terughoudender, zie HR 21 oktober 1988, NJ 1989, 729, nt. CJHB (Spekman/Mullens) waarin hij oordeelt dat 'ten hoogste' sprake kan zijn van vermindering van de vergoedingsplicht wegens eigen schuld.

34 Zie Soergel-Mertens, 12. Auflage, Stuttgart 1990, § 254, Rz. 52 e.v. en Palandt-Heinrichs, a.w. (noot 22), § 254, Rz. 76 e.v. Zie voor een voorbeeld van het komen in een 'extra' risicovolle situatie Rb. Breda 28 november 1995, NJKort 1996, 10 ('zeskamp', waarbij een deelnemer, in plaats van onder een balk door te kruipen — waarbij die balk boven een bak met modder hing — een duik maakte in de genoemde modderbak).

35 Nieuwenhuis, t.a.p. (noot 27), p. 59; In deze richting ook A.R. Bloembergen, Eigen schuld bij letselschade: een verweer op zijn retour, in: *Eigen schuld bij onrechtmatige daad*, Lelystad 1997, p. 10-11.

36 Vergelijk de heersende opvattingen over de inhoud van het begrip 'eigen schuld' als te vinden bij Van Wassenae en Jongeneel, a.w. (noot 3), nr. 18. Voor 'eigen risico' zou dan als hoofdregel dus geen plaats zijn, met het bijzondere geval van de reflexwerking van art. 185 WvW als mogelijke uitzondering, al gaat HR 6 februari 1987, NJ 1988, 57 (Saskia Mulder) alleen over schade aan het motorvoertuig en wordt voor personenschade veelal geleerd dat de gewone regels toepasselijk moeten zijn, zie Van Wassenae en Jongeneel, a.w. (noot 3), nr. 114 met verdere verwijzingen.

Dit zou aansluiten bij de tendens om ten aanzien van daders die natuurlijke personen zijn uit te gaan van een gewone schuldaansprakelijkheid.³⁷ Voorts valt te constateren dat de Hoge Raad bij deze categorie slachtoffers in het algemeen weinig geneigd is de schadevergoedingsplicht te beperken door het toedelen van risico.³⁸

Twijfel is ook op zijn plaats bij het meewegen van de financiële situatie van partijen. Over het algemeen telt die in het aansprakelijkheidsrecht en ook overigens in het civiele recht niet als argument, al zijn er uitzonderingen en is er de theoretische mogelijkheid van matiging. Op zijn minst lijkt een bijzondere motivering op zijn plaats als men dit soort omstandigheden in een concreet geval toch zou willen laten meetellen.³⁹

Het is bij een veel toegepast leerstuk als eigen schuld belangrijk dat naar een algemener antwoord op dit soort vragen wordt gezocht. Het zijn soms rechtspolitieke vragen, die moeilijk eenduidig juridisch zijn op te lossen. Maar de rechter staat er in ieder concreet geval ook weer voor. En de jurist kan er op zijn minst voor zorgen dat de antwoorden zoveel mogelijk systeem-consistentie laten zien.

3.6 Consistentie ook in andere verdelingsleerstukken?

De consistentie-eis lijkt een meer algemene rol te kunnen vervullen. Ook buiten de gevallen waarin de dader krachtens de normen voor aansprakelijkheid rekening moet houden met fouten van potentiële slachtoffers, kan het verbod van tegenstrijdigheid een nuttige rol hebben als de verhouding tussen eigen schuld en andere leerstukken moet worden bepaald.

Geldt de consistentie-eis alleen voor de interactie tussen eigen schuld en andere leerstukken? Dat lijkt niet het geval. Zo zullen ook vragen rond de voorzienbaarheid, die binnen maar liefst drie elementen — zorgvuldighedsnorm, schuld en causaal verband — aan de orde kunnen komen, op een consistente manier moeten worden afgedaan. En, voor het onderwerp van dit boek van belang, ook andere verdelingsmethoden dan eigen schuld zullen op consistente wijze moeten worden ingevuld. Als het motief van

37 Zie bijvoorbeeld HR 9 december 1994, NJ 1996, 403, nt. CJHB (Wegspringende tak).

38 Zie de situaties opgesomd bij Van Wassenae en Jongeneel, a.w. (noot 3), nr. 62 e.v., die zich over het algemeen bij natuurlijke personen die schade lijden niet zullen voordoen, en vergelijk in het bijzonder HR 31 mei 1986, NJ 1986, 690, nt. CJHB (Boon/Prenger).

39 Moeilijk te volgen is bijvoorbeeld Hof Arnhem 22 oktober 1996, VR 1997, 59 (gehandicapt slachtoffer valt van paard in gehandicapten-manège). Uiteindelijk wordt geen billijkheidscorrectie toegepast, maar wat hebben omstandigheden als de al vooraf bestaande handicap van het slachtoffer en het al dan niet bestaan van winstoogmerk bij de manège in de afweging te zoeken?

consistentie zich tegen een bepaalde verdeling binnen het eigen schuldleerstuk verzet, dan zal dat ook gelden voor een soortgelijke verdeling binnen het leerstuk van matiging of de redelijkheid en billijkheid.

4 Maatstaven voor verdeling

4.1 Wat voor maatstaf zoekt men?

Als eenmaal eigen schuld wordt aangenomen, welke verdelingsmaatstaf moet dan worden toegepast? Dat is een vraag waarmee lang en veel is en wordt geworsteld.⁴⁰ Het is goed om eerst eens na te gaan wat voor maatstaf men eigenlijk nodig heeft.

Om tot een verdeling over partijen te kunnen komen, zal men in eerste instantie zoeken naar een criterium dat zowel op de dader als op het slachtoffer kan worden toegepast; een maatstaf die het mogelijk maakt soortgelijke omstandigheden aan beide zijden te vergelijken. Wij zoeken naar symmetrie. Voorts zal er een voorkeur zijn voor een graduele maatstaf; één die tot meer of minder draagplicht aan beide zijden kan leiden. Het wekt dan ook geen verwondering dat de mate van schuld aan beide zijden en de mate waarin de omstandigheden aan beide zijden tot de schade hebben bijgedragen door de jaren heen en overal als maatstaven naar voren zijn gekomen, waarbij dan weer de één dan weer de ander de voorkeur krijgt. Andere symmetrische en graduele maatstaven zijn kennelijk moeilijk te vinden.

Het kan ook anders. Een verdeling is eveneens mogelijk aan de hand van maatstaven die aan beide zijden op een verschillende manier tot een percentage komen aan de hand van de alleen voor die zijde geldende omstandigheden. Zo zou je percentageblokken van bijvoorbeeld 25% aan een partij kunnen toedelen wegens 'slachtofferbescherming', 'verzekerbareheid' of 'risico-aansprakelijkheid'. Pogingen om langs deze weg tot een algemeen geldend verdelingsmodel te komen, zijn echter in Nederland nog niet ondernomen, tenzij men de 50%-regel zo zou willen zien.⁴¹

40 Zie de literatuur in losbl. Schadevergoeding art. 101 (Boonekamp), aant. 16.

41 Zie voor Duitsland echter Palandt-Heinrichs, a.w. (noot 22), § 254, Rz. 52 e.v.

4.2 De veroorzakingswaarschijnlijkheid

In art. 6:101 BW is gekozen voor causaliteit als primaire verdelingsmaatstaf. Een complicatie is al meteen dat causaliteit geen eenduidig begrip is. Zo wordt betoogd dat bij de causale afweging de norm van art. 6:98 BW beslissend is, zodat het gaat om juridische causaliteit.⁴² Anderen spreken van een 'zuivere kleurloze causaliteitsmaatstaf', zonder duidelijk te maken of zij daarmee het *conditio sine qua non* verband bedoelen.⁴³

Ieder van die invullingen kent zijn eigen problemen. Een feitelijk (csqn) causaal verband kan men in beginsel alleen aanwezig of afwezig achten en geeft dus geen graduele maatstaf: alleen volledige toerekening aan één partij, of op zijn hoogst een 50/50 verdeling (als men twee csqn-oorzaken even zwaar weegt) is met deze maatstaf bereikbaar.⁴⁴ Maakt men de afweging op basis van het juridische causaliteitsbegrip, dan kunnen met de leer van de redelijke toerekening argumenten binnensluipen (denk aan de aard van de schade en de aard van de aansprakelijkheid), die eigenlijk beter binnen de billijkheidscorrectie zouden passen. Dat is niet zonder praktische betekenis gezien het verschil in toepassing van de billijkheidscorrectie ten aanzien van slachtoffers zelf enerzijds en regresnemers anderzijds.⁴⁵

Deze problemen zijn echter opgelost sinds de Hoge Raad uitgaat van de mate van veroorzakingswaarschijnlijkheid als nadere invulling van het causale afwegingscriterium, in ieder geval voor verkeerszaken. Hij acht beslissend in welke mate de gedragingen aan beide zijden gevaar voor het ontstaan van de schade in het leven hebben geroepen.⁴⁶ Daarmee is wel een procentuele verdeling te bereiken. En uit de vele elementen die binnen de leer van de redelijke toerekening het causaliteitscriterium inkleuren, is als het ware alleen de objectieve voorzienbaarheid gelicht. Andere elementen

42 Zie Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) nr. 5 met verdere verwijzingen, alsmede A.G. Castermans, Regels voor regres, in: *BW-Krant Jaarboek 1996*, Deventer 1996, p. 193 e.v.

43 Zie losbl. Schadevergoeding art. 101 (Boonekamp), aant. 16.

44 Vergelijk uitvoerig J. van Schellen, *Juridische causaliteit*, diss. Leiden, Deventer 1972, p. 181.

45 Zie met name T. Hartlief, *Subrogatie in zieligheid*, NJB 1996, p. 1047 e.v.

46 Zie HR 2 juni 1995, RvdW 1995, 118C-120C (Marloes de Vos, Quafa Ayachi en Pierre Wildiers) met een beperking tot 'gevallen als het onderhavige' (het betrof verkeersongevallen tussen motorvoertuigen en ongemotoriseerde verkeersdeelnemers); algemener J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis*, tweede druk Deventer 1997, p. 81, die de mate van veroorzakingswaarschijnlijkheid beslissend acht; zo ook het Duitse recht, zie Palandt-Heinrichs, a.w. (zie noot 22), § 254, Rz. en Soergel-Mertens, a.w. (noot 34), § 254, Rz. 111.

dan de waarschijnlijkheid van veroorzaking kunnen alleen binnen de billijkheidscorrectie een rol spelen, zo valt aan te nemen.

Wat dan nog als lastige kwestie overblijft, is dat aansprakelijkheid soms niet berust op verkeerd handelen, maar op risicotoedeling. De maatstaf van de veroorzakingswaarschijnlijkheid kan slechts worden toegepast als er een oorzaak is, waarvan kan worden vastgesteld dat die een zeker gevaar in het leven heeft geroepen en waarvoor een partij verantwoordelijk is. Die oorzaak is gemakkelijk te bepalen bij een schuldaansprakelijkheid, die altijd aan een handelen of nalaten is gekoppeld. Bij een risico-aansprakelijkheid behoeft echter niet altijd te worden vastgesteld wat het gevaar *in concreto* geschapen heeft, omdat de aansprakelijkheid reeds is gekoppeld aan het verrichten van bepaalde maatschappelijke activiteiten: produceren, aan het wegverkeer deelnemen of het voorhanden hebben van gevaarlijke stoffen.

Dit sluit niet uit dat ook bij een risico-aansprakelijkheid de leer van de veroorzakingswaarschijnlijkheid wordt toegepast. De Hoge Raad heeft die leer zelfs ontwikkeld in arresten waar de risico-aansprakelijkheid van art. 185 WvW aan de orde was.⁴⁷ Een eerste mogelijkheid daarvoor is dat men de bewuste maatschappelijke activiteit als oorzaak neemt: het gebruik van een motorvoertuig bijvoorbeeld.⁴⁸ Maar de veroorzakingswaarschijnlijkheid daarvan zal meestal veel geringer zijn dan die van de gedraging van het slachtoffer. Gewoon, gemiddeld autorijden is immers lang niet zo gevaarlijk als de concrete gedragingen die ongevallen plegen te veroorzaken. Men kan daarom de oorzaak die in een concreet geval de schade teweegbrengt alsnog speciaal voor de toepassing van het eigen schuld leerstuk gaan bepalen. Dat deed de Hoge Raad in de bedoelde arresten. Hij koos voor een zo concreet mogelijke oorzaak: de wijze van rijden van het motorvoertuig (kort voor het ongeval plaatsvond, zo valt aan te nemen). Het komt er dan op neer, dat men bij de toepassing van het eigen schuld leerstuk even doet alsof het handelen van de dader moest worden beoordeeld in het kader van een schuld-aansprakelijkheid. Maar dat zal niet kunnen in de (uitzonderlijke) gevallen waarin een zo concrete oorzaak van de schade niet kan worden vastgesteld.

⁴⁷ Zie de vorige noot.

⁴⁸ H.A. Bouman, De billijkheidscorrectie tegen het licht, in: *Eigen schuld bij onrechtmatige daad*, Lelystad 1997, p. 35. Dit sluit aan bij de Duitse rechtspraak, waarin het (overigens per individueel motorvoertuig concreet te bepalen) 'Betriebsgefahr' van motorvoertuigen wordt meegewogen, zie Palandt-Heinrichs, a.w. (zie noot 22), § 254, Rz. 48.

4.3 Moeilijke toepasbaarheid causaliteitsmaatstaf

Ook als wordt gewerkt met de veroorzakingswaarschijnlijkheid als criterium blijft het moeilijk om in een concreet geval tot een goed beargumenteerde verdeling te komen.⁴⁹ Neem een aanrijding tussen een auto die uit een uitrit komt en een auto die 80 km/u rijdt, terwijl slechts 50 km/u is toegestaan. Wat is de waarschijnlijkheid dat enige schade ontstaat als men uit een uitrit komt zonder voorrang te verlenen?⁵⁰ En wat is de kans op een ongeval als men 80 in plaats van 50 km/u rijdt? Om deze kansen te kunnen schatten zou men gegevens moeten hebben over de aantallen keren dat deze manoeuvres voorkomen en de aantallen keren dat hier ongevallen uit voortvloeien. Zelfs voor de meest eenvoudige en het vaakst voorkomende situaties zijn die gegevens bij mijn weten niet beschikbaar, terwijl het al heel snel de verdere details zijn die de gevaarlijkheid van de manoeuvre bepalen, zoals de soort weg waarop 30 km/u boven de snelheidslimiet wordt gereden.

Als geen absolute gegevens over de gevaarlijkheid van bepaalde handelingen beschikbaar zijn, betekent dat overigens nog niet dat geen vergelijking mogelijk is. Wanneer men maar kan schatten hoeveel waarschijnlijker schade uit het gedrag van de één zal voortvloeien in verhouding tot het gedrag van de ander, dan kan men al tot een procentuele verdeling komen. Maar ook die vergelijking is moeilijk te maken, buiten evidente gevallen waarin bijvoorbeeld een zeer geringe snelheidsoverschrijding staat tegenover het plotseling oprijden van een drukke voorrangsweg, gevallen dus waarin de veroorzakingswaarschijnlijkheid aan de ene zijde in het niet valt bij die aan de andere.

49 Van Wassenae en Jongeneel, a.w. (noot 3), nr 166; J. Spier, De causale maatstaf van art. 6:101 BW, in: *Eigen schuld bij onrechtmatige daad*, Lelystad 1997, p. 15; Bouman, t.a.p. (noot 48), p. 28; Hartlief, t.a.p. (noot 45), p. 1049.

50 Ik ga er daarbij vanuit dat de veroorzakingswaarschijnlijkheid van de oorzaken aan beide zijden apart moet worden gezien. Anders Soergel-Mertens, a.w. (zie noot 34), § 254, Rdn 111, waar is te vinden dat de beoordeling *ex post* moet plaatsvinden, dat wil zeggen dat gezien moet worden in hoeverre alle omstandigheden aan een zijde het optreden van schade waarschijnlijk maakten op het moment dat zij samenkwamen met de omstandigheden aan de andere zijde, doch niet in hoeverre het gedrag van beide partijen *ex ante* tot schade zou kunnen leiden. Dan worden de omstandigheden waarvoor de veroorzakingswaarschijnlijkheid moet worden vastgesteld echter nog specifiek en de vaststelling van die waarschijnlijkheid nog moeilijker. Bovendien: als de veroorzakingswaarschijnlijkheid van de ene oorzaak in combinatie met de oorzaak aan de andere kant wordt gezien, lijkt men uit te komen op twee maal hetzelfde resultaat: de kans dat zich een ongeval, een combinatie van de oorzaken aan beide kanten, als het onderhavige voordoet.

4.4 Intuïtief inzicht en motivering

En dan is men nog niet eens toe aan de toepassing van de billijkheidscorrectie, waarbinnen veel verschillende factoren kunnen meewegen, terwijl daarvoor nog geen algemene richtlijnen bestaan, de 100%- en de 50%-regel buiten beschouwing gelaten. In dergelijke situaties heeft de jurist de neiging het bijltje erbij neer te gooien. Dat doet de Hoge Raad eigenlijk als hij zegt dat beslissingen als de onderhavige veelal zullen zijn gebaseerd op intuïtief inzicht en daarom niet in cassatie toetsbaar zijn en ook niet behoeven te worden gemotiveerd.⁵¹

Op zichzelf is het natuurlijk juist dat het moeilijk is de precieze beweegredenen voor een procentuele verdeling expliciet te maken. Maar de Hoge Raad geeft de lagere rechter eigenlijk de boodschap dat hij niet meer hoeft te doen dan zijn intuïtie te laten spreken. Daarmee maakt hij het die lagere rechter wel erg gemakkelijk. Het zou beter zijn als de lagere rechter een stimulans zou krijgen om zijn beslissing wel zoveel mogelijk te beargumenteren: tot op het punt van waaruit de intuïtieve sprong naar een percentage moet worden gemaakt.⁵² Schuldverdelingen kunnen voor slachtoffers en daders, zeker als het om ernstige letselschade gaat, zeer wezenlijk zijn. Het lijkt daarom de taak van de rechterlijke macht ook deze moeilijke beslissingen zoveel mogelijk te objectiveren en te verantwoorden.

Welke motiveringseisen zou men kunnen stellen zonder de motiveringsplicht te overspannen?⁵³ Als minimale, en aan de tekst van art. 6:101 BW te koppelen eis, lijkt te moeten worden gesteld dat de rechter voor hij eventueel de billijkheidscorrectie toepast, het resultaat van de causale verdeling weergeeft.⁵⁴ Anders is immers niet inzichtelijk wat en hoeveel hij corrigeert. Ten tweede lijkt van hem te kunnen worden gevergd dat hij expliciet ingaat op de verhouding van de veroorzakingswaarschijnlijkheid van de oorzaken aan beide kanten. Alleen de uitkomst van de causale afweging vermelden, lijkt onvoldoende. En ten derde lijkt van hem te kunnen worden gevraagd dat hij de omstandigheden of argumenten noemt die hem er toe leiden de billijkheidscorrectie toe te passen.⁵⁵ Een verwij-

51 Bouman, t.a.p. (noot 48), p. 26 en 37 meent zelfs dat de intuïtie twee keer mee speelt: bij het uiteindelijke oordeel over de causale afweging en vervolgens weer bij de toepassing van de billijkheidscorrectie.

52 Aldus terecht Bouman, t.a.p. (noot 48), p. 26.

53 Zie daarover J.M. Barendrecht, Controle, aanvaarding en bestrijding, in: *Gemotiveerd gehuldigd*, Zwolle 1993, p. 39.

54 Aldus impliciet Bouman, t.a.p. (noot 48), p. 48 en 52.

55 Asser-Hartkamp I (1996) nr. 452a; Bouman, t.a.p. (noot 48), p. 28 en eerder in *Reflex-billijkheid-verzekering*, in: *In volle verzekerdheid*, Zwolle 1993, p. 199 e.v.

zing naar alle omstandigheden van het geval moet daarbij als nietszeggend worden aangemerkt.⁵⁶ Als de billijkheidscorrectie wordt gebruikt vanwege de schuldverhouding, zou het de rechter ten vierde passen om die schuldverhouding te vermelden.⁵⁷

4.5 *Meer systeem in de afweging*

Het zou de objectiviteit van de toepassing van art. 6:101 BW ook bevorderen, als er meer discussie kwam, en vervolgens ook meer duidelijkheid over de onderlinge verhouding van de verschillende toerekeningsmaatstaven. Onduidelijk is of de billijkheidscorrectie slechts in uitzonderlijke situaties moet worden toegepast.⁵⁸ De rechtspraak van de Hoge Raad wijst niet in die richting, nu hij juist heel algemene regels voor de billijkheidscorrectie heeft gegeven. Voor een beperkte toepassing is het ook moeilijk een beter argument te geven dan dat de billijkheidscorrectie nu eenmaal als uitzondering is geformuleerd.⁵⁹ Bedacht moet bovendien worden dat het effect van een beperkte toepassing van de billijkheidscorrectie afhangt van wat men binnen de causale afweging wil meenemen.⁶⁰ Daarover moet allereerst klaarheid ontstaan, al lijkt mij dat de Hoge Raad duidelijk genoeg en op goede gronden voor de maatstaf van de veroorzakingswaarschijnlijkheid heeft gekozen.

Men kan binnen de billijkheidscorrectie verdere onderscheidingen maken. Er zijn schrijvers die aannemen dat in ieder geval de schuldverhouding steeds moet worden verdisconteerd.⁶¹ Dat systeem zou tot toepassing van de billijkheidscorrectie leiden als de schuldverhouding afwijkt van de verhouding van de veroorzakingswaarschijnlijkheid, dus als de gedachte 'hoe gevaarlijker, hoe meer schuld'⁶² niet opgaat.

56 Barendrecht, t.a.p. (noot 53), p. 48.

57 Daarbij laat ik in het midden of steeds cassatie zou moeten volgen als aan deze motiveringseisen niet wordt voldaan. Denkbaar is ook dat de Hoge Raad wel aan de lagere rechter meegeeft dat motivering geboden is, maar dit niet als op straffe van nietigheid in acht te nemen voorschrift beschouwt, vergelijk HR 26 januari 1996, NJ 1996, 360 (Bemico/Comebo) over de motiveringseis van art. 212 lid 2 Rv. Ik hoop deze mogelijkheid, die mede als achtergrond heeft dat aldus overbelasting van de cassatie-rechtspraak kan worden vermeden, binnenkort nader toe te lichten.

58 Vergelijk Bouman, t.a.p. (noot 48), p. 28

59 Bouman, t.a.p. (noot 48), p. 28.

60 Zie daarover hiervoor onder 4.2.

61 Zie de schrijvers genoemd in losbl. Schadevergoeding art. 101 (Boonekamp), aant. 17.1, alsmede J. Hijma, *Verkeer, verhaal, verwijt*, WPNR 6216 (1996), p. 199 e.v.

62 Zie HR 2 juni 1995, RvdW 1995, 118C-120C (Marloes de Vos, Quafa Ayachi en Pierre Wildiers).

Als men de schuldverhouding uit de billijkheid heeft gehaald, dan moet men vervolgens trachten het eens te worden over datgene wat in deze context onder 'schuld' moet worden verstaan. De wet spreekt over de ernst van de gemaakte fouten. Dat wordt vertaald met verwijtbaarheid.⁶³ Maar over wat dat precies is, konden wij het ook in het kader van het ontstaan van aansprakelijkheid nooit eens worden.⁶⁴ Alleen daar doet het er niet zoveel meer toe, omdat altijd het communicerende vat van de toerekening naar verkeersopvatting kan worden opgezocht

De volgende stap is dan dat wordt bepaald hoe zwaar de veroorzakingswaarschijnlijkheid en de schuld ieder moeten wegen. Uit het feit dat de wetgever de causale afweging voorop heeft gesteld, mag wel worden afgeleid dat de veroorzakingswaarschijnlijkheid tenminste even sterk mee moet tellen. Hijma heeft voorgesteld beiden even zwaar te laten meetellen.⁶⁵ Andere verhoudingen zijn denkbaar.⁶⁶ Mij spreekt een gelijke weging niet aan. Schuld, wat dat dan ook precies moge zijn, is teruggedrongen als factor die de aansprakelijkheid bepaalt. Zouden de argumenten die daarvoor hebben gezorgd (onder meer de ontwikkeling naar objectivering, mede in verband met de moeilijke vaststelbaarheid van subjectieve schuld), ook niet moeten gelden in de context van eigen schuld?⁶⁷ Ook hier moet aan de consistentie worden gedacht.

En laten wij het probleem vooral ook praktisch bekijken. In de lagere rechtspraak lijkt de verwijtbaarheid vooral te worden meegewogen als het gaat om de regresvorderingen van verzekeraars van kinderen jonger dan 14 jaar en wel ten gunste van die verzekeraars. Zij leidt dan veelal tot lichte bijstellingen van het resultaat van de causale afweging.⁶⁸ Over de schuld

63 Asser-Hartkamp I (1996) nr. 448 spreekt van 'een verkeerde handelwijze'; Hijma, t.a.p. (noot 61), p. 200, heeft het over verwijtbaarheid, waarschijnlijk op het voetspoor van de in de vorige noot genoemde arresten, die stellen dat de mate van verwijtbaarheid eerst bij de billijkheidscorrectie aan de orde komt, in het midden latend of de ernst van de gemaakte fouten meer dan verwijtbaarheid omvat.

64 Zie losbl. Onrechtmatige daad art. 162 lid 3 (Jansen), aant. 6 e.v., alsmede G.H.A. Schut, Terugtrek van het schuldvereiste, in: *BW-Krant Jaarboek 1996*, Deventer 1996, p. 147 e.v.

65 Hijma, t.a.p. (noot 61), p. 200.

66 Zie bijvoorbeeld het ingenieuze systeem van P.-A. Kamphausen, *Ein universelles Verfahren zur Mangel- und Schadensquotierung*, VersR 1996, p. 676 e.v., die zowel de mate van veroorzaking als de mate van schuld in categorieën indeelt, waaraan hij factoren toekent. Hij werkt met zes oorzakelijkheidscategorieën: zeer gering (factor 0,0-0,2), gering (0,3-0,4), beduidend (0,5), wezenlijk (0,6), hoog (0,7-0,8) en zeer hoog (0,9-1,0). Vervolgens heeft hij vier schuldcategorieën: niet vaststelbaar (factor 1), lichte- (2), gewone- (3) en zware 'Fahrlässigkeit' (4). Aan beide zijden wordt dan de factor voor de veroorzaking met de factor voor de schuld vermenigvuldigd. De verhouding tussen beide uitkomsten geeft de verdeling op grond van § 254 BGB.

67 Aldus ook Bouman, t.a.p. (noot 48), p. 40.

68 Zie de uitspraken opgesomd bij Bouman, t.a.p. (noot 48), p. 51 e.v.

van jonge kinderen kan men inderdaad zinnige uitspraken doen en het schuldleerstuk bewees hier nog goede diensten voor de inwerkingtreding van art. 6:164 BW. Het ontbreken van iedere vorm van schuld bij, of zeer lichte schuld van volwassenen zou ook kunnen meewegen. Evenzeer lijkt het aanvaardbaar om rekening te houden met gekwalificeerde schuldvormen: tenminste grove schuld, als al niet moet worden aangesloten bij de regels voor gevallen van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid. Dat zijn de gevallen waarin de schuldfactor het meeste om toepassing van de billijkheidscorrectie vraagt en bovendien is het (bijna) afwezig zijn van schuld of het aanwezig zijn van (zeer) grove schuld of opzet met een redelijke mate van objectiviteit vast te stellen. De manier waarop deze zeer lichte en zeer zware schuldvormen dan moeten meetellen moet nog wel worden vastgesteld, voorzover dat al niet volgt uit de rechtspraak.⁶⁹ In de bulk van de gevallen met iets meer of iets minder gewone schuld, waarin de mate van schuld eigenlijk niet goed vast te stellen en te vergelijken is,⁷⁰ behoeft echter geen correctie plaats te vinden. Die correctie zou niet alleen een wankelende basis hebben, maar de correctie zou toch al niet groot zijn.

Vervolgens kan structuur worden aangebracht in de toepassing van de billijkheidscorrectie op basis van andere argumenten.⁷¹ Sommige argumenten, zoals de wens om slachtoffers van ernstig letsel extra te beschermen,⁷² komen regelmatig terug. Zij kunnen op hun merites worden beoordeeld en vervolgens een min of meer vaste plaats in het wegingskader krijgen. Andere argumenten komen minder vaak voor in de rechtspraak. Soms kan daarvan worden gezegd dat zij niet in de afweging thuishoren.⁷³ In andere gevallen zijn zij zo specifiek dat zij inderdaad slechts in individuele gevallen een geschikt gewicht toegekend kunnen krijgen en dus niet in een vuistregel te vangen zijn. Maar systematisering is mogelijk en kan tot een goede vergelijking leiden.⁷⁴

69 Ik doel hier op de uitzonderingen op de 100%- en de 50%-regel als besproken onder 2.4 en op de algemene regels voor opzettelijk handelen aan de zijde van de dader als aangestipt onder 3.1.

70 Zie Bouman, t.a.p. (noot 48), p. 40.

71 Binnen de argumenten voor een billijkheidscorrectie wordt nog wel onderscheiden tussen algemene 'policy-argumenten' en argumenten die aan het concrete geval worden ontleend, zie onder meer Hijma, t.a.p. (noot 61), p. 200.

72 Vergelijk F. Staderman, *Het aansprakelijkheidsrecht is te moeilijk geworden*, VR 1997, p. 1 e.v.

73 Zie hiervoor onder 3.5.

74 Helaas kent de losbl. schadevergoeding in zijn commentaar op art. 6:101 BW nog geen rubriek die onderscheidt naar de soort argumenten die een billijkheidscorrectie schragen.

4.6 50/50 oplossingen of andere vaste regels

Een volgende mogelijkheid om eigen schuld beslissingen te objectiveren is dat gestreefd wordt naar meer vaste regels voor de verdeling in bepaalde categorieën gevallen. Heel ver gaat de Amerikaanse rechtseconoom Epstein die voorstelt om steeds met een 50/50 schuldverdeling te werken, als eenmaal eigen schuld moet worden aangenomen, omdat een beargumenteerde vaststelling van de wederzijdse aandelen vaak zeer moeilijk zal zijn.⁷⁵ Dit sluit aan bij de neiging in vele rechtsstelsels om die verdeling aan te houden als een meer precieze verdeling niet te beredeneren is. Bij ons is dat onder meer betoogd door Spier en in het Duitse en Franse recht is er eveneens een duidelijke tendens in deze richting.⁷⁶

Het werken met vaste regels lijkt een goede mogelijkheid waar het alternatief een beslissing is die bijna helemaal op intuïtie zal berusten. Bijvoorbeeld wanneer er over de (relatieve) veroorzakingswaarschijnlijkheid geen zinvolle uitspraken zijn te doen. Dat intuïtieve inzicht zal immers van rechter tot rechter verschillen. Als men een vaste regel met een 50/50-verdeling (of met andere percentages) hanteert, terwijl er een aanzienlijke kans is dat een intuïtief oordelend rechter ook op dat percentage zou zijn uitgekomen en terwijl men niet kan zeggen dat deze schuldverdeling slechter te verantwoorden is dan bijvoorbeeld 30/70 of 60/40, dan heeft deze vaste regel de voorkeur. Die schept dan immers meer gelijkheid en is eenvoudiger en tegen minder kosten toe te passen, al is het maar omdat dan niet alle omstandigheden behoeven te worden vastgesteld.

Daarbij moet men bedenken dat een vaste regel, die bijvoorbeeld slechts 0/100, 50/50 en 100/0 verdelingen voor bepaalde situaties mogelijk maakt, in de praktijk niet het 'botte bijl' effect behoeft te hebben dat die regel uitstraalt. Veruit de meeste schuldverdelingen worden zonder rechterlijke tussenkomst vastgesteld. Omdat onder een vaste regel toch nog vaak openligt welke van de drie mogelijkheden het zal worden als de zaak aan de rechter wordt voorgelegd, zullen veel gevallen toch met andere uitkomsten eindigen.

⁷⁵ R.A. Epstein, *Simple rules for a complex world*, Cambridge Mass. 1995, p. 99 e.v.

⁷⁶ Mon. Nieuw BW B-36 (Spier), nr. 5; Le Tourneau et Cadiet, a.w. (zie noot 8), no. 969; Palandt-Heinrichs, a.w. (zie noot 22), § 254, Rz. 54.

5 Vuistregels

5.1 Een voorkeur voor vuistregels

De diversiteit van gevallen waarin het eigen schuld leerstuk moet worden toegepast is echter zeer groot. Dat betekent dat vaste regels veel afbakeningsproblemen zullen opleveren, tenzij men zou werken met één regel voor alle gevallen, zoals de 50/50 regel van Epstein. Bij toepassing van een dergelijke regel zal men echter relatief vaak het gevoel hebben of zelfs kunnen beargumenteren dat een andere verdeling duidelijk beter is, omdat het aandeel van de ene partij in de schade duidelijk groter behoort te zijn dan die van de andere.

Het lijkt daarom beter te trachten vuistregels te ontwikkelen voor bepaalde veel voorkomende situaties.⁷⁷ Van die vuistregels kan dan eventueel worden afgeweken als de bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven. Indien men wil voorkomen dat zulks te gemakkelijk gebeurt, dan kan men voor een dergelijke afwijking de voorwaarde stellen dat deze van een expliciete motivering wordt voorzien.

Deze vuistregels kunnen worden opgesteld door voor de te benoemen situaties schattingen voor de wederzijdse veroorzakingswaarschijnlijkheden te maken, dan wel door uit de jurisprudentie af te leiden waar de intuïtieve oordelen van rechterlijke instanties ongeveer plegen uit te komen. Ook eventuele billijkheidscorrecties kunnen in de vuistregels worden verdisconteerd. Hierna zullen voor enige categorieën gevallen aanzetten voor vuistregels worden gegeven.

5.2 Afweging van anticipatieplicht en zelfbeschermingsplicht

Terug naar de anticipatieplicht. Hoe men het daarbij bestaande 'overlap-probleem' wel oplost, is met het verwerpen van volledige toerekening aan het slachtoffer nog niet gezegd. Waar zou toepassing van de causale maatstaf van art. 6:101 BW ons brengen? Meerdere redeneringen zijn mogelijk. Men kan redeneren dat het twee keer om dezelfde oorzaak gaat, de fout van het slachtoffer, die echter zowel aan de dader als aan het slachtoffer wordt toegerekend, omdat beiden de plicht hadden te vermijden dat die fout tot de schade zou leiden. Dat leidt vrijwel direct tot een causale

77 Zo staat een steeds grotere groep schrijvers voor, zie onder meer Hartlief, t.a.p. (noot 45), p. 1049; Spier, t.a.p. (noot 49), p. 22 e.v.; Bouman, t.a.p. (noot 48), p. 37; J.M. Barendrecht, Vereenvoudigde afdoening van regresvorderingen, in: *Regresrechten; Afschaffen, uitbreiden of handhaven*, Deventer 1996, p. 152 e.v.

verdeling van 50/50. Deze argumentatielijn zou een extra rechtvaardiging kunnen opleveren van de 50%-regel van de Hoge Raad met betrekking tot de aansprakelijkheid van gemotoriseerden jegens voetgangers en fietsers, die door sommigen ongefundeerd en daarmee willekeurig wordt geacht.⁷⁸ Deze regel berust dan niet langer alleen op de billijkheidscorrectie, maar wordt ook verklaard door toepassing van de primaire maatstaf van art. 6:101 BW.

Men kan de oorzaken aan beide zijden ook anders definiëren: de fout zelf aan de zijde van het slachtoffer en het niet rekening houden daarmee aan de zijde van de dader. Voor die beide oorzaken kan men dan vervolgens de veroorzakingswaarschijnlijkheid vergelijken. Voor deze bijzondere situatie blijkt dat vrij gemakkelijk te kunnen.

Stel:

K = de kans dat schade intreedt als het slachtoffer de norm schendt, verondersteld dat er op de dader géén anticipatieplicht rust en dat er niet wordt geanticipeerd aan de zijde van de dader

P_n = de kans dat het slachtoffer de norm schendt

A = de kans dat schending van de anticipatieplicht door de dader tot schade leidt

Dan geldt: $A = P_n \times K$

De schending van de anticipatieplicht kan immers slechts tot schade leiden wanneer de norm waarop deze ziet, is overtreden en de kans dat er schade uit ontstaat is vervolgens nog afhankelijk van de kans dat die normovertreding tot schade leidt. En nu de andere kant.

Stel bovendien:

P_a = de kans dat de dader de anticipatieplicht niet naleeft

N = de kans dat de schending van de norm door het slachtoffer tot schade leidt, verondersteld dat er op de dader een anticipatieplicht rust

Dan geldt: $N = P_a \times K$

78 Zie met name Brunner in zijn noot onder HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 (IZA/Vrerink).

Als het slachtoffer de norm schendt, ontstaat immers toch nog geen schade als de potentiële dader de anticipatieplicht naleeft. De veroorzakingswaarschijnlijkheden aan de kant van dader en slachtoffer verhouden zich dus als volgt:

$$A : N = P_n \times K : P_a \times K$$

De factor K valt aan beide zijden weg en:

$$A : N = P_n : P_a$$

Hoe groter de feitelijke kans dat de ander zijn plicht niet naleeft, hoe groter de veroorzakingswaarschijnlijkheid van de eigen plichtschending.

Het is nuttig om de uitkomst van de afweging voor een aantal situaties te bekijken. Veel fietsers zullen hun hand niet uitsteken als zij afslaan, misschien wel 60%. De meeste automobilisten zullen dat weten en daarmee rekening houden. Misschien doet 20% dat niet. De verhouding van de veroorzakingswaarschijnlijkheden van schending van anticipatieplicht en schending van de verplichting om de hand uit te steken is dan 60:20. Een verdeling van 75% voor de dader en 25% voor het slachtoffer resulteert. Een ander voorbeeld: Voetgangers zullen over het algemeen niet plotseling oversteken; slechts een klein percentage doet dat wel. Veel automobilisten zullen er, anders dan het recht hen opdraagt, niet serieus rekening mee houden dat een voetganger dat wel doet. In deze situaties zal er dus een sterke toerekening van eigen schuld aan het slachtoffer zijn bij toepassing van de primaire maatstaf.⁷⁹

Aan de ene kant lijken dit onwenselijke resultaten, omdat normschendend gedrag hiermee indirect wordt beloond. Wie vindt dat het aansprakelijkheidsrecht op preventie gericht moet zijn, zal daar moeite mee hebben. Al daarom de billijkheidscorrectie toepassen? Dat is te snel geredeneerd. Bepaalde normen worden wellicht niet nageleefd, omdat zij niet sterk in het rechtsbewustzijn leven. Dat zal regelmatig gelden voor normen die het potentiële slachtoffer worden opgelegd en die uitsluitend zijn geschreven om het slachtoffer zelf te beschermen. Het zal ook, maar in mindere mate, gelden voor anticipatieplichten. Dat een automobilist rekening moet houden met verkeersfouten van voetgangers en fietsers is iets wat niet iedereen

⁷⁹ Als er al geen overmacht wordt aangenomen, omdat de fout zo onwaarschijnlijk was dat de bestuurder daarmee bij het bepalen van zijn verkeersgedrag redelijkerwijs geen rekening mee kon houden.

begrijpt en aanvoelt. Misschien moet men dan blij zijn dat deze normen toch door een belangrijk deel van de verkeersdeelnemers worden nageleefd, maar begrip tonen als dat niet gebeurt. Men moet voorzichtig zijn met correctie van de regels van het schadevergoedingsrecht als middel tot handhaving van regels die nu eenmaal moeilijk handhaafbaar zijn.

Welke argumenten zouden wel een billijkheidscorrectie kunnen rechtvaardigen? Laten wij nog eens goed naar de verplichtingen aan beide kanten kijken. De verkeersregels die voor voetgangers en fietsers gelden, zijn er met name op gericht dat henzelf geen schade overkomt. Men zou kunnen spreken van zelfbeschermingsregels. De verplichting rekening te houden met onvoorzichtig gedrag van anderen heeft veelal een dubbele grondslag. Enerzijds rust een dergelijke strenge veiligheidsnorm bijvoorbeeld op bestuurders van motorvoertuigen, omdat zij door het gebruik daarvan bepaalde risico's in het leven roepen. Anderzijds geldt voor hun slachtoffers dat zij extra beschermd worden, omdat zij, als deelnemer aan het wegverkeer, zeer frequent met gevaarsituaties in aanraking komen en van hen niet altijd dezelfde oplettendheid en voorzichtigheid mag worden verwacht.⁸⁰ Iemand die als ieder mens eens een keer onvoorzichtig is, maar toevallig degene is die daardoor letsel oploopt, mag niet worden gestraft met een mogelijk levenslange draagplicht voor zijn schade, als die zich voordoet op een gebied waar een ander voor de veiligheid verantwoordelijk is, omdat hij de onveilige situatie in zijn macht heeft of deze in het leven heeft geroepen, zo lijkt de gedachte.

Nu terug naar de uitkomst van de causale afweging. Deze leidt vooral tot hoge eigen schuld percentages, en er is dus vooral aanleiding tot een billijkheidscorrectie, als de meeste potentiële slachtoffers hun zelfbeschermingsplicht naleven, maar een enkeling niet, terwijl de anticipatieplicht maar matig wordt nageleefd, zo zagen wij. In de praktijk zullen beiden ook vaak samengaan. Als bijna iedere voetganger voorzichtig is bij het oversteken, zullen veel automobilisten daarop gaan rekenen en niet anticiperen, hoewel zij daartoe wel verplicht zijn. Juist in die gevallen speelt echter dat van slachtoffers niet altijd dezelfde oplettendheid kan worden gevergd en dat het ongelukkig toeval is dat men slachtoffer wordt. Dit rechtvaardigt een billijkheidscorrectie naar boven. Corrigeert men naar een 50/50 verdeling als minimum,⁸¹ dan komt men weer op de 50%-regel uit, die dus ook langs deze route kan worden beargumenteerd. De Hoge

80 Af te leiden uit HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 264, nt. PAS (Bruinsma/Schuitmaker), zie losbl. Onrechtmatige daad III (Bouman), aant. 16.

81 Zie HR 24 december 1993, NJ 1995, 236, nt. CJHB (Anja Kellenaers).

Raad lijkt inmiddels in meer algemene zin te hebben aanvaard dat schending van een anticipatieplicht ten minste even zwaar moet wegen als de schending van een zelfbeschermingsplicht. In een geval waarin een 'plaatwerker/lasser' zich in de optiehandel had begeven en de bank in kwestie hem niet had gehouden aan zijn 'marginverplichting' besliste de Hoge Raad dat bij 'een zorgplicht die naar zijn aard tot strekking heeft de cliënt te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht' de fouten van de cliënt in beginsel minder zwaar wegen dan de fouten aan de zijde van de bank waardoor deze in die zorgplicht is tekort geschoten.⁸²

Voor een nog sterkere toerekening op basis van de veroorzakingswaarschijnlijkheid is met name plaats als de dader naast de schending van de anticipatieplicht nog een andere verkeersfout heeft gemaakt of als de zelfbeschermingsplicht in een bepaalde situatie veel vaker wordt geschonden dan de anticipatieplicht.

Het voordeel van dit type redenering is dat men blijft binnen het kader van een afweging van de bijdragen die beide partijen hebben geleverd aan het ontstaan van de schade. Slachtofferbescherming, het belangrijkste argument dat de Hoge Raad gebruikt voor de 50%-regel,⁸³ kan altijd worden gebruikt als argument voor het ontlasten van het slachtoffer. Maar het zegt niets over de rechtvaardigheid van het toedelen van (extra) schade aan de dader, waarvoor men dan het altijd wankel argument van de verzekeraarbaarheid moet inzetten, en het zegt al helemaal niets over het hoeveel.

De 100% regel is moeilijker in verband te brengen met de afweging van anticipatie- en zelfbeschermingsplicht.⁸⁴ Het simpelste is een redenering dat de zelfbeschermingsplicht opleggen aan kinderen eigenlijk zinloos is, omdat kinderen in het algemeen nog niet in staat zijn norm-conform te handelen. Dat komt dicht bij het argument van de Hoge Raad, dat kinderen jonger dan 14 jaar niet aansprakelijk kunnen zijn voor hun onrechtmatige

82 HR 23 mei 1997, RvdW 1997, 128C (Everaars/Rabobank).

83 In HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566, nt. CJHB (IZA/Vrerink) is het centrale argument de strekking van art. 31 (nu 185) WVW fietsers en voetgangers zoveel mogelijk te beschermen tegen de gevaren van het gemotoriseerde verkeer.

84 Voor wat betreft kinderen onder de 14 jaar geldt deze regel ongeclausuleerd en dus ook tegenover daders die niet de verplichting hebben om rekening te houden met onvoorzichtig gedrag van potentiële jeugdige slachtoffers. Gevallen waarin kinderen onder de 14 schade lijden zullen echter vrijwel altijd situaties zijn waarin een dergelijke verzwaarde zorgplicht geldt.

gedragingen.⁸⁵ Maar die redenering is minder dwingend dan wij denken. In veel rechtstelsels wordt nog steeds anders aangenomen.⁸⁶

5.3 Anticipatieplicht en norm die meer is dan zelfbeschermingsplicht: voorrang op kruisingen

De norm die door het slachtoffer wordt geschonden is niet altijd alleen een plicht tot zelfbescherming. Hoe moeten schending van een anticipatieplicht en normschending door het slachtoffer worden gewaardeerd als het slachtoffer die norm ook in acht moet nemen met het oog op belangen van anderen? Een goed voorbeeld vormen aanrijdingen op het kruisingsvlak tussen gelijkwaardige motorvoertuigen.

Op het eerste gezicht lijken de voorrangsregels eenvoudig toepasbaar in die zin dat in beginsel bij een aanrijding op een kruising altijd duidelijk is wie voorrang moet verlenen. Maar in de rechtspraak wordt regelmatig aangenomen dat de voorrangsgerechtigde medeschuld heeft, omdat hij zich er van had moeten vergewissen of hij daadwerkelijk voorrang zou krijgen.⁸⁷ Vaak is er dan sprake van een onduidelijke situatie, waarbij de voorrangsplichtige een weg berijdt die van hogere orde lijkt.

Via de maatstaf van de veroorzakingswaarschijnlijkheid komt men in dit soort situaties veelal uit op een hoog percentage draagplicht voor de voorrangsgerechtigde. Hoe minder de plicht aan de eigen kant wordt nageleefd en hoe beter dat aan de kant van de wederpartij gebeurt, hoe kleiner het aandeel, zo was het immers.⁸⁸ Als een weg van hogere orde lijkt, zullen veel voorrangsplichtigen in feite geen voorrang geven. De anticipatieplicht zal wel vaak worden nageleefd, want vrijwel niemand neemt zomaar voorrang op berijders van een weg die van hogere orde lijkt.

85 Zie de verwijzing naar art. 6:164 BW in HR 1 juni 1990, NJ 1991, 720, nt. CJHB (Ingrid Kolkman).

86 In het Franse recht geldt buiten het verkeersrecht (waar het eigen schuld verweer wettelijk is uitgesloten voor kinderen onder de 16 jaar) de strenge opvatting dat de objectivering van het begrip 'faute' meebrengt dat handelen van kinderen en van volwassenen op dezelfde voet moet worden beoordeeld, ook in het kader van eigen schuld, zie Le Tourneau et Cadiet, a.w. (noot 8), nr. 619 en 965. In Duitsland geldt dat de regels over de aansprakelijkheid van kinderen analoog toepasselijk zijn, zie Palandt-Heinrichs, a.w. (zie noot 22), § 254, Rz. 13 en § 828 BGB. Deze brengen mede dat kinderen onder de 8 jaren geen eigen schuld kunnen hebben en kinderen tussen van 8 tot 18 jaren alleen wanneer zij over het 'zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht' beschikken, wat echter tamelijk snel wordt aangenomen.

87 Losbl. Onrechtmatige daad III (Bouman), aant. 276.1.

88 Zie hiervoor onder 5.1.

Dit resultaat vraagt echter om een correctie. Want de norm die de voorrangsgerechtigde in acht moet nemen, strekt niet alleen tot zelfbescherming, maar ook tot het voorkomen van schade aan anderen, waaronder die aan voorrangsgerechtigden. Het lijkt in de verhouding tussen gelijkwaardige verkeersdeelnemers met gelijkwaardige zorgplichten voor de veiligheid van andere weggebruikers niet aanvaardbaar dat het geen rekening houden met de mogelijkheid van een fout zwaarder weegt dan het maken van die fout zelf. De billijkheid verzet zich daartegen. Een 50/50 verdeling lijkt dus in ieder geval het maximum waarop de voorrangsgerechtigde aanspraak moet kunnen maken en als vuistregel is meer te zeggen voor een 30/70 verdeling ten nadele van de voorrangsplichtige. Hogere toedelingen aan voorrangsplichtige slachtoffers kunnen eigenlijk alleen worden gerechtvaardigd door de wens slachtoffer meer bescherming te geven.⁸⁹ De eventuele onduidelijkheid van de voorrangssituatie is daarvoor geen sterk argument, omdat die onduidelijkheid voor beide partijen over het algemeen gelijkelijk kenbaar is en hen beiden tot extra voorzichtigheid zou moeten brengen.⁹⁰

Wordt dit anders als de voorrangsgerechtigde ook nog een ander verwijt kan worden gemaakt? Dat kan onder meer zijn dat hij onder invloed verkeerde, dan wel dat hij te hard reed.⁹¹ Het causale effect van alcoholgebruik aan de zijde van de voorrangsgerechtigde kan alleen zijn dat hij eerder zijn verplichting schendt om rekening te houden met de mogelijkheid dat hij geen voorrang krijgt. Het percentage schuld kan daardoor nooit hoger liggen dan dat voor een voorrangsgerechtigde in een onoverzichtelijke situatie en zou dus ook op 30 % maximaal kunnen worden gesteld, tenzij men via de billijkheidscorrectie tot een verhoging zou willen komen.

Het effect van een te hoge snelheid is een ander. Daardoor ontstaat de kans dat de voorrangsplichtige de voorrangsgerechtigde niet opmerkt. Die kans lijkt verwaarloosbaar klein bij geringe snelheidsovertredingen. Op een kruisingsvlak lijkt pas bij een flink hogere snelheid dan toegestaan een

89 Het lijkt niet gewaagd om te stellen dat de introductie van de anticipatieplicht in dit soort situaties mede is ingegeven door de wens om de flexibiliteit te krijgen, die nodig is om gemotoriseerde slachtoffers van verkeersongevallen zonodig tegemoet te komen. Het zou boeiend zijn om door statistisch onderzoek na te gaan of er een relatie is tussen het aanwezig achten van een anticipatieplicht (respectievelijk de schuldverdeling waar die toe leidt) en het antwoord op de vraag waar de (meeste) schade is gevallen, bij de voorrangsgerechtigde of de voorrangsplichtige.

90 Het lijkt eerder redelijk die onduidelijkheid voor rekening te laten komen van de wegbeheerder, maar daarvan bestaan bij mijn weten nog geen voorbeelden in de jurisprudentie, zie L.R.M. Edzes-Eijsackers c.s., *Aansprakelijkheid van de wegbeheerder*, 's-Gravenhage 1996, p. 94 e.v.

91 Zie losbl. Onrechtmatige daad III (Bouman), aant. 276.

merkbare kans te ontstaan dat de voorrangsplichtige de snelheid verkeerd inschat en dat daardoor een ongeval ontstaat.⁹² De voorrangsplichtige zal immers in de praktijk een flinke veiligheidsmarge inbouwen voor wat betreft de tijd die het hem kost het kruisingsvlak over te steken. Als de snelheid eenmaal aanzienlijk te hoog is, dan neemt de kans op een ongeval ook snel toe met die snelheid.⁹³ Dit effect is vrij gemakkelijk in vuistregels voor de veroorzakingswaarschijnlijkheid neer te leggen. Zo zou men tot een schaal kunnen komen waarbij bijvoorbeeld een snelheids-overtreding van 20km/u geen extra (eigen) schuld oplevert, een van tussen de 20 en de 30km/u 25%, tussen de 30 en de 40 km/u 50% en daarboven 75%. Duidelijke vuistregels kunnen hier mede voorkomen dat in ieder geval van een botsing op een kruising de snelheid van de voorrangsgerechtigde moet worden vastgesteld. De snelheid is vaak de omstandigheid die het moeilijkst is vast te stellen. Hoeft dat niet te gebeuren, dan bespaart dat veel tijd en kosten.⁹⁴

5.4 Fout dader en niet voldoen aan zelfbeschermingsplicht: dragen van veiligheidsgordel of helm

Een volgende veel voorkomende categorie eigen schuld is dat de dader een gewone fout heeft gemaakt, waartegenover het slachtoffer niet heeft voldaan aan een zelfbeschermingsplicht die er mede op is gericht de gevolgen van fouten van potentiële daders te vermijden of te minimaliseren. Het niet dragen van veiligheidsgordel of helm is een goed voorbeeld. Ook hier is er sprake van een ‘overlappend probleem’, maar de situatie is het spiegelbeeld van de situatie bij samenloop van anticipatieplicht en normschending door het slachtoffer. Nu is het niet het slachtoffer die primair een norm schendt, maar de dader. En het is niet de dader die een secundaire plicht heeft om de schade toch nog te voorkomen, maar het slachtoffer.

Het niet in acht nemen van de zelfbeschermingsplicht wordt over het algemeen als eigen schuld toegerekend, doch slechts indien en voorzover de schade door de maatregel had kunnen worden voorkomen of geringer zou zijn geweest. De verhouding van de veroorzakingswaarschijnlijkheden

92 Vergelijk Spier, t.a.p. (noot 49), p. 19. Anders Bouman, t.a.p. (noot 48), p. 35 e.v., maar die weegt zwaar dat de omvang van de schade sterk samenhangt met de snelheid, waar het nodige voor is te zeggen. Betreft men de omvang van de schade bij de causale afweging, dan compliceert men deze echter nog verder.

93 Vergelijk HR 21 juni 1991, NJ 1991, 710 (Almekinders/Oldenburg) en de uitspraken genoemd in losbl. Onrechtmatige daad III (Bouman), aant. 328.2.

94 Zie Barendrecht, t.a.p. (noot 77), p. 155.

is weer vast te stellen.⁹⁵ Laten wij eerst doen alsof de situatie geheel spiegelbeeldig is.⁹⁶

Stel:

- L = de kans dat schade intreedt als de dader de norm schendt, verondersteld dat er op het slachtoffer géén zelfbeschermingsplicht rust en het slachtoffer ook niet tot zelfbescherming over gaat
- Q_n = de kans dat de dader de norm schendt
- Z = de kans dat schending van de zelfbeschermingsplicht door het slachtoffer tot schade leidt

Dan geldt: $Z = Q_n \times L$

De schending van de zelfbeschermingsplicht kan immers slechts tot schade leiden, wanneer de dader zijn norm heeft overtreden en de kans dat er schade uit ontstaat is vervolgens nog afhankelijk van de kans dat die normovertreding tot schade leidt.

Stel bovendien:

- Q_z = de kans dat het slachtoffer de zelfbeschermingsplicht niet naleeft
- N = de kans dat de schending van de norm door de dader tot schade leidt, verondersteld dat er op het slachtoffer een zelfbeschermingsplicht rust

Dan geldt: $N = Q_z \times L$

Als de dader de norm schendt, ontstaat immers toch nog geen schade als het slachtoffer de zelfbeschermingsplicht naleeft. De veroorzakingswaarschijnlijkheden aan de kant van slachtoffer en dader verhouden zich dus als:

$$Z : N = Q_n \times L : Q_z \times L$$

⁹⁵ Vergelijk hiervoor onder 5.2.

⁹⁶ De veronderstellingen zijn dan dat de zelfbeschermingsplicht gericht is op het voorkomen van juist de gevolgen van het type fout dat deze dader heeft gemaakt (wat in het spiegelbeeldige geval van de anticipatieplicht per definitie het geval is) en dat de zelfbeschermingsmaatregel inderdaad effectief is (eveneens bij de anticipatieplicht per definitie zo).

De factor K valt aan beide zijden weg en:

$$Z : N = Q_n : Q_z$$

En weer geldt: hoe groter de feitelijke kans dat de ander zijn plicht niet naleeft, hoe groter de veroorzakingswaarschijnlijkheid van de eigen plichtschending. Als dus veel mensen hun gordels of helmen niet dragen, en potentiële daders zich over het algemeen aardig aan de verkeersregels houden, zal er weinig eigen schuld aan de slachtoffers worden toebedeeld op grond van de causale maatstaf.

Maar de situatie is niet geheel spiegelbeeldig. De zelfbeschermingsplicht is niet altijd (geheel) effectief. Meestal beperken gordels en helmen slechts het letsel. De veroorzakingswaarschijnlijkheid van de normschending door de dader neemt daarmee toe en het eigen schuld percentage komt nog lager uit. Voorts is de zelfbeschermingsmaatregel niet gericht op het voorkomen van schade door die ene bepaalde normschending die de wederpartij kan worden verweten (zoals de anticipatieplicht per definitie), maar op het voorkomen van gevolgen van verkeersfouten van potentiële daders in het algemeen. Dat betekent dat gecorrigeerd moet worden. Als de verkeersfout van de dader meer dan gemiddeld gevaarzettend was, wordt het percentage eigen schuld op grond van de causale afweging nog iets lager. Als de verkeersfout van de dader minder dan gemiddeld gevaarzettend was, neemt het percentage eigen schuld iets toe.

De lagere rechtspraak over het niet dragen van gordels en helmen fluctueert rond de 25 % eigen schuld.⁹⁷ Een duidelijke verwijzing naar de waarschijnlijkheid waarmee het niet nemen van deze maatregelen tot schade leidt, komt in de rechtspraak niet voor. Het bovenstaande suggereert dat dit percentage aan de hoge kant is als men het baseert op de veroorzakingswaarschijnlijkheid, maar meer precieze berekeningen zouden nodig zijn. De uitschieters naar boven lijken nog moeilijker te verdedigen. In Engeland hanteert men als vuistregel dat 15 % aftrek plaatsvindt als het letsel minder zwaar zou zijn geweest en 25 % als het letsel geheel zou zijn voorkomen.⁹⁸

97 In de rechtspraak in losbl. Onrechtmatige daad III (Bouman), aant. 268 vindt men percentages van 10, 15 (twee maal), 25 (drie maal), 35 en 40. In Duitsland varieert de eigen schuld van 20 tot 50 %, zie Soergel-Mertens, a.w. (zie noot 34), § 254, Rz. 35.

98 Zie *Clerk & Lindsell On Torts* (M.R. Brazier), Seventeenth edition London 1995, 3-27. Hof den Bosch 30 juni 1978, VR 1979, 74, hanteert voor die beide situaties 15 respectievelijk 30 % als redelijk uitgangspunt.

Is er reden voor een billijkheidscorrectie? Op zichzelf betreft het hier een lichte verkeersfout, die vaak wordt gemaakt en waarvoor men eveneens zou kunnen betogen dat zij te menselijk is om tot zware gevolgen te leiden. Voorts speelt weer dat het enige gevaar dat het slachtoffer veroorzaakt, gevaar voor zichzelf is. Uit preventieoogpunt lijkt enige toerekening van eigen schuld niettemin redelijk. Als preventie eigenlijk het enige doel is wat men met een aftrek beoogt, dan krijgt de toerekening echter het karakter van een sanctie. De vraag is dan wel gerechtvaardigd of een 25% aftrek voor blijvende zware letsels niet een onevenredige sanctie vormt. Misschien moet voor die gevallen wel een billijkheidscorrectie plaatsvinden.

5.5 *Fout dader en niet voldoen aan zelfbeschermingsplicht:
andere gevallen*

Hoewel de rechtspraak hierover minder duidelijk is, is er veel voor te zeggen andere verplichtingen tot het nemen van preventieve maatregelen waarvan een ieder zich bewust is of moet zijn, met een soortgelijke quote te stimuleren. Dat zou betekenen dat ook het meerijden met bestuurders onder invloed en het niet benutten van een nabije voetgangersoversteekplaats in het algemeen tot een schuldverdeling 25-75 ten gunste van het slachtoffer zou kunnen leiden.⁹⁹

Het meerijden met een bestuurder onder invloed wordt in de rechtspraak verschillend gewaardeerd. In de recentere rechtspraak komen regelmatig 50-50 verdelingen voor, maar bij geringer alcoholgebruik tendeeft men naar lage eigen schuld percentages.¹⁰⁰ Mijns inziens is een 50/50 verdeling niet verdedigbaar, in ieder geval niet als de bestuurder zelf wordt aangesproken door zijn passagier. Het dronken rijden door de bestuurder, waarmee passagiers en medeweggebruikers in gevaar worden gebracht, levert meer kans op schade op dan het meerijden, waarmee men slechts zichzelf in gevaar brengt. Bovendien zal de dronken chauffeur meestal niet alleen onrechtmatig handelen door onder invloed te rijden, maar ook nog een op zichzelf al gevaarzettende verkeersfout hebben gemaakt. Ook een eventuele billijkheidscorrectie kan een dergelijke schadeverdeling niet rechtvaardigen. Het enige billijkheidsargument zou preventie kunnen zijn, maar ook dat zou sterker moeten gelden voor de bestuurder dan voor zijn passagier.

99 Wederom met een eventuele correctie voor zware blijvende letsels.

100 Zie losbl. Onrechtmatige daad III (Bouman), aant. 267.

Opmerking verdient bovendien dat het meerijden met een bestuurder onder invloed op zichzelf niet verboden is. De verlangde handeling, het niet instappen bij een bestuurder onder invloed, is ook duidelijk anders dan die van het niet opzetten van een helm of het niet aandoen van een gordel. Het verband met zelfbescherming is minder direct en er zijn in een concrete situatie voor een gewoon mens van vlees en bloed veel redenen om toch voor meerijden te kiezen ('het valt wel mee', 'ik heb geen geld voor de taxi', 'het regent' of 'het is zo ver'). Het sanctioneren hiervan komt dicht bij het sanctioneren van een geoorloofde activiteit en wij bespraken al dat het twijfelachtig is of dat onder art. 6:101 BW moet kunnen.

Voorwaarde voor toepassing van deze quote is wel dat een verplichting tot zelfbescherming bestaat, die er mede toe strekt potentiële daders te beschermen tegen de gevolgen van hun eigen falen, en in het bijzonder de daaruit voortvloeiende schadevergoedingsplicht.¹⁰¹ Een dergelijke verplichting kan mijns inziens in ieder geval niet worden aanvaard als een potentieel slachtoffer zich tracht te beschermen tegen schadetoebrenging met opzet of met daaraan grenzende schuldvormen.¹⁰² In beginsel behoeft men rechtens geen rekening te houden met dit soort schadetoebrenging, net zoals in de spiegelbeeldige situatie potentiële daders geen rekening hoeven te houden met opzettelijk of daaraan grenzend roekeloos gedrag van potentiële slachtoffers. Dat sommige slachtoffers zich toch tegen vandalisme en soortgelijke vormen van schadetoebrenging trachten te beschermen, mag niet tegen hen werken.

6 Conclusies en afronding

Waar brengt dit alles ons? Eigen schuld heeft de naam een ongrijpbaar leerstuk te zijn. *Iudex non calculat*,¹⁰³ 'intuïtie' en 'billijkheid' zijn de frasen die de toon zetten. Eigen schuld staat echter niet op zichzelf. Het is de schakel tussen het primair op de dader gerichte aansprakelijkheidsrecht en het primair op het slachtoffer gerichte schadevergoedingsrecht. Met die delen van het civiele recht moet eigen schuld zo veel mogelijk consistent zijn. Misschien moeten met eigen schuld wel nieuwe dingen kunnen worden gedaan, creatieve tussenoplossingen kunnen worden gezocht. Maar elders verworpen oplossingen zullen in beginsel ook niet via eigen schuld kunnen

101 Vergelijk hierover ook de bijdrage aan deze bundel van C.E.C. Jansen, onder 3.2.

102 Zo is moeilijk te volgen waarom de staafgooier slechts een derde van de schade van Ajax behoeft te vergoeden in Rb. Amsterdam 15 mei 1996, VR 1997, 18.

103 Zie het aldus genaamde artikel van T. Hartlief in NJB 1994, p. 353 e.v.

worden gerealiseerd. Die gedachte kan grijpbaar maken waarom bepaalde eigen schuld toepassingen weerstand oproepen.

En dan die moeilijke verdelingsvragen. Er zijn goede mogelijkheden om tot meer objectivering te komen. Enige vragen wachten nog op beantwoording om duidelijkheid te krijgen over het kader voor de verdeling, maar de Hoge Raad heeft met zijn acceptatie van de veroorzakingswaarschijnlijkheid een belangrijke keuze gemaakt. Verder komt het, zoals altijd, aan op het onderscheiden van gevaltypen en het daarvoor ontwikkelen van aanknopingspunten voor rechterlijke beslissingen, al dan niet in de vorm van vuistregels. Een beetje rekenen komt daar wel bij te pas en verder veel gewoon juridisch redeneren. Zoals altijd met kwantitatieve beslissingen, zal de rechter uiteindelijk zo goed mogelijk beredeneerde schattingen moeten doen. Zijn intuïtie moet hij zeker blijven gebruiken, zoals altijd, maar als middel om tot een oordeel te komen en niet als uiteindelijke verantwoording. Eigen schuld: een gewoon juridisch leerstuk.

Going Dutch in het bestuursrecht: ontwikkelingen in nadeelcompensatie onder de Awb

1 Via de varkenspest naar de basis van het bestuursrecht

In de tijd dat deze bijdrage wordt geschreven is Nederland in de ban van de varkenspest. Als een hooibrand verspreidt de ziekte zich vanaf 4 februari 1997 door de provincie Noord-Brabant: van Odiliapeel, via Venhorst en Mill, naar Rijsbergen en later verder door Brabant, Overijssel, Limburg en zelfs Zeeland. Op basis van de Veewet worden ruimuitgezette vervoersverboden voor de besmette gebieden afgekondigd. Duizenden dieren worden in een ware varkensapocalyps — preventief — vernietigd om verdere verspreiding van de uiterst besmettelijke ziekte te voorkomen. Dat lijkt op het eerste gezicht allemaal ver verwijderd van de fundamenteën van het bestuursrecht, echter niets is minder waar.

Al snel na de afkondiging van de eerste vervoersverboden en de groot-scheepse destructie van de varkens doet zich de vraag voor wie de directe en indirecte schade, die tengevolge van de varkenspestmaatregelen optreedt, moet gaan vergoeden. De overheid? Vanzelfsprekend is dit niet. De varkenspestmaatregelen vormen op het eerste gezicht rechtmatige vormen van overheidsoptreden.

En als toch aangenomen moet worden dat de overheid het geleden nadeel moet compenseren,¹ waarin vindt die gehoudenheid dan zijn juridische basis en tot hoever strekt die gehoudenheid van de overheid in zo'n geval? In welke mate wordt bijvoorbeeld die gehoudenheid begrensd door de eigen schuld of het toerekenbare risico van de nadeel ondervindende burger? En als die gehoudenheid inderdaad begrensd is: welke schade dient dan — als normaal maatschappelijk of normaal bedrijfsrisico — voor rekening van de ondernemers te blijven?

* Wim Voermans is onderzoeker bij het Centrum voor wetgevingsvraagstukken en universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht bij de vakgroep staatsrecht, bestuursrecht en bestuurskunde van de KU Brabant.

1 Hetgeen in het geval van deze varkenspestmaatregelen geschiedt door middel van een op de art. 36-38 Veewet steunende — gedeeltelijke — schadeloosstellingsregeling van de Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij.

1.1 Inhoud van deze bijdrage

In deze bijdrage zal ik op basis van een verkenning van de grondslag en reikwijdte van het recht op schadevergoeding bij — in beginsel — rechtmatig overheidsoptreden trachten de huidige stand van zaken ten aanzien van aansprakelijkheid voor rechtmatige overheidsdaden te schetsen en een beeld te geven van de rol die de eigen risicosfeer van de burger hierin speelt. Die bespreking zal een momentopname zijn, want juist op dit ogenblik doen zich belangwekkende ontwikkelingen voor op het terrein van het vraagstuk van de aansprakelijkheid voor rechtmatige overheidsdaden. Zo lijkt het er sterk op dat zich — gezien de zelfstandige schadebesluit-jurisprudentie van de meeste bestuursrechters — op dit ogenblik in de breedte van het bestuursrecht een zelfstandig bestuursrechtelijk schadevergoedingsrecht aan het ontwikkelen is, waarbij de bestuursrechter meer en meer zelfstandig de schade-aspecten van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking beoordeelt.² De accentverschuiving van de rechterlijke beoordeling van tot nadeelcompensatie verplichtende besluiten, naar een stelsel waarin de bestuursrechter de basis voor de aansprakelijkheid en de reikwijdte van de schadeplichtigheid zoekt in de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, heeft ook grote betekenis voor de positie en de gehoudenheden van de burger. De betekenis en mogelijke ontwikkelingsrichting van dit nieuwe bestuursrechtelijke aansprakelijkheidsstelsel-in-wording zullen in deze bijdrage worden verkend, evenals de vraag of er een wettelijke regeling moet komen waarin het recht op schadevergoeding ten gevolge van rechtmatig overheids-optreden voor het gehele bestuursrecht als zelfstandig recht wordt vastgelegd.

2 De geïntensiveerde discussie rondom het leerstuk van de nadeelcompensatie

De vragen naar de aansprakelijkheid en omvang van de schadevergoeding ten aanzien van — in beginsel — rechtmatige overheidsdaden, ook wel aangeduid als het leerstuk van de nadeelcompensatie,³ staan in bestuurs-

2 Een en ander ook onder invloed van de ruimere mogelijkheden die de Algemene wet bestuursrecht de bestuursrechter biedt om gedingen tussen bestuursorganen en burgers waarin schade-aspecten aan de orde zijn te ontvangen (onder andere via art. 1:3 *jis.* 8:1 e.v. Awb) en af te handelen via de accessoire uitspraakbevoegdheid van art. 8:73 Awb.

3 Dit leerstuk wordt ook wel aangeduid als het leerstuk van de 'bestuurscompensatie'. De aanduiding 'nadeelcompensatie' wordt tegenwoordig meer gebruikt, nu die beter uitdrukt

rechtelijk Nederland de laatste jaren meer dan gebruikelijk in de belangstelling. Verantwoordelijk voor de stroomversnelling in de discussie is in de eerste plaats een uitspraak die de Hoge Raad op 18 januari 1991 deed inzake het geding *Staat/Leffers*.⁴ In deze uitspraak — die ook een varkenspestcasus betrof — bleek de Hoge Raad geneigd de gehoudenheid van de overheid tot nadeelcompensatie op te trekken tot besluitvorming via regelgeving en bovendien tot over de grens van wat voorheen in de jurisprudentie als normaal ondernemersrisico gold. De op basis van deze uitspraak reeds zeer geanimeerde discussie over de gehoudenheid tot en reikwijdte van nadeelcompensatie⁵ kreeg een nadere nieuwe impuls bij de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Art. 3:4, tweede lid, van die Awb bepaalt namelijk dat de voor een of meer belanghebbende nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Met deze bepaling — die net als het hele stelsel van de Awb erg ‘besluit’-gericht is⁶ — vestigde de Awb nog steeds geen zelfstandig en algemeen recht op nadeelcompensatie. Al net na de inwerkingtreding van het artikel gingen er daarom stemmen op om op het vlak van de gehoudenheid tot bestuurscompensatie de norm van art. 3:4 Awb verder te concretiseren in de vorm van een wettelijke regeling die wel zelfstandig een dergelijk recht tot nadeelcompensatie constitueert.⁷ Deze laatste discussie intensiveert zich momenteel onder invloed van wat inmiddels wel het jurisprudentieconcordaat ‘zelfstandig schadebesluit’ kan worden genoemd. Na de inwerkingtreding van de Awb ontvingen inmiddels zowel de Centrale Raad van Beroep⁸ als de Afdeling bestuursrechtspraak

dat het gaat om de compensatie van enig geleden nadeel.

- 4 HR 18 januari 1991, AB 1991, 241, nt. FHvdB en RegelMaat 1991, 109, nt. R.M. van Male. Dit arrest wordt ook wel als het *Varkensmesters*-arrest of het *Swill*-arrest aangeduid.
- 5 Zie uit de stroom van publicaties naar aanleiding van deze uitspraak het hartgrondige ‘oneens’ van het bezorgde hoofd Juridische en Bestuurlijke Zaken van Rijkswaterstaat, Directie Zuid-Holland, H.A.B. van Dorst-Tatomir, *Normaal maatschappelijk risico: een remedie!*, NTB 1992, afl. 9/10, p. 307 e.v.
- 6 Zie voor fundamentele kritiek op de ‘besluit’-gerichtheid van het bestuursrecht van de Awb, A.Q.C. Tak, *Een volwaardig bestuursrecht*, NTB 1996, afl. 9, p. 299-300.
- 7 Zie voor enkele geprofileerde stemmen in dit opzicht J.A.M. van den Berk, *Schadevergoeding voor rechtmatig toegebrachte schade door de overheid*, diss. RU Utrecht, Zwolle 1991, p. 244-249; J.A.M. van den Berk, *Bestuurschaderecht*, Deventer 1997, p. 191 e.v.; P.J.J. van Buuren, *Nadeelcompensatie in de Algemene wet bestuursrecht*, in: J.L. Boxum e.a. (red.), *Aantrekkelijke gedachten*, Deventer 1993, p. 92-109; en laatstelijk B. van den Berg, *Nadeelcompensatie in natura*, NTB 1996, afl. 10, p. 336-337.
- 8 Zie CRvB 28 juli 1994, AB 1995, 40 en AB 1995, 133 nt. RMvM, JB 1994, 221. Zie ook B.P.M. van Ravels, *Denk mee met van B.!*, in: *Rechtspraak bestuursrecht 1994-1995, De annotaties*, Den Haag 1995, p. 59-78.

van de Raad van State⁹ beroepen tegen zelfstandige schadebesluiten, waaraan geen aanwijsbare publiekrechtelijke titel in een wettelijke — of daarmee vergelijkbaar titelverschaffende¹⁰ — regeling ten grondslag lag. Ten opzichte van eerdere jurisprudentie, zeker die van de Afdeling bestuursrechtspraak, vormen deze uitspraken een ommekeer.¹¹ Terecht onderkent Van Buuren in deze jurisprudentielijn een aanzienlijke verschuiving tussen het bestuursrecht en het privaatrecht.¹² Door het verlenen van rechtstoegang ten aanzien van zelfstandige schadebesluiten behoeven de schade-aspecten van bestuursrechtelijke beroepen niet langer nu weer eens wel¹³ dan weer eens niet¹⁴ via de bestuursrechter te lopen. De gang naar de bestuursrechter wordt, enkele uitzonderingen daargelaten,¹⁵ in schadegevallen ten gevolge van overheidsoptreden de regel. Voor de ontwikkelingen op het terrein van de nadeelcompensatie ten aanzien van rechtmatig overheidsoptreden is dat van groot belang. Doordat niet langer in alle gevallen waarin schade is geleden tengevolge van gepretendeerd rechtmatig of onrechtmatig overheidsoptreden een specifieke publiekrechtelijke titel nodig is¹⁶ om de

9 ABRRS 29 november 1996, AB 1997, 66, nt. PvB en ABRRS 18 februari 1997 AB 1997, 143, nt. PvB.

10 Zo kunnen ook beleidsnota's, bestendig beleid en/of beleidsregels een afdoende publiekrechtelijke titel verschaffen voor beroepbare besluiten waarbij nadeel wordt gecompenseerd. Zie onder andere ARRS 9 juli 1990, AB 1991, 229, nt. P.C.E. van Wijmen (Metroschade Rotterdam); ARRS 18 november 1987, AB 1987, 554, nt. P.C.E. van Wijmen (Kromhout/Rijkswaterstaat); ARRS 5 januari 1988, AB 1988, 230, nt. P.C.E. van Wijmen (Toon-en/Rijkswaterstaat).

11 Ook andere bestuursrechtelijke colleges houden deze lijn inzake de beroepbaarheid van zuivere schadebesluiten aan. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven kende deze lijn al — veel — langer (zie CBb 20 oktober 1972, SEW 1973, p. 53 en CBb 19 juni 1973, AB 1973, 215) en het College van beroep voor de studiefinanciering omarmde deze lijn in 1996 (CBStf 23 mei 1996, JB 1996, 177).

12 Noot onder de uitspraak ABRRS 29 november 1996, AB 1997, 66.

13 Als de reactie op een verzoek tot schadevergoeding een besluit in de zin van de Awb opleverde.

14 Als de reactie van een bestuursorgaan op een verzoek geen besluit in de zin van de Awb opleverde omdat bijvoorbeeld die reactie vanwege het gebrek aan een publiekrechtelijke titel geen publiekrechtelijk rechtsgevolg in het leven riep.

15 Er moet bijvoorbeeld wel sprake zijn van connexiteit tussen de beslissing op een schadeverzoek en een appellabel besluit. Indien dit niet zo is zal een beslissing op het verzoek onder de huidige jurisprudentie nog niet worden ontvangen. Zie ook R.M. van Male, Het zuivere schadebesluit, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Voor risico van de overheid?*, Gouda Quint 1996, p. 48-52 over de uiterst fragiele theoretische basis van deze connexiteitsleer. Zie ook B.J. Schueler, *Schadevergoeding onder de Algemene wet bestuursrecht*, Deventer 1997, p. 8 e.v.

16 Die titel kan ingevolge de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State al worden gevonden in de omstandigheid dat verzoeker stelt dat het schadeveroorzakende besluit ten gevolge waarvan hij schadevergoeding verzoekt, onrechtmatig is. Een inhoudelijke reactie op zo'n verzoek wordt hierdoor reeds een besluit in de zin van art. 1:3 Awb volgens de Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State. Zie de eerdergenoemde uitspraak ABRRS

bestuursrechter te kunnen adiëren, verschuift het accent van de oordeelsvorming van de bestuursrechter over schadeveroorzakend overheidsoptreden meer en meer van een loutere beoordeling van een besluit naar een beoordeling van de door het publiekrecht genormeerde rechtsbetrekking tussen overheid en burger zelf.¹⁷ In zekere zin wordt hiermee het bestuursrechtelijke stelsel dogmatisch gecomplementeerd doordat de publiekrechtelijke rechtsbetrekking tussen bestuursorgaan en burger niet langer bij uitsluiting via de gestolde vorm van het Awb-besluit aan de rechter kan worden voorgelegd.¹⁸ Anderzijds wordt al doende wel de bijl aan de wortel

29 november 1996, AB 1997, 66, nt. PvB. Het publiekrechtelijke rechtsgevolg van zo'n besluit vloeit volgens de Afdeling voort uit het beginsel van het in art. 3:4, tweede lid, Awb vervatte beginsel van de 'égalité devant les charges publiques'. Zie ABRRS 18 februari 1997, AB 1997, 143, nt. PvB. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven houdt het er op, in aansluiting op deze jurisprudentie van de Afdeling maar met een nog wat traditionelere dogmatische onderbouwing in een recente uitspraak, dat de samenhang — de connexiteit — tussen een publiekrechtelijk schadeveroorzakend besluit en een daaruit resulterend zuivere schadebesluit — in beginsel zonder publiekrechtelijke titel — zelf reden kan zijn om een publiekrechtelijke rechtstoegangverschaffende titel aan te nemen. De besluitvorming (en mitsdien beoordeling) omtrent de schade-aspecten van een bestaande publiekrechtelijke rechtsbetrekking maken in deze lijn van redeneren onderdeel uit van de (schadeveroorzakende) publiekrechtelijke rechtsbetrekking zelf. Zie ook CBb 19 februari 1997, AB 1997, 144.

17 Simon en Schlössels nemen zelfs aan dat — in het verlengde van deze jurisprudentie — weigeringen tot vergoeding van schade tengevolge van *feitelijk* handelen van bestuursorganen aan de bestuursrechter (moeten) kunnen worden voorgelegd. Zie H.J. Simon en R.J.W. Schlössels, 'Het zelfstandige schadebesluit; nieuwe kansen?', in: *Jurisprudentie bestuursrecht* 1996, p. 1119-1126. Deze extrapolatie gaat Van Buuren te ver: hij meent dat de rechtstoegangsgrens voor de schadebeoordeling bij 'besluiten' zou moeten worden getrokken. Schade-aspecten en -beoordeling tengevolge van feitelijk handelen horen volgens hem niet bij de bestuursrechter thuis. Voor de schadebeoordeling werken met het criterium van de publiekrechtelijke rechtsbetrekking is volgens hem (nog) niet — buiten het ambtenarenrecht — te operationaliseren. Zie de annotatie van Van Buuren onder ABRRS 29 november 1996, AB 1997, 66. Ik zelf ben geneigd de denkrichting van Simon en Schlössels te volgen. Van Buuren's bezwaar snijdt namelijk in zoverre geen hout dat bijvoorbeeld onder de Ambtenarenwet en de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie al veel langer door verschillende bestuursrechters ervaring is opgedaan met de beoordeling van schade-aansprakelijkheid en schade tengevolge van feitelijke handelingen. Het CBb en de CRvB hebben zelfs genuanceerde jurisprudentiecriteria op dit terrein ontwikkeld om te bepalen wanneer feitelijke handelingen wel en wanneer niet ter uitvoering van een publieke taak geschieden. Zie onder andere CBb 17 mei 1963, SEW 1963, p. 531 en (bijvoorbeeld) CRvB 30 mei 1984, TAR 1984, 177 en CRvB 19 juni 1986 TAR 1986, 213.

18 In Nederland is het vooral Tak geweest die zich al meermalen heeft uitgelaten ten faveure van een bestuursprocesrechtelijk geding dat de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking zelf en niet het Awb-besluit tot object heeft. Zo stelde hij onlangs nog in een discussie met Scheltema in het NTB: 'het bestuursrechtelijke geding zou niet tot een bepaald *besluit* beperkt moeten zijn, maar de gehele *rechtsbetrekking* tot voorwerp moeten hebben, waarbij overigens niet alleen het bestuur, maar ook de burger door de rechter tot de orde geroepen kan worden (...)'. zie Tak, a.w. (noot 6), p. 299. In dezelfde zin heeft ook Van Male zich in zijn oratie uitgelaten: 'een heldere regeling van de rechtsmacht van de administratieve rechter brengt mee dat alle geschillen over bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen door dezelfde rechter worden afgedaan.' R.M. van Male, *Onvoltooid recht*, oratie Rotterdam, Zwolle 1993, met

gelegd van het stelsel van de Awb, waarin het besluit-begrip een van de belangrijkste peilers voor de bestuursrechtelijke normering is. Een en ander heeft ook grote betekenis voor de toekomstige ontwikkeling van het leerstuk van de nadeelcompensatie dat zich op grond van deze nieuwste kiemen in de jurisprudentie in een nieuwe richting kan gaan ontwikkelen tot een zelfstandig bestuursrechtelijke aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Zowel de basis voor de aansprakelijkheid als ook de gehoudenheid van de burger behoeven in een compensatiestelsel dat zich baseert op de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking opnieuw doordenking.¹⁹ Vooraleer op die nieuwe ontwikkelingen verder in te gaan, zal ik eerst kort de huidige stand van zaken met betrekking tot het leerstuk van de nadeelcompensatie behandelen

3 De gehoudenheid tot nadeelcompensatie

In Nederland is er — om met de Afdeling rechtspraak van de Raad van State te spreken — op dit ogenblik nog geen algemene rechtsregel aan te wijzen op grond waarvan de overheid steeds gehouden is tot gehele of gedeeltelijke vergoeding van nadelen ontstaan als gevolg van rechtmatig overheidshandelen.²⁰ Art. 3:4, tweede lid, Awb draagt bestuursorganen weliswaar op onevenredige nadelige gevolgen van besluitvorming zoveel mogelijk te voorkomen, algemene bestuursrechtelijke aansprakelijkheid wordt hiermee nog niet gevestigd. Aanspraken tot vergoeding van geleden schade tengevolge van — vooralsnog — rechtmatig overheidsoptreden kunnen in het bestuursrecht slechts ontstaan indien:

- (a) er een bijzondere wettelijke regeling is getroffen die een aanspraak op vergoeding van geleden nadeel vestigt (binnenwettelijke nadeelcompensatieplicht);
- (b) er sprake is van voor een belanghebbende — in vergelijking met anderen — onevenredig nadeel veroorzakend overheidsoptreden dat krachtens het ongeschreven bestuursrecht (in casu het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel) noodzaakt tot compenserende maatregelen (buitenwettelijke nadeelcompensatieplicht).

name p. 36 e.v.

19 Vergelijk Tak, a.w. (noot 6), p. 302.

20 ARRS 9 juli 1990, AB 1991, 229, nt. P.C.E. van Wijmen (Metroschade Rotterdam).

3.1 De binnenwettelijke nadeelcompensatie

Verskillende bijzondere wettelijke regelingen verplichten de overheid tot het remediëren van schade of nadeel dat door burgers wordt ondervonden ten gevolge van — in beginsel rechtmatig — overheidsoptreden. Binnen die tot nadeelcompensatie verplichtende regelingen zijn twee families te onderscheiden. Ten eerste is er de Onteigeningswet *cum annexis*.²¹ Deze familie schadeloosstellingsregelingen kenmerkt zich door een bestuurlijke voorprocedure (bijvoorbeeld een aanwijzing ter onteigening of aanwijzingen ten behoeve van een gedoogplicht) gevolgd door een procedure gericht op een in beginsel volledige schadeloosstelling, zo nodig vast te stellen door de gewone rechter. Een andere familie schadeloosstellingsregelingen is ingericht volgens het model van (art. 49 van) de Wet op de Ruimtelijke Ordening. Wettelijke nadeelcompensatieregelingen van deze soort dragen als gemeenschappelijk kenmerk dat slechts schade of nadeel wordt gecompenseerd, indien en voor zover die schade of dat nadeel redelijkerwijs niet ten laste van de gelaedeerde hoeft te blijven en voorzover in de vergoeding van die schade niet anderszins is voorzien.²² Ook de art. 15.20 en 15.21 van de Wet milieubeheer behoren tot deze familie van schadevergoedingsbepalingen²³ die voorzien in een soort billijkheidscorrectie bij de schadevaststelling in vergelijking met de op totale schadeloosstelling gerichte stelsels van de eerste familie. Zo zal schade ten gevolge van normaal maatschappelijk risico — bijvoorbeeld de intensivering van het verkeer en de daarvoor noodzakelijk verkeersveiligheidsvoorzieningen — of de normale maatschappelijke ontwikkelingen — zoals economische ontwikkelingen — meestal niet voor vergoeding in aanmerking komen op grond van dergelijke bepalingen.

Het verdient opgemerkt dat de wettelijke bevoegdheden tot schadevergoeding op zichzelf geen aansprakelijkheden voor rechtmatig overheidshandelen

21 Tot deze familie behoren bijvoorbeeld ook de Belemmeringenwet Privaatrecht (art. 1), de Rivierenwet (art. 16), de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen (art. 32), de Landinrichtingswet (art. 129), de Wet op de stads- en dorpsvernieuwing (art. 29), e.a.

22 Art. 49 WRO luidt: 'Voorzover blijkt dat een belanghebbende ten gevolge van: a. de bepalingen van een bestemmingsplan (...), schade lijdt of zal lijden, welke redelijkerwijs niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven, en waarvan de vergoeding niet of niet voldoende door aankoop, onteigening of anderszins is verzekerd, kent de gemeenteraad hem op verzoek een naar billijkheid te bepalen schadevergoeding toe.'

23 Verder behoren onder andere tot deze familie wetten als de Spoorwegwet (art. 68), de Boswet (art. 13), de Monumentenwet 1988 (art. 22), de Ontgrondingenwet (art. 26), de Natuurbeschermingswet (art. 18), de Luchtvaartwet (art. 50), e.a.

in het leven roepen.²⁴ Deze bepalingen scheppen slechts een — relatieve — verplichting tot schadeloosstelling, die niet gelijk kan worden gesteld met de aansprakelijkheid voor door de overheid veroorzaakt nadeel tengevolge van in beginsel rechtmatig overheidshandelen.²⁵ Die aansprakelijkheid — die wel het gevolg kan zijn van het niet voldoen aan de wettelijk gegeven rechtsplicht tot vergoeding van onevenredig groot nadeel tengevolge van rechtmatig overheidsoptreden — kent echter een andere rechtsgrondslag, namelijk, naar wel wordt aangenomen, in de beginselen van behoorlijk bestuur.²⁶ Deze ongeschreven bestuursrechtelijke rechtsbeginselen, die gedeeltelijk zijn gecodificeerd in art. 3:4, tweede lid, van de Awb, hebben zelfs betekenis voor de bepaling van de aansprakelijkheid in die gevallen waarin is voorzien in een wettelijke schadevergoedingsregeling.²⁷

3.2 Buitenwettelijke nadeelcompensatie

Ook uit het ongeschreven bestuursrecht kunnen dus, zoals bleek uit de vorige paragraaf, gehoudenheden tot nadeelcompensatie van overheidsoptreden voortvloeien. Indien bijvoorbeeld door overheidsoptreden, in vergelijking met anderen, onevenredig nadeel aan de positie van belanghebbenden wordt toegebracht, dan vloeit daar op basis van de beginselen van behoorlijk bestuur — met name *het evenredigheidsbeginsel* en het beginsel van de ‘égalité devant les charges publiques’ —²⁸ een gehoudenheid tot een billijke nadeelcompensatie uit voort. In de bestuursrechtelijke jurisprudentie en literatuur is nogal geworsteld met de vraag naar de precieze rechtsgrondslag, die ten basis ligt aan de buitenwettelijke gehoudenheid tot nadeelcompensa-

24 Zie hiervoor ook J.W. van Zundert, *Bestuursschaderecht; vergoeding van schade door planologisch overheidshandelen*, Zwolle 1993, p. 7.

25 Vergelijk voor dit onderscheid tussen aansprakelijkheid voor schade en de vraag naar de omvang van de schadevergoeding, zoals dat ook in het BW is doorgevoerd, ook G.J. de Groot, *Vergoeding van planschade*, Deventer 1982, p. 141. Zie ook hierna 3.2.

26 Genoemd worden hier meestal het beginsel van de ‘égalité devant les charges publiques’ en het *evenredigheidsbeginsel*, soms in combinatie met andere beginselen van behoorlijk bestuur. Zie A.J.C. de Moor-van Vugt, *Maten en gewichten*, diss. KU Brabant, Zwolle 1995, p. 245. Zie ook J.B.J.M. ten Berge, *Besturen door de overheid*, Nederlands algemeen bestuursrecht 1, Deventer 1996, p. 326-327. Zie ook hierna 3.2.

27 Zie onder andere CRvB 26 mei 1987, TAR 1987, 166 en het al eerder genoemde arrest van de HR van 18 januari 1991, AB 241.

28 Deze beide beginselen zijn gedeeltelijk gecodificeerd in art. 3:4, tweede lid, Awb. Ook het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel worden wel als subsidiaire rechtsbases genoemd. Zie ook De Moor van Vugt, a.w. (noot 26), p. 245-246 en Ten Berge, a.w. (noot 26), p. 326-327.

tie.²⁹ Overeenstemming over de precieze rechtsgrondslag is er op dit punt nog niet.³⁰

Die last bij het vinden van een eenduidig rechtsgrondslag voor nadeelcompensatie bij — in beginsel — rechtmatige overheidsdaden heeft ook te maken met het feit dat er bij de beoordeling van de schadevergoeding ten gevolge van overheidsoptreden meestal verschillende juridische vraagstukken tegelijkertijd een rol spelen. Enerzijds speelt de vraag naar de aansprakelijkheid voor het al dan niet rechtmatige overheidsoptreden, anderzijds speelt de vraag naar de omvang van de schadevergoeding. De Groot heeft er onder andere in zijn dissertatie *Vergoeding van planschade*³¹ al in 1982 op gewezen dat in het bestuursrecht nauwelijks onderscheid wordt gemaakt tussen de vraag van de aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door de overheid en het vraagstuk van de bepaling van de omvang van de schadevergoeding.³²

3.2.1 De constructie van de overheidsaansprakelijkheid

Zowel in bestuursrechtelijke jurisprudentie als literatuur wordt de rechtmatigheidsvraag ten aanzien van schadeveroorzakend overheidsoptreden vaak op de een of andere manier afhankelijk gemaakt van de vraag of het nadeel dat belanghebbende(n) bij dat overheidsoptreden ondervindt, (voldoende) wordt gecompenseerd.³³ Deze vermenging van vragen heeft tot een aantal debatten en polemieken in de literatuur aanleiding gegeven. Vooral die tussen Bregstein en Van den Bergh naar aanleiding van het zesde *Voorste Stroom*-arrest³⁴ is klassiek geworden.³⁵ In die discussie zag

29 Vergelijk Van den Berk 1991, a.w. (noot 7), p. 13.

30 Voor verschillende opvattingen op dit punt J.H.W. de Planque, *Overheidsaansprakelijkheid, administratieve en burgerlijke rechter*, VAR-reeks 102, Alphen aan den Rijn 1989, p. 14; J.E.M. Polak, *Ontwikkelingen in het administratieve schadevergoedingsrecht*, NTB 1993, afl. 7, p. 249-256 en A.J.C. de Moor-van Vugt, Commentaar bij art. 3:4 Awb, in: J.B.J.M. ten Berge, *Commentaar op de Algemene wet bestuursrecht e.a.*, losbl. 's-Gravenhage.

31 De Groot, a.w. (noot 25), p. 141.

32 Zie voor deze analyse ook P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, deel 2, bestuurshandelingen en waarborgen, Deventer 1986, p. 372-373.

33 Zie voor voorbeelden van deze jurisprudentie (in willekeurige voorbeeldreeksen en volgorde die illustratief is voor de teneur in de bestuursrechtelijke jurisprudentie) HR 19 december 1952, NJ 1953, 642 (Voorste Stroom VII), en (recenter) HR 18 januari 1991, AB 1991, 241 (Staat/Leffers), ARRS 20 december 1982, AB 1983, 409 (Paul Krugerbrug II), KB 11 mei 1989, AB 1990, 20 (Baggerspecie de Aarlanden).

34 HR 19 maart 1943, NJ 1943, 312.

35 Zie voor een diepgaand commentaar op dit debat H.C.F. Schoordijk, *Bestuursrecht en privaatrecht*, rede KU Brabant 1984, waarin hij stelling neemt tegen het 'alles of niets'-denken

Bregstein bij onrechtmatige daden in het algemeen belang een rechtvaardigingsgrond in wording.³⁶ Van den Bergh aan de andere kant vond dat een (overheids)daad niet een 'beetje onrechtmatig' kon zijn, bijvoorbeeld doordat vooralsnog geen nadeelcompensatie is geboden. Hij hield het er op dat een daad óf gerechtvaardigd (is) óf zij is dat niet.³⁷ Zonder te willen vervallen in zwart-wit-denken ten aanzien van het onrechtmatigheidsvraagstuk denk ik dat de positie van Van den Bergh — althans op het punt van de door hem gevolgde redenering³⁸ — bij de huidige stand van inzichten herwaardering behoeft. Een overheidsdaad is, als het gaat om het vaststellen van aansprakelijkheid, onrechtmatig of niet, net zoals daden van natuurlijke personen en rechtspersonen dat al dan niet kunnen zijn.³⁹

3.2.2 De (on)rechtmatigheid van overheidsdaden

De al dan niet onrechtmatigheid van een overheidsdaad valt vast te stellen door na te gaan of in een voorkomend geval de overheid al dan niet zijn wettelijke plicht heeft geschonden of in strijd heeft gehandeld met hetgeen het ongeschreven recht vordert, zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestond. Indien een overheidsinstantie binnen de grenzen van zijn taakstelling, de daarmee samenhangende bevoegdheid, en overigens binnen de grenzen die het geschreven en ongeschreven recht stelt aan de taakuitoefening blijft, dan is een daad rechtmatig te noemen. Druist het handelen van de overheid echter in tegen hetgeen het recht vordert, doordat

van Van den Bergh in de genoemde polemieken, onder verwijzing naar Eggens. Zie verder — ingelijkt — H.C.F. Schoordijk, *Het (privaatrechtelijk) dogmatisch tekort*, NJB 1996, p. 1005-1006.

36 M.H. Bregstein, *De arresten van de Hoge Raad van 19 maart 1943 en 18 februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad*, RMTh 1951, p. 273 e.v.

37 G. van den Bergh, *De arresten van de Hoge Raad van 19 maart 1943 en 18 februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad*, RMTh 1952, p. 598 e.v.

38 Niet waar het betreft zijn conclusie dat het optreden van de gemeente Tilburg in de *Vle Voorste Stroom*-casus plichtmatig, dus rechtmatig was, want dat was het mijns inziens niet, ook niet onder de toenmalige inzichten in het ongeschreven recht.

39 In deze zin heeft ook Nieuwenhuis zich recentelijk, naar aanleiding van het al meermalen genoemde arrest HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638 (Staat/Leffers) uitgelaten. Ook hij acht voor het vaststellen en verklaren van de gehoudenheid tot betaling van schadevergoeding de constructie verkieslijk waarbij wordt uitgegaan van de onrechtmatigheid van het overheidsoptreden indien is verzuimd in weerwil van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur onevenredig geleden nadeel te compenseren. Nieuwenhuis laat echter nog wel de deur op een kier voor diegenen, die, net als waarnemend A-G Bloembergen in het *Staat/Leffers*-geval, de mogelijkheid open willen houden vanuit de rechtmatigheid van het overheidsoptreden de gehoudenheid tot schadevergoeding te construeren. Zie J.H. Nieuwenhuis, *De constructie van overheidsaansprakelijkheid*, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Voor risico van de overheid*, Gouda/Quint, p. 11-16.

bijvoorbeeld in weerwil van het evenredigheidsbeginsel onevenredig nadelige gevolgen die aan het optreden zijn verbonden niet worden gecompenseerd dan is *daardoor* de onrechtmatigheid, en daarmee ook — indien zich geen rechtvaardigingsgrond voordoet — de mogelijke aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW gegeven. Redeneringen en argumentaties die er toe strekken de bijzondere positie van de overheid in het recht te benadrukken door er op te wijzen dat — overigens — rechtmatig overheidsoptreden onder het ongeschreven bestuursrecht rechtmatigheidsgebreken kan vertonen die geredieerd kunnen worden door nadeelcompensatie of een andersoortige behartiging van het algemene belang, zijn in het Awb en Nieuw BW-tijdperk wat uit de tijd.⁴⁰ Onder de Awb wordt overheidshandelen altijd en principieel begrensd door het recht, dat in het geval van overheidsoptreden voor het grootste gedeelte bestaat uit de geschreven en ongeschreven bestuursrechtelijke normen.⁴¹ Noch het algemeen belang, noch de bijzondere positie en verantwoordelijkheid van de overheid in het recht kunnen aan die rechtsbinding van de overheid zelf af doen.⁴² Spreken over schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaden, of aansprakelijkheid uit (de hypothetisch) rechtmatige overheidsdaad, past niet in deze constructie. Dit doet echter niet af aan de omstandigheid dat de overheid in een aantal gevallen een goede reden, of zelfs een rechtvaardigingsgrond (ex art. 6:162, tweede lid, BW) kan hebben, voor schadetoebrengend handelen.⁴³ Indien een valide rechtvaardigingsgrond aanwezig is, dan kan daarmee het onrechtmatige karakter aan een schadetoebrengende handeling ontvallen.

3.2.3 *De asymmetrische beoordeling van (on)rechtmatig overheidshandelen*

Rechtmatig handelen kan nooit aanleiding geven tot het ontstaan van een juridische aansprakelijkheid. Dat zou, om met Van den Bergh te spreken,

40 Vergelijk ook art. 3:1, tweede lid, Awb en art. 3:14 BW.

41 Zie voor een onderzoek waarin op overtuigende wijze wordt aangetoond dat de bijzondere (maar niet exclusieve) verantwoordelijkheid van de overheid nog niet automatisch tot gevolgen voor de rechtsbinding van overheidshandelen aan — met name — civiele recht hoeft te leiden, H.L.E. van Dijk, *De aansprakelijkheid van de overheid voor vernietigde beschikkingen*, diss. KU Brabant, Deventer 1990, met name hoofdstukken 1 en 2.

42 Vergelijk ook het commentaar van de regering bij 3:41, tweede lid, Awb. Zie hierover E.J. Daalder, e.a., *Parlementaire Geschiedenis Awb I*, Memorie van Antwoord II (2.54), p. 191.

43 Verder wordt de bijzondere positie van de overheid bediend door art. 6:168, lid 1, BW dat bepaalt dat de rechter een vordering inhoudende een verbod van een onrechtmatige gedraging kan afwijzen, op grond van het feit dat die gedraging behoort te worden geduld op grond van maatschappelijke zwaarwegende belangen. Een benadeelde behoudt in zulke gevallen wel het recht op schadevergoeding.

een logische contradictie zijn.⁴⁴ Zowel in het civiele recht als in het bestuursrecht is de wederrechtelijkheid van een daad of besluit de primaire ingang tot de aansprakelijkheid en mitsdien de plicht tot schadevergoeding, al is het in de bestuursrechtelijke procedure ook mogelijk via de rechter een schadevergoeding te krijgen die niet per se het gevolg hoeft te zijn van de onrechtmatigheid van een aangevochten besluit.⁴⁵

Indien aan een besluit rechtmatigheidsgebreken kleven, dan kan de bestuursrechter op basis daarvan een besluit geheel of gedeeltelijk vernietigen (al dan niet met het in stand laten van bepaalde gevolgen), zelf in de zaak voorzien, een en ander mogelijk te flankeren met een dwangsom of een voorlopige voorziening.⁴⁶ Verder kan de onrechtmatigheid van een besluit de bestuursrechter aanleiding geven tot een veroordeling in de door de wederpartij ten gevolge van die onrechtmatigheid geleden schade.⁴⁷ Dat de door de bestuursrechter geconstateerde onrechtmatigheid van een besluit of handeling evenzeer constitutief is voor het ontstaan van aansprakelijkheid voor eventuele schadevergoeding, blijkt ook wel uit het feit dat het oordeel van de bestuursrechter over de al dan niet rechtmatigheid van overheidshandelen in de ogen van de burgerlijke rechter maatgevend is.⁴⁸

Waar de gevolgen elkaar naderen zijn er echter inhoudelijk wel verschillen tussen het burgerlijke en civiele recht op het punt van de schadevergoeding wegens onrechtmatig overheidshandelen. In het systeem van de Awb is de consequentie van de relatie onrechtmatigheid, aansprakelijkheid en verplichting tot schadevergoeding niet op dezelfde manier getrokken als in het civiele recht. De Awb geeft aan belanghebbenden bij besluiten of overheidshandelen geen zelfstandig recht op schadevergoeding. Slechts via het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van de 'égalité devant les charges publiques' bestaat er — om het wat gechargeerd te zeggen — een waarborg voor burgers om niet (althans niet zonder enige compensatie van geleden nadeel) onevenredig hard te worden aangepakt door bestuursorganen.

44 G. van den Bergh, t.a.p. (noot 37), p. 598 e.v.

45 Art. 8:73 Awb maakt het de bestuursrechter namelijk mogelijk om een schadeveroordeling uit te spreken in geval *het beroep* gegrond wordt verklaard. Het bestaan van die mogelijkheid levert echter geen aansprakelijkheid op wegens onrechtmatig handelen, maar verplicht tot schadevergoeding wegens een rechterlijke uitspraak.

46 Zie de uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter van art. 8:72 Awb.

47 Zie art. 8:73 Awb.

48 Vergelijk HR 16 mei 1986, AB 1986, 573 (Heesch/Van de Akker). Wordt de onrechtmatigheid door de bestuursrechter uitgesproken wegens strijd met de wet of het ongeschreven recht, dan is daarmee in beginsel ook de schuld aan de onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 BW gegeven. Zie HR 26 september 1986, AB 1987, 70 (Hoffmann-La Roche) en HR 31 mei 1991, AB 1992, 290 (Van Gog/Nederweert).

Een aanspraak op schadevergoeding wordt in de Awb nergens gegeven: de al dan niet toekenning van schadevergoeding wegens een onrechtmatige overheidsdaad in het bestuursrecht hangt af van de vraag of de rechter zijn schadeveroordelingsbevoegdheid ex art. 8:73 Awb wil toepassen. Het feit dat het bestuursrecht niet zelfstandig op enigerlei wijze de aansprakelijkheid voor onrechtmatig overheidshandelen vestigt, betekent dat voor de vaststelling van de aansprakelijkheid en de mogelijk daaruit voortvloeiende gehoudenheid tot schadevergoeding — binnen het huidige systeem — altijd via de civielrechtelijke weg zal moeten worden vastgesteld. Hierdoor bestaat een merkwaardige asymmetrie: het rechtmatigheidsvraagstuk ten aanzien van overheidshandelen wordt goeddeels door bestuursrechtelijke normen beheerst, terwijl het aansprakelijkheidsvraagstuk voor eventuele onrechtmatigheid voornamelijk wordt beheerst door het civiele recht. Dat verschil in materieelrechtelijk regime is op zich geen probleem, ware het niet dat er ten aanzien van deze twee rechtsgebieden ook twee rechters competent zijn. Voor het rechtmatigheidsvraagstuk is, zeker in het geval het overheidshandelen in de vorm van besluitvorming betreft, de bestuursrechter onder de Awb competent, voor het aansprakelijkheidsvraagstuk en de schadevergoeding nog in veel gevallen de civiele rechter.⁴⁹

3.3 *De wens tot zelfstandig bestuursrechtelijk schadevergoedingsrecht*

In de bestuursrechtelijke literatuur vraagt men zich op het ogenblik steeds meer (en meer in den brede) af of het nog wel gewenst is om voor het vaststellen van de aansprakelijkheid en de mogelijkheid tot schadevergoeding zowel de civiele als de bestuursrechtelijke procedure in de huidige vorm te behouden.⁵⁰ Tot vóór 1993 kon het antwoord alleen maar ten faveure

49 Een probleem is dat art. 8:73 Awb *cum annexis* geen materiële criteria bevat ter bepaling van de schade. Bestuursrechters zoeken hiervoor, in de gevallen waarin ze zelf overgaan tot schadevergoeding, in praktijk zo veel mogelijk aansluiting bij het civiele schadevergoedingsrecht. Op het ogenblik is nog niet geheel duidelijk, zo blijkt uit de evaluatie van de Awb, of er onder de Awb nog veel zaken civielrechtelijk voortgezet worden nadat de procedure voor de burgerlijke rechter is afgerond. Er komen in ieder geval weinig doorverwijzingen ex art. 8:71 Awb voor. Aan de andere kant geven de bestuursrechtelijke colleges weinig actieve voorlichting omtrent de mogelijkheden tot schadevergoeding onder de Awb. Schadevergoedingen komen vooral voor in sociale zekerheidszaken en ambtenarenzaken. Zie voor deze informatie J.B.J.M. ten Berge e.a., *Ervaringen met de Awb: het bestuursprocesrecht*, Deventer 1996, p. 257-269.

50 Er is op het ogenblik zelfs een brede roep om te komen tot een algemene uniforme wettelijke regeling op het terrein van de aansprakelijkheid en schadevergoeding in het bestuursrecht. Zie onder andere J.K. Moltmaker, *Schadeveroorzakend overheidshandelen*, 1991; J.A.M. van den Berk 1991, a.w. (noot 7), p. 239 e.v.; Van Buuren, a.w. (noot 7), p. 102; Van Male, a.w. (noot 18), met name p. 36 e.v.; B.P.M. van Ravels, *Schadevergoeding: de*

van die dubbele rechtsgang luiden. Voor de inwerkingtreding van de Awb was de bestuursrechter niet of onvoldoende geëquipeerd om naar aanleiding van geconstateerde onrechtmatigheid ook de daardoor optredende aansprakelijkheid afdoende te doen volgen door vaststelling van de schade-omvang en schade-veroordeling. Verder kende de bestuursrechter niet de uitspraak-mogelijkheden die de burgerlijke rechter — zo gevorderd — aan een onrechtmatige daadsactie kan verbinden, kwamen feitelijke overheids-handelingen veelal niet door het bestuursrechtelijke ontvankelijkheidsnet en miste de bestuursrechter daarenboven de expertise om als schaderechter op te treden. De burgerlijke rechter moest binnen dit systeem als reserve-rechter op blijven treden.

Inmiddels is er echter veel veranderd. De bestuursrechter heeft onder de Awb meer mogelijkheden tot schadeveroordeling gekregen, de expertise bij schadevaststelling groeit⁵¹ en, via de jurisprudentie inzake het zelfstandige schadebesluiten, kunnen steeds meer — zo niet alle — beroepen tegen schadeveroorzakend overheidshandelen door de bestuursrechter zelf worden ontvangen en behandeld. Toch zijn er nog zodanige lacunes in het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht en is de coördinatie ten opzichte van de civiele rechtsgang nog zó onvolkomen dat met Van Male terecht gesproken kan worden over de ‘onvoltooide schadevergoedingsregeling’ van de Awb. Zo is de schadevergoedingsregeling van 8:73 Awb — zoals al werd opgemerkt — als bevoegdheid voor de rechter geregeld, is het mogelijk voor zowel partijen als de rechter om in een zaak van rechter te wisselen, of een zaak naar een andere rechter te verwijzen (het zogenaamde dubbele facultatieve systeem), materiële normen voor schadevergoeding ontbreken, etc. etc.⁵² Dat de behoefte aan een geüniformeerde wettelijke regeling op het vlak van het bestuursrechtelijke aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht geen opgeklopt eierschuim is van feestbundelende en orerende bestuursrechtsgeleerden kan eigenlijk wel worden afgeleid uit de jurisprudentie-lijn inzake de zelfstandige schadebesluiten. Bestuursrechters hebben daarmee in ieder geval al voor veel rente- en vertragingsschades een einde gemaakt aan ‘omweggetjes’ via de burgerlijke rechter.⁵³ Van Buuren acht het zelfs heel goed mogelijk dat, indien de rechtsontwikkeling zo doorgaat, voor de burgerlijke rechter straks geen taak meer zal of mag

rechtsmachtverdeling na de invoering van de Awb, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Voor risico van de overheid*, Gouda Quint 1996, p. 61-79 e.v.

51 Zie Ten Berge, a.w. (noot 49), p. 263-269.

52 Van Male, a.w. (noot 18), p. 39-40.

53 Zie onder andere CRvB 28 juli 1994, AB 1995, 40 en AB 1995, 133, nt. RMvM.

zijn neergelegd als het gaat om de toekenning van nadeelcompensatie.⁵⁴ Dat is wellicht een goed iets voor de rechtzoekende burger die geen dubbele rechtsgangen behoeft te bewandelen. Echter, die ten aanzien van kwestieus overheidshandelen gerechtigheid zoekende burger zou nog veel meer vooruit geholpen zijn indien hij kon voorzien in welke gevallen, en tot welke omvang de overheid aansprakelijk is voor veroorzaakte schade. Het is vooral op dit punt waar de 'onvoltooidheid' van het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht zich momenteel, maar zeker in de nabije toekomst, nog het meest doet gevoelen. In welke gevallen kan de overheid nu — tegen de achtergrond van de door de jurisprudentie inzake het zelfstandige schadebesluit veroorzaakte verschuivingen tussen het bestuurs- en privaatrecht — worden aangesproken tot vergoeding van door een belanghebbende geleden nadeel? Welke schade kan op welke manier tot welke hoogte worden verhaald op de overheid? Tot nu konden de antwoorden op deze vragen worden gevonden in het Burgerlijk Wetboek en in civielrechtelijke schadevergoedingsjurisprudentie. Voordat de Algemene wet bestuursrecht in werking trad werd het publiekrechtelijke schadevergoedingsrecht grotendeels geregeerd door de civielrechtelijke onrechtmatige daadsactie en de beoordeling van aansprakelijkheid en schade-omvang door de burgerlijke rechter. In de volgende paragraaf zal ik kort trachten te schetsen welke criteria door de burgerlijke rechter bij de bepaling van aansprakelijkheid en schade-omvang in bestuursrechtelijke zaken werden en worden gehanteerd.

54 Zie ABRRS 29 november 1996, AB 1997, 66, nt. PvB; P.J.J. van Buuren, *Grenscorrectie tussen bestuursrecht en privaatrecht via het zelfstandige schadebesluit*, NJB 1997, p. 759-764. Van Buuren onderscheidt in zijn laatstgenoemde artikel twee scenario's. In het eerste — mede door van Ravels bepleite — scenario is er geen ruimte meer voor een beoordeling door de burgerlijke rechter indien de bestuursrechter enige mogelijkheid heeft om de schadeaspecten verbonden aan een besluit te beoordelen, in het tweede — mede door Schueler voorgestane — scenario heeft een burger de keuze om bij de bestuursrechter (via bijvoorbeeld een zelfstandig schadebesluit verzoek) of bij de burgerlijke rechter (via een actie ex art. 6:162 BW) te adieren. Van Buuren omarmt de eerste optie nu die volgens hem beter bij ons rechtssysteem past en forumshopping en rechtsongelijkheid voorkomt.

4 Aansprakelijkheid in wederzijdse rechtsbetrekkingen en de risicosfeer van de burger

4.1 Criteria voor aansprakelijkheid

In zijn noot bij het arrest *Staat/Leffers* geeft Van Buuren⁵⁵ een aantal criteria die bij de bepaling van de aansprakelijkheid voor en de omvang van de schadevergoeding van — vooralsnog — rechtmatige overheids-handelen een rol (moeten) spelen:

- (a) het moet gaan om schade die een gelijke behandeling van rechtsgenoten verstoort doordat de schade bij een of enkele personen of een kleine groep van personen terecht komt, terwijl anderen in een min of meer gelijke positie niet getroffen worden;
- (b) het moet schade betreffen die niet geacht kan worden te behoren tot het normaal maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico;
- (c) hierop aansluitend: niet voor vergoeding in aanmerking komt een schade die veeleer het gevolg is van voorzienbare maatschappelijke ontwikkelingen (denk aan de ontwikkelingen van het verkeer) dan van daarop volgende overheidsbesluiten;
- (d) de schade mag niet toegerekend kunnen worden aan eigen handelen of nalaten van de gedupeerde;
- (e) de schade mag niet gerekend kunnen worden tot een risico dat de gedupeerde uitdrukkelijk heeft of geacht moet worden te hebben aanvaard.

Met deze criteria geeft Van Buuren — mede op basis van Van den Berk's analyses⁵⁶ — de huidige stand van zaken in de jurisprudentie ten aanzien van het bestuursrechtelijke aansprakelijkheidsrecht grotendeels weer.

4.1.1 Slechts directe schade

Van Buuren's criteria laten zien dat in de jurisprudentie de overheid niet voor alle schade⁵⁷ tengevolge van — vooralsnog — rechtmatig, maar bijzondere personen of groepen onevenredig zwaar belastend, overheidsop-treden aansprakelijk wordt geacht. De aansprakelijkheid die ontstaat uit

55 Zie P.J.J. van Buuren, Varkensmester; Hoge Raad 18 januari 1991, in: F.H. van der Burg e.a. (red.), *AB Klassiek*, tweede druk, Zwolle 1994, p. 238.

56 Vergelijk Van den Berk 1991, a.w. (noot 7), p. 66-133.

57 In beginsel komen alle civielrechtelijk bekende schade*soorten* voor vergoeding in aanmerking (ook immateriële schade, letselschade, renteschade, belastingschade, planschade, etc.) Zie voor een overzicht H.J. Simon, *Handleiding Awb-praktijk*, Den Haag 1995, p. 297-299.

de onevenredigheid heeft slechts betrekking op de directe gevolgen van het overheidshandelen zelf. De draagkracht van de gelaedeerde, bijvoorbeeld, speelt, buiten enkele gevallen in het milieurecht, nauwelijks een rol.⁵⁸

4.1.2 Risico-toerekening

Niet aansprakelijk is de overheid voor schade die het gevolg is van normaal maatschappelijk of normaal bedrijfsrisico (sommige veeziekten worden daartoe wel gerekend)⁵⁹ of die het gevolg is van *een normale maatschappelijke ontwikkelingen* (denk aan de normale bevolkings-, bebouwings- of verkeersontwikkeling⁶⁰). In de bestuursrechtelijke schadevergoedingsjurisprudentie is in het verleden op tal van terreinen door rechters uitgesproken dat schade ten gevolge van overheidsoptreden ten laste behoorde te blijven van de benadeelde omdat het schade betrof ten gevolge van normale maatschappelijke ontwikkelingen of risico's. Uit deze jurisprudentielijn blijkt de letterlijke werking van het beginsel van de 'égalité devant les charges publiques': slechts de schade ten gevolge van overheidsoptreden die onevenredig en in het bijzonder één benadeelde treft komt voor compensatie in aanmerking. Het nadeel van een gelaedeerde moet worden gezien in het perspectief van het nadeel dat andere betrokkenen lijden ten gevolge van overheidsacties. Dit beginsel maakt ook duidelijk dat het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht een geheel ander fundament kent dan het civielrechtelijke schadevergoedingsrecht.

4.1.3 Eigen schuld

Verder is de overheid niet aansprakelijk voor de schade die door een ander wordt teweeggebracht, of door het eigen handelen of nalaten van de

58 Zie onder andere AGRvS 12 oktober 1988, AB 1989, 234, nt. JvdB (Gemeente Barendrecht) en ARRS 22 november 1983, AB 1984, 154. Zie voor verdere voorbeelden Van den Berk 1991, a.w. (noot 7), p. 102 e.v.

59 Schade tengevolge van varkenspestepidemieën en de daarbij horende minder ingrijpende overheidsmaatregelen zoals vervoersverboden, worden in beginsel gerekend tot het normale bedrijfsrisico van varkenshouders, zie ABRRS 30 maart 1995, AB 1995, 375. Zie voor de grenzen van dit normale bedrijfsrisico ook de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest 18 januari 1991, AB 1991, 241, nt. F.H. van der Burg (Staat/Leffers) op dit punt. Volgens Van Dorst-Tatomir interpreteert de Hoge Raad het normale bedrijfsrisico erg eng waardoor via onrechtmatige daadsacties tegen de overheid (te) veel ondernemingskosten op de maatschappij worden afgewenteld. Zie Van Dorst-Tatomir, a.w. (noot 5), p. 312-313.

60 Zie voor een voorbeeld KB 15 juni 1983, AB 1983, 467, nt. BJvdN (Omzetderving Hellevoetsluis).

gedupeerden zelf is ontstaan. Onder deze vormen van door bijvoorbeeld door *eigen schuld* ontstane schade vallen ook die vormen waarbij gedupeerden hebben verzuimd schadebeperkend te handelen.⁶¹ De basis voor deze eigen schuldverrekening in het nadeelcompensatierecht wordt gevonden in art. 6:101 BW en de jurisprudentie op het terrein van de eigen schuld bij (on)rechtmatige overheidsdaden is vergelijkbaar met die op het terrein van de 'gewone' onrechtmatige daad.

Uit de bestuursrechtelijke schadevergoedingsjurisprudentie blijkt dat verwerende overheidsinstanties zich in schadevergoedingsinstanties steeds meer een beroep doen op de eigen schuld van de door een overheidshandelen gedupeerde.⁶² In de zaak *Leffers/Staat* die door de Hoge Raad werd doorverwezen naar de rechtbank Den Haag werd, in kort geding, met succes door de overheid een dergelijk beroep op eigen schuld van Leffers gedaan.⁶³ De druiven waren zuur voor de, inmiddels failliete, varkenshouder Leffers, die zijn cassatieberoep gegrond verklaard zag worden, maar de erop volgende kort geding-procedure verloor omdat de president vooralsnog het eigen-schuld-verweer van de overheid honoreerde.

4.1.4 *Eigen schuld: de schadebeperkingsplicht*

Tot de eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW wordt ook wel de schade gerekend die redelijkerwijs door preventief of schadebeperkend handelen van de benadeelde zelf te voorkomen was geweest. Schueler onderscheidt hier van een aparte van de 'eigen schuld' te onderscheiden categorie: de 'schadebeperkingsplicht'.⁶⁴ In het bestuursrechtelijke nadeelcompensatierecht wordt van de benadeelde verwacht dat hij zelfstandig de redelijkerwijs van hem te verwachten maatregelen neemt die de schade kunnen beperken.⁶⁵ Laat een benadeelde dit na dan kan dat aanleiding zijn de uit dat nalaten voortvloeiende schade geheel of gedeeltelijk voor zijn rekening te laten. De kosten voor de schadebeperkende maatregelen kunnen op hun beurt weer wel zelf deel uitmaken van een eventueel toe te kennen schadevergoeding.⁶⁶ Een bijzondere vorm van het voorkomen van eigen

61 Zie voor een voorbeeld CRvB 28 april 1994, JB 1994, 150 en TAR 1994, 135.

62 Zie voor een voorbeeld in een in essentie bestuursrechtelijk geding: HR 22 december 1995, NJ 1996, 301, A&V 1996, p. 35 nt. W.H. van Boom (Mr Osse q.q./Staat). Zie ook ABRRS 3 november 1994, AB Kort 1994, 984.

63 Pres. Rechtbank 's-Gravenhage 7 april 1993, KG 1993, 162, NJ 1993, 479.

64 Zie Schueler, a.w. (noot 15), p. 77-78.

65 CRvB 14 december 1994, AB 1995, 254; CBb 12 april 1988, UVB 1988, 20, nt. HZ.

66 CBb 11 april 1989, UCB 1989, 24, nt. HJS.

schuld door schadebeperking wordt wel eens gezocht in de omstandigheid waarin de benadeelde schade had kunnen voorkomen door tijdig een voorlopige voorziening aan te vragen op grond van art. 8:81 Awb. De jurisprudentie is echter nog sterk verdeeld op dit punt. Slechts in een enkele uitspraak wordt dit beroep op eigen schuld van de benadeelde door het niet tijd aanvragen van een voorlopige voorziening gehonoreerd.⁶⁷ De niet verplichte juridische bijstand en procesvertegenwoordiging in het bestuursprocesrecht lijken mij ook in de weg te staan aan verdere stappen in deze lijn van rechtspraakontwikkeling.

4.1.5 *Quasi eigen schuld*

Naast de genoemde vormen van eigen schuld ex art. 6:101 BW bestaan er nog andere vormen van *quasi eigen schuld* die in de jurisprudentie aanleiding geven tot een beperking van de aansprakelijkheid van de overheid. Bij de bepaling van de aansprakelijkheid moet de schade bijvoorbeeld ook niet liggen in door de gedupeerde al *dan niet uitdrukkelijk aanvaarde risico's*, wil ze voor vergoeding in aanmerking komen. Van een dergelijke aanvaarding is sprake indien een bouwvergunninghouder, voordat een vergunningbesluit formele rechtskracht heeft verkregen, toch begint met bouwen. Zowel de Hoge Raad als de Afdeling bestuursrechtspraak nemen aan dat, in gevallen waarin bouwvergunninghouders beginnen met bouwen voordat een beslissing onherroepelijk is, daardoor ontstane schade als aanvaarde risico's en derhalve als eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW voor rekening van de benadeelden moeten blijven.⁶⁸

Enkele omstandigheden, die ook tot mitigatie van de aansprakelijkheid van de overheid kunnen leiden, bleven in de hierboven opgenomen opsomming van Van Buuren nog onvermeld.

4.1.6 *Voordeelstoerekening en 'behoorlijk burgerschap'*

De eerste omstandigheid betreft de omstandigheid van de *voordeelstoerekening*, in de zin van art. 6:100 BW. Levert een gebeurtenis naast schade tevens voordeel op dan dient dat voordeel, voorzover dit redelijk is te

67 CBb 26 februari 1988, no. 87/1367/91/164; ARRS 27 februari 1981, Gemeentestem 6678, nr. 2; ARRS 31 juli 1979, AB 1980, 398; Rb. 's-Gravenhage 4 december 1996, nr. 94/12474. Zie verder de literatuur vermeld door Schueler, a.w. (noot 15), p. 79-80.

68 Zie HR 29 april 1994, AB 1994, 530, nt. FHvdB (Gemeenschappelijke Eigendom/'s-Gravenhage) en Vz ABRRS 11 februari 1994, AB 1994, 386, nt. PvB en ABRRS 16 juni 1995, AB 1996, 85.

worden verrekend met de schade, ook in het bestuursrecht.⁶⁹ Verder komt schade waarvan de vergoeding reeds *anderszins* is *verzekerd* ook niet voor vergoeding in aanmerking.⁷⁰

Een laatste groep van omstandigheden die kan leiden tot uitsluiting van aansprakelijkheid wordt gevormd door handelen van de gelaedeerde in *strijd met wat Van Wijmen de algemene beginselen van behoorlijk burgersmanschap noemt*.⁷¹ Van Wijmen doelt hiermee op gedrag van burgers dat, in de wederkerige bestuursrechtelijke rechtsbetrekking tussen overheid en burger, als (maatschappelijk) onzorgvuldig aangemerkt moet worden. Als voorbeeld noemt van Wijmen de *eis van adequate informatieverschaffing*⁷² en de *eis van — in beginsel — behoorlijke naleving*. Deze verzamelcategorie van onbetamelijk overheidsaansprakelijkheidsbeperkend gedrag wordt nu veelal nog onder de categorie eigen schuld, of eigen risico gebracht, maar ik vind, met alle aandacht die er voor de tweezijdigheid van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking is, veel voor Van Wijmen's nieuwe rubricering te zeggen.

4.2 6:100 tot en met 6:102 BW het geëigende kader?

Uit dit overzicht blijkt duidelijk dat bij het vaststellen van en de uitzonderingen op de aansprakelijkheid voor ten gevolge van onevenredig zwaar ingrijpend overheidsoptreden nadrukkelijk, zij het vaak impliciet, wordt gekeken naar afdeling 10 van boek 6 BW. De art. 100 tot en met 102 van boek 6 BW worden toegepast op de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. De vraag is echter of die artikelen wel het geëigende kader vormen voor een beoordeling van de gehoudenheden tot schadevergoeding in de relatie tussen burger en overheid. Het vergt bijvoorbeeld een vertaalslag om te zien op welke manier een burger eigen schuld kan hebben aan schade die wordt veroorzaakt door overheidshandelen. Het handelen van een burger is namelijk van een andere orde dan dat van de overheid. Zo zijn burgers vaak niet eens bevoegd tot het stellen van veel van de daden waarvoor de overheid aansprakelijkheid kan zijn, en is het (mede daardoor) voor gewone burgers veelal onmogelijk om schade te voorkomen. Van letterlijke 'mede-

69 Zie voor een door Van den Berk genoemd voorbeeld KB 27 februari 1984, AB 1984, 443, nt. BJvdN.

70 Vergelijk ARRS 19 juni 1986, AB 1987, 360 (Mommers/GS Noord-Brabant).

71 Vergelijk P.C.E. van Wijmen, Samenloop van bestuursrecht en burgerlijk recht bij onrechtmatige daad, in: H.J.A.M. van Geest e.a., *Bestuursrecht aan de horizon*, Zwolle 1994, p. 145-146.

72 Zie ook Schueler, a.w. (noot 15), p. 69 e.v.

veroorzaking' kan natuurlijk geen sprake zijn ten aanzien van handelingen die een benadeelde zelf niet eens zou kunnen verrichten. Ook de voordeels-verrekening van art. 6:100 BW is niet zonder vertaling toe te passen in de verhouding tussen overheid en burger. Moet het voordeel dat een burger van — in beginsel — onrechtmatig handelen van de overheid kan hebben, niet net als in het geval van het ondervonden 'nadeel' worden afgemeten tegen het voordeel dat andere rechtsgenoten van vergelijkbaar overheids-handelen ondervinden? Het beginsel van de 'égalité devant les charges publiques' speelt, naar mijn indruk, ook hier een rol, zij het dat die in de voordeelstoerekeningsjurisprudentie nauwelijks aan de orde komt

De art. 6:100 tot en met 6:102 BW lijken in het Awb-tijdperk, nog minder dan in het geval was dan in het pre-Awb tijdperk, het aangewezen kader voor het filigrijn van de verrekening van gehoudenheden in geval van schadevergoeding door de overheid bij (on)rechtmatige overheidsdaad. De ongelijkheid in de positie van de burger enerzijds en de overheid anderzijds staan hier in toenemende mate aan in de weg. Binnen het bestuursrecht, maar ook in het civiele recht is sprake van een groeiend besef voor de bijzondere positie van de overheid, ook waar die overheid privaatrechtelijk optreedt. Zo is de overheid ook in het privaatrechtelijke verkeer gebonden aan de beginselen van behoorlijk bestuur, waar een burger dat niet is.

Een — zij het niet direct zichtbare — uitdrukking van die vergrote aandacht en bewustwording van de bijzondere positie die de overheid enerzijds en de burger anderzijds jegens elkaar ook in het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht innemen is de toenemende jurisprudentiële aandacht voor de gehoudenheid van de burger jegens de overheid. In de jurisprudentie onder de Awb bestaat meer en meer aandacht voor wederkerigheid van de rechtsbetrekking tussen overheid en burger bij de vaststelling van de gehoudenheid tot nadeelcompensatie, hetgeen onder andere uit de verscherpte eigen risico- en eigen schuld-jurisprudentie blijkt.

4.3 Afwenteling van nadeel door de overheid

Een van de nieuwste ontwikkelingen op dit punt betreft de discussie rond de bevoegdheid van bestuursorganen tot het afwentelen van onevenredig en daarom — in beginsel te compenseren — nadeel op andere overheden of op burgers.⁷³ Van Male heeft ten aanzien van die in praktijk wel

⁷³ Vergelijk R.M. van Male, Marionette, in: T. Hoogenboom e.a. (red.), *In de sfeer van het administratief recht*, (opstellen aangeboden aan W. Konijnenbelt), Utrecht 1994, p. 295-315.

gebezigde vormen van afwenteling van de gehoudenheid tot nadeelcompensatie de stormbal gehesen. Volgens hem worden met een dergelijke manier van doen de grenzen van het legaliteitsbeginsel, en met name het specialiteitsbeginsel, overschreden. Inmiddels is er echter al wel jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State waarin, met de zegen van de Afdeling, een vergunninghouder bij vergunningvoorschrift wordt verplicht de nadelen die derden kunnen ondervinden van het hem vergunde handelen (in casu het plaatsen van een telefooncel) te compenseren.⁷⁴ De rechtbank 's-Gravenhage kon een dergelijke praktijk in een soortgelijk geval evenwel nog niet billijken.⁷⁵ Wat de toekomst brengt op dit punt moet worden afgewacht.

5 Een wettelijke regeling?

Moet er nu een uniforme regeling komen inzake de bestuursrechtelijk schadevergoedingsrecht?⁷⁶ Alom zijn vurige pleidooien gevoerd om tot zo'n regeling te komen.⁷⁷ Die discussies over het wel of niet van zo'n regeling zijn onder invloed van de 'zelfstandig schadebesluitjurisprudentie' van — inmiddels — de meeste bestuursrechters alleen nog maar indringender geworden. Door via de constructie van het — titelloze — zuivere schadebesluit rechtsingang te verschaffen voor beroepen tegen bijna alle vormen van schadeveroorzakend overheidsoptreden heeft de bestuursrechter in feite in zijn algemeenheid de mogelijkheid aan zich getrokken recht te spreken op het gehele terrein van het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht. Het enige wat ontbreekt is jurisprudentie of een wettelijke regeling die deze bestuursrechtelijke weg van schadebeoordeling ook tot de exclusieve

74 ABRRS 10 mei 1995, RAwb 1995, nr. 72, nt. BdeW.

75 Rb. Den Haag 12 juni 1996, RAwb 1996, nr. 82, nt. BdeW.

76 Van Buuren heeft zelfs in 1993 reeds een concreet voorstel tot een in de Awb op te nemen regeling gedaan, waarvan de kernbepaling luidt: Art. 4.1:

1. Indien een besluit of een handeling van een bestuursorgaan schade tot gevolg heeft die een of meer natuurlijke of rechtspersonen in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft, kent het bestuursorgaan op verzoek van getroffene op zijn verzoek een schadevergoeding toe.

2. Geen vergoeding wordt toegekend voor schade die moet worden beschouwd als het gevolg van een normale maatschappelijke ontwikkeling of die behoort tot het normaal maatschappelijk risico van de getroffene.

3. Geen vergoeding wordt toegekend voor zover de schade moet worden toegerekend aan het eigen handelen of nalaten van de getroffene.

4. Geen vergoeding wordt toegekend voorzover een vergoeding uit andere hoofde voldoende is verzekerd. Vergelijk P. van Buuren, a.w. (noot 7).

77 Zie onder andere de schrijvers vermeld in noot 51.

weg bestempelt.⁷⁸ De nieuwe mogelijkheden die de Awb — onder andere in art. 8:73 — biedt voor de bestuursrechter om de schade-aspecten van bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen te beoordelen en de zuivere schadebesluitjurisprudentie, hebben grote betekenis voor het leerstuk van de nadeelcompensatie. De jurisprudentiële ontwikkelingen rondom het zuivere schadebesluit hebben niet louter betekenis voor de rechtsmachtverdeling tussen de burgerlijke en bestuursrechter, ze raken ook aan de fundamenteën van het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht, zoals ook uit de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 18 februari 1997 blijkt; de basis voor de aansprakelijkheid van de overheid ten gevolge van (in het aan de orde zijnde geval) rechtmatig overheidoptreden wordt door de Afdeling gevonden in het beginsel van de 'égalité devant les charges publiques', een geheel andere basis dus dan die in de gehoudenheid die art. 6:162 BW formuleert ten aanzien van de burgerlijke rechtsverhouding. Verschillende schrijvers, zoals Van Buuren en Polak,⁷⁹ verbinden hier de, door mij onderschreven, conclusie aan dat — gezien deze fundamentele jurisprudentie-ontwikkelingen — de verdere ontwikkeling op het terrein van het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht niet langer verder aan de jurisprudentie kan worden overgelaten. Zowel het vraagstuk van de rechtsmachtsverdeling bij de beoordeling van schadevergoeding bij (on)rechtmatige overheidsdaad, als ook het vraagstuk van de fundering van schadeplicht behoeven volgens mij optreden van de wetgever.

Dat het nog niet tot zo'n regeling is gekomen heeft, volgens Van Buuren, te maken met de vrees, die ook de regering tot op dit moment heeft gehad, voor de aanzuigende werking van zo'n regeling.⁸⁰ Ook de vrees voor een ongecoördineerde samenloop met onrechtmatige daadsacties tegen overheidshandelen dat uit anderen hoofde dan onevenredigheid onrechtmatig is, heeft de regeldrift op dit punt tot nog toe getemperd.⁸¹

Het minst dringend lijkt mij de oplossing van het rechtsmachtsverdelingsvraagstuk. In het — recente — verleden hebben bestuursrechter en

78 Zie onder andere Van Buuren, t.a.p. (noot 54), p. 763 en B.P.M. van Ravels, *De Afdeling bestuursrechtspraak en het zuivere schadebesluit: geen schoonheidsprijs*, NTB 1997, p. 55-65. Van den Berk zou het echter betreuren indien de bestuursrechtelijke weg exclusief werd. In haar ogen heeft de wetgever juist nadrukkelijk de weg naar de burgerlijke rechter open willen houden: die mogelijkheid moet volgens haar ook blijven bestaan. Zie Van den Berk 1997, a.w. (noot 7), p. 207-209.

79 Zie Van Buuren, t.a.p. (noot 54), p. 761 en J.M. Polak, *Het zelfstandig schadebesluit; een zaak voor de wetgever*, in: NJB 1997, p. 1326.

80 Zie P.J.J. van Buuren, t.a.p. (noot 54) en W. Konijnenbelt, 'De laatste loodjes', in J.L. Boxum e.a. (red.), *Aantrekkelijke gedachten*, Deventer 1993, p. 61-89.

81 Zie P.J.J. van Buuren, t.a.p. (noot 54).

burgerlijke rechter bewezen jurisprudentieel tot sluitende competentieverdelingen te kunnen komen waarbij de burgerlijke rechter steeds op een adequate manier een rest- of reservefunctie wist te vervullen.⁸² Dringender lijkt mij de oplossing van de op tal van fronten nog openliggende rechtspolitieke vraag naar de grondslag van de gehoudenheid tot schadevergoeding. Voor die grondslag kunnen we inmiddels, zoveel mag duidelijk zijn, niet meer klakkeloos varen op art. 6:162 BW of art. 3:4, tweede lid, Awb. Waar het BW-artikel is geschreven voor de bepaling van de aansprakelijkheid en schadevergoedingsplicht ten aanzien van onrechtmatige daden gepleegd tussen in *beginsel gelijkwaardige partijen*, is de Awb voorziening van 3:4, tweede lid, slechts een onderdeel van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsplicht vestigende rechtsbeginsel 'égalité devant les charges publiques'. Dit beginsel maakt duidelijk dat aansprakelijkheid en schadevergoedingsplicht van de overheid bij het uitvoeren van publieke taken een geheel andere basis kennen dan de aansprakelijkheid en schadeverplichtingen ten gevolge van onrechtmatige daden in het gewone privaatrechtelijke verkeer. Ook de aan art. 6:162 BW annexe regelingen van art. 6:100 tot en met 6:102 BW, betreffende de voordeelstoerekening, eigen schuld en mede-schuld, zijn door die fundamenteel andere basis van het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht minder geëigend als kader bij de beoordeling van de schade-omvang ten aanzien van schadeveroorzakend overheidsoptreden. Een wettelijke regeling op dit vlak lijkt mij dan ook ten zeerste gewenst omdat er nu grote onduidelijkheid dreigt op het punt van de aansprakelijkheid van de overheid. Dat is niet alleen nodig voor de evenwichtige ontwikkeling van het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht,⁸³ maar zeker ook vanuit de rechtszekerheidsgedachte. Momenteel is dat bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht — toch een van de meer wezenlijke bestuursrechtelijke normen waarmee de inhoud van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking wordt bepaald — nagenoeg geheel door het ongeschreven recht en jurisprudentieel bepaald. Over de basis en de inhoud van dat ongeschreven recht bestaat geen eenstemmigheid en de jurisprudentie is verspreid, vol van constructies, en niet geüniformeerd. Die stand van zaken staat zowat haaks op alle uitgangspunten van de Awb dunkt me, maar verhoudt zich in ieder geval niet met de codificatie- en uniformiteitsgedachte. En zo moet het verhaal over de gedeelde lasten, na een analyse van de manier waarop in het zich tumultueus ontwikkelende

82 Zie voor een van de recente voorbeelden hiervan op het terrein van het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht HR 28 februari 1992 NJ 1992, 678, nt. MS, AB 1992, 301, nt. FHvdB (Changoe-arrest).

83 Zie Van den Berk 1991, a.w. (noot 7), p. 246.

bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht tegen de gehoudenheden van schadeveroorzaker en benadeelde wordt aangekeken, eindigen met een aanbeveling om de last en zorg voor de ontwikkeling van het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht niet langer voor rekening te laten van de rechter, maar die last te laten delen door de wetgever.

Van risico-aanvaarding en toestemming naar eigen schuld: een ontwikkeling naar billijkheid?

1 Inleiding

Indien men tracht om vat te krijgen op het leerstuk van 'eigen schuld', is het aangewezen zich af te vragen hoe met aanpalende leerstukken wordt omgegaan. Hoewel tegenwoordig wordt aangenomen¹ dat pas met de causaliteitsweging als door de Hoge Raad in 1916 aanvaard en zoals thans in art. 6:101 BW neergelegd, recht kan worden gedaan aan de realiteit van het onrechtmatige daadsrecht — immers daaruit bestaande dat doorgaans zowel de laedens als de gelaedeerde bijdraagt aan het ontstaan van de schade — kan men zich afvragen, niet alleen of dit nieuw is, maar ook of dit resultaat exclusief langs de weg van de eigen schuld kan worden bewerkstelligd.

Wat het eerste punt aangaat: de heersende visie dat de aansprakelijkheid van de laedens in het Nederlandse recht tot 1916 een 'alles-of-niets'-karakter had, heeft zeker de charme van de eenvoud, maar het is goed haar reeds op voorhand met de nodige scepsis te beschouwen: het ontbreken van een zelfstandig leerstuk van eigen schuld zegt niet zoveel over de vraag of een billijk resultaat niet *langs andere wegen* werd bereikt. Privaatrechtelijke sluiptwegen worden door rechters nu eenmaal graag bewandeld.² In de tweede plaats is een belangrijke vraag of ook in het huidige Nederlandse recht geen alternatieven voorhanden zijn om eenzelfde resultaat te bereiken als thans langs de weg van art. 6:101 geschiedt. De heersende opvatting in deze luidt dat via leerstukken als risico-aanvaarding en toestemming in

* Jan Smits is als universitair hoofddocent verbonden aan de vakgroep privaatrecht van de Universiteit Maastricht.

1 Zie bijvoorbeeld A.J.O. van Wassenae van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, tweede druk Zwolle 1995, nr. 3. Vergelijk Sullivan, J. in *Li v. Yellow Cab Company of California* (1975, geciteerd bij Keeton *et al*, *Cases and Materials on Tort and Accident Law*, St. Paul Minn. 1983, p. 329): 'The doctrine of comparative negligence is preferable to the 'all-or-nothing' doctrine (...) from the point of view of logic, practical experience, and fundamental justice'.

2 Zie recent H. Kooiker, *Lex scripta abrogata*, diss. RU Groningen 1996, Nijmegen 1996, p. 497 e.v. en de daar genoemde literatuur.

het onrechtmatige daadsrecht slechts een ‘alles-of-niets’-resultaat bereikt kan worden, maar dat alleen art. 6:101 ons in staat stelt om tot een billijk geachte uitkomst te komen.

In deze bijdrage wordt met name de tweede als heersend te beschouwen visie van kritische kanttekeningen voorzien. De nadruk ligt daarmee op het huidige recht; indien men evenwel tot het oordeel zou komen dat een afweging van eigen schuld ook langs andere wegen dan door expliciete erkenning van het leerstuk bereikbaar is, kan men vervolgens nagaan in hoeverre die andere wegen ook vroeger zijn toegepast. Zo’n onderzoek valt buiten het bestek van deze bundel. Met de hier gevolgde benadering is het wetenschappelijk doel gediend dat men niet enkel op de grond dat een leerstuk als eigen schuld opkomt, kan concluderen tot een ontwikkeling naar billijkheid. Maar er is ook een praktisch belang: indien men op zoek is naar concrete aanwijzingen ter invulling van de maatstaf van art. 6:101,³ kan men wellicht voortbouwen op regels waarmee een ‘verborgen’ eigen schuld-afweging wordt gemaakt. Vanuit dit perspectief kan ook worden getracht om de manier waarop art. 6:101 thans wordt toegepast, te bekritisieren.

2 Opkomst van gedeelde draaglast bij eigen schuld: korte schets van een ontwikkeling

Toen de Hoge Raad in 1916 uitsprak dat de rechter verplicht is om ‘ingeval van schade ontstaan door onrechtmatige daden (verzuimen) van meer personen den vergoedingsplicht af te meten naar de mate waarin ieders schuld heeft medegewerkt tot het veroorzaken dier schade’⁴ was dat een gebrekkige formulering van een idee dat tot dan toe expliciet alleen in lagere rechtspraak had gefigureerd.⁵ Tot in de negentiende eeuw nam men, in overeenstemming met wat reeds in het Romeinse recht gold,⁶ aan dat wanneer de

3 Zie de Inleiding bij deze bundel.

4 HR 4 februari 1916, NJ 1916, 450 (Hijs/Morré).

5 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 6 maart 1911, NJ 1914, 1223 (De Twee Gezusters), waar een vergoeding voor de helft van de schade werd toegewezen. Oude rechtspraak vooral bij H.A. van Nierop, *Eigen schuld van den benadeelde*, diss. UvA 1905.

6 D. 9.2.11 pr., waarover Christian Wollschläger, *Das eigene Verschulden des Verletzten im römischen Recht*, ZSS (ROM) 93 (1976), p. 115 e.v. en Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, Cape Town 1990, p. 1011 e.v. en p. 1030. De Digestenplaats betreft het bekende geval van de barbier die een klant scheert in de nabijheid van een sportveld en wiens hand wordt getroffen door een bal, waardoor de klant in de keel wordt gesneden. Diverse opvattingen zijn hierover verdedigd, maar *niet* dat een verdeling van de schade moest plaatsvinden wegens de keuze van de locatie door de klant.

gelaedeerde zelf had bijgedragen aan het ontstaan van de schade, deze in beginsel geen vergoeding kon krijgen tenzij de laedens de schade opzettelijk had toegebracht.⁷ De grondslag voor die regel in de Romeinse tijd zelf was onduidelijk, maar in de *usus modernus* werd hij gefundeerd in de wederzijdse schuld van de betrokkenen. Deze zogenaamde *compensatio culpa* hield in dat het slachtoffer zijn vordering geheel behield indien zijn schuld minder was dan die van de dader; hij kon in het geheel niets vorderen indien zijn schuld even groot of groter was dan die van de laedens.⁸

Deze 'alles-of-niets'-benadering⁹ maakte in de meeste Europese landen pas aan het einde van de negentiende eeuw algemeen plaats voor een andere. Consequentie was immers dat althans in theorie ook een zeer geringe mate van schuld de gelaedeerde beroofde van zijn vordering. Een verdeling van de aansprakelijkheid naar het wederzijdse veroorzakingsaandeel werd voortaan de maatstaf. In continentaal-Europees perspectief kan als sluitstuk van die ontwikkeling de invoering van § 254 I BGB worden beschouwd,¹⁰ in Anglo-Amerikaanse stelsels vond de ontwikkeling iets later in de tijd plaats doch was zij niet wezenlijk anders.¹¹ In Nederland vond de overgang naar het arrest van 1916 geleidelijk plaats. Zo zijn er uitspraken waaruit blijkt dat ondanks onvoorzichtigheid van de gelaedeerde de aansprakelijkheid ook buiten opzet van de laedens blijft bestaan.¹² Andere uitspraken laten een verdeling wel degelijk toe zonder dat duidelijk is op welke grondslag deze berust.¹³ In de jaren tussen 1916 en 1992 werden de contouren van het eigen schuld-verweer nader gevormd zonder dat de wijze van verdeling

7 Zie ook *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XI-1 (Tunc), no. 145 e.v.

8 Vgl. A.J.O. van Wassenauer, *Eigen schuld*, diss. Leiden 1971, Groningen 1971, p. 17 e.v. en de literatuur genoemd in noot 6.

9 Een beeldende term, gebruikt door vrijwel alle auteurs, wellicht teruggaand op Lorenz (vergelijk Van Wassenauer, a.w. (noot 8), p. 3).

10 Zie voor ontwikkelingen in andere landen (eerder al bijvoorbeeld 1304 ABGB en 51 OR, later een soortgelijke ontwikkeling in de Franse rechtspraak) bijvoorbeeld Van Wassenauer, a.w., (noot 8) p. 3 e.v.

11 Zie voor deze ontwikkeling van 'contributory negligence' naar comparative negligence' bijvoorbeeld Keeton, a.w. (noot 1), p. 314 e.v. In Engeland werd in 1945 de Law Reform (Contributory Negligence) Act ingevoerd. Zie Markesinis en Deakin, *Tort Law*, 3rd. ed., Oxford 1994, p. 640 e.v.

12 Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 5 oktober 1899, W 7343 (1899) (Valse obligaties) en Rb. Haarlem 30 juni 1903, W 8083 (1904) (De Eendracht).

13 Zie bijvoorbeeld Rb. Zierikzee 7 juni 1898, W 7191 (1898) (Ruinpaard): 'dat de ingestelde vordering tot schadevergoeding ook niet ondeelbaar is, omdat zij strekt tot betaling van een geldsom, welke zeer goed vatbaar is voor verdeeling', alsmede Rb. Rotterdam 24 november 1902, W 7969 (1903) (Toevalligheid). Overigens achtte ook Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, dl. 11, Groningen 1888, p. 87 een verdeling al mogelijk: de rechter mag beslissen 'zoo als hem het meest gepast voorkomt'.

principiële wijzigingen onderging. Wel werd de causale verdeling onder de invloed van een algemene billijkheidscorrectie gebracht.¹⁴

Bedacht zij nog dat het vraagstuk van de invloed van 'eigen schuld' op de aansprakelijkheid tegenwoordig meestal wordt beperkt tot handelen of nalaten van de benadeelde. Een juiste waardering is echter pas mogelijk indien men zich realiseert dat art. 6:101 slechts één uiting is van een meeromvattend fenomeen dat de schade die iemand toebrengt wordt beïnvloed door omstandigheden aan de zijde van de gelaedeerde. Behalve aan expliciete handelingen van het slachtoffer die eigen schuld opleveren of die aanleiding zijn om een risico-aanvaarding of toestemming aan te nemen en diens plicht om een eventuele schade te beperken, kan men ook denken aan een mogelijke persoonlijke predispositie of een andere *toestand* waarin het slachtoffer verkeert en die meewerkt om de schade de omvang te geven die deze in casu heeft.¹⁵ Wie in een museum struikelt en toevalligerwijze een kostbaar schilderij vernielt, veroorzaakt meer schade door een oorzaak *buiten de laedens gelegen* dan wie door de val slechts een suppoost verwondt. Wie een verzekerd slachtoffer treft, staat er anders voor dan wie onrechtmatig handelt jegens een niet-verzekerde.¹⁶

Opvallend is nu dat vooral de rechtsfiguren van risico-aanvaarding en toestemming, dus een *handelen*, in verband zijn gebracht met 'eigen schuld' van de benadeelde en veel minder diens persoonlijke *omstandigheden*. Of de daar geformuleerde regels ook de eigen schuld in een helderder licht kunnen plaatsen, wordt later geëxploreerd. Eerst moeten risico-aanvaarding en toestemming nader worden bestudeerd: de wijze waarop met hen wordt omgegaan is namelijk tekenend voor de manier waarop in het onrechtmatige daadsrecht in het algemeen tegen omstandigheden aan de zijde van de gelaedeerde wordt aangekeken.

3 Risico-aanvaarding en toestemming: gebrekkige bressen in het systeem van het onrechtmatige daadsrecht

Het Nederlandse onrechtmatige daadsrecht wordt gekenmerkt door een nadruk op de *laedens*: wanneer deze een zorgvuldigheidsnorm schendt,

14 Vanaf HR 4 november 1977, NJ 1978, 146 (Topaz). Zie Van Wassenae en Jongeneel, a.w. (noot 1), no. 167.

15 Zie H.R. Ribbius, *De omvang van de te vergoeden schade bij niet-nakoming van verbintenissen en bij onrechtmatige daad*, diss. Leiden 1906, p. 191 en J. van Schellen, *Juridische causaliteit*, diss. UvA 1972, p. 193 e.v.

16 Voor een overzicht Van Wassenae en Jongeneel, a.w. (noot 1), no. 184 e.v.

staat diens aansprakelijkheid (mits aan de overige vereisten van art. 6:162 is voldaan) in beginsel vast.¹⁷ Weliswaar legt de relativiteitseis een relatie tussen laedens en gelaedeerde, maar die eis wordt doorgaans nogal beperkt opgevat: of de benadeelde zelf heeft bijgedragen aan de schade wordt daarmee in theorie niet getoetst.¹⁸

Bij dit accent op wat men kan noemen een *eenzijdige zorgvuldigheidsnorm* is het omgaan met omstandigheden aan de zijde van de gelaedeerde problematisch. Dit blijkt al daaruit dat niet alleen de plaats van de eigen schuld lang onduidelijk is geweest, maar dat ook risico-aanvaarding en toestemming nogal omstreden rechtsfiguren zijn. Risico-aanvaarding is het zichzelf vrijwillig in een gevaarvolle situatie brengen,¹⁹ toestemming het instemmen met het (potentieel) schadetoebrengend gedrag van de laedens. Waar toestemming van de benadeelde in beginsel nog in de weg staat aan de schadevergoedingsplicht²⁰ — hoewel niet duidelijk op welke grond²¹ — daar is risico-aanvaarding door de Hoge Raad als afzonderlijke rechtsfiguur verworpen: wat men daarmee beoogt te bereiken gaat op in hetzij de vraag of onrechtmatig is gehandeld jegens de benadeelde hetzij de vraag of sprake is van eigen schuld.²²

Met een nadruk op een eenzijdige zorgvuldigheidsnorm (*deze laedens heeft onzorgvuldig gehandeld*), is het moeilijk rekening houden met omstandigheden aan de zijde van de gelaedeerde. Heeft men vastgesteld dat een norm is overtreden, dan is rechtssystematisch immers in beginsel de schadevergoedingsplicht gegeven. Daarná nog betekenis hechten aan factoren aan de zijde van de gelaedeerde spoort niet met die eenzijdige zorgvuldigheidsnorm. Men moet dan aannemen dat zij ondanks de

17 In het navolgende zal in hoofdzaak worden gesproken over een schending van de zorgvuldigheidsnorm, doch het betoog is in essentie hetzelfde voor de inbreuk op een recht en de strijd met een wettelijke plicht. Vergelijk Asser-Hartkamp III (1997) nr. 54 en over de 'Leer Smits' *infra*. De risico-aansprakelijkheid wordt buiten het betoog gehouden.

18 Zie evenwel G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad*, diss. Leiden 1992, Deventer 1992, p. 174 e.v. en W. Rother, *Haftungsbeschränkung im Schadensrecht*, München 1965, p. 25 e.v. en *infra*.

19 Definities verschillen afhankelijk van hoe men de rechtsfiguur ziet. Vgl. C.A. Streefkerk, *Risico-aanvaarding*, WPNR 5505 (1980), p. 125.

20 Zie HR 12 oktober 1990, NJ 1992, 620 (Geerts/Ten Dam) en Van Wassenae en Jongeneel, a.w. (noot 1), no. 121.

21 Asser-Hartkamp III (1997) nr. 65 meent dat de onrechtmatigheid wegvalt, *idem* Van Wassenae en Jongeneel, a.w. (noot 1), no. 96. Vergelijk evenwel Van Wassenae, a.w. (noot 8), p. 189: gaat in elk geval deels op in eigen schuld. Ook kritisch Streefkerk, t.a.p. (noot 19), p. 123. Rechtsvergelijkend Tunc, a.w. (noot 7), no. 163.

22 HR 28 juni 1991, NJ 1992, 622 (Dekker/Van der Heide). Zie voor een overzicht van de kritiek op de rechtsfiguur risico-aanvaarding bijvoorbeeld Asser-Hartkamp I (1996) nr. 454 e.v.

aanvankelijke normschending toch aan het (geheel) vorderen van schadevergoeding in de weg staan. Een voorbeeld kan dit verduidelijken:

De archeoloog A begeeft zich in een treincoupé vol voetbalsupporters. Eén der supporters werpt een bank door het raam van de coupé waardoor niet alleen A wordt geraakt, maar ook de langs de spoorweg fietsende voorbijganger B.

In het Nederlandse recht blijkt de nadruk op de eenzijdige zorgvuldigheidsnorm daaruit dat de vraag of zowel A als B schadevergoeding kunnen vorderen, te beantwoorden door steeds eerst vast te stellen of *los van het gedrag van de benadeelde* de zorgvuldigheidsnorm is geschonden. Is die vraag bevestigend beantwoord, dan kunnen *vervolgens* omstandigheden aan de zijde van de gelaedeerde de schadevergoedingsplicht doen vervallen. Jegens A is in beginsel onzorgvuldig gehandeld doch denkbaar is dat wegens ‘risico-aanvaarding’, toestemming of eigen schuld hij niet de (volledige) schade kan vorderen. Ook jegens B is onzorgvuldig gehandeld en diens gedrag geeft geen aanleiding tot een herziening van dat aanvankelijke oordeel.

Deze heersende benadering heeft het onmiskenbare voordeel dat diverse gescheiden stappen op weg naar het juiste oordeel kunnen worden gezet.²³ Dat lijkt echter alleen nuttig wanneer de vragen ook gescheiden kunnen worden en dat is hier geheel en al de kwestie. Dat hangt namelijk — zo komt mij voor — af van de zorgvuldigheidsnorm die in casu moet worden opgesteld. In bovenstaand voorbeeld lijkt het nogal gekunsteld om eerst de schending van een norm aan te nemen jegens A om vervolgens aan het gedrag van B betekenis toe te kennen. Voor de toestemming wordt dit door sommigen ook wel aanvaard nu zij menen dat dit de onrechtmatigheid opheft,²⁴ bij risico-aanvaarding is dit al meer omstreden en dat bij eigen schuld in wezen de onrechtmatigheid zelve in het geding zou kunnen zijn, wordt nog minder aangenomen.²⁵

Genoemde rechtsfiguren kunnen worden beschouwd als gebrekkige bressen in een systeem dat de normschending van één persoon centraal stelt.²⁶ Afbreuk doen aan een eerder vastgestelde onzorgvuldigheid lijkt echter niet altijd vruchtbaar. Wil men werkelijk recht doen aan ook de

23 Vgl. J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis*, Deventer 1992, p. 93 e.v.

24 Vgl. Asser-Hartkamp III (1997) nr. 65.

25 Zie evenwel Van Schellen, a.w. (noot 15), p. 180 e.v. Voor de veelheid aan visies inzake de grondslag van eigen schuld zie Van Wassenae, a.w. (noot 8), p. 19 e.v.

26 De positie van het slachtoffer wordt steeds belangrijker in het aansprakelijkheidsrecht. Zie A.R. Bloembergen, Eigen schuld bij letselschade: een verweer op zijn retour, in: *Eigen schuld bij onrechtmatige daad*, Lelystad 1997, p. 5 e.v.

omstandigheden aan de zijde van de gelaedeerde, dan zou men een andere weg dan die langs eigen schuld, toestemming en risico-aanvaarding voert kunnen kiezen, bijvoorbeeld door de normschending zelve centraal te stellen. Maar meer algemeen is eerst de vraag op welke diverse manieren men aan 'eigen schuld' van de benadeelde betekenis toe kan kennen.

4 Wegen naar de verdeling van de draaglast

4.1 Algemeen

Welke wegen kunnen worden bewandeld om een gedeelde draaglast te bereiken? Het onrechtmatige daadsrecht wordt gekenmerkt door criteria die vaak uitwisselbaar zijn: men kan eenzelfde vraagstuk aan de hand van diverse criteria oplossen en het is betrekkelijk toevallig welke oplossing men kiest.²⁷ Dit fenomeen lijkt zich nu bij uitstek voor te doen bij eigen schuld.²⁸

De drie mogelijkheden die denkbaar zijn passeren hier de revue. In de eerste plaats kan men een zorgvuldigheidsnorm formuleren waaraan het gedrag van de laedens wordt getoetst. Is vastgesteld dat die norm is overtreden, dan kan men vervolgens bij het bepalen van de verschuldigde schadevergoeding bezien in hoeverre de schade mede is veroorzaakt door een omstandigheid aan de zijde van de benadeelde. Deze weg is gekozen in art. 6:101 BW met dien verstande dat in een derde toets de billijkheid nog tot een ander resultaat kan leiden dan de causale verdeling.

In de tweede plaats kan men eventuele eigen schuld langs de weg van rechterlijke matiging der schadevergoeding mee laten wegen. De visie van de NBW-wetgever was aanvankelijk dat eigen schuld inderdaad langs de weg van rechterlijke matiging (6:109) van de ten volle ontstane schadevergoedingsverplichting zou worden bewerkstelligd.²⁹ Thans kan matiging nog geschieden van een eventueel eerder langs de weg van art. 6:101 verminderde schadevergoedingsplicht (waarop wellicht ook reeds de billijkheidscorrectie is toegepast).³⁰

27 Zie voor deze 'communicerende vaten' of permeabiliteit G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad*, diss. Groningen 1986, Deventer 1986, p. 222 e.v. en kritisch Asser-Hartkamp II (1994) nr. 52 e.v.

28 Zie ook Van Schellen, a.w. (noot 15), p. 188.

29 Parl. Gesch. Boek 6, p. 352. Thans is de grondslag dat de vordering van de benadeelde eenvoudigweg in verminderde mate ontstaat (zie op p. 353).

30 Zie bijvoorbeeld Van Wassenaeer en Jongeneel, a.w. (noot 1), p. 155. Anders Asser-Hartkamp II (1994) nr. 499.

Deze laatste weg is met name in de Amerikaanse rechtspraak beproefd. In het daar bestaande systeem is het de jury die de hoogte van de schadevergoeding vaststelt en dan niet zelden rekening houdt met eigen schuld. In de beroemde case *Li v. Yellow Cab*, waarin het Californische Hooggerechts-hof de 'comparative negligence' aanvaardde, was een van de redenen om af te stappen van het 'alles-of-niets'-stelsel dat de jury de facto toch al de schade verdeelde:

'the compromise in the jury room does result in some diminution of the damages because of the plaintiff's fault. But the process is at best a haphazard and most unsatisfactory one'.

De verdeling geschiedt dan immers 'in unpoliced, irregular, and unreasonably discriminatory fashion'. In de plaats van die onzuivere praktijk kan dan beter de openlijke causaliteitsweging worden aanvaard.³¹

In de derde plaats lijkt denkbaar om binnen de zorgvuldigheidsnorm *zelve* de omstandigheden aan de zijde van de gelaedeerde te laten meespelen. Men zou dan de zojuist geschetste eenzijdige zorgvuldigheidsnorm moeten verlaten en het gedrag van de benadeelde in de norm moeten incorporeren.

Thans wordt nagegaan in hoeverre in de eerste en derde benadering recht kan worden gedaan aan zowel het gedrag van de laedens als aan dat van de gelaedeerde. Aan de matiging wordt verder geen aandacht besteed. Uitgangspunt is de casus uit *Dekker/Van der Heide*:³² voetballer Van der Heide raakt gewond aan zijn been na te zijn geschopt door tegenstander Dekker toen hij reeds op de grond lag en niet langer de bal speelde. Ik neem aan dat het feit dat het slachtoffer zich als speler op het veld bewoog een rol moet spelen bij de schadeverdeling. De vraag is slechts: langs welke weg moet dit worden bereikt?

4.2 *Zorgvuldigheid, wederzijdse causaliteitsweging en billijkheid*

Aan Jherings wet van de juridische spaarzaamheid (hoe minder juridische concepten, hoe groter de coherentie van het recht) lijkt de Nederlandse wetgever zich op het terrein van de eigen schuld niet te hebben gehouden.³³ Vier afwegingen moeten worden gemaakt alvorens men tot een eindoordeel

31 Prosser, aangehaald door Sullivan, geciteerd in Keeton, a.w. (noot 1), p. 330. Een tegenstem luidt dat een jury dan nog steeds de schadevergoeding kan matigen en dat dan beter is om de 'all-or-nothing approach' te handhaven als een rem op de neiging van de jury de eiser te bevoordelen.

32 HR 28 juni 1991, NJ 1992, 622.

33 Aldus Maurice Adams, ERPL 2 (1994), p. 334.

omtrent de invloed van het gedrag van de gelaedeerde is gekomen: in mijn voorbeeld is achtereenvolgens de vraag of Dekker onzorgvuldig heeft gehandeld, of de schade mede een gevolg is van een aan Van der Heide toe te rekenen omstandigheid, of de billijkheid wegens 'de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval' nog een andere verdeling eist en ten slotte of de rechter het aldus vastgestelde bedrag nog moet matigen.

Laat men de zorgvuldigheidsnorm zelve nu even buiten beschouwing, dan is de opvatting van de wetgever kennelijk dat de maatstaf van wederzijdse veroorzaking van de schade niet altijd tot een billijk resultaat kan leiden.³⁴ Die gedachte heeft haar meest geprononceerde toepassing gehad op het terrein van de verkeersaansprakelijkheid: ook al spreidde de gelaedeerde zelf onvoorzichtig gedrag ten toon, de billijkheid eist dat de gemotoriseerde bestuurder jegens een kind jonger dan 14 voor het geheel aansprakelijk is behoudens opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid van de gelaedeerde.³⁵ Jegens een slachtoffer ouder dan 14 is de laedens behoudens opzet of grove schuld in elk geval voor de helft aansprakelijk; is het aandeel van het slachtoffer minder dan de helft, dan heeft hij recht op een evenredig hogere vergoeding.³⁶

De vraag is nu of deze scheiding van causaliteitsweging enerzijds, corrigerende billijkheid anderzijds wel houdbaar is. Dat tussen eigen schuld en (doorbreking van) causaliteit een vage scheidslijn bestaat, was al wel bekend.³⁷ Essentieel is of die scheidslijn niet zo vaag is dat het beter is beide in één afweging mee te nemen. Ter illustratie een voorbeeld: een notaris verlijdt in opdracht van een bank diverse hypotheekakten waarbij de bank aangeeft welke rang aan de inschrijvingen moet worden gegeven. Na faillissement van de hypotheekgever blijken de hypotheeken een lagere rang te hebben dan in de akten vermeld met als gevolg dat de bank niet f 215.000,- maar slechts f 45.000,- verkrijgt. In casu had de bank niet

34 Vergelijk Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) nr. 6, Parl. Gesch. Boek 6, p. 352 en Jac. Hijma, *Noot bij HR 1 juni 1990 (Ingrid Kolkman)*, AA 1991, p. 68: de billijkheidscorrectie biedt een 'volwaardig tweede beoordelingsmoment'; instemmend Spier, a.w., nr. 7.

35 Zie vooral HR 1 juni 1990, NJ 1991, 720 (Ingrid Kolkman) alsmede T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, *Kinderen en eigen schuld*, VR 39 (1991), p. 1 e.v.

36 HR 29 februari 1992, NJ 1993, 566 (IZA/Vrerink) en HR 24 december 1993, NJ 1995, 236 (Anja Kellenaers).

37 Zie A.T. Bolt, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, preadvies NJV 126 (1996-I), p. 149-150 en A-G Vranken in zijn conclusie voor HR 31 december 1993, NJ 1994, 275 (Notaris): het is 'toch bijna steeds dezelfde toerekeningsvraag' die beantwoord moet worden en vgl. Spier, a.w. (noot 34), nr. 7. Voorts Lord Atkin in *Caswell v. Powell Duffryn Ass. Collieries Ltd.* [1939] 3 All E.R. 722, 730: 'I find it impossible to divorce any theory of contributory negligence from the concept of causation'.

ingegrepen na de mededeling van de notaris dat de beoogde rang niet was verkregen en had zelfs de kredietfaciliteit daarna nog verhoogd. Het Hof achtte — goedgekeurd door de Hoge Raad³⁸ — 50% eigen schuld aanwezig. Evengoed kan men evenwel stellen dat door de nalatigheid van de bank het causaal verband tussen de fout van de notaris en de schade die de bank lijdt, is doorbroken. Ook in *Dekker/Van der Heide* kan men zo redeneren: omdat Van der Heide zich vrijwillig in het voetbalspel heeft begeven kan zijn schade niet worden aangemerkt als een gevolg van de schop van Dekker maar hoogstens als een gevolg van zijn eigen handelen.

Essentieel lijkt nu dat men tot dit oordeel kan komen omdat het Nederlandse causaliteitsbegrip zelve reeds normatief is:³⁹ men acht het redelijk om aan te nemen dat *deze* oorzaak uit vele de schade heeft veroorzaakt; andere oorzaken worden genegeerd. Lord Denning stelde dit goed in het licht:⁴⁰

‘(...)to mitigate the harshness of the doctrine of contributory negligence, the courts in practice sought to select, from a number of competing causes, which was *the* cause — the effective or predominant cause — of the damage and to reject the rest’.

Wanneer nu — zoals in het Nederlandse recht gebeurt — een causaliteitsvraag en een billijkheidscorrectie worden onderscheiden, wordt er kennelijk van uitgegaan dat met de causaliteitsweging soms geen billijk resultaat bereikt kan worden. Maar is dit zo? De proef op de som wordt genomen als men zich afvraagt of langs de weg van de causaliteit ook een *gedeelde draaglast* kan worden bereikt.⁴¹

Stelt men wederom de keuze voor *een bepaalde oorzaak* centraal, dan lijkt dit eveneens mogelijk. Indien bij een autobotsing het slachtoffer schade lijdt omdat dit geen gordel draagt, dan is het redelijk de laedens niet aansprakelijk te houden voor *de extra schade*, veroorzaakt door dit onvoorzichtig gedrag. Dat gedeelte van de schade wordt immers niet veroorzaakt

38 HR 31 december 1993, NJ 1994, 275 (Notaris). Vergelijk ook HR 25 september 1992, NJ 1992, 751 (Alpuro/Dijkhuizen): dierenarts overtreedt veiligheidsnorm bij voorschrijven medicijn, boer dient foutief toe: de laatste fout verbreekt het causaal verband van fout dierenarts.

39 Men verklaart een der storingen juridisch irrelevant. Zie Van Schellen, a.w. (noot 15), bijvoorbeeld p. 187. Art. 6:98 BW stelt ons er toe in staat. Vergelijk Spier, a.w. (noot34), p. 8.

40 *Davies v. Swan Motor Co (Swansea) Ltd.* [1949] 1 All E.R. 620, 630.

41 Eerder werd de gedeelde draaglast al wel verklaard vanuit de causaliteit. Zie bijvoorbeeld P. Scholten, *De causaliteitsvraag in het leerstuk der schadevergoeding buiten contract*, RM 21 (1902), p. 433 e.v. en vooral Ribbius, a.w. (noot 15), p. 211.

door de fout van de laedens.⁴² Indien men in het natrap-geval Dekker niet aansprakelijk wenst te houden voor de gehele schade, dan kan men een deel voor rekening van slachtoffer Van der Heide laten door te stellen dat voor zover de schop van Dekker 'normaal' was, geen causaal verband bestaat. Voor het meerdere is hij wel aansprakelijk. Dit nu lijkt mij — welke benadering van de eigen schuld men ook kiest — een hoogst belangwekkend gezichtspunt waarmee de kern van de problematiek komt bloot te liggen: wat namelijk 'normaal' is kan slechts worden vastgesteld door te bezien wat *de zorgvuldigheid* in casu eist. Met andere woorden: men acht het redelijk dat Dekker aansprakelijk is *voorzover zijn trap onzorgvuldig was jegens Van der Heide*.⁴³ Met een verhullend taalgebruik kan men ook zeggen dat dan geen causaal verband aanwezig is tussen de 'normale' schade en het trappen, maar dat oordeel wordt geheel en al ingegeven door de idee dat het trappen dan deels niet onzorgvuldig is.⁴⁴

Men vindt deze gedachte overigens ook terug in de rechtspraak. Indien bij opzet van de laedens ondanks eigen schuld volledige aansprakelijkheid wordt aangenomen, meent men dat de wijze waarop een bepaalde zorgvuldigheidsnorm wordt geschonden relatief zo ernstig is dat het gedrag van de ander erdoor irrelevant wordt. Dat wordt als het ware geabsorbeerd door de normschending.⁴⁵ In die zin vond ook al vóór 1916 een verdeling van de draaglast plaats.⁴⁶ Hoe de werking van de zorgvuldigheidsnorm buiten opzet is, komt thans aan de orde.

42 Van Schellen, a.w. (noot 15), p. 190 spreekt van 'partiële overvleugeling' van het gedrag van de laedens door dat van de gelaedeerde. Zie ook Ribbius, a.w. (noot 15), p. 211-212.

43 Zoals de Hoge Raad overigens ook treffend aangeeft. Bij mijn weten is op dit aspect van de uitspraak in de literatuur echter niet de aandacht gevestigd.

44 Vergelijk reeds de suggestie van P.H. Smits, *Iets over de vraag der relativiteit van de onrechtmatige daad in verband met de door den Hoogen Raad onderscheiden onrechtmatigheidsvormen*, WPNR 3586-3591 (1938), p. 470: 'Wanneer de schuld is het (van geval tot geval naar objectieve maatstaven te bepalen) inzicht dat verlangd mag worden in de waarschijnlijkheid van zekere gevolgen, dan wordt door dat te vereischen inzicht in wat te gebeuren staat toch mede de zorgvuldigheidsplicht bepaald?'

45 Niet onbelangrijk is dat men in deze visie van verdeling spreekt, *niet* omdat de aanvankelijke uitkomst dat de laedens moet betalen wordt gemitigeerd, maar omdat de laedens eenvoudigweg *deels* niet aansprakelijk is.

46 Dit is ook de conclusie van Prosser voor het Amerikaanse recht inzake de 'alles-of-niets'-benadering der 'contributory negligence': de rechter 'is refusing to set up the lesser fault against the greater', geciteerd in Keeton, a.w. (noot 1), p. 334.

4.3 De schending van een zorgvuldigheidsnorm

Dat slechts in concreto kan worden vastgesteld of een zorgvuldigheidsnorm is overtreden, is bekend.⁴⁷ Zelfs indien men een eerder geformuleerde norm tot uitgangspunt neemt, dient nog te worden vastgesteld of in casu is voldaan aan het relativiteitsvereiste, dus of ook het kenbare belang van *deze gelaedeerde* is geschonden. Dat de relativiteit daarmee nauw samenhangt met de onrechtmatigheid, is ook door de Hoge Raad erkend.⁴⁸

‘Schendt (de laedens) een belang van een ander waarop hij niet bedacht behoefde te zijn, dan is derhalve niet voldaan aan het relativiteitsvereiste, zodat het mogelijk is om 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 (...).’

Deze regel lijkt niet alleen van belang voor de situatie waarin men *wel* rekening moet houden met onvoorzichtig gedrag van de gelaedeerde. In dat geval kan men anticiperen op dat gedrag en komt de eigen schuld niet ten toets.⁴⁹ Men moet er rekening mee houden dat kinderen impulsief en onvoorzichtig zijn en hun eigen schuld is dus niet relevant.⁵⁰ Dat zij ook opzettelijk of zeer roekeloos handelen is echter zodanig abnormaal dat men *daarmee* niet hoeft te rekenen. Zo wordt de zorgvuldigheidsnorm ook relevant ter toetsing van situaties waarin men nu juist *niet* moet anticiperen op onvoorzichtig gedrag. Zo kan men ook jegens een verstekeling niet onzorgvuldig handelen omdat men op diens aanwezigheid in de auto niet bedacht hoeft te zijn. In zijn verkeersgedrag hoeft men met hem dan ook geen rekening te houden.⁵¹

De zorgvuldigheidsnorm is hiermee ‘tweezijdig’ geworden: reeds bij de vraag *of* onzorgvuldig is gehandeld, speelt het gedrag van de gelaedeerde een rol. Is dit van zodanige aard dat de laedens daar geen rekening mee behoefde te houden, dan ontbreekt jegens deze de onzorgvuldigheid. Met deze maatstaf lijkt men ook goed in staat de geleden schade te verdelen:

47 De ‘Leer Smits’ komt daarop in wezen neer. Ook ik ga er van uit dat inbreuk op een recht of strijd met een wettelijke plicht nooit op zichzelf reeds onzorgvuldig gedrag creëren.

48 HR 30 september 1994, NJ 1996, 196-199 (Staat/Shell e.a.). Althans voor een handelen in strijd met de ongeschreven zorgvuldigheid. Dat onrechtmatigheid altijd relatief is: zie G.H.A. Schut, *Rechterlijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid*, diss. VU 1963, p. 129 e.v.

49 Zie de bijdrage van J.M. Barendrecht aan deze bundel.

50 Vergelijk A-G Hartkamp voor HR 8 december 1989, NJ 1989, 778 (Lars Rürode).

51 HR 27 januari 1984, NJ 1984, 536 (Verstekeling). Zie ook de noot van Van der Grinten voor de verwevenheid van zorgvuldigheid, causaliteit en eigen schuld.

wenst men aan te nemen dat Dekker bijvoorbeeld 50% van de door Van der Heide geleden schade dient te vergoeden,⁵² dan zou dat kunnen volgen uit de regel dat Dekker in zoverre niet onzorgvuldig heeft gehandeld jegens het slachtoffer dat dit toch met *in het vuur van het spel gegeven* 'normale' trappen had te rekenen, doch *niet* met een trap als in casu die leidde tot zo ernstige gevolgen.

In het verkeersrecht is zo'n verdeling ook denkbaar. Wie te hard rijdt en een mede-automobilist verwondt die zonder veiligheidsgordel in zijn auto zat, behoeft slechts een deel van de schade te vergoeden omdat men er geen rekening mee behoeft te houden dat een ander geen gordel draagt. In relativiteitstermen: geschonden is het snelheidsgebod, doch dit strekt slechts ter bescherming van (onder andere) het belang van medeweggebruikers die de gordel dragen. De regels inzake aansprakelijkheid jegens zwakke verkeersdeelnemers bieden eenzelfde perspectief: waarom is de automobilist jegens jonge kinderen in beginsel geheel aansprakelijk en voor oudere kinderen in beginsel voor de helft? Omdat men voor de eersten met alles heeft te rekenen, van de tweeden mag meer inzicht worden verlangd in de consequenties van hun gedrag.⁵³

4.4 Voordelen van de voorgestelde benadering

Waarom is deze alternatieve benadering nu beter dan de huidige? Om twee redenen. In de eerste plaats komen de criteria die reeds zijn ontwikkeld in het kader van de onrechtmatigheid nu beschikbaar voor de vraag naar de eigen schuld. De aard van de overtreden norm (veiligheidsnorm of niet), de aard van de schade (letsel- of andere schade) en de wijze waarop de norm wordt overtreden (opzet of niet) bepalen of en in welke mate met 'eigen schuld' moet worden gerekend.

In de tweede plaats is men zo in staat tot een zeer concrete verdelingsmaatstaf te komen. Het gaat immers om de formulering van een norm omtrent waarmee men als laedens nog heeft te rekenen; al het meerdere (het 'abnormale' risico) blijft buiten beschouwing. In de 'gordel-gevallen' leidt die maatstaf tot een eenvoudige vergelijking van twee situaties, nl.

52 Anders dan Rechtbank, Hof en Hoge Raad die Dekker volledig aansprakelijk achtten.

53 Vergelijk de opmerkelijke uitspraak van het Louisiana Supreme Court uit 1978 (*Baumgartner v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*), geciteerd bij Keeton, a.w. (noot 1), p. 315: 'The operator of a motor vehicle, a dangerous instrumentality, has the constant duty to watch out for the possible negligent acts of pedestrians (...) A higher standard of care (...) is imposed upon the motorist (...). Therefore, he should not be able to escape responsibility for injury to the pedestrian by pleading the latter's negligence'.

die waarin het slachtoffer de gordel wel gedragen zou hebben en het geval in casu waarin dat niet zo is: het verschil blijft als ‘eigen schuld’ voor risico van de benadeelde. Moeilijker, maar niet onmogelijk, is de vergelijking bij de aansprakelijkheid jegens oudere kinderen. Hier hanteert de Hoge Raad kennelijk een *gestandaardiseerde* vergelijking: omdat van dit soort kinderen *in het algemeen* minder voorzichtigheid mag worden verwacht dan van volwassenen, wordt minimaal een 50%-verdeling aangenomen. Heeft het slachtoffer minder dan 50% eigen schuld, dan is weer een vergelijking in concreto aan de orde tussen het geval waarin het kind normaal zou hebben gehandeld en de situatie in casu. Ook in een geval als Dekker/Van der Heide beziet de rechter of het gedrag van de laedens, mede gezien het gedrag van de gelaedeerde, binnen de grenzen van het normale blijft; zou een ‘normaal’ voetballer met *deze* trap niet hoeven te rekenen, dan handelt de dader in zoverre onzorgvuldig.

5 Lessen voor de huidige benadering; risico-aanvaarding en toestemming passé?

Het betoog tot nu toe kan aldus worden samengevat: de huidige benadering van eigen schuld in zowel rechtspraak als literatuur berust op deels onuitgesproken opvattingen omtrent het onderscheid tussen zorgvuldigheid, causaliteit, eigen schuld en billijkheid. Bij nadere beschouwing blijken deze afwegingsmomenten ineen te vloeien. Hanteert men een normatief causaliteitsbegrip, dan is een billijkheidscorrectie achteraf niet nodig; bij een ‘tweezijdige’ zorgvuldigheidsnorm kunnen ook in één afweging de invloed van gedragingen van laedens en gelaedeerde worden ‘meegenomen’. Een verdeling van de draaglast wordt dan bereikt door de zorgvuldigheidsnorm zo te construeren dat deze verplicht om rekening te houden met een bepaald gedrag van de gelaedeerde. Voor dat deel waarmee men niet heeft te rekenen, is men niet aansprakelijk.⁵⁴ De winst hiermee geboekt is dat de criteria van de zorgvuldigheidsnorm toepasbaar worden op het eigen schuld-vraagstuk. De aard van de norm die geschonden wordt, de wijze waarop dat geschiedt en de aard van de schade zijn uiteindelijk bepalend voor de vraag of en in welke mate de schade voor rekening blijft van de gelaedeerde.

54 Ten overvloede zij vermeld dat deze benadering slechts zinvol is zolang men er van uitgaat dat onzorgvuldigheid alleen bestaat indien men *bedacht* moet zijn op eens anders belang (vgl. de 30 september-arresten, genoemd in noot 48).

Na bovenstaande meer dogmatische beschouwingen, resteert de vraag wat dit praktisch betekent. Moet de gehele afweging voortaan maar in één keer worden verricht? Neen: een zuiver dogmatisch benadering is voor de rechter die in concreto moet beslissen niet altijd efficiënt. Maar het is dan wel zaak dat bij het zetten van de onderscheiden stappen dezelfde maatstaven worden gehanteerd. Het blijven scheiden van de zorgvuldigheid en de eigen schuld is dan mogelijk, maar een billijkheidscorrectie laten bestaan naast een causaliteitsweging lijkt wat veel van het goede. Een absurde consequentie als het aannemen van 100 % eigen schuld ligt dan op de loer: indien de gelaedeerde 100 % eigen schuld heeft, handelde de laedens mijns inziens 0 % onzorgvuldig en is dan dus in het geheel niet aansprakelijk.⁵⁵

Wat leert dit nu omtrent de betekenis van risico-aanvaarding en toestemming in ons recht? Eenvoudigweg dat beide rechtsfiguren — net als de eigen schuld *an sich* — geen zelfstandige betekenis hebben, maar steeds moeten worden meegewogen bij het oordeel of onrechtmatig gehandeld is jegens de gelaedeerde.⁵⁶ Dat heeft de Hoge Raad voor de risico-aanvaarding goed in het licht gesteld, maar de achterliggende gedachte gaat ook op voor toestemming en eigen schuld.⁵⁷ Waar bij de eerste twee de onrechtmatigheid ontbreekt,⁵⁸ is dat bij de laatste figuur niet per definitie zo. Risico-aanvaarding en toestemming blijven dus nuttige figuren, maar alleen op weg naar een definitief oordeel over de schadevergoedingsverplichting.

55 Zie ook John Munkman, *Employer's Liability*, 11th ed., London 1990, p. 606: 'The suggestion in one case that there could be 100 per cent contributory negligence seems to have been made *per incuriam*'. Zie voor zo'n geval bijvoorbeeld Hof Den Haag 15 september 1994, VR 1995, 9 (Bussluis).

56 Zie ook T. Hartlief en G.E. van Maanen, *Hoe werkt de onrechtmatige daad?*, Nijmegen 1995, p. 61 e.v.

57 De Hoge Raad liet de waarde van de 'toestemming' overigens in het midden. In *Dekker/Van der Heide* werd geoordeeld dat de risico-aanvaarding ook deels opgaat in de eigen schuld.

58 Aldus terecht H.C.F. Schoordijk, *De normen van maatschappelijke betamelijkheid in sport en spel*, WPNR 6022 en 6023 (1991), p. 703 e.v.

Artikelenregister

Nederland

Wet Aansprakelijkheid Motorrijtuigen	212	170
	382	67
22	100	
Besluit bedragen aansprakelijkheids- verzekering motorrijtuigen	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (ontwerp)	
	1.3.3	128
2	100	1.3.4 128
Algemene wet bestuursrecht	Burgerlijk Wetboek	
1:3	188, 190	2:248 123
3:1	197	3:13 58
3:4	191, 192, 194, 210	3:14 197
8:1	188	3:33 78, 79
8:71	199	3:35 79
8:72	198	3:54 95
8:73	188, 198, 199, 200, 209	6:2 61
8:81	205	6:58 37, 39, 40, 41, 49, 53
		6:74 36, 39, 40, 43, 136
		6:75 39, 43
Belemmeringenwet Privaatrecht		6:96 113
		6:97 132
1	193	6:98 82, 106, 110, 115, 136, 141, 152, 166
		6:99 108, 109, 110, 113, 130, 132
Boswet		6:100 205, 206, 207, 210
		6:101 32, 35, 37, 39, 40, 42, 44, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 53, 54, 55, 56, 108, 109, 110, 136, 153, 163, 166, 169, 170, 172, 174, 185, 204, 205, 206, 207, 210, 213, 214, 216, 219
Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering		
48	67	6:102 135, 206, 207, 210
91	120	6:109 219
140	120	6:162 45, 136, 154, 197, 198, 201, 209, 210, 217
141	120	
177	117, 118, 129	6:164 172, 179

Artikelenregister

6:166	113, 132	Wetboek van Koophandel	
6:168	197		
6:230	67	518	86
6:231	99	881	86
6:248	79, 97, 98, 100, 102		
6:258	68		
6:260	68	Landinrichtingswet	
6:261	55, 56		
6:265	57, 59, 61, 63, 65, 67, 68	129	193
6:270	65		
7:21	62, 63		
7:400	34	Luchtvaartwet	
7:442	83, 87		
7:658	118, 119, 158	50	193
7:685	68		
7A:1635a	87		
7A:1637x	72, 73	Wet Milieubeheer	
7A:1638x	158		
7A:1640	34	15.20	193
7A:1647	86	15.21	193
7A:1854	86		
		Monumentenwet	
Burgerlijk Wetboek (ontwerp)		22	193
6.1.9.6	47		
6.5.2.8a	19		
6.5.4.6	59	Natuurbeschermingswet	
7.12.1	34		
7.12.8	64	18	193
7.12.9	64		
7.12.14	86, 87		
7.17.1.1	99	Ontgrondingenwet	
		26	193
Burgerlijk Wetboek (oud)			
1279	75	Rivierenwet	
1282	86		
1374	75, 77	16	193
1375	77		
1401	72, 73, 75, 77, 147, 148		
1688	78	Wet op de Ruimtelijke Ordening	
		49	193

Spoorwegwet		Duitsland	
68	193	Bürgerliches Gesetzbuch	
		§ 254	32, 48, 49, 54, 55, 171, 215
Wet op de stads- en dorpsvernieuwing		§ 326	59
29	193		
Standaardvoorwaarden 1997 Rechtsverhouding opdrachtgever-architect		Engeland	
		Civil Liability (Contribution) Act 1978	
23	87	s. 2 (1)	144
33	87		
		Draft Contributory Negligence Bill	
Wet op de Telecommunicatie voorzieningen		s. 1 (1)(b)	49
		s. 1 (3)(b)	49
32	193		
Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken 1989		Frankrijk	
		Code Civil	
§ 14	86	1147	32
		1184	60
Verordening op de beroeps- aansprakelijkheid		Oostenrijk	
3	100	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch	
		1304	215
Veewet		Verenigde Staten	
36-38	187	Second Restatement on Torts (1965)	
Wegenverkeerswet		§ 433a	137
185	154, 163, 167, 178	§ 875	137
		§ 879	137
		§ 881	137

Zwitserland

Obligationenrecht

51 215

Overig

UNIDROIT-principles

7.3.1. 61
3.10 91, 92, 93

Lando-principles

1.106 94
1.108 91, 92
3.108 98
3.109 98

Jurisprudentieregister

Nederland

Kantongerechten

Ktg. Apeldoorn 1 mei 1991, NJ 1991, 684 163

Rechtbanken

Rb. Zierikzee 7 juni 1898, W 7191 (1898) (Ruinpaard) 215
Rb. Arnhem 5 oktober 1899, W 7343 (1899) 215
Rb. Rotterdam 24 november 1902, W 7969 (1903) 215
Rb. Haarlem 30 juni 1903, W 8083, (1904) (De Eendracht) 215
Rb. Rotterdam 6 maart 1911, NJ 1914, 1223 (De Twee Gezusters) 214
Rb. Utrecht 28 oktober 1942, NJ 1943, 231 105, 106
Pres. Rb. 's-Gravenhage 7 april 1993, NJ 1993, 479 204
Rb. Leeuwarden 24 maart 1994, NJ 1995, 361 (Van den Elst/Van der Meulen) 123
Rb. Zwolle 12 oktober 1994, Advocatenblad 1995, p. 341 105
Rb. Almelo 26 juli 1995, NJKort 1995, 42 163
Rb. Breda 28 november 1995, NJKort 1996, 10 163
Rb. Amsterdam 15 mei 1996, VR 1997, 18 185
Rb. 's-Gravenhage 12 juni 1996, RAwb 1996, nr. 82 208
Rb. 's-Gravenhage 4 december 1996 205
Rb. Zwolle 12 februari 1997, 497 (Expo/Gemeente) 23

Gerechtshoven

Hof 's-Hertogenbosch 30 juni 1978, VR 1979, 74 183
Hof 's-Gravenhage 15 september 1994, VR 1995, 9 (Bussluis) 227
Hof Amsterdam 4 januari 1996, NJ 1997, 213 (Wever/De Kraker c.s.) 105, 107, 130
Hof 's-Hertogenbosch 13 augustus 1996, BR 1997, p. 698
(Theunissen/Van Kan-Jongen) 20
Hof 's-Hertogenbosch 4 september 1996, NJ 1997, 364 (OBM/Maral) 27
Hof Arnhem 22 oktober 1996, VR 1997, 59 163, 164
Hof Arnhem 22 oktober 1996, VR 1997, 60 163
Hof Amsterdam 28 november 1996, VR 1997, 99 160

Hoge Raad

HR 30 december 1892, W 6330	58
HR 14 december 1893, W 6445	58
HR 3 mei 1901, W 7601 (Jansen van Oist/Ariese)	136, 147
HR 4 februari 1916, NJ 1916, 450 (Hijs/Morré)	214
HR 18 juni 1920, W 10630 ('Lied der Natuur')	136, 148
HR 30 oktober 1925, NJ 1926, 157 (Aldebaran)	148
HR 3 juni 1938, NJ 1938, 920 (Bovag)	96
HR 19 maart 1943, NJ 1943, 312 (Voorste Stroom)	195
HR 19 december 1952, NJ 1953, 642 (Voorste Stroom VII)	195
HR 4 november 1955, NJ 1956, 1	
(The London & Lancashire Insurance Company/Huygen)	148
HR 9 december 1955, NJ 1956, 157 (Boogaard/Vesta)	71, 76, 80, 84
HR 11 januari 1957, NJ 1959, 37 (Derde Bovag-arrest)	97
HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp)	15, 18, 22, 94
HR 2 februari 1962, NJ 1964, 329 (Ove Skou/De Jonge)	31, 47
HR 2 december 1966, NJ 1967, 42 (Haringkar)	151
HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (Saladin/HBU)	96, 97
HR 7 juni 1968, NJ 1968, 325 (Pool/Peeper)	76, 83
HR 18 april 1969, NJ 1939, 336 (Katwijk/Westdijk)	25
HR 2 februari 1973, NJ 1973, 315 (Lekkende Kruik)	118
HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (Van der Laan/Top's Broederij)	96
HR 4 november 1977, NJ 1978, 146 (Topaz)	216
HR 13 februari 1981, NJ 1981, 456 (Heesch/Reijs)	105
HR 20 februari 1981, NJ 1981, 418	
(FRAM BV/Bedrijfsvereniging Bank- & Verzekeringswezen)	151
HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex)	95
HR 18 december 1981, NJ 1982, 71 (Van Kleef/Monster)	96
HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg)	18, 19, 26, 28, 30
HR 25 juni 1982, NJ 1983, 151 (Rijnberg/Speerstra's Heiberg)	122
HR 5 november 1982, NJ 1984, 125	
(Algemeen Ziekenfonds Midden Brabant/Klijssen)	67
HR 18 november 1983, NJ 1984, 272 (Kluft/B en W Supermarkten)	95
HR 27 januari 1984, NJ 1984, 536 (Verstekeling)	224
HR 31 mei 1985, NJ 1986, 690, (Boon/Prenger)	153, 164
HR 25 april 1986, NJ 1986, 624 (Millenaar/Oerlemans)	123
HR 16 mei 1986, AB 1986, 573 (Heesch/Van de Akker)	198
HR 26 september 1986, AB 1987, 70 (Hoffmann-La Roche)	198
HR 7 januari 1987, NJ 1987, 948 (Sweegers/Van den Hout)	158
HR 6 februari 1987, NJ 1988, 57 (Saskia Mulder)	163
HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (VSH/Shell)	19, 27
HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 (Timmer/Deutman)	121
HR 11 december 1987, NJ 1988, 339 (Vermaat Bakkerijen/Aamar)	121, 122
HR 22 april 1988, NJ 1988, 754 (Van Popering/Daems)	95
HR 21 oktober 1988, NJ 1989, 729 (Spekman/Mullens)	163
HR 4 november 1988, NJ 1989, 751 (ABP/Van Stuyvenberg)	153, 161

HR 8 december 1989, NJ 1990, 778 (Lars Rürode)	156, 224
HR 9 maart 1990, NJ 1990, 561 (Kacar-Kisacik/Stegeman)	123
HR 6 april 1990, NJ 1990, 573 (Janssen/Nefabas)	118, 123, 125
HR 1 juni 1990, NJ 1991, 720 (Ingrid Kolkman)	179, 221
HR 12 oktober 1990, NJ 1992, 620 (Geerts/Ten Dam)	217
HR 18 januari 1991, AB 1991, 241 (Staat/Leffers)	189, 194, 195, 196, 202, 203, 204
HR 8 maart 1991, NJ 1991, 396 (Staalgrit/Van der Ende)	96
HR 31 mei 1991, NJ 1991, 647 (Vogelaar/Skil)	19
HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721 (De Backer/Van Uitregt)	161
HR 31 mei 1991, AB 1992, 290 (Van Gog/Nederweert)	198
HR 21 juni 1991, NJ 1991, 710 (Almekinders/Oldenbrug)	181
HR 21 juni 1991, NJ 1991, 742 (Mattel/Borka)	71, 73, 74, 78, 84, 87, 88, 89
HR 28 juni 1991, NJ 1992, 622 (Dekker/Van der Heide)	217, 220, 222
HR 24 januari 1992, NJ 1992, 302 (Kortekaas/Bethlehem)	153
HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 (IZA/Vrerink)	175, 178, 221
HR 28 februari 1992, NJ 1992, 678 (Changoe-arrest)	210
HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547 (Diemen/Rep-Tax BV)	45, 50
HR 8 juli 1992, NJ 1992, 713 (Van der Meulen/Hacquebord)	121
HR 25 september 1992, NJ 1992, 751 (Alpuro/Dijkhuizen)	222
HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535, 20 (DES)	110, 119, 130, 131, 149
HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 264 (Bruinsma/Schuitmaker)	177
HR 18 december 1992, NJ 1994, 91 (Dicky Trading I)	151
HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 (Cijssouw/De Schelde)	131
HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687 (Power/Ardross)	119
HR 8 juli 1993, NJ 1994, 210 (Hoogenboom/Unigarant)	105
HR 29 oktober 1993, RvdW 1993, 212	68
HR 10 december 1993, NJ 1994, 242 (Slingerland/Staat)	160
HR 24 december 1993, NJ 1995, 236 (Anja Kellenaers)	177, 221
HR 31 december 1993, NJ 1994, 275 (Notaris)	221, 222
HR 31 december 1993, NJ 1994, 317 (Abbas/Woningbouwvereniging 's-Gravenhage)	61
HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368 (Scheppers/De Bruijn)	121, 122, 125
HR 29 april 1994, AB 1994, 530 (Gemeenschappelijke Eigendom/'s-Gravenhage)	205
HR 30 september 1994, NJ 1996, 196-199 (Staat/Shell e.a.)	224, 226
HR 9 december 1994, NJ 1996, 403 (Wegspringende tak)	164
HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 (De Heel/Korver)	121, 122
HR 31 maart 1995, RvdW 1995, 83 (Taams/Boudeling)	159
HR 12 mei 1995, NJ 1996, 118 ('t Ruige Veld/Univé)	151
HR 2 juni 1995, RvdW 1995, 118C (Marloes de Vos)	46, 54, 166, 170
HR 2 juni 1995, RvdW 1995, 119C (Quafa Ayachi)	46, 54, 166, 170
HR 2 juni 1995, RvdW 1995, 120C (Pierre Wildiers)	46, 54, 166, 170
HR 24 november 1995, NJ 1996, 160 (Tromp-Franca/Regency Residence NV)	58, 59, 64, 67
HR 22 december 1995, NJ 1996, 301 (Mr Osse q.q./Staat)	160, 204
HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 (Dicky Trading II)	131
HR 26 januari 1996, NJ 1996, 360 (Bemico/Cornebo)	170

HR 16 februari 1996, NJ 1996, 393 (Staat/Royal)	162
HR 3 mei 1996, NJ 1996, 642 (Daalimpex/Heeringa)	123
HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (De Ruiterij/MBO)	20, 26, 29
HR 28 juli 1996, NJ 1997, 58 (Pasma/Br.)	123
HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 (Pollemans/Hoondert)	158
HR 27 september 1996, NJ 1997, 42 (Brinkman/Theelen)	122
HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 65 (Combinatie/Staat)	20, 26, 29
HR 15 november 1996, NJ 1997, 152 (Leutscher/Banco de Jerez)	43
HR 22 november 1996, NJ 1996, 205 (Boukacem/Martinair)	128
HR 10 januari, 1997, RvdW 1997, 17 (Notaris W./W.)	124, 125
HR 23 mei 1997, RvdW 1997, 128C (Rabobank/Everaars)	39, 178

Voorzitter Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State

Vz ABRRS 11 februari 1994, AB 1994, 386	205
---	-----

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State

ABRRS 3 november 1994, AB Kort 1994, 984	204
ABRRS 30 maart 1995, AB 1995, 375	203
ABRRS 10 mei 1995, RAwb 1995, nr. 72	208
ABRRS 16 juni 1995, AB 1996, 85	205
ABRRS 29 november 1996, AB 1997, 66	190, 191, 201
ABRRS 18 februari 1997, AB 1997, 143	190, 191

Afdeling Geschillen van bestuur Raad van State

AGRvS 12 oktober 1988, AB 1989, 234 (Gemeente Barendrecht)	203
--	-----

Afdeling rechtspraak Raad van State

ARRS 31 juli 1979, AB 1980, 398	205
ARRS 27 februari 1981, Gemeentestem 6678, nr. 2	205
ARRS 20 december 1982, AB 1983, 409 (Paul Krugerbrug II)	195
ARRS 22 november 1983, AB 1984, 154	203
ARRS 19 juni 1986, AB 1987, 360 (Mommers/GS Noord-Brabant)	206
ARRS 18 november 1987, AB 1987, 554 (Kromhout/Rijkswaterstaat)	190
ARRS 5 januari 1988, AB 1988, 230 (Toonen/Rijkswaterstaat)	190
ARRS 9 juli 1990, AB 1991, 229 (Metroschade Rotterdam)	190, 192

Centrale Raad van Beroep

CRvB 30 mei 1984, TAR 1984, 177	191
CRvB 19 juni 1986, TAR 1986, 213	191
CRvB 26 mei 1987, TAR 1987, 166	194
CRvB 28 april 1994, JB 1994, 150	204
CRvB 28 juli 1994, AB 1995, 40 en 133	189, 200
CRvB 14 december 1994, AB 1995, 254	204

College van Beroep voor het bedrijfsleven

CBb 17 mei 1963, SEW 1963, p. 531	191
CBb 20 oktober 1972, SEW 1973, p. 53	190
CBb 19 juni 1973, AB 1973, 215	190
CBb 26 februari 1988	205
CBb 12 april 1988, UVB 1988, 20	204
CBb 11 april 1989, UCB 1989, 24	204
CBb 19 februari 1997, AB 1997, 144	191

College van beroep voor de studiefinanciering

CBStf 23 mei 1996, JB 1996, 177	190
---------------------------------	-----

Koninklijk Besluit

KB 15 juni 1983, AB 1983, 467 (Omzetderving Hellevoetsluis)	203
KB 27 februari 1984, AB 1984, 443	206
KB 11 mei 1989, AB 1990, 20 (Baggerspecie de Aarlanden)	195

Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven Nederland

RvA 10 februari 1995, No. 70.091, BR 1997, p. 519	36
RvA 19 april 1996, No. 18.051, BR 1997, p. 522	36
RvA 18 juli 1996, No. 18.018, BR 1997, p. 525	36

Duitsland

BGH 17 december 1952, VersR 1953, p. 146 (Wilderer-fall)	107, 108
BGH 28 november 1968, BGHZ 51, p. 91 (Hühnerpest)	119
BGH 18 januari 1973, NJW 1973, p. 518	48
BGH 24 november 1995, BGHZ 5, p. 337	59

Engeland

<i>Caswell v. Powell Duffryn Ass. Collieries Ltd.</i> [1939] 3 All E.R. 722	221
<i>Davies v. Swan Motor Co (Swansea) Ltd.</i> [1949] 1 All E.R. 620	222
<i>Forsikringsaktieselskapet Vesta v. Butcher</i> [1986] 2. ALL E.R. 488	32
<i>Hill v. Chief Constable of West Yorkshire</i> [1988] Q.B. 60	145
<i>Holme v. Guppy</i> [1838] 3 M. & W. 387	37
<i>Ingham v. Emes</i> [1955] 2 Q.B. 366	38
<i>Walford v. Miles</i> [1992] 2 W.L.R. 174 (HL)	15

Frankrijk

Civ. 1re, 11 mei 1996, Bull. Civ. I, no. 281	
(Société nouvelle des teintureries Courtial c/ veuve Argence et autre)	38
Civ. 1re, 31 januari 1973, J.C.P. 1973, II, 17450 (Dantony c/ Condour)	42

Oostenrijk

OGH 4 juni 1993, EvBl 1994/13	109
OGH 7 november 1995, JBl 1996, p. 181	109

Verenigde Staten

<i>American Motorcycle Association v. Superior Court</i> , 578 P.2d. 899 (1978)	139
<i>Bartlett v. New Mexico Welding Supply</i> , 646 P.2d 579 (1982)	139, 143
<i>Baumgartner v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.</i>	225
<i>Brown v. Keill</i> , 580 P.2d 867 (1978)	139
<i>Gehres v. City of Phoenix</i> , 753 P.2d. 174 (1987)	140
<i>Hoffman v. Red Owl Stores Inc.</i> , 26 Wis.2d 683, 113 N.W.2d 267 (1965)	88
<i>Li v. Yellow Cab Company of California</i> (1975)	213, 220
<i>Martin v. Johns-Manville Corporation</i> , 502 A.2d 1264 (1985)	112, 114
<i>Martin v. Owens-Corning Fiberglas Corp.</i> , 528 A.2d 947 (1987)	112
<i>Mitchell v. Volkswagenwerk AG</i> , 669 F.2d 1199 (1982)	137
<i>Seattle First National Bank v. Shoreline Concrete Co.</i> , 588 P.2d 1308 (1978)	142
<i>Sills v. City of Los Angeles</i>	140
<i>Touchard v. Williams</i> , 617 So.2d 885 (1993)	142
<i>Walt Disney World Co. v. Wood</i> , 489 So.2d 61 (1986)	140

Supranationaal

Europees Hof voor de rechten van de mens	
EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994, 534 (Dombo Beheer/Nederland)	128, 129

Trefwoordenregister

aansprakelijkheidsverzekering; zie: verzekeringsovereenkomst	
aanvullende stelplicht; zie: stelplicht	
alternatieve causaliteit; zie: causaliteit - alternatieve –	
anticipatieplicht; zie: onrechtmatige daad	
barema's; zie: eigen schuld - vaste verdelingsmaatstaven	
bedrijfsrisico; zie: maatschappelijk risico	
bestuurscompensatie; zie: nadeelcompensatie	
bewuste roekeloosheid; zie: grove schuld	
bewijslast	111, 113-114, 117 e.v.
- stelplicht	117, 120-123
bewijsrisico	117 e.v.
- gedeeld bewijsrisico	126-134
causaliteit (zie ook: eigen schuld - causale verdelingsmaatstaf)	
- alternatieve –	106, 108, 113, 130, 132
- conditio sine qua non	
(zie ook: causaliteit - natuurwetenschappelijk)	37, 45, 52, 105, 107-112, 114, 122, 166
- natuurwetenschappelijke –	
(zie ook: causaliteit - natuurwetenschappelijke)	54, 110
- normatieve –	52, 54, 111-113, 222, 226
- ondeelbaarheid van schade	
(zie ook: deelschadeaansprakelijkheid)	137, 138, 142, 144, 149
- onzeker causaal verband	105 e.v.
- predispositie	161
- primaire oorzaak	36, 38, 40, 43, 52, 54, 137, 140, 141, 143
- samenlopende oorzaken	36, 113
- secundaire oorzaak	36, 43, 52, 137, 140, 151
- toerekening naar kansbepaling	110, 111, 112
- toerekening naar redelijkheid	106, 110, 111, 112, 135, 141, 146-147, 150, 166
- verlies van een kans	106-108, 130
- veroorzakingsaandeel	136, 139, 140, 146, 151, 223
'claims made'-verzekering; zie: verzekeringsovereenkomst	
concurrentiebeding; zie: postcontractuele fase - concurrentiebeding	
contract; zie: overeenkomst	
contractsbelang	
- negatief	29
- positief	27-28
contractvrijheid	16
crediteursverzuim	37, 39-42, 48, 49, 53
deelschadeaansprakelijkheid	
(zie ook: causaliteit - ondeelbaarheid van schade;	
en: proportionele aansprakelijkheid)	137

draagkracht	140, 141, 146
'égalité devant les charges publiques'	
(zie ook: evenredigheidsbeginsel)	194, 198, 203, 207, 210
eigen schuld	31 e.v., 108, 109, 138, 153 e.v., 203-206, 214-216
- billijkheidscorrectie	55, 56, 154, 162, 169-172, 177, 180, 184, 216, 226
- bedrijfsrisico; zie: maatschappelijk risico	
- causale verdelingsmaatstaf	
(zie ook: causaliteit)	44-46, 54, 56, 153, 154, 166, 169, 177, 213, 215, 220
- mate van schuld	54, 165, 171, 215
- mate van veroorzakingswaarschijnlijkheid	166-168, 171, 174, 179, 181
- motivering rechterlijk oordeel over -	169-170, 173, 186
- opzet; zie: opzet	
- predispositie; zie: causaliteit	
- roekeloosheid, aan opzet grenzende; zie: grove schuld	
- schadebeperkingsplicht	49, 50, 53, 55, 163, 204-205, 216
- toerekening	44, 45, 48, 50, 56
- vaste verdelingsmaatstaven	173-185
- zelfbeschermingsplicht	45, 51, 156, 163, 177, 181-185
- 100% schadevergoeding (niettegenstaande eigen schuld)	157, 160, 169, 173, 178
- 25% -	165, 181, 184
- 50% -	157, 161, 165, 166, 169, 173-175, 177, 180, 222, 225, 226
- 100% - (volledig verval van recht op schadevergoeding)	155, 157, 159, 173, 227
'equality of arms'	67, 128-129
evenredigheid	57, 61, 62, 64, 66, 108
evenredigheidsbeginsel (als beginsel van behoorlijk bestuur;	
zie ook: 'égalité devant les charges publiques')	194, 198
exoneratieclausule	94, 96, 97, 145, 146
gederfde winst; zie: onderhandelingen - gederfde winst	
goede trouw; zie: redelijkheid en billijkheid	
goodwill; zie: postcontractuele fase - goodwill	
groepsaansprakelijkheid	113, 132
grote roekeloosheid; zie: grove schuld	
grote schuld (zie ook: opzet)	157-159, 161, 172, 221, 224
hoofdelijkheid	135, 137, 144-145, 147-152
informatieplicht; zie: mededelingsplicht	
<i>iustum pretium</i> (zie ook: overeenkomst - wederkerig karakter van de -)	91 e.v., 96, 99
kernbeding	97
klantenvergoeding; zie: postcontractuele fase - klantenvergoeding	
'Lando principles'	98
maatschappelijk risico	187, 193, 203, 205
marktwerking	93
matiging	219
mededelingsplicht	34, 38, 44, 94, 100, 132, 206
medewerkingsplicht	38-42, 49, 53
misbruik van bevoegdheden	58
misbruik van omstandigheden	95
nadeelcompensatie	187 e.v.

- zelfstandig schadebesluit 188-190, 201, 208
- negatief contractsbelang; zie: contractsbelang, - negatief
- onderhandelingen 15 e.v.
 - afbreken van - 15 e.v., 22
 - plicht tot dooronderhandelen 27-28
 - gederfde winst 19, 27
 - gerechtvaardigd vertrouwen 20, 25
 - vergoeding van gemaakte kosten 17, 23, 25, 26
 - prijsaanbieding 17, 23
- onrechtmatige daad (zie ook: voorzienbaarheid)
 - anticipatieplicht 154-158, 174-181, 224
 - onbetamelijkheid 72-73, 81, 162, 217, 218, 220, 225
 - overmacht; zie: overmacht
 - relativiteit 217, 224-225
- ontbinding; zie: overeenkomst, - ontbinding; alsmede: evenredigheid
- onvoorziene omstandigheden 20, 23
- opzegging; zie: overeenkomst
- opzet (zie ook: grove schuld) 119, 150, 157-159, 161, 172, 215, 221, 223, 224
- overeenkomst
 - duurovereenkomst
 - onevenwichtige - ; zie: *iustum pretium*
 - ontbinding (zie ook: evenredigheid) 57-58, 61, 63
 - ontbinding, partiële 58, 65, 68
 - opzegging (zie ook: postcontractuele fase) 73-74, 86
 - overmacht; zie: overmacht
 - totstandkoming 93
 - uitleg 85, 95
 - uitvoering 33, 34
 - wederkerig karakter van de - (zie ook: *iustum pretium*) 92-93, 95, 97
 - (rechterlijke) wijziging van de - 57, 66, 68
 - wilsgebrek 92-95
 - wil/vertrouwensleer 78-79
- overheidsdaad, rechtmatige 187, 189, 192, 195-199, 202, 209
- overmacht (zie ook: tekortkoming) 37, 39, 43, 161-162
- partiële ontbinding; zie: overeenkomst, - ontbinding, partiële
- 'perte d'une chance'; zie: causaliteit - verlies van een kans
- positief contractsbelang; zie: contractsbelang, - positief
- postcontractuele fase 71 e.v.
 - concurrentiebeding 72, 76, 82
 - goodwill 84
 - klantenvergoeding 83, 87
 - redelijkheid en billijkheid 74
 - vergoeding van gemaakte kosten 73, 83-88
 - opzegging; zie: overeenkomst - opzegging
- precontractuele fase; zie: onderhandelingen
- preventie 29, 50, 176, 184
- proportionaliteit; zie: evenredigheid

proportionele aansprakelijkheid; zie ook: deelschadeaansprakelijkheid	105 e.v., 135 e.v.
prijs, redelijke; zie: <i>iustum pretium</i>	
<i>quid pro quo</i> ; zie: overeenkomst - wederkerig karakter van de –	
rechtmatige overheidsdaad; zie: overheidsdaad, rechtmatige	
redelijke prijs; zie: <i>iustum pretium</i>	
redelijkheid en billijkheid (zie ook: onderhandelingen)	15, 20, 61, 74, 79
- de beperkende werking van –	61, 94, 96, 100, 102
- – als bron van postcontractuele aansprakelijkheid; zie postcontractuele fase	
- processuele –	129
regres	109, 138, 140, 142-144, 171
risico-aanvaarding	163, 205, 213 e.v.
roekeloosheid, aan opzet grenzende; zie: grove schuld	
schade	
- kosten gemaakt ter voorkoming van –	113, 204
- omvang van de –	107, 133
- ondeelbaarheid van –; zie: causaliteit	
- schadebegrip (zie ook: causaliteit - verlies van een kans)	107, 109
- schadebesluit, zelfstandig; zie: nadeelcompensatie	
schadebeperkingsplicht; zie: eigen schuld - schadebeperkingsplicht	
schuld, grove; zie: grove schuld	
schuld, eigen; zie: eigen schuld	
stelplicht; zie bewijslast - stelplicht	
tekortkoming (zie ook: overmacht)	31, 36-41, 43-44, 47, 59, 60, 123
toestemming	213 e.v.
‘Unidroit principes’	14, 61, 91
verkeersaansprakelijkheid	154-155, 221, 225
verlies van een kans; zie: causaliteit - verlies van een kans	
vertrouwen, gerechtvaardigd	
(zie ook: onderhandelingen, - gerechtvaardigd vertrouwen)	78-79
verzekeringsovereenkomst	98 e.v.
- aansprakelijkheidsverzekering	99 e.v., 104
- ‘claims made’-verzekering	101
- dekkingsomvang	99, 101
- ‘loss occurrence’-verzekering	102
- serieschadeclausule	100, 102
vijftig procent-drempel	143, 147
vijftig procents-regel; zie eigen schuld - 50%	
voordeeltoerekening	205-207
voorzienbaarheid	96, 164, 166
vuistregels; zie: eigen schuld - vaste verdelingsmaatstaven	
waarheidsvinding	128
waarschuingsplicht	38-39, 44, 51, 52, 159
wanprestatie; zie tekortkoming	
zelfstandig schadebesluit; zie: nadeelcompensatie	

Uitgaven van het Schoordijk Instituut in de reeks Centrum voor aansprakelijkheidsrecht

Berekening van schadevergoeding

J.M. Barendrecht en H.M. Storm (red.)

Regresrechten. Afschaffen, handhaven of uitbreiden?

W.H. van Boom, T. Hartlief en J. Spier (red.)

De ontwerpende bouwer. Over turnkey- en design & build-contracten

M.A.M.C. van den Berg en C.E.C. Jansen (red.)

Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid

A.J. Akkermans

Tussen 'Alles en Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel

W.H. van Boom, C.E.C. Jansen, J.G.A. Linssen (red.)

Het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht maakt deel uit van het Schoordijk Instituut, waarin het onderzoeksinstituut en de onderzoekschool van de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Katholieke Universiteit Brabant zijn ondergebracht.

Het verbintenissenrecht maakt een ontwikkeling door van toedeling van nadeel aan één persoon, naar verdeling van nadeel over meer personen. 'Eigen schuld', 'proportionaliteit bij onzeker causaal verband', 'risico-aanvaarding' en 'rechtelijke matiging' zijn slechts enkele van de thema's die in dit verband kunnen worden genoemd. Afhankelijk van het specifieke terrein binnen het verbintenissenrecht betreft het hier deels vergevorderde ontwikkelingen, deels zeer actuele ontwikkelingen. Sommige van deze ontwikkelingen zijn aan een nader onderzoek onderworpen door medewerkers en oud-medewerkers van de juridische faculteit van de KU Brabant. De gedachtewisseling omtrent het centrale thema 'Tussen Alles en Niets' vond plaats tijdens een aantal wetenschappelijke bijeenkomsten die het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht van het aan de juridische faculteit verbonden Schoordijk Instituut organiseerde. De bijdragen van de diverse deelnemers aan deze bijeenkomsten resulteerden uiteindelijk in de totstandkoming van deze bundel.

ISBN 90-271-4796-5
NUGI 692/206



9 789027 147967